

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 tahsis için öncelikle <https://www.nic.tr> adresine online başvuru yapmanız gerekmektedir. Bu başvuruyu kendiniz yapabileceğiniz gibi sizin adınıza servis sağlayıcınız da yapabilir.

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

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

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

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

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

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**ON BEŞİNCİ
BARO BAŞKANLARI
TOPLANTISI**

**9 ŞUBAT 2008
ANKARA**

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

YIL: 21

SAYI: 75

MART-NİSAN 2008

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

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

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Bürosu

Karanfil Sokağı 5/62

06650 Kızılay - Ankara

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

Faks: 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

admin@barobirlik.org.tr

yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 42 YTL.

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

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

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

Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi

29.02.2008

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. İ. Güneş Gürseler, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

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

Dergi Yayın Kurulu

Av. Oya Günendi
Av. Serkan Açar
Av. Olcay Küçükpehlivan
Av. Özcan Çine
Av. İlker Hasan Duman
Av. Sezercan Bektaş

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Haluk Günuşur (İzmir Ekonomi Ü. Uluslararası İlişkiler AB Bölüm Bşk.)
Prof. Dr. Hamit Hancı (AÜ. Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı Bşk.)
Sabih Kanadoğlu (Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)
Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, Prof. Dr. 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	21	Başkandan
Feriha Bilge TANRIBİLİR	27	Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Hükümleri
Yaşar ÇOR	63	İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı
Mustafa ÖZEN	94	Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi
Reha SÜMER	109	Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçu
S. Alp LİMONCUOĞLU	138	"Türban Sorunu"nun Hukuksal Boyutu Anayasal Değişiklik Çözüm Olur mu?
Uğur YİĞİT	165	Siyasi Partilerin Temelli Kapatılması ile Kapatılması Arasındaki Farklar ve Kapatılan Partilerin Yeniden Açılması
Ali Rıza ÇOBAN Ali İhsan ERDAĞ	177	Göreviyle İlgili Olmayan Kişisel Suçlarından Dolayı Cumhurbaşkanı'nın Sorumluluğu ve Yargılanması
Noyan ÖZKAN	190	AKP Anayasa Taslağı'nda Türban ve Hukuk
Güneş GÜRSELER	199	İnsan Hakları, Çevre, Anayasa
Fahrettin DEMİRRAĞ	210	Anayasal Bir Kurum Olarak Askeri Yargı ve Anayasa Önerileri
Mustafa Tören YÜCEL	267	Avukatlık Meslek Etiğine Kriminolojik Bir Yaklaşım
Mehmet ŞAHİN	284	Yasal (Meşru) Savunma
Zeynep Burcu AKBABA	333	Töre, Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme
Hasan DURSUN	352	Ankara'nın Başkent Olmasının Hukuksal Anlamı
Serkan AĞAR Zeynep BAHADIR	385	Avukatın Dosya İncelemesine Getirilen İdari Sınırlamanın Kanuna Aykırılığı
Ş. Cankat TAŞKIN	394	Müdafiin Dosya İnceleme Hakkının Değerlendirilmesi
Yargıtay Kararları	417	
Disiplin Kurulu Kararları	432	
AİHM Kararları	457	Meral/Türkiye, Çev.: Özlem Yılmaz Avukatlık Hizmetinin AET ve AB Bünyesinde Serbest Dolaşımı ile İlgili Yönergeler, Çev.: Alper Can AYKAÇ
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	493	
Kitaplar - Dergiler	510	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine
Düşünceler ve Güncel Gelişmeler
Dr. Bilgehan YEŞİLOVA

Türk-İsviçre "Hukuk Topluluğunda"
Özellikle Aile Hukuku Alanına İlişkin Müşterek Çalışmalara Yönelik Görüşler ve İstekler
Prof. Dr. Heinz HAUSHEER, Çev.: Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Siyasi Partilerin Kapatılması/
Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme
Av. Cankat TAŞKIN

Meslek Kurallarında Avukatın Reklam Yasağı
Av. M. Lamih ÇELİK

Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi /
Gemilerin Haczi ve Paraya Çevrilmesi / Finansal Kiralama Konusu Malların Haczi /
Mülkiyeti Muhafaza Sözleşmesine Konu Malların Haczi / Aile Konutunun Haczi
Av. Murat DÖNMEZ

5435 ve 5720 Sayılı Kanun Değişiklikleriyle Birlikte İdari Yargı Hâkim Adaylığına Girişte Aranan
Mezuniyet Koşuluna İlişkin Bir Değerlendirme
Av. Mehmet ALTUNDİŞ

İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak
Gürsel KAPLAN

Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve
Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar
Mustafa ALBAYRAK

Hukuksal Perspektifleriyle Osmanlıda Kapitulasyonlar/
Adalet Teorileri Perspektifinden 1982 Anayasamız
Mahmut GÖKPINAR

Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İlişkileri
Hasan Kemal ALBAN

Yasal (Meşru) Savunmada Sınırların Aşılması
Mehmet ŞAHİN

Demokrasilerde Aday Belirleme Yöntemleri
Av. Cüneyd ALTIPARMAK

3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması,
Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'na Eleştirel Bir Bakış ve Çözüm Önerileri
Hüsamettin UĞUR

editör' den...

Sabancı Üniversitesi Sanat ve Sosyal Bilimler Fakültesi öğretim üyesi Sayın Ersin Kalaycıoğlu anlatıyor: *“32 senedir saha araştırmalarında insanlara soruyorum; Türkiye'nin en önemli sorunu nedir? Zaman zaman da aileniz veya sizin karşılaştığınız en önemli sorun nedir diye soruyorum. Bu sorunlara bakıyoruz Türkiye'nin önemli sorunları nelerdir diye. Bu sıralamada benim görebildiğim kadarıyla ilk 2-3 sırayı iktisadi konular, terör ve yolsuzluk konuları alıyor, türban ilk 5 içinde hiçbir zaman olmadı, şu anda da değil. 2007 seçimlerine giderken sorduk, 2007 seçimlerine giderken yüzde yarım ile dokuzuncu sırada. şimdi bakın gündemin bu kadar altında olan bir olayı birileri alıp gündemin en üst sırasına çıkartıyor ve ondan sonra gündemi tamamen değiştirmeye başlıyorsa burada bir siyaset bilimci olarak benim çok ilgilendiğim bir durum ortaya çıkıyor, bunu niye yapıyor? Kim yapıyor? şimdi aynı zamanda özgürlüklerle ilgili sorunları sorduğunuz zaman özgürlükler içerisinde de türban ön sıralarda çıkmıyor işin ilginç tarafı.”*

Laik ve demokratik olma yanında kadın hakları konusunda da seksen yıldır büyük mesafeler kat etmiş olan Türkiye Cumhuriyeti, türbana dolanmış bulunmaktadır. Bunun yarattığı kargaşa ve gerilim yüzünden ekonomik ve sosyal sorunlara gerektiği ciddiyetle eğilememekte; uluslararası sorunlara birlik içinde bakamamaktayız.

Sorun türban değil, kadın hakları sorunudur. Türban takmakta direnen, bu yolda eğitim haklarından vazgeçen kadınlara rağmen, kadınların özgürlüğü ve toplumda erkeklerle eşitliği sorunudur. Devletin dinselleşmesi konusundaki ilk adımdır. *“Sanal”* diye nitelenen duyarlılıklar, *“gerçek”* bir amacın gerçekleşmemesi içindir.

Türban, kadın hakları konusunda olumsuz anlamda kazanılacak ilk cephe idi. Bir bakıma ileri hatlarda bir avcı çukuru sayılabilirdi. Tefik Fikret'in, kadın-erkek ayrımı olmaksızın, *“özgür”* düşünceli, eşit haklara sahip insanlar yetiştirmek için kullandığı *“fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür”* sözü dahi kullanılarak, kadın özgürlüğü diye diye, kadın, ikinci sınıf vatandaş haline dönüştürölmektedir.

Sırada üzerinde tartışma yaratılacak diğer kadın hakları var, bir gün mutlaka sıra bunlara gelecektir. Kadının tek başına sokağa çıkması, iş sahibi olması gündeme gelecektir. Kadına kocası, babası, erkek kardeşi bakıyor; kadının ihtiyaçı yok anlayışıyla miras hakları üzerinde oynanacaktır.

2007 yılının son günlerinde bir camideki vaazın altını çizmek gerekiyor. İmam, *“Kadınları çalıştırmayın, kadının dokuz nefsi vardır. Garip hangisine egemen olsun,”* diyor. Kendisine kızan partili kadınlara da *“Ben ne yapayım, bu dinin emridir,”* cevabını veriyor.

“Türban takacağım,” diye sokaklara düşürülen, kapı kapı dolaştırılan kadınlar, inşallah kendileri için hazırlanmış tuzakları ve tehlikeyi fark etmişlerdir.

Sonra, sıra araba kullanan türbanlılara gelecektir.

Sonra, “dokuz nefisli” kadının, sağlıklı ve özgür tercih yapamaması gerekçe gösterilerek oy hakkı kısıtlanacaktır.

Sonra, Cahiliye devrinden sonra kadına tanınan miras hakkı, aynen laiklikten ılımlı İslam’a dönüşte olduğu gibi, büyük gelişim olarak takdim edilerek, kadının eşit miras hakları ile oynanacaktır.

Din emridir, diye türban takanlar, bu din emirlerine nasıl karşı çıkabileceklerdir?

Sorun, türban değildi ve değildir. Sorun en kolay yoldan çağdaşlık yolunda gedik açmaktır. Bu başarılıdır. Darısı diğerlerinin başına (mı) diyelim?

Kadın hakları, daha doğru bir deyimle kadının toplum içindeki yeri konusundaki bu “domino teorisi” uygulaması, giderek toplumun bütün fertlerine ve yaşamına yönelik bir dönüştürmeyi amaçlamaktadır. Bu konuda sağlanacak kazanım, dinsel devlet konusunda yatay kazanımların başlangıcı olacaktır, diye düşünülmüştür.

Bunun işaretleri de vardır. Yetkililer son konuşmalarında sık sık, “Kim-senin öz yurdunda garip olmasına izin vermeyeceğiz” diyorlar. Bu sözler, Milli Mücadele’nin ilk gününden beri bir kesimin, kendilerini dışlanmış, horlanmış olarak algılamasının sonucunda, çok partili hayata geçişle birlikte izledikleri siyasetin ifade tarzıdır.

Horlanmışlar mıdır? Dışlanmışlar mıdır? Bunlar ayrı sorunlar.

Ama burada elbette ki tartışılacak konu, bir kesimin dışlanma, hor görülme algılamasında kendi kusur, kabahat ve stratejik yanlışlıklarının bulunup bulunmaması ve nedenleridir. “Öteleme”nin yanında “ötelenmeme”yi de düşünmek gerekmektedir.

Horlanma, dışlanma ve “kendi öz yurdunda garip olma” algılamasının altında, Cumhuriyet’in bir dayatma olduğu iddiası ile bundan doğan “savunma refleksi” hep olmuştur ve de Türkiye Cumhuriyeti ayakta kaldıkça da süre gideceği anlaşılmaktadır. Saygılarımla.

Teoman Ergül

ANKARA BAROSU HUKUK KURULTAYI

Ankara Barosu'nun iki yılda bir gerçekleştirdiği geleneksel Hukuk Kurultayı Ankara'da çok zengin bir program ve geniş bir kadro ile yapıldı. Bu yıl yapılan Kurultay'ın bir özelliği de sempozyuma paralel olarak yürütülen çalıştaylardı.

Yakın zamanda elektronik ortamda ve kitap olarak yararlanmaya sunulacak Kurultay'ın hukukçular arasında büyük ilgi gördüğünü söyleyebiliriz.

UĞUR MUMCU VE MUAMMER AKSOY ANILDI

Her yıl olduğu gibi bu yılda, 24-31 Ocak tarihleri arasında "Adalet ve Demokrasi Haftası" bağlamında "Tam Bağımsızlık Bilinci" başlığı altında rahmetli Uğur Mumcu ve Muammer Aksoy anıldılar.

Anma programı çerçevesinde Türkiye Barolar Birliği de "Hukuk Devletinde Özgürlük

ve Güvenlik" konulu bir panel düzenledi. Ankara Barosu Başkanı Vedat Ahsen Coşar'ın yönettiği panelde TBB Genel Sekreteri Güneş Gürseler bir konuşma yaptı.

Uğur Mumcu ve Muammer Aksoy'un mezarları ayrı ayrı ziyaret edilerek çiçekler bırakıldı.

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI TOPLANTILARI SONA ERDİ

Türkiye Barolar Birliği, TBMM'nin gündemine girmek üzere olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile ilgili olarak Aralık ayının son günlerinde başlattığı çalışmalara Ocak ve Şubat ayı içinde Ankara'da yapılan iki toplantı ile devam etti.

Toplantılar sonunda hazırlanan geniş bir rapor TBMM Başkanlığı'na sunuldu. Prof. Dr. Rıza Ayhan başkanlığında yürütülen toplantılar banda alınmış olup, en kısa zamanda kitaplaştırılara ilgililerin dikkatlerine sunulacaktır.



Türk Ticaret Kanunu Tasarısı toplantılarından kanun tasarısı tartışıldı. Eleştiri ve öneriler sunuldu.

“MESLEĞE YENİ BAŞLAYAN AVUKATLARIN SORUNLARI VE ÇÖZÜM YOLLARI” TOPLANTILARININ İKİNCİSİ ADANA’DA YAPILDI

Mesleğe yeni başlayan avukatların sorunları ile ilgili 2. Forum, 16 Şubat 2008 tarihinde Adana’da yapıldı.

Toplantıya Adana, Mersin, Hatay, Osmaniye, Aksaray, Gaziantep ve Kahramanmaraş barolarına mensup iki yüze yakın avukat katıldı.

Toplantı Adana Baro Başkanı İbrahim Gazioğlu’nun açılış konuşması ile başladı. Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, bu toplantıların bölgesel olarak devam edeceğini, özellikle Türkiye Barolar Birliği genel kurullarında temsil edilemeyen 0-10 meslek yaşına sahip avukatların sorunlarını yüz yüze dinlemekten mutlu olduklarını vurguladı.

Av. Özcan Çine’nin yönettiği toplantıda yirmi dört avukat söz aldı. Toplantının bitiminde söz alan Yönetim Kurulu üyesi Halit Ökçesiz, toplantıya katılanlara ve düzenleyenlere teşekkür etti ve toplantıda konuşulanları ilk yönetim kurulu toplantısında arkadaşlarının değerlendirmesine sunacağını söyledi.

Toplantı tutanakları birinci forumda olduğu gibi kısa sürede kitaplaştırılarak ilgililerin yararlanmasına sunulacaktır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BELÇİKA HEYETİNE TEPKİ GÖSTERDİ

Türkiye Barolar Birliği, Sabancı suikastını incelemek üzere Türkiye’ye gelen Belçika heyeti ile ilgili olarak bir bildiri yayımladı.

Türkiye Barolar Birliği bildirisinde, Belçika’nın F. Erdal’ın kaçmasına bilerek göz yumduğu belirtilerek, “Yıllarca sürüncemede bırakılmış bu davada, başlıca sanığın da

kaçmasından iki yıl sonra, Belçika adaletinden ciddi ve saygı duyulacak bir yargılama beklemek, tek kelimeyle saflıktan başka bir şey değildir. Dolayısıyla Belçika’dan gelen heyetten ve içeriği açıklanmayan incelemeden adaletin gerçekleşmesi yolunda bir beklentimiz yoktur” açıklamasında bulunuldu. Belçika’nın AB’nin başkenti özelliği taşıdığı vurgulanırken, çağdaş bir devletin insanların can güvenliğini sağlaması gerektiğinin de altı çizildi. Açıklamada, “Terör örgütlerini ve terör sanıklarını kollayıp koruyan, adalet ve insan haklarına saygısız tavırları art arda sergileyen bir devletin, bu konularda başkalarına ders vermeye kalkışması, kutsal bildiğimizi hukuk değerleri açısından hüzün verici bir durumdur” denildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ CUMHURBAŞKANINI ZİYARET ETTİ

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Özdemir Özok, Başkan yardımcısı Alpay Sungurtekin, Genel Sekreter Güneş Gürseler, Sayman üye Soner Kocabey ve üye Halit Ökçesiz’den oluşan Türkiye Barolar Birliği heyeti 11 Şubat 2008 günü Cumhurbaşkanı Abdullah Gül’ü ziyaret ettiler.

Cumhurbaşkanının adaylık evresinde TBB’ni ziyaretini iade ve Cumhurbaşkanı kutlamak amacıyla istenilen randevuya verilen cevaptaki tarih, Anayasa değişikliğinin hemen arkasında olması dolayısıyla ilgi çekti.

Ziyaretten sonra TBB Başkanı Özdemir Özok’un, Cumhurbaşkanı’nın, Anayasa değişikliği hakkındaki “Bakacağız, inceleyeceğiz, karar vermiş değiliz, henüz bu konuda net bir kararım yok,” sözleri gündemde uzun süre yer aldı.

Ziyaret sırasında Cumhurbaşkanı’na bir mektup sunuldu.

Mektupta sonuç olarak şöyle denmektedir: “Bu nedenlerle tartışılan konunun

Barolardan Köşk'e dilekçe

Meclis Başkanlığı'nın henüz göndermediği türban konusundaki anayasa değişikliğini incelediğini söyleyen Gül'e, Barolar Birliği türbanla ilgili kararların anlattığı 6 sayfalık bir dilekçe sundu

ANKARA Milliyet

Cumhurbaşkanı Abdullah Gül, üniversitelerde türban yasasını kaldırmaya yönelik anayasa değişikliğini, TBMM Başkanlığı tarafından gönderilmeden önce incelemeye aldı. Gül, dün öğleden sonra henüz kendisine gelmeyen paket konusunda "Çalışıyoruz" dedi. Gül, dün Yargıtay Başkanlığı'na seçildiği gündünden itibaren laiklik ilkesinin korunması konusunda sert açıklamalar yapan Yargıtay Başkanı Hasan Gerçekler ile de sadece 15 dakika görüştü. Ancak bu görüşmede türban konusunun gündeme gelmediği öğrenildi.



Gül, dün TISK heyetinin kabulünde bir gazetecinin "Anayasa değişikliği paketi önünüzde geldi mi, inceleyebildiniz mi?" sorusuna, "Çalışıyoruz" yanıtını verdi. "Tavrimiz ne olacak, daha önce referandum sinyali vermiştiniz" yönündeki bir başka soru üzerine de Gül, kabuller sırasında kendisine soru



Özdemir Özok, 42 baro başkanının imzaladığı ve türbanın kaosa neden olacağı uyarısında bulunan bildiriye de Gül'e sundu.

Özdemir Özok, 42 baro başkanının imzaladığı ve türbanın kaosa neden olacağı uyarısında bulunan bildiriye de Gül'e sundu. sorulmasından duyduğu rahatsızlığı kastederek "Böyle usul yok" dedi. Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok da, dün Gül'ü ziyaret eden isimler arasındaydı. Özok Köşk'ten ayrılırken yaptığı açıklamada, anayasa değişikliği konusundaki kaygılarını ve hukuki durumu Gül'e aktardıklarını söyledi.

Özok, Gül'e Anayasa Mahkemesi,

Danıştay ve AİHM'nin konuya ilişkin kararlarının anlattığı 6 sayfalık bir dilekçe sunduklarını açıkladı. Tümünle hukuki kaygılar ilettiklerini dile getiren Özok, "Biz hukukçu sorumluluğuyla kendisine dilekçemizi sunduk. Yapılan değişikliğin anayasaya aykırı olduğunu ifade ettik" dedi.

Yargıtay Başkanlığı'na geçen hafta seçilen Gerçekler de, dün Çankaya

Köşkü'ne nezaket ziyaretinde bulundu. Gül'ün saat 14.00'te gerçekleştirileceği duyurulan kabulü 20 dakika gecikmeli başladı.

Gül, görüşme programının sarkması üzerine Gerçekler'i saat 14.20'de kabul etti ve görüşme 15 dakika sürdü. Görüşmede türban konusu ele alınmazken, Gül'ün Gerçekler'e yeni görevinde başarılar dilediği öğrenildi.

hukuki çözümü, anayasa değişikliğiyle mümkün değildir. Baştan beri vurguladığım gibi, Anayasa'mızın 2. maddesinde "... Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." Yine, Anayasa'mızın 4. maddesine göre 2. maddede belirtilen "Cumhuriyetin nitelikleri" değiştirilemez ve değiştirilmesi dahi teklif edilemez hükmü ve Anayasa'nın 153. maddesinde hüküm altına alınan "...Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.." düzenlemesi de yargı kararlarının yaptırımını vurgulamaktadır. Bütün bu hukuki gerçekler karşısında, konu ancak üniversiteler düzeyinde karşılıklı anlayış ve hoşgörü bağlamında çözülebilir. Aksi uygulamalar çok daha derin tartışmalar yanında hukuki, siyasi, toplumsal ve ulusal sorun ve ayrışmalara neden olacaktır.

Kaldı ki tüm bu eleştiriler yanı sıra; Anayasa'da iki maddede yapılan değişiklikler yüksek mahkemelerimizin ve AİHM'nin yerleşik kararlarına aykırılık teşkil ettiği gibi, şu eksiklikleri de taşımaktadır:

—Yasanın gerekçesinde AB'ne vurgu yapılmasına karşın, AİHM kararlarına aykırı bir yasal düzenleme yapılmıştır.

—Anayasa'da yapılan her iki değişiklik, önceki değişiklik girişimlerinde olduğu gibi anayasanın laiklik ilkesine aykırıdır.

—Kanun önünde eşitlik ilkesinin "kamu hizmeti sunan ve bundan yararlananlar"ı kapsamı fevkalade genişler, tehlikeli bir amaca yönelebilecek niteliktedir.

—42. maddede yapılan değişiklik de ülke bütünlüğünü bozma gibi son derece tehlikeli bir amaca yönelebilecek niteliktedir.

Tüm bu nedenlerle ve resen taktir edilecek sebeplerle; şekil yönünden, esas yönünden, amaç yönünden, yerleşik yargı

kararları yönünden ve hepsinden de önemlisi toplumsal barış ve huzur yönünden kimi ciddi endişe ve kuşku taşıyan yasayı yeniden görüşülmesi için TBMM'ne iade etmenizi ve yeniden yasalaştığı takdirde iptali için Anayasa yargısına götürmenizi bilgi ve takdirlerinize arz ediyoruz.”

HUKUK FAKÜLTESİ DEKANLARI TOPLANDI

Hukuk fakülteleri dekanları ile Türkiye Barolar Birliği'nin ortaklaşa yürütecekleri “Ulusal Gelişmeler ve Bologna Süreci Işığında Türk Hukuk Fakültelerinde Lisans Programlarının Yeniden Yapılandırılması” konusunda fikir alışverişinde bulunmak üzere 8 Şubat 2008 tarihinde 23 hukuk fakültesi dekanı ile TBB Yönetim Kurulu bir toplantı yaptılar.

Hukuk fakültesi dekanları ile son dört yıl içinde yapılan beşinci toplantıda hukuk eğitimi konusunda görüş alışverişinde bulunuldu..

Toplantı sonunda dekanlar, ülkemizdeki son olayları da değerlendiren bir bildiriye kamuoyunun dikkatine sundular.

BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI YAPILDI

On Beşinci Baro Başkanları Toplantısı, 9 Şubat 2008 günü Ankara'da Swiss Otel salonlarında yapıldı. 51 Baro Başkanı veya temsilcisinin katıldığı toplantıda kırk baro başkanı ortak bir bildiri yayımladı.

Toplantı tutanakları, daha önce olduğu gibi yine kısa zamanda kitaplaştırılarak ilgililerin dikkatine sunulacaktır.

Bildiri aynen aşağıdadır.

“Baro Başkanları; cumhuriyet ve laiklik erdemlerini içselleştirmiş hukukçular olmanın kendilerine yüklediği sağduyulu davranış sorumluluğu ile TBMM'nde kabul edilen Ana-

yasa değişikliklerinin yarattığı ortamı, yapay bir gündem olarak nitelendirmektedirler.

Ülkemizin çözüm bekleyen ve her biri son derecede de yakıcı olan sorunları varken, toplumda derin bir ayrışmaya neden olan “türban gündemi” niteliği itibarıyla yeni sorunlar yumağının bir başka eksenindeki tartışma konusu olacaktır.

Esasen yargı kararları ile çözümlenen bu olgunun bir Anayasa değişikliğinin konusunu oluşturması; sadece yukarıdaki sakıncaları içermekle kalmayacak, Anayasa tekniği açısından asla kabul edilmeyecek bir “kötü örnek” olarak hukuk tarihimizde yer alacaktır.

Türbanla ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve AİHM tarafından verilen kararları içeriği itibarıyla, laiklik ilkesini ciddi biçimde zedeleyecek bir girişim söz konusu iken şimdi kabul edilen Anayasa değişikliklerinin yeni bir kaos yaratacağı endişesi bir hukuki kaygı olarak vurgulanmaktadır.

Değişiklikler, laik-demokratik düzene ilişkin duyarlılık taşıyan kesimlerin bu duyarlılıklarını paylaşmadığı gibi yeni kaygılara gebe. Oysa Sayın Başbakan tarafından 22 Temmuz gecesi yapılan konuşmadaki mutabakat arayışına ilişkin ifadeler toplumda yeni umutların filizlenmesine neden olmuş ve bu doğrultuda sadakat beklenmişti.

Şimdi gelinen bu son noktada sağduyulu bir hukukçu kimliğinin taşımak zorunda olduğu sorumluluk içinde Baro Başkanları olarak bir rejim bunalımı olasılığına dikkat çekmeyi ve sorunun çözümünün demokraside aranması ve mutlaka orada bulunması gereğine işaret etmeyi zorunlu görüyoruz. Böyle ortamlarda darbe özlemcilerine asla fırsat verilmemesi gereğini demokrasiye ve cumhuriyete âşik Türk Avukatları olarak ifade etmeyi de hukukçu kimliğimizin doğal bir sonucu olarak nitelendiriyoruz.

Baro Başkanları Yargıtay Kanunu'nda yapılması düşünülen değişiklikleri de kaygı ile değerlendirmektedir. Bölge adliye mahkemelerinin kurulmasına ilişkin yasal düzenlemelerin yürürlüğe girmesi 2010 yılına kadar uzayabilecek bir süreci gereksindirmekte iken Yargıtay Üyeliklerine atana yapılmaması ve giderek üyeliklerin eksiltilmesi, yargının kilitlenmesine neden olacak yeni bir aşamayı ifade edecektir. Hükümet bu tasarrufundan vazgeçmeli en kısa sürede iş yükü ile uyumlu bir Yargıtay ortamı yaratmanın önlemlerini almalıdır. Aksi takdirde yakın gelecekte hak ihlalleri, adli hatalar kaçınılmazdır. Bunun tek sorumlusu da hükümet olacaktır.”

AKSARAY, AMASYA, ANKARA, ANTALYA, ARTVİN, AYDIN, BALIKESİR, BARTIN, BOLU, BURSA, ÇANAKKALE, ÇORUM, DENİZLİ, EDİRNE, ERZİNCAN, ESKİŞEHİR, GAZİANTEP, HATAY, ISPARTA, İSTANBUL, İZMİR, KARS, KASTAMONU, KIRKLARELİ, KIRIKKALE, KOCAELİ, MANİSA, MERSİN, MUĞLA, NİĞDE, ORDU, OSMANİYE, SAMSUN, SİNOP, TEKİRDAĞ, TUNCELİ, YALOVA, YOZGAT, VAN, ZONGULDAK BARO BAŞKANLARI

V. TÜRK ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU YAPILACAK

Türk- Alman Tıp Hukuku toplantılarının beşincisi 28 Şubat-1 Mart 2008 tarihleri arasında Ankara'da yapılmaktadır. Toplantıyı Türkiye Barolar Birliği ile Türk ve Alman hukukçuları düzenlemektedirler.

Oniki oturum şeklinde düzenlenmiş sempozyumda Ötenazi, Aktif Ötenazi, İHAM kararları ışığında İşkence Yasağı ve Hekim Raporları, Tıp Ceza Hukukunda Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama, Hekimin Tıbbi Hatalarından Cezai Sorumlulukta Nedensellik Bağlı Problemleri, Organ Naklinde Hukuksal Problemler, n Tıp Ceza Hukukunda Organ Nakli, Organ Ticaretinin Cezalandırılabilirliği, Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu, Hekimler Açısından Görevi Kötüye Kullanma Suçu, Hekimler Açısından İrtikap Suçu, Soy Bağını Değiştirme Suçu, Tıp Ceza Hukukunda

Belgede Sahtecilik Suçu, Deney ve Deneme Suçları, TCK179/3 ve Tıp Ceza Hukuku, TCK. m.83 ve Tıp Ceza Hukuku, İnfaz Hukukunda Tıp Ceza Hukuku Sorunları, Açlık Grevi Karşısında Hekimin Sorumluluğu, Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Kayıtların Açıklanması, HIV Enfeksiyonu ve Hekimin Bildirim Yükümlülüğü, Sağlık Personelinin Suçu Bildirmeme Suçu, Tıp Ceza Hukukunda Mağdurun Rızası, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunda Yanılgı, YSS Kararlarında Hekim Kusurunun Tespitine İlişkin Sorunlar, Hekimin Cezai Sorumluluğu Bakımından Uygulamadaki Sorunlar, Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesinden Kaynaklanan Tıp Hukuku Sorunları, Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik, Suç Sonucu Hamileliğin 20.Haftaya Kadar Sona Erdirilebilmesi, Çocuk Düşürtme Suçu, Tıp Ceza Hukukunda Genital Muayene, Kısırlaştırma konularında Türk ve Alman hukukçuları tebliğler sunacaklardır.

Sempozyumda sunulan tebliğler kısa sürede kitaplaştırılarak hukukçuların ilgisine sunulacaktır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ CİZRE OLAYLARI İLE İLGİLİ BİLDİRİ YAYIMLADI

Terörist Abdullah Öcalan'ın yakalanışının yıl dönümü bahane edilerek Cizre'de yapılan yasa dışı gösteriler sırasında, çocukların öne sürülerek dükkan ve evlerin tahrip edilmesi, Türk bayrağının gönderinden indirilerek hakaret edilmesi dolayısıyla Türkiye Barolar Birliği bir bildiri yayımladı.

Bildirinin tam metni aşağıya alınmıştır.

“Türkiye Cumhuriyeti kurulduğu günden bu yana, “çağdaş uygarlığın” olmazsa olmazları “demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti”nin yaşama eksiksiz yansıtılması konusunda ilerlemeye çalışırken, etnik ve dinsel kalkışma-

larla karşı karşıya kalmış; “çağdaş uygarlık” yolundaki gelişmeler sekteye uğramıştır.

Türkiye, son zamanlarda zamansız ve anlamsız “türban” tartışmaları ile hızla güvensizlik ortamına kaymaktadır. Bu ortamda etnik sorun yine ön plana çıkmaya başlamıştır. Hükümlü bir teröristin yakalanmasının yıl dönümü bahane edilerek Cizre’de çocuklar sokağa döktürülmüş, yöre halkının ev ve işyerlerine zarar verilmiş, Türkiye Cumhuriyeti’nin simgesi ve Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan herkesin namus belgesi olan bayraklar gönderlerden indirilerek hakaretler yağdırılmıştır.

22 Temmuz 2007 seçimlerinde, etnik niteliği ön planda olan bir siyasal partinin TBMM’ne girmesini, “demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti” yönünde kazanımlar sağlama yolunda kolaylaştırıcı rol oynayabileceği, aşılmaz sanılan problemlerin çözümünün hukuk içinde sağlanabileceği umudu ile heyecanla karşılayanlar hayal kırıklığına uğramışlardır.

Olumsuz gelişmelerin başında, dağdaki teröristlerin ardı ardına karakollara saldırıp, Türkiye Cumhuriyeti’ni kendisini savunma zorunluluğu ile karşı karşıya bırakmış olmaları gelmektedir. Teröristlere karşı, uluslar arası destek sağlanıp, etkin mücadele başlatılınca, demokratik açılım beklediğimiz siyasal hareket, karakol baskınlarını sessizce seyrederken, askeri harekâta “canlı kalkan” olma işlevini yüklenmekte tereddüt etmemiştir.

Diyarbakır’da bir eğitim kurumunun önündeki hain tuzak, geleceklere için çalışan gençleri ve ailelerini kedere boğmuş; ancak bu insanlık dışı eylem de unutturulmak istenmiştir.

Arkasından Cizre’de Türk bayrağı hakarete uğramıştır. Çocuklara karşı kolluk güçlerinin insani yaklaşımlarına karşın, Tür-

kiye Cumhuriyeti’nin simgesi olan bayrağa hakareti protesto etmeyenler, “Kürt sorununun demokratik çerçevede çözülmesi” için yollara düşmüşlerdir.

Ortada bir sorun varsa, bu tek tarafın iyi niyet ve gayreti ile çözülemez.

Bugüne kadar izlenen politikaların başarılı sayılamayacağı gerçeği ile karşı karşıyayız. Halkın mutluluğunu sağlayacak, Türkiye Cumhuriyeti ile bağlarını güçlendirecek, halkın şiddeti meşru görmeyeceği ortamı sağlayacak politikaların gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Siyaset, hukuk, ekonomi, eğitim, sağlık ve diğer alanlardaki politikaların, sağlanacak şiddetten arındırılmış, güvenli bir ortamda tartışılması sonunda, çözümler üretilmesi mümkün olabilecektir.

Elinde silah bulunan, zor kullanan ve bu yolla başarıya ulaşabileceğini zanneden terörist gruplar sadece kendilerine ve sığındıkları insanlara zarar vermektedirler. Bölgenin kalkınmasını engellemekte, yapılanları yıkmakta tereddüt etmemekte, ticareti durdurmakta, düşünce hayatını dumura uğratmakta, “özgür” düşünceli insanları dışlamaktadırlar. Onlar kendilerine uzanan elleri, zorla bir şey elde edebilecekleri hayali ile itmemeli, çocuklarını ve kadınlarını polisle karşı karşıya getirmemeli, onları kan içici teröristleri korumak için “canlı kalkan” olarak kullandırmamalıdır.

Sorunların çözüm yolu bu değildir. Bu yolla sağlanacak bir şey olmadığı gibi, ülke olarak kazanımlarımız da elimizden kaçmakta; hep birlikte çözümsüzlüğe doğru sürüklenmekteyiz.

Türkiye Barolar Birliği olarak, kamuoyunu adil, eşitlikçi, kimseyi dışlamayan, şiddetten arınmış bir ortamda soğukkanlılıkla sorunları tartışmaya ve çözüm üretmeye çağırıyoruz.”

AVRUPA BAROLAR KONSEYİ'NDEN HABERLER (CCBE)

CCBE'nin 2008 yılı ilk Yönetim Kurul Toplantısı 31 Ocak 2008 tarihinde Viyana, Avusturya'da yapılmıştır. TBB Temsilcisi olarak tarafımdan katılım sağlanmıştır.

Alınan en önemli kararlardan bir tanesi de; CCBE yetkililerinin Kuzey Kıbrıs Barolar Birliği ile görüşmek üzere Mart ayında Kuzey Kıbrıs'a gitme kararıdır. Konuyla ilgili olarak tarafımızdan sağlanan irtibat ve işbirliğine teşekkür edilmiştir.

Aynı tarihte, PECO Komite Toplantısı da gerçekleşmiştir.

Diğer taraftan, 36. Avrupa Baro Başkanları Toplantısı da 1 Şubat 2008 tarihinde Viyana'da yapılmıştır.



TBB hizmet binası inşaatı hızla ilerliyor (Ocak 2008).

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

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

• AVRUPA DÖNEM BAŞKANLIĞI

Aralık 2007 itibariyle dönem başkanlığı sona eren Portekiz yerine Slovenya ilk defa dönem başkanlığına getirilmiştir. Zorlu bir dönemi devralan Slovenya başta işsizlik olmak üzere, ekonomik ve enerji sorunları ile karşı karşıya bulunmaktadır. Bunların yanında Lizbon Antlaşması da onaylanmayı beklemektedir. Görüldüğü gibi Slovenya bu altı aylık dönemde pek çok işin üstesinden gelmek zorunda bulunmaktadır. Bilineceği gibi, Slovenya AB'ne 2004 yılında katılmıştır. UPA Birliği'nin 2006/123 sayılı Hizmetler Direktifi üye ülkeler arasındaki engelleri ortadan kaldırarak bir AB üyesi ülke hizmet sunucusunun diğer bir üye ülkede hizmet sunabilmesine olanak vermesini hedeflemektedir. Söz konusu direktif; 77/249 sayılı Avukatlık Hizmetleri Direktifi (bu düzenleme bir avukatın üye bir ülkede geçici veya konuk olarak avukatlık yapmasına olanak sağlar) ile, bir AB üyesi ülke avukatının daimi olarak diğer bir üye ülkede avukatlık yapmasına olanak veren 98/5 sayılı Kuruluş Direktifi ile çakışmadığı sürece, avukatlık hizmetlerine de uygulanacaktır. Diğer bir deyişle, 2009 yılı sonuna kadar üye ülkelere benimsenmesi gereken Hizmetler Direktifi bahsi geçen direktifleri tamamlar bir nitelik arz etmektedir. Bu gelişmelere ilaveten AB Komisyonu; 2008 yılında 98/5 sayılı Direktifi gözden geçirerek uygulama farklılıklarını giderecek ve değişiklikler yapacaktır.

• ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI(ADR)

Daha önceki haberlerimizde ilettiğimiz gibi, Avrupa Parlamentosu; Arabuluculuk Direktif Taslağı'nın görüşülmesini hızlandırmak için büyük çaba harcamaktaydı. Bu çabalar sonucu Kasım ayında toplanan Adalet ve İç İşleri Komisyonu tasarı üzerinde uzlaşmaya varmıştır. Sınır ötesi arabuluculuğa imkan vermemekle beraber, arabuluculuk anlaşmalarının icra edilebilmesi ve zamanaşımı sürelerinin işleyebilmesi için üye ülkelerin

bu hususu kabul etmesi gerekecektir. Direktif kabulünden 18 ay sonra yürürlüğe girecektir.

• SAYDAMLIK İNİSİYATİFİ

AB Komisyonu lobciler ile ilgili olarak Meslek Kuralları taslağını üzerinde görüşmeleri 10 Aralık 2007 tarihinde açmış bulunmaktadır. Söz konusu kurallar lobcilerle ilişkin davranış ve etik kuralları düzenleyecektir. Diğer taraftan 2008 ilkbaharında başlatılması beklenen sicil kayıtlarının yürürlüğe girmesi ve lobcilerin bu sicil kaydını imzalaması ile, meslek kuralları ile bağlı olarak faaliyetlerini sürdüreceklerini kabul ve beyan etmiş olacaktırlar. Kurallara göre lobcilik faaliyetinde bulunana kişi öncelikle kendi kimliğini, temsil ettiği kişi veya menfaati, kimin için bilgi topladığını açıkça beyan etmek zorundadır. Bunun amacı AB çalışanlarının kuralları ihlal etmemesini sağlayacağı gibi lobcilerin de gayri ahlaki yollara başvurmalarını önlemektir.

• İNGİLTERE VE GALLER BAROSU ULUSLARARASI BİRİMİ

İngiltere ve Galler Barosu yerli ve yabancı avukatlara uluslar arası iş ve ilişkilerinde yardımcı olması amacıyla, 27 Kasım 2007 tarihinde "Uluslararası" birimini faaliyete sokmuştur. Her milletten avukat ve hukuk bürolarına açık olan Birim; başlıca piyasa ve ülke profili, mesleki yenilik ve gelişmeler hakkında bilgi ve avukatlar için uluslar arası bilgi ve iletişim ağı sağlamaktadır.

• İNGİLTERE VE GALLER BAROSU İNSAN HAKLARI GÜNÜ ETKİNLİĞİ

İngiltere ve Galler Barosu 10 Aralık İnsan Hakları Günü'nün de "hukukun üstünlüğü" temasını ele almıştır. Baro Başkanı Andrew Holyroyd Başbakan Gordon Brown'a bir mektup yazarak İngiliz Hükümeti ve diğer AB üyesi devletlerin uluslar arası insan hakları norm ve standartlarının AB-Afrika Birliği zirvesinin en öncelikli maddesi olmasını talep etmiştir. Diğer taraftan, Pakistan'da hu-

kukun üstünlüğüne vurulan darbe de 4782 imzalı bir dilekçeyle kınanmıştır.

• TEMEL HAKLAR

Temel Haklar Bildirgesinin AB Parlamentosu'nca 29 Kasım 2007 tarihinde kabulünü takiben, Bildirge; 12 Aralık 2007 tarihinde AB Komisyonu Başkanları, Strazburg'da bulunan Avrupa Parlamentosu'nda imzalanarak kabul edilmiştir. Bu Bildirge ile ilk defa AB vatandaşlarının yararlanabileceği temel hakları belirlemiştir. Bu haklar; insan hakları, medeni ve sosyal haklar, ekonomik haklar olup AİH Sözleşmesi kapsamındaki haklardır. Bildirge ayrıca, Sözleşmede yer almayan "modern" kavramını getirmiştir. Bu haklar ise; bilgiye erişim ve kişisel verilerin korunmasıdır.

• AİLE HUKUKU

Uluslar arası Çocuk Desteği ve Diğer Aile Destekleri başlıklı konvansiyon 23 Kasım 2007 tarihinde La Hey'de tamamlanmıştır. Bu Konvansiyon; iase ve nafaka yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için bir sistem oluşturmaktadır. Konvansiyonun yürürlüğe girmesi için imzalayan ülke ve AB tarafından onaylanması gerekmektedir. Konuya ilişkin bir yönetmelik düzenlenmesi ise Konvansiyonun onaylanmasına bağlı bulunmaktadır.

• ÇEVRE HUKUKU

19 Aralık 2007 tarihinde Avrupa Parlamentosu Adalet Komisyonu üye ülkelerin çevrenin korunmasına ilişkin ceza kanunlarının uyumlaştırılması yönünde bir teklif sunmuştur. Bu öneri sonucunda ulusal kanunlarda değişiklik yapılması gerekebilecektir. Konuya ilişkin olarak hazırlanan direktif 2008 yılı içinde ele alınıp gözden geçirilecektir.

YANLIŞ TARTIŞILAN ve YANLIŞ YAKLAŞILAN “TÜRBAN”

Av. Özdemir ÖZOK*

Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın İspanya'da dillendirdiği “türban” konusu ülkemizin tüm öncelikli sorunlarını sollayarak bütün ağırlığıyla ülke gündemine yerleşmiş ve ciddi tartışmaların yanı sıra tehlikeli ayrışmalara neden olacak boyutlara ulaşmıştır. Öyle ki, bugüne kadar on dördüncüsü yapılan, on beşincisini de 9 Şubat 2008 günü yaptığımız Baro Başkanları Toplantısı'nda hiç yaşamadığımız tablolar ve provokasyon girişimleriyle karşı karşıya kaldık. Kitap haline getireceğimiz 15. Baro Başkanları Toplantısı'ndaki konuşmaları çok kısa zamanda bilgilerinize sunacağız.

TBB olarak kurulduğumuz 1969 yılından bu yana bize emanet edilen güzel yurdumuz ve “demokratik, laik, sosyal, hukuk” devletimize sahip çıkmaktan başka hiçbir amacımız ve gizli ajandamız olmamıştır. Her söylemimiz ve eylemimiz açık ve somuttur. Tek dileğimiz ülkemizde eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğünün yaşama geçmesi yanı sıra, tüm kurum ve kurallarıyla işleyen bir hukuk devletinin oluşmasıdır. Oysa tüm ulusumuz tarafından bilinen bir gerçekte “demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü” referans alan kimi marjinal gruplar ülke insanının ortak amacı olan barış, huzur ve kardeşlik gibi değerler yanında aydınlık geleceğimizi de tehdit etmektedirler. Bu nedenle gün ayrılık, ayrışma ve öteleme günü değil aksine her dönemden daha fazla birlikteliklerin yaşanması gereken bir dönemdir. Tüm tartışmalarımızı ve eleştirilerimizi bu anlayış içinde yapmak hiçbir biçimde aidiyet anlayışını düşüncelerimizin önüne koymamamız gerekmektedir.

*Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

başkandan

Maalesef acı, ama gerçek bir durumu sizlerle bir kez daha paylaşmak istiyorum. Bir kısım meslektaşımız, ülke bütünlüğü, üniter yapı, laik hukuk - laik devlet, demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti gibi asırlar süren insanlık mücadeleleri ve ödenen bedellerle elde edilmiş kimi evrensel kurum, kavram ve ilkeleri ait oldukları topluluk, grup veya cemaat kültürüne göre yorumlamakta ve algılamaktadır. Halbuki hepimiz biliyoruz ki bu kavram, ilke ve kurumların kişiye, gruba ve cemaate göre farklı ve değişik anlamı yoktur.

Siyasal iktidarın, dolayısıyla TBMM'nin gündeminde "*Sivil Anayasa*" başta olmak üzere "*Ticaret Kanunu*", "*Borçlar Kanunu*" "*Sosyal Güvenlik Kanunu*", "*İcra ve İflas Kanunu*" çalışmaları gibi çok önemli yasa çalışmaları yanında son derece önemli siyasi ve toplumsal sorunlar varken üniversitelerde "*İslami başörtü*", "*türban*" serbestliği yönünde girilen Anayasa değişikliği öncelikle "*Anayasa'mızın 2. maddesinde belirtilen değiştirilemez ve değiştirilmesi dahi teklif edilemez olan "laiklik ilkesine"* aykırıdır.

Geçmişte olduğu gibi, bugün de olaya belirli bir sorunu çözmek için değil de, tamamen siyasi rant ve popülist bir amaçla yaklaşıldığı için, sorun çözülmemiş, aksine yapılan değişiklik amaç, kapsam ve özgürlükler rejimi bakımından mevcut Anayasa'ya aykırı bir düzenleme getirmiştir.

Öncelikle yapılması gereken "*türban*", "*İslami Başörtü*" takma dinsel bir emir mi? Yoksa bireysel bir tercih mi? bu sorulara verilecek yanıtlara göre sorunu çözmek gerekmektedir. Çünkü eğer bu bir dinsel emir gereği yapılıyorsa artık konunun özgürlükler düzleminde değil, siyasi rejim ve laiklik ekseninde ele alınması gerekmektedir. Yok hayır bu eylem dinsel bir emir gereği değil, bireysel bir tercih olarak yapılıyorsa, o vakit diğer temel hak ve özgürlükler gibi kayıtlama ilkesine tabi olabilecek demektir. Konunun bu çok önemli yönleri hiç tartışılmadan yapılan Anayasa değişikliği yeni hukuki, siyasi ve toplumsal sorunları beraberinde getirecektir.

9.2.2008 günü kabul edilen, "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi*"nin genel gerekçesinde, "*...Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılması öngörülen değişiklikler, yükseköğretim hizmetlerinden kişilerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak, herhangi bir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan ya-*

başkandan

rarlanmasının önündeki engelleri kaldırmayı amaçlamaktadır. Devletin temel amaç ve görevlerinden biri de kişinin temel hak ve hürriyetlerini, hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaktır.

Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır. Buna rağmen, ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir. Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde 'fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür' nesillerin yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğretim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasa'nın 10. ve 42. maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur..." denildikten sonra; madde 1- 7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiştir. Madde 2- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir. "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanılmasının sınırları kanunla belirlenir" hükmü getirilmiştir. Böylece genel gerekçede "Anayasa'nın Laiklik" ilkesine takılmamak ve yakalanmamak için "türban" başka bir anlatımıyla adı üstünde "İslami başörtüsü" nün dinsel bir emir nedeniyle bazı kız öğrenciler tarafından takıldığı gerçeği yerine "laiklik" ilkesinin arkasından dolanmak için yüce önder Atatürk'ün "...fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür" nesiller yetiştirme özlemine de referans yapılmak suretiyle "...bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğretim haklarını kullanamadıklarına..." vurgu yapılmıştır.

Böylece "...eğitim ve öğretim haklarının..." kullanılmadığından söz edilmek suretiyle "Anayasa değişikliğiyle 'türban' takan bayan yurttaşlarımızın temel hak ve özgürlüklerinin önündeki engellerin kaldırılması" amaçlanmaktadır. Oysa yukarda da bildirdiğim gibi "temel hak ve özgürlükler"

başkandan

belirli nedenlerle sınırlanabilir, kayıt altına alınabilir. Nitekim, anayasalar ve uluslararası belgelerde bu yönde hukuki düzenleme yanında yasal dayanak ve hükümler vardır. Bu nedenle sorun hak ve özgürlüklerin kullanılamaması sorunu değildir. Sorun, kimi bayan yurttaşlarımızın dini inançları gereği örtünme sorunudur. Nitekim örtünmenin yüksek öğretimde ve yaşamın her alanında serbest olmasını isteyen bayan yurttaşlarımızın örtünme istemlerindeki ısrarları tamamen “*dinsel bir emri*” yerine getirme amacını taşımakta ve böylece kendilerinin de açıkça ifade ettikleri gibi “*Türban Müslüman kadının kimliğidir*” tanımlamasını yapmaktadırlar. Böylece temel neden olan dinsel emir kavramı sırf anayasadaki “*Laiklik*” ilkesini aşabilmek, dolanabilmek için “*eğitim ve öğretim hakkı*” biçiminde “*temel hak ve özgürlükler*” bağlamında tanımlanmaktadır.

Temel amaç ve gerekçe “*dinsel bir emir*” olarak örtünme biçiminde karşımıza çıkınca sorunu hak ve özgürlükler bağlamında değil, siyasal rejim ve laiklik ekseninde ele almak ve getirilen çözümleri bu noktadan değerlendirmek gerekmektedir.

Kuşkusuz anayasalar ve uluslararası belgelerin güvence altına aldığı en temel insan haklarından olan “*Din ve Vicdan Hürriyeti*” ve buna bağlı olarak kişinin kendi dini inanç ve itikatlarını özgürce yaşama hakkı “*Laik Hukuk*” ve “*Laik Devlet*” düzeninde tamamen bireysel özgürlük alanında kalmaktadır. Bu hak ve özgürlük bir biçimde kamuya, kurumsal yaşama taşınırsa o vakit “*Laiklik*” ilkesi yara almakta ve zedelenmektedir. Konu ülkemizde uzun bir süreden beri siyasetin, medyanın ve toplumun sürekli gündeminde yer almış ve bu konuda söylenmedik, yazılmadık hiçbir şey kalmamıştır. Geline bu noktada özel ve kişisel yaşam alanlarında bayan yurttaşlarımız dilediği biçimde giyinme özgürlüğünü kullanmaktadırlar. Bu konuda hiç kimsenin bir itirazı yoktur, olamazda. Ama konu yukarıda da belirttiğim gibi kamu ve kurumsal yaşam alanlarına gelince devletin temel niteliklerinden olan ve anayasanın başlangıç hükümleri yanında, 2. maddesinde sayılan “*Laiklik*” ilkesine ve onun hiçbir biçimde değiştirilemez ve değiştirilmesi dahi teklif edilemez 4. maddesindeki düzenlemelere açıkça aykırı olmaktadır. Bu görüş anayasa hukukçularının tamamı tarafından benimsendiği gibi, 1984 yılında Danıştay’ın aynı konuda verdiği karardan itibaren, 25 yıldır iki Anayasa Mahkemesi, birden çok Danıştay kararı ve AİHM’nin en çok atıf yapılan

başkandan

1993 ve 2004 yıllarında verdiği kararlarla artık kesinlik kazanmıştır. Bu kararların tümünde “türban”ın bir “simge” olduğu tartışmasız bir biçimde kabul edilmiştir. Anayasa’nın temel tercihini, temel mantığını, temel ruhunu ve devletin temel niteliklerini tanımlayan başlangıç hükümleri ve 2. maddesi ile 4. maddesi yürürlükte bulunduğu süre içinde ve yine anılan yüksek yargı kararları yanı sıra AİHM’nin konuya ilişkin yerleşik kararları karşısında yapılan yasal düzenlemelerin tamamı aynı hukuki sonuçla karşı karşıya kalacaktır.

Kabul edilen yasanın genel gerekçesinde vurgulanan “...Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyi’ne üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır...” açılımı da kanımca eksik bir değerlendirmeyi içirmektedir. Şöyle ki; bireysel tercihlerin, dini simgeler başta olmak üzere, tüm özgürlüklerin sınırsız olmadığı, sınırlanabileceği evrensel hukuk kuralları tarafından belirtilmesi yanında, çağdaş ülkelerde özellikle dinsel simgelerin kullanılmayacağına ilişkin yargı kararları da bu görüş ve düşünceyi doğrulamaktadır. ABD Federal Yüksek Mahkemesi Goldman V. Weinberger davasında dinsel kıyafet-kamu düzeni çatışmasında kamu düzenine ağırlık verilmesi gerektiği ve “dinsel simgelerin” bu alanlarda giyilemeyeceğini karara bağlamıştır. Aynı şekilde Fransız Danıştay’ı (Konseyi) “Conseil d’Etat” de 27 Kasım 1989 günlü istişari görüşünde, “dinsel simgelerin” eğitim kurumları içinde taşınamayacağını, böylesi bir eylemin yani dinsel simge taşınmasının kurumun düzenini ya da kamu hizmetinin normal işleyişini bozabileceğini işaret etmiştir. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi’nin 12.11.1997 gün ve E No.2P.419/1996 sayılı kararında da kuvvetli “dinsel simge” olan giysilerin belli koşullarda yasaklanmasında “inanç özgürlüğünün” özüne tecavüz olmadığı kararlaştırılırken idari mercilere yapılan bu tür düzenlemelerde önemli ölçüde kamu yararının varlığından söz edilmiştir.

Öte yandan 23 Mayıs 1949 tarihli Almanya Anayasası’nda laiklikten açıkça söz edilmemiş olmasına karşın, Bavyera eyaletinin okul düzenine ilişkin 21.6.1983 günlü yönetmeliğin dini eğitim, din dersi başlığını taşıyan 13/1 maddesine göre resmi okullarda sınıflara çarım çarım asılması zorunluluğu anayasa mahkemesi tarafından, bu kuralın ve kurala bağlı uygulamanın devletin dinsel alanda tarafsızlığını zedeleyeceğine hükmetmiştir. Tüm bu kararlar kabul edilen yasanın genel gerekçesine aykırı

başkandan

düzenlemeleri içermektedir. Yukarda belirtilen yabancı ülke kararları devletimizin “*laik demokratik sosyal hukuk devleti*” olma niteliğine aykırı eylemlerde verilen ulusal yüksek mahkeme kararlarına örnek teşkil etmişlerdir.

Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 15.3.2005 gün ve 2004/8-201 esas ve 2005/30 sayılı kararında da belirtilen kararlara atıf yapılmıştır.

Böylece dinsel bir emir nedeniyle takılan “*Türban*” başka bir ifadeyle “*İslami Başörtüsü*” dini simge olarak kabul edildiği için ulusal ve ulus üstü hukuk tarafından korunmamaktadır. Kuşkusuz bu kayıtlamayı getiren ülkelerde devlet rejimi “*demokratik ve laik hukuk devleti*” niteliğini taşımaktadır. Öyleyse üzerinde durulması ve dikkat edilmesi gereken temel konu “*Laiklik*” ilkesinin korunmasında düğümlenmektedir.

Kuşkusuz, demokrasi, sivil özgürlükler ve hukuk devleti ile bunların omurgasını oluşturan laiklik, cumhuriyetimizin üzerinde yükseldiği en temel ilkelerden birisidir. Laik ilkeler, sadece siyasal düzene ilişkin alanda biçimsel demokrasinin işlemesi ve hukukun şeklen var olması ile sınırlı olmayıp, aksine toplumsal yaşamı bir arada tutan, toplumun demokrasi, hukuk ve özgürlükler temelinde bir arada yaşamasını ve varlığını sağlayan en temel ilkedir.

Bu çerçevede laik devlet; kendini asla dinle temellendirmeyen, hukukunu oluştururken kendini dinin buyrukları ile bağlı saymayan, din ve dindarlar ile dindar olmayanlar üzerinde baskı kurmayan tüm inanç ve kutsal değerlere karşı eşit uzaklıkta olan devlet demektir. Bu özelliği gereği laiklik, din ve mezhepler karşısında tarafsızlık ve toplumsal bir barış ilkesi olduğu kadar, farklı görüş ve inançtaki kişilerin bir arada yaşamasının da temelini oluşturur. Bu nedenle çağdaş olma iddiası; toplum ve devlet yaşamını “*us*”a bilime dayatma ancak ve ancak laiklik ilkesinin eğitimde, siyasette, devlet ve toplum yönetiminde ve örgütlenmelerinde uygulanmasıyla gerçekleşebilecektir.

Biz hukukçular tartışmayı bu boyutlarıyla yapmamız gerekmektedir.

TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU TASARISININ VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

Feriha Bilge TANRIBİLİR*

I. Giriş

Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK)¹ 1964 yılında yürürlüğe girmiş ve muhtelif tarihlerde kanunun bazı hükümleri değiştirilmiş, bazı hükümleri tamamıyla yürürlükten kaldırılmış ve bazı yeni hükümler eklenmiştir. 2006 yılının Nisan ayında yeni bir Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun hazırlandığı kamuoyuna açıklanmıştır. Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın "Genel Gerekçe"sinde² yeni bir vatandaşlık kanununun hazırlanmasına niçin ihtiyaç duyulduğu hususu da belirtilmiştir. Bu nedenleri şu şekilde sıralamak mümkündür: Yürürlükteki TVK'da günümüze kadar pek çok değişiklik yapılmış olması ve bu değişiklikler nedeniyle kanunun yapısının ciddi şekilde bozulması, Anayasa'nın 66. maddesinde yapılan değişiklik, yeni bir Türk Medeni Kanunu'nun hazırlanmış olması, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'yle uyum, vatandaşlıkla ilgili işlemlerde kolaylık getirme.³ Söz konusu tasarı, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gündeminde olup komisyon raporları beklenmektedir.

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı, Türk vatandaşlığını altı bölümde düzenlemektedir: *Birinci Bölüm*, kanunun amacını, kapsamını, tanımları ve bu kanunla ilgili idari organları düzenlemektedir (m. 1-4).

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

¹ RG, 22.2.1964-11638.

² Metin için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0458.pdf>.

³ Gerekçe hakkında bkz. Tanrıbilir, "Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'nın Hazırlanması Nedenleri Üzerine", (Tasarı), *TBB*, S. 72 (2007), s. 37 vd.

İkinci Bölüm'de, "Türk Vatandaşlığının Kazanılması" başlığı altında bütün vatandaşlığın kazanılması yolları ele alınmaktadır (m. 5-22). Üçüncü Bölüm'de ise, Türk vatandaşlığının kaybı yolları düzenlenmektedir (m. 23-35). Dördüncü Bölüm'ün konusu, Türk vatandaşlığının ispatı ve vatandaşlık ihtilaflarıdır (m. 36-37). Beşinci Bölüm'de, vatandaşlığın kazanılması ve kaybıyla ilgili bazı işlemler "ortak hükümler" başlığı altında yer almaktadır (m. 38-42). Altıncı ve son bölüm, "çeşitli hükümler" başlığını taşımaktadır (m. 43-47).

Devletler, kural olarak, kendi vatandaşlıklarıyla ilgili kanuni düzenlemelerini yaparlarken uluslararası hukukta yer alan ilkeleri dikkate alırlar.⁴ Bu ilkelere birisi, "herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır" ilkesidir. Vatansızlığı önlemeye yönelik olan bu ilkeyi gözetken kanun koyucunun vatansızlığa yol açmayacak ve vatansızlığı azaltacak şekilde düzenleme yapması beklenilir. Vatandaşlıkla ilgili ikinci ilke, "herkesin sadece bir vatandaşlığı olmalıdır" ilkesidir. Bu ilkeyle mümkün olduğunca çok vatandaşlığa yol açacak kanuni düzenlemelerden kaçınılması hedeflenmektedir. Kanun koyucuların gözetmesi gereken diğer bir ilke de "kişi vatandaşlığını değiştirmede serbest olmalı ve kimseye zorla vatandaşlık yüklenmemelidir" ilkesidir. Vatandaşlık Hakkında Avrupa Sözleşmesi⁵ ise bu ilkelere ilki üzerinde önemle durmuş, 4. maddesinde vatandaşlık kanunlarında gözetilmesi gereken ilkeleri şu şekilde tespit etmiştir: Herkesin bir vatandaşlığı olmalıdır, vatansızlık önlenmelidir, hiç kimse keyfi olarak vatandaşlıktan çıkarılamamalıdır ve evlilik kendiliğinden vatandaşlık değişimine yol açmamalıdır. TVK'da vatansızlığı önlemeye ve vatansızlara vatandaşlık kazandırmaya yönelik birçok hüküm bulunmaktadır.⁶

Devletler, kendi vatandaşlıklarıyla ilgili kanuni düzenlemelerini yaparlarken anayasalarında yer alan ilkeleri de dikkate almalıdırlar.⁷ Türk kanun koyucusunun da vatandaşlık kanununun TC

⁴ Bu ilkelere hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Berki, *Devletler Hususi Hukuku*, C.I, *Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku*, (DHH), 6. B., Ankara 1966, s. 21 vd.; Seviğ(M.R.)/Seviğ(V.R.), *Devletler Hususi Hukuku* (Giriş-Vatandaşlık), 4. B., İstanbul 1967, s. 61 vd.; Göger, *Türk Tâbiyet Hukuku*, 4. B., Ankara 1979, 16 vd.; Uluocak, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Yeni Bası, İstanbul 1989, 6 vd.

⁵ Sözleşmenin metni için bkz. European Treaty Series, No. 166; İngilizce metin için International Legal Materials, Vol. 37(1998), S. 1-3, s. 47-55.

⁶ Bkz. Tanribilir, *Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve Türk Hukuku*, (Sözleşme), MHB, C. 22(2002), s. 796-797.

⁷ Bu konuda bkz. Nomer, "Türk Vatandaşlık Hukukunun Genel İlkeleri", (ilkeler),

Anayasası'nın vatandaşlığı düzenleyen 66. maddesine uygun olarak hazırlanması hususunda itina göstermesi gerekir. Anayasa'nın anılan hükmüne göre "*Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür*". Türk vatandaşlık hukukunda esas itibariyle objektif anlamda vatandaşlık, yani vatandaşlığın kişiyle devlet arasındaki hukuki bir bağ olduğu kabul edilmiş, kişiler arasında ırk, din, dil veya başka bir nedene dayalı herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca Anayasa'nın 66. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "*Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür*". Anayasa, vatandaşlığın asli kazanılması bakımından kan esasını kabul etmiş ve vatandaşlığın kazanılmasında ana ile baba arasında da herhangi bir ayırım yapmamıştır. Anayasa'nın 66. maddesinin üçüncü fıkrası ise vatandaşlık bakımından çok önem taşıyan bir ilkeye işaret etmektedir: "*Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir*". Dolayısıyla, vatandaşlık kanununda açıkça düzenlenmemiş bir şart, ne vatandaşlığın kazanılmasında ne de kaybında aranabilir. Anayasa'nın 66. maddesinin dört ve beşinci fıkraları ise vatandaşlığı güvence altına almaktadır. "*Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz*" ve "*Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz*".

Bu çalışmada tasarının Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin hükümleri, vatandaşlık hukukuna hakim olan ilkeler, anayasal esaslar ile yürürlükteki kanun ve ilgili mevzuat hükümleriyle karşılaştırılarak incelenecektir.

II. Tasarının Türk Vatandaşlığının Kazanılmasını Düzenleme Tarzı

Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısı'na göre vatandaşlığın kazanılması başlıca iki şekilde gerçekleşmektedir (m. 5); Türk vatandaşlığı ya doğumla ya da sonradan kazanılır. Tasarının 6. maddesinde doğumla vatandaşlığın kazanılması yolları, 9. maddesinde de sonradan vatandaşlığın kazanılması yolları sayılmaktadır. Doğumla vatandaşlığın kazanılması, 6. maddeye göre iki halde mümkündür: Soy bağı esas ve

İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 733 vd.; Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, (Vatandaşlık), 15. B., İstanbul 2005, s. 48 vd.; Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 7. B., Ankara 2007, s. 36 vd.

toprak esası. Vatandaşlığın sonradan kazanılması ise, 9. maddeye göre şu hallerde mümkündür: Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması, evlat edinme ve seçme hakkının kullanımıyla vatandaşlığın kazanılması. Başlangıç itibariyle tasarının bu ayırımı makul ve yerinde görülmektedir.

Tasarıdan, doğumla vatandaşlığın kazanılması yollarını tespit etmek kolaydır. Ancak vatandaşlığın sonradan kazanılması yollarının alt başlıkları belirlenememektedir. Her ne kadar 9. maddede (ana başlık olarak kabul edilebilecek) sonradan kazanma yolları sayılmışsa da bu yolu düzenleyen 9-22. maddelerden alt başlıkları belirlemek çok kolay görünmemektedir. Bu zorluk, büyük ölçüde, mevcut TVK'nın yazım tekniği ve kazanma ve kayıp hallerinin sistematik ele alınmasına alışmış olmaktan kaynaklanmaktadır.⁸ Aynı düzen ve konuya hâkimiyet, doğal olarak, yeni hazırlanan kanundan da beklenmektedir. Mevcut kanunun yazım sistemi, vatandaşlığın kazanılması (veya kaybı) yolları, usul ve sonuçlar şeklindedir ve kanunu (bölüm başlıkları ile alt başlıklar kullanıldığı için) kitap gibi okumak mümkündür.

Aşağıdaki TABLO 1'de her iki metnin vatandaşlığın kazanılmasını düzenleyen hükümleri birlikte verilmiştir. Her iki metin arasındaki düzen farkı son derece bariz olarak görülmektedir. Tabloda verilen tasarı madde başlıklarına göre şu soruların cevabının araştırılması gerekmektedir:

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığı kazanma yolları nelerdir? Evlenme yoluyla vatandaşlığı kazanma, yetkili makam kararıyla vatandaşlığı kazanma yollarından birisi midir? Aslında bu soruların cevapları birbirine bağlıdır.

Her ne kadar tasarıdaki madde başlıkları ve içeriğinden açıkça anlaşılamiyorsa da, aşağıdaki hallerde kesin olarak yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılması söz konusudur: Bunlardan *birincisi*, genel olarak vatandaşlığa alınma olarak nitelendirilebilecek olan ve 11. maddede şartları sayılan yoldur. *İkinci* yol, tasarıda "*Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnai haller*" başlığında düzenlenen ve yürürlükteki TVK'nın istisnai olarak vatandaşlığa alınmaya tekabül ettiği kabul

⁸ TVK'nın genel yapısı hakkında bkz. Berki, "Yeni Vatandaşlık Kanunu'nun Tâbiyetin Kazanılması ve Kaybı Hakkında Kabul Ettiği Esaslar", (Esaslar), E. E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1964, s. 300 vd.

edilebilecek olan haldir. Üçüncü yol ise, Türk vatandaşlığının yeniden kazanılmasıdır. Yeniden vatandaşlığın kazanılması da ikamet şartının aranıp aranmamasına göre ikiye ayrılmaktadır (m. 13-14).

Tasarının yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasını düzenleyen hükümleri arasında, süre hesabına ilişkin 15. maddeden sonra, 16. maddede “*Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması*”na yer verilmiştir. Ancak evlenmenin, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kazanılmasının türü olduğuna dair ne tasarının 16. maddesinin metninde ne gerekçede açık ifade bulunmaktadır. Bu soruya cevap verebileceği düşünülen bir ifadeye 18. maddede rastlanılmaktadır. Tasarının “*yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında usul ve esaslar*” madde başlığını taşıyan 18. maddesinde 11 ve 16. maddeler uyarınca Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancıların izleyecekleri yol düzenlenmeye çalışılmaktadır. Anılan hükümde 16. madde uyarınca başvuranlardan durumu uygun bulunanların İçişleri Bakanlığı’nın kararıyla Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri belirtilmektedir. Bu hükümden hareketle evlenme yoluyla vatandaşlığı kazanmanın bir yetkili makam kararı olduğu sonucuna varılabilir. Bu sonuç, 16. maddenin yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınmayı düzenleyen 10-19. maddeler arasında yer almasıyla da desteklenmektedir.

Kanaatimizce yeni kanunun yazma tekniği bakımından 10. maddede bir fıkra eklenmesi yerinde olacaktır: “*Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığı, genel olarak, istisnai hallerde, yeniden alınma veya evlenme yollarından birisiyle kazanılır.*” Böyle bir ekleme yapıldığı takdirde 11. maddenin üst başlığı da “*genel olarak vatandaşlığa alınma*” olarak değiştirilmelidir.

III. Tasarıya Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması Yolları

A. Doğumla Kazanılan Vatandaşlık

Tasarı, asli olarak Türk vatandaşlığının kazanılmasını “*doğumla kazanılan vatandaşlık*” başlığında düzenlemiştir. Vatandaşlık, ilgilinin talebine veya yetkili makamın kararına ihtiyaç olmaksızın, doğumla birlikte kendiliğinden kazanılır. Doğumla vatandaşlık ya soy bağı ya da doğum yeri esasına göre kazanılabilir.

1. Soy Bağı Esasıyla Vatandaşlığın Kazanılması

Tasarı, yürürlükteki TVK'nın 1 ve 2. maddelerini esasen değiştirmeden daha genel ifadelerle yeniden kaleme alınmıştır.

Vatandaşlığın doğum anında çocuk ile anası veya çocuk ile babası arasında kurulan soy bağının sonucu olarak kazanılması kan esasıdır (*jus sanguinis*). Türk hukuku kan esasıyla vatandaşlığın kazanılmasında doğumun gerçekleştiği yeri dikkate almaz. Yürürlükteki TVK ile tasarıya göre doğum Türkiye içinde ve dışında gerçekleşse de önemli olan çocuk ile anası veya babası arasında soy bağının kurulmasıdır. Tasarı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)⁹ hükümlerine paralel olarak, çocuğun evlilik içinde veya dışında doğmasına göre 7. maddeyi düzenlemiştir. Evlilik içinde Türk anadan doğan veya Türk babadan olan¹⁰ çocuk Türk vatandaşıdır. Çocuk evlilik dışında Türk anadan dünyaya geldiyse TMK sistemi gereği doğum anında kurulan soy bağının neticesi (TMK m. 282) olarak Türk vatandaşlığını kazanır. Ancak Türk babadan evlilik dışı olan çocuk ile babası arasında soy bağı, babalığa hüküm veya tanıma gibi bazı işlemler neticesinde kurulabilir. Yürürlükteki TVK bu yolları tahdidi olarak belirtmektedir. Tasarı soy bağına kuran işlemleri saymadan, genel olarak soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesini yeterli görmüştür. Böylece Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a¹¹ göre yabancı unsurlu nesep ilişkilerinde uygulanacak hukukta (m. 16) öngörülen her türlü soy bağına kuran yol TVK uygulanması bakımından geçerli olacaktır. Bununla birlikte herhangi bir tereddüde mahal vermemek için, anılan hükme "*Türk hukuku uyarınca soy bağının kurulmasını*" ifadesinin eklenmesi yerinde olur.

Soy bağına dayanarak vatandaşlığın kazanılmasını düzenleyen hükümde dikkati çeken bir diğer husus da, TVK'ndan farklı olarak, "*Türk ana veya Türk baba*" yerine "*Türk vatandaşı ana veya baba*" ifade-

⁹ RG, 8.12.2001-24607.

¹⁰ Tasarı m. 7'de kullanılan ifade, yürürlükteki TVK'dan farklıdır: TVK, "Türk babadan olan ya da Türk anadan doğan çocuklar" derken, tasarı "Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk" ifadesini kullanmaktadır. Bu durumda "babadan doğan çocuk" sonucu çıkmaktadır ki, bu ifadenin kanunlaşma sürecinde düzeltilmesi yerinde olacaktır. Önerilen metin: "- (1) Türkiye içinde veya dışında evlilik içinde Türk vatandaşı babadan olan veya Türk anadan doğan çocuk Türk vatandaşıdır."

¹¹ RG, 12.12.2007-26728.

sinin kullanılmasıdır. Kanaatimize göre vatandaşlar devletin ismine göre hukuki kimliklerini kazanırlar; Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin vatandaşı Türk'tür. Bu husus Anayasa'nın 66. maddesinin ilk fıkrasında da açıkça ifade edilmiştir. Hukuki bağ olduğu bu kadar aşikar olan bir kelime yerine, vatandaşlık vurgusu yapılmasına hiç gerek bulunmamaktadır.

Soy bağı esasına göre ana veya babasından Türk vatandaşlığını kazananlar doğumla yabancı ana veya babalarının da vatandaşlığını soy bağı esasına göre kazanmışlarsa veya doğum yeri esasına göre yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış bulunuyorlarsa, ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılabilirler (m. 34/1, a, b).

2. Doğum Yeri Esasıyla Vatandaşlığın Kazanılması

Bir ülkenin sınırları içinde dünyaya gelen çocukların o ülke vatandaşlığını kazanması toprak esasıdır (*jus soli*). "*Herkesin mutlaka bir vatandaşlığı olmalıdır, vatansızlık önlenmelidir*" direktif ilkesinin gereği olarak, Türk kanun koyucusu, yürürlükteki TVK ve tasarıda kan esasının yanı sıra toprak esasına¹² da yer verilmiştir: Çocuğun Türkiye'de doğması ve doğum anında (ana babasının) vatandaşlığını kazanamamış olması gerekir. Her iki metin arasında ifade farklılığı olmakla beraber, sonuçta her ikisi de çocuğun doğum anında vatansız kalmasını aramaktadır. TVK, "*vatandaşlığını ana babasından doğumla kazanamayan çocuklara*" Türk vatandaşlığını verirken, tasarı "*yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan*" çocuğa Türk vatandaşlığının verilmesini öngörmektedir. Biraz dolambaçlı bir yol izlenmekle birlikte, tasarının da TVK ile aynı anlama sahip olduğu gerekçeden anlaşılmaktadır.¹³ Ancak bu ifadenin içerdiği tuhaflığa da işaret edemeden geçmek mümkün görünmüyor. Hüküm içinde ana babanın "*yabancı*" olduğunu belirtmenin ne gibi bir amacı olduğu anlaşılammaktadır. Soy bağıyla Türk vatandaşlığının kazanılması yolu açıkça düzenlendikten sonra bu sınırlama yerinde görülmemiştir. Kal-

¹² Berki, "Türk Vatandaşlığı Hukukunda Toprak Esasının Gelişmesi", (toprak esası), *AHFD*, C. 27(1970), S.1-2, s. 67 vd.

¹³ Gerekçe, m. 8. Bu arada gerekçedeki "*Türkiye'de doğan ve ne anadan ne de babadan dolayı vatandaşlık kazanamayan çocuklar*" ifadesinin Türkçe dil kuralları bakımından (ne... ne ... kazanan) düzeltilmesi yerinde olur.

dı ki, ana babanın yabancı olmasının aranması halinde Türk babadan evlilik dışında olan çocuğun doğum yeri esasıyla vatandaşlık kazanmasını engelleyecektir.

TVK'da olduğu gibi, tasarı da Türkiye'de bulunmuş çocukların, aksi sabit olmadıkça Türkiye'de doğmuş sayılacaklarını belirtmekte ve toprak esasıyla Türk vatandaşlığını kazanmalarını öngörmektedir (m. 8/II).

Doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığını kazanan çocuk, sonradan yabancı ana veya babasının vatandaşlığını kazanmışsa, ergin olmasından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılabilir (m. 34/1, ç).

B. Sonradan Kazanılan Vatandaşlık

"Sonradan kazanılan vatandaşlık", tasarının 9-22. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TVK Tasarısı'nın 9. maddesinde vatandaşlığın üç halde sonradan kazanılacağı belirtilmektedir:

- a. Yetkili makam kararı (m. 10 vd.),
- b. Evlat edinme (m. 20) ve
- c. Seçme hakkının kullanılması (m. 21-22).

1. Yetkili Makam Kararıyla Vatandaşlığın Kazanılması

Kişinin herhangi bir devlet vatandaşlığını o devletin kanunlarında belirtilen şartları yerine getirmesi halinde kanunla belirlenen yetkili bir makamın kararıyla kazanması, telsik olarak adlandırılır. Söz konusu halde, ilgili doğum dışındaki bir sebeple, yetkili makam kararıyla bir devletin vatandaşlığını kazanır.¹⁴

Türk vatandaşlık hukukunda, yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınma esasen bir hak olarak görülmemektedir.¹⁵ Başka bir ifadeyle vatandaşlığa alınmak isteyen yabancı, vatandaşlığa alınma şartlarını taşıdığını ileri sürerek karar verilmesini talep edemez. Bu husus, TVK'nın "*alınabilir*" (m. 6, 7, 8) ifadesi ve tasarının ilgili maddesindeki açık hükümlerle (m. 10) belirtilmiştir.

¹⁴ Bkz. Berki, DHH, s. 75; Göger, s. 66.

¹⁵ Bkz. Göger, s. 62 vd.; Nomer, Vatandaşlık, s. 75.

Tasarıda yetkili makam, ait olduğu maddelerde (m. 13 ve 14) ve vatandaşlığa alınma usul ve esaslarını düzenleyen 18. maddede belirtilmiştir. Tasarıya göre de vatandaşlığa alınma kararını vermeye yetkili makam, Bakanlar Kurulu ile İçişleri Bakanlığı'dır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, yetkili makam kararıyla vatandaşlık, genel olarak, istisnai hallerde, yeniden vatandaşlığa alınma yolları ve evlenme ile kazanılmaktadır.

a. Genel Olarak Türk Vatandaşlığının Kazanılması

Bu çalışmada, yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınmayı düzenleyen 10 ve devamı maddelerde kullanılmamakla beraber, diğer vatandaşlığa alınma yollarından ayırt edebilme amacıyla '*genel olarak vatandaşlığa alınma*' ifadesi tercih edilmiştir.

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığına alınma şartlarının düzenlendiği 11. maddede, ilgiliden taşıdığı vatandaşlıktan çıkma şartını yerine getirmesinin istenilip istenilmemesine göre bir ayırım yapılmıştır. Buna göre, Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancı anılan maddenin (1) fıkrasında sayılan şartları yerine getirmesi halinde ("*ek şartsız olarak*") vatandaşlığa alınabilir. Buna karşılık, anılan maddenin (2) fıkrası uyarınca, ilgiliden diğer şartların yanı sıra, taşıdığı vatandaşlıktan ayrılma "*ek şartını*" da yerine getirmesi istenebilir.

aa. Şartlar

Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılardan 11. maddede sayılan sekiz şartı¹⁶ yerine getirmeleri istenmektedir. Bu şartlardan ilk

¹⁶ Tasarı, m. 11'e göre başvuru için aranan şartlar şunlardır:

- "a) Kendi milli kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak,
 - b) Başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek,
 - c) Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmek,
 - ç) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmamak,
 - d) İyi ahlak sahibi olmak,
 - e) Yeteri kadar Türkçe konuşabilmek,
 - f) Türkiye'de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmak,
 - g) Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak,
- şartları aranır."

yedisi, yürürlükteki TVK'nın "genel olarak vatandaşlığa alınma" başlıklı 6. maddesinde sayılan şartlarla aynı niteliktedir, (g) bendindeki şart listeye eklenmiştir.

1. Ergin ve Ayırt Etme Gücüne Sahip Olma

Öncelikle yabancı, kendi milli kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmalıdır. TVK'da sadece "reşit olma" şartı aranırken, tasarıda bu şartın yanı sıra "ayırt etme gücüne sahip olma" da aranmaktadır.¹⁷ Ergin ve ayırt etme gücünün varlığı, ilgilinin milli kanununa göre, vatansız ise Türk hukukuna göre belirlenecektir.

2. Türkiye'de Kesintisiz Beş Yıl İkamet Etme

İkinci olarak, yabancıнын başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etme şartını yerine getirmiş olması gerekir.¹⁸ TVK'dan farklı olarak tasarıda sürenin "kesintisiz" olması özelliğine işaret edilmiştir. Türkiye'de belli bir süre kesintisiz ikamet nasıl belirleneceği hususunda 15. maddede hüküm yer almaktadır. Tasarının 15. maddesi, TVK'nın 9. maddesine tekabül etmektedir.

TVK'nın 9. maddesinde "Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye'de oturanlar" ile "Türkiye'de Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre ikametgâh sahibi olanlar"¹⁹ ayırımı yapılmaktadır. Bu ayırımın özelliği, ikinci grupta yer alan kişilere yurt dışında, kanunda belirtilenden daha uzun kalma konusunda mazeret ileri sürebilme imkânının tanınmasıdır. Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre Türkiye'de ikamet edenler tedavi, öğrenim veya herhangi bir mücbir sebeple Türkiye dışına çıkmaları veya kalmaları halinde, yurt dışında geçen zamanın toplamı altı ayı geçse bile ikamet süresi kesilmiş olmaz (TVK m. 9/II).

Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre Türkiye'de ikamet etme

¹⁷ Bu ilave, doktrinde TVK m. 6/a'ya yöneltilen eleştirileri de karşılamaktadır. Eleştiriler için bkz. Nomer, Vatandaşlık, s. 77; Uluocak, s. 54; Aybay, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2004, s. 115; Doğan, s. 76.

¹⁸ Tasarının Geçici Madde 1 hükmüne göre 31.12.2010 tarihine kadar Türk soylu yabancılar için ikamet süresi iki yıl olarak belirlenmiştir.

¹⁹ Bu konuda bkz. Göğer, s. 73 vd.

ve etmeme ayırımına yöneltilen eleştiriler²⁰ nazara alınarak tasarıda yabancıya sadece Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye’de oturması hali düzenlenmiştir. Anılan halde ilgililer ikamet süresi içinde toplam altı ayı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunabilirler. Tasarının 15. maddesinin son cümlesi, TVK’nın 9. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan hükmün tam tersi bir sonucu kabul etmektedir. TVK’na göre Türkiye dışında geçen süre, ikamet süresinden sayılmazken, tasarıya göre yurt dışında geçirilen süreler ikamet süresi içinde değerlendirilmektedir.

Bir yabancıya Türkiye’de “Türk kanunlarına göre oturması”, bu yabancıya Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’a²¹ göre Türkiye’de ikameti anlamına gelmektedir. Tasarının gerekçesinde, “Türk kanunlarına göre ikamet anlamı” konusunda kanun metnini aşan bir ifade yer almaktadır. Gerekçede, yasal ikamet izni olmayanlar ile yasal izni²² olmakla beraber geçici sığınmacılar²³ ve öğrenim gibi nedenlerle Türkiye’de bulunanların Türkiye’de geçerli ikametgâhlarının olmadığı belirtilmektedir. Yasal ikamet izni olmayanlar, zaten Türk kanunlarına göre Türkiye’de bulunan kişilerden sayılmazlar. Ama yasal ikamet izni almış bulunan geçici sığınmacı, öğrenci gibi kişiler, gerekçeyle maddenin kapsamı dışında bırakılmaktadırlar. Ülkemizde yerleşme niyetini taşımadıkları için geçici sığınmacı, öğrenci gibi kişilerin, vatandaşlığa alınma işlemleri bakımından geçerli ikamet sahibi olmadıkları kabul edilmiştir. Öte yandan, vatandaşlığa alınmanın üçüncü şartı, vatandaşlığa alınmak isteyen kişinin Türkiye’ye yerleşmeye karar verdiğini davranışlarıyla teyit etmesidir. Türkiye’ye yerleşme niyetini gösterecek davranışlar içinde bulunma zaten vatandaşlığa alınmanın bir şartı iken bazı kişiler için önceden, gerekçeyle, karine olarak bu şartın bulunmadığını kabul etmenin isabeti tartışıla-

²⁰ Eleştiriler için bkz. Göger, s. 71-75.

²¹ RG, 24.7.1950-7564.

²² YİSHK’ya göre yabancı “ikamet izni” değil, “ikamet tezkeresi” alır.

²³ Taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler dâhil, mevzuatımızda “geçici sığınmacı” tabiri yer almamaktadır. Genellikle sığınmacı bir zaruretin sonucu ülkesini terk eden ama mülteci statüsünde bulunmayan kişiler için kullanılmaktadır (Bkz. Tanrıbilir, “Sığınma Hakkı ve Sığınmacılık”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, 6-10 Ocak 2004 Ankara, s. 228-237). Türkiye’ye iltica ile ilgili yönetmelikte (RG, 30.11.1994-22127) Türkiye’ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye’den ikamet izni talep eden yabancılarla ilişkin hükümler yer almaktadır. Gerekçede sözü geçen geçici sığınmacı ifadesiyle, başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye’de oturan yabancıların kastedildikleri sonucuna varılabilir.

bilir. Çünkü eğer öğrencilerin, geçici sığınmacıların vatandaşlığa alınma taleplerine bir tahdit getirilmek isteniyorsa bunun açıkça kanunda belirtilmesi anayasal zorunluluktur (Anayasa m. 66/III). Tasarı kanunlaştıktan sonra bu kanunun uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılacak yönetmelikte (Tasarı m. 47) kanunda belirtilmeyen bir olumsuz şarta yer verilmesi söz konusu olacaktır.²⁴

3. Türkiye’de Yerleşmeye Karar Verdiğini Davranışları ile Teyit Etmek

Türk vatandaşlığına alınma talebinde bulunan yabancının Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışlarıyla teyit etmesi gerekir. Bu şart, TVK m. 6/c’de aynen yer almaktadır. Ne tür davranışların kişinin Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini teyit edeceğine dair Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te (TVKUİ Yön.) bazı karineler verilmiştir: Taşınmaz mal edinmek, evlenme, ticaret ve iş merkezini başka memleketten Türkiye’ye nakletmek, sermaye yatırımı yapmak gibi davranışlar (m. 10/c). Görüldüğü üzere Yönetmelikte yerleşme niyetine karine teşkil edebilecek davranışlara sadece örnek verilmiş, bu davranışlar sınırlandırılmamıştır. Maddede sayılmayan başka davranışların uygulamada yerleşme niyetine karine olarak kabul edilmesi mümkündür. Tasarı gerekçesinde, yönetmeliğin hükmüne benzer ifadelerle yerleşme niyetini teyit eden davranışları örneklemiştir.²⁵

²⁴ Bu yargıya 1) Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun’da (RG, 6.3.2003-25040) öğrencilere ilişkin herhangi bir tahdit bulunmadığı halde yönetmelik ve genelgelerle tahdit getirilmesi ve 2) Yabancı Uyruklu Öğrencilere İlişkin Kanunda (RG, 19.10.1983-18196) bulunmayan sınırlamaların yönetmelikle getirilmesinden hareketle varılmaktadır. Bu tür düzenlemeler Anayasanın 16. maddesinin yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin milletlerarası hukuka uygun olarak “kanunla” sınırlanabileceğine ilişkin hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

²⁵ “Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışı ile teyit etmiş olmak şartı aranmaktadır. Yabancı, Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini, evlenmek, aile birliğini sağlamak, taşınmaz mal edinmek, ticaret ve iş merkezini başka memleketten Türkiye’ye nakletmek, yatırım, sermaye aktarımı gibi davranışlarla teyit etmiş olmalıdır.”

4. Genel Sağlık Bakımından Tehlike Teşkil Eden Bir Hastalığı Bulunmamak

TVK m. 6/d'de de aranılan bu şartın gerçekleşmesi için vatandaşlığı kazanmak isteyen yabancı'nın genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmamalıdır. TVKUİ Yön. hükümlerine göre ilgilinin bu konuda bir sağlık kurulu raporu alması gerekmektedir. Tasarı ve gerekçesinde bu konuda bir açıklama olmamakla beraber, ileride hazırlanacak yönetmeliğe bu konuya ilişkin bir hükmün konulması muhtemeldir.

5. İyi Ahlak Sahibi Olmak

TVK m. 6/ç ile de aranılan bu şartın Türk vatandaşı olmak üzere başvuran yabancı'nın Türk örf ve adetleri ile toplumsal yaşamına aykırı bir davranış içinde bulunmamasının kastedildiği gerekçede belirtilmektedir. TVKUİ Yön.'e nazaran daha genel bir ifadeyle iyi ahlak sahibi olmanın anlamı açıklanmıştır. Doktrinde daha önce de belirtildiği üzere,²⁶ eğer yabancı Türk örf ve adetlerine aykırı bir davranış içindeyse kendisine ikamet tezkeresi verilmez. Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un ikamet tezkeresinin reddedileceği halleri düzenleyen 7. maddesi hükmü gereğince Türk kanun ve örf ve adetleriyle yahut siyasi icaplarıyla bağdaşmayacak durumda olan veya faaliyette bulunanların ikamet tezkeresi talepleri reddedilir. Bunun sonucu olarak zaten iyi ahlak sahibi olmayanların Türkiye'de ikamet şartını yerine getirmeleri mümkün olmayacaktır.

6. Yeteri Kadar Türkçe Konuşabilmek

Yeteri kadar Türkçe konuşabilme şartı, Türkiye'de yaşamak isteyen yabancı'nın toplumsal yaşama uyum sağlayabilmesini sağlamak amacıyla aranmaktadır. Bu nedenle de yabancı'nın meramını anlatacak kadar Türkçe bilmesi yeterlidir.

²⁶ Bkz. Göğer, s. 78. Anılan yazar, bu şartın esas itibariyle ikamet şartının aranmadığı vatandaşlığa alınma hallerinde aranmasının daha uygun olacağını belirtmektedir.

7. Türkiye’de Kendisinin ve Bakmakla Yükümlü Olduğu Kimselerin Geçimini Sağlayacak Gelire veya Mesleğe Sahip Olmak

Yeterli gelir veya bir mesleğe sahip olma şartıyla Türk vatandaşlığına alınan kişinin topluma yük olmasının önüne geçilmek istenmektedir. Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’un ikamet tezkeresinin reddedileceği halleri düzenleyen 7. maddesi “Türkiye’de kalmak istediği müddet zarfında yaşamak için maddi imkânları meşru bir şekilde temin edemeyeceği sabit olanlar”ın ikamet tezkeresi taleplerinin reddedileceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla bu kişiler bakımından zaten Türkiye’de ikamet şartının gerçekleşmesi mümkün değildir²⁷.

8. Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni Bakımından Engel Teşkil Edecek Bir Hali Bulunmamak

“Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama” şartı Türk vatandaşlık hukuku için yeni bir şarttır. TVK’nın ne genel olarak vatandaşlığa alınmayı düzenleyen 6. maddesinde ne istisnai olarak vatandaşlığa alınma ile ilgili 7. maddesinde bu şart aranmaktadır.

Bununla birlikte uygulamada gizli bir yönergeyle kimlerin vatandaşlığa alınmasının sakıncalı olduğu belirlenmiş ve bu yönerge uyarınca talepleri reddedilen kişilerin açtığı davalarda verilen kararlarda bu husus yer almıştır.²⁸ Bu kararlarda devletin genel güvenliği ve siyasi çıkarları dikkate alınarak yasanın verdiği takdir yetkisine dayanarak bu tür incelemenin mümkün olduğu belirtilmektedir.²⁹ Ancak bu tür uygulamanın ve mahkeme kararlarının Anayasa’nın 66 maddesinin üçüncü fıkrasına aykırılık teşkil ettiği açıktır. Zira idare takdir yetkisinin mevcudiyetine rağmen “kanun”da belirtilmeyen bir şartın somut olayda bulunup bulunmadığını araştıramaz, kanunda bulunmayan

²⁷ Bkz. Göğer, s. 78-79.

²⁸ Bu konudaki kararlar için bkz. Doğan / Odabaşı, *Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku*, Ankara 2004, s. 67 vd.

²⁹ Bkz. Nomer, s. 75. Anılan yazar, “vatandaşlığa alınmak isteyen kişiden kaynaklanan subjektif değerlendirmeler, mesela ülkenin ve kamunun güvenliğinin gözetildiği haller, somut bilgi ve belgelerle ortaya konulmadığı sürece” idarenin takdir yetkisinin genişletilmesine yol açmayacağını belirtmektedir.

bir şart nedeniyle talebi reddedemez. Anayasamıza göre vatandaşlığın kazanılması şartlarının kanunla düzenlenmesi gerekir.

Tasarının vatandaşlığa alınma şartlarını düzenleyen 11. maddesinin (g) bendine eklenen “milli güvenlik” ve “kamu düzeni” bakımından engel teşkil etmeme şartıyla, Anayasa’ya aykırı uygulamanın da önüne geçilmiş olmaktadır. Gerekçede, “*bu şartın konulması ile milli güvenlik bakımından tehlike teşkil eden ve milli menfaatler ve ülke bütünlüğü aleyhine faaliyet gösterenlerle bu faaliyetleri destekleyenlerin, bu gibi kişi veya kuruluşlarla ilişki içerisinde bulunanların ve herhangi bir isyan, sabotaj, casusluk, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı, evrakta sahtecilik gibi kamu düzenini bozan faaliyetlerde bulunanların*” Türk vatandaşlığını kazanmalarının engellenmek istendiği ifade edilmektedir. Ancak anılan faaliyetlerde bulunanlar veya bulunacakları anlaşılanlar Pasaport Kanunu (m. 8) hükümlerine göre ülkeye sokulmazlar ve ülkeye girdikten sonra bu tür faaliyetlerde bulunanların ikamet tezkeresi talepleri Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (m. 7) hükümlerine göre reddedilir. Ayrıca, Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’a göre bu kişiler “*muzır şahıslar*” olup, sınır dışı edilirler (m. 19). Yukarıdaki bazı vatandaşlığa alınma şartları dolayısıyla Yabancılar hukuku hükümleriyle kurulan bağlantının bir benzeri de burada söz konusu olmaktadır: Milli güvenliğe ve kamu düzenine aykırı faaliyette bulunanlar ülkeye sokulmazlar, ülkeye girmişlerse ikamet tezkeresi alamazlar, ikamet tezkeresi almış olsalar da sınır dışı edilirler. Görüldüğü üzere Yabancılar Hukuku mevzuatımızda milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından tehlike teşkil edenlerle ilgili gerekli önlemler alınmıştır. Buna rağmen yine de vatandaşlığa alınmada bu şartın aranması, ancak aşırı güvenlik kaygısıyla açıklanabilir.

Muhtelif vatandaşlık kanunları incelendiğinde buna benzer herhangi bir şarta rastlanılmamaktadır.³⁰ Ancak bazı devletler, vatandaşlığa alınma talebinde bulunan kişinin belli suçlardan dolayı mahkûm olmaması şartını aramaktadır. Örneğin İtalyan Vatandaşlık Kanunu’nda³¹ yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınma talebi, ilgilinin kanunda sayılan suçlardan dolayı mahkûmiyetine karar verilmesi veya kamu güvenliğine ilişkin nedenin mevcudiyeti halinde reddedilmektedir (m.6). Ancak bu kanunda vatandaşlığa alınma için

³⁰ Avrupa vatandaşlık kanunları hakkında bkz <http://eucitizenship.blogspot.com/>.

³¹ İtalyan Vatandaşlık Kanunu için bkz. <http://www.culture.gouv.fr/entreelibre/Laurette/country/italy.html>.

Türk hukukunda olduğu kadar ayrıntılı şartlara yer verilmemiştir. Yine Fransız Vatandaşlık Kanunu'nda da Ceza Kanunu'nda işaret edilen suçlardan dolayı mahkum olmama şartı aranmaktadır (Fransız Medeni Kanunu m. 21-23)

Sonuç olarak, vatandaşlık hukuku gibi *kanunilik ilkesinin* cari olduğu bir alanda zaten idarenin takdirine bırakılan, vatandaşlığa alınma şartlarının çok ayrıntılı ve yabancılar hukuku mevzuatı ile de uyumlu olarak düzenlendiği halde bir de "*mili güvenlik*" ve *kamu düzeni*" gibi muğlak kavramlara yer verilmesi yerinde görülmemiştir. Bu konuda mevcut düzenlememizi de örnek olarak göstermek mümkündür. Anayasa'nın 66. maddesinin dördüncü fıkrasında geçen "*vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler*" tabiri, TVK'nın 26. maddesinde "*çıkarma*" nedeniyle açıklığa kavuşturulmuş ve "*Türkiye'nin iç ve dış güvenliği ile iktisadi ve mali güvenliği aleyhine fiiller*" olarak tespit edilmiştir. Belirtilen kavramlarda çok genel nitelikte görünseler de maddenin devamından bu fiillerin Ceza Kanunu'na (ve ilgili kanunlara) göre belirleneceği anlaşılabilmektedir. Ancak idare bir adım daha ileri giderek TVKUİ Yön. ile hangi hükümlerin bu madde kapsamına girdiğini açıklığa kavuşturmuştur (m. 37). Görüldüğü üzere, bu suretle idarenin takdir yetkisini kullanabileceği sınırlar belirlenmiştir. Önerimiz, tasarıya da gerekçede belirlenen fiillerin düzenlendiği Türk Ceza Kanunu ve ilgili kanunlara ya atıfta bulunulması ya da gerekçedeki fiillerin madde metnine alınmasıdır. Böylece daha net, keyfilikten uzak ve vatandaşlık hukukunun mahiyetine uygun bir düzenleme yapılmış olacaktır. Böylesi bir düzenleme, aynı zamanda karşılaştırmalı hukuk verilerine de uygun olacaktır.

a. Ek Şartlı Vatandaşlığa Alınma

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen ilgiliden yukarıdaki şartların yanı sıra, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartının da istenebileceği tasarinin 11. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Anılan hüküm ile esas itibariyle ilgilinin yukarıda sayılan sekiz şartı yerine getirmesinin gerekli olduğu, ancak yetkili makamın takdirine bağlı olarak bazı hallerde vatandaşlıktan çıkma şartının ileri sürülebileceği anlaşılmaktadır. Tasarıya göre 11. madde uyarınca vatandaşlığa alınma kararını vermeye yetkili makam (Tasarı m. 18) olan Bakanlar Kurulu bu takdir yetkisini kullanmasının esaslarını da belirlemeye yetkilidir. Maddede, anılan ek şartın hangi

anda aranacağı ve bu şartı hangi makamın ilgiliden talep edeceğine ilişkin olarak herhangi bir hüküm bulunmaması büyük eksikliktir.

“*Ek şartlı vatandaşlığa alınmaya*” ilişkin bu düzenlemenin temeli ise, 1989 yılında 3540 sayılı kanunla TVK’nun 10. maddesinde yapılan değişikliğe dayanmaktadır. 3540 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun³² ile TVK’nun 10. maddesinde³³ değiştirilmiş, “*şartsız vatandaşlığa alınma*” ve “*şarta bağlı olarak vatandaşlığa alınma*” olmak üzere ikili bir ayırım kabul edilmiştir.³⁴ Anılan değişiklikte, Bakanlar Kuruluna vatandaşlığın kazanılmasını bir şarta bağlama yetkisi verilmiş, ancak bu şartın ne olacağı madde metninde gösterilmemiştir. 3540 sayılı kanunun gerekçesi incelendiğinde, bu şartın Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancıнын sahip olduğu vatandaşlığı terk etmeye ilişkin olduğu görülmektedir.³⁵ Kanun koyucu gerekçede belirttiği bir hususu her nedense ilgili madde metninde açıkça ifade etmemiş ve yetkili makama yasada belirtilmeyen şartları da isteyebilme yetkisini içeren oldukça geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Söz konusu düzenleme, Anayasa’nın 66. maddesinin III. fıkrasında açıkça ifade edilen, vatandaşlığın kazanılması şartlarının kanunla düzenlenmesi gereğine aykırılık teşkil etmektedir. Tasarıda yer alan hüküm ile bu aykırılık giderilmiştir.

b. Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında İstisnai Haller

Tasarının 12. maddesinde bazı kişilerin sadece “*milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak*” şartıyla

³² RG,, 29.4.1989-20153.

³³ TVK’nun 10. maddesi aşağıdadır:

“Şartsız olarak vatandaşlığa alınma Bakanlar Kurulu kararı tarihinden itibaren hüküm ifade eder.

Bakanlar Kurulunca bir şarta bağlı olarak vatandaşlığa alınmasına karar verilenler için vatandaşlığa alınma kararı, bu şartın yerine getirildiğinin İçişleri Bakanlığınca tespit edildiği tarihten itibaren hüküm ifade eder.

İki yıl içerisinde şartların yerine getirilmemiş olması halinde İçişleri Bakanlığı’nın teklifi üzerine vatandaşlığa alınma kararı Bakanlar Kurulu’na iptal edilir.”

³⁴ 3540 sayılı kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıbilir, “Türk Vatandaşlığı Kanununda 3540 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, *GÜ. İk. Ve İd. Bil. Fak. Der.*, 6(1990), S. 2, s. 518 vd.

³⁵ Nitekim uygulamada yargıya intikal eden bazı uyuşmazlıklar nedeniyle verilen kararlardan, idarenin vatandaşlığı terk şartını ileri sürdüğü anlaşılmaktadır. Bu konudaki kararlar için bkz. Doğan/Odabaşı, s. 113 vd.

istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanmaları hususu düzenlenmiştir. Hükmün açık ifadesine göre, bu yolla vatandaşlığın kazanılmasında genel olarak vatandaşlığa alınmadaki diğer şartlar aranmayacaktır. Bilindiği üzere yürürlükteki TVK'nın 7. maddesine göre, istisnai vatandaşlığa alınma yolundan yararlanmak isteyen kişiler ikamet ve yerleşme niyetinin dışındaki diğer vatandaşlığa alınma şartlarını yerine getirmelidirler. Ancak tasarı bu konuda köklü bir değişiklik yaparak sadece milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından sakıncalı olmama şartının varlığını yeterli görmüştür.

Tasarı m. 12, mevcut TVK m. 7'de olduğu gibi istisnai olarak vatandaşlığa alınma konusunda İçişleri Bakanlığı'nun teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun karar vermesini öngörmüştür. Bakanlar Kurulu takdir yetkisini kullanarak vatandaşlığa alınma konusunda bir karar verecektir.

İstisnai olarak vatandaşlığa alınma yolundan yararlanabilecek kişilere, tasarı, TVK³⁶'na göre daha dar bir grubu dâhil etmiş görünmektedir. Tasarıya göre, Türk vatandaşlığını herhangi bir yolla kaybetmiş olanların sonradan doğan çocukları, Türk vatandaşı ile evli olanlar ve bunların reşit çocukları³⁷ ve Türk vatandaşı ile evlenme kararıyla Türkiye'ye yerleşmiş olanlar,³⁸ artık istisnai vatandaşlığa alınma yolundan yararlanamayacaklardır. Sayılan kişilerin dışarıda bırakılması hukuk sistemimiz ve vatandaşlık kanununun yapısı bakımından isabetli olmuştur.

³⁶ TVK m. 7'ye göre istisnai vatandaşlığa alınma yolundan yararlanabilecek kişiler şunlardır:

- a) Türk vatandaşlığını herhangi bir şekilde kaybetmiş olanların sonradan doğmuş reşit çocukları,
- b) Bir Türk vatandaşı ile evli olanlarla bunların reşit çocukları,
- c) Türk soyundan olanlarla, eşleri ve reşit çocukları,
- ç) Bir Türk vatandaşı ile evlenme kararıyla Türkiye'de yerleşmiş olanlar,
- d) Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren sosyal, ekonomik alanlarda veya bilim, teknik veyahut sanat alanlarında olağanüstü hizmeti geçmiş veya hizmeti geçeceği düşünülen kimseler,
- e) Vatandaşlığa alınması Bakanlar Kurulu'nca zaruri görülenler.

³⁷ Nomer, Vatandaşlık, s. 66; Doğan, s. 84; Güngör, "The Acquisition of Turkish Nationality by Way of Marriage Following the June 2003 Amendment", *Ankara Law Review*, 1(2004), S. 1, s. 37; Sargın, "Türk Vatandaşlığı Kanunu'nda Değişiklik Yapan 2003 Tarihli 4866 Sayılı Kanun Kapsamında Bir Değerlendirme", *AHFD*, 53(2004), S. 1, s. 35 vd.

³⁸ Bu kişilerin kanuna dahil edilmesine yöneltilen eleştiriler için bkz. Nomer, Vatandaşlık, s. 84; farklı görüş için bkz. Göger, s. 81-82.

İstisnai olarak vatandaşlığa alınma yolundan yararlanabilecek kişiler şunlardır:

1. Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler. Tasarının 12/a maddesi hükmünde sayılan bu kişiler, "sportif alanlarda hizmeti geçenler" ilavesi ile, TVK'nın 7/d hükmüyle aynı niteliktedir.

2. Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler,

3. Göçmen olarak kabul edilen kişiler.

TVK'nın 7/c hükmünde sayılan "Türk soylularla eşleri ve çocukları" grubu yerine tasarıda "göçmen olarak kabul edilen kişiler" ifadesi kullanılmıştır. 5543 sayılı İskan Kanunu'na³⁹ göre "göçmen, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır." (m. 3/d). Aynı kanuna göre, Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancılar ile Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunup da sınır dışı edilenler ve güvenlik bakımından Türkiye'ye gelmeleri uygun görülmeyenler göçmen olarak kabul edilmezler (m. 4).

Kimlerin Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olduklarının tespiti konusunda esas itibariyle Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bakanlar Kurulu kararını ilgili bakanlıkların görüşü alındıktan sonra ve Dışişleri Bakanlığı'nın teklifi üzerine verir (m. 7).

Türkiye'ye yerleşmek amacıyla gelen göçmenler iki ayrı grupta tasnif edilmişlerdir. Bir grup, "münferit göçmen-toplu göçmen", diğer grup da "serbest göçmen-iskanlı göçmen" olarak belirlenmiştir. Aile olarak⁴⁰ Türkiye'ye yerleşmek üzere gelen münferit göçmenler ile iki devlet

³⁹ RG,, 26.9.2006-26301. Anılan kanun ile 14/6/1934 tarihli ve 2510 sayılı İskân Kanunu ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. İskan Kanununun vatandaşlıkla ilişkin düzenlemesi hakkında bkz. Öztürk Yılmaz, "5543 Sayılı İskan Kanunu Hükümleri Uyarınca Türk Vatandaşlığının Kazanılması", *TBB D*, S. 68(2007), s. 241 vd.

⁴⁰ İskan Kanunu'na göre aile olarak kabul edilen kişiler 17. maddede gösterilmiştir: " (1) Bu Kanunun uygulanmasında aile bir bütün olarak kabul edilir ve aşağıda sıralananlar aile sayılır.

a) Karı ile koca,

b) Evlenmemiş çocuklar, ana ve baba ile veya bunlardan sağ olanı ile birlikte,

arasında akdedilen bir anlaşmaya göre topluca gelen *toplu göçmenler* tasnifi, İskan Kanunu'nun üst ayırımıdır. Zira münferit veya toplu göçmen olarak gelenler serbest veya iskanlı göçmen olabilirler. *Serbest göçmenler*, devlet eliyle iskan talep etmeyen göçmenlerdir. Buna karşılık *iskanlı göçmenler* özel kanunlarla Türkiye'ye getirilen ve İskan Kanunu'na göre taşınmaz verilerek iskânları sağlanan göçmenlerdir. İskan Kanunu'nun 8. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, *iskânlı göçmenler*, sınırlarımızdan yurda girdikten sonra geçici veya kesin iskânları için belirlenen yerlerin, *serbest göçmenler* ise yerleştikleri yerlerin en büyük mülki amirine müracaatla kendileri ve aile fertleri için "Vatandaşlığa Girme Beyannamesi"ni imzalayarak *Göçmen Belgesi*⁴¹ almaya mecburdur. Göçmen olarak kabul edilenler,⁴² gerekli işlemlerin ilgili kuruluşlarca tamamlanmasından sonra Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlığa alınırlar. İskan Kanunu'nun vatandaşlıkla ilgili 8. maddesinin ifadesinden anlaşılabilirdiği kadarıyla iskanlı göçmenlerin sınırdan girdikten sonra vatandaşlığa girme beyannamesini imzalama ve göçmen belgesi alma mecburiyetleri bulunmaktadır. Serbest göçmenler için maddede zaman yönünden herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte bu tür göçmenlerin geçici barınma yerlerinden yerleşme yerlerine gittiklerinde yetkili makamlara vatandaşlıkla ilgili başvurularını yapmaları gerekmektedir. Kanunun düzenleme şekli ve ilgili hükümlerin ifadesinden Türk soylu ve Türk kültürüne bağlı olup Türkiye'ye yerleşme amacıyla gelenler, yani göçmenlerin Türk vatandaşlığına geçmek için belge imzalama mecburiyetleri bulunduğu sonucu çıkmaktadır. O halde göçmen olarak kabul edilen kişiler, Türk vatandaşlığını İskan Kanunu'na göre her halükarda kazanacaklardır. Bu takdirde, tasarının göçmen olarak kabul edilen kişilere istisnai vatandaşlığa alınma imkânını tanıyan 12/c maddesi hükmünün uygulanma kabiliyeti kalmamaktadır. Tasarı kanunlaşmadan önce bu durumun bir kez daha gözden geçirilmesi yerinde olacaktır.

c) Evli çocuklar, evli torunlar ile çocuksuz erkek ve kadın dullar başlı başına,
ç) Anasız ve babasız kardeş çocuklar birlikte ve eşit hisselerle,
bir aile olarak iskân edilirler."

⁴¹ Göçmen Belgesi, iki yıl için geçerli olup, geçici kimlik belgesi olarak kullanılır. Bu belgede, göçmenin İskan Kanunu'nun hangi maddesi uyarınca yurda kabul edildiği belirtilir.

⁴² İskan Kanunu'nun 8/4. maddesine göre, küçükler; baba ve annelerine, baba veya anneleri yoksa kan ve kayın hısımlarına bağlı tutulurlar. Kimsesiz gelen küçükler, yaşlarına bakılmaksızın vatandaşlığa alınırlar.

c. Türk Vatandaşlığının Yeniden Kazanılması

Yürürlükteki TVK'nın "yeniden vatandaşlığa alınma" başlıklı 8. maddesinde Türk vatandaşlığından çıkanlar(m. 20), evlenme yoluyla Türk vatandaşlığından ayrılan kadınlar (m. 19 ve 13) ile Türk vatandaşlığının kaybettirilmesine karar verilenler bu yoldan yararlanarak Türk vatandaşlığını kazanabilirler. Yeniden vatandaşlığa alınma yolundan yararlanmak isteyen bu kişilerin genel olarak vatandaşlığa alınmanın ikamet şartı dışındaki tüm şartları yerine getirmeleri gerekir.

Tasarıda yeniden vatandaşlığa alınma yolu, iki ayrı maddede ele alınmış ve TVK m. 8'den farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Öncelikle yeniden vatandaşlığa alınmanın şartları bakımından farklılık bulunmaktadır. Yürürlükteki TVK'ndan farklı olarak, tasarıda yeniden vatandaşlığa alınmanın şartları, genel olarak vatandaşlığa alınmanın şartlarına bağlı olarak düzenlenmemiştir. Tasarıya göre bu yoldan yararlanmak isteyen kişilerin "milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması", kural olarak yeterlidir. İkinci olarak bu yoldan yararlanacak olan kişiler de mevcut düzenlemeden bazı yönlerden farklıdır. Tasarının 13. maddesinde sayılan kişilerin Türk vatandaşlığını sadece "milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması" şartıyla kazanabilmeleri mümkündür. Buna karşılık tasarının 14. maddesinde sayılan kişiler Türk vatandaşlığını "milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması" asıl şartının yanı sıra, Türkiye'de üç yıl ikamet etmiş olmaları şartıyla kazanabilirler.

Yeniden vatandaşlığa alınma yolundan yararlanabilecek kişiler ise şu şekilde sayılmıştır: İkamet şartsız yeniden vatandaşlığa alınma yolundan çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedenlerden süresi içerisinde seçme hakkını kullanmayanlar yararlanabilirler (m. 13). Bu halde yeniden vatandaşlığa alınma kararını vermeye yetkili olan makam, İçişleri Bakanlığı'dır.

İkamet şartlı yeniden vatandaşlığa alınma yolundan yararlanabilecek iki grup bulunmaktadır; birinci grup, Türk vatandaşlığı kaybettirilenler, ikinci grup da seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılanlardır (m. 14). Birinci grup için yeniden vatandaşlığa alınma kararını verecek olan makam, Bakanlar Kurulu iken, ikinci grup için İçişleri Bakanlığı'dır.

d. Evlenme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması

Tasarının 16. maddesine göre, kural olarak bir Türk vatandaşı ile evlenmek doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Bununla beraber, maddede sayılan şartları yerine getiren yabancı eş, vatandaşlık kazanmak üzere başvurabilir:

- Bir Türk vatandaşıyla en az üç yıldan beri evli olma ve evliliğin halen devam ediyor olması,
- Aile birliği içinde yaşama,
- Evlilik birliği ile bağdaşmayacak faaliyetlerde bulunmama,⁴³
- Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak.

Aranılan şartlar idareye oldukça geniş takdir yetkisi verecek niteliktedir. Bu şartların yerine getirilip getirilmediğini araştırarak olan makam, eşlerin *aile birliği* içinde yaşayıp yaşamadığını ve *evlilik birliğiyle bağdaşmayacak faaliyetlerde* bulunup bulunmadıklarını tespit etmelidir. Bunun yanı sıra bir Türk vatandaşıyla evlenmiş olan yabancı eşin Türk vatandaşlığına alınmasında milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından herhangi bir sakıncanın bulunup bulunmadığının da araştırılması icabetmektedir.

Tasarının 16. maddesinde aranılan bazı şartların konuluş amacı, TVK'nın konuya ilişkin hükmünün eksikliklerini gidermek olarak kabul edilebilir.

Yürürlükteki 4866 sayılı kanunla⁴⁴ değişik TVK'nın 5. maddesi,⁴⁵ evlenme ile Türk vatandaşlığının kazanılmasını düzenlemektedir. TVK'nın 5. maddesiyle evlenme nedeniyle kendi vatandaşlığını kaybeden yabancı eş ile maddede sayılan şartları yerine getirerek talepte bulunan yabancı eşe bu hak tanınmıştır. Talepte Türk vatandaşlığının

⁴³ Bu şart haklı olarak eleştirilmiş ve ne tür davranışların evlilik birliğiyle bağdaşmadığını tespit etmenin güç olduğuna işaret edilmiştir. Bkz. Doğan, s. 62.

⁴⁴ RG., 12.6.2003-25136.

⁴⁵ Maddenin önceki halinde bu yolla vatandaşlığın kazanılması sadece Türk erkeğiyle evlenen yabancı kadına tanınmış olup, yabancı kadının vatansız olması veya evlenme nedeniyle vatandaşlığını kaybetmesi halinde kendiliğinden veya süresi içinde talepte bulunulmasıyla sonradan vatandaşlık kazanması öngörülmüştür. 4866 sayılı kanunla değişen 5. maddede bu yol, cinsiyet ayırımı gözetilmeksizin Türk vatandaşıyla evlenen yabancı eşlere açılmıştır.

kazanılabilmesi, esas itibariyle, gerçek evlilik birliğinin mevcudiyetinin tespiti halinde mümkündür. Buna göre, bir Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla yetkili makama talepte bulunabilirler. Yetkili makam olan İçişleri Bakanlığı'nın yapacağı soruşturma sonunda aranan bu şartları taşıdığı anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanacaklardır.

4866 sayılı kanunun 5. maddeyi değiştiren hükmünün gerekçesinde, evlenme nedeniyle vatandaşlık için başvuran kişinin güvenlik soruşturmasına tabi tutulması uygulamasına geçileceği ve güvenlik yönünden vatandaşlığa alınmasında herhangi bir sakınca bulunmayan eşin vatandaşlık kazanabileceği belirtilmekle beraber, bu durum 5. maddenin metnine yansıtılmamıştır. Buna karşılık, Türk vatandaşıyla evlenme nedeniyle vatandaşlık kazanılmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen yönetmelikte⁴⁶ TVK'nın 5. maddesinde sayılan şartların yanı sıra şu şartların da aranacağı belirtilmiştir: Mücbir sebepler dışında fiilen birlikte yaşama; fuhuş yapmak, fuhşa aracılık etmek veya fuhşa zorlamak, kadın ticareti yapmak gibi herhangi bir faaliyet içinde bulunmamak; kamu düzeni, milli güvenlik ve genel ahlak açısından sakıncalı olmamak (Yön. m. 2/II). İlk şartın TVK'nda aranan şartların uygulamasına yönelik olduğu kabul edilse bile, sonuncu şart TVK'nın 5. maddesinde yer almamaktadır. Böylesi bir düzenleme de Anayasanın vatandaşlığın kazanılması ve sona ermesi şartlarının kanunla düzenlenmesini öngören 66. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir.⁴⁷ Tasarının ilgili hükmü ile, TVK'nda bulunmayan bir şartı yönetmelikle arayan Anayasa'ya aykırı uygulama terk edilmiş olacaktır. Bu durumda tasarının evlilik birliğiyle bağdaşmayan faaliyetlerde bulunmama şartının da aslında Yönetmelikteki fuhuş ve kadın ticaretine yönelik faaliyetleri içerdiği düşünülebilir. Tasarıdaki bu geniş ve muğlak ifadelerin, tasarının kanunlaşmasından sonra çıkarılacak yönetmelikle Anayasa'ya ve kanuna uygun olarak düzenlenmesi beklenilmektedir.

⁴⁶ Bkz. Türk Vatandaşları ile Evlenme Nedeniyle Türk Vatandaşlığının Kazanılması ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşlarının Türk Vatandaşlığını Kazanmalarına İlişkin Yönetmelik m. 2/II, c bendi (RG., 24.5.2004-25471).

⁴⁷ Bu konuda farklı görüş için bkz. Doğan, s. 67.

Tasarının 16. maddesinde Türk vatandaşı eşin ölümü halinde aile birliği içinde yaşama şartının aranmayacağı belirtilmektedir. Ancak ölüm halinde vatandaşlık işlemlerinin devam edebilmesinin en önemli şartı, Türk vatandaşı eşin yabancı eşin vatandaşlık kazanma başvurusundan sonra ölmüş olmasıdır. Yabancı eşin, Türk vatandaşı eşi öldükten sonra vatandaşlığı bu yolla kazanma imkanı bulunmamaktadır.⁴⁸

TVK'nın 5. maddesinde de düzenlenmiş bulunan butlanın vatandaşlığa etkisi, tasarıda da ele alınmış ve evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancıların evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde iyiniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza edecekleri hükme bağlanmıştır.

e. Yetkili Makam Kararıyla Vatandaşlığı Kazanmanın Usulü

Tasarı, yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kazanılması usulünde de değişiklik yapmakta ve vatandaşlığa alınma usulüne ilişkin 17 ve 18. maddeler uyarınca ayrıntılı düzenlemenin yönetmelikle yapılması öngörülmektedir.

Tasarının 38. maddesine göre Türk vatandaşlığına alınmayı talep eden kişi yurt içinde ikamet ettiği yer valiliğine, yurt dışında dış temsilciliklere bizzat veya bir vekil vasıtasıyla başvurmalıdır. Vatandaşlığa alınma talebinde bulunan yabancıların gerekli şartları taşıyıp taşımadığı illerde oluşturulacak "*vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu*" tarafından araştırılacaktır (m. 17). Gerekli şartları taşıdığı tespit edilen talepler, İçişleri Bakanlığı'na gönderilir. Anılan bakanlık tarafından da araştırma ve inceleme yapıldıktan sonra durumu uygun görülenlerin dosyası Bakanlar Kurulu'na gönderilir, uygun görülmeyen talepler ise reddedilir (m. 18). Eğer ilgili tasarının 12. maddesi uyarınca istisnai yoldan vatandaşlığa alınmayı talep ediyorsa işlemler İçişleri Bakanlığınca yürütülecektir (m. 18/2). Bu durumda "*vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu*", istisnai vatandaşlığa alınmada başvurular hakkında görevli degillerdir.

Tasarının 17 ve 18. maddelerinde vatandaşlığa alınma usulü, sadece 11-12 ve 16. maddeler yönünden düzenlenmiş olup, yeniden vatandaşlığa alınmaya ilişkin usul hakkında herhangi bir ifadeye rastlanılmamaktadır. Tasarı kanunlaşmadan kanunun sistematığının yanı

⁴⁸ Mevcut düzenlemenin bu yönden eleştirisi için bkz. Aybay, s. 136; Sargın, s. 38.

sıra kendi içindeki bağlantıları sağlayan hükümlerin de bir kez daha gözden geçirilmesi yerinde olacaktır.

f. Yetkili Makam Kararıyla Vatandaşlığı Kazanmanın Sonuçları

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınmanın sonuçları tasarının 19. maddesinde düzenlenmektedir. Tasarının 19. maddesi, TVK'nın 10, 15 ve 16. maddelerine tekabül etmektedir.

Türk vatandaşlığını bu yolla kazanma anı, yetkili makamın karar tarihi olarak tespit edilmiştir (m. 19/I). TVK'nın 10. maddesi uyarınca da vatandaşlığa alınma Bakanlar Kurulu kararı tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Ancak TVK, şarta bağlı olarak vatandaşlığa alınmanın hüküm ifade edeceği anı da ayrıca belirtmiştir. Tasarıda, 11. maddenin ikinci fıkrası uyarınca taşıdığı devlet vatandaşlığından ayrılma şartının arandığı hallerde bu şartın ne zaman mevcut olması gerektiği veya nasıl tespit edileceği yahut bu şartın arandığı hallerde vatandaşlığın hangi anda kazanılmış sayılacağına ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Aslında idarenin takdirine bırakılan bu şartla ilgili olarak esasların Bakanlar Kurulu'nca tespit edileceği belirtilmekle beraber, daha önce de ifade edildiği üzere bu şartı hangi makamın hangi anda ileri süreceğinin belirtilmemiş olması eksiklidir.

Vatandaşlığa alınma kararının eş ve çocuklara etkisi, tasarının 19. maddesinin ikinci fıkrasında birlikte düzenlenmiştir. TVK'ndan farklı olarak vatansız (kadın) eşe vatandaşlık verilmesi usulü terkedilmiş, kararın eşin vatandaşlığına tesir etmeyeceği hükmüyle yetinilmiştir.

Vatandaşlığa alınma kararının çocuklara etkisi ise *"Ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte velayeti kendisinde bulunan çocukları, diğer eşin muvafakat etmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır. Muvafakat verilmemesi halinde ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına göre işlem yapılır."* şeklinde ifade edilmiştir (m. 19/II). Bu fıkrada yer alan muvafakat vermeyen eşin mutad meskeninin bulunduğu devlet mahkemesinin kararına göre Türk vatandaşlığının verilmesine ilişkin hükmün mantığı anlaşılmamıştır. Zira vatandaşlığın kazanılması ve kaybı şartlarını düzenleme yetkisi devlete ait olup, bu konuda yabancı bir devlet makamından karar verilmesini talep etme ve yabancı bir mahkemeyi görevlendirmenin nasıl mümkün olacağı merak edilmektedir. Muhtelif vatandaşlık kanunlarında

yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınan ana veya babaya bağlı olarak onunla birlikte yaşayan çocukların vatandaşlık kazanması kabul edilmektedir. Ancak çocukların vatandaşlık kazanması böylesi bir şarta bağlanılmamaktadır.

Vatandaşlığa alınma kararının çocuklara etkisi düzenlenirken bir başka sorun daha çıkmaktadır: “Çocuk” kimdir? Çocuğun tanımı tasarıda verilmemiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nde⁴⁹ çocuk, 18 yaşın altındaki kişiler olarak kabul edilmiştir. Türk mevzuatında da çocuk farklı kanunlarda farklı şekilde tanımlanmamıştır. Bu itibarla tasarinın bir çocuk tanımı vermesi veya en azından Türk Medeni Kanunu’na atıfta bulunması yerinde olur. Üçüncü bir çözüm yolu olarak, konu kanunlar ihtilafı hukuku meselesi olarak, söz konusu çocuğun şahsi kanununa göre belirlenir (MÖHUK m. 8/1). Bu yol, TVK’nın mevcut sistemi içinde kullanılmaktadır. Ancak TVK, “çocuk” değil, “küçük” ifadesini kullanmaktadır.

Ana veya babanın vatandaşlık kazandığı tarihte kendileriyle birlikte işlem görmeyen çocuklarının vatandaşlığı kazanma şartları da ayrıca belirtilmiştir (m. 19/III). Bu çocuklar ergin olduktan sonra 11. madde uyarınca vatandaşlığa alınmayı talep edebileceklerdir. Açıkçası bu grubun ayrıca düzenlenmesinin sebebi de anlaşılammıştır. Eğer bu çocuklar, vatandaşlığa alınan ana veya babalarının velayeti altında değilseler zaten bu çocuklar, vatandaşlık kazanamıyorlar. Öte yandan, üçüncü fıkrada bu çocuklara vatandaşlığı kazanmada bir kolaylık verilmesi de söz konusu değildir. Dolayısıyla bu hükme gerek olmadığı düşünülmektedir.

Türk vatandaşlığına alınan ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmış olan çocuklar da ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılabilirler (m. 34/1, d).

2. Türk Vatandaşlığının Evlat Edinilme ile Kazanılması

TVK’nda evlat edinilen küçük vatansız olur veya ana babası bulunmaz yahut nerede olduğu bilinmezse Türk vatandaşlığını kazanması esası kabul edilmiştir (m. 3). Tasarinın 20. maddesinde ise, bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen yedi yaşından küçük çocuğun Türk vatandaşlığını bu işlemin sonucu kazanacağı belirtilmektedir. Anılan

⁴⁹ RG,, 27.1.1995-22184.

ifadede ilk dikkati çeken husus, evlat edinilen yabancı çocuğun ancak “yedi yaşından küçük” olması halinde Türk vatandaşlığını kazanacak olmasıdır.⁵⁰ Tasarı için hazırlanan komisyon raporlarında da bu hususa işaret edilmiş ve hükmün mevzuatımıza ve taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmelerle uyumlu hale getirilmesi önerisinde bulunulmuştur.⁵¹ İlk bakışta yadırgatıcı görünse de, muhtelif devletlerin vatandaşlık kanunlarında evlat edinme yoluyla vatandaşlığın kazanılmasında on sekiz yaştan farklı bir yaşın kullanıldığı görülmektedir.⁵² Kanaatimizce bu maddeye evlat edinme işleminin Türk hukuku bakımından geçerli sayılması şartının eklenmesi yerinde olacaktır.

Evlat edinme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan çocuk tasarının 34. maddesine göre ergin olmasından itibaren üç yıl içinde, vatansız kalmaması şartıyla seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılabilir.

3. Türk Vatandaşlığının Seçme Hakkı ile Kazanılması (m. 21-22)

Kişinin bir devletin vatandaşlığını, doğum dışında ve yetkili bir makamın kararına ihtiyaç olmaksızın, sadece talepte bulunarak kazanması, seçme hakkını kullanmak suretiyle vatandaşlığın kazanılmasıdır.⁵³ Bu halde yabancıнын, vatandaşlığını kazanmak istediği devletin

⁵⁰ Türkiye'nin taraf olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere bir çok milletlerarası sözleşmede çocuk yaşı on sekiz yaşın altı olarak tespit edilmiştir. Türk Medeni Kanunu (RG,, 8.12.2001-24607), Çocuk Koruma Kanunu (RG,, 15.7.2005-25876) ve Türk Ceza Kanunu (RG,, 12.10.2004-25611) açısından da çocuk, on sekiz yaşın altındaki kişidir.

⁵¹ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil 01/ss1232m.htm> (14.11.2006).

⁵² Evlat edinme yoluyla Fransız vatandaşlığının kazanılmasında ikili bir ayırım yapılmaktadır. Tam evlat edinme ile basit evlat edinme. Basit evlat edinme halinde, farklı ihtimallere göre, üç ya da beş yaşındaki küçük evlatlığın vatandaşlık kazanması kabul edilmiştir (Fransız Code Civil m. 21-12). Alman hukukunda ise on sekiz yaşından küçük evlatlığın Alman kanunlarına göre evlat edinilmesi halinde Alman vatandaşlığını kazanması esası benimsenmiştir (Alman Vatandaşlık Kanunu m. 6). İtalyan Vatandaşlık Kanunu'nda ise küçüklerin ve hatta yetişkinlerin belli şartlarla evlat edinme yoluyla vatandaşlık kazanmaları hükmüne bağlanmıştır (m. 3 ve 9). Danimarka Vatandaşlık Kanunu'nda ise on iki yaşından küçük bir yabancı Danimarka vatandaşı tarafından evlat edinildiğinde bu devlet vatandaşlığını kazanabilmektedir (m. 2A). Fin Vatandaşlık Kanunu da on iki yaşın altındaki evlatlığın, evlat edinme işleminin Fin kanunlarına göre geçerli olması şartıyla vatandaşlık kazanmasını kabul etmiştir (m. 10).

⁵³ Bkz. Berki, DHH, s. 76; Göger, s. 90 vd.

kanununda belirtilen şartlarla bu yönde bir irade beyanında bulunması yeterlidir.

TVK'da seçme hakkıyla vatandaşlığın kazanılması imkânı, ana ve/veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden küçüklere ve yabancı ile evlenmesi nedeniyle Türk vatandaşlığından ayrılan kadına tanınmıştır. Tasarıda yabancı ile akdedilen evliliğin neticesinde eşin vatandaşlığının kazanılması, Türk eş için vatandaşlıktan ayrılma sebebi olarak kabul edilmemiştir. Bu nedenle de seçme hakkıyla vatandaşlığı kazanacak kişiler sadece ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerdir. Tasarıya göre, 27. madde uyarınca ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden bu çocuklar ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanabilirler (m. 21). Tasarının 27. maddesi Türk vatandaşlığından çıkmanın eş ve çocuklara etkisini düzenlemektedir. Dolayısıyla, tasarı, TVK'na nazaran daha sınırlı bir gruba bu yoldan yararlanma imkânını tanımaktadır. Söz konusu 27. madde, ayrıca, seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin eş ve çocukları hakkında da uygulanacaktır (m. 35/2). Bu nedenle, seçme hakkını kullanarak vatandaşlıktan ayrılan kişilerin çocukları da 21. maddeden yararlanarak, seçme hakkıyla Türk vatandaşlığını kazanabilirler mi? Kanaatimizce, tasarının 21. maddesinin metninde bu konuda açık bir hükme yer verilmesi yerinde olacaktır. Eğer sadece vatandaşlıktan çıkan kişilerin çocuklarıyla sınırlı olarak bu hak tanınmak isteniyorsa, madde numarası vermekle yetinmeyip yolun ismi de açıkça yazılmalıdır.

TVK'na göre kanunda sayılan kişiler, Türk Medeni Kanunu'na göre reşit olmalarından itibaren bir yıl içinde seçme hakkını kullanmadırlar. Tasarıda hakkın kullanılacağı süre, üç yıl olarak belirlenmiştir. Ancak ilgilinin hangi kanuna göre ergin sayılacağı hakkında bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle seçme hakkını kullanmak isteyen kişinin ergin olup olmadığı veya hakkın süresi içinde kullanılıp kullanılmadığını belirlemek üzere kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulması icap eder. MÖHUK'nun 8. maddesi uyarınca ilgilinin milli hukukuna göre ergin sayılıp sayılmadığı araştırılmalıdır.

TVK'ya göre seçme hakkı İçişleri Bakanlığı'na gönderilmek üzere mahallin en büyük mülkiye amirliğine ve yabancı memleketlerde de Türkiye elçilik veya konsolosluklarına yazılı bildirimde bulunmak suretiyle kullanılır (m. 43). İçişleri Bakanlığı, seçme hakkının kullanılma-

sına ilişkin şartları tespit edecek olan makamdır. Tasarıda ise, seçme hakkının kullanılmasına ilişkin şartları tespit edecek makam ve başvuru şekline dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle bazı soruların cevaplanması gerekmektedir. Tasarının 38. maddesine göre vatandaşlıkla ilgili taleplerin ilgilinin ikamet ettiği yer valiliğine veya dış temsilciliklerimize bizzat veya vekâletnameyle yapılması gerekmektedir. O halde başvurunun yapıldığı merci mi seçme hakkının kullanılmasına ilişkin şartları tespit edecektir? İkinci olarak, 38. maddeye göre başvuru bizzat veya vekâletname ile yapılmaktadır. Dolayısıyla yazılı şekil şartından vazgeçilmekte, ilgilinin başvuru merciine sözlü beyanıyla, seçme hakkını kullandığı kabul edilebilecek midir? Benzer sorulara cevap aranması yerine tasarının 'ortak hükümler' başlıklı beşinci bölümüne, TVK da olduğu gibi, bir madde eklenerek bu hususların açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır.

Seçme hakkıyla Türk vatandaşlığının kazanılması, bu hakkın kullanılmasına dair şartların tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder (m. 22/1). Seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin eşleri ve çocukları hakkında, TVK'nın çözümü benimsenmiş ve yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınmanın sonuçlarını düzenleyen hükümlerin uygulanması öngörülmüştür (m. 22/2).

Türk vatandaşlığını, seçme hakkını kullanan ana veya babalarına bağlı olarak kazanmış olan çocuklar da ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılabilirler (m. 34/1, d).

4. Özel Olarak Vatandaşlık Kazanma İmkanının Tanındığı Haller

Tasarının 43 ve 44. maddelerinde özel olarak bazı kişilere vatandaşlık kazanma imkanı tanınmıştır.

Tasarının 43. maddesi Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlarıyla ilgilidir. Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlarının bu isteklerini yazılı olarak bildirmeleri yeterlidir. Bu kolaylık mevcut TVK'da da ilgililere tanınmıştır. 2003 yılında 4862 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik

Yapılmasına Dair Kanun⁵⁴ ile TVK'ya bir madde eklenmiştir. Eklenen bu maddeye göre *“Türk vatandaşlığına geçmek isteyen Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşları, yurt dışında ilgili Türk temsilciliklerine, yurt içinde ise valiliklere başvurarak Türk vatandaşı olmak istediklerini beyan ettikleri takdirde, Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanırlar”*. Görüldüğü üzere, seçme hakkıyla vatandaşlığın kazanılmasında olduğu gibi, kanunla ve belirtilen kişilerin sadece bu yönde irade açıklamalarıyla vatandaşlık kazanılmaktadır.

Tasarının 44. maddesinde ise TVK'na göre vatandaşlık kaybedenlerin yeniden vatandaşlığa alınmaları düzenlenmektedir. TVK'nun 25. maddede kaybettirme sebebi olarak saydığı bazı sebeplere tasarıda yer verilmemiştir. TVK'nun (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca vatandaşlığını kaybetmiş olan kişiler milli güvenlik ve kamu düzeni açısından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak kaydıyla Bakanlar Kurulu kararıyla yeniden vatandaşlığa alınabilirler. Tasarının 44. maddesinde öngörülen yeniden vatandaşlığa alınma yolu, aynı tasarının 13. maddesinde olduğu gibi, ikamet şartına bağlı değildir.

IV. Sonuç

Muhtelif tarihlerde yapılan değişikliklerle Türk Vatandaşlığı Kanununun yapısı bozulmuş olmakla beraber, bu kanunun gözden geçirilerek tutarlı ve sistematik bir metin elde edilebileceği düşünülmektedir. Ancak gelişmeler bu yöntemin tercih edilmediğini göstermektedir. Hazırlanan tasarının ise, yukarıda da işaret edildiği gibi, üzerinde ciddi bir şekilde yeniden çalışma yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Tasarının bu haliyle kanunlaşmasının, sorunları azaltacağına daha da arttıracacağı ve bir çok karışıklığa sebebiyet vereceği ortadadır. Tasarının vatandaşlığın kazanılması hükümleri üzerinde yapılan düzeltmeler ve önerilerimiz aşağıda verilmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM: Türk Vatandaşlığının Kazanılması

Türk vatandaşlığının Kazanılması Halleri

MADDE 5- (1) Türk vatandaşlığı, doğumla veya sonradan kazanılır.

Doğumla Kazanılan Vatandaşlık

⁵⁴ RG,, 3.6.2003-25127.

MADDE 6- (1) Doğumla kazanılan Türk vatandaşlığı, soy bağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılır. Doğumla kazanılan vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade eder.

Soy Bağı

MADDE 7- (1) Türkiye içinde veya dışında Türk ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşdır.

(2) Türk ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşdır.

(3) Türk baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise *Türk Hukuku uyarınca soy bağının kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır.*

Doğum Yeri

MADDE 8- (1) Türkiye’de doğan ve ana ve babasından doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşdır.

(2) Türkiye’de bulunmuş çocuk aksi sabit olmadıkça Türkiye’de doğmuş sayılır.

Sonradan Kazanılan Vatandaşlık

MADDE 9- (1) *Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı, evlenme, evlat edinme ve seçme hakkının kullanılması yollarından birisiyle sonradan kazanılabilir.*

Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşlığının Kazanılması

MADDE 10- (1) Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancı, bu Kanunda belirtilen şartları taşıması halinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir. Ancak, aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamaz.

(2) *Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığı, genel olarak, istisnai hallerde, yeniden alınma veya evlenme yollarından birisiyle kazanılır.*

Genel Olarak Vatandaşlığa Alınma

MADDE 11- (1) Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda;

a) Kendi milli kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve

ayırt etme gücüne sahip olmak,

b) Başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye’de kesintisiz beş yıl ikamet etmek,

c) Türkiye’de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmek,

ç) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmama-

d) İyi ahlak sahibi olmak,

e) Yeteri kadar Türkçe konuşabilmek,

f) Türkiye’de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmak,

g) Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama-

şartları aranır.

(2) Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, yukarıda sayılan şartlarla birlikte, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da aranabilir. Bu takdirin kullanılmasına ilişkin esasların tespiti Bakanlar Kurulunun yetkisindedir.

İstisnai Olarak Vatandaşlığa Alınma

MADDE 12- (1) 11 inci maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde aranan şartı taşımak kaydıyla Bakanlığın teklifi, Bakanlar Kurulunun kararı ile aşağıda belirtilen yabancılar Türk vatandaşlığını kazanabilirler.

a) Türkiye’ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler,

b) Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler.

İkamet Şartı Aranmaksızın Yeniden Vatandaşlığa Alınma

MADDE 13- (1) 11 inci maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde aranan şartı taşımak kaydıyla aşağıda belirtilen kişiler Türkiye’de ikamet etme süresine bakılmaksızın, Bakanlık kararıyla Türk vatandaşlığına yeniden alınabilirler.

a) Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler,

b) Ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedenlerden 21 inci maddede öngörülen süre içerisinde seçme hakkını kullanmayanlar.

İkamet Şartına Bağlı Olarak Yeniden Vatandaşlığa Alınma

MADDE 14- (1) 11 inci maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde aranan şartı taşımak ve Türkiye’de üç yıl ikamet etmek şartıyla aşağıda belirtilen kişilerden

a) 29 uncu madde uyarınca Türk vatandaşlığı kaybettirilenler Bakanlar Kurulu kararıyla,

b) 34 üncü madde uyarınca seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılanlar Bakanlık kararıyla,

Türk vatandaşlığına yeniden alınabilirler.

İkamet ve Sürelerin Hesaplanması

MADDE 15- (1) Bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye’de oturmaktır. Türk vatandaşlığını kazanma talebinde bulunan bir yabancı başvuru için aranan ikamet süresi içinde toplam altı ayı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunabilir. Türkiye dışında geçirilen süreler bu Kanunda öngörülen ikamet süreleri içinde değerlendirilir.

Türk Vatandaşlığının Evlenme Yoluyla Kazanılması

MADDE 16- (1) Bir Türk ile evlenme, doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Ancak bir Türk ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir. Başvuru sahipleri hakkında 11 inci maddenin birinci fıkrasının (g) bendindeki şart aranır.

(2) Başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü nedeniyle evliliğin sona ermesi halinde *evliliğin devamı şartı* aranmaz.

(3) *Evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde akitte hüsnüniyetli olan eş, Türk vatandaşlığını muhafaza eder.*

Vatandaşlık Başvuru İnceleme Komisyonu

MADDE 17- (1) 11 inci ve 16 ncı maddeler uyarınca Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancıların başvuru için gerekli şartları taşıyıp taşımadık-

larının tespiti, illerde oluşturulan vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu tarafından yapılır. Komisyonun oluşumu ve çalışma esasları yönetmelikle belirlenir.

Yetkili Makam Kararı ve Evlenme ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Usul ve Esaslar

MADDE 18- (1) 11 inci ve 16 ncı maddeler uyarınca Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılardan başvuru için gerekli şartları taşıyanların adına vatandaşlık dosyası düzenlenerek Bakanlığa gönderilir. Bakanlıkça gerekli inceleme ve araştırma yapılır. 11 inci madde uyarınca başvuranlardan durumu uygun bulunanlar Bakanlar Kurulu kararıyla, 16 ncı madde uyarınca başvuranlardan durumu uygun bulunanlar ise Bakanlık kararıyla Türk vatandaşlığını kazanabilirler, uygun görülmeyenlerin talepleri ise Bakanlıkça reddedilir.

(2) 12, 13 ve 14 üncü madde uyarınca Türk vatandaşlığını kazanma işlemleri Bakanlıkça yürütülür. 12 inci madde ile 14üncü maddenin (a) bendi uyarınca başvuranlardan durumu uygun bulunanlar Bakanlar Kurulu kararıyla; 13 üncü madde ile 14 üncü maddenin (b) bendi uyarınca başvuranlardan durumu uygun bulunanlar Bakanlık kararıyla Türk vatandaşlığını kazanabilirler; uygun görülmeyenlerin talepleri Bakanlıkça reddedilir.

Yetkili Makam Kararı ile Türk Vatandaşlığının Kazanılmasının Geçerliliği ve Sonuçları

MADDE 19- (1) Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararlar, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder.

(2) Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması eşin vatandaşlığına tesir etmez.

(3) *Küçük çocuklar Türk vatandaşlığına alınan ve velayetleri kendisinde bulunan ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşı olurlar.*

Türk Vatandaşlığının Evlat Edinilme ile Kazanılması

MADDE 20- (1) Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen yedi yaşından küçük çocuk, *Türk hukukuna göre geçerli bir şekilde* evlat edinildiği tarihten itibaren Türk vatandaşlığını kazanır.

Türk Vatandaşlığının Seçme Hakkı ile Kazanılması

MADDE 21- (1) 27 nci madde uyarınca ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden çocuklar ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanabilirler. *Seçme hakkı, Bakanlığa gönderilmek üzere ilgilinin yurt içinde ikamet ettiği yer vâkilliğine veya yurt dışında Türk dış temsilciliklerine yazılı bildirimde bulunmak suretiyle kullanılır.*

Türk Vatandaşlığının Seçme Hakkı ile Kazanılmasının Geçerliliği ve Sonuçları

MADDE 22- (1) Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kazanılması, bu hakkın kullanılmasına dair şartların tespitine ilişkin Bakanlığın karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder.

(2) Seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin eşleri ve çocukları hakkında 19 uncu madde hükümleri uygulanır.

TABLO 1. TVK ile Tasarının başlıklarının karşılaştırılması

TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU'NDA VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASI	TASARIDA VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASI
<p style="text-align: center;">BİRİNCİ BÖLÜM</p> <p style="text-align: center;">Türk Vatandaşlığının Kazanılması</p> <p>I. Kanun Yolu ile Kazanma</p> <p>1. Nesep ile</p> <p>A) Doğum</p> <p>B) Hal Değişikliği</p> <p>C) Evlat Edinme</p> <p>2. Doğum Yeri ile</p> <p>3. Evlenme ile</p> <p>II. Yetkili Makam Kararı ile Kazanma</p> <p>1. Vatandaşlığa Alınma Çeşitleri ve İkamet</p> <p>A) Genel Olarak Vatandaşlığa Alınma - m.6</p> <p>B) İstisnai Vatandaşlığa Alınma - m.7</p> <p>C) Yeniden Vatandaşlığa Alınma - m.8</p> <p>D) Yabancıнын İkameti - m. 9</p> <p>2. Bakanlar Kurulu Kararının Hükümü ve Vatandaşlığa Alınmada Usul</p> <p>A) Bakanlar Kurulu Kararının Hükümü – m.10</p> <p>B) Vatandaşlığa Alınmada Usul – m. 11</p> <p>III . Seçme Hakkı ile Kazanma</p> <p>1. Türk Vatandaşlığını Kaybeden Küçükler m. 12</p> <p>2. Evlenme ile Türk Vatandaşlığını Kaybeden Kadın – m. 13</p> <p>IV. Vatandaşlığı Kazanmanın Sonuçları</p> <p>1. Evlenmede Çocuklar – m. 14</p> <p>2. Vatandaşlığa Alınma</p> <p>A) Eş – m.15</p> <p>B) Çocuklar – m.16</p> <p>3. Seçme Hakkı ile Kazanma</p> <p>A) Türk Vatandaşlığını Seçen Kişinin Eşi ve Çocukları – m.17</p> <p>B) Türk Vatandaşlığını Seçen Kadının Çocukları – m. 18</p>	<p style="text-align: center;">İKİNCİ BÖLÜM</p> <p style="text-align: center;">Türk Vatandaşlığının Kazanılması</p> <p>Türk vatandaşlığının kazanılması halleri m.5</p> <p>Doğumla kazanılan vatandaşlık – m. 6</p> <p>Soy bağı – m. 7</p> <p>Doğum yeri – m. 8</p> <p>Sonradan kazanılan vatandaşlık - m. 9</p> <p>Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması – m. 10</p> <p>Başvuru için aranan şartlar - m. 11</p> <p>Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnai haller - m.12</p> <p>Türk vatandaşlığının ikamet şartı aranmaksızın yeniden kazanılması - m. 13</p> <p>Türk vatandaşlığının ikamet şartına bağlı olarak yeniden kazanılması – m.14</p> <p>İkamet ve sürelerin hesaplanması – m. 15</p> <p>Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması – m. 16</p> <p>Vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu m.17</p> <p>Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında usul ve esaslar – m. 18</p> <p>Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının geçerliliği ve sonuçları - m. 19</p> <p>Türk vatandaşlığının evlat edinilme ile kazanılması – m. 20</p> <p>Türk vatandaşlığının seçme hakkı ile kazanılması – m. 21</p> <p>Türk vatandaşlığının seçme hakkı ile kazanılmasının geçerliliği ve sonuçları – m. 22</p>

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN SÖZLEŞME KAPSAMINDA İŞKENCE GÖRMEME HAKKINA BAKIŞ AÇISI

Yaşar ÇOR*

Giriş

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması ikinci dünya savaşından itibaren büyük bir önemle hız kazanmıştır. Dolayısıyla uluslararası koruma, tarihsel olarak insan hakları düşüncesi ve kavramı kadar eski bir olgu değildir.

İkinci Dünya Savaşı öncesinde uluslararası hukuk, yalnızca devletler arasındaki ilişkileri düzenliyor, “devlet ve vatandaş” arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi ise ülkelerin iç hukukuna bırakılıyordu. Ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren başlayan insan hakları alanındaki örgütlenmeler ve sözleşmeler neticesinde birey, ulusal hukuk öznesi olmanın yanında, uluslararası hukuk öznesi durumuna gelmeye başlamıştır.

Bu maksatla, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere Avrupa Konseyi ve bölgesel alanlar çerçevesinde sözleşmeler ve hukuki belgeler hazırlanmış kurumsal yapılanmalar oluşturulmuş ve denetim mekanizmaları kurulmuştur.

Bu çalışmada, kısaca sözleşmelere değinildikten sonra, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “işkence görmeme hakkı”nı düzenleyen 3. maddesiyle ilgili verilen kararlar ele alınacaktır.

* Emniyet amiri.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İkinci Dünya Savaşı sırasında insanlığa karşı işlenen suçlar, yönetici ve devlet adamlarına karşılıklı anlayışa dayanan birliğin oluşturulması, yeni bir Avrupa kurulması düşüncesini benimsetmiştir.¹ İşte bu anlayış içinde Avrupa'nın ilk siyasal kuruluşu olan Avrupa Konseyi, "Üyeleri arasında ortak varlıkları olan, ülkü ve ilkeleri korumak ve yaymak, ekonomik ve toplumsal girişimleri sağlamak" amacıyla 1949 yılında kurulmuştur.

AK'nin amaçları arasında yer alan en önemli ilke, insan haklarının ve temel özgürlüklerinin geliştirilmesi ve korunmasıdır. Bu ilkeler çerçevesinde 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan sözleşme, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye sözleşmeyi 1954 yılında onaylamıştır.

AİHS'nin en önemli özelliği, koruma altına aldığı temel hak ve özgürlükleri kapsamlı olarak düzenlemesi, hangi koşullarla ve nasıl sınırlanabileceklerinin ölçütlerini koyması ve işlevselliğini sağlayacak denetim organlarını kurmasıdır.² Bu yapılmaya katılan Avrupa Konseyi ülkeleri ulusal düzenlemelerinde, sözleşmeye aykırı yasalar çıkarmama ve varolan hukuklarını sözleşmeye uygun bir biçimde yenileme yükümlülüğü altındadırlar.

AİHS'yi, diğer bildiri ve sözleşmelerden ayıran önemli bir özellik, sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla kurulan denetim mekanizmasının bulunmasıdır. Böylelikle sözleşme, insan haklarının korunmasının ulusal düzeyden, uluslararası düzeye geçmesini sağlamış, bireyi uluslararası hukukta söz sahibi yapmıştır.

Bu sözleşmenin 3. maddesinde, hiç kimsenin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı cezaya veya işlemlere tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlarda görüleceği gibi, sözleşmenin 2. maddesinde dile getirilen yaşama hakkı ve 13. maddesindeki etkili başvuru hakkı da 3. madde ile yakından ilişkilidir.

¹ Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, TBMM Basımevi, Ankara, 2001, s. 66.

² Doğan, Bülent ve Seven, Huriye, "İnsan Hakları Sorunu Olarak İşkence", *Türk İdare Dergisi*, Sayı 438, Mart 2003, s. 101.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AIHS'nin en önemli özelliği, öngörülen hak ve özgürlüklere riayet edilmesini sağlamak amacıyla kurulan uluslararası denetim mekanizmasının varlığıdır. Bu sözleşme ile kurulan uluslararası denetim organlarından "*Avrupa İnsan Hakları Komisyonu*" 18 Mayıs 1954 tarihinde, "*Avrupa İnsan Hakları Divanı*" da 21 Ocak 1959 yılında çalışmaya başlamıştır.

Sözleşme, Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanmasına rağmen, komisyona bireysel başvuru hakkı ve divanın yargı yetkisi uzun süre tanınmamıştır. 11 nolu protokolden önce yürürlükte olan Sözleşmenin 25. maddesinde yer alan "*bireysel başvuru hakkı*" 27 Ocak 1987 tarihinde kabul edilmiştir. Ancak, divanın yargı yetkisinin tanınmamasından dolayı bu hakkın kabul edilmesi pratik olarak bir anlam ifade etmemiştir. Çünkü komisyonun, başvuruları sadece inceleme yetkisi bulunmaktaydı.³ Sözleşme ile öngörülen haklardan herhangi birisinin ihlal edildiği iddiasına dayanarak bir başvuru yapıldığında, komisyon gerekli incelemeyi yaptıktan sonra başvurunun kabul edilebilir olup olmamasına göre, AIHD'na rapor halinde sunulmaktaydı.⁴ Divanın yargı yetkisinin 22 Ocak 1990 tarihinde tanınması ile bu durumun ortadan kaldırılması sağlanmıştır.⁵ Bunun neticesinde Türkiye, sözleşmenin bütün hükümlerinden sorumlu bir taraf devlet haline gelmiştir.

Avrupa Konseyi üyesi olan devlet sayısının ve komisyona yapılan bireysel başvuru sayısının artması nedeniyle, sözleşmedeki denetim mekanizmasının günün koşullarına uygun hale getirilmesi amacıyla hazırlanan ve önemli yapısal değişiklikler içeren *AIHS'ye Ek 11 nolu protokol* ile komisyon ve divan birleştirilerek, 1 Kasım 1998 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. 11 nolu protokol ile mahkemenin oluşumu, yetki ve yargılama usulünde çok önemli değişiklikler yapılmıştır.

Ulusal üstü denetim mekanizmasının "*devlet başvurusu*" ve "*bireysel başvuru*" olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. AIHM'de, söz-

³ Atar, Yavuz, "Ulusal ve Uluslararası Düzeyde İnsan Haklarının Korunması", *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998, s. 1298.

⁴ Tezcan, Durmuş ve Diğerleri, *AIHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 97.

⁵ Gölcüklü, Feyyaz "Uluslararası Belgeler ve Koruma Amaçlı Mekanizmalar" *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998, s. 1272.

leşmeye üye devletlerden bir veya bir kaçının, diğer bir üye devlette insan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan devlet başvuruları veya her gerçek kişi, hükümet dışı bir kuruluş veya kişi gruplarının hak ihlallerine yönelik başvuruları ile yargılama başlamaktadır. Ancak başvurular için sözleşmede bazı ön şartlar getirilmiştir.

Mahkeme bünyesinde şikayet başvuruların kabul edilebilirliği konusundaki ilk incelemesi kabul edilebilirlik ve esas olmak üzere iki aşamada yapılmaktadır. Komite, görevlendirilen bir raportör yargıcın raporunu da göz önünde bulundurarak başvurunun kabuledilmezlik veya düşme kararını verebilir.⁶ Bu karar kesindir. Komitenin oybirliği ile kabuledilmezlik kararı vermediği başvurular daireye gönderilir. Daire gerekli ön incelemeleri yaparak başvurunun kabul edilir olup olmadığına karar verir.

Daire, başvuruyu kabul edilebilir bulduğu takdirde dostane çözüm arayışlarına girer. Eğer dostane çözüm gerçekleşirse daire, olaylarla ve varılan çözümle sınırlı olan kısa bir açıklamayı içeren kararını vererek başvuruyu kayıttan düşürür. Tarafların dostane bir çözüme ulaşamamaları halinde duruşma başlar. Daire, gerekçeli karar ile o ana kadar tespit edilen olay hakkında kararını verir. Daire, sözleşme hükümlerinin ihlal edildiğine karar verirse, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir şekilde zararının karşılanmasına hükmeder.

Dairede görüşülen başvuru, sözleşme hükümlerinin yorumu konusunda ciddi sıkıntılar doğuruyorsa veya sorunun çözümü mahkeme tarafından önceden verilmiş bir karar ile çelişme ihtimali taşıyorsa, başvuru tekrar görüşülmek üzere on yedi hakimden oluşan "*Büyük Daire*"ye gönderilebilir. Bu durumda Büyük Daire'nin beş hakiminden oluşan bir kurul, olayın yeniden incelenmesi talebinin kabulü hususunda karar vermeye yetkili kılınmıştır.⁷

AİHS, mahkemece verilen kararın bağlayıcı olduğunu belirtmekle kalmamış, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını güvence altına almak için verilen kararların uygulanmasını sağlamak amacıyla ayrı bir denetim mekanizması öngörmüştür. Sözleşmenin 46. maddesine göre, mahkemenin kesinleşmiş son kararı, bunun uygulanmasını denetleye-

⁶ Gölcüklü, Feyyaz ve Gözübüyük, Şeref, AİHS ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 101.

⁷ Gözlügöl, Said Vakkas, *AİHS ve İç Hukukumuzda Etkisi*, Usta Matbaacılık, Ankara, 1999, s. 197.

cek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir. Maddeden anlaşılacağı gibi Bakanlar Komitesi, kesin hüküm taşıyan, devletlerin uyma yükümlülüğü olan mahkeme kararlarının, sözleşmeyi ihlal eden devletçe yerine getirilmesini denetlemekle yetkilidir.

Bakanlar Komitesi, sözleşmenin 46. maddesinin 2. fıkrası gereğince, AİHM'nin ihlale yönelik tespitini yaptığı üye ülkelerin, mahkeme kararlarının yerine getirilmesini sadece denetler. Bakanlar Komitesi'nin bu konuda aldığı kararlar da, AİHM kararları gibi kesindir. Bu nedenle, Bakanlar Komitesi kararlarına karşı ne Bakanlar Komitesi'ne, ne de AİHM'ne başvurmak mümkündür.⁸

1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 no.'lu protokol, bireysel başvuru yolunun basitleştirilmesini ve başvurulara ilişkin yargılama sürelerinin kısaltılmasını amaçlamaktaydı. Ancak, mahkemeye ilişkin veriler incelendiğinde bunlardan sadece bireysel başvuru yolunun, bir başka deyişle mahkemeye başvuru usulünün basitleştirilmesi amacının yerine getirildiğini buna karşın yargılama sürelerinde arzulanan kısalmanın gerçekleşmediği görülmektedir.⁹

14 no.'lu protokolün getirdiği yeni hükme göre, mahkemeye sunulan başvurulara ilişkin yargılama, tek yargıçlı oluşum olarak adlandırılan tek bir yargıç tarafından yürütülebilecektir. Yargıç, inceleme sonucunda başvuru hakkında kabul edilmezlik veya kayıttan düşürme kararı verebileceği gibi, komiteye ya da daireye de gönderebilecektir.¹⁰

14 no.'lu protokolün getirdiği bir yenilik de, komitenin, bir başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verebilme yetkisinin yanında kabul edilmezlik veya kayıttan silme kararı verebilme yetkisiyle de donatılmasıdır. Değişiklik ile verilen yetkilerden en önemlisi mahkemeye sunulan başvurunun mahkemenin kökleşmiş içtihatları ile çözümlendiği bir meseleyi ihtiva etmesi halinde, komitenin başvurunun esası hakkında karar verebilecek olmasıdır.¹¹

⁸ Gölcüklü ve Gözübüyük, *AİHS ve Uygulaması*, 2003, s. 128.

⁹ Cengiz, Serkan, "14 Nolu Protokol İle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Getirilecek Olan Değişiklikler" http://www.turkhukuksitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=f4af527f715db3b5fb2ff1d928c7d42c&id=185.

¹⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini Tamamlayıcı 14 nolu protokol (13/5/2004-Strazburg/ETS-194), Türkiye tarafından 6/10/2004 tarihinde imzalanmış, ancak halen yürürlüğe girmemiştir.

¹¹ Arslan, Zühtü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Din Özgürlüğü*, Avrupa

Ayrıca, protokolün 15. maddesine göre, yargılamanın her aşamasında taraflar arasında dostane çözüme gidilebileceği öngörülmektedir.

3. AİHM'nin, Sözleşmenin 3. maddesindeki Kavramları Yorumu

Bütün hak ve özgürlüklerin korunması ve güvence altına alınmasında olduğu gibi, 3. madde kapsamında işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı ceza ve muamele yasağının uygulanmasında da, gerek sözleşmenin metninde, gerekse komisyon kararlarından, gerekse AİHM'nin içtihatlarından bazı temel ölçüler çıkmış ve ulusal hukuk ve davranışların sınırlarını oluşturmaya başlamıştır.

3. maddenin sadece işkence ile mücadele nedeniyle uygulandığını iddia etmek yanıltıcı olur. Madde hükmünün getirdiği koruma, insan onuruna ve fiziksel bütünlüğüne karşı pek çok farklı saldırıyı kapsamaktadır.¹² 3. maddede yer alan yasağın ne kadar geniş kapsamlı olduğu ve uygulamanın nasıl olması gerektiği verilen kararlarda görülmektedir.

Diğer yanda, her türlü kaba ve sert muamele 3. madde kapsamına girmemektedir. Baştan beri AİHM, kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için belli bir asgari şiddet düzeyinde olması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Ancak, sert ve kaba muamele ile 3. maddenin ihlal edilmesi arasındaki sınırı saptamanın zaman zaman zor olabileceği de kabul edilmektedir.¹³ Bir kötü muamelenin 3. madde kapsamına girmesi için asgari düzeyde bir ağırlığın bulunması gerekliliğine işaret eden mahkeme, bu asgari düzeyin; muamelenin süresi, fiziksel ya da ruhsal etkileri ve mağdurun yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu gibi özelliklerine göre farklılık arz edeceğini belirtmektedir.¹⁴

Mahkemenin yorumuna göre, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı

Konseyi&Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2005, s. 14.

¹² Reidy, Aisling, *İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2002, s. 7

¹³ A. g. e., s. 8.

¹⁴ *Tekin/ Türkiye Kararı*, 9 Haziran 1998, par. 52, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tekin.htm>; *Selçuk ve Asker/ Türkiye Kararı*, 24 Nisan 1998, par. 69, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/selcukveasker.htm>; *Algür/ Türkiye Kararı*, 2 Ocak 2002, par. 37, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 4, Ocak 2003, s. 201.

cı muamele türleri, aralarında düzey farkı olan ve gerek uygulamaları, gerek ağırlıkları, gerekse sonuç ve etkileri ile birbirinden farklı eylemlerdir.¹⁵ Mahkemeye göre, eğer bir ceza veya muamele, korku ve şiddetli üzüntü yaratıyor, utanma ve aşağılanma duygusuna neden oluyor, fiziksel ve moral direncini kırıyorsa *onur kırıcı*, kasıtlı, fiziksel ve zihni acı veriyor ve psikolojik bir tahribata yol açıyorsa, *insanlık dışı* sayılmaktadır. Buna karşılık işkence; kişinin kasıtlı yapılan çok ciddi ve zalimane, insanlık dışı muameleye maruz bırakılmasıdır.¹⁶ Buradan şu anlaşılmaktadır ki; onur kırıcı ceza ve muamele, 3. madde kapsamında en hafif ihlali oluştururken, işkence ise en ağır ihlal durumunu oluşturmaktadır.

Bu kavramların yanı sıra AİHM, sözleşmenin 3. maddesinin yasakladığı kötü muamele ve ceza türleriyle ilgili, her olayın somut özelliklerine göre bir değerlendirme yöntemi benimsemiştir. Bu madde anlamındaki ceza kavramı ise klasik özgürlüğü bağlayıcı cezalar yanında, yaptırım niteliği taşıyan diğer tedbirleri de içermektedir. Buna karşılık "*muamele*" deyimini, diğer her türlü egemenlik yetkisine dayanarak gerçekleştirilen işlemleri ifade etmektedir.¹⁷ Özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişi ile ilgili olarak, (bu kişinin) kendi eylemi nedeniyle mutlaka gerekli olmadıkça fiziksel güce başvurulması, insan onurunun küçültülmesine ve prensip olarak sözleşmenin 3. maddesinde açıklanan hakkın ihlaline neden olmaktadır.¹⁸

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en kısa maddesi olan 3. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında birçok defalar belirttiği gibi, "*demokratik toplumların en temel değerlerinden birini içermekte olup, bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak surette korumayı amaçlamaktadır.*"¹⁹

Sözleşmenin 3. maddesi, 15. maddede belirtilen savaş ve olağanüstü hal durumlarında dahi geçerli olmak üzere hiçbir istisna tanı-

¹⁵ Batum, Süheyl, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi, AİHM ve Türkiye", *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 22, 1998, s. 1356.

¹⁶ İrlanda/ Birleşik Krallık Kararı, 18 Ocak 1978, par. 162 ve 167, Karar metni için Bkz. Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s. 215, 216.

¹⁷ Tezcan, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 2004, s. 248.

¹⁸ *Aktaş/ Türkiye Kararı*, 24 Nisan 2003, par. 311, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 6, Temmuz 2003, s. 160; *Tekin/ Türkiye Kararı*, par. 53; *Batı ve Diğerleri/ Türkiye Kararı* (özet), <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyabativediger.html>

¹⁹ Aksoy / Türkiye Kararı, 18 Aralık 1996, par. 62, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 1997, s. 158.

mamaktadır. AİHS'nin 15. maddesi savaş ve ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda sözleşme ve ek protokoller ile güvence altına alınan diğer hakların çoğunda, sözleşmeciler taraf devletlere normal koruma standardından gereken ölçüde feragat edebilme izni verdiği halde, 3. maddeyle ilgili istisna öngörülmemekte ve ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda bile 15. maddeye göre yükümlülüğün sınırlanması (derogation) yoluna gidilememektedir. Terör ve organize suçla mücadele gibi en zor koşullarda bile Sözleşme, işkenceyi, insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleyi ve cezayı mutlak terimlerle yasaklamaktadır.²⁰

3.1. Maddeye Yönelik Hak İhlallerinde İspat Yükümlülüğü

Mahkemenin 3. maddeyle ilgili yerleşmiş içtihadına göre, bir kişinin polis tarafından gözaltına alındığı zaman sağlıklı, fakat salıverildiği zaman yaralı olduğunun tespit edilmesi halinde, o kişinin nasıl yaralandığı hususunda mantıklı ve kabul edilebilir bir açıklama getirme yükümlülüğü ilgili devlete aittir.²¹ Hukukun, özellikle de ceza hukukunun temel prensiplerinden birisi, iddia sahibinin iddiasını kanıtlaması külfetidir. Ancak, devletin imkanlarına nazaran daha zayıf durumda olan başvuru sahiplerinin durumlarını göz önüne alan mahkeme, ispat külfetine ilişkin bu yerleşik prensibi değiştirmiştir. Bu tür davalarda başvurucudan beklenen, bu yaralanmanın gözaltına alınmadan önce meydana gelmediğini kanıtlamasıdır.

AİHM, 3. maddenin ihlal edildiği iddialarının "sağlam bir delille desteklenmesi gerektiğini"²² belirtmekte, fakat bu iddianın taraflardan

²⁰ Mahkeme, bazı kararlarında, hiçbir şart altında işkence görmeme hakkının meşrulaştırılmayacağını dile getirmektedir. Bkz. Aksoy / Türkiye kararı, par. 62; Öcalan / Türkiye kararı, 12 Mart 2003, par. 218, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 5, Nisan 2003, s. 354; Sevtap Veznedaroğlu / Türkiye kararı, 11 Nisan 2000, par. 28, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyasevtapveznedaroglu.html>; Aydın / Türkiye kararı, 25 Eylül 1997, par. 81, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyaaaydin.htm>; *Algür / Türkiye kararı*, par. 36; *Ayder ve Diğerleri / Türkiye kararı*, 8 Ocak 2004, par. 107, <http://www.barobirlık.org.tr/insanhaklari/makaleler/index.aspx>; Bilgin / Türkiye kararı, 16 Kasım 2000, par. 101, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/bilgin.htm>

²¹ Aksoy / Türkiye kararı, par. 61; Selmouni / Fransa Kararı, 28 Temmuz 1999, par. 87, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 2, Temmuz 2002, s. 29; Ayşe Tepe / Türkiye kararı, 23 Temmuz 2003, par. 35, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 7, Kasım 2003, s. 117

²² Satık ve Diğerleri / Türkiye kararı, 10 Ekim 2000, par. B. 8, <http://www.yargitay.gov.tr>

herhangi biri tarafından ispatlanmasını şart koşmamaktadır.²³ Özellikle, sağlık durumunu raporla belgeleyen kişilerin başvurularında, ispat yükümlülüğünün devlete geçtiği kuralı verilen kararlarda görülmektedir.²⁴

Örneğin, Türkiye hakkında verilen Erdagöz kararında mahkeme, başvuranın çelişkili ifadeleri ve alınan raporların gerçeği yansıtmadığını ve kötü muamelenin bir delili sayılamayacağını vurgulamıştır. Çünkü başvuranın, kötü muamele yaptığı iddia edilen polis memurları hakkında emniyete şikayette bulunduğuuna dair dosyada hiç bir belge bulunmamaktadır. Olaydan iki gün sonra tanzim edilmiş bulunan doktor raporunda yaraların ne zaman ve nasıl meydana geldiğine dair bir kayıt da bulunmamaktadır.²⁵

3.2. İşkence Görmeme Hakkı ile İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi İlişkisi

Sözleşmenin 35. maddesine göre, AİHM'ye başvurmadan önce iç hukukta mevcut, etkin ve sonuç alınabilecek hukuki yolların tüketilmesi gerekmektedir. Sözleşme'nin iç hukuk yolların tüketilmesi şartını getiren 35. maddesi, uluslararası teamül hukukunun bir ilkesi olup, egemen devletlere, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadıklarının incelenmesinden önce iddiaların doğruluğunu, yerinde inceleme ve mağduriyetleri ülke sınırları içinde giderme olanağı tanımaktadır.

AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını, mağdur bakımından elverişli, etkin işleyen ve somut sonuç veren nitelikte olmasını aramaktadır.²⁶ Ülkemizin Güneydoğu Bölgesi'ndeki terör olaylarına ilişkin

gov.tr/aihm/tcyasatikdigerleri.html

²³ Çiçek / Türkiye kararı, 27 Şubat 2001, par. 154, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 1, Nisan 2002, s. 77.

²⁴ Karakaş, Hakan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye*, İstanbul Barosu Yayınları, 2001, s.141; Algür / Türkiye kararı, par. 44; *Çolak ve Filizer/ Türkiye* kararı, 8 Ocak 2004, par. 30, 31, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/colakfilizer.htm>

²⁵ Erdagöz / Türkiye kararı, 22 Eylül 1997, par. 17, 18, 41, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcyaedagoz.html>

²⁶ Çalışkan, Bilal, "AİHM Ülkemize Karşı Başvurularda İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Şartını Neden Aramıyor", *Adalet Dergisi*, Sayı 14, Ocak 2003, s. 59; Ayrıca, AİHM, iç hukuk yollarının tüketilme zorunluluğunun bulunmamasını şu şekilde

olarak inceleme konusu olan davaların tamamına yakını, Türkiye’de iç hukuk yolları tüketilmeden kabul edilmiş ve sonuçlandırılmıştır. AİHM’nin tespitlerine göre, dava konusu olaylarda ciddi ve etkin bir soruşturma yapılmamıştır.²⁷

3.3. İşkence Görmeme Hakkı ile Etkili Soruşturma İlişkisi

AİHM, sözleşmenin 1. maddesinde yer alan devletlerin genel sorumluluk halini 3. madde yorumunda kullanmakta, etkili bir soruşturmanın yapılması ve suçluların cezalandırılması hususlarını özellikle dikkate almaktadır.²⁸

dile getirmiştir; “...Mahkeme bu açıdan Kurt’un şikayetine yönelik çözüm elde etmek için kendisinden beklenebilecek her şeyi yaptığını da dikkate almaktadır... Başvuranın şikayetine dair herhangi bir etkin araştırmanın yetkililer tarafından yapılmamış olduğu dikkate alındığında, başvuranın Hükümet tarafından Mahkemeye yapılan sunumlarda belirtilen iç hukuk yollarına makul başvurusu için herhangi bir neden bulunmamaktadır.” *Kurt/Türkiye* kararı, 25 Mayıs 1998, par. 83, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/kurt.htm>

²⁷ Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 102.

²⁸ Karakaş, *AİHM ve Karşı Oylarında Türkiye*, s. 141.; Mahkeme, 28 Ekim 1998 tarihli Assenov/ Bulgaristan kararında, devletin sadece sözleşmenin 13. maddesine göre değil, 3. maddesine göre de işkence iddialarını soruşturmakla yükümlü olduğu sonucuna varmıştır. Bu davada, polis tarafından tutuklanan genç bir Roman, dayak yediğine ilişkin tıbbi veriler sunmuştur, ancak varolan kanıtlara dayanarak gencin babası mı, yoksa polis tarafından mı dövüldüğünü değerlendirmek mümkün değildir. Mahkeme “Bay Assenov’u muayene eden doktorun saptadığı çürüklerin, ister polis, ister babası tarafından yapılmış olsun, 3. madde kapsamına giren kötü muameleye denk gelecek ağırlıkta olduğuna hükmetmiştir. 3. maddenin ihlal edildiği görüşünde olmayan komisyonun aksine, mahkeme, o noktada da durmamıştır. Daha da ileri giderek bulguların, “yaralanmalara polisin sebep olduğuna ilişkin gerçekçi bir şüphe yarattığı” görüşünü de belirtmiştir. Sonuç olarak mahkeme şöyle hükmetmiştir: “Bir kişinin, sözleşmenin 3. maddesinin ve yasaların ihlal edilerek, polis veya devletin diğer yetkilileri tarafından ciddi bir biçimde kötü muamele gördüğü iddiasını dile getirmesi durumunda sözleşmenin 3. maddesi, Sözleşmenin 1. maddesinde dile getirilen “[devletlerin] kendi yargı alanlarında bulunan herkese, sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri sağlaması” gerektiğini belirten ibare ile birlikte okunduğunda, 3. maddenin etkin resmi bir soruşturma yapılmasını gerektirdiği anlaşırlar. Bu görev, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasına yol açacak düzeyde olmalıdır. Bu yapılmazsa, işkence ve insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin veya cezanın hukuken yasaklanmış olması, temelde çok önemli olmasına rağmen pratikte etkisiz kalacak ve kimi durumlarda, devlet görevlilerinin zimnen cezadan muaf kalarak, kendi denetimleri altındaki kişilerin haklarını çiğnemesi mümkün olacaktır.” Mahkeme bu davayla ilk kez tek başına kötü muamelenin yapılmış olmasından değil, kötü muamele iddiaları üstüne etkin bir resmi soruşturmanın yapılmamış olmasından dolayı 3. maddenin ihlal edildiği

Bu bağlamda mahkemenin verdiği kararlarda, sözleşmenin 1. maddesinde öngörülen devletin genel koruma yükümlülüğü ile bağlantılı olarak bir bireyin, polis ya da diğer devlet görevlilerince hukuk dışı ve 3. maddeye aykırı bir muameleye tabi tutulduğunu iddia ettiğinde, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasıyla sonuçlanacak etkili ve tarafsız bir soruşturmanın zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Ancak yapılacak olan soruşturmanın, sorumlu kişileri teşhis etmeye ve cezalandırmaya elverişli olması gerekir. İddia sahibi de, bu amaçla yapılan soruşturmaya etkili bir biçimde katılma olanağına sahip olmalıdır.²⁹ Bunun gerçekleşmemesi halinde 3. madde kapsamında yasaklanan fiillerin, temel önemine rağmen, uygulamada etkisiz kalacağını ve bazı durumlarda ceza bağışıklığına sahip devlet görevlilerinin, denetimleri altındaki bireylerin haklarını çiğnemelerinin mümkün olabileceği dile getirilmektedir.³⁰

Mahkeme, bu yükümlülüğün yerine getirilmediği durumlarda, 3. maddeyle ilgili vermiş olduğu ihlal kararlarının çoğunluğunda, sözleşmenin hak ihlallerine karşı etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesinin de ihlal edildiği yolunda kararlar vermektedir.³¹ Mahkeme, bir kişinin devlet görevlisi tarafından ağır bir kötü muameleye veya işkenceye maruz bırakıldığına dair bir iddiası varsa, müştekinin etkili bir şekilde katılımıyla sorumluların belirlenerek cezalandırılmalarını sağlayacak tam ve etkili bir soruşturmanın gerekliliğine işaret etmektedir.³²

AİHM, Aktaş / Türkiye kararında, il idare kurullarının görev suçlarına ilişkin soruşturmalarda, soruşturmacı olarak görevlendirilen ki-

sonucuna varmıştır. Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Yargı Yayınları, Ankara, 2003, s. 115.

²⁹ Selmouni/ Fransa kararı, par. 79 .

³⁰ Selçuk ve Asker/ Türkiye kararı, par. 32; Tekin/ Türkiye kararı, par. 66.

³¹ Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, s. 114.

³² İç hukuk yollarının tam ve etkin bir şekilde işletilmesi halinde yapılan başvurular hakkında mahkeme, kabul edilmezlik kararı verebilmektedir. "...AİHM, dava koşullarında ve kendisine intikal eden soruşturma dosyasında bulunan unsurlar göz önünde bulundurularak, soruşturmadan sorumlu yetkililer ve güvenlik güçlerinin Y.N.'nin kayboluşundaki olası müdahalelerini göz önünde bulundurdıkları ve bu konu hakkındaki sorumlu kişi ve kişileri bulmak amacıyla bütün yolları denemiş oldukları kanaatine varmıştır. Bu nedenlerden dolayı AİHM oybirliğiyle, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir." Bakınız, Sahibe Nergiz ve Aysel Karaaslan / Türkiye (Kabul edilmezlik kararı), http://www.yargitay.gov.tr/aihm/tcNergis_Karaaslan.html

şilerin bağımsız kişiler olmasına dikkat edilmemesini, etkin soruşturmanın olmaması anlamında eleştirilmiştir. Aktaş kararında, jandarma sorgusunda ölen şahısla ilgili soruşturma görevinin, soruşturma yapacağı askeri birlikte aynı komuta zincirinde olan bir subaya verilmiş olması, bu anlamda haklı olarak eleştirilmiştir. Ayrıca, aynı kararda mahkeme, soruşturmacı olarak görevlendirilen subayın, cesetteki yaralar hakkında sorguya katılanların ifadesini alıp almadığının açıkça anlaşılabilmesi ve yine olayın geçtiği birlikteki görevlilerden herhangi birisinin ifadesinin alınmamış olmasını da, etkili soruşturma yapılmadığına örnek göstermektedir.³³

4. Mahkemenin 3. Madde Kapsamında İşkence Yorumu

AİHM, işkence ile diğer kötü muamele türleri arasındaki ayrımın “yoğunluk farkı” ve “amaca yönelik kasıt unsuru” olduğunu kararlarında belirtmektedir. Ayrıca, kötü muamelenin şiddetini ve olayın şartlarını dikkate alarak işkence olarak tanımlanabilecek fiillerin, “çok ciddi ve zalimce” bir muamele olup olmadığını belirlemektedir.

Bu kriterler, davanın bütün şartlarına bağlı göreceli bir değerlendirmeye olmaktadır. Yapılan eziyetin şiddeti veya yoğunluğu değerlendirilirken, muamelenin süresi, söz konusu muamelenin fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi koşullar değerlendirilmeye alınmaktadır.³⁴

1967 yılında Avrupa Konseyi üyesi olan Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda, Yunanistan’da askeri darbe yapılarak yönetime el konulması ve hakların askıya alınmasıyla işkence ve kötü muamelenin ülkede yaygın olarak ihlal edildiği iddiası ile komisyona başvurmuştur. Komisyonun raporuna göre, siyasal nedenlerle işkence yapılması ve yapılan işlemin yönetimin denetimi altında ve onun hoşgörüsü ile yürütüldüğü kanaatine varmıştır. Komisyon, Yunanistan davasında verdiği kararda işkenceyi, “bilgi ya da ikrar elde etmek ya da cezayı eza verici duruma sokma gibi amaçlarla yapılan insanlık dışı muamelelerin şiddetlendirilmiş biçimi” olarak tanımlamıştır. Fiziki olmayan işkence ise, “bedene saldırının dışında bireyde stres ve derin keder yaratan, zihinsel acı

³³ Aktaş /Türkiye kararı, par. 297, 301.

³⁴ İrlanda / Birleşik Krallık kararı, par.162; Bilgin/ Türkiye kararı, par. 101.

verici uygulamadır” şeklinde yorumlanmıştır.³⁵

Yunanistan olayında belirginleşen işkence tanımı, İrlanda kararında yinelenmiş ve İngiliz güvenlik güçlerinin Kuzey İrlanda’daki olağanüstü hal çerçevesinde uyguladığı beş sorgu tekniğini, komisyon işkence olarak nitelendirmiştir.

Komisyon, Birleşik Krallık hakkında İrlanda tarafından 1971 yılında yapılan başvuruda, İngiltere’nin Kuzey İrlanda’daki terörist eylemleri önlemek amacıyla aldığı olağanüstü tedbirler ve bunlar arasında bazı bedensel ve manevi rahatsızlık ve baskıları içeren sorgulama şekli ele alınmıştır. Bunlar; **1. Ayakta tutma;** Şahıslar bir duvar önünde saatlerce durmaya zorlanmışlardır. **2. Gözbağı;** Şahıslar sorgu dışında, kafasına geçirilmiş koyu renkli bir bağ ile tutulmuştur. **3. Gürültüye maruz bırakmak;** Sorgu dışında şahıslar bir odada sürekli bir sese ve ıslık biçimindeki gürültüye maruz bırakılmıştır. **4. Uyuşturma;** Şahısların uyumasına izin verilmemiştir. **5. Yiyecek ve içeceğin azaltılması;** Şahıslar zorunlu bir diyeteye tabi tutulmuşlardır.

Bu başvuruda komisyon, güvenlik güçlerinin kullandığı beş sorgulama tekniğini 3. madde kapsamında işkence olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre ise, bu beş teknik, işkence sözcüğünün ifade ettiği anlamdaki şiddetlendirilmiş ve zalimce olan acı verme düzeyinde değildir. Bu teknikler, buna maruz kalan kişinin bedensel olarak yaralanmasına yol açmasa bile, en azından fiziksel ve ruhsal açıdan acı çekmesine neden olmuş ve sorgu sırasında ağır psikiyatrik rahatsızlıklara yol açmıştır. Bu nedenle bu teknikler, 3. maddedeki anlamıyla insanlık dışı muamele kategorisinde değerlendirilmelidir. Ayrıca, fiziksel ve moral dirençlerini kırarak, onlarda korku, şiddetli üzüntü ve aşağılık duygusu uyandırdığından ayrıca onur kırıcı muamele olarak değerlendirilmelidir.³⁶ Uygulamanın bilgi ve ikrar elde etmek için yapılmasına rağmen neden olduğu acı işkence kapsamında görülmemiştir.

Mahkeme, süreç içerisinde yaşanan değişimi kararlarında da dile getirmektedir. Mahkemeye göre, sözleşmenin “*içinde bulunulan günün şartlarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir doküman*” olduğu gerçeği hatırlandığında geçmişte “*işkence*” kabul edilmeyip “*insanlık dışı*

³⁵ Gemalmaz, Semih, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, Kavram Yayınları, İstanbul 1993, s. 208.

³⁶ İrlanda / Birleşik Krallık kararı, par. 167.

veya aşığlayıcı muamele" olarak nitelenen bazı fiiller gelecekte farklı tanımlanabilecektir. Mahkemeye göre, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında benimsenmesi gereken standartların oldukça yüksek olması gerekir ve demokratik toplumun temel değerlerinin çiğnenmesi karşısında oldukça sağlam bir tavır sergilenmelidir.³⁷

AİHM, kötü muamele veya cezayı, işkence olarak belirleyen unsurları içtihatlarında belirlemekle birlikte, bu kavramın ne anlama geldiğini tam olarak tanımlamamıştır.³⁸ Buna karşılık, 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'de yer alan tanımları kısmen onaylamış ve bu tanımları ve unsurlarını esas almaya başlamıştır.³⁹

BM Sözleşmesi'nin 1. maddesinde işkence; *"bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetim herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil"* olarak tanımlanmıştır.

Mahkeme, Aksoy kararında bu tanımları kısmen onaylamıştır. Bu tanımdan, işkencenin, şiddetli ruhsal acı veya eziyet vermesi, acının kasıtlı ve bilinçli olarak uygulanmasının yanı sıra, bilgi almak ve itiraf sağlamak gibi belirli bir amacın izlenmesi gibi üç ana unsuru ortaya çıkmaktadır.⁴⁰

Komisyon, delilleri değerlendirme sürecinde, 1992 tarihinde Kızıltepe'de gözaltına alınan Aksoy'un çırılçıplak soyularak, elleri arkadan bağlı biçimde kollarından asıldığı kanaatine ulaşmıştır. Ayrıca, başvuru sahibinin savcı tarafından ifadesi alındığı sırada her iki kolundan rahatsız olduğunu belirttiğini tespit etmiştir. Bu çerçevede iç hukuk yollarının tüketilmeden yapılan başvuru kabul edilmiştir.⁴¹

³⁷ Selmouni / Fransa kararı, par. 101.

³⁸ Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 11.

³⁹ Selmouni / Fransa kararı, par. 97, 100.

⁴⁰ Aksoy / Türkiye kararı, par. 64; Batı ve Diğerleri / Türkiye kararı, (Hukuk Açısından Kısmı, C Bölümü).

⁴¹ Hükümet, komisyonun olayı değerlendirme usulü hakkında çeşitli itirazlarda bulunmuştur. Hükümet yetkilileri, Aksoy'un, iddia ettiği gibi kötü muameleye maruz kalıp kalmadığı konusunda, ciddi kuşku yaratacak bazı faktörler olduğu görüşünü taşıdıklarına işaret etmişlerdir. Örneğin, şikayetçinin işkence gördüğü konusunda

Divana göre, başvuranın gözaltında kötü muameleye maruz kaldığını şikayet etmese bile savcıyla görüşmesi esnasında sakatlığı görülebilecek halde olmasına rağmen bu sakatlık hakkında herhangi bir araştırma yapılmaması etkili soruşturmanın eksikliğidir. Divan, *“iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili olarak yetersiz veya etkisiz olan yaptırımlara başvuru zorunluluğu bulunmadığı”* görüşünü dile getirmiştir.

Divan, başvuranın *“çıplak bir vaziyette filistin askısına konulmasının”* ancak kasıtlı yapılabileceğini, gerçekten bu işi yapabilmek için büyük bir hazırlık ve çaba gerektiğini vurgulamıştır. Bunun amacı ise bilgi ve itiraf almaktır. Filistin askısı, o zaman sebep olduğu büyük acıya ila- veten, tıbbi deliller göstermektedir ki, bir süre kollarda felce de sebep olmuştur. Neticede bu davranışın sadece işkence olarak tanımlanabi- lecek ciddi ve acımasız bir davranış olduğu kabul edilmiştir

Mahkeme akit devletlere; 3. maddede yasaklanan eylemlerin ya- pılmasını önleyici tedbirler alma ve bütün tedbirlere rağmen eylem gerçekleşmişse, yapanları tespit edip cezalandırılması ve mağdurların mağduriyetlerinin telafi edilmesi yönünde teknik anlamda pozitif yükümlülük olarak adlandırılan yükümlülükler yüklemiş ve bu yüküm- lülüğe aykırı gördüğü olaylar yönünden 3. maddenin ihlali yönünde kararlar vermiştir. Bu yönde örnek oluşturacak uygulamalardan en önemlisi, akit devletler hakkında, yapılan işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı muamelelere maruz kalındığı iddialarının yeterince soruş- turulmaması nedeniyle verilen ihlal kararlarıdır.

Bu konudaki örnek kararlardan biri Sevtap Veznedaroğlu kara- rıdır. Bu kararda başvuran, 4-15 Temmuz 1994 tarihleri arasında gö- zaltında tutulduğunu ve bu süre içerisinde sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak ellerinden asılarak, kendisine elektrik verilmek suretiyle işkenceye maruz kaldığını, ölüm ve tecavüzle tehdit edildiğini iddia etmiştir. 13 Temmuz 1994 tarihli adli tıp raporunda şahsın vücudun- da çürükler saptanmıştır. 18 Temmuz 1994 tarihinde başvuran, Dicle

Savcıya neden şikayette bulunmadığını ve eğer gerçekten işkenceye maruz kalmış- sa, neden suçlayıcı bir itirafta bulunmadığının, anlaşılması güç bir durum olduğu- nu ileri sürmüşlerdir. Ayrıca salıverildikten sonra hastaneye gitmek için neden beş gün beklediğinin de kuşku uyandırdığını ve bu süre içerisinde hiçbir kötü olayın meydana gelmediğinin düşünülmeceğini öne sürmüşlerdir. Son olarak, tıbbi delillerle ilgili bazı noktalara dikkat çekerek, şikayetçinin tıbbi kayıtlarını hastane- den çıkarken yanında götürdüğünü ve elektrik şokları neticesinde hiçbir yanığın veya yaranın, bu tıbbi delillerde bulunmadığını belirtmişlerdir. Aksoy / Türkiye kararı, par. 59

Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nden 20 gün iş göremezlik raporu almıştır. Başvuran, Savcıya ve Diyarbakır DGM'ne bağlı yedek hakime işkence gördüğüne ilişkin iddiada bulunmuş, ancak başvurandan daha ayrıntılı bilgi edinilmesi yönünde herhangi bir adım atılmadığı gibi, işkence iddialarına yönelik herhangi bir işlem de yapılmamıştır.

Hükümet başvuranın iddiasını reddetmiş, adı geçen tıp fakültesinin düzenlediği 20 günlük raporun sahte olup olmadığını incelemek üzere soruşturma açıldığını vurgulamış, iki çürüğe bu uzunlukta bir istirahat verilmesini abartılı bulduğunu ifade etmiştir. Ayrıca, hastane kayıtlarında yapılan incelemede, başvurana verilmiş bu tür bir belgenin kaydına rastlanmamıştır. Hükümet yaptığı savunmada, başvuran tarafından tek somut kanıt olarak sunulan bu belgenin sahte olduğunu ve dolayısıyla dikkate alınmaması gerektiğini, neticede Savcının şikayeti incelemeyeceği için kusurlu bulunamayacağını dile getirmiştir.⁴²

Mahkeme, "Hükümetin, başvuranın gözaltında tutulduğu sırada meydana gelen çürükleri inkar etmediğine dikkat çekmektedir. Lakin Hükümet, bu çürüklerin küçüklüğüne işaret ederek bunların şikayetçi olunan muamelenin ağırlığıyla bağdaşmadığını vurgulamaktadır. Mahkeme, kendisine sunulan kanıtlarla, başvuranın yaralanmasına polisin yol açıp açmadığına ya da iddia edildiği ölçüde işkenceye maruz kalıp kalmadığına karar vermeyi olanaksız bulmaktadır. Mahkemeyi ikna edecek, davaya esas teşkil eden olayları açıklığa kavuşturacak ya da başvuranın iddialarını kanıtlayacak bir tanık dinleme duruşması da gerçekleşmemiştir. Aynı zamanda Mahkeme, başvuranın vücudundaki çürüklerin makul bir açıklamasının olup olmadığını ya da maruz kaldığını iddia ettiği muamelenin yetkililerin, şikayetleri incelemeyi savsaklamasından kaynaklanıp kaynaklanmadığının belirlenmesindeki zorluğa dikkat çekmektedir. Mahkeme, başvuranın işkence gördüğüne ilişkin ısrarının, dosyadaki tıbbi kanıtlarla birlikte, Savcının soruşturma açması için yeterli olması gerektiği" kanaatinde-dir.⁴³

Başvuranın, yargılama aşamasında da iddialarında ısrar etmesi ve başvuranın iddialarına yönelik, yetkililerin sergiledikleri atalet, Sözleşmenin 3. maddesinin taraf devlete yüklediği usuli sorumluluğa aykırıdır. Sonuç olarak, mahkeme, başvuranın işkence iddialarına yönelik soruşturma görevinin yerine getirilmediği için 3. maddenin ihlal edildiği kararını vermiştir.

⁴² Sevtap Veznedaroğlu / Türkiye kararı, par. 25.

⁴³ Sevtap Veznedaroğlu / Türkiye kararı, par. 30, 34.

5. Mahkemenin 3. Madde Kapsamında İnsanlık Dışı Muamele Yorumu

Yeterli yoğunluk ve amaç unsuru taşımaması nedeniyle işkence sayılmayan, 3. madde kapsamında “*asgari düzeydeki*” diğer kötü muameleler, “*insanlık dışı*” veya “*onur kırıcı*” olarak sınıflandırılmaktadır. Mahkemeye göre, işkence ile insanlık dışı ve onur kırıcı uygulama arasındaki ayırım, verilen acının yoğunluğundaki farklılıklardan doğmaktadır. Her işkence insanlık dışı ve onur kırıcı olmakla beraber, her onur kırıcı muamele işkence veya insanlık dışı olmayabilir.

İnsanlık dışı muamele, uygulandığı ortama göre gerekçesi bulunmayan ve kasti olarak uygulanan şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muameleyi kapsamaktadır. Mahkeme, 3. maddenin sınırları içinde kalabilmesi için kötü muamelenin en az ağırlık düzeyinde olması gerektiğini belirtmektedir.

Yunanistan kararında AİHM şu saptamayı yapmıştır; İnsanlık dışı muamele kavramı, isteyerek yapılmış, kasti olarak şiddetli fiziksel veya ruhsal eziyet veren muameleyi kapsar.⁴⁴

Muamelenin AİHM tarafından “*insanlık dışı*” olarak kabul edilmesinin nedeni taammüt içermesi, kesintisiz olarak saatler boyunca uygulanması ve bedensel yaralanmaya veya yoğun fiziksel ve ruhsal eziyete yol açmasıdır. Burada alıkonulan kişiler şiddetli kötü muameleyle maruz kalmakla birlikte, bu muamelenin yoğunluğu işkence olarak sınıflandırılmak için yeterli düzeyde değildir.⁴⁵

Tomasi/Fransa kararında mahkeme, daha önceki benzer davalarda belirttiği gibi muamelenin “*asgari düzeye ulaşması*” veya “*en az belli bir ağırlıkta*” olmasından bahsetmeyerek, kullanılan fiziki kuvvetin “*yoğunluğu ve devamlı tekrarı*” ifadesini kullanmıştır. Bu ifade değişikliği, ağırlık eşliğinin daha aşağı çekildiği şeklinde yorumlanmaktadır.⁴⁶

AİHM'nin 1992 yılında *Tomasi* kararında insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yapıldığı kararını vermiştir. Fransız vatandaşı olan *Tomasi*, polis tarafından terörist bir saldırıda bulunduğundan dolayı gözaltına

⁴⁴ Yokuş, Sevtap, *AİHS'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi*, Beta Yayınları, İstanbul, 1996, s. 62

⁴⁵ Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 16

⁴⁶ *Tomasi/Fransa Kararı*, 27.8.1992, par.108,114, Doğru, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları*, 1996, s. 266

alınmıştır. Gözaltında tutulduğu sürece tokatlandığını, tekmelendiğini, uzun süre elleri arkadan kelepçeli ve çıplak olarak bekletildiğini ve silahla tehdit edildiği iddiası ile komisyona başvurmuştur.

Bu kararda, Fransız Hükümeti, şahsın bedeni üzerinde tespit edilen izlerin gözaltına alınmasından önceki bir tarihte meydana gelmiş olabileceğine veya başvurunun kendi kendine yaptığı eylemden kaynaklanmış olabileceğine dair hiçbir savunma yapamamış, ancak bunların başvurunun şikayet ettiği muameleden kaynaklanmadığını ileri sürmüştür.

Komisyon yaptığı inceleme sonucunda, polis nezaretinde tutulan bir kişinin hırpalanma olasılığını vurgulamış, tespit edilen yaraların kısmen hafif olarak görülse de, özgürlüğünden yoksun bırakılmış ve bu nedenle utanma duygusu içinde olan bir kişinin üzerinde fiziksel bir zor kullanımın, görülebilen izlerini oluşturduğunu, bu nedenle yapılan muamelenin hem insanlık dışı, hem de onur kırıcı davranış olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme de, komisyonun kararını kabul etmekte, bağımsız tıp pratisyenleri tarafından düzenlenen tıbbi belge ve raporların başvurucuya çok sayıda darbe vurulmuş olduğunu ve darbelerin şiddetini doğrulayan delil olduğunu, böyle bir muamelenin insanlık dışı ve onur kırıcı olarak nitelendirilmenin doğruluğuna karar vermiştir.⁴⁷

Sözleşmenin 3. maddesi, bir suçtan dolayı gözaltına alınan, tutuklu ve hükümlülerin yaşam koşulları ve içinde buldukları şartlar açısından önemli bir rol oynamaktadır. Alıkoymanın koşulları bazen gayri insani veya haysiyet kırıcı muameleye varabilmektedir. Alıkoymanın koşulları değerlendirildiğinde, başvuru sahibinin sunduğu somut iddialar gibi bu koşulların gittikçe artan etkilerine önem verilmiştir.

Bununla ilgili olarak, hücre hapis uygulaması mahkeme tarafından tek başına 3. maddeye aykırı bulunmamıştır. Fakat, hücre hapsinin uygulama süresi, amacı, hücre koşullarının kişinin sağlığı üzerindeki etkileri gibi faktörler değerlendirilerek insanlık dışı veya küçültücü nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Hükümlülere kelepçe takılması, açık havaya çıkma veya görüş haklarından yoksun bırakılmaları gibi disiplin uygulamalarının gerekli olabileceği kabul edilmekte, ancak sürekli takip edilmesi ve uygulanış biçimi itibarıyla insanlık dışı ve küçültücü olmamasının sağlanması

⁴⁷ Tomasi/ Fransa kararı, par. 113, 114

gereği üzerinde durulmaktadır.⁴⁸

Van Der Ven/Hollanda kararında başvuru sahibi, “kaçma teşebbüsünde bulunabilecek mahkumların konulduğu özel bir yönetime sahip” bir cezaevindeki uygulamalardan şikayetçi olmuştur. Birincisi, haftalık ve bazen daha sık aramaya maruz kalmasıdır. Onur kırıcı olarak ifade ettiği üst arama, tamamen soyunmayı, yoklamayı ve dokunmayı, utandırıcı bulunduğu pozisyonda durmayı kapsamaktadır. İkincisi ise, ziyaret düzenlemesinin bir sonucu olarak, yakın akrabası ile fiziksel teması da kapsayan, olağan insani ilişkilerden alıkonulmasıdır. Bu uygulamaların, kendisi üzerinde psikolojik olarak çok büyük etkileri olduğunu, çok fazla kilo kaybettiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, sosyal yalnızlıkla birleşen duygusal yalnızlığın, kişiliği bozabileceğini ve bunun güvenlik veya başka bir sebebin gerekleri olarak haklı kabul edilemeyecek insanlık dışı muamelenin bir çeşidini oluşturduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre, başvuru sahibinin çok fazla kontrol tedbirlerine maruz kaldığı durumun ve inandırıcı güvenlik gereklerinin azlığı içinde, başvuru sahibine yaklaşık üç buçuk yıl uygulanan haftalık arama uygulaması insani saygınlığını azaltmış ve kendisinin gururunu kırmaya ve alçaltmaya yönelik kedere ve aşağılık duygularına sebep olmuştur.⁴⁹

Bunlardan dolayı, mahkeme, rutin arama ile birleşen cezaevindeki diğer katı güvenlik tedbirlerinin, sözleşmenin 3. maddesi kapsamında insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye vardığı sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme uygulamada 3. maddenin sağladığı korumayı, sözleşmede açıkça ifade edilmeyen bazı haklara da genişletmiştir. AİHS’ye taraf ülkelerin hasta tutuklu ve hükümlülerin cezaevi ve hastahane ortamında tedavilerine ve cezalarının infazı usullerine ilişkin standartları içermemektedir. Ancak, hasta bir kişinin mahpusluğunun sözleşmenin 3. maddesi anlamında bazı problemlere yol açması ve bu hakkın ihlali-ne sebep olabileceği yine verilen kararlarda görülmektedir. Sözleşmenin 3. maddesi çerçevesinde verilen bu kararlarda, devleti özellikle gerekli tıbbî tedavileri sağlama yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin bedensel bütünlüğünü korumaya mecbur tutmaktadır.

⁴⁸ Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 27

⁴⁹ Van Der Ven / Hollanda kararı, 4 Şubat 2003, par. 51, 62, 63, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 6, Temmuz 2003, s. 84, 85

5.1. Gözaltında Kayıp İddiaları Sonucu İnsanlık Dışı Muamele Yorumu

Türkiye hakkında yapılan bazı başvurularda AİHM'nin verdiği kararlar, sözleşmenin 3. maddesine yönelik yeni kriterlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Gözaltında kayıp iddialarında, mağdurun yakınlarına 3. madde kapsamında insanlık dışı muameleye maruz kaldığına yönelik kararların verilmesi bunun en tipik örneklerindedir.

Bir devletin egemenlik sınırları içerisinde, devlet görevlileri veya resmi yetkililer adına veya onların onayı ile hareket eden kimselerce, bir kişinin kayıtlara geçmeksizin alıkonulması durumunda 3. madde kapsamında kayıp olaylarından söz edilmektedir.

Kayıp olayları sonucunda ya bu kişinin öldüğü anlaşılmakta veya uzun süre bulunamaması nedeniyle ailesi tarafından öldüğüne kanaat getirilmektedir. Bu durumda, kayıp olaylarının sözleşmenin 3. maddesi anlamında kayıp kişinin hakları ve kayıp kişinin ailesi ve yakınlarının haklarının değerlendirilmesi gündeme gelmektedir.

AİHM, sözleşmenin yaşama hakkını düzenleyen 2. maddesi kapsamında verdiği ihlal kararlarının yanında, gözaltına alınan kişilerin kayıp olması halinde belirli şartlara bağlı kalmak üzere bu fiilin mağdurunun yakınları bakımından da 3. maddenin ihlal edilmiş olacağı sonucuna varmaktadır. Ancak, bu genel bir kural olarak ortaya çıkmamaktadır. Bir aile bireyinin mağdur olup olmadığı belirlenirken, aile bağlarının yakınlık derecesi, başvuranın çektiği sıkıntı ve üzüntüye bazı faktörlerin etkileri de göz önünde bulundurulmaktadır.

Ayrıca, aile bağlarının yakınlık derecesi de önem kazanmaktadır. Bu bağlamda, aile çocuk bağına özel bir önem verilmekte, bireyin söz konusu olaylara ne kadar tanık olduğu, kayıp kişi hakkında bilgi edinmek için gösterdiği çaba ve bu çabalara karşılık yetkililerin ne şekilde cevap verdiği önem arz etmektedir. Mahkeme, böyle bir ihlalin özünü, aile bireyinin kayboluşunun değil, kayıp olayının yetkililerin dikkatine sunulduğunda gösterdikleri tepkinin oluşturduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda söz konusu kimsenin yakını, yetkililerin olay karşısında gösterdikleri tepkiden dolayı doğrudan mağdur olduğunu iddia edebilmektedirler.⁵⁰

⁵⁰ Çakıcı / Türkiye kararı, par. 98; *Taş/Türkiye* kararı, 14 Kasım 2000, par.77-80, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/tas.htm>; İpek / Türkiye kararı, 17.02.2004,

Bu kıstasla ilgili olarak verilen *Kurt* kararında, başvuran oğlunun yetkililerin ellerinde kaybolması ile ilgili olarak kendisinin insanlık dışı ve onur kırıcı muameleye maruz kaldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuranın oğlunun gözaltına alındığına yönelik kesin bir inançla, oğlunun kaybolmasını takip eden günlerde C. Savcısı ile temaslarda bulunduğunu hatırlatmaktadır. Ancak, C. Savcısı başvuranın şikayetini ciddi bir şekilde ele almamış ve bunun yerine jandarmaların başvuranın oğlunun PKK tarafından kaçırıldığına yönelik varsayımına itibar etmeyi tercih etmiştir.⁵¹ Sonuç olarak, başvuran oğlunun tutuklandığını ve oğlunun daha sonraki akıbetine ilişkin resmi bir bilginin olmadığını bilmenin acısı ile baş başa bırakılmıştır. Bu acı uzun süreli olarak devam etmiştir. Bunun yanı sıra, şikayet sahibinin insan hakları ihlali mağdurunun annesi olması ve kendisinin de acı ve sıkıntısı karşısında yetkililerin sergilemiş oldukları rahat tutum nedeniyle mağdur olduğu dikkate alınarak, mahkeme başvuran açısından sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁵²

Ayrıca mahkeme, kayıp kimselerin devlet makamlarınca kayıt dışı tutulmaları sırasında işkence veya insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye maruz kaldığına ilişkin kanıtların bulunması durumunda bu kişi bakımından 3. madde ihlalini de değerlendirmektedir.

Ancak, mahkeme gözaltında kayıp olayında, mağdurun bu süreçte 3. maddenin ihlali sayılabilecek muamelelere maruz kaldığına yöne-

Özet çeviri, <http://www.ihd.org.tr/aihm/ipek.html>; Orhan / Türkiye kararı, 18 Haziran 2002, par. 357-360, *AIHM Kararları Dergisi*, Sayı 3, Ekim 2002, s. 171

⁵¹ Kurt/Türkiye kararı, par. 83, Mahkeme, başvuranın şikayetine yönelik çözüm elde etmek için kendisinden beklenebilecek her şeyi yaptığını da dikkate almaktadır. Başvuran Bismil'deki Cumhuriyet Savcısı ile değişik tarihlerde iki kez temasa geçmiştir. Ayrıca, Diyarbakır'daki Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne de dilekçe ile başvuruda bulunmuştur. Başvuranın oğlunun köyündeki askerler ve PKK arasındaki çatışmadan sonra göz altına alındığı konusunda ısrar etmesine rağmen hiçbir aşamada yetkililer başvuranın ifadesini almamışlardır. Hem Bölge Jandarma Komutanlığı hem de İl Komutanlığı yetkilileri başvuranın ilk dilekçesini sunduğu günde Üzeyir Kurt'un PKK tarafından kaçırıldığı görüşünde olduklarını belirtmiştir. Ancak, bu alelacele varsayımı destekleyen hiçbir sebep gösterilmemiştir ve Cumhuriyet Savcısı esasları daha ayrıntılı olarak incelememiştir. Başvuranın resmi açıklamayı kabul etme konusundaki isteksizliği, oğlunun gözaltına alındığını ileri sürerek iki kez daha başvuranın yetkililerle temasa geçip oğlunun akıbeti hakkında bilgi verilmesine ilişkin ısrarı ile de teyit edilmektedir. Ancak, başvuranın bu iddiası ciddi bir şekilde ele alınmamış ve yetkililer oğlunun PKK tarafından kaçırıldığına ilişkin olarak dayanaktan yoksun bir soruşturmayı sürdürmeyi tercih etmişlerdir.

⁵² Kurt / Türkiye kararı, par. 130-134.

lik iddialarda, buna yönelik bir delil yoksa, tahmin ve varsayımlarla 3. madde ihlalinin kayıp kişi bakımından söz konusu olmadığını, ancak kayıp kişinin hukuka aykırı biçimde özgürlüğünden mahrum edilmesinin 5. madde kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmektedir.

5.2. Köy Boşaltma ve Ev Yakma İddiaları Sonucu İnsanlık Dışı Muamele Yorumu

İnsanlık dışı muamele, gözetli koşullarının dışında kalan ve mağdurları sıkıntıya düşüren, kasıtlı ve acımasız bir dizi başka davranışı da kapsamaktadır. Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında ve ilk olarak Türkiye'ye yönelik başvurularda ortaya çıkan köylerin boşaltılması ve ev yakma sonucu yapılan başvurularda, Güneydoğu bölgesinde evlerin, eşyaların yakılması ve kişilerin başka yerlerde yerleşime zorlanmalarına yönelik iddiaları insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmiştir.

Köy boşaltma ve ev yakma başvurularının tipik bir özelliği bulunmaktadır. Yapılan başvurularda, iddia sahiplerinin adli veya idari makamlara herhangi bir müracaatları bulunmamaktadır. Neticede iç hukuk yollarının tüketilmeden AİHM'ne yapılan başvurular, etkili ve yeterli bir iç hukuk yolu bulunmadığından dolayı kabul edilmiştir.

Mahkeme buna gerekçe olarak şu hususlar üzerinde durmaktadır: Öncelikle bu tür iddialarda mülkün güvenlik güçleri tarafından kasten yıkılmış olduğu veya bu iddialar konusunda açılmış davalar hakkında bedel olarak ödenen karşılığa dair hiçbir örnek bulunmadığı belirtilmektedir. Bu iddialara yönelik, sorununun boyutlarına rağmen güvenlik güçlerinin mülke kasten zarar verdiği iddialarıyla ilgili olarak tazminata hükmedildiğine ya da bu iddialar nedeniyle güvenlik güçleri üyeleri hakkında takibat yapıldığına dair hiçbir örnek bulunmadığı ve yetkililerde güvenlik güçlerince böyle bir eylemin yapıldığını kabul etmede genel bir isteksizlik görüldüğü kanaatinin mahkemeye hakim olduğu görülmektedir.⁵³

⁵³ Dulaş / Türkiye kararı, 09 Ocak 2001, par. 46, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 1, Nisan 2002, s.15; *Mentes/ Türkiye kararı*, 28 Kasım 1997, par. 59, <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihmtr/mentes.htm>; Selçuk ve Asker / Türkiye kararı, par. 61; Gündem / Türkiye kararı, par. 47; Ayder ve Diğerler / Türkiye kararı, par. 97; Bilgin / Türkiye kararı, par. 112; Yöyler/ Türkiye kararı, 24 Temmuz 2003, par. 92, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 7, Kasım 2003, s.146

Bunun yanında mahkeme, başvuruçuların şikâyetçi oldukları olayların gerçekleştiği dönemde Türkiye'nin güneydoğusundaki, güvenlik güçleriyle terör örgütü arasındaki şiddetli çatışmalarla belirlenen durumun göz önünde bulundurulması gerektiğini dile getirmektedir. Başvuranların evlerinin yıkımını takiben kendilerinin güvensiz ve saldırıya açık durumda oldukları, böyle bir durumda adaletin gerektiği gibi işleminin önüne engeller çıkacağı, özellikle de böyle güç bir durumda yürütülen yerel adli davalar için gerekli olan kanıtları güvence altına alma hususunda güçlüklerle karşılaşılacağı ve adli yollara başvuru arayışının etkili olmayacağı belirtilmektedir.⁵⁴

Selçuk ve Asker hakkında, 1998 yılında verilen kararda, başvuruçular evlerinin 1993 yılında güvenlik güçlerince yakıldığını iddia etmişler, Hükümet ise belirtilen tarihte bir askeri operasyonun yapılmadığını, evlerin PKK örgütü tarafından yakıldığını ileri sürmüştür. Mahkeme, Bayan Selçuk ve Bay Asker'in o dönemde sırasıyla 54 ve 60 yaşlarında olduklarını ve tüm yaşamları boyunca İslamköy'de oturduklarını, evleri ve malvarlıklarının büyük bölümü güvenlik güçlerince yok edildiğini dile getirmiştir. Mahkemeye göre bu durum, başvuruçuları geçimlerini sağlayamayacak duruma sokmuş ve köylerini terk etmeye zorlamıştır. Bu uygulama, önceden tasarlanmış ve başvuruçuları hor görerek ve duygularına aldırmaksızın yapılmış görünmektedir. Başvuruçular hazırlıksız yakalanmışlar ve evlerinin yanışını izlemek zorunda kalmışlardır. Şahısların güvenliğini sağlamak için yeterli önlemler alınmamıştır ve itirazlarına önem verilmemiştir. Sonrasında başvuruçulara yardım sağlanmamıştır. Özellikle başvuruçuların evlerinin yakılış biçimi ve kişisel durumları dikkate alındığında, güvenlik güçlerinin fiilleri nedeniyle 3. madde anlamında insanlık dışı muamele olarak nitelendirilecek derecede ağır bir muameleyle maruz kalmış olduklarına karar verilmiştir.⁵⁵

AİHM'nin köy boşaltma ve ev yakma iddialarına yönelik verdiği mahkumiyet kararlarında, dile getirilen iddiaların C. Savcıları tarafından yeterince araştırılmadığı ve başvuranların ifadelerinin alınmasına yönelik bir gayret gösterilmediği ortaya çıkmaktadır. Bunun

⁵⁴ Dulaş / Türkiye kararı, par. 45, Selçuk ve Asker / Türkiye kararı, par. 60; Menteş / Türkiye kararı, par. 59; Gündem / Türkiye kararı, par. 46; Ayder / Türkiye kararı, par. 93

⁵⁵ Selçuk ve Asker / Türkiye kararı, par. 70, 71

yanında, gerçeği ortaya çıkarmak amacıyla araştırılan olaylara tanıklık edebilecek diğer köylülerin ifadelerinin alınması için bir girişimde bulunulmaması ve güvenlik güçlerinin faaliyetlerine yönelik ifadelerine başvurulmaması, başvuranların iddialarına ilişkin tam ve etkili bir soruşturma yapılmadığını göstermektedir. Ayrıca yapılan soruşturmalarda güvenlik görevlileri hakkında idare kurullarınca soruşturma izninin verilmemesi veya bu sürecin uzun zaman alması da bu tür iddiaların mahkumiyetle sonuçlanmasında diğer bir etken olarak gözükmektedir.

6. Onur Kırıcı Muamele veya Ceza Yorumu

Onur kırıcı muamelenin mağdur üzerindeki etkisi; mağdurda korku, endişe ve aşağılık duygusu yaratması ve onları kendisi veya başkaları karşısında alçaltıcı nitelikte olmaktadır. Mağdurun fiziksel veya moral direncini kırmaya yönelik uygulamalar⁵⁶ yahut mağduru iradesine veya vicdanının aksine hareket etmeye yönelten uygulamalar bu kapsamdadır.⁵⁷ Bununla birlikte, kişiyi kamu önünde teşhir etme, kamu gücünün veya görevlilerinin oyuncağı haline getirme, fiziki ceza verme gibi muameleler onur kırıcı muamele kavramı içerisine girmektedir. Onur kırıcı davranışlar sadece moral değerleri üzerinde etkili değildir. Mağdurun manevi bakımdan olduğu kadar maddi bakımdan da zarar görmesi mümkündür.

Bir ceza veya muamelenin 3. madde kapsamında taşıdığı anlama göre "onur kırıcı" olup olmadığının saptanmasında dikkate alınması gereken hususlar, söz konusu ceza veya muamelenin amacının ilgili kişiyi küçük düşürmek veya alçaltmak olup olmadığı ve sonuçları itibarıyla mağdurun kişiliğini 3. madde ile uyuşmayan bir olumsuzlukta etkileyip etkilemediğidir.⁵⁸

Bir kişinin onur kırıcı bir muameleye tabi tutulup tutulmadığının değerlendirilmesi daha sübjektif olduğu için, bir muamelenin onur kırıcı olup olmadığının değerlendirilmesinde mağdurun yaşı ve cinsiyeti gibi göreceli faktörler, insanlık dışı muamele veya işkence değer-

⁵⁶ İrlanda / Birleşik Krallık kararı, par. 167

⁵⁷ Nakleden, Reidy, *İşkencenin Yasaklanması*, s. 16

⁵⁸ Raninen / Finlandiya kararı, 16 Aralık 1997, par. 55, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 3, Ekim 2002, s. 90; Öcalan / Türkiye kararı, 12 Mart 2003, par. 220, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 5, Nisan 2003, s. 355

lendirmesine kıyasla daha önemli görülmüştür. Bu bağlamda AİHM, mağdurun başkalarının gözünde olmasa bile kendi gözünde küçük düşürülmesinin yeterli olabileceği görüşünü savunmuştur.⁵⁹

İrlanda kararında divan, onur kırıcı muameleyi mağdurlarda korku, huzursuzluk ve aşağılık duygusu yaratan ve onları küçük düşürecek veya alçaltacak nitelikte olan muamele⁶⁰ olarak nitelemiş, ancak daha sonraki davalarda maruz kalan birey için göreceli bir mahremiyet içinde bile icra edilen davranışların onur kırıcı olabileceğini kabul etme noktasına ulaşmıştır.

Bu konudaki örnek kararlardan biri *Tyrer / Birleşik Krallık* kararıdır. Başvurucu Tyrer, 15 yaşında bir öğrenci olup Birleşik Krallık vatandaşıdır. Başvurucu ve diğer üç arkadaşı okula bira soktukları gerekçesi ile bir başka öğrenci tarafından okul idaresine şikayet edilmişlerdir. Okul yetkilileri bu davranışları nedeniyle başvuru ve arkadaşlarına kamışla vurmuşlardır. Daha sonra başvuru ve arkadaşları kendilerini şikayet eden öğrenciyi yakalayıp dövmüşlerdir. Bunun üzerine çocuk mahkemesi başvurucuyu aynı okuldaki bir öğrenciye müessir fiil uygulamaktan suçlu bulmuş ve kaba etine 3 kez sopa ile vurulma cezası vermiştir.

Divan, bir cezaya çarptırılma eyleminin onur kırıcı nitelikte olmadığını, fakat fiziksel cezanın şiddeti kurumsallaştırması ve çocuğun "*otoritenin elinde bir obje haline getirilerek*" vücut bütünlüğü ve onurunun ayaklar altına alındığı bir pozisyona düşürülmesini göz önünde bulundurmıştır.

Mahkeme kararında, uygulanan cezanın işkence kavramında varolan acı düzeyine ulaşmadığını, ayrıca bu cezanın insanlık dışı ceza olarak kabul edilebilmesi için çekilen acının belirli bir düzeyde olması gerektiğini ve dayak cezasının bu düzeye ulaşmadığını, fakat "*3. maddenin korumayı amaçladığı insan onuruna ve insanın fiziksel bütünlüğüne açık bir saldırı oluşturduğuna*" karar vermiştir.⁶¹

Mahkeme, *Tyrer* kararında, iç hukukun, demokrasi ve insan hakları ilkesine uygun olup olmadığını saptanmasında, uluslararası hukukun

⁵⁹ Tyrer / Birleşik Krallık kararı, par. 32, Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, 2002, s. 230

⁶⁰ İrlanda / Birleşik Krallık kararı, par.167

⁶¹ Tyrer / Birleşik Krallık kararı, 25 Nisan 1978, par. 35, Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, 2002, s. 231

vazgeçilmez bir ölçü olduğunu açıklıkla ortaya koymuştur. Hükümetin, verilen cezanın bölgede yerleşik halkın gerekli ve caydırıcı olduğuna dair kanaate sahip olduğunu ileri sürmesi üzerine, mahkeme değerlendirmesinde, kamu düzeninin korunmasına ilişkin olarak hiçbir yerel ihtiyaç veya inanış, herhangi bir ülkeye sözleşmenin 3. maddesine aykırı bir cezayı kabul etme hakkını veremeyeceğini belirtmiştir.⁶²

Bazı mahkumların özel gereksinimleri olabileceğine işaret eden mahkeme, bunların yerine getirilmemesi halinde onur kırıcı muamelelere yol açabileceğini dile getirmektedir. Cezaevi koşullarının çok kalabalık olması, ısıtma, hijyen, uyuma yerleri, gıda ve dış dünya ile temas koşullarının yetersiz olduğu bir ortamda alıkonulmanın da AİHM tarafından onur kırıcı muamele olarak değerlendirildiğini görmekteyiz.

Yakalama anında kelepçe takma olayından dolayı AİHM önüne getirilen bir başka başvuru ise Türkiye hakkındaki *Öcalan* kararıdır. Başvuru sahibi, Kenya'da Türk görevliler tarafından kaçırıldığını ve bu kaçırmanın zorunlu olarak fiziksel bütünlüğüne saygı hakkının ihlalini oluşturduğunu iddia etmektedir. Yakalamanın gerçekleştirildiği koşulların da (gözü ve elleri bağlanmıştır, ilaç verilmiştir, uçakta kamereya alınarak görüntüler basın ve televizyonlara verilmiştir, arkada Türk bayrakları bulunduğu halde gözleri bağlanmıştır) onur kırıcı ve insanlık dışı muamele anlamına geldiğini eklemektedir

Hükümet başvuru sahibinin, kendisine eşlik eden güvenlik güçleri üyelerini tanmasına, gizli askeri bölgeleri görmesine ve kendi kendini yaralanmasına engel olmak için Kenya'dan Türkiye'ye transferi sırasında kısa bir süre için gözlerinin bağlandığını açıklamıştır. Uçak Türk hava sahasına girer girmez göz bağı çıkartılmıştır. Resmi yetkililerin izni olmaksızın, polisin kullanımı için çekilen fotoğrafları ve video kayıtlarını basın elde etmeyi başarmıştır. Başvuru sahibinin sağlık durumu uçakta bulunan bir doktor tarafından devamlı olarak izlenmiştir.⁶³

Mahkemeye göre bu davada şikayet edilen muamele şekillerinden biri olan kelepçeleme; hukuka uygun yakalamaya veya tutuklamaya bağlı olarak uygulandığı ve bu koşullarda makul olarak gerekliliği aşmayan, kuvvet kullanımını veya kamuya teşhir edilmeyi içermeyen yerlerde normal olarak sözleşmenin 3. maddesine göre bir sorun oluş-

⁶² Tyrer / Birleşik Krallık kararı, par. 30

⁶³ Öcalan / Türkiye kararı, par. 217

turmamaktadır. Bu bakış açısından, ilgili kişinin yakalamaya direnç göstereceği veya kaçacağı yahut yaralanmaya veya hasara neden olacağına inanmak için bir neden bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır. Bu bağlamda, muamelenin kamusal doğası ilgili bir faktördür. Ayrıca, muameleyi reklam etme veya tek başına kurbanın kendi bakış açısına göre küçük düşürülmesi, dikkate alınması gereken hususlardır.⁶⁴

Mahkeme, başvuru sahibinin Türk güvenlik güçlerine karşı silahlı bir mücadeleye girişmiş olan silahlı ayrılıkçı hareketin lideri olmasından şüphelenildiğini ve tehlikeli olduğunu düşündüğünü ifade etmektedir. Mahkeme, yakalama anında alınan güvenlik tedbirlerinden biri olarak başvuru sahibinin ellerinin kelepçelenmesinin tek amacının, kaçmaya teşebbüs etmesini veya kendisini yahut başkalarını yaralamasını ya da zarar vermesini engellemek olduğu yolundaki hükümet sunumunu kabul etmiştir.

Başvuru sahibinin Kenya'dan Türkiye'ye yaptığı yolculuk sırasında gözlerinin kapatılması ile ilgili olarak mahkeme, başvuru sahibi tarafından güvenlik güçlerinin tanınmalarını engellemek için alınmış bir tedbir olduğunu görmektedir. Başvuru sahibi gözleri bağlı iken güvenlik güçleri tarafından sorgulanmamıştır. Mahkeme, önlemin amacının başvuru sahibini küçük düşürmek veya aşağılamak değil, problem çıkarmadan transferin gerçekleşmesini sağlamak olduğu şeklindeki hükümet açıklamasını makul görmüştür. Başvuru sahibinin niteliği ve yakalanmaya tepkisi göz önüne alındığında, operasyonun başarılı olması için büyük bir dikkatin ve uygun önlemlerin gerekli olduğunu kabul etmektedir.⁶⁵ Neticede, yapılan muamelenin sözleşmenin 3. maddesinin uygulanması için gerekli olan asgari şiddet düzeyine ulaştığının ispatlanmadığını ve bu durumun 3. maddenin onur kırıcı muamele hükmünün ihlali sayılmayacağını dile getirmiştir.

7. Mahkemenin “Sınır Dışı Etme ve Suçluların İadesi” Hakkında 3. madde İhlali Yorumu

Komisyon suçlunun iade edileceği ülkenin siyasi rejimi ve ülkedeki mevcut şartlar dolayısıyla, sözleşmede güvence altına alınmış olan

⁶⁴ Öcalan / Türkiye kararı, par. 221

⁶⁵ Öcalan / Türkiye kararı, par. 223, 224

temel insan haklarının ihlal edilmesi ya da tamamen yok edilmesi tehlikesi varsa, bunun iade taleplerinde sorun yaratabileceğini kabul etmektedir. Sığınma hakkı sözleşmede koruma altına alınmadığı halde, komisyona göre; kişinin, insanlık dışı muameleye tabi tutulabileceği bir ülkeye geri gönderilmesi, geri gönderen üye ülkenin 3. maddeyi ihlal etmesi anlamını taşımaktadır. Suçluların iadesi kapsamında yapılan başvurularda komisyon öncelikle ilgili hükümete sınır dışı etme kararı uygulamasının ertelenmesini istemektedir.⁶⁶

3. maddenin, bireylerin ülkeden uzaklaştırılması ve sınırdışı edilmesi olaylarına uygulandığı birçok örnek vardır. Bu örneklerde, ülkeler arasında suçluların iadesi anlaşmasının varlığı, sınır dışı eden ülkenin yetki alanı veya terör zanlılarının adalete teslim edilmesi gibi faktörler söz konusu olsa bile, bir devletin bir kişiyi kötü muamele görmesi konusunda gerçek bir riskin bulunduğu üçüncü bir ülkeye göndermeme sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir.⁶⁷

Bir kişinin 3. maddeyi ihlal anlamına gelecek türde muameleye maruz kalabileceği bir ülkeye gönderilmek üzere sınır dışı edilmesi durumunda, kendisini ihraç veya sınır dışı eden devletin AİHS çerçevesinde sorumluluk taşıyacağı yolunda görüş bildiren mahkeme, bu alanda önemli ve giderek yaygınlaşan bir içtihat oluşturmuştur.

AİHM'nin Türkiye hakkında 2000 yılında vermiş olduğu *Jabari* kararı da sığınma hakkı ile ilgili verilmiş bir karardır. Başvuran İran'da zina suçu işlediğini ve kendisine karşı cezai takibat başlamadan önce oradan ayrılmak zorunda kaldığını söylemektedir. Muhtemelen, bundan dolayı yargılanacağını ve insanlık dışı bir cezaya çarptırılacağını da eklemektedir. Başvuran mahkemenin yerleşmiş içtihadına dayanarak, İran hukukunda zina suçunun cezası olarak öngörülen falaka, kırbaç ve taşlanarak öldürülme cezalarının sözleşmenin 3. maddesi bağlamındaki yasaklanmış muamele tarzları içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini de iddia etmektedir. Bu iddiasını da desteklemek için Uluslararası Af Örgütü'nün hazırladığı rapora dayanarak İran'da zina suçu işleyen kadınların taşlanarak öldürülme cezasına çarptırıldıklarını dile getirmektedir. Başvuran, kendisine, Birleşmiş Milletler

⁶⁶ Ünal, *AİHS*, s. 110

⁶⁷ Ergül, Ergin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında İşkence Yasağı ve Türk Mevzuatı" http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergileri_dosyalar/sayi19/Dergi19-1.htm

Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından ortada sağlam gerekçeli bir öldürülme korkusu mevcut bulunduğu için sığınmacı statüsü verildiğini vurgulamaktadır.

Mahkeme tarafından, başvuranın İran'a döndüğü takdirde 3. maddeye aykırı bir muameleye maruz kalacağını kanıtlandığı sonucuna varılmış, dolayısıyla İran'a sınır dışı edilmesi işleminin, eğer icra edilirse 3. maddenin ihlaline yol açacağı şeklinde değerlendirme yapılmıştır.⁶⁸

8. Adil Olmayan Yargılama Sonucu Ölüm Cezasının Verilmesi

Adil olmayan bir yargılama sonucu ölüm cezası verilmesi, kişiyi yanlış bir biçimde, bu cezanın infaz edileceği korkusu ile karşı karşıya bırakması olarak ilk defa Öcalan kararında karşımıza çıkmaktadır.

Ölüm cezasının, AİHS'nin 2. maddesinde dile getirilmesi ve daha sonra çıkarılan ek protokoller ile ölüm cezasının seçmeli olarak kaldırılmasını taraf devletlerin tercihine bırakan sözleşme hükümlerine rağmen mahkeme, ölüm cezasıyla ortaya çıkan geleceğe ilişkin korku ve belirsizlik, cezanın gerçekten uygulanma ihtimali olduğu durumlarda, insanın ciddi derecede acı çekmesine neden olacağını, bu acı ve endişe, cezanın temelinde yatan ve insan yaşamının tehlikede olduğu göz önüne alındığında sözleşmeye göre hukuk dışı sayılan dava sürecinin adaletsizliğinden ayrı tutulamayacağını ve günümüzde, artık demokratik bir toplumda meşru yeri olduğuna inanılmayan ölüm cezasının sözleşmeciler tarafından reddedilmesi göz önüne alındığında, ölüm cezası verilmesinin insanlık dışı bir muamele biçimi olarak kabul edilmesi gerektiğini dile getirmiştir.⁶⁹

Öcalan kararında mahkeme, ölüm cezasını veren mahkemenin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olması, yaşam hakkından mahrumiyetin "*mahkemeye hükmedilen bir cezanın yerine getirilmesine*" uygun olması ve hem yerel mahkemedeki, hem de temyiz aşamasındaki ceza yargılamasında en sert biçimde adalet standartlarına uyulması 2/1. maddedeki zorunluluk anlamına geldiğini, ölüm cezasının infazının geriye getirilemez olması nedeniyle, keyfi ve hukuka aykırı yaşamı

⁶⁸ Jabari / Türkiye kararı, 11.7.2000, par. 33-50, *AİHM Kararları Dergisi*, Sayı 4, Ocak 2003, s. 7-10

⁶⁹ Öcalan / Türkiye kararı, par. 207

sona erdirmeden kaçınılabilmesi, ancak böylesi yüksek standartların uygulanması yoluyla olabileceğine işaret etmektedir.

Mahkemeye göre, adil olmayan bir yargılamadan sonra bir kişiye ölüm cezası vermek, bu kişiyi kanuna aykırı olarak idam edileceği korkusuna maruz bırakmak demektir. Mahkumiyetin infaz edileceği gerçek bir ihtimalin bulunduğu koşullarda ölüme mahkum olmanın getirdiği geleceğe ait belirsizlik ve korku; insanın ıstırapının önemli bir derecede artmasına neden olur. Böyle bir ıstırap, insan yaşamı tehlikede olunca, sözleşmeye göre hukuka aykırı olan mahkumiyetin temelini oluşturan işlemlerin adaletsiz olmasından ayrılmaz.

Mahkeme, ölüm cezasını içeren davalarda gerekli olan sıkı adalet standartlarına uymayan, adalete aykırı bir yargılama sonucunda başvuru sahibine ölüm cezası verildiğinden ve ayrıca başvuru sahibinin üç yıldan daha uzun bir sürede böyle bir cezanın sonuçlarına katlanmak zorunda kaldığından dolayı mahkeme, adil olmayan bir yargılama sonunda başvuru sahibine ölüm cezası verilmiş olmasının 3. maddenin ihlali ile insanlık dışı muamele anlamına geldiği sonucuna ulaşmaktadır.

SONUÇ

Ulusal mahkemeler, ülkelerin anayasa ve yasalarını da dikkate almak suretiyle karar vermektedirler. Ancak TC Anayasası'nın 90. maddesinde dile getirilen uluslararası sözleşmelere üstünlük tanıyan hükmün göz önünde bulundurulmaması, neticesinde verilen yargı kararlarında ulusal mevzuatın baz alınması AİHM'nin ülkemiz aleyhine verdiği kararların artmasına sebebiyet vermektedir. Nitekim, ülkemizde son dönemde yapılan yasal değişikliklerde de AİHM kararlarının etkisi azımsanamayacak ölçüdedir.

AİHM'nin yerleşmiş içtihatlarına göre; AİHM, ulusal mahkemelerin mevzuatı doğru uygulayıp uygulamadığını denetleyen bir üst mahkeme olmayıp, sadece taraf devletlerin kendi iç hukukunda verdikleri kararlarda sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini saptamaya yönelik çalışan bir kurumdur. Bunun neticesinde, AİHM kararları iç hukukta doğrudan sonuç doğurmamakta, ulusal mahkeme kararlarını iptal ederek veya değiştirerek onların yerine geçmemektedir.

Ayrıca AİHM, sözleşme hükümlerinin ihlal edilip edilmediğini re'sen değil, devlet başvurusu yada bireysel başvuru üzerine incelemekte, buna karşılık bir konuda şikayet yapıldıktan sonra şikayete konu fiillerin sözleşme karşısındaki durumunu kendi yetki sahası içinde serbestçe değerlendirmektedir.

AİHM tarafından verilen kararlarda, Türkiye'ye ve hukuk sistemimize yönelik değerlendirmelerine ve bu konudaki tüm kararlara bakıldığında ortak bir nokta dikkat çekmektedir. Özellikle, iç hukukta adli ve idari organlara ilişkin etkili ve yeterli bir soruşturmanın yapılması kararların aleyhimize neticelenmesine sebep olmaktadır.

AİHM, 3. maddenin ihlal edildiği iddialarının *“sağlam bir delille desteklenmesi gerektiğini”* belirtmekte, fakat bu iddianın taraflardan herhangi biri tarafından ispatlanmasını şart koşmamaktadır. Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden yola çıkarak mahkeme ispat edilebilirliği bizzat değerlendirmektedir. Ayrıca mahkeme bazı durumlarda 3. maddenin ihlal edilmediğinin ilgili devlet tarafından ispat edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Mahkeme ve komisyona göre; sağlıklı bir biçimde gözaltına alınan kimseler gözaltından bir kısım yara bere vb. belirtilerle çıkmışlarsa, şikayete konu yaraların nasıl oluştuğunun (işkenceyle oluşmadığının) ispatı ilgili devlete düşmektedir.

Türkiye'de tüm çabaların Avrupa Birliği'ne tam üyeliğin elde edilmesi üzerinde yoğunlaştığı bir dönemde, insan hakları alanında mevcut durumun iyileştirilmesinin tam üyeliğin bir önkoşulu olması nedeniyle, AİHM'nin Türkiye ile ilgili tespitleri büsbütün önem kazanmaktadır. Dolayısıyla başta hakim ve Cumhuriyet Savcıları olmak üzere, hukukçularımız için AİHM içtihatlarının rolünün tanınması ve bu rol ekseninde uygulama alanının genişletilmesi büyük önem taşımaktadır.

HAKARET SUÇU VE İNTERNET YOLUYLA İŞLENMESİ

Mustafa ÖZEN*

I. GİRİŞ

İnternet, kuşkusuz yüzyılımızın en önemli buluşudur. Bu buluş, kendisi ile birlikte birçok olumlu özelliği ve sorunu birlikte getirmiştir. İnternetin, hukuk normları karşısında yeri, daha yeni yeni belirginleşmeye başlamaktadır. Ceza hukuku açısından olaya bakıldığında, internet yoluyla işlenen suçların tespiti, suçun oluşumu, takibi gibi, hem maddi ceza hukuku hem de şekli (muhakeme) hukuku açısından konunun yeni bir boyutu ortaya çıkmaktadır.

Biz bu çalışmamızda, hakaret suçunun internet yoluyla işlenmesini inceleyeceğiz. Bu incelemede, ilk önce hakaret suçunun temel yapısını ortaya koyup, daha sonra, internet oluyla işlenmesine geçeceğiz.

II. HAKARET SUÇUNDA KORUNAN HUKUKİ YARAR

Hakaret suçunun, 5237 sayılı Ceza Kanunu'ndaki düzenlendiği yere bakıldığında, şerefe karşı suçlar başlığı altında yer aldığını görüyoruz. Hakaret suçu, TCK'nın 125. maddesinde, '*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırılan.....*' şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, bu suç ile korunan hukuki yarar, kişinin sahip olduğu '*şeref, onur ve saygınlık*' hakkıdır. '*Şeref, onur ve saygınlık*' hakkından, gerek

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

kişinin kendisinde gördüğü ve gerekse başkalarının kişide gördüğü değerdir.¹ Şerefe karşı suçlardan korunan şeref, onur ve saygınlık gibi sıfat değeri taşıyan hukuki yararlar, soyut nitelik taşıyan kelimelerdir. Bu nedenle, üzerinde anlam birliğine varılması bazen zor olabilmektedir. Bütün dünyadaki hukuk sistemleri; hayata, vücut bütünlüğüne ve mal varlığına karşı suçlarda aşağı yukarı benzer düzenlemelere gitmekte iken, şerefe karşı suçlarda farklı düzenlemelere gitmektedirler. Bunun nedeni, şeref, onur ve saygınlık gibi kelimelerin örf ve adet kurallarıyla tanımlanmalarıdır. Örf ve adet kuralları her toplumda farklı farklı gelişip yorumlanmakta ve bunun sonucu olarak da, farklı değerlere sahip olmaktadır. Burada sorun, rencide edici / aşağılayıcı fiilin kime göre belirleneceğidir. Bir başka ifadeyle, fiilin, rencide edici / aşağılayıcı olduğu, öznel açıdan mı (mağdur açısından) yoksa nesnel açıdan mı (orta zeka seviyesine sahip kişiler tarafından) değerlendirilecektir. Bir fiil, bazen nesnel açıdan aşağılayıcı veya rencide edici bulunmazken, fiile maruz kalan kişi açısından aşağılayıcı bulunabilir. Bu durumun tam tersi olarak; bir fiil, öznel açıdan aşağılayıcı bulunmazken, nesnel açıdan aşağılayıcı bulunabilir.

Nesnel açıdan değerlendirmede, '*rencide etme / aşağılama*'nın belirlenmesinde temel ölçüt, örf ve adet kuralları olmalıdır. Öznel açıdan değerlendirmede ise, kişinin kendisine içsel olarak attığı değer dikkate alınmalıdır. Ancak, kişilerin kendilerine ne kadar değer attığının tespiti neredeyse imkansız olacağından, öznel açıdan değerlendirmeye üstünlük tanımak, sorunu çözmede zorluk çıkarabilecektir. Çok alıngan, her şeyden etkilenen bir kişi ile umursamaz bir kişinin aynı fiil karşısındaki tutumu farklılık gösterebilecektir. Salt nesnel ölçülere üstünlük tanımak, sorunu çözmede, salt öznel ölçülere üstünlük tanınmasına göre daha, sorunsuz gibi görünse de, bize göre, her olayda, her iki ölçütün de birlikte değerlendirilmesi gerekir. İkisi arasında bir tercih yapılması gerekirse, nesnel ölçüye üstünlük tanınmalıdır. Çünkü şeref, onur ve saygınlık ancak toplumla anlam kazanabilir. Toplumdan uzak, insanın olmadığı bir yerde yaşayan kişiye, şerefini küçük düşürecek bir hareket yapılması, bir anlam ifade etmez. Küçük düşme, rencide olma, ancak ve ancak toplumsal bir değer yargısını içinde barındırır.

¹ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2006, s. 343.

III. HAKARET SUÇUNUN MADDİ UNSURU

Hakaret suçunun işlenebilmesi için, 125. maddede belirtilen maddi unsurların gerçekleştirilmesi gerekir. 125. madde, '*Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran..... Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için, fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir*' şeklinde düzenlenmiştir. Hakaret suçunda maddi unsurunu incelerken ikili bir ayırım yapmak gerekir. Birincisi, somut bir fiil veya olgu isnadında bulunma, ikincisi sövmedir. Somut bir fiil veya olgudan anlaşılması gereken, maddi bir olaydır. Yani, dış dünyadan algılanabilen, dış dünyada bazı değişiklikler yaratabilen fiili bir durumdur. Bu nedenle sövmeye, somut fiil veya olgu isnadında, yer ve zaman gösterilmesi gerekir. Örneğin, sen dün şu yerden şu saatte şunları alarak hırsızlık yaptın denmesi halinde, somut fiil veya olgu isnadı söz konusu olur ve somut bir fiil veya olgu isnadı suretiyle hakaret suçu işlenmiş sayılır.² Somut bir fiil veya olgu isnadının mutlaka suç olması veya gerçek olması gerekmez. İsnatta bulunulan durumun suç olması, hakaret suçunun varlığına engel olmamalıdır. Bir kişiye isnat edilen somut bir fiil veya olgunun geçmişte işlenmiş veya halen yapılmakta olan bir duruma ilişkin olması gerekir. Yoksa gelecekte olabilecek bir duruma ilişkin yapılan tahminler, bu kapsamda değerlendirilemez. Ancak şartları oluşursa iftira suçu olabilir. Aynı şekilde, isnat edilen somut bir fiil veya olgu konusunda, mağdurun yeteneğinin olup olmaması da önemli değildir. Mesela, hadım olan veya iktidarsız olan bir kişiye, 15 yaşını bitirmiş bir kızla rızaya dayalı bir cinsel birleşme isnadında bulunulsa bile suç gerçekleşir. Çünkü hakaret suçunda korunmak istenen hukuki yarar, mağdurun toplum içindeki, onur, şeref ve saygınlığı olunca, bu tür bir isnat, hukuki yarara zarar verebilecek niteliktedir.

Hakaret suçu, 5237 sayılı kanunun 765 sayılı kanundan farklı bir düzenlemesi olarak, sövmeye şeklinde de işlenebilir. Sövmeye; kişiye onu rencide edebilecek sıfatlar atfedilmesidir. Sövmeye suretiyle hakaret suçunda, soyut ifadeler kullanılmaktadır. Bu nedenle, bu tür hakaret suçlarının ispatı daha zor olmaktadır. Örneğin; şerefsiz, boynuzlu, geri zekalı ifadelerinin kullanılması gibi.

² Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 2001, s. 274

Gerek somut bir fiil veya olgu isnadı ve gerekse soyut sıfat atfedilmesi olsun, suçun oluşabilmesi için, kişinin rencide olması veya aşağılanmasının gerekip gerekmediğine ilişkin tartışma bulunmaktadır. Bu surunun çözümü, aynı zamanda hakaret suçunun somut veya soyut tehlike suçu olup olmadığı tartışması açısından da önem taşımaktadır. Öğretide ağırlıklı görüş, bu suçun soyut tehlike suçu olduğu şeklindedir.³ Bu nedenle, hakaret suçunun oluşabilmesi için, mağdurun rencide olmuş olması veya aşağılanmış olmuş olması gerekmez. Rencide olabilecek veya aşağılanabilecek nitelikte olması yeterlidir. Hangi fiillerin, kişiyi rencide edebilecek veya aşağılayabilecek olduğunun ispatı bazen oldukça zordur. Her şeyden önce, yargıca bırakılmış olan bu takdir hakkı kullanılırken, isnat olunan somut fiil veya olgunun ve yakıştırma ya da sövme fiillerinin nerede, hangi zamanda, hangi şekilde, hangi iş veya mesleğin işleniş sırasında veya vasıtasıyla gerçekleştirildiğinin dikkate alınması gerekir. Mesela, ağırlıklı olarak Hıristiyanların bulunduğu ve fakat farklı dinsel inanışların birlikte yaşandığı bir ülkede, tamamı Müslümanlardan oluşan bir yörede, bir kişinin diğer kişiye *'sen Hıristiyanlar gibi sünnetsiz birisin sana kız mı verilir'* demesi hakaret suçunu oluşturur. Burada bakılması gereken husus, o ülkedeki genel değer yargıları değil, kişinin yoğunluklu olarak yaşadığı ve etkilendiği çevredeki değer yargılarıdır. Aynı şekilde, yapılan eylemin zamanı da önemlidir. Mesela, 1960 ile 1980'li yıllar arasında, komünist demek kişiyi tahkir niteliği taşıyabilmekteydi. Ama şimdi bu niteliğini kaybetmiştir. Yapılan eylemin yapılış şekli de önemlidir. Kalabalık ve seçkin kişilerden oluşan bir toplantıda, kendisine yönelmiş bir soruyu cevapsız bırakmak, hakaret suçunu oluşturabilir.

5237 sayılı yasayla, 765 sayılı yasanın 480. maddesinde olmayan iki tane yeni maddi unsur getirilmiştir. Bu maddi unsurlar, kişinin onur, şeref veya saygınlığını rencide edebilecek nitelikte yakıştırmalarda bulunmak ve sövmektir. 5237 sayılı yasayla şerefe karşı suçlar bölümüne getirilen en önemli değişiklik belki de, belirttiğimiz bu düzenlemedir. Sövme niteliği taşıyan fiiller 765 sayılı yasa suç olarak tanımlanmıştı. Fakat 482. maddede bağımsız bir suç niteliğine sahipti. 765 sayılı yasanın düzenleniş biçimine bakıldığında, hakaret suçunun cezası sövme suçuna göre daha fazla idi. 5237 sayılı yasa, 765 sayılı yasanın

³ Tezcan / Erdem / Önok; a.g.e., s. 344., Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2005. s. 102.

482. maddesinde düzenlenen sövme suçunu kaldırıp, 125. maddede düzenlenen hakaret suçunun maddi unsurlarından biri haline getirmiştir. Böylece, sövme suçu ortadan kaldırılmış olup, hakaret suçuyla aynı kapsamda değerlendirilmiştir. Bu açıdan baktığımızda, kişiyi toplum içinde küçük düşürebilecek somut bir fiil veya olgu isnadı ile soyut bir söz aynı değerde görülmüştür. Habuki bu, suç ve ceza politikası açısından kabul edilemez. Suç ve ona uygulanan yaptırımların belli bir ağırlık derecelendirmesi olması gerekir. Bu, adaletin temel ve vazgeçilmez ilkesidir. Bu düzenlemeye göre, bir kişiye yönelik olarak, sen dün gece saat 11:30 civarlarında şu marketten şu malları çaldın demekle, sen hırsızın demek arasında, kişinin toplum içindeki onur, şeref veya saygınlığının zarar görmesi açısından hiç bir fark yoktur. Bize göre, önemli derece fark vardır. Yukarıda verilen örnekte, somut bir fiil veya isnadda bulunulan kişiye karşı toplumun bakışı ile soyut nitelikteki bir söz üzerine toplumun bakışı ve mağdurun bundan gördüğü zarar aynı değildir. Yapılması gereken, aynı madde başlığı altında olmak üzere, yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle işlenen suçun cezasının indirilerek düzenlenmesidir.

5327 sayılı yasayla getirilen bir diğer yenilik ise, kişinin onur, şeref veya saygınlığını rencide edilecek nitelikte yakıştırmalarda bulunmaktır. Buradaki maddi unsur, yakıştırmalarda bulunmaktır. Yakıştırmalarda bulunmak kelimesi, maddedeki kullanılış şekline baktığımızda sövmek kelimesiyle benzer anlamda kullanılmıştır. Gerçekten de, her iki kelime soyut nitelik taşımaları bakımından benzerlik göstermektedirler. Aralarında tam olarak bir sınır çizerek ayırım yapmak güçtür. Sövmek kelimesini halkın kullandığı anlamla sınırlamak mümkün değildir. Sinkaf niteliğindeki bir kelime ile dolandırıcı kelimesi küfür olarak değerlendirilebilir. Aynı şekilde, bir kişiye, fırıldak şahsiyetli demek yakıştırma anlamında hakaret olabilir.

IV. MANEVİ UNSUR

Manevi unsur, failin iç dünyası ile ilgili bir durumdur. Manevi unsur, kast ve taksir olarak iki şekilde ortaya çıkar. Kast, suç teşkil eden hareketin bilinip neticesinin de istenmesidir. Taksir ise, suç teşkil eden hareketin bilinip istenerek gerçekleştirilmesi ve fakat neticenin istenmemesidir. Hakaret suçunun, genel kastla mı yoksa özel kastla mı işlenebileceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. öğretide

ağırlıklı görüş, hakaret suçunun genel kastla işlenebileceği şeklindedir.⁴ Genel kast, tahkir teşkil eden fiilin, mağduru toplum içinde küçük düşüreceğini bilerek işlenmesi anlamına gelir. Genel kastta, yapılan hareket, kişiyi küçük düşürme amaçlı yapılmamaktadır. Küçük düşürebilecek nitelikte olmasını bilmek yeterlidir. Ancak, bu suçun ancak özel kastla işlenebileceğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır.⁵ Özel kast ise, tahkir teşkil eden fiilin, doğrudan doğruya mağduru toplum içinde küçük düşürülmesi amacıyla yapılmasını ifade eder. Bize göre, genel kastın kabul edilmesi; hem mağduru daha etkin korunması hem de ispatın kolaylığı açısından daha yerinde olacaktır. Bir başka ifadeyle, hakaret suçunun soyut bir tehlike suçu olarak kabul edileceği, yani, tahkir niteliği taşıyan fiillerin nesnel açıdan bakıldığında, kişiyi toplum içinde küçük düşürebilecek, rencide edebilecek nitelikte olmasının suçun oluşumu için yeterli olacağı, ayrıca kişinin toplum içinde küçük düşmesinin aranmayacağı görüşünden yola çıkarak, suçun oluşumu için genel kastın varlığı yeterli olmalıdır. Zaten, kanunun düzenlemesi de genel kastı yeterli görmektedir. Hakaret suçu, doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir. Bu nedenle, bilinçli taksirle işlenmesi mümkün değildir. Ancak, kanun koyucunun olası kastla bilinçli taksiri düzenlerken, kullandığı dildeki özensizlik, bilinçli taksirle de bu suçun işlenebilme yolunu açacak niteliktedir. Çünkü iki durum arasındaki tek fark, öngörülen neticenin kabul edilip edilmemesinde yatmaktadır.

V. HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN NEDENİN BULUNMASI

Hakaret suçunda, hukuka aykırılığı kaldırان neden olarak, tahkir edici fiilin muhatabı kişinin rızanın bulunması, fiili suç olmaktan çıkarır. Rızanın bir hukuka aykırılığı ortadan kaldırان neden olabilmesi için, bir takım koşulları içermesi gerekir. İlk önce, rıza açıklamasının, tahkir edici fiilin işlenmesinden önce veya en geç fiilin işlendiği zamanda bulunması gerekir. Rıza, tahkir edici fiilin işlenmesinden sonra açıklanırsa, fiil hukuka uygunluktan yararlanmaz. Sonrada rıza

⁴ Tezcan / Erdem / Önok, *a. g. e.*, s. 353., Toroslu, *a. g. e.*, Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2006, s. 246., Dönmezer, *a. g. e.*, s. 305., Sahir Erman, *Hakaret ve Sövmeye Cürümleri*, İstanbul 1989, s. 184.

⁵ Erman, *a. g. e.*, s. 1844.

gösterme ile şikayetten vazgeçmeyi birbirine karıştırmamak gerekir. Şikayet, ceza muhakemesi işlemlerinin başlanmasını sağlar ve dolayısıyla yargılama ile ilgilidir. Rıza ise, yargılama aşamasından önce söz konusu olup, suç teşkil eden fiile ilişkindir. Şikayet, soruşturma veya kovuşturma koşulu iken; rıza, hukuka uygunluk nedenidir. Rızanın açıklanış şekli önemli değildir. Açık, kapalı, yazılı, sözlü, mimiklerle vb. birden çok şekillerde açıklanabilir. Burada önemli olan, rıza açıklama yönünde irade beyanını olmasıdır.

Eleştiri hakkı, iddia ve savunma hakkı, gazetecilik mesleğinin icrası gibi bazı durumlar, hakaret niteliği taşıyan fiilleri suç olmaktan çıkarabilirler. Örneğin, bir bilimsel yayının eleştirilmesi ya da bilimsel bir araştırma sonucunda varılan sonucun açıklanması amacıyla yapılan eleştirilerde, hakaret suçu işlenmiş olacak mıdır? Gerçekten düşünce açıklamaları şeklinde icra edilen bir çok konu bu kapsamda değerlendirilebilir. Gazetecilik meleği, akademik çalışmalar, sanatsal faaliyetler, hukuksal faaliyetler çerçevesinde yapılan birçok fiil, bu konuyla ilgili olabilmektedir. Bu alanların her birinin kendine göre ilkesi, tarzı, amacı vardır. Bunlarla birlikte, yukarıda da belirtildiği gibi, fiilin işlendiği yer, zaman ve işleniş tarzını da dikkate alarak çok yönlü bir değerlendirme yapmak gerekir. Basın özgürlüğü ile yakından ilgili olarak, bazı haberlerin suç niteliği taşıyıp taşımayacağı uygulamada çok karşılaşılan bir konudur. Burada hassas bir denge ve sınır vardır. Ya basın özgürlüğüne ağırlık verilecek ya da kişi hak ve özgürlüğüne ağırlık verilecektir. Genel eğilim, basın özgürlüğünün esas olup, kısıtlanmasının istisna olması şeklindedir. Ancak burada, basın yoluyla yapılan açıklamaların veya eleştirilerin basın yoluyla işlenen suç kapsamında nasıl değerlendirileceği sorununa değinmek gerekir. Basın özgürlüğünün amacı, kamuoyunun bilgilendirilmesidir. Kamuoyunu yakından ilgilendiren, bilinmesinde kamusal yarar umulan ve gerçek olaylara dayanan bilgilerin yayınlanması basın özgürlüğü kapsamındadır. Demek ki, basın özgürlüğünün üç sınır vardır. Biri, yapılan yayının, kamuoyunu yakından ilgilendirmesi, ikincisi bilinmesinde kamusal yarar bulunması ve üçüncüsü gerçek olaylara dayanmasıdır.

Uygulamada çok karşılaşılan ve hakaret suçu ile arasındaki sınırın belirlenmesi açısından son derece güçlük arz eden konulardan biri de, hukuki konulara ilişkindir. Bunlar, iddia ve savunma amacıyla yapılan yazılı veya sözlü ifadeler, işlenen suçun adli veya ilgili makamlara

bildirilmesinde kullanılan ifadeler, mahkemede tanıkların, bilirkişilerin kullandıkları ifadelerdir.

İddia ve savunma bir haktır. Ancak bu hak da diğer haklar gibi sınırsız değildir. Her hangi bir suç ile ilgili ileri sürülen iddia ve savunmalar, nitelikleri gereği bir başkasını rencide edebilecek söz veya ifadeler barındırabilir. Burada önemli olan, bu ifadelerin, kişisel, maddi, manevi, politik veya başkaca açıdan iddia ve savunma ile ilgili olup olmanın çözümü açısından gerekli olup olmadığıdır. İddia ve savunmada ileri sürülen ifadelerin, hakaret veya başka bir suç oluşturmaması için, iddia ve savunma kapsamındaki ifadelerin maddi olgulara dayanması ve iddia ve savunma açısından gerekli olması gerekir. Buradaki gerekli kelimesinden, söz konusu iddia ve savunmada, olayın çözümü açısından ileri sürülmesinin haklı veya kabul edilebilir olmasıdır. Örneğin, bir kişinin yer ve zaman belirterek malını çaldığını söyleyen kişi, hakaret suçunu işlemezken, bu kişinin zaten bunu bir meslek edindiğini söylemesi suç oluşturmamalıdır.

Bir suçla ilgili olarak adli veya ilgili makamlara yapılan bildirimlerde kullanılan ifadelerin, hakaret suçunu oluşturup oluşturmayacağı veya yargılama ile ilgili olarak, tanıklık ya da bilirkişilik yapan kişilerin kullandıkları ifadelerin suç oluşturup oluşturmayacağı meselesine de değinmek gerekir. Suç ihbarı taşıyan veya tanıklık ya da bilirkişilik faaliyeti kapsamında yapılan ifadelerin suç oluşturmaması için, konunun aydınlanması için zorunlu ve somut olgulara dayanması gerekir. Bunun yanı sıra, kişisel nitelikteki, mal, ünvan, kin, politik gelecek gibi olayın çözümüne en küçük bir katkısı olmayan hareketler, suç oluşturmamalıdır.

VI. TEŞEBBÜS

Teşebbüs; 5237 sayılı kanunun 35. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, 765 sayılı kanundan farklı olarak, eksik ve tam teşebbüs ayrımını kaldırmıştır. Bu düzenlemeye göre, suç yoluna girildikten (inter crimis) sonra, ulaşılmak istenen neticeye dış etkenlerden dolayı ulaşılamazsa, teşebbüs söz konusu olacaktır. Netice gerçekleşirse suç oluşacaktır.

Hakaret suçu, genel anlamda, şekli bir suç olduğu için, tahkir teşkil eden fiil gerçekleştirildiği anda gerçekleşir. Yani, hakaret suçunda,

genel anlamda, fiil ile netice birleşiktir. Ancak bazen, tahkir teşkil eden eylemler bölünebildiği zaman, hakaret suçu teşebbüse uygun olmaktadır. Örneğin, posta yoluyla yapılan hakaret suçunda, hakaret niteliği taşıyan mektup, postacının yanlışlıkla çöp kutusuna atmasından dolayı, muhataba ulaşmaması halinde, suç teşebbüs aşamasında kalmış olur.

Hakaret suçlarında, suçun tamamlanma anı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. bir görüşe göre suç; tahkir teşkil eden fiilin mağdura ulaşmasıyla tamamlanır.⁶ İtalyan Yargıtay'ı bu konuda farklı kararlar vermesine rağmen son zamanlarda suçun, tahkir teşkil eden ileti veya bilginin alındığı anda tamamlanmış olacağını belirtmektedir.⁷ Bize göre, suçun, tahkir teşkil eden fiilin ulaştığı anda mı yoksa algılandığı / öğrenildiği anda mı tamamlanmış sayılacağı tartışmasında, yapılan fiilin anlamının öğrenilmesinin imkansız olduğu durumlar dışında, algılandığı / öğrenildiği anda suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Örneğin; mağdurun sağır - dilsiz, tam akıl hastası, çok küçük yaşta bir çocuk, kullanılan dilin bilmeyen kişiye yapılan hakaret suçları gibi. Diğer durumlarda, algılama ölçütü kabul edilmelidir. Çünkü kişi ancak fiilin içeriğini algıladığı zaman rencide olmuş olacaktır. Algılanılmamış veya öğrenilmemiş bir fiil veya davranıştan dolayı kişinin aşağılanma duygusu taşıması mümkün değildir. Algılama veya öğrenme gerçekleşmediği zaman, fiil teşebbüs aşamasında kalmış sayılır. Posta, telgraf ve ilerde inceleyeceğimiz internet gibi, hareket ile neticenin zamanlara ya da kısımlara bölünebildiği durumlarda, bize göre suç, tahkir teşkil eden fiilin veya her hangi bir iletinin mağdur tarafından öğrenilmesiyle tamamlanır. Buradaki öğrenme, başkalarının söylemesi değil, kişinin kendisinin öğrenmesidir. Çünkü böyle bir kabul, asılsız ve boş aynı zamanda da bir başkasının hakkında hakaret suçu oluşturabilecek durumların önlenmesi anlamına gelir. Dolayısıyla mesela, kendisine tahkir teşkil eden bir mektup gönderilen kişi, mektubu alıp içeriğine bakmadan masasının üzerine açmadan koysa, suç tamamlanmış sayılmamalıdır.

⁶ Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte speciale, reati contra la persona*, Giuffrè, Milano, 1997, s. 169

⁷ Cass. Pen, V Sez., 17 Novembre 2000 in [www. Diritto.it](http://www.Diritto.it); www.fiammella.it/computercrime; Annarita Gili; *Perseguibile davanti ad un giudice italiano la diffamazione on-line mediante un 'sito straniero'* in www.apogeeonline.com del 20 febbraio 2001.

VII. SUÇUN FAİLİ VE MAĞDURU

Hakaret suçunun faili, ancak gerçek kişiler olabilir. Çünkü, tahkir teşkil eden bir fiil, ancak bir insan tarafından gerçekleştirilebilir. Bir tüzel kişiliği temsilen yapılan hakaret niteliğindeki fiillerde, fiil her ne kadar tüzel kişilik adına gerçekleşmiş olsa da, cezai anlamda sorumluluk, o tüzel kişiliğin kanunda belirtilen ilgili organlarındaki kişilere aittir. Bir hayvanın, hakaret suçunda kullanılması halinde, mesela bir papağanın, dolaylı faillikten dolayı, o hayvanı kullanan kişi, sorumludur. Aynı kural, isnat yeteneği olmayan, sağır - dilsiz, akıl hastaları ve çocukların kullanılmasında da geçerlidir.

Hakaret suçunun mağduru, gerçek ve tüzel kişiler olabilir. Tüzel kişiler, her ne kadar suçun faili olmasalar da, mağduru olabilirler. Çünkü mağdur olmak için, şahsiyet sahibi olmak yeterlidir. Ayrıca cezai sorumluluk sahibi olmaya gerek yoktur. Bu nedenle, sağır - dilsiz, akıl hastaları, 12 yaşından küçükler de bu suçun mağduru olabilirler. Hakaret suçunun mağduru olmak için mağdurun kimliğinin açıkça belirtilmesine gerek yoktur. Durumun özelliklerinden tahkir edici fiilin kime yönelik yapıldığı çıkarılabiliyorsa suç gerçekleşir.

VIII. HAKARET SUÇUNUN İNTERNET YOLUYLA İŞLENMESİ

Hakaret suçu, huzurda ve gıyapta olmak üzere iki şekilde işlenebilir. Hakaret suçunun huzurda işlenmesi, tahkir teşkil eden fiillerin hiçbir aracı olmaksızın doğrudan doğruya mağdura yöneltilmesi ile olur. Ancak, bu suçun huzurda işlenmesi sadece bu durumla sınırlı değildir. Nitekim, TCK'nın 125. maddenin 2. fıkrasında, '*..Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle ilenmesi halinde..*' huzurda işlenmiş sayılacağı düzenlenmiştir. İnternet; iletişim aracı; ses, yazı ve görüntüyü de içerebilen çok yönlü iletişim aracı olmasından dolayı, internet yoluyla yağılan hakaret suçu, huzurda yapılmış sayılacaktır.⁸

20. ve 21. yüzyılın baş döndürücü teknolojik gelişmelerinin insan oğluna sunduğu beklide en önemli imkan internet'in bulunmasıdır.

⁸ Bruno Fiammela, La Diffamazione in İnternet, www.filodiritto.com, s. 15; Pica Giorgio, Diritto penale delle tecnologie informatiche, Utet 1999, s. 2

İnternet, artık günümüzde o hale geldi ki, günlük yaşamın vazgeçilmez unsuru haline gelmiştir. İnternette, günlük sıcak haberler, politika, spor, magazin, yemek, sinema gibi hemen hemen her konuda haber bulmak mümkündür.

İnternet üzerinden elde edilen bilgiler ya da internet yoluyla gönderilen veya ulaşılan bilgiler sadece yurt içi ile sınırlı değildir. İnternet, artık uluslararası bir iletişim aracı haline gelmiştir. Amerika'daki veya Avustralya'daki bir bilgiye Türkiye'de anında ulaşılabilir. İnternet'in bu olumlu yanı ile birlikte olumsuz yanları da vardır. Özellikle şerefe ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların ceza soruşturması ve kovuşturması yoluyla takip edilebilme imkanından uzak çok kolay bir şekilde işlenebildiğini görebiliriz. Bu kısa açıklamalardan sonra konumuz olan internet yoluyla işlenen hakaret suçunu inceleyebiliriz.

Yukarıda hakaret suçunun Ceza Kanunu'nda düzenlendiği şekliyle genel anlamda nasıl işlenebileceğini, suçun failinin ve mağdurunun kimler olabileceğini inceledik. Burada internet vasıtasıyla işlenen suçların genel özelliklerini ve çıkabilecek bazı sorunları ve çözüm yollarını inceleyeceğiz.

5237 sayılı Ceza Kanunu, hakaret suçu konusunda, internet iletişim vasıtasından açıkça bahsetmemektedir. Aynı durum 765 sayılı kanun için de geçerlidir. Ancak, 125. maddenin 2. fıkrasında, '*Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle iletilmesi halinde..*' huzurda işlenmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme yorum yoluyla, interneti de kapsamı içine aldığı söylenebilir. Bu konuda özel bir kanun olan ve yürürlükten kaldırılan hem 5680 sayılı Basın Kanunu'nda hem de 5187 sayılı yeni Basın Kanunu'nda internet'e ilişkin herhangi bir açık düzenleme yoktur. Her iki basın kanunu'nda da, süreli yayınlar arasında internet sayılmamıştır. Bu konuda İtalyan Ceza Kanunu'nda da açık bir düzenleme yoktur. İtalyan Ceza Kanunu'nun 594. maddesinin 2. fıkranın düzenlemesi, '*Her kim doğrudan doğruya mağdur kişiye yönelik telgraf, telefon, yazı veya resim vasıtasıyla suç işlerse, aynı cezayla cezalandırılır*' şeklindedir. Yine, 8 Şubat 1948 tarihli İtalyan Basın Kanunu'nun 1. maddesi, internet yayını basılmış eser olarak düzenlenmemiştir. İnternet hizmetin insanoğlunun kullanımına sunulması son yıllarda olduğunu göz önüne aldığımızda, İtalyan Ceza Kanunu gibi çok eskilere dayanan kanunlarda bu konuda açık bir düzen-

lemenin olmaması normal karşılanabilir. Ancak, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda internet iletişim hizmetlerine yer verilmesi yerinde olurdu. Bu konuda açık bir yasal düzenleme olmaması internetin kitap, dergi radyo ve televizyon gibi iletişim araçları ile aynı değerde görülüp görülmeyeceği sorunu ile karşı karşıya bırakır.⁹ Bize göre, internet, niteliği itibariyle süreli yayın kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenle de süreli yayınlara uygulanan kurallar buraya da uygulanabilmelidir.¹⁰ Aksi yorum, suçla mücadelenin imkanlarını daraltır.¹¹ Roma Mahkemesi'nin de aynı yönde kararları vardır.¹²

İnternet üzerinden işlenen suçlara ilişkin yeni bir düzenleme olmadığı için, genel esasları Ceza Kanunu'nda belirtilen hakaret suçuna ilişkin esaslar buraya uyduğu ölçüde uygulanmalıdır.¹³ İnternet yoluyla yapılan yayınların süreli yayınlarla aynı kapsamda değerlendirilmesi gerektiği fikri benimsenince, karşımıza süreli yayınlardaki cezai sorumluluk kurallarının aynı şekilde burada da uygulanabileceğini söylemek yanlış olmaz. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesi; *'Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur. Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkma-*

⁹ Paolo Galdieri, *Teoria e pratica nell'interpretazione del reato informatico*, Giuffrè, Milano 1997, s. 114; G. Corasaniti, *La tutela della comunicazione informatica e telematica, in Profili penale dell'informatica*, Giuffrè, Milano 1994, s. 112.

¹⁰ Fiammela, a.g.e, s. 3 ; Marcello Begonzi Perrone, *La registrazione dei periodici on line, una questione di interpretazione estensiva per un atto davuto*, 13 gennaio 2000, in : *www.interlex.it*; *Trib. Di Genova*, 23 gennaio 1997, in: *Giur. it.* 1997, 1,2., s. 501; *Trib. Di Napoli*, 18 marzo 1997, in: *Foro It.*, 1997, I,2307; vedi anche: Vincenzo Antolnelli, *Le pubblicazioni scientifiche su internet in : Italex magazine*, 1999, n. 1, s. 4.

¹¹ Manlino Cammarata; in: *Regole vecchie per un mondo nuovo*, 09 luglio 1996, i. *www.interlex.it*.

¹² *Tib. Di Roma*, 06 Novembre 1997.

¹³ Nadia Garrapa, *İnternet e diritto Penale tra lacune legislative, presunte o reali, panorami transanziali, analasi de jure condito, e prospettive de jure condendo in: www.diritto.it; Fiammela, a.g.e., s. 6.*

sına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir' şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, süreli yayınlar yoluyla işlenen suçlarda ilk sorumluluk, eser sahibindedir.¹⁴ Eser sahibini kanunda belirtilen nedenlerle sorumlu tutma imkanını olmadığı zamanlarda, cezai sorumluluk, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili kişiye aittir. Basın Kanunu'nun bu maddesi hem Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı hem de 5327 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle çelişmektedir. Ortaçağ Hıristiyanlık hukukunun bir uzantısı olan objektif sorumluluk artık günümüz çağdaş ceza kanunlarında bulunmamaktadır. Bize göre, bu durumlarda, objektif sorumluluk yerine hukuki sorumluluk benimsenmelidir.

İnternet üzerinden işlenen hakaret sularında en önemli sorun, suçun failinin belirlenmesidir. Gerçekten bu yeni teknolojik imkanın sayısız faydaları karşısında sayısız zararları da vardır. Öyle ki, zarar veren kişilerin bulunmasının zorluğu zararın boyutlarını biraz daha arttırmaktadır. İnternette kişiler kendi adlarına web sayfaları açabilmekte, e-mail adresleri alabilmektedirler. Bu web sayfası veya e-mail adresi alınırken sahte kimlik kullanılabilir. Bir başka ifadeyle, takma ad veya her hangi bir gerçek dışı isimle kişiler kendi adlarına web sayfası veya e-mail adresi alabilmektedirler. Böyle bir imkanın olması, internet aracılığıyla işlenen suçlarda gerçek suçluyu bulmayı zorlaştırmakta hatta imkansızlaştırmaktadır. Aynı şekilde, işlenen bir suçun cezai takibatının yapılabilmesi için, suçun işlendiği zamanın belirlenmesi önemlidir. Çünkü her suça ilişkin bir dava zamanaşımı söz konusudur. Suçun failinin belirlenmesindeki güçlük aynı şekilde suçun işlendiği zamanın belirlenmesinde de geçerlidir. Bu durum, hem suçun failinin belirlenmesi hem de suça ilişkin ceza yargılaması işlemlerinin başlatılması bakımından sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Konuyu bir de uluslararası boyutu ile ele aldığımızda sorunun büyüklüğünü daha da net anlayabiliriz. Böyle bir durumda suç nerede işlenmiş sayılacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12. maddesinde genel yetkili mahkemeler düzenlemiş 13. maddesinde ise özel yetkili mahkemeler düzenlenmiştir. Suç, yurt içinde veya yurt

¹⁴ Fiammela, *a.g.e.*, s. 9.

dışında işlenmişse yetkili mahkemenin belirlenmesi, 12. maddenin 5. fıkrasına göre belirlenecektir. Anılan maddeye göre, görsel veya işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmişse veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir. Bu yetki özel yetki olduğu için, her zaman suçun işlendiği yer genel yetkilidir. Burada genel yetkili yer yayım merkezinin olduğu yerdir. Ancak yayım merkezi yurt dışında olursa özel yetki kuralına başvurulacaktır.

Suç, hakaret niteliği taşıyan fiilin algılandığı veya öğrenildiği anda işlenmiş sayılacağından, mağdurun, tahkir edici eylemi öğrendiği yer ve zamanda suç işlenmiş sayılacaktır. Yer yönünden yetkili mahkeme, dava zamanasını bu esasa göre belirlenmelidir. Algılanmadığı veya öğrenilmediği müddetçe suç, teşebbüs aşamasında kalmış sayılmalıdır.

IX. SONUÇ

1. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 765 sayılı yürürlükten kaldırılan kanundan farklı bir düzenlemeye gitmiştir. 765 sayılı kanunun 480. maddesi hakaret suçunu, 482. maddesi ise sövme suçunu düzenlemiştir. Böylece, kişilerin toplum içindeki onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek fiilleri belli bir ağırlık ölçütüne tabi tutmuştu. 5237 sayılı kanun, 125. maddesiyle 480. ve 482. maddeleri birleştirdi, sövme suçunu hakaret suçunu bir unsur haline getirdi. Bize göre, bu düzenleme değiştirilmeli, madde aynı kalmak koşuluyla sövme fiilinin cezası daha az olmalıdır. Çünkü olgu isnadında bulunma (yer ve zaman göstererek tahkir edici fiiller gerçekleştirmek), sadece soyut ifadeler şeklindeki sövme fiillerine göre, mağduru daha fazla rencide edebilecek niteliktedir.

2. Hakaret suçunun internet yoluyla işlenmesine ilişkin hem özel bir yasa olan 5187 sayılı Basın Kanunu'nda hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bir düzenleme yoktur. 125. maddenin 2. fıkrasında; '*....sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi...*' şeklindeki düzenleme, internetin, bu özellikleri bünyesinde barındırdığı için, yorum yoluyla, interneti de kapsadığı sonucu çıkarılabilir.

3. İnternetin kendine has özellikleri dolayısıyla, suç faillerinin ve suçun ne zaman ve nerede işlendiğinin tespiti çok zor, hatta imkansız olabilmektedir. İnternet'in uluslararası bir iletişim aygıtı olduğu göz

önüne alındığında, bu suçlarla mücadelenin yapılabilmesi için, uluslararası ortak bir çalışma gerekir. Aksi takdirde tek veya birkaç ülkenin ortak çabası yeterli olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Antolisei, Francesco, *Manuale di diritto penale, parte speciale, reati contra la persona*, Giuffrè, Milano 1997.
- Cammarata, Marilino; in: *Regole vecchie per un mondo nuovo*, 09 luglio 1996, i. www.interlex.it.
- Corasaniti, G., *La tutela della comunicazione informatica e telematica*, in *Profili penale dell'informatica*, Giuffrè, Milano, 1994.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 2001.
- Erman, Sahir, *Hakaret ve Sövme Cürümleri*, İstanbul 1989.
- Fiammela, Bruno, *La Diffamazione in İnternet*, www.filodiritto.com,
- Galdieri, Paolo, *Teoria e pratica nell'interpretazione del reato informatico*, Giuffrè, Milan, 1997.
- Garrapa, Naida, *İnternet e diritto Penale tra lacune legislative, presunte o reali, panorami transanziali, analasi de jure candido, e prospettive de jure condendo* in: www.diritto.it.
- Gılı, Annarita, *Perseguibile davanti ad un giudice italiano la diffamazione on-line mediante un 'sito Straniero'* in www.apogeeonline.com del 20 febbraio 2001.
- Giorgio, Pica, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Utet 1999.
- Perrone, Marcello Begonzi, *La registrazione dei periodici on line, una questione di interpretazione estensiva per un atto davuto*, 13 gennaio 2000.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2006.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, 2006.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2005.

MUHAFAZA GÖREVİNİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

Reha SÜMER*

I. Giriş ve Yasal Düzenleme

İncelememizin konusunu, kendisine güvenildiği için resmî kurumlar tarafından bir malın muhafazasıyla görevlendirilen kişinin, yüklendiği sorumlulukla uyumlu olmayan davranışları oluşturmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme ve gerekçesi şöyledir:

“Muhafaza görevini kötüye kullanma

Madde 289: (1) Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kişinin bu malın sahibi olması hâlinde, verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan suçun konusunu oluşturan eşyayı kovuşturma başlamadan önce geri veren veya bunun mümkün olmaması hâlinde bedelini ödeyen kişi hakkında verilecek cezaların beşte dördü indirilir.

(3) Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan malın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyayı amacı dışında kullanan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

* Yargıtay 4. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi.

GEREKÇE: Madde metninde tanımlanan suç, esas itibarıyla güveni kötüye kullanma suçunun özel bir şeklini oluşturmaktadır. Ancak, malın kişiye özel bir görevin gereği olarak teslim edilmiş ve kişinin bunları olduğu gibi muhafaza ile ödevlendirilmiş olması nedeniyle, fiil aynı zamanda bir görevin kötüye kullanılmasını da ifade etmektedir.

Birinci fıkraya göre, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunulması, bu suçu oluşturacaktır. Teslim amacı muhafaza olduğuna göre, suçun konusunu oluşturan malın örneğin satılması, başkasına verilmesi gibi, bu amaçla bağdaşmayan davranışlar, söz konusu suçun oluşumuna neden olacaktır. Bu bakımdan, söz konusu suç, serbest hareketli suç görünümlü arz etmektedir. Failin suç konusu eşyanın sahibi olması, cezanın indirilmesini gerektiren bir neden olarak kabul edilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında bu suçla ilgili olarak etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. Bu suçun konusunu oluşturan eşyanın kovuşturma başlamadan önce geri verilmesi veya bunun mümkün olmaması hâlinde bedelinin ödenmesi, etkin pişmanlığı gösteren kişi açısından cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsî sebep olarak kabul edilmiştir.

Üçüncü fıkrada ise, birinci fıkranın konusunu oluşturan eşya ile ilgili olarak bir taksirli suç tanımına yer verilmiştir. Bu eşyanın kendisine teslim edilen kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olması, suç olarak tanımlanmıştır.

Dördüncü fıkrada, ayrı bir suç tanımlaması yapılmıştır. Bir suça ilişkin soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyanın amacı dışında kullanılması, bu suçu oluşturacaktır.”

II. Suçun Unsurları

1. Korunan Hukuki Değer

Her suç bir ya da birden çok hukuki değeri koruma altına alır. “Hukuki değerler, hukuk toplumundaki sosyal düzenin devamı için geçerliliği zorunlu olan ideal manevî değerlerdir. Bu değerler sosyal düzen açısından korunması gereken soyut değerlerdir. Somut bir varlığı olmayan bu değerler doğrudan doğruya bir zarara veya tehlikeye uğramazlar. Bu değerlere tecavüzün anlamı kişinin işlediği fiille bu ideal değerleri tanımadığını onun geçerliliğine karşı çıktığını göstermesidir. Hukuki değerlerin kaynağı davranış normlarıdır. Davranış normlarıyla koruma altına alınan hukuki değer bir

şahıs veya eşyanın ilişkin olduğu bir husustur. Bu hukuki değerlerin nesnel bir yönü yoktur."¹ Hukuki değerler bireylere, topluma veya devlete ait olabilir. Dolayısıyla bunlar bireysel, toplumsal veya kamusal nitelik taşıyabilir.²

İnceleme konumuz olan suç "*adliye karşı suçlar*" bölümünde düzenlenmiştir. Adli veya diğer kamu organları tarafından yönetime uygun biçimde bir malın muhafazası için yapılan görevlendirmeye aykırı davranılması yaptırımına bağlanmıştır. Bu bakımdan malın muhafazası görevlendirmesini yapan organların güvenirliliği ve işleyişi korunmak istenmektedir.³ Selçuk, yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçunun birden fazla değeri koruduğunu ve bu suç nedeniyle hem devlet yönetimi hem de malvarlığı değerlerinin ihlal edildiği görüşündedir.⁴

2. Suçun maddi unsurları

a. Fail

Fail suçun kanuni tanımındaki fiili gerçekleştiren kişidir. Ceza kanunlarında öngörülen suçların büyük bir kısmı herkes tarafından işlenebilirken bazı suçlar ancak belirli bir niteliğe sahip kişiler tarafından işlenebilmektedir. Fail yönünden kanunda öngörülen hukuki ya da fiili niteliklerin arandığı suçlara özgü suç denir. Bu suçlar herkes tarafından işlenemez.⁵

Yasal düzenlemede belirtilen özel ve objektif nitelikleri taşıdığı özgü suçların faili özel bir yükümlülük altında bulunmaktadır. "*Özel yükümlülük altındaki kişilerin fail olabileceği suçlara yükümlülük suçları da denmektedir.*"⁶

Elkonulmuş malın resmen teslim edildiği kişi bu suçun faili olabilir. Failin niteliğine göre muhafaza görevini kötüye kullanma suçu da

¹ Özgenç, İzzet, *TCK Şerhi Genel Hükümler*, 2005, s. 200-201.

² Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku, Genel Kısım* 2005, s. 92-93 .

³ Erman / Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, 1992, s. 459. Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1994, s. 253.

⁴ Selçuk, Sami, *Karşıoylarm*, 2001, s. 412.

⁵ Toroslu, Nevzat, *a. g. e.*, s. 91-92. Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2005, s. 90.

⁶ Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s. 221-222.

özgü bir suçtur. Yasa koyucu bu suçun failini muhafız olarak adlandırmışsa da uygulamada yediemin terimi daha çok kullanılmaktadır.⁷ Bu nedenle yedieminlik sıfatının kazanılmasının koşullarına değinmek istiyoruz.

Yedieminlik sıfatının kazanılmasını sağlayan işlemin hukuken geçerli olması gerekir. Görevlendirmenin dayanağını oluşturan işlem, yetkili kamu idaresince ve mevzuatta öngörülen yönetime uygun biçimde yapılmalıdır. Yediemin veya muhafız sıfatını kazanabilmek için gerekli bazı koşullar vardır. Bunları şöyle sıralayabiliriz:

- Yedieminin hukuki ehliyete sahip olması: Hukuki ehliyetin bulunup bulunmadığı Medeni Kanun hükümleri uyarınca tespit edilmelidir. Yaş küçüklüğü⁸ veya akıl hastalığı yediemin olarak görevlendirmeye engel oluşturur.⁹

- Görevlendirmenin adli ya da diğer kamu organlarınca yapılması: Gerçek veya tüzel kişilerce yapılan özel görevlendirmeler bu suçu oluşturmaz. Bu durumda koşulları bulunduğu takdirde güveni kötüye kullanma suçunun varlığı düşünülmelidir.¹⁰

- Kamu idaresinin görevlendirmeye ilişkin iradesinin yönetime uygun biçimde açıklanması: Görevlendirmeye ilişkin hukuki işlemde iradeyi sakatlayan herhangi bir eksiklik bulunmamalıdır.¹¹

b. Suçun Konusu

Suç, hacizli, rehinli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş mallar hakkında işlenebilir. Mal kavramından dış dünyada fiziki varlığı somut olarak algılanabilen şeyler anlaşılmalıdır. Maddesel niteliği bulunmayan alacaklar ve haklar bu suçun konusunu oluşturmazlar.¹²

⁷ Erman / Özek, *a. g. e.*, s. 459.

⁸ Yargıtay 4. CD'nin 8.4.1997,1997/2330-2736 ve 4.3.1997,1997/1012-1395 tarih ve sayılı kararları.

⁹ Önder, Ayhan, *a. g. e.*, s. 254. Erman / Özek, *a. g. e.*, s. 459-460. Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, 1993, s. 499.

¹⁰ Erman / Özek *a. g. e.*, s. 459.

¹¹ Erman / Özek *a. g. e.*, s. 460.

¹² Gözübüyük, Abdullah Pulat, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1988, s. 1144; Önder, Ayhan, s. 254.

Mal sözcüğü bir üst kavram olarak ele alındığında taşınır ve taşınmazları kapsadığı kabul edilebilir. Bu suçun maddi konusunu oluşturacak mallar üzerinde doktrinde çeşitli görüşler vardır. Bazı yazarlara göre bu suçun konusu sadece taşınır mallardır.¹³ Kimi yazarlar ise hem taşınır hem de taşınmazların, bu suçun maddi konusunu oluşturabileceğini ileri sürmektedirler.¹⁴ Suçun oluşması açısından malın mülkiyetinin kime ait olduğu önemli değildir. Yasa koyucu bu hususu hükmedilecek cezada indirim nedeni olarak öngörmüştür.

Muhafaza edilecek mal rehinli, hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş mal olmalı ve resmen teslim edilmiş olmalıdır.

aa. Rehinli Mal

Rehin işlemi, Medeni Kanun hükümlerine uygun biçimde yapılmalıdır. Anılan yasanın 939. maddesi taşınır, 850. maddesi ise taşınmaz mal rehnini düzenlemiştir. Faruk Erem, rehin tabirinin kaynak kanundaki "*pignoramento*" sözcüğünün anlam karşılığı olmadığını ve yanlış çeviri sonucu 765 sayılı kanuna girdiğini belirtmiştir. Erman / Özek ise ancak bir kamu kuruluşundan alınan borç para karşılığında bu kamu kuruluşunca borçlunun taşınabilir bir malının rehin alınmasına karar verilmiş ve bu mal bir yediemine teslim olunmuşsa yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçunun ön şartının gerçekleştiğini ileri sürmüştür.

bb. Hacizli Mal

Haczin dayanağı bir yargı kararı ya da idari bir işlem olabilir.¹⁵ Uygulamada en sık rastlanan haciz işlemlerinin dayanağı İcra ve İflas Yasası ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'dur. Anılan yasalarda öngörülen yetkili merciler tarafından yöntemince yapılan işlemler sonucu haczedilen mallar bu suçun maddi konusunu oluşturur.

¹³ Erem, Faruk, *a. g. e.*, s. 499; Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 461.

¹⁴ Gözübüyük, Abdullah Pulat *a. g. e.*, s. 1143; Önder, Ayhan, *a. g. e.*, s. 254.

¹⁵ Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 461.

c. Herhangi Bir Nedenle Elkonulmuş Mal

Yasadaki herhangi bir nedenle elkonulmuş mal deyiminden rehin ve haciz kararları uygulamaları dışında bir kişinin malı üzerindeki tasarruf yetkisinin yetkili bir organ tarafından kısıtlanması sonucunu doğuran her türlü işlem anlaşılmalıdır.¹⁶ *“Elkoyma işleminin mal sahibinin zararına yapılmış olması gerekir. Mal sahibini korumak amacıyla yapılan bir işlem bu suça konu olamayacaktır. Örneğin, bir kimsenin vesalet altına alınması veya mallarının kayıma teslim olunması bu madde kapsamında bir elkoyma sayılmaz.”*¹⁷

cc. Resmen Teslim

Hacizli, rehinli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş mal faile resmen teslim edilmelidir.¹⁸ Resmî teslim, hacizli, rehinli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş malın yediemine yetkili resmî organ¹⁹ tarafından yönetime uygun ve fiilen verilmesidir.²⁰ Suçun konusunu oluşturan mal yediemine fiilen teslim edilmedikçe suç oluşmaz. Teslimin nasıl yapılacağı konusunda bazı kanunlarda özel düzenlemeler yer almaktadır.

Orman Yasası'nın 84. maddesi, belirtilen ayrıık hükümlere örnek olarak gösterilebilir. Bu maddede belirtilen yönetime uyulmadan yapılacak bir teslim işlemi suçun oluşmasını engelleyecektir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, Orman Yasası uygulamasından doğan yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçlarında 6831 sayılı yasanın 84. maddesindeki sıraya uygun biçimde teslim yapıp yapılmadığının araştırılması gerektiği aksi takdirde hukuka uygun teslimden söz edilemeyeceğinden suçun oluşmayacağını kabul etmektedir.²¹ Orman Yasası'nın 84. maddesinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik'in 4/3, 6/2 Maddeleri'ne göre, suç konusu emvalin ya da suç araçlarının orman depolarına na-

¹⁶ Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 461.

¹⁷ Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 461.

¹⁸ Erman/Özek, *a. g. e.*, s. 461; Erem, Faruk, *a. g. e.*, s. 498.

¹⁹ Yargıtay 4. CD'nin 15.10.2002 tarih ve 12965-14941 sayılı kararı "...Emlak Bankası AŞ'nin resmî kurum olmadığı ve resmen teslim bulunmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi, yasaya aykırı..."

²⁰ Önder, Ayhan, *a. g. e.*, s. 255.

²¹ Yargıtay 4. CD'nin 23.3.1998, 1385-1804; 24.6.1997, 6081-5660; 26.6.1997, 6248-5788 ; 7.9.1994, 6061-6318 tarih ve sayılı kararları.

kil ve teslim imkânı yok ve suç yerindeki köy yetkililerine veya belediyelere teslimi hiçbir şekilde mümkün olmuyorsa, sanığı olmamak kaydıyla itimada şayan diğer şahıslara rızaları ile ve ücretsiz olarak yediemin olmak üzere teslim edilebilir. Orman Yasası'nın 84. maddesindeki sıralamaya uyulmadan anılan yönetmelik hükümleri uyarınca kendisine mal teslim edilen yediemin yönünden de suçun oluşabileceğini kabul eden görüş; Orman Yasası'nın 84. maddesi'ndeki düzenlemenin amacının işlemin hukuki geçerliliğini belirlemek değil malın mümkün oldukça en güvenilir kişiye teslimini sağlamak olduğunu ileri sürmektedir.²² Kanaatimizce, yönetmelik hükümlerini yasanın buyurucu kuralını tamamlayan, sorunun çözümünü bir adım ileriye taşıyan ve yasayla çelişki içermeyen kurallar olarak yorumlamak daha isabetli olacaktır. Bu nedenle daire kararlarında belirtilen uygulamanın, Orman Yasası'nın 84. maddesi'ne göre teslim olanağı bulunmayan durumlarda, anılan yönetmeliğin tamamlayıcı kuralları gözetilerek sürdürülmesinde yarar vardır. Böylece konuyla ilgili tüm mevzuat hükümleri bir bütünlük ve uyum içerisinde değerlendirilmiş olacaktır.

Teslimin dayanağını oluşturan işlemin, ortadan kalkmasından sonra mal o andan itibaren kişinin elinde yediemin sıfatıyla bulunmamaktadır. Bu nedenle, *"rehin/haciz/elkoyma bir kararla kalktıktan sonra fail suç oluşturan davranışları gerçekleştirmişse, yedieminlik sıfatı kalktığı için artık fail yerine göre hırsızlık ya da inancı kötüye kullanma suçlarını işlemiş olacak bir başka deyişle hiçbir zaman sorumluluktan kurtulamayacaktır. İtalyan, Fransız öğretisi ve Fransa'da 1850'lerden, İtalya'da 1800'lerden bu yana yargı kararları bu doğrultudadır. Görevlinin haciz, rehin ya da elkoyma işleminin varlığı zorunludur. Ancak bu işlemin hiçlikle sakat ya da süre vb. nedenlerle son bulmasına yediemin değil yalnızca devlet görevlisi karar verebilir. Yedieminin kendiliğinden buna karar verme yetkisi yoktur ve bu nedenler olsa bile sorumluluğu sürecektir."*²³

c. Fiil

Rehinli, hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş mal üzerinde teslim amacı dışında tasarrufta bulunmak fiilî suçun maddi unsu-

²² Gökcan, Hasan Tahsin, *Mühür Bozma, Yedieminlik Yükümlülüğüne Uymama, İhtiyati Tedbir Kararlarına Aykırılık Suçları*, 2001, s. 99.

²³ Selçuk, Sami, *a. g. e.*, s. 408-412.

runu oluşturmaktadır. Suç madde gerekçesinde de belirtildiği üzere serbest hareketli bir suçtur. Suçun oluşması açısından hareketin nasıl gerçekleşmesi gerektiğinin belirlenmediği suçlar serbest hareketli suçlardır.²⁴ Bu tür suçları düzenleyen yasal hükümler hareket yönünden belli somut özellikler içermezler.²⁵ Kanunda serbest hareketli suç olarak tanımlanmış olan suçlar hem icrai hem ihmali davranışla işlenebilir.²⁶ Serbest hareketli bir suç olduğu madde gerekçesinde belirtilen yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçunun da icrai ya da ihmali davranışla işlenebilmesi olanaklıdır. Bu suç, rehinli, hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş malı sahibine ya da başkasına vermek, satmak, niteliğini değiştirmek, zarar vermek, bozmak, tüketmek gibi icrai veya idarece istenmesine karşın malı vermemek, hazır etmemek ya da teslimden kaçınmak biçimindeki ihmali davranışlarla işlenebilir. Tüm bu hâllerde önemli olan husus teslim amacı dışında tasarrufta bulunulmasıdır. Teslim amacının belirlenmesi yönünden bazı terimlerin tanımları şöylece belirtilebilir:

- Tasarruf: Bir şeyi istediği gibi kullanma yetkisi, kullanım.
- Tasarruf etmek: Bir malın sahibi olarak, onu istediği gibi kullanmak.
- Muhafaza: Koruma, saklama, korunum.
- Muhafaza etmek (veya edilmek): Korumak, saklamak veya korunmak, saklanmak, olduğu gibi bırakmak, kapatmak veya bırakılmak, kapatılmak.²⁷
- Teslim amacı: Bir malın rehin, haciz veya herhangi bir nedenle elkonularak, muhafaza edilmesi.

Teslim amacının failin yükümlülüklerine dayanılarak saptanması suçun maddi unsurunun açıklığa kavuşturulmasını da kolaylaştıracaktır. Suçun faili başlığı altında da belirttiğimiz üzere özgü suçlara “yükümlülük suçları” da denilmektedir. 765 sayılı yasa döneminde, Yargıtay 4. Ceza Dairesi de 276. maddede düzenlenen suçun adını yedieminlik yükümlülüğüne uymama olarak benimsemiştir. Bu suçun

²⁴ Toroslu, Nevzat, *a. g. e.*, s. 118.

²⁵ Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 2005, s. 258.Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, Cilt1 s. 127. Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s. 207.

²⁶ Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s. 235.

²⁷ *Türk Dil Kurumu Genel Sözlük*, www.tdk.gov.tr

failinin kendisine verilen görevden kaynaklanan bazı yükümlülükleri vardır. Bunların neler olduğunu yukarıda belirtilen tanımlardan ve suçun niteliğinden hareketle belirlemek olanaklıdır.

- Kendisine resmen teslim edilen malı korumak, saklamak ve olduğu gibi bırakmak. Bir başka deyişle malı, fiziki ve hukuki varlığı ile değerine yönelik risklerden uzak tutmak. Belirtilen yükümlülük, İİK'dan kaynaklanan yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçlarında üçüncü kişiler açısından adı geçen yasanın 358. maddesinde suçun konusunu oluşturan malı "önceki durumunda" iade ifadesiyle yer almıştır. Bir başka deyişle yediemin görevi süresince malın kendisine teslim edildiği andaki durumunu aynen koruyacaktır.

- Resmen teslim işlemini gerçekleştiren yetkili organ istediğinde rehinli hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş malı geri vermek veya hazır etmek. Yedieminin bu yükümlülüğü ise suçun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten de adli ya da diğer kamu idareleri muhafaza görevini sınırlı bir süre için yediemine devretmektedir. Muhafaza görevi süresinin sınırsız olduğu düşünülemez. Yedieminlik görevi kamu idaresinin iradesiyle doğduğuna göre yerine getirilme koşulları da idarenin iradesine bağlıdır. Muhafaza görevi idarenin idaresine uygun biçimde yerine getirilmek durumundadır. Mal üzerinde tasarruf yetkisi, yediemine teslim işlemini gerçekleştiren idareye aittir. Yediemin ya da muhafızın malı koruma ve olduğu gibi bırakma yükümlülüğünün süresi sınırlıdır. İdarenin bu görevin süresini belirleme yetkisi vardır. Bu nedenle idare herhangi bir zamanda teslim ettiği malı geri isteyebilir. Muhafız veya yediemin de istendiği anda malı geri vermeli ya da alınmaya hazır durumda bulundurmalıdır. Yedieminin anılan yükümlülüğünü açıkça düzenleyen yasal hükümler de vardır. İcra ve İflas Kanunu'nun 358. maddesi, anılan Kanun'dan kaynaklanan muhafaza görevini kötüye kullanma suçlarında, yediemin olan üçüncü kişilerin, icra dairesi istediği anda malı geri verme yükümlülüğü bulunduğunu belirterek aksine davranışları cezai ve hukuki yaptırıma bağlamıştır. Benzer bir düzenleme, 5271 sayılı CMK'nın 132/5 maddesinde yer almaktadır. Anılan hükümde, elkonulan eşyanın soruşturma ve kovuşturma evrelerinde bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhâl iade edilmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebileceği öngörülmüştür.

- Kanaatimizce, teslim amacını; rehinli, hacizli ya da herhangi bir nedenle elkonulmuş malı istendiğinde idareye geri vermek veya hazır etmek üzere geçici bir süreyle olduğu gibi bırakmak, korumak veya saklamak, suçun maddi unsurunu oluşturan teslim amacı dışında tasarrufta bulunma kavramını ise; rehinli, hacizli ya da herhangi bir nedenle elkonulmuş malı görevlendirmeyi yapan idare tarafından istendiğinde geri vermek veya hazır etmek üzere geçici bir süreyle olduğu gibi bırakma, koruma veya saklama yükümlülüğüne aykırı olarak istediği gibi kullanmak biçiminde tanımlayabileceğimizi düşünüyoruz.

5237 sayılı kanununun 289. maddesindeki suç, idarece istendiğinde hacizli, rehinli ya da elkonulmuş malı geri vermemeyi, saklamayı veya teslimden kaçınmayı da kapsamaktadır. Çünkü bu davranışlar malın teslim amacına aykırı tasarruf niteliğindedir. Bunun aksi bir görüşün kabul edilmesi hâlinde, suçla korunan hukuki değer ve suçun konusu korumasız kalacağı gibi, özel yasalarda da açıkça düzenlenen idarece istendiğinde malı geri verme yükümlülüğünün ortadan kaldırıldığı gibi bir sonuç doğacaktır. Diğer yandan yedieminin, istemesine karşın malı geri vermemesi veya teslimden kaçınmasının suç sayılmaması, gerçek kişinin iradesinin kamu idaresinin iradesinden üstün tutulduğu anlamını taşıyacaktır. Kamu idaresinin iradesi yedieminin keyfi davranışları ile uygulanamaz duruma düşecek ve devletin yapabilme, yerine getirme gücü sarsılacaktır. Özellikle alacağın elde edilmesi amacıyla gerçekleştirilen haciz işlemi işlevsiz kalacaktır. Yediemin malı vermediğinde satış aşamasına geçilemeyecek ve takip alacaklısı gerçek kişilerin veya kamu idarelerinin alacaklarını tahsil etmeleri yedieminin iradesine bağlı kılınmış olacaktır. Yükümlülüğünü yerine getirmeyen yedieminin, cezai yaptırımla karşılaşmaması yasa hükümlerinin uygulanırlığını tartışmaya açacaktır. Diğer olumsuz sonuçlardan birisi de, keyfi bir tutumla geri verilmeyen malın elde edilmesi için izlenecek hukuk davası sürecinin, anlaşmazlık sayısını çoğaltması ve alacaklının hakkına kısa sürede kavuşmasını önleyecek olmasıdır. Suçun, “malı geri vermemeyi, saklamayı veya teslimden kaçınmayı” kapsamadığı yönündeki bir görüş, suçun ihmali davranışla da işlenebileceğine ilişkin yapısal niteliği de göz ardı etmiş olacaktır.

Hacizli, rehinli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş malın yediemin tarafından kullanılması durumunda bu suç oluşur mu? Bu sorunun yanıtını verebilmek için öncelikle malın yediemine hangi amaçla teslim edildiğini hatırlamak gerekir. Hacizli, rehinli veya herhangi

bir nedenle elkonulmuş mal yediemine koruması için verilmektedir. Kullanmayla malın aşınması, yıpranması, değerinin azalması veya zarar görmesi olasılığı vardır. Malın yediemin tarafından kullanılmasının teslim amacına aykırı olmayacağını kabul etmek, adli veya diğer kamu idaresinin iradesi, yedieminin yükümlülükleri, suçun niteliği ve maddi unsurları ile çelişkili sonuçlara yol açabilecektir. Malın kullanılmasıyla ortaya çıkabilecek risklerin, koruma kavramıyla örtüştüğünü söyleyebilmek olanaksızdır. 765 sayılı yasa döneminde yediemin sanığın malı kullanması durumunda suçun oluşmayacağı yolundaki kararlar²⁸ yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçunun, seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlendiği 765 sayılı TCK'nın 276. maddesinde, kullanmanın, maddi unsuru oluşturan hareketler arasında sayılmamış olmasından kaynaklanmıştır.

Oysa 5237 sayılı TCK'da, yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçu, serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Malı kullanarak değişik biçimlerde yarar sağlamak da teslim amacına aykırı icrai nitelikte bir harekettir. Erman / Özek, 765 sayılı yasanın yürürlükte olduğu dönemde İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin çeşitli kararlarına dayanarak kullanmanın malın kaybına, bozulmasına, tükenmesine veya zarar görmesine yol açması durumunda suçun oluşacağını belirtmiştir.²⁹ Kanımızca yeni düzenleme ile önemli olan malın teslim amacına uygun biçimde muhafaza edilmesidir. Malın teslimi ile kullanma biçiminde bir tasarruf yetkisi verilmemiş, diğer bir deyişle suçun konusunu oluşturan mal üzerindeki kullanma, teslim amacı dışında bir tasarruf niteliğindeyse, mal üzerinde bir zarar meydana gelemese dahi, suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Bu gibi durumlarda da maddi unsurun gerçekleşmesi bakımından ölçüt, tasarrufun teslim amacı dışında olup olmadığıdır.

2. Suçun Manevi Unsuru

Yeni Türk Ceza Kanunu sisteminde esas alınan suç teorisine göre, kast ve taksir bir kusurluluk türü olmayıp, haksızlığın gerçekleşme şekilleridir.³⁰ Yasal düzenlemeye bakıldığında, yedieminlik yükümlü-

²⁸ Yargıtay 4. CD'nin 16.4.2003, 2002/17745-2003/2488; 9.12.1998, 8999-11351; 20.5.1997 tarih, 3874-4121 tarih ve sayılı kararları.

²⁹ Erman / Özek, *a. g. e.*, s. 463-464.

³⁰ Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s. 241.

lüğüne uymama suçunun kasten ya da taksirle işlenebileceği görülmektedir.

a. Suçun Kasten İşlenmesi

Kast TCK'nın 21/1 maddesinde "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir" biçiminde ifade edilmiştir. Buna göre kastı, bilmek ve istemekten oluşan manevi bir unsur olarak tanımlayabiliriz. Suç oluşturan fiile ilişkin olup yasal tanımda yer alan kurucu unsurlar fail tarafından fiil gerçekleştirilmeden önce bilinmelidir ve istenmelidir.³¹ Kastın iki türü vardır. Bunlar doğrudan ve olası kastsır. TCK'nın 21/2 maddesinde olası kast açıklanmıştır. Suçun yasal tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesi durumunda olası kastın varlığından söz edilebilir. Kastın bu türünde kurucu unsurların gerçekleşmesi fail tarafından kabullenilmektedir. "Kasten işlenebilen suçlar, ilke olarak hem doğrudan hem de olası kastla işlenebilir. Ancak, kanundaki tanımında "bilerek" ifadesine yer verilmiş olan suçlar sadece doğrudan kastla işlenebilir."³² Suçun yasal tanımında "bilerek", "bilmediği hâlde", "bilmesine rağmen" gibi ifadelerle açıkça yer verilen suçlar, olası kastla işlenemez.³³ TCK'nın 289. maddesinde belirtilen ifadeler bulunmadığından bu suçun kural olarak doğrudan veya olası kastla işlenebileceğini düşünmekteyiz.

b. Suçun Taksirle İşlenmesi

Suçun manevi unsurunun taksirli hâli, 289. maddenin 3. Fıkrası'nda düzenlenmiştir. Taksir yasal tanımdaki unsurlardan birisinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla öngörülememesidir. Netice öngörülebilen değilse, failden özen ve dikkat göstermesi beklenemez. Öngörülebilen olmayan bir netice açısından özen gösterme yükümlülüğünün bulunduğu söylenemez.³⁴ Dikkat ve özen yükümlülüğü objektif olarak saptanan davranış kurallarına göre belirlenir.³⁵ Taksire

³¹ İzzet Özgenç'e göre kastın bilme ve isteme unsurlarından oluştuğuna ilişkin ayırım kastı bir kusurluluk biçimi olarak kabul eden klasik görüşün bir sonucudur.

³² Bkz. 5237 sayılı TCK'nın 21. madde gerekçesi.

³³ Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s. 305.

³⁴ Centel / Zafer / Çakmut, *a. g. e.*, s. 410.

³⁵ Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s. 313. Toroslu, Nevzat, *a. g. e.*, s. 199.

ilişkin genel hükümler TCK'nın 22. maddesinde yer almaktadır. Suçlar ancak kanunda açıkça düzenlenmişse taksirle işlenebilir ve taksirli fiili gerçekleştiren fail cezalandırılabilir.³⁶ Taksirli suçun varlığı failin ihmali veya icrai nitelikte iradi bir hareketine bağlıdır. Bu tür suçlarda netice bir unsur olarak öngörülmektedir. Netice dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıştan doğmalıdır. Bir başka deyişle netice ile failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Taksirli suçlardan ötürü verilecek ceza failin kusuruna göre belirlenir. Yargıç, normatif olarak failin kusurluluğunu değerlendirecektir. Yargıç bu değerlendirmeyi yaparken failin yeteneklerini, algılama gücünü, tecrübesini, bilgi düzeyini ve içinde bulunduğu koşullar altında objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek bir durumda olup olmadığını gözetecek ve ulaştığı sonuca göre kusurun bulunup bulunmadığına karar verecektir.³⁷

Suçun taksirli hâli nedeniyle sorumluluk açısından yasada öngörülen iki neticeden birisinin gerçekleşmesi gerekir. Başka bir deyişle yediemin sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışıyla hacizli, rehinli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş malın kaybolması ya da bozulması arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi de 765 sayılı TCY'nin uygulandığı dönemde suçun taksirle işlenebileceğine ilişkin çeşitli kararlar vermiştir.³⁸

3. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık unsuru doktrinde farklı biçimde ele alınıp değerlendirilmiştir. Toroslu'ya göre; suçun temel özelliği hukukla çatış-

³⁶ Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s. 313. Toroslu, Nevzat, *a. g. e.*, s. 193.

³⁷ Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s. 314.

³⁸ Yargıtay 4. CD 16.11.1998 tarih ve 1998/9644-10185 sayılı kararı " Sanığın, yediemin olarak teslim aldığı kardeşine ait ev eşyalarının geçimsizlik sonucu evini terk eden kardeşinin eşi tarafından alınıp götürülmesinden ibaret eylemde, savsama ve özensizlik bulunup bulunmadığının ve TCY'nin 276/3 Maddesi'nin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken.." Yargıtay 4. CD 4.3.1998 tarih ve 1998/459-1778 sayılı kararı " Sanığın, yediemin olarak teslim aldığı hayvanların, işi gereği Ankara'ya giderken hacizli olduklarını bildirmemesi nedeniyle çocukları tarafından kesilerek elden çıkarılmasına yol açma eyleminin, önödeme gerektiren TCY'nin 276/3 Maddesi'ne girip girmeyeceğinin tartışılması,....."

ması, hukukun karşıtı olmasıdır. Bu çatışma hukuka aykırılık olarak adlandırılır. Bu kavram hem biçimsel hem de maddi bir özellik taşır. Hukuka aykırılığın içeriği hukuken korunan menfaatin ihlalinden yani hukuk normunun korumak istediği varlık veya menfaatin zarar görmesinden ibarettir. Hukuka aykırılık suçun bir unsuru değil ana özelliğidir.³⁹ Özbek, suçun bağımsız bir unsuru olarak kabul ettiği hukuka aykırılığı, belirli bir normda belirtilen emir veya yasağa uygun hareket edilmesi kuralına aykırılık olarak tanımlamaktadır.⁴⁰ Özgenç, hukuka aykırılığın içeriğini davranış normlarının belirlediğini, bir fiilin hukuka aykırılığının bütün hukuk sistemine aykırılığını ifade ettiğini ve hukuka aykırılığın azlığından veya çokluğundan söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Hakeri, hukuka aykırılık unsurunu hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması biçiminde açıklamaktadır.⁴¹ Centel / Zafer / Çakmut ise hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için iki koşulun gerçekleşmesi gerekir. İlk olarak fiil ceza hukuku kuralları ile çelişki durumunda bulunmalıdır. İkinci olarak da bu fiilin yapılmasına tüm hukuk düzeninde olanak veren başka bir kural (hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden) bulunmamalıdır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler hukukun tüm dallarından kaynaklanabilir. Temel düşünce hukukun bütünlüğü olduğu için bir hukuk dalının izin verdiği bir eylemi başka bir hukuk dalının cezalandırması düşünülemez görüşündedir.⁴²

a. Yedieminlik Yükümlülüğüne Uymama Suçunda Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler kural olarak ceza kanunu tarafından yasaklanmış olan bir fiilin bu fiilin işlenmesine yetki veren veya onu emreden bir normun varlığı nedeniyle suç sayılmasını engelleyen özel durumlar olarak tanımlanabilir.⁴³

Kişiyi malın resmen teslim edilmesini gerektiren işlemle, kişi yediemin olarak o malı teslim amacına uygun biçimde muhafaza etmek yetkisini elde eder. Böyle bir yetki, yedieminin başkasının malı üye-

³⁹ Toroslu, Nevzat, *a. g. e.*, s. 98-101.

⁴⁰ Özbek, Veli Özer, *a. g. e.*, s. 135-136.

⁴¹ Hakeri, Hakan, *a. g. e.*, s. 128.

⁴² Centel / Zafer / Çakmut, *a. g. e.*, s. 286-287.

⁴³ Toroslu, Nevzat, *a. g. e.*, s. 136.

rinde teslim amacı doğrultusundaki muhafaza fiilini hukuka uygun hâle getirir. Bu ise yediemin açısından görevin ifası biçiminde bir hukuka uygunluk nedenidir. (TCK m. 24). Şayet kişi muhafaza göreviyle yetkilendirildiğini zanneder, gerçekte ise söz konusu görevlendirme yapılmamış ise, bu durumda hukuka uygunluk sebebinin maddi koşullarında yanılmaya ilişkin kurallar uygulanacaktır.

Şayet, yedieminlik sıfatının kazanılmasının dayanağını oluşturan haciz/rehin/elkoyma işlemleri hukuki bir nedenle geçerliliğini yitirirse, bu durumda kişinin yedieminlik sıfatı ortadan kalkar ve kişi kendisine teslim edilmiş mal konusunda, haciz, rehin veya elkoymayı geçersiz kılan işlem gereğince davranmalıdır. Örneğin malın iadesi gibi. Bu nedenle yedieminlik koşulunu hukuken geçersiz kılan nedenin, 5237 sayılı TCY'nin 24, 25 ve 26. maddelerinde veya diğer yasalarda kapsamı fiile ilişkin olarak düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri arasında kabul edilmesi olanaksızdır. Bu durumda fail, koşulları bulunduğu takdirde, güveni kötüye kullanma suçundan ötürü cezalandırılmalıdır. *"Haczetme, rehin altına alma veya elkoymayla kurulan hukuki bağ yasal bir nedenle sona erdiği yolundaki yanlış kanaat, hukuka uygunluk nedeninin şartlarına ilişkin bir yanılma olduğundan fiilin hukuka uygun sayılmasına yol açamaz. Kamu idaresiyle fail arasına kurulmuş olan hukuki bağ hukuki bir nedenle ortadan kalkmışsa suçun ön şartı da kalmamış olacağından fail bu sıfatla cezalandırılmaz ancak güveni kötüye kullanma suçundan ötürü cezalandırılma olanağı saklıdır."*⁴⁴

b. Hakkın Kullanılması ve Hapis Hakkı

Yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçunda, yedieminlik ücreti ile bakım ve taşıma giderinin elde edilmesi amacıyla hacizli, rehinli veya elkonulmuş mallar üzerinde hapis hakkı kullanılmasının hukuka uygunluk nedeni sayılıp sayılmayacağı sorusunun hem teorik hem de yargı kararları ışığında değerlendirilmesi gerekir. 5237 sayılı TCY'nin 26/1 maddesinde düzenlenen hakkın kullanılmasına ilişkin hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu bakımdan ilkin kişiye hukuk düzenince tanınmış subjektif bir hakkın bulunması gerekir. İkinci olarak hakkın kullanımı, hakkı ortaya çıkararak hukuk kaynağında (mevzuat veya yargı kararında) ön-

⁴⁴ Erman / Özek, a. g. e., s. 461-462, s. 466.

görülen sınırlamalara ve koşullara uygun olmalıdır. Bunların yanı sıra hak, yetkili merciin aracılığı olmaksızın kullanılabilmelidir.

Bu bağlamda inceleme konumuz açısından hapis hakkının kullanılmasına değinmek gerekir.

Hapis hakkı, Medeni Kanun'un 950. ve 951. maddelerinde düzenlenmiştir. 4721 sayılı Medeni Kanun'un 950/1 maddesinde "*Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınır veya kıymetli evraki, borcun muaccel olması ve niteliği itibariyle bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması hâlinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir.*" Aynı yasanın 951. maddesinde ise "*Nitelikleri itibariyle paraya çevirmeye elverişli olmayan taşınırlar üzerinde hapis hakkı kullanılamaz. Alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hâllerde de hapis hakkı kullanılamaz.*" hükümleri yer almaktadır. Gençcan'a göre; hapis hakkı, alacaklıya yasal koşullar oluştuğunda zilyetliğinde bulunan ve borçluya ait taşınır eşya ve kıymetli evrakı alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren aynı bir haktır ve hapis hakkı koşullar oluştuğunda kendiliğinden doğar.⁴⁵ Hapis hakkı, alıkonan eşyalardan, alacağı karşılamaya yetecek kadarı üzerinde kullanılabilir. Bundan fazlasının, teslimine bağlı rehinden farklı olarak, borçluya geri verilmesi gerekir. Hapis hakkının bazı şartları vardır:

- Alacaklı mallara veya kıymetli evraka borçlunun rızasıyla zilyet olmalıdır. Borçlunun rızası olmadan üçüncü kişi tarafından kendisine teslim olunan borçluya ait taşınır mallar ve kıymetli evraklar üzerinde hapis hakkı kazanmaz.

- Alacak hapis hakkının ileri sürüldüğü sırada muaccel olmalıdır. Geçersiz ve malın alacaklıya teslim edildiği anda zamanaşımına uğramış alacaklar için hapis hakkı kullanılamaz.

- Alacaklının zilyetliğindeki taşınır mal veya kıymetli evrak ile alacak arasında bağlantı bulunmalıdır. Alacak mal dolayısıyla doğmuşsa bu takdirde bağlantı vardır. Örnek olarak alacaklının zilyetliğinde bulunan mallar için yaptığı masraflardan ötürü hapis hakkı vardır.

- Hapis hakkının kullanılmasının bertaraf edilmemiş olması gerekir. Alacaklı hapis hakkını kullanmamayı borçluya taahhüt etmişse

⁴⁵ Gençcan, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 2. cilt 2004, s. 2937.

veya borçlu taşınırı alacaklıya teslimden önce ya da teslim sırasında hapis hakkını kullanmaması için talimat vermişse hapis hakkı kullanılamaz. Hapis hakkının kullanılması kamu düzeni ile bağdaşmıyorsa, hapis hakkı kazanılamaz. Kamu hukukunun veya özel hukukun kamu yararı düşüncesiyle koyduğu emredici hükümler, para değeri olan bazı eşya üzerinde hapis hakkının kullanılmasını engeller. Örnek olarak, satılması yasak olan askeri araç ve gereçler üzerinde hapis hakkı kullanılamaz.

- Haczi kabil olmayan eşyalar üzerinde de hapis hakkının kullanılmayacağı kabul edilmektedir.⁴⁶ Yargıtay 4. Ceza Dairesi bazı kararlarında koşulları bulunduğu takdirde hapis hakkının kullanılabilmesine ve bu durumda suçun oluşmayacağına işaret etmiştir.⁴⁷ Erem, İtalyan Temyiz Mahkemesi'nin, bu suç kapsamına giren durumlarda hapis hakkının kullanılmayacağına ilişkin kararından ve Lollini'yi kaynak göstererek yedieminin bakım giderleri için yasal yollara başvurusu gerektiğinden bahsetmektedir. Ancak hapis hakkı irdelenmemekle birlikte yedieminin ücret ödenmemesi durumunda suçun oluşmayacağına ilişkin 28.3.1977 tarih ve 88/142 sayılı bir Yargıtay CGK kararını da yukarıdaki görüşlerin sonuna eklemektedir.⁴⁸ Yaşar'a göre yediemin muhafaza giderini istemiş ya da icra memurluğunca muhafaza giderleri belirlenmiş ise, yediemin yetkililere zamanında haber vermek koşuluyla hacizli, rehinli ya da herhangi bir nedenle elkonulmuş mallar üzerinde hapis hakkını kullanabilir.⁴⁹

b. Eşya Sahibinin Rızası

Suç kamu idaresine karşı işlendiğinden, eşya sahibinin rızası (5237

⁴⁶ Oğuzman / Seliçi / Oktay / Özdemir, *Eşya Hukuku*, 2004, s. 791-795.

⁴⁷ "Yedieminlik ücretinin yasal tarifeye göre ödenmemesi nedeniyle hacizli malların idareye teslim edilmediği biçimindeki savunmanın doğruluğu ve 4721 sayılı Medeni Kanun'un 950. ve 951. maddelerinde yer alan hapis hakkının kullanımına ilişkin koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılıp tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken....." (Y. 4. CD'nin 1.3.2006 tarih, 2004/7411-2006/5234 sayılı kararı) "Sanık, yediemin olarak kendisine teslim edilen mahcuz malı yedieminlik ücreti ödendiği takdirde geri vereceğini savunmuş bulunmasına göre sanığın ücret isteği ve hapis yerinde ise suçun oluşmayacağına gözetilmemesi.." (Y.4.C.D.'nin 2.3.1994 tarih, 2004/9629-1717 sayılı kararı)

⁴⁸ Erem, Faruk, *a. g. e.*, s. 503.

⁴⁹ Yaşar, Osman, *Uygulamada ve Öğretide Asliye Ceza Davaları*, 1997, s. 364.

sayılı TCY'nin 26/2 maddesi) bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir.⁵⁰

III. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

5237 sayılı TCY'nin 35/1 maddesinde düzenlenmiş olan teşebbüsün varlığı için öncelikle icra hareketlerine başlanmış olmalıdır. Kural olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmazlar. Bunun yanı sıra hareketlerin, suçun konusunun ve kullanılan araçların, neticeyi meydana getirmeye elverişli nitelikte bulunmalı ve failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin tamamlayamamış veya yasal tanımdaki neticeyi gerçekleşmemiş olması gerekir. Teşebbüs hükümleri ancak icrai ve görünüşte ihmali davranışla gerçekleştirilen suçlar açısından uygulanabilir. Buna karşılık gerçek ihmali suçlarda teşebbüs mümkün değildir.⁵¹

Yedieminlik suçunun icrai davranışla işlendiği durumlarda suçta teşebbüsün olanaklı olduğu söylenebilir. Ancak hacizli, rehinli veya elkonulmuş malı istendiğinde kamu idaresine vermeme ya da teslimden kaçınma gibi ihmali davranışlarla işlenen yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçuna teşebbüs olanaksızdır.

2. İştirak

Suçun faili başlığı altında da belirtildiği üzere bu suç özgü bir suçtur. Özgü suçlarda, yasada özellikleri belirtilen niteliği taşımayan kişiler suça ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak edebilir. Asli failin fiiline iştirak eden kişiler 5237 sayılı TCY'nin 38 ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılabilir.

3. İçtima

Suçların içtimasında genel kural, fiil sayısınca suç oluşacağı ve suç sayısınca da cezaya hükmedileceğidir. Bu kuralın istisnaları 5237 sayılı

⁵⁰ Erman / Özek, *a. g. e.*, s. 466.

⁵¹ Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s. 466-483.

TCY'nin 42, 43 ve 44. maddelerinde düzenlenmiştir. İçtima açısından suçun tekliği, çokluğu ve tamamlanma anı üzerinde durulmalıdır. Suç teslim amacı dışında tasarruf olarak nitelendirilebilecek icrai veya ihmali davranışın gerçekleştirildiği anda oluşur. Suç oluşturan davranışların, yediemine teslim edilen malların birisi, bir kısmı veya tümü üzerinde gerçekleştirilmesinin, suçun oluşumuna, tekliğine veya çokluğuna etkisi bulunmamaktadır. Bunun nedeni, yükümlülüğün yediemine teslim edilen malların tamamını kapsaması ve bölünmezliğidir. Bu suçta ceza sorumluluğu yükümlülüğe bağlı olarak belirlenmektedir. Yediemine verilen hacizli, rehinli ya da elkonulmuş bir mal üzerinde teslim amacı dışında birden çok davranışın varlığı ve bu davranışlar arasında yeni bir teslim bulunmaması durumunda tek suç olduğu kabul edilir.⁵² Birden çok mal üzerinde teslim amacı dışında gerçekleştirilen birden çok davranış da suçun tek sayılmasını gerektirir. Çünkü kamu idaresiyle yediemin arasındaki hukuki bağın dayanağı olan ve yükümlülük doğuran işlem tektir. Yeni bir yükümlülük doğuran işlem yapılmadığı sürece suç çokluğundan da söz edilemeyecektir. 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinde zincirleme suç başlığı altında düzenlenen içtima biçiminde, suç sayısı birden fazladır ancak bu suçlar bir suç işleme kararı ile birleşip kaynaşmaktadırlar. Zincirleme suç hükümleri, hem bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi hem de aynı suçun birden fazla kişiye tek bir fiille işlenmesi durumunda uygulanır. Aynı sanık hakkında, yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçundan açılmış birden çok kamu davasının varlığı saptandığı takdirde, bu davaların birleştirilmesi ve eylemlerin zincirleme ya da bağımsız suç oluşturup oluşturmadığı tartışılmalıdır. Ancak, zincirleme suç uygulamasında, iddianamenin, hukuki kesintiye ve suç çokluğuna yol açacağı da gözetilmelidir.⁵³

⁵² YCGK'nın 4.3.2003 tarih ve 2003/4-12 sayılı kararı ".....Fail, bir işlem ile kendisine teslim edilen mal üzerinde bir kez bu suçu işledikten sonra, aynı malın yeniden haczi ve teslimi yapılmadığı sürece, bu eşyayı tekrar teslim etmediğinde ikinci eylemi yeni bir suç oluşturmayacak, tek suç olarak kabul edilecektir. Nitekim öğretilde, S.Erman / Ç.Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar adlı eserlerinde aynı görüşe yer vermişlerdir.(s. 468) Öte yandan Özel Dairenin yerleşmiş uygulamalarında da, aynı hacze dayalı olarak alınan ilk satış kararı ile bu suçun işlenmesinden sonra, yeniden satışının istenmesi üzerine ikinci kez satış kararı alınması ve sanığın aynı eşyayı satış yerine getirmemesi hâlinde yeni bir teslim bulunmadığından teselsül hükümlerinin uygulanacağı ve sanık hakkında tayin olunacak cezanın, TCY'nin 80. Maddesi ile artırılacağı vurgulanmıştır..."

⁵³ Yargıtay 4. CD'nin 2.4.2003 tarih ve 2002/17814-2003/1759 sayılı kararı.

IV. Kusurluluğu Kaldıran veya Etkileyen Nedenler, Yaptırım ve Etkin Pişmanlık

Türk Ceza Kanunu'nda kusurluluğu kaldıran veya etkileyen nedenler koşulları oluştuğunda bu suç açısından da geçerli olacaktır. Örneğin hacizli/rehinli veya elkonulmuş yangın söndürme malzemesinin, yangın söndürmek için kullanılması durumunda koşulları kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hâline ilişkin yasa hükmünün (5237 sayılı TCY'nin 25/2 maddesi) uygulanabilecektir.⁵⁴

289. maddenin 1. fıkrasında kasten, 3. fıkrasında ise taksirle işlenen yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçunun yaptırımı düzenlenmiştir. 1. fıkrada düzenlenen suç işleyen failin hacizli, rehinli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş malın sahibi olması durumunda ceza yarı oranında indirilerek hükmedilmelidir. 4. fıkrada yalnızca adli para cezası öngörülmüş bulunması ve suçun uzlaşma kapsamında olmaması nedeniyle önödeme hükümlerinin uygulanması gerekir.

Maddenin 2. fıkrasında ise kişisel cezasızlık nedeni olarak bir etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. Buna göre suçun maddi konusunu oluşturan eşyayı kovuşturma başlamadan önce geri veren veya bunun mümkün olmaması durumunda bedelini ödeyen kişi hakkında verilecek cezaların beşte dördü indirilir. Etkin pişmanlık hükmünden yararlanabilmesi için, işlenen suçun, 289. maddesinin 1. fıkrası kapsamında olması ve hacizli, rehinli veya elkonulmuş malın mahkemece iddianame kabul edilmeden önce geri verilmesi veya geri verme olanaksız ise bedelinin ödenmesi, gerekir.

Geri vermenin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için malın yediemine teslim edildiği andaki durumunda herhangi bir değişiklik olmaması gerekir. Aksi takdirde bu hükümden ancak malın bedeli ödenerek yararlanılabilir. Bedelin de malın yediemine teslim edildiği tarihe göre belirlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

V. Elkonulan Eşyanın Amacı Dışında Kullanılması Suçu

5237 sayılı TCK'nın 289/4 maddesinde yeni bir suç öngörülmüştür. 5271 sayılı CMK'nın 2/e maddesinde soruşturma; kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin ka-

⁵⁴ Erem, Faruk, *a. g. e.*, s. 503.

bulüne kadar geçen evre, aynı yasanın 2/f maddesinde de kovuşturma; iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre biçiminde tanımlanmıştır.

Elkoyma işlemine ilişkin olarak anılan yasanın 123 maddesinin 1. fıkrası'nda "İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır." 2. fıkrası'nda "Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir." 127. maddesinin 1. fıkrası'nda "Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemi gerçekleştirilebilir." 3. fıkrasında "Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar." 128. maddesinin 1. fıkrası'nda "Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hâllerde, şüpheli veya sanığa ait; a) Taşınmazlara, b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, c) Banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, e) Kıymetli evraka, f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, g) Kiralık kasa mevcutlarına, h) Diğer malvarlığı değerlerine, elkonulabilir." 8. fıkrası'nda "Bu madde hükmüne göre alınan elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi hâlinde, TCK'nın muhafaza görevini kötüye kullanma başlıklı 289. Maddesi hükümleri uygulanır." 9. fıkrası'nda "Bu madde hükmüne göre elkoymaya ancak hâkim karar verebilir." 132/5 maddesinde "Elkonulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhâl iade edilmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu bırakma, teminat gösterilmesi koşuluna bağlanabilir." hükümleri yer almaktadır.

Elkonulan eşya yediemin olarak görevlendirilen bir kişiye teslim edilmişse, ceza sorumluluğu, TCK'nın 289. maddesinin 1, 2 ve 3. Fıkrası hükümlerine göre belirlenecektir. Yediemin sıfatı bulunmayan kişilerin, soruşturma veya kovuşturma kapsamında elkonulan eşyayı amacı dışında kullanması ise dördüncü fıkradaki suçu oluşturur ve suç herkes tarafından işlenebilir, fail yönünden bir özellik aranmadığından önceki fıkralarda yer alan suçtan farklı olarak özgü bir suç değildir. Söz konusu malın herhangi bir kişiye teslim edilmemesi

nedeniyle amacı dışında kullanmanın, elkoyma işleminin amacıyla bağdaşmayan kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Elkoyma işlemi, suçun kanıtı ya da zoralım konusu olabilecek malların muhafazası amacıyla yapıldığına göre suç da belirtilen amaca aykırı kullanma sonucu oluşacaktır.

VI. Görevli Mahkeme ve Davaya Katılma

Suçun soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı değildir. Şüpheli ya da sanık hakkındaki soruşturma ve yargılama genel hükümler uyarınca yürütülüp sonuçlandırılır. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesi uyarınca maddede öngörülen cezanın tür ve miktarına göre, görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir. 5271 sayılı CMK'nın 237/1. Maddesi gereğince mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar kamu davasına katılabilirler. Örneğin, icra takip alacaklısı, yedieminin üçüncü bir kişi olması durumunda malın sahibi veya suçtan zarar gören kamu idaresi bu suçu işleyen fail hakkında açılacak kamu davasına katılabilirler. Kamu davası sulh ceza mahkemesinde görüleceğinden 5271 sayılı CMK'nın 238/4 maddesine göre Cumhuriyet Savcısının katılma konusunda görüşü alınmayacaktır.

VII. Yedieminin Elindeki Taşınır Malın Rızası Dışında Alınması veya Bu Mala Zarar Verilmesi

5237 sayılı TCY'nin 290/2 maddesinde yediemine teslim edilen hacizli, rehinli veya elkonulmuş mal üzerinde gerçekleştirilecek bazı fiiller suç sayılmıştır. Hareket ve neticenin türlerine göre farklı suçların oluşacağı öngörülmüştür. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak bağımsız bir suç düzenlemesi söz konusu değildir. Gerçekleştirilen fiilin niteliğine göre yasada bağımsız olarak düzenlenen suçlara yollama yapılmıştır. Suçun unsurları ile yaptırım, gönderme yapılan suça ilişkin yasa hükümlerine göre belirlenecektir. Yürürlükten kaldırılan TCK'dan farklı bir yönü de taşınırın yedieminin elinden alınması sırasında gerçekleştirilen hareketin niteliğidir. Fail, taşınır malı, yedieminin elinden, rızası olmadan almışsa hırsızlık, cebren almışsa yağma, hileyle almışsa dolandırıcılık suçunu düzenleyen yasa hükümleri uygulanacaktır. Failin

malın sahibi olması cezada indirim nedeni olarak kabul edilmiştir. 765 sayılı Yasa döneminde Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nce verilen bir karar yeni yasal düzenlemenin dayanağını oluşturur niteliktedir.⁵⁵

VIII. Uygulama Açısından Özel Yasalardaki Hükümler

Ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçunun en sık karşılaşılan örnekleri icra dairelerince veya alacaklı kamu idarelerince yapılan haciz işlemlerinden kaynaklananlardır. Bu başlık altında, suçun yukarıdaki bölümlerde ele alınan unsurları dışında özel yasalarda bulunan hükümlere göre uygulamayı kolaylaştıracak bazı önemli noktaları irdelemenin faydalı olacağını düşündük.

1. İcra ve İflas Kanunu

- Ödeme emrinin borçluya tebliğ tarihi: Haciz isteğinin yasal süresinde olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınacak başlangıç süresidir.

- Haciz isteği tarihi (İİY 78/2): Haciz, ödeme emrinin tebliğinden itibaren bir yıl içinde istenmediği takdirde düşer. Yedieminin cezai sorumluluğunun dayanağı işlemin geçersizliği, suçun hukuka aykırılık unsurunun oluşmasını da engelleyecektir.⁵⁶

Haciz veya ihtiyati haciz tarihi: Satış isteğinin yasal süresinde olup olmadığının saptanmasında gözetilecek başlangıç süresidir. İhtiyati haciz, İY'nin 257 ve devamı (261-264) maddelerine göre kara-

⁵⁵ "Sanığın aşamalandaki savunmaları karşısında, 6.6.2001 tarihinde haczedilen malların kime ait olduğu ve sanığın damadından alacaklı olup olmadığı araştırılıp tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek sonucuna göre;

a) Damadının (yedieminin) evinden alıp götürdüğü hacizli mallar sanığa ait ise, TCY'nin 309/2,

b) Hacizli malların sanığın damadına (yediemine) ait olduğu ve sanığın alacağını almak amacıyla bunları götürdüğü (kendiliğinden hakkını aldığı) saptandığı takdirde, aynı Yasanın 308/1.

c) Sanığın damadından (yediemininden) alacaklı ve hacizli malların sahibi de olmadığı belirlenir ise anılan yasanın 524. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinin, uygulanması gerektiği gözetilmeden eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle karar verilmesi" (Y. 4. CD'nin 22.10.2003 tarih ve 2002-24624/2003-9986 sayılı kararı)

⁵⁶ Yargıtay 4. CD'nin 12.3.2002 tarih ve 2002/1172-3700 sayılı kararı

rın verildiği tarihten itibaren 10 gün içinde yerine getirilmediği ya da yerine getirildikten sonra 7 gün içinde kesin hacze dönüştürülmediği takdirde kendiliğinden kalkacağından suçun hukuka aykırılık unsuru oluşmayacaktır.⁵⁷

- Satış isteği tarihi (İYY 106-110): Satış, İYY'nin 106. maddesine göre taşınır mal hacizden itibaren bir yıl içinde istenmelidir. Aynı Yasanın 110. Maddesi uyarınca bu sürede istenmediği takdirde o mal üzerindeki haciz kalkacağından suçun hukuka aykırılık unsuru oluşmayacaktır.⁵⁸ Hacizli mal üzerinde istihkak iddiası varsa, istihkak davası açılıp açılmadığı araştırılmalı ve İYY'nin dava süresince anılan yasanın 106. maddesindeki sürelerin işlemeyeceğine ilişkin 97/8 maddesi hükmü de gözetilerek satış isteğinin süresinde yapılıp yapılmadığı saptanmalıdır.⁵⁹ Ayrıca, ek haciz ve muhafaza işlemlerinin, İYY'nin 106 ve 110. maddelerindeki süreleri kesmeyeceği de unutulmamalıdır.⁶⁰

- Hacizli malın satış yerine getirilmesi için icra dairesince yedimeine gönderilen yazının tebliğ tarihi: Yedieminin cezai sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için icra dairesince satış gün ve yerinin bildirildiği yazının, Tebligat Yasası hükümlerine uygun olarak yedimeine tebliğ edilmesi gerekir. Tebligatın yasa ve yönetime uygun yapılmadığına ilişkin iddianın mahkemece irdelenmesi ve sanığın hukuki durumunun bu incelemenin sonucuna göre belirlenmesi gerekir. İcra takibinde menfaatleri çatışan kişilerin aynı çatı altında oturması durumunda hacizli malın satış yerinde hazır bulundurulmasına ilişkin uyarı yazısının doğrudan yedimeine tebliğ edilmesi zorunludur. Aksi takdirde menfaatleri çatışan kişinin aldığı tebligatı yedimeine vermesi olasılığı göz ardı edilerek yedieminin cezalandırılması söz konusu olabilecektir.⁶¹

- Satış tarihi: Suçun oluşup oluşmamasına etki eden bir tarihtir. İcra takibine konu borcun satış tarihinden önce tamamen ödenmesi

⁵⁷ Yargıtay 4. CD'nin 12.3.2002, 2002/1172-3700; 22.1.1998, 1997/11338-1998/289; 8.12.1997, 1997/10257-10875; 16.10.1995, 1995/5670-6556, tarih ve sayılı kararları.

⁵⁸ Yargıtay 4. CD'nin 20.11.2001, 2001/14803-14825 ve 8.11.1995, 1995/6218-7329 tarih ve sayılı kararları.

⁵⁹ Yargıtay 4. CD'nin 29.1.2002, 2001/16754-2002/791 ve 1.5.1998, 1998/2242-4441 tarih ve sayılı kararları.

⁶⁰ Yargıtay 4. CD'nin 12.2.2002 tarih ve 2001/17346-2002/1826 sayılı kararı

⁶¹ Yaşar, Osman, *a. g. e.*, s. 364.

durumunda suçun oluşmadığı kabul edilmektedir.⁶² İY'nin 111/1 Maddesi uyarınca, borçlu tarafından satış isteğinden önce gerçekleştirilecek taksitlendirme başvurusu ve ilk taksit ödemesi üzerine icra işlemleri duracağından satış işlemi yapılamayacaktır. İcra dairesince bu hükme aykırı olarak yapılacak satış işlemi sırasında hacizli malın satış yerine götürülmemesi eylemi suç oluşturmayacaktır.⁶³ İY'nin 111/3 maddesi gereğince, alacaklı ve borçlu arasında yapılacak taksitlendirme sözleşmesinin, İY'nin 106. maddesindeki süreyi işletmeyeceği de uygulamada gözetilmelidir.

- İddianamenin mahkemece kabul (kovuşturma) tarihi: TCK'nın 289/2 Maddesi uyarınca cezanın indirilmesi açısından önem taşımaktadır. Hacizli malın bu tarihten önce geri verilmesi ya da bu olanaklı değilse bedelinin ödenmesi durumunda sanığa verilen ceza 4/5 oranında indirilecektir.

- Hacizli malın kime ait olduğu: Yedieminin hacizli malın sahibi olması, temel cezanın, TCK'nın 289/1 maddesi son cümlesi gereğince yarı oranında indirilmesini gerektirmektedir.

- Muhafaza işlemi sırasında malın hazır olup olmadığı: Yediemin, hacizli malı, kendisini görevlendiren idarenin istediği zamanda teslim etmeye hazır durumda bulundurmalıdır. Hacizli mal, yediemine, yalnızca satış yerinde hazır bulundurulması amacıyla teslim edilmez. Bazen satış öncesinde de hacizli malın muhafaza altına alınması gerekebilir.

Yetkili memurun yedieminin hacizli malı bulundurduğu adrese muhafaza işlemi için gitmesi durumunda adresin kapalı olması ya da hacizli malın bulunmaması suçun oluşması açısından sorun olarak karşımıza çıkar. Bu gibi durumlarda sanığın savunması çözümü kolaylaştırabilir. Savunmada, adres değişikliğinin bildirilemediği ve hacizli malların teslim anındaki durumunun korunduğu ve aynen teslim hazırlanmış ileri sürülmüş ise bu savunmanın doğruluğu araştırılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.⁶⁴ Hacizli malın teslim anındaki nitelik ve niceliğinde herhangi bir azalma veya kayıp yoksa suçun oluştuğu kabul edilemez. Muhafaza işlemi adli veya di-

⁶² Yargıtay 4. CD'nin 27.6.1994, 1994/3416/5721ve 18.4.1994, 1994/2177-3326 tarih ve sayılı kararları.

⁶³ Yargıtay 4. CD'nin 12.3.2002 tarih ve 2002/1172-3700 sayılı kararı

⁶⁴ Yargıtay 4. CD'nin 26.2.1998 tarih ve 1998/429-1587 sayılı kararı.

ğer kamu idarelerince her zaman yapılabileceğinden yediemine önceden tebligat yapılmasına gerek yoktur.

2. 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun

Kamu idarelerinin alacaklarını tahsil etme amacıyla yaptıkları takiplerde haczedilerek yediemine teslim edilen mallar nedeniyle işlenen muhafaza görevini kötüye kullanma suçunda uygulama açısından önem taşıyan noktaları da şöyle belirtebiliriz.

- Haciz tarihi: Satışa çıkarmanın yasal süresinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesinde dikkate alınacak başlangıç süresidir.

- Satış yazısının tarihi (6183 sayılı yasa 84/1): Haciz işlemi gerçekleştiren kamu idaresinin hacizli malın satılmasına ilişkin kararı 6183 sayılı yasanın 84. maddesi uyarınca hacizden itibaren üç ay içinde verilmelidir. Anılan kararı içeren yazının tarihi sürenin hesaplanmasına dayanak oluşturmaktadır. Üç ay içinde satış kararı verilmediği takdirde haciz kalkacağından suçun hukuka aykırılık unsuru da oluşmayacaktır.⁶⁵ Ancak yasada öngörülen sürenin bir zamanaşımı ya da hak düşürücü süre değil idari nitelikte bir süre olduğunu ve bu sürenin geçirilmiş olmasının haczin geçerliliğini etkilemeyeceğini mallar üzerindeki haczin düşmeyeceğini ileri süren farklı bir görüş de vardır. Bu görüşe göre, takibi açan, yürüten, haczi uygulayan ve satışı gerçekleştiren organ aynı tahsil dairesidir. Ayrıca İY'nin aksine 6183 sayılı yasada haczin düşeceğine ilişkin bir hüküm de yoktur. Özel hukuktaki bu hükümlerin kıyas yoluyla 6183 sayılı yasaya uygulanması düşünülemez. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa şeklen bir cebri icra yasası olmakla birlikte, aslında bir kamu hukuku kanunudur. Çünkü bu yasanın konusunu kamu hukukundan doğan alacakların tahsili oluşturmaktadır. Bu ayrımın doğal sonucu olarak, genel icra hukukunda alacaklının takip etmesi ilkesi, kamu icra hukukunda ise görevin gereği veya resen harekete geçme ilkesi uygulanmaktadır.⁶⁶

⁶⁵ YCGK'nın 19.3.2002 tarih ve 2002/87-216 sayılı kararı. Yargıtay 4. CD'nin 16.5.1997 tarih ve 1997/3719-4010 ve 6.2.1996 tarih ve 1996/441-1045 sayılı kararları.

⁶⁶ Arslan, Çetin, Yedieminlik Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu ile İlgili YCGK'nın Bir Kararı Üzerine İnceleme, KHUKA 2 (2003), s. 182-184.

- Satış işleminin sonuçlandırıldığı tarih (6183 sayılı yasa 87): Anılan maddede öngörülen on beş günlük ve altı aylık süreler sonunda satış işlemi gerçekleştirilemezse satılamayan mallar üzerindeki haczin kalkacağı ve suçun hukuka aykırılık unsurunun oluşmayacağı kabul edilmektedir.⁶⁷

- Satış yazısının yediemine tebliğ tarihi: Tebligat Yasası hükümlerine uygun ve satış tarihinden önce yapılmış bir tebliğ işlemi bulunmalıdır.

- Satış tarihi: Borcun satış tarihinden önce tamamen ödenmesi durumunda suçun oluşmayacağı gözetilmelidir.

- İddianamenin mahkemece kabul (kovuşturma) tarihi: TCK'nın 289/2 Maddesi uyarınca cezanın indirilmesi açısından önem taşımaktadır.

- Hacizli malın kime ait olduğu: Yedieminin hacizli malın sahibi olması, temel cezanın, TCK'nın 289/1 maddesi son cümlesi gereğince yarı oranında indirilmesini gerektirmektedir.

- Muhafaza işlemi hakkında İİK'dan kaynaklanan yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçlarını irdelerken belirttiğimiz özellikler, 6183 sayılı yasadaki doğan yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçları açısından da geçerlidir.

3. Yedieminlik Ücreti ile Bakım ve Taşıma Giderleri

Uygulamada sıkça karşılaşılan önemli sorunlardan birisi de yediemine, yerine getirdiği görevin karşılığı olarak yedieminlik ücreti ile korumakla yükümlü olduğu malların bakım ve idarenin istediği yere götürülmesi için gerekli taşıma giderlerinin ödenmemesi durumunda suçun oluşup oluşmayacağıdır. Yedieminlik görevinin zorunluluk taşımaması, görevlendirilecek kişinin kabulüne bağlı bulunması nedeniyle yediemine bir ücret ile bakım ve taşıma gideri verilmemesi ileri sürülebilirse de kamu idaresinin, kimseden karşılığı ödenmeyen bir

⁶⁷ Bkz 66 nolu dipnotta yer alan YCGK kararı. Yargıtay 4. CD'nin 9.6.2003 tarih ve 2002/22198-2003/5196 sayılı kararı "6183 sayılı yasanın 87. Maddesi'nin, hacizli malların ikinci arttırmada da satışının yapılamaması hâlinde pazarlıkla satış yöntemini öngördüğü ve bu yöntemi altı aylık süreyle sınırlayan buyurucu hükmü gözetilip tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesi."

görevi yerine getirmesini isteme hakkı olduğunu kabul etmek olanaksızdır.⁶⁸ Kanaatimizce de bu anlayış isabetlidir. Uygulamada bu görevi profesyonelce yaparak meslek edinen kişilere ücret ve gider karşılığı belirli bir miktar para ödenmektedir. Yapılan görev ve üstlenilen sorumluluk aynı olduğuna göre yedieminliği meslek edinmeyen kişilere de benzer ödemenin yapılması eşitlik ilkesine de uygun düşecektir. İstek durumunda yediemine ücret ve gider ödenmesinin, yükümlülüğün yerine getirilebilmesi ve cezai sorumluluğun doğması açısından, bir ön şart olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yedieminin ücret ve gider isteğinin, suçun oluşmasında herhangi bir etkisi olup olmadığı sorusunu çeşitli olasılıkları gözeterek yanıtlamak gerekir.

- Yedieminlik görevinin verildiği anda hukuken geçerli iradeye dayalı olarak açıkça ücret ve gider istemeyen yediemin açısından suçun oluştuğu kabul edilmelidir.⁶⁹

- Görevlendirme sırasında herhangi bir irade açıklamayıp daha sonra idareye ücret ve gider isteğini ileten ancak isteği yerine getirilmeyen yediemin yönünden suçun oluşmayacağı gözetilmelidir.

- Görevlendirmeye ilişkin işlem yapılırken açıkça ücret ve gider isteyen yediemine herhangi bir ödeme yapılmamış ise suçun oluştuğu söylenemez.

- Görevlendirme sırasında herhangi bir irade açıklamayıp daha sonra da ücret ve gider konusunda idareye başvurmayan yedieminin işlediği suç oluşmuştur.⁷⁰ Ancak bu konuda verilen kararlar arasındaki

⁶⁸ Erman / Özek, a. g. e., s. 465-466.

⁶⁹ YCGK'nın 3.10.1994 tarih, 175-205 sayılı kararı "... İnceleme konusu olayda yediemin olan sanıklar, 4.1.1990 günlü haciz işleminin yapıldığı tutanakla, *açıkça ücret istemediklerini beyan ettikleri* gibi satış işleminin yapılacağına ilişkin muhtıranın kendilerine tebliğ edildiği 13.9.1991 tarihinden sonra satış günü olan 18.9.1991 tarihine kadar da ücret ve masraf isteminde bulunmamışlar ve hacizli malları satış gün, saat ve yerinde hazır bulundurmamalarını haklı gösterecek bir özür de ileri sürmemişlerdir. Bu itibarla üzerlerine yüklenen suçun yasal unsurları oluştuğundan."

⁷⁰ YCGK'nın 1.4.2003 tarih ve 2003/65-79 sayılı kararı "... İY'nın 59. maddesinde; "Takip masrafları borçluya aittir. Alacaklı, yapılmasını talep ettiği muamelelerin masrafını ve ayrıca takip talebinde bulunurken borçlunun 62. maddeye göre yapabileceği itirazın kendisine tebliğ masrafını da avans olarak peşinen öder" hükmü yer almaktadır. Buna göre, mahcuzun getirilmesi masrafı gerektiriyorsa, yediemine taşıma ücretinin ödenmesi gereklidir. Somut olayda *sanığa tebliğ edilen muhtıradan taşıma ücreti için icra müdürlüğüne başvurması gerektiği bildirildiği hâlde, sanığın satış günü icra müdürünü telefonla arayarak Burdur'da olduğunu, borcunu daha sonra*

farklılıklar dikkat çekmektedir.⁷¹

ödeyeceğini belirttiği, ancak *mahcuzun taşıma gideri konusunda başvuruda bulunmadığı* anlaşılmaktadır. Kaldı ki, sanığın Tefenni ilçesinde satışın yapılacağı adliye binasına yakın yerde oturduğu dikkate alındığında, haczedilip kendisine yediemin olarak teslim edilen ineğini araca ihtiyaç olmadan, dolayısıyla herhangi bir masraf yapmaksızın satış yerine getirmesi de olanaklıdır...” Ayrıca, Yargıtay 4. CD’nin 11.11.1998, 9285-9990; 20.4.2000, 2931-3209; 25.12.2002, 15576-19190, tarih ve sayılı kararları.

⁷¹ YCGK’nın 25.4.2000 tarih, 81-85 sayılı kararı 71 sayılı dipnotta belirtilen kararlarla çelişkilidir. “Somut olayda, güvenilir kişi olarak tayin edilen, kocasının cezaevinde olması ve yeterli parayı bulamaması nedeniyle mahcuz eşyayı satış yerinde bulunduramadığını savunan sanığa, yedieminlik hizmeti karşılığında bir ücret verilmediği gibi, buzdolabı ve av tüfeğini köyden alarak satış yeri olan ilçeye getirmesi için de taşıma ücreti ödenmemiştir. *Haciz tutanağında, sanığın yedieminlik ücreti ve eşyanın satış yerine taşıma giderini istemediğine ilişkin bir beyanı da bulunmamaktadır. Güvenilir kişi olan sanığa, hacizli malları satış yerinde bulundurması için tebligat yapılmış ise de, bu malların taşınması için gerekli olan taşıma giderleri verilmediğinden, engeline ilişkin tutarlı savunması da nazara alındığında yüklenen suçun yasal öğeleri oluşmamıştır... Çoğunluk görüşüne katılmayan kurul üyeleri, İY’nın 59. maddesi özel hukuka ilişkin olup olayda uygulanamaz. Sanık haciz sırasında ücret ve taşıma gideri istediğini beyan etmediği gibi, satış günü kendisine tebliğ edildiği hâlde böyle bir talepte bulunmamıştır. Satış gün, yer ve saatini bildiği hâlde herhangi bir mazeret de bildirmeden hacizli malları satış yerine getirmeyerek yüklenen suç işlemiştir.”*

“TÜRBAN SORUNU”NUN HUKUKSAL BOYUTU ANAYASAL DEĞİŞİKLİK ÇÖZÜM OLUR MU?

S. Alp LİMONCUOĞLU*

Türkiye'nin son 25 yılına damgasını vuran tartışmalardan biri “türban sorunu”dur. Çözümün yasama organına odaklanmış olması ve yasama organını siyasi partilerin oluşturması sebebi ile dini bir konu olan türbanın siyasete bulaşması ve laiklik tartışmaları peşpeşe gelmektedir. Bu tartışmaların odağında, son günlerde önerilen ve muhtemel bu makale yayınlanıncaya kadar kabul edileceği söylenen anayasa değişikliklerinin çözüm olup olamayacağını ise gelecek günlerde göreceğiz.

Bu makale ile amaçlanan iki unsur bulunmaktadır. İlki, daha uzunca bir süre gündemdeki yerini koruyacak “türban sorunu”nun, tarihsel gelişimi bilmeyenler için “hukuken” ne zaman ve nasıl ortaya çıktığı olup, ikinci unsur ise, üzerinde uzlaşıldığı söylenen Anayasa'daki iki madde değişikliğinin ve YÖK Kanunu'ndaki değişikliğin “sorunu” hukuken sona erdirebilir nitelikte olup olmadığıdır.

1. “Türban Sorununun” Hukuksal Boyutu

“Türban sorunu” kavramını tırnak içinde belirtmemin sebebi, konunun aslen bir sorun olarak yansıtılmış olmasından rahatsız olmam ve kanımca ortada bir sorun olmadığına inandığımdandır. Cumhuriyetin kurulmasından bu yana 60 senelik bir süre ortada olmayan bir konunun, son çeyrek yüzyılda ortaya çıkması ve bu konunun, kanım-

* Yrd. Doç. Dr., İzmir Ekonomi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi öğretim üyesi.

ca kasıtlı olarak siyasilerce gündemde tutulması, ne yazık ki oy kaygısı ile dinin siyasete konu yapılması sonucunu doğurmuş ve Türkiye Cumhuriyeti'nin en önemli temellerinden biri olan laiklik ilkesini zedelemiştir. Dini inanç dolayısı ile başörtüsü kullanımının Türkiye'nin bir gerçeği olduğu yadsınamaz. Muhtemelen, farklı bir dinden olan vatandaşlarımız dışında, Müslüman tüm vatandaşlarımızın ailesinde başörtüsü takan biri vardır veya olmuştur. Özellikle gençlerimizin çoğu bu konuda aile büyüklerini örnek vermektedirler. Aile büyüklerinin kiminin yaşı, Cumhuriyet'in yaşı ile bir olup, büyük bir çoğunluğu ise XX. yüzyılın son yarısını görmüşlerdir. Bu zaman zarfında, eğitimde ve kamusal alan diye tabir edilen diğer alanlarda başörtüsü kullanımı olmadığından, hukuken bu hususta bir düzenleme yapılması ihtiyacı bile hissedilmemiştir.¹ Bu noktadan değerlendirildiğinde, Cumhuriyet'in başından beri vatandaşlarımızın kullandığı başörtüsü, hangi eylem ile bir sorun haline almıştır?

Tartışmaların odağında, 12 Eylül darbesinin Türkiye'nin sosyal yapısını değiştirmeye yönelik etkileri olmakla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri'nin "ılımlı İslam projesi"nin de rol oynadığı birçok yazarlar tarafından iddia edilmekte, televizyon programlarında dile getirilmektedir. Buna 1979 İran Devrimi'nin etkileri ile türbanın ülkemizde algılanmasındaki değişiklik de eklenebilir.² Bununla birlikte, kanımca imam hatip okullarına alınan kız öğrencilerin başlarını örtmelerine ilişkin verilen iznin, sorunun başlangıcı ile ilgili önemli bir dönüm noktası olduğudur. Bir başka yönden bakıldığında, imam hatip okullarının eğitim sisteminin veya daha doğru bir deyişle eğitim sistemimizin sorunun ana kaynağı olduğu gözükmemektedir.

İmam hatip okullarına kız öğrenci alınmasına 1960'lı yılların sonunda başlanmış olup, 1972 yılında yürürlüğe konan İmam Hatip Okulu İdare Yönetmeliği'nin 117. maddesi ile kız öğrencilerin kayıt yaptırılmaları yasaklanmış, Danıştay 11. Dairesi'nin 14 Aralık 1976 yılında 1976/4374 sayılı kararı ile yönetmeliğin ilgili maddesi iptal edilerek kız öğrenciler için imam hatip okullarına kayıt olma imkanı sağlanmıştır. Bu gelişmeyi, erkek öğrenciler ile birlikte okula giden kızların dini inanç gereği başlarının örtülerek okutulması izlemiştir.

¹ Özlem Doğan, *The Turban Issue*, s. 54 vd., Boğaziçi Üniversitesi, 1994.

² Funda Gençoğlu, *National Identity, Citizenship And Pluralism in Turkey: The Turban Question*, s. 58, Bilkent Üniversitesi, 1997.

Bu gelişmeler yaşanırken, eğitimin gücünün yadsınması veya görmezden gelinmesi, gerektiğinde alınması gereken önlemlerin alınmaması, bugün yaşadığımız sorunun kaynağını teşkil etmektedir.

İmam hatip okullarından yetişen öğrencilerin düşünce yapısı ile ilgili bir anketi aktarmadan evvel, bir ülkede laik yönetim ve hukuk sisteminin devamı için, ülke vatandaşlarının bu laiklik ilkesine inanması gerektiğinin önemine dikkat çekmek isterim. Laiklik, aslen dini devlet olgusunun karşısında yer alan bir ilkedir. Laiklik, ortaçağ karanlığında, dinin egemen olduğu devletlerin yarattığı özgürlüksüz ve haklardan bahsedilmeyecek düzenin Rönesans ile birlikte yıkılması ile bir daha eski devlet düzenine dönülmemesi için yaratılan bir müessesedir. En kısa tabiri ile, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasını, dinin devlet yönetiminin hiçbir aşamasında belirleyici kriter olarak kullanılmamasını ifade etmektedir. Bu açıdan bakıldığında, laiklik, devlet yönetiminde dinin değil, akıl ve bilimin ön planda olması sonucunu doğurur.³ İşte bu olgu ise, laikliği, dini kuralların karşısına bir rakip olarak çıkarır. Çünkü koyu bir dini inanış, akli değil dini ve dinin kurallarını ön plana çıkardıktan sonra, aklın dine hizmetini esas alır. Bir başka deyişle, dünya üzerinde genel anlamı ile iki ayrı devlet düzeni var ise, biri dini devlet düzeni, ikincisi ise laik devlet düzenidir. Ne yazık ki, tarihsel gelişim içinde dini devlet düzenleri, modern ve çağdaş yaşamın olmazsa olmazı olarak gördüğümüz insan haklarının vatandaşlarına temini konusunda sınırlayıcı olmuşlar ve bu sınırlamaların insan faktörü ile birleşmesi ile oldukça baskıcı bir devlet düzeni ortaya çıkmıştır. Laiklik ise, bunun karşısında özgürlüklerin esas alındığı ve korunabildiği en iyi sistem olarak yerini almıştır.

Aynen cumhuriyet rejiminde olduğu üzere, nasıl ki tüm eksikliklerine rağmen Cumhuriyet diğer yönetim biçimlerine nazaran en iyi yönetim biçimi kabul edilmişse, laiklik de tarihsel süreçte eksikliklerine rağmen dini devlet düzenine nazaran daha iyi bir devlet düzeni olarak modern ve çağdaş dünya tarafından kabul edilmiştir.

Yüzyıllar süren acı tecrübeler sonrası ortaya konan laiklik ilkesi ve laik devlet düzeni, demokrasi kavramı ile birlikte özgürlüklere azami saygı prensibini benimsemekle birlikte, tüm rejimlerde olduğu gibi, kendine karşı olan, kendi etkisini azaltacak veya değiştirecek düzen-

³ Serhat Güven, *Laiklik ve Anayasa Mahkemesi*, s. 3 vd., Başkent Üniversitesi, 2006.

lemelere ve gelişimlere karşı kısıtlayıcı olmak zorundadır. Aksi halde, ortaya çıkan sonuç, en iyi şekilde İran ve Malezya örneğinde görülmektedir.

Kaldı ki, laik düzenin kendini korumaya yönelik kısıtlayıcı olabilme özelliği tabi ki soyut bir ifade olup, bunu hayata geçirecek olan kurum ve kuruluşlar kişiler tarafından yönetilmekte olduğundan ve yine laikliğin korunmasında kişilerin çıkarı bulunduğundan, laik düzenin korunması aslen laik düzene inanan kişilerin yetiştirilmesi anlamına da gelir. Bu tespit bizi, laiklik ilkesinin laik bir eğitim sisteminin varlığını zorunlu kıldığı gerçeğine götürür. İşte bu inançla, “türban sorununun” asıl kaynağını, eğitim sistemimiz ve buna bağlı olarak imam hatip okullarının eğitim sistemi olarak gördüğümü yukarıda söylemişim.

Belki de bu argümana en iyi desteği, PİAR-GALLUP’un Adana, İçel, Erzurum, İstanbul, Bursa, Trabzon, Konya, Ankara, Gaziantep illerindeki 1085 imam hatip okulu öğrenci arasında yaptığı 1997 tarihli araştırma vermektedir.⁴ Bu araştırma uyarınca ortaya çıkan bulgular aşağıda verilmektedir.

PİAR-GALLUP Araştırma Sonuçları

	İHL öğrencileri
Hukuk sisteminde islami hükümlerin yer almasını destekleyenler	%80
Demokratik kurullarla birlikte İslami kurallara uyulabilirini benimseyenler	%77
İsteyen çarşaf giymelidir	%83
Kadın ve erkekler ayrı ayrı eğitim almalıdır diyenler	%65
Toplu taşıma araçlarında kadın, erkek ayrı oturmalıdır	% 59
Alkollü içecekler yasaklanmalıdır	% 86

⁴ Gülden Aydın, *Hürriyet*, 09 Ağustos 1997.

Buna ilave olarak, Mustafa Kemal Coşkun'un 1999 yılında yapmış olduğu yüksek lisans çalışmasında saha çalışması ile bulduğu sonuçları da belirtmekte fayda bulunmaktadır. 19 okulda toplam 1600 öğrenci üzerinde yapılan araştırmada kadınların sosyal yaşam içindeki konumu ile ilgili çıkan yüzdesel sonuçlar aşağıda verilmiştir.⁵

Rakamların detaylı incelemeleri adı geçen eserlerde yapılmıştır. Çalışmaların burada belirtilmesindeki amaç, özellikle imam hatip okullarında okuyan öğrencilerin, eğitim sistemi sonucu, düşünce yapılarının belirtilmesidir. Bu noktada, çıkan sonuçların sadece imam hatip okullarındaki eğitim sistemine bağlanmasının hata yaratacağı, çocukların eğitiminde ailelerin de önemli bir rolünün bulunduğunu belirtmekte fayda vardır. Rakamların kısaca değerlendirmesi ile imam hatipte okuyan öğrencilerin kadın-erkek eşitliği ve laik düzene ilişkin düşüncelerinin (kanunlarda İslami kuralların bulunmasına ilişkin % 80 oranında bir yanıt da göz önünde bulundurulduğunda) diğer liselerde okuyan öğrencilere nazaran daha olumsuz olduğu ortaya çıkmaktadır.

Sosyal Yaşam ve Kadın (%)										
	Anadolu Liseleri		Normal Liseler		Meslek Liseleri		Özel Liseler		İmam Hatip Liseleri	
	K	E	K	E	K	E	K	E	K	E
Kadınlar yalnız seyahat edebilirler	98	79,7	80,4	58,1	67,6	44,2	95,5	85	57,7	16,1
Kadın sadece kocası ile konuşabilir	4	6,2	8,8	32,2	13	43,1	1,5	16,7	15,1	59,9
Kadın diğer erkeklerle konuşabilir	96	85,9	79,4	61,4	46,6	46,9	96,9	82,5	66,5	24,9

⁵ Mustafa Kemal Coşkun, Comparative Study of Secondary Schools in Turkey, example of imam-hatip schools [Türkiye'de orta dereceli okulların karşılaştırmalı bir çalışması: İmam-hatip okulları örneği], Yüksek Lisans Tezi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi, 1999.

Bu sonuçlar karşısında varmaya çalıştığım iki nokta vardır:

- Şayet laik bir devlet düzeni içinde, laik devlet düzenine ihtiyaç olmadığına inanan bireyler yetişirse, toplumda bu yönde bir çoğunluk sağlandığında, laik düzen yerini dini düzene bırakacaktır. Bu değişim ya bir halk hareketi ile aniden ya da kuralların teker teker değiştirilmesi yavaş gerçekleşecektir.

- Şayet çocuklar, kadın erkek eşitsizliği gibi günümüz insan hakları anlayışına ters veya hukuk düzeninin dini kurallara dayanmasına ilişkin laik dışı inançlara yönelik değerler ile eğitilirler ise, yetişkin bir birey olduklarında bu inanışları değiştirmek mümkün olamaz. Bu değerler ile yetiştirilen kişiler, toplumda, hukuk düzeninde ve devlet düzeninde, kendi değerleri doğrultusunda değişim yaratmak için çalışacaklardır.

Bu noktada, imam hatip okullarından yetişen herkesin Türkiye Cumhuriyeti'nin temel ilkelerinden biri olan laiklik ilkesi karşısı olduğu gibi bir sonuç çıkarmadığıma veya çıkarmak istemediğime dikkat çekmek istiyorum. Neticede, yukarıda vermiş olduğum araştırma sonuçları dikkatle incelendiğinde, özellikle imam hatip okullarında okuyan kız öğrencilerin, kadın-erkek eşitliğine ilişkin cevaplarının, diğer okullarda okuyan erkek öğrencilere nazaran daha olumlu olduğu görülecektir. Yine, imam hatip okulları dışında, diğer okullarda okuyan öğrencilerden ne kadarlık bir oranın, hukuk sisteminde dini kuralların bulunmasına ilişkin istekleri olduğuna ilişkin bir araştırma da yoktur.

"*Türban sorununun*" kronolojik gelişimine dönersek, 1976 yılında kız öğrencilerin imam hatip okullarına kabulü ve arkasından başörtüsü takma izninin verilmesi ile birlikte, yıllar geçip de, bu öğrencilerin okul sonrası hayata atılmaları ile bugün yaşadığımız toplumsal sıkıntının da belirtileri başlamıştır. 11 yaşından itibaren başörtüsü bağlayan bir kimsenin, üniversiteye gelince başörtüsünü çıkarmak baskısı ile karşı karşıya kalması veya 11 yaşından bu yana kız-erkek ayrı sınıflarda okumuş erkek öğrencilerin üniversitelerde daha farklı bir sosyal çevrede öğretim görmeleri, o yaş grubunun psikolojik deneyimiyle de birleşince, sorun da ortaya çıkmaya başlamıştır. Buna, kimi zaman toplumsal bir sıkıntıyı çözmeye çalışan kimi zaman da oy kaygısı ile davranan siyasi eylemler de katılınca, karşımızda "*türban sorunu*" belirmiştir.

**a. Anayasa Mahkemesi'nin 07 Mart 1989 Tarihli
1989 / 1 Esas 1989 / 2 Karar Sayılı İlamı**

"Türban sorununun" anayasal bir sorun haline gelmesi ise 1989 yılına dayanır. 1988 yılında, 3511 sayılı yasa ile 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kurumu Kanunu'na ek 16. madde eklenerek, "*Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdas kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.*" hükmü getirilmiştir. İlgili madde, Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'ya aykırılık savı ile Anayasa Mahkemesi'ne gönderilerek, iptali için dava açılmıştır. Anayasa Mahkemesi özetle aşağıda satır başları ile belirtilen tespitleri yapmıştır:

- Temelde sosyal, kültürel ve estetik nedenlere dayalı bir toplumsal olgu niteliğini taşıyan giyim, çevre koşulları, kişisel görüşler, kültür ve gelenekle biçimlenir. Değişip gelişmesi de bu nedenlere bağlıdır. Bunların dışında dinsel inanç ya da dinsel kurullarla doğrudan ilişki ve bağlantı kurularak yapılan düzenleme, hem devrim yasalarını hem de lâiklik ilkesini ilgilendirir. Türkiye için lâiklik anlayışı, tarihsel gelişim nedeniyle özellik taşımakta, Anayasa ile benimsenen yapısıyla, batıdan ayrı biçimde ele alınsa da, özenle korunması zorunlu bir ilke olarak yaşıatılmaktadır.

- Lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz... Lâik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz. Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurullar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı olması düşünülemez.

- Din hürriyetinin kullanılmasının bir sonucu olarak bayanların saç ve boyunlarını örtmeleri, '*bireysel hayatta dinin tezahür biçimi olduğu için,*' '*özgür düşünce gereklerine,*' '*akıl ve bilimin gerekleri*'ne ters düşmektedir.

- İncelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gereklere uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç ne-

deniyle geçerlik tanımakla kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâik ilkesine aykırılık oluşturmuştur.

- Lâik eğitimde dinsel inançlara göre hiçbir ayırım gözetilemez. Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz." denildikten sonra dördüncü fıkrasında "Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz." kuralıyla "Başlangıç"taki ilkelere bağlılık pekiştirilmiştir. Yükseköğretim kurumları, bu yükümlülükler dışında tutulmamışlardır.

- Yasalar ilkelerini çağdaş yaşamdan ve hukuktan almayıp, din-den alırlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir... Böyle düzenlemeler din kurallarını benimsemeyenler için baskı aracı sayılabileceği gibi ayrı dinler için de ayrılık aracı olur.

- Anayasa, 174. maddesinde sayılan yasaların "Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden devrim yasaları olduğunu" Anayasa'ya aykırı olduğu biçiminde anlaşılamayacağını ve yorumlanamayacağını öngörmüştür.

- Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizse, öğretim ve eğitim alanında da din buyruklarıyla ilişki kurulamaz.

- Anayasa'daki laiklik ilkesine ... karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi, demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu temel ilke ele alınarak değerlendirilmesi zorunludur... Laiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşı, laiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıydırılmasına olanak tanımamıştır.

- Giysi, salt bir biçimsel görünüm konusu değil, kişiliği yansıtan bir araçtır... Çağa, güne, ortama, koşula, duruma uygun olarak herkes istediği biçimde giyinebilmektedir... Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk ilkeleriyle sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir.

• Anayasa'daki laiklik ilkesine ve laik eğitim kurallarına aykırı olan türbanın takılmasının “demokratik bir hak” olduğunu savunmak mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin, bu ifadelerle “dinin vicdanlara itilmesi” şeklinde özetlenebilecek bir laiklik anlayışı bulunduğunu ve bunu açık bir şekilde ortaya koyduğu da belirtilmektedir.⁶ Bu tespitler doğrultusunda, Anayasa Mahkemesi 07 Mart 1989 tarihli 1989/1 esas 1989/2 karar sayılı ilamı ile, YÖK Kanunu'ndaki değişikliği Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararında yer alan özgürlükler, laiklik ve türban ile ilgili değerlendirmeler, Anayasa Mahkemesi'nin konuya bakış açısını daha detaylı açıklamakla, bugünkü Anayasal değişiklik önerilerinin incelenmesinde yol göstericidir.

b. Anayasa Mahkemesi'nin 09 Nisan 1991 Tarihli ve 1990/36 Esas 1991/8 Karar Sayılı İlamı

“Türban sorununu” daha da karışık bir Anayasal sorun haline getiren bir başka olay ise, 1988 tarihli Kanun değişikliğinin iptalinden sonra, 1990 yılında yeni bir düzenleme yapılarak, 25.10.1990 tarihli ve 3670 sayılı yasa ile YÖK Kanunu'na yeni bir madde eklenmesi ve bu düzenlemenin de Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile dava açılmasıdır. Anılan değişiklik ile YÖK Kanunu'na eklenen madde “*Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.*” şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi, bu madde ile ilgili yaptığı incelemede, hemen yukarıda belirtilen 1989 tarihli kararına atıf yaptıktan sonra, “*Anayasa'nın Başlangıç'ında, Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda; Türkiye Cumhuriyeti'nin çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde; hiçbir düşünce ve görüşün Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâplarıyla medeniyetçiliği karşısına korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesi gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı; ... Önyargılardan arındırılmış, araştırmacı, akla ve bilime bağlı, bağnazlığa karşı, ulusal değerlere saygılı, özgür dü-*

⁶ İlkay Okdemir, Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik Bağlamında Üniversitelerde Türban Sorunu, Yüksek Lisans Tezi, s. 122, Akdeniz Üniversitesi, 2005.

şünceli, özgür vicdanlı, çağdaş görüşlü insan yetiştirme ereği Anayasa'nın 42. ve 130. maddeleriyle de doğrulanmakta" olduğunu vurgulamıştır. Sonra, yine 1989 tarihli kararındaki "... dinsel inanç ya da dinsel kurullarla doğrudan ilişki ve bağlantı kurularak yapılan düzenleme, hem devrim yasalarını, hem de laiklik ilkesini ilgilendirir ... incelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan Yükseköğretim Kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, ... başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur... Dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınması zorunluluğu nedeniyle yükseköğretim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri lâik bilim ortamıyla bağdaştırılamaz... Derslere çağdaş görünüme aykırı giysi ve örtülerle girmenin özgürlük ve özerklikle ilgisi olmadığı gibi devletin düzen sağlayacak kurullar getirmesi de, özgürlük ve özerkliğe aykırı değildir ..." yorumunun üzerinde durmuştur.

Bu kapsam dahilinde, kanun metnindeki "yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile" ibaresinin, en üst düzeydeki Kanun olan Anayasa'ya da aykırı olmamak kaydı ile algılayan mahkeme 09.04.1991 gün ve 1990/36 E. 1991/8 karar sayılı ilamı ile, kanun değişikliği metninin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Bunu yaparken de;

"Dava konusu "ek Madde 17" ise, "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir" kuralını öngörmüştür. Bu maddeyle getirilen düzenlemenin, dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbestisini de içerdiği söylenebilirse, kuşkusuz, "Anayasa'nın 153. maddesine açık bir aykırılık vardır" denebilecektir. Ancak, bundan önceki bölümde ayrıntılı biçimde belirtildiği gibi, maddenin getirdiği serbesti, yürürlükteki yasalara (Anayasa da bir yasa olduğuna göre aynı kapsam içindedir) aykırı olmamak koşuluyla sınırlıdır. "Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbestisi"nin Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla Anayasa'ya aykırılığı belirlendiğinden, "yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak" koşulunun araştırılmasında, Anayasa'ya aykırılığın var olup olmadığının öncelikle saptanması gerekir. Dava konusu maddeyle getirilen serbestinin, "Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasını" içermediği kabul edilmelidir."

gerekçesi ile, dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türban-

la kapatılmasının, Anayasa'ya aykırı olduğunu özellikle belirterek, madde metnindeki yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak ibaresinin buna göre yorumlanacağını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, hukuk mevzuatımızda "yorumlu ret" olarak bilinen tartışmaların da başlangıcı olmuştur. Tartışmanın bir yanında, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerinin ve bu gerekçelerde yapılan yorumların bağlayıcı olmadığı savı yer almaktadır.⁷ Bu görüşe göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, sadece, bir yasanın veya yasa hükmünün hukuken geçerli olup olmadığını tespitle sınırlıdır. Bu nedenle, Mahkeme kararında bir kanun hükmünün iptali açısından doğrudan gerekçe niteliği taşımayan, hukuki dayanaklardan yoksun, siyasi ve ideolojik saiklerle açıklanan görüşlerin bağlayıcılığı söz konusu değildir.⁸ Karşıt görüş ise, Anayasa Mahkemesi kararlarının bir bütünlük taşıdığı ve bu sebeple gerekçeli karardaki açıklamalarında bağlayıcılığının bulunduğu yönündedir. Ne var ki, hukuk literatürümüzde, yorumlu ret kararının tartışması türban tartışmaları ile gündeme gelmekte, tartışmalar gündemden kalkınca bu konu da unutulmaktadır.

Kanımca, yorumlu ret kararı üzerine yapılan bu tartışmalar daha çok siyasi görüşleri destekleme amaçlıdır. Yorumlu ret kararlarının geçerliliği üzerine kanımca en iyi hukuki kaynak, yine bir başka Anayasa Mahkemesi kararıdır. Anayasa Mahkemesi, 13.01.1987 tarihli ve 1985/22 esas 1987/2 karar sayılı ilamında "Anayasa Mahkemesi, gerek iptal davası, gerekse itiraz yoluyla açılan davalarda bir yasa hükmünün anlamını kendi hukuki görüş ve anlayışına göre yorumlayarak bir sonuca varmaktadır ve bu sonuç bilindiği üzere Anayasa'nın 153. maddesi gereğince yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır. Ancak, az da olsa, kimi yargı yerleri bu yorumla kendilerini bağlı saymamakta ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı yorumların sürüp gitmesine ve değişik uygulamalara neden olmaktadır..." diyerek, aslen Mahkeme gerekçeli kararlarının ve bu kararlardaki hukuki yorumların bağlayıcılığının altını dikkatle çizmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da, türbanlı bir öğrencinin disiplin cezası ile ilgili bir davada, 17.06.1994 tarihli 1993/61 E. 1994/327 karar sayılı ilamı ile Anayasa Mahkemesi kararının yorumlayıcı ret kararı yönünde gerekçelendirme yapmıştır.

⁷ M. Erdoğan, *Dersimiz Özgürlük*, Pınar Yay., İstanbul 2001

⁸ İlkay Okdemir, *a.g.e.*, s. 127.

Uygulamada da, Anayasa Mahkemesi kararının, gerekçeleri ile birlikte bağlayıcılığını kabul eden Rektörler tarafından, üniversitelere türbanla girişin yasaklandığını görüyoruz.

Bu itibarla, yorumlu ret kararlarının geçerliliğinin sorgulanması yerine, pozitif hukuk-ideal hukuk ekseninde tartışılmasının, hukuk dünyamıza daha verimli sonuçlar getireceğine inanıyorum.

1991 tarihli, bu karar sonrası, konuyu Anayasa Mahkemesi'ne taşıyacak bir değişiklik veya girişim olmamıştır. Buna rağmen, "türban sorunu" düzenli olarak ülke gündemindeki tartışma konularından biri olmuştur. Bu tartışmaların belki de en önemlisi, konunun bu süreç zarfında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmasıdır.

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türban Kararı

İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'nde okuyan Leyla Şahin isimli bir öğrencinin, türban takması sebebi ile derslere ve sınavlara alınmaması, kayıt işleminin yapılmaması üzerine, açtığı davalar ülkemizde sonuçsuz kalmıştır. Öğrenci, konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) intikal ettirmiş ve uygulamanın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "özel hayatın ve aile hayatının korunmasını" düzenleyen 8. maddesine, "düşünce - vicdan ve din özgürlüğünü" düzenleyen 9. maddesine, "ifade özgürlüğünü" düzenleyen 10. maddesine, "ayırıcılık yasağını" düzenleyen 14. maddesine ve "eğitim hakkını" düzenleyen 1. Ek Protokol'ün 2. maddesine aykırılık taşıdığını iddia etmiştir.

AİHM, inceleme esnasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde korunan bir hakka yasayla öngörülmuş bir müdahalenin varlığına işaret ederek, müdahalenin başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin korunmasına yönelik meşru amaçlar taşıdığını kabul etmiş ve yasağın demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirtmiştir. Karardaki "Çok sayıda dinin tek ve aynı nüfus içerisinde bir arada bulunduğu demokratik toplumlarda, çeşitli grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için kişinin dinini veya inancını gösterme özgürlüğüne sınırlamalar getirmek gerekli olabilir." gerekçesi önemlidir.⁹ Kadın haklarının korunması, kadın - erkek eşitliği, kamu

⁹ Serrhat Güven, a.g.e., s. 77 vd.

düzeninin korunması, eğitim hakkı ve laiklik gibi hususları özellikle değerlendiren AİHM, "Türkiye'de kendi dini sembollerini ve dini dogmalar üzerine kurulmuş bir toplum kavramını toplumun tümüne empoze etmeye çalışan aşırı siyasi hareketlerin olduğunu gözden kaçırmamıştır... Mahkeme, daha önce taraf devletlerin sözleşme hükümlerine uygun olarak bu tür siyasi hareketlere karşı tarihsel deneyimleri dikkate alarak tutum alabileceğini belirtmiştir..." değerlendirmesi ile bu yönde bir kısıtlamanın demokratik bir toplumda haklılığını vurgulayarak, uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Benzer konularda, Avrupa'da ortaya çıkan diğer olaylar incelendiğinde de, bu ülke hukuklarının aynı sınırlamayı kabul ettikleri görülür.¹⁰

Yazının buraya kadar ki bölümünde, hukuksal açıdan "türban sorununun" nasıl ortaya çıktığı ve ne aşamada olduğu üzerinde durulmuş, gerek bizim anayasal sistemimizin gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "türban sorununa" bakış açısı aktarılmıştır. Buraya kadar ki bölümden kısaca çıkartılan sonuç, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'mızda var olan laiklik ilkesini, "türbanın" kullanımında doğal sınırlandırma kabul etmesidir. Bu itibarla, tartışmaların ışığında, laiklik ilkesi ile birlikte türban kullanımının nasıl sağlanacağı olmakta, konu yine siyasi partiler tarafından ele alınmakta, devlet yönetiminde din konusunun öncelik olması sonucu meydana gelmektedir.

2. Anayasa Değişiklikleri Çözüm Olur mu?

Sorunun yapısını ortaya koyduktan sonra, güncel olarak açıklanan ve iki siyasi partinin fikir birliğine vardığını söylediği anayasal değişikliklerin, "türban sorununun" hukuksal çözümüne yardımcı olup olamayacağını incelenmesi faydalı olacaktır. Yazının başında belirttiğim gibi, bu makale yayınlandığında önerilerin kabul edilmiş olması ihtimali yüksektir.

Bu noktada, çözümden neyin anlaşılması gerektiği de ayrı bir tartışma konusudur. Üniversitelerde ve kamusal alanlarda türban kullanımının anayasal sistemimize tamamı ile aykırı olduğunun kabulü ile bu konunun siyasal kullanımının veya istismarının sona erdirilmesi de bir

¹⁰ İlkyay Okdemir, a.g.e., s. 110 vd.

çözümdür. Ancak son günlerde medyada çözüm kelimesinin anlamının, Anayasa'da yapılacak hangi değişikliğin türban kullanımına yasal dayanak sağlayacağı ile eşdeğer olduğu görülmektedir. Bu itibarla, aşağıdaki açıklamalar yapılırken inceleme, değişikliklerin türban kullanımına Anayasal meşruluk getirip getirmeyeceği üzerinde olacaktır.

Siyasi partiler tarafından uzlaşıldığı söylenen metinler, Anayasa'nın iki maddesi ve YÖK Kanunu'nun Ek 17. maddesi üzerindedir.¹¹ Bunlardan ilki, *"Kanun Önünde Eşitlik"* başlıklı 10. maddedir. Maddenin 4. fıkrasındaki *"Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır"* ifadesine ek olarak (bütün işlemlerinden) sonra gelmek üzere *"ve her türlü kamu hizmetlerinin yararlanılmasında"* cümlesinin eklenmesi tartışılmaktadır. Böylelikle maddenin nihai metninin;

"Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır."

şeklini alması düşünülmektedir.

İkinci değişikliğin ise *"Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi"* başlıklı 42. maddede yapılması düşünülmüştür. Burada da maddenin *"Kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz"* olan lafzının,

"Kimse, kanunda açıkça yazılı olmayan hiçbir sebeple eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı ve kullanılmasının sınırları kanunla tespit edilir ve düzenlenir."

şeklinde yeniden yazılması önerilmektedir.

Son olarak, Yüksek Öğretim Kanunu'nun ek 17. maddesinin *"Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir."* şeklindeki mevcut hali için,

"Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir. Hiç kimse başının örtülü olması sebebiyle yükseköğrenim hakkından yoksun bırakılamaz ve bu yönde uygulama ve düzenleme yapılamaz. Ancak başın örtülmesi, kişinin yüzü açık ve kimliğinin tanınmasına imkan verecek ve çene altından bağlanacak şekilde olması gerekir."

¹¹ 29 Ocak 2007 tarihli gazete ve televizyon haberleri esas alınmıştır.

düzenlemesi önerilmektedir.

Bu değişiklikler ile iki hedefe varılmasının amaçlandığı söylenmektedir. Bunlardan ilkini, üniversitelerde öğrencilerin türbanla (veya başörtüsü ile) eğitimlerinin önünün açılmasıdır. İkincisi ise, sağlık, eğitim, hukuk vb. kamu hizmetlerinin alınmasında kişinin kıyafet tercihinin engel teşkil etmemesini sağlamaktır.

Önerilen bu değişikliklerin hukuksal açıdan “türban sorununu” çözüme kavuşturup kavuşturmayacağı anayasal bir konudur. Neticede, üniversitelerde türbanla eğitim yasağı bulunduğuyla ilişkin uygulama dayanağını Anayasa’dan ve Anayasa Mahkemesi kararlarından almaktadır. Bu itibarla, Anayasa’da ve YÖK Kanunu’nda yapılacak değişiklik sonrası, türbanla eğitimin serbest olup olamayacağının hukuki değerlendirmesinde, Anayasa Mahkemesi’nin önceki incelediğimiz 1989 ve 1991 tarihli kararlarının yapmış olduğu tespitler üzerinde durulması gerekmektedir.

- Laiklik İlkesi İncelemesi

Yukarıda, kararları incelerken yaptığımız tespitler doğrultusunda, yürürlükteki Anayasa uyarınca, Anayasa Mahkemesi’nin türbanla eğitimi düzenleyen kuralların, laiklik ilkesine aykırı olduğu kararına vardığını biliyoruz. Burada, Anayasa Mahkemesi’nin laiklik ile ilgili tespitleri ve bu doğrultuda yaptığı tanımları ön plana çıkmaktadır. Mahkeme, “din hürriyetinin kullanılmasının bir sonucu olarak bayanların saç ve boyunlarını örtmeleri, bireysel hayatta dinin tezahür biçimi olduğu için, özgür düşünce gereklerine, aklın ve bilimin gereklerine ters düşmektedir” yorumunu getirdikten sonra, devlette egemen gücün dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilim olduğunu belirtmiştir. Bunun sonucu olarak, Mahkemenin, gelecekte de, dinsel kuralların devlet yönetiminde akıl ve bilimin yerini aldığına ilişkin yorumlayacağı her olayda, laiklik ilkesi gereğince Anayasaya aykırılık kararı vereceği söylenebilir.

Yukarıdaki paragraftan da anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesi’nin laiklik ile ilgili tanımı, çoğumuzun bildiği ve basit hali ile bizlere öğretilen “din ve devlet işlerinin birbirinden” ayrılması ifadesinden genştir. Bu tanımın sınırlarının tespiti için yine Anayasa Mahkemesi’nin kendi uygulamasına bakmakta fayda vardır.

Anayasa Mahkemesi, tarihi içinde laiklik ile ilgili bir sürü değerlendirme yapmış olup, sonraki kararlarında atıf yaparak kullandığı 21.10.1971 günlü, E. 1970/53, K. 1971/76 sayılı kararı, laikliğin tanımını yapmakta, ayrıca batı ülkelerindeki lâiklik ile ülkemizdeki lâiklik anlayışı arasındaki farklara da değinmektedir. Buna göre, laiklik, din ile devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmekle birlikte, İslam'da, Hıristiyanlıkta olduğu gibi bir ruhban sınıfının bulunmadığı, mabetlerde görevli kimselerin kutsal nitelikte olmadıkları, her iki dinin koşullarının farklı olduğu, din işleri ile uğraşan kimselerin bağımsızlığının veya özerkliğinin, gerek ülkemizde ve gerekse batı devletlerinde farklı sonuçlar doğuracağı, bu nedenle her iki dine mensup milletlerin kurdukları devletlerdeki laiklik anlayışında farklılık olmasının zorunlu olduğu, din işleri ile uğraşanların devletten bağımsız olmalarının ancak, Hıristiyan dininin kabul edildiği devletlerde laikliğe ilişkin bir ilke olarak kabul edilebileceği, ülkemizde bu esasın uygulanmasının sakıncalı olduğu belirtilmiştir.¹²

Buna ilave olarak, laiklik ilkesi üzerinde açılımı yapan mahkeme, a) dinin, devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme; b) dinin, bireyin manevi hayatına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetilmeksizin sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dini, Anayasa güvencesi altına alma; c) dinin, bireyin Manevi hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama; d) devlete, kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dini hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma; esaslarını ön plana çıkarmıştır.

Mahkeme, 1961 Anayasası kapsamında yaptığı bu laiklik açılımını ve laikliğe ilişkin esasları, 1982 Anayasası'nın kabulünden sonra da korumuştur.¹³ 04.11.1986 günlü, Esas 1986/11, Karar 1986/26 sayılı

¹² Zafer Kanbur, *Anayasa Mahkemesi'ne Göre Laiklik*, s. 80, Hacettepe Üniversitesi, 2003.

¹³ 1982 Anayasası sonrası, laiklik ile ilgili kararlar için, Anayasa Mahkemesi'nin, 25.10.1983 gün 1983/2 E. 1983/2 karar sayılı; 04.11.1986 gün ve 1986/11 E. 1986/26 karar sayılı; 11.02.1987 gün ve 1986/12 E. 1987/4 karar sayılı; 21.06.1995 gün ve 1995/17 E. 1995/16 karar sayılı; 02.02.1996 gün ve 1995/25 E. 1996/6 karar sayılı; 22.05.1997 gün ve 1996/3 E. 1997/3 karar sayılı; 16.01.1998 gün ve 1997/1 E. 1998/1 karar sayılı; 22.06.2001 gün ve 1999/2 E. 2001/2 karar sayılı ilamları incelenebilir.

kararda, laiklik ilkesi ile ilgili yukarıdaki esasların üzerinde yeniden duran Mahkeme, laiklik ile din özgürlüğü arasındaki ilişkiyi de tanımlamıştır. Buna göre, “*Modern devlette din, kimi haklara sahip olmanın bir şartı değildir. Günümüzde devlet, vicdan hürriyetine olabildiğince saygılı, bünyesinde çeşitli din ve mezheplere inananlara ve bunlara ait teşekküllere yer veren bir kurumdur. Lâik devlette herkes dinini seçmekte ve inançlarını açığa vurabilmekte, tanınmış olan din ve vicdan özgürlüğünün sınırları içerisinde serbesttir. Hiçbir dine itikadı olmayanlar için de durum aynıdır. Lâik bir toplumda herkes istediği dine ya da inanca sahip olabilir. Bu husus yasa koyucunun her türlü etki ve müdahalesinin dışındadır. Gerçek vicdan hürriyetinden ancak lâik olan ülkelerde sözedilebilir. Dinlerden birini devlet olarak tercih fikri ayrı dinlere mensup vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşer. Lâik devlet, din konusunda, inancına bakmaksızın, yurttaşlara eşit davranan, yan tutmayan devlettir*”.

Anayasa Mahkemesi tarihinde, laiklik ile ilgili bir diğer önemli karar, 25.10.1983 gün 1983/2 E. 1983/2 K. sayılı Huzur Partisi'nin kapatılmasına ilişkin verilen karardır. Bu kararda da laiklik ile ilgili yukarıda belirttiğimiz açıklamalar paralelinde değerlendirme yapan mahkeme, *Atatürk devrimlerinin hareket noktasında laiklik ilkesinin yattığını ve devrimlerin temel taşı bu ilkenin oluşturduğunu, laiklik ilkesi açısından verilecek en küçük bir ödünün, Atatürk devrimlerini yörüngesinden sapılarak yok olması sonucunu doğurabileceğini, bu nedenle hiçbir düşünce ve mülahazanın Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğin karşısında koruma göremeyeceğini ve laiklik ilkesi gereği kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağını beyan ederek, Atatürk devrimleri ile laikliğin birbirinden ayrı düşünülmemeyeceğini vurgulamıştır*.¹⁴

Buraya kadar yapılan açıklamalardan çıkan sonuç şudur: Din hürriyetinin kullanılmasının bir sonucu olarak bayanların saç ve boyunlarını örtmeleri, özgür düşünce gereklerine, aklın ve bilimin gereklerine, Atatürk devrimlerine ve laiklik ilkesine ters düşmektedir; bu sebeple eğitimde (ve diğer kamusal alanlarda) kullanımı Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, bu zamana kadar yaptığı değerlendirmeler ve verdiği kararlar sonucunda, türbanın kamusal

¹⁴ Zafer Kanbur, a.g.e, s. 90.

kapsamda kullanımının Anayasa'nın özüne aykırı olduğunu belirtmektedir. Bunu yaparken de, Anayasa'nın başlangıç hükümlerini ve laiklik ilkesini ön plana çıkartarak, temel hak ve hürriyetlerin, bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini anlatmaktadır.

Bu halde, türbanla eğitim her şeyden önce Anayasa'nın başlangıç hükümlerine ve 2. maddesine açık aykırılık teşkil etmektedir.

- Meşruluk İncelemesi

Bu yönde bir karar var iken, gündemdeki hukuki soru aslen, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılacak bir değişiklik ile türban ile eğitim Anayasa'ya uygun hale getirilebilinip getirilemeyeceğidir.

Yapılmak istenen maddeler incelendiğinde, değişikliğin, a) YÖK Kanunu'nda ve kamusal hizmetlerin alınmasında yapılacak düzenlemeye anayasal dayanak yaratılması ve b) Laiklik ilkesinin Anayasal yorumunda esnekliğe gidilmesi amaçlı olduğu anlaşılmaktadır.

Burada, dikkat edilmesi gereken nokta, yukarıda Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ile ilgili değerlendirmesi ve görüşü anlatılırken, soyut noktaların tarihsel ve evrensel değerlendirme yolu ile somutlaştırıldığıdır. Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi, laiklik ilkesinin yorumunda, aslen Anayasa'nın diğer maddelerine göre bir yorum yapmamakta, laiklik ilkesini sadece Atatürk devrimleri ile ilişkilendirip, tarihsel gelişim süreci ve İslam'daki anlamı üzerinde durmaktadır. Yapmış olduğu bu tanımlamayı da, Anayasa'nın diğer maddelerinin yorum ve uygulamasında dayanak almaktadır.

Bu tespiti yapmamın sebebi, Anayasa'nın 10. ve 42. maddesinde yapılacak herhangi bir değişikliğin, Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ilkesini yorumlamasında bir farklılık yaratmayacağını belirtmek istememdir. Çünkü bu tespit yapıldıktan sonra, Anayasa ve YÖK Kanunu'nda önerilen değişikliğin yapılması, hukuken sadece iki sonuç çıkarabilir:

1. YÖK Kanunu'nda, üniversitelerde başörtüsünün serbest bırakılmasına ilişkin yapılacak bir madde değişikliği için anayasal dayanak sağlanacak olup, bu halde YÖK Kanunu'nun Ek 17. maddesi düzenlemesi, Anayasa'nın 10 ve 42. maddeleri uyarınca geçerli olacak, ancak Anayasa'nın başlangıç hükümleri ve 2. maddesine aykırılığı devam edeceğinden, konunun Anayasa Mahkemesi'ne intikali halinde iptali

mümkün olabilecektir. Buna kamusal hizmetlerin alınmasında başörtüsünün kullanılmasının da dahil edilmesi mümkündür.

2. Anayasa'ya konacak maddelerin azcık daha keskinleştirilmesi ile başörtüsünün, kamusal hizmetlerden yararlanmada ve eğitimde kullanımına ilişkin Anayasa'da birbirleri ile çelişen karşıt hükümlerin varlığı yaratılacaktır.

Bu kapsamda, öncelikle 42. maddede yapılmak istenen değişikliği dikkate almakta fayda vardır. Değişiklik için önerilen madde metni "*Kimse, kanunda açıkça yazılı olmayan hiçbir sebeple eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı ve kullanılmasının sınırları kanunla tespit edilir ve düzenlenir*" şeklindedir.

Eğitim ve öğrenim hakkı, temel hak ve hürriyetlerdendir. Bu yönü ile "*Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması*" başlıklı Anayasa'nın 13. maddesinde, bu hakkın nasıl sınırlandırılacağı zaten düzenlenmiş durumdadır. İlgili 13. madde de sınırlamanın "ancak kanunla yapılabileceği" belirtilmiştir. Bu bağlamda, istenen değişikliğin neden 13. madde içine alınmadığı sorusu akla gelebileceği gibi, iki madde arasındaki genel anlamda tek farkın "*yazılı olma*" kriteri olduğunu da belirtmekte fayda var. Bu hali ile "*eğitim ve öğrenim hakkı*" kanunda açıkça yazılı olarak sınırlandırılabilir, "*diğer temel haklar ve hürriyetler*" ise ancak kanunla sınırlandırılabilirlerdir. Siyasi partilerin burada niye bir ayırım yapmaya çalıştıkları anlaşılabilir.

Önerilen madde metninden anlaşılacağı üzere, değişiklik ile yapılmak istenen, eğitim hakkının düzenlenmesinde getirilecek sınırlamaların, sadece kanunlarla, yazılı ve açıkça yapılmasını sağlamaktır. Bu halde, mevzuattaki düzenlemede türban ile eğitimin sınırlandırılması konusunda açıkça yazılı bir düzenleme olmadıkça, türbanın okullarda serbest kalacağı söylenebilir. Bu düşünce, hali hazırdaki mevzuatımızda, Anayasa hariç kanun seviyesinde açıkça yazılı şekilde türbanı veya başörtüsünü yasaklayan bir hüküm bulunmadığı tespitine (veya bir görüşe göre inanaşa) dayanmaktadır. Buna ek olarak, YÖK Kanunu'nun ek 17. maddesinde başörtüsünün tanımı yapılarak, üniversite eğitiminde başörtüsü kullanımının yasal dayanağı kuvvetlendirilmeye çalışılmaktadır.

Dışarıdan bir bakış ile buradaki düzenlemeler arasında bir çelişkinin mevcut olduğu söylenebilir. Her şeyden önce, anayasal değişikli-

ğin lafzı dikkate alındığında, türbanı açıkça yazılı olarak yasaklayan bir madde bulunmadığı takdirde, türbanın eğitimde serbest kalacağı anlamı çıkmaktadır. YÖK Kanunu'ndaki madde düzenlemesi dikkate alındığında ise, ek 17. madde ile başörtüsüne açıkça yazılı olarak izin verilmeye çalışıldığı görünmektedir. YÖK Kanunu'nda veya herhangi bir başka kanunda başörtüsünü yasaklayan açıkça yazılı bir hüküm bulunmadığından, ek 17. maddedeki *"Hiç kimse başının örtülü olması sebebiyle yükseköğrenim hakkından yoksun bırakılamaz ve bu yönde uygulama ve düzenleme yapılamaz."* hükmünün getirilmesinin hukuki bir yararı olmadığı söylenebilir.

Bu hali ile değerlendirildiğinde, YÖK Kanunu'ndaki yapılmak istenen değişikliğin iptali için Anayasa Mahkemesi'nde dava açıldığını varsayarsak, konunun incelenmesinde Anayasa Mahkemesi'nin önünde birbiri ile çelişen iki ayrı maddenin bulunacağını söylemek yanlış olmaz. Her şeyden önce, YÖK Kanunu'nun ilgili maddesi, Anayasa'nın 42. maddesine uygunluk teşkil edecektir. Çünkü kanunlar bazında, başörtüsü kullanımını açıkça yazılı olarak yasaklayan bir madde bulunmamaktadır. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin 1991 tarihli kararında *"kanun"* tabirinden Anayasa'nın da anlaşılması gerektiği yönündeki tespitini hatırlatmakta fayda vardır. Gerçekten de, mahkeme, anılan kararda *"Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbestisi'nin Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla Anayasa'ya aykırılığı belirlendiğinden, "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak" koşulunun araştırılmasında, Anayasa'ya aykırılığın var olup olmadığına öncelikle saptanması gerekir."* tespiti ile Anayasa'nın hiyerarşik yapıda kanunların üstünde olmasının, kendisinin *"kanun"* niteliğini etkilemeyeceğini vurgulamıştır. Anayasa'mızda türbanla ilgili açıkça yazılı bir sınırlamanın var olup olmadığına incelenmesinde ise, kolaylıkla iki görüşün hakim olacağı söylenebilir.

Anayasa'nın hiçbir maddesinin lafzında eğitim ve öğrenim hakkının başörtüsü kullanımı sebebi ile sınırlanabileceği yazmamaktadır. Bu itibarla, açıkça bir yazılı sınırlama olmadığından, başörtüsünün ve türbanın okullarda serbest olacağı yorumu yapılabilir. Bu noktada, Anayasa'da yapılmak istenen değişikliğin, söylendiği üzere sadece üniversiteler ile ilgili bir sınırlama getirmediğini belirtmekte fayda vardır. Bu halde yukarıdaki şekilde bir yorum halinde, türban veya başörtüsünün her yaşta eğitim ve öğrenim hakkı için serbest olacağı sonucu çıkmaktadır.

Buna karşılık 1991 yılındaki yorumlu ret kararı, gerekçesi, Anayasa Mahkemesi kararları ile yorumlu ret kararlarının bağlayıcılığı dikkate alındığında ise, Anayasa'nın başlangıç hükümleri, 2. maddesi, 24. maddesi ve 174. maddesinin açıkça başörtüsü ile eğitimi yasakladığı sonucu çıkacaktır.

Bununla birlikte, YÖK Kanunu'ndaki yapılmak istenen değişikliğin, Anayasa'nın 42. maddesindeki önerilen düzenlemeden bağımsız denetlenmesi halinde, Anayasa'nın başlangıç hükümleri ve laiklik ile ilgili 2. maddesi kapsamında ve yine 10, 24 ve 174 . maddeler kapsamında, 1989 yılındaki mahkeme kararında açıkça yer alan sebeple ile, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılabilecektir. Netice itibarı ile bakıldığında, yeni düzenleme ile 1988 tarihli düzenleme arasında hukuksal tek farkın, yeni düzenlemeye Anayasa'nın 42. maddesi ile dayanak yaratılmasıdır.

- Anayasal Normlar Hiyerarşisi

Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir başka konu da, Anayasa'mızda birbiri ile çelişen iki ayrı madde olması halinde, hangi maddenin uygulanacağı ile ilgilidir. Bu durum hukuk literatüründe anayasal normlar arasındaki hiyerarşi sorunu olarak adlandırılmaktadır.¹⁵ Literatürde bir takım normlara hiyerarşik açıdan öncelik tanıyan görüşler mevcut ise de, konumuz açısından bu tezlerin burada incelenmesi doğru değildir. Anayasa'mızda hiyerarşik yapının var olup olmadığının tespiti için uygulamayı incelemek yerinde olacaktır. Kaldı ki, burada, Anayasa'mızın tüm maddeleri 07 Kasım 1982 tarihinde halkoylaması ile kabul edildiğinden, değiştirilemez hükümlerinin diğer maddelere nazaran hiyerarşik bir üstünlük taşımadığına ilişkin Kemal Gözler görüşünü belirtmekte fayda görüyorum.

Uygulamaya bakıldığında ise, başkaca bir inceleme yapılmadan, türban konusunda yukarıda detaylı olarak belirttiğimiz 1989 ve 1991 tarihli kararlar ve yine yukarıda bahsi geçen 25.10.1983 gün 1983/2 E. 1983/2 karar sayılı incelenerek bu konuda yorum yapmak mümkündür. Tüm kararlarda görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi, "*Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliği ile laiklik ilkelerini*" diğer

¹⁵ Konunun ayrıntıları için Kemal Gözler, *Anayasal Normların Geçerliliği Sorunu*, s. 153 vd., Ekin Kitabevi, 1999 kitabı incelenebilir.

Anayasa maddelerinin üstünde gördüğünü kabul etmektedir. Zaten Anayasamızın lafzına bakıldığında, “*laik Cumhuriyet*” ilkesinin tüm hakların sınırlandırılmasında veya kullanılmasında dikkate alınacağıнын yazıldığını görmekteyiz. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, Anayasa Mahkemesi’nin uygulamada, özellikle laiklik ile ilgili kararlarında, “*Anayasa başlangıç hükümleri*” ve “*laiklik ilkesini*” tüm temel hak ve hürriyetlerin hiyerarşik olarak üstüne çıkardığını söyleyebiliriz. Bu yönde bir görüşün hakimiyeti ise, siyasi partiler tarafından önerilen Anayasa değişikliklerinin, çözülmeye çalışılan “*sorunu*” çözmekten uzak olduğu anlamını taşır.

Anayasa maddelerinin arasında hiçbir hiyerarşik üstünlük bulunmadığı kabul edilse dahi (ki Anayasa Mahkemesi kararları haricinde, Anayasa’nın maddelerine dayanılarak yapılan bir incelemede bu görüş hakim olabilir; Kemal Gözler’in yukarıda belirtilen savı da dikkate alınmalıdır), bu halde de çelişkili ve/veya birbirine zıt iki madde aynı anda yürürlükte bulunacak ve birbirinin geçerliliğini etkilemeyecektir. Böyle bir durumda, kanunların Anayasa’ya uygunluğu her bir madde için ayrı ayrı denetlenecek olup, türban veya başörtüsü ile eğitim ve öğretim hakkı bir maddeye uygun iken, diğer bir maddeye aykırılık teşkil edeceğinden, iptali gerekecektir.

Bu açıklamayı yaptıktan sonra, Anayasa’nın 10. maddesinde yapılmak istenen değişikliğin değerlendirmesi kapsamında, yukarıda belirttiğimiz hususlardan hiçbir farklılık içermediğini söylemek gerekir. Bu hali ile kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddeye “*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*” ibaresinin getirilmesi, Anayasa Mahkemesi’nin laiklik ilkesi yorumunu değiştirecek nitelikte olmayıp, kamusal alanda hizmet alımında başörtüsünün kullanımının Anayasa Mahkemesi’ne taşınması halinde, mahkeme uygulamanın yukarıda belirtilen maddelere aykırı olacağına karar verebilecektir.

Bu değerlendirme ışığı altında, siyasi partiler tarafından yapılan, Anayasa’nın 10, 42. ve YÖK Kanunu’nun ek 17. maddelerindeki değişiklik önerilerinin, “*türban sorununun*” hukuki çözümüne yardımcı olmayacağı yani anayasal meşruluk sağlamayacağı ortaya çıkmaktadır.

- Meşruluk Doğurucu Düzenleme Sorunu

Bu noktada, nasıl bir anayasal değişikliğin türbanın ve/veya ba-

şörtlüsünün kullanımına anayasal meşruluk sağlayabileceği sorusu akla gelebilir.

Yukarıda açıklandığı üzere, türbanın kamusal alanlarda ve eğitimde kullanılmasının meşruluğunun önündeki en büyük engelin, Anayasa'nın başlangıç hükümleri ve laiklik ilkesi olduğu, Anayasa Mahkemesi kararlarından açıkça anlaşılmaktadır. Yine açıklandığı gibi, Anayasa Mahkemesi laiklik ilkesini sadece Atatürk devrimleri ile ilişkilendirip, tarihsel gelişim süreci ve İslam'daki anlamı şeklinde yorumlamakta, bu yorumunu yaparken, Anayasa'da başka maddelerin düzenleme usul ve şekillerini hiç dikkate almamaktadır. Anayasa'nın başlangıç hükümleri içinde yorumlama tekniği aynıdır. Bu hali ile Anayasa'da yapılacak hiçbir değişiklik, başlangıç hükümlerinin ve laiklik ilkesinin yorumlanmasına etki etmeyeceğinden, türbanın Anayasal meşruluğunu sağlamanın bir yolunun Anayasa'nın başlangıç hükümlerini ve laiklik ile ilgili hükmünü değiştirmek olduğu ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 4. maddesinde bu hükümlerin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin de teklif edilemeyeceği yazılmaktadır. Yine bu yönde bir tutum, demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmaya yönelik bir faaliyet olarak yorumlanacak olup, cezai yaptırımları oldukça ağırdır. Kaldı ki bu yönde bir hareket, türbanın kamusal alanda ve eğitimde kullanılmasına karşı çıkan bazı siyasi partilerin, bu düzenlemeler yapılırken ana amacın laik Cumhuriyete karşı olduğunu iddiasını kanıtlamaktan başka bir işe yaramayacaktır.

Kısaca belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin türban ve laiklik üzerine yaptığı yorumlar aynı kaldığı sürece, herhangi bir anayasal değişikliğin türbana meşruluk kazandırabilme imkanı hukuken gözükmemektedir.

- Mahkemenin Yorum Değişikliği ve Yargı Bağımsızlığı

Bu tespit, bizi, türbanın kamusal alan ve eğitimde kullanılabilmesinin meşruluğu yönündeki tek yolun, Anayasa Mahkemesi'nin türban ve laiklik üzerine yaptığı yorumunu değiştirmesi olduğu sonucuna götürür. Peki bu mümkün müdür? Tüm yargı organlarında olduğu gibi, anayasal yargıda da, mahkemenin daha önce yerleşik olan bir görüşten dönerek yeni bir görüş belirtmesi mümkündür. Birçok hukukçunun, türban konusunda farklı hukuki yorum yaptıkları bilinmekte-

dir. Bu hali ile, Anayasa Mahkemesi'ndeki hakimlerin çoğunluğunun, türbanın laiklik ilkesi ve Anayasa'nın başlangıç hükümlerine aykırılık teşkil etmeyeceği yönünde değerlendirme yapmaları halinde, konu meşruluk kazanmış olacaktır.

Konu burada, Anayasa Mahkemesi'nin oluşumuna; bu oluşumdan Cumhurbaşkanı'nın etkisine; Cumhurbaşkanı'nın her ne kadar tarafsız olması ve siyasi partiye üye olmaması gerekmekte ise de, siyasi geçmişi nedeni ile, Meclis'teki partilerden birine veya bir inanışa yakın olması sebebi ile Anayasa Mahkemesi'ne yargıç seçerken siyasi düşünceyle hareket edebileceği tartışmasına; Anayasa Mahkemesi hakimlerinin seçiminde siyasi tercihler etkili olabileceğinden bağımsızlığına gelmekte olup, başka bir inceleme konusu oluşturmaktadır.

Ancak, bu konuda özet görüş bildirmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamını (bir kısmını kendisine gösterilen adaylar arasından bir kısmını ise doğrudan) Cumhurbaşkanı seçmektedir.¹⁶ Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 101 ve devamı maddeleri uyarınca bir (en üst) Yürütme organıdır. Yine Anayasa'mızın 9. maddesi uyarınca yargı yetkisinin, bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiş olup, yürütmenin başı olan makamın, bağımsız olması gereken Anayasa Mahkemesi üyelerini seçmesi, bağımsızlığı kökten zedelemektedir ve Türk yargısı ve Anayasal sistemi için ciddi bir tehlike oluşturmaktadır.

3. Sonuç

Sonuç olarak özetlemek gerekirse;

- Türban veya başörtüsünün kamusal alanlarda ve eğitimde kullanımı, bu yönde hukuki düzenleme yapılması ve bu düzenlemelerin 1988 ve 1990 yıllarında Anayasa Mahkemesi'ne taşınması ile birlikte verilen 07 Mart 1989 tarihli, 1989/1 esas 1989/2 karar sayılı ilam ve 09.04.1991 tarihli, 1990/36 esas 1991/8 karar sayılı ilamlar ile bir Anayasal sorun haline gelmiştir.

- Anayasa Mahkemesi, her iki karar ve diğer laiklik ile ilgili kararlarında, türban konusunun Anayasa'nın başlangıç hükümlerine ve

¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin oluşumu ile ilgili olarak Anayasa'nın 146. maddesi incelenebilir.

Atatürk devrimlerinin hareket noktasında var olan laiklik ilkesine aykırı olduğunu, Anayasa'nın diğer normlarından bağımsız olarak değerlendirmiştir.

• Siyasi partiler tarafından yapılan ve Anayasa'nın 10., 42. ve YÖK Kanunu'nun Ek 17. maddelerindeki değişiklik tekliflerinin, eğitim ve diğer kamusal alanlarda türban kullanımına hukuken meşruluk kazandırmayacağı; konunun Anayasa Mahkemesi'ne intikali halinde, uygulamaya ilişkin normların en azından Anayasa'nın başlangıç hükümleri ve 2. maddesindeki laiklik ilkesine aykırılıktan dolayı iptal edilebileceği görüşündeyim.

KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, 1982.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, "Laiklik ve Laik Devlet" adlı makale; *Laiklik ve Demokrasi*, İmge Kitabevi, 2001, Ankara.
- Ardıçoğlu, Artuk, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yasama, Yargı ve İdare Üzerindeki Etkileri*, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1995.
- Başgil, Ali Fuat, *Din ve Laiklik*, Yağmur Yayınları, İstanbul, 1991.
- Bozan, İrfan, *Devlet ile Toplum Arasında – Bir Okul: İmam Hatip Liseleri; Bir Kurum: Diyanet İşleri Başkanlığı*, TESEV Yayınları, İstanbul, 2007.
- Coşkun, Mustafa Kemal, *Comparative Study of Secondary Schools in Turkey, example of imam-hatip schools [Türkiye'de orta dereceli okulların karşılaştırmalı bir çalışması: İmam-hatip okulları örneği]*, Orta Doğu Teknik Üniversitesi, 1999.
- Daver, Bülent, *Türkiye Cumhuriyeti'nde Laiklik*, Ankara, 1955.
- Dinçkol, Bihterin (Vural), *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1990.
- Doğan, Özlem, *The Turban Issue*, Boğaziçi Üniversitesi, İstanbul 1994.
- Erdoğan, Mustafa, M., *Dersimiz Özgürlük*, Pınar Yay., İstanbul, 2001.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara, 2005.
- Gençoğlu, Funda, *National Identity, Citizenship And Pluralism in Turkey: The Turban Question*, Bilkent Üniversitesi, 1997.
- Gözler, Kemal, *Anayasal Normların Geçerliliği Sorunu*, Ekin Kitabevi, 1999.
- Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1986.

- Gözübüyük, Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2000.
- Güven, Serhat, *Laiklik ve Anayasa Mahkemesi*, Başkent Üniversitesi, 2006
- Kanbur, Zafer, *Anayasa Mahkemesi'ne Göre Laiklik*, Hacettepe Üniversitesi, 2003.
- Kili, Suna, *Türk Devrim Tarihi*, Kültür Yayınları, İstanbul, 2001
- Okdemir, İlkey; Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Laiklik Bağlamında Üniversitelerde Türban Sorunu, Yüksek Lisans Tezi, s. 122, Akdeniz Üniversitesi, 2005.
- Ozankaya, Özer, *Atatürk ve Laiklik*, Tekin Yayınevi, Ankara, 1983.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1986.
- Sabuncu, Yavuz, *Anayasa'ya Giriş*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasa'nın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2006
- Ulusoy, Ali, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004.
- Ünsür, Ahmet, *Kuruluşundan Günümüze İmam Hatip Liseleri*, Önder Yayınları, İstanbul.
- Yıldırım, Turan, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. 2, S. 1, Ankara 1994.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-3888

- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

31.05.2005



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

SIYASİ PARTİLERİN TEMLLİ KAPATILMASI İLE KAPATILMASI ARASINDAKİ FARKLAR VE KAPATILAN PARTİLERİN YENİDEN AÇILMASI

Uğur YİĞİT*

I. GİRİŞ

1982 Anayasası'ndan¹ sonra yürürlüğe giren 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda² (SPK) Anayasa'da sayılan kapatma nedenlerinin yanında diğer birtakım kapatma nedenleri düzenlemiştir. Hukukumuzda siyasi parti kapatmaları sadece Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu'na göre değil mahkeme kararı, kanun ve konsey kararıyla da siyasi partiler kapatılmıştır.

Anayasa ve SPK'nın da siyasi parti kapatma konusunda "temelli kapatma" ve "kapatma" kavramlarına yer verilmiştir. Öğretide temelli kapatma ile kapatma kavramının anlam, etki ve sonuçları bakımından aralarında bir fark bulunmadığı görüşü ağırlık kazanmıştır.³ Ancak bu görüş hukukumuzda parti kapatılmasına ilişkin sürecin iyi irdelenmemesi sonucu ortaya çıkmıştır. Bu makalede tarihi süreç ve temelleri incelenerek bu iki kavram arasındaki farklar diğer bir ifade ile Anayasa ve kanun koyucunun iki ayrı kavram kullanmasının gereksiz olmadığı ortaya konulacaktır.

İncelememizin ana konusunu kapatılan partilerin yeniden açılıp

* Dr., Hakim, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı.

¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, RG, 9/11/1982 - 17863 (Mükerrer)

² Siyasi Partiler Kanunu, Kanun No: 2820, Kabul Tarihi : 22/4/1983, RG, 24/4/1983 -18027.

³ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (Genel Esaslar), 10. Bası, İstanbul, Ekim 2005, s.331., Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul Nisan 2004, s. 229, Abdullah Sezer, *1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat*, İstanbul, Şubat 2004, s.314,315, Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 6.Bası, İstanbul, Eylül 2004, s.179.

açıklamayacağına ilişkindir. Bu çerçevede Anayasa'nın 69/8 maddesi temelli kapatılan bir partinin başka ad altında kurulamayacağını hükmü ve 2820 sayılı yasa SPK'nın 95 ve 96. maddeleri de partilerin yeniden kurulmasına ilişkin sınırlamaların ne anlama geldiği açıklanacaktır.

II. SİYASİ PARTİ KAPATMA

Hukukumuzda siyasi parti kapatmaya ilişkin nedenler Anayasa ve SPK ile kapatma kararı veren makam da Anayasa Mahkemesi ile sınırlı değildir. Siyasi parti kapatmaya ilişkin hükümlere ve kapatma sonucu getirilen kısıtlamalara ilişkin doğru bir yorum yapabilmek, hukukumuzdaki siyasi parti kapatmaya ilişkin uygulamaların bir bütün halinde ortaya konulması ve değerlendirilmesini gerektirmektedir.

A. Kapatma Nedenleri

1. Anayasal Kapatma Nedenleri

Anayasa, kapatma kavramını “temelli kapatma” ve “kapatma” olarak⁴ düzenlemiştir. Temelli kapatma nedenleri Anayasa'da sayılmış, kapatma nedenleri ise kanuna bırakılmıştır.

Buna göre bir siyasi parti;

– 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerin odağı haline geldiğinin tespiti halinde (Anayasa madde 69/5-6) veya

– Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzelkişilerden maddi yardım alması durumunda (Anayasa madde 69/10)

temelli olarak kapatılır.

Anayasa değişikliğinden önceki kapatma nedenleri ise şunlardır.

⁴ Madde 149/4 - Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir. (Ek cümle: 23/7/1995 - 4121/14 md.) ve siyasi partilerin temelli kapatılması veya kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasi partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinler.

– Tüzük ve programları dışında faaliyette bulunmaları; Anayasa'nın 14. maddesindeki⁵ sınırlamalar dışına çıkmaları durumunda temelli kapatılır.

– Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan, yabancı ülkelerdeki dernek ve gruplardan herhangi bir suretle aynı ve nakdi yardım almaları, bunlardan emir almaları ve bunların Türkiye'nin bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü aleyhindeki karar ve faaliyetlerine katılmaları halinde temelli kapatılır.

2. Siyasi Partiler Kanunu'nda Kapatma Nedenleri

2820 sayılı SPK yürürlüğe girdiği tarihte çok sayıda ve türde kapatma nedeni içermekteydi. Ancak zaman içerisinde Anayasa değişiklikleri ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları sonucu kapatma nedenleri Anayasa hükümleri ile uyumlu hale getirilerek sınırlanmıştır.

a. Kapatma Nedenleri

Kapatma nedenleri SPK'nın 101. maddesinde⁶ üç başlık halinde

⁵ “Madde 14- (18/10/1982 tarihli ve 2709 sayılı Kanunun hükmüdür.) Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımını yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.

Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.”

⁶ Anayasadaki yasaklara aykırılık halinde partilerin kapatılması

Madde:101 - (Değişik: 12/8/1999 - 4445/16 md.)

Anayasa Mahkemesince bir siyasi parti hakkında kapatma kararı;

a) Bir siyasi partinin tüzük ve programının Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olması, sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlaması, suç işlenmesini teşvik etmesi,

b) Bir siyasi partinin, Anayasanın 68 inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespiti,

c) Bir siyasi partinin, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyruklığında olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alması,

Hallerinde verilir.

sayılmıştır. Bunlar bir siyasi partinin;

- Tüzük ve programının devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik cumhuriyet ilkelere aykırı olması, sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlaması, suç işlenmesini teşvik etmesi,

- Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesi'nce tespiti,

- Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım almasıdır.

b. Yürürlükten Kalkan Kapatma Nedenleri

- Cumhuriyet Başsavcılığı'nın tespit ettiği noksanlıkların otuz gün içinde giderilmemesi veya istenen ek bilgi ve belgelerin gönderilmemesi, (SPK madde 9)

- SPK'nın dördüncü kısmında yer alan hükümlere aykırılıklar, (SPK madde 101)

- Tüzük veya programının yahut partinin faaliyetlerini düzenleyen ve yetkili parti organları veya mercilerince yürürlüğe konulmuş olan diğer parti mevzuatının SPK'nun dördüncü kısmında yer alan hükümlerine aykırı olması,

- Parti büyük kongresince, merkez karar ve yönetim kurulunca veya TBMM grup yönetim veya grup genel kurullarınca bu Kanunun dördüncü kısmında yer alan maddeler hükümlerine aykırı karar alınması veya genelge veya bildirimler yayınlanması veya karar alınmamış olsa bile bu kurullar tarafından aynı hükümlere aykırı faaliyette bulunulması veya parti genel başkanı veya genel başkan yardımcısı veya genel sekreterinin sözü edilen bu maddeler hükümlerine aykırı olarak sözlü ya da yazılı beyanda bulunması,

(Ek:26/3/2002-4748/4 md.) Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkranın (a) ve (b) bentlerinde sayılan hallerde temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasî partinin almakta olduğu son yıllık Devlet yardımı miktarının (...) (2) (...) (2) kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına, yardımın tamamı ödenmişse aynı miktarın Hazineye iadesine karar verebilir.

- Parti merkez karar ve yönetim kurulunca Yüksek Seçim Kurulu'na partiyi temsilen konuşma yapacağı bildirilmiş olan kimse-nin, radyo veya televizyonda yaptığı konuşmanın bu Kanunun dör-düncü kısmında yer alan maddeler hükümlerine aykırı olması,

- Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, SPK 101. maddede sayılanlar dışın-da kalan parti organı, mercii veya kurulu tarafından SPK'nın dördün-cü kısmında yer alan hükümlere aykırı fiil işleyen organ, merci veya kurulun işten el çektirilmesini veya kesin olarak çıkarılmasını ilişkin isteminin tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde istem yazısında belirtilen hususu yerine getirmemesi,

- SPK'nın dördüncü kısmındaki hükümlere aykırılık nedeniyle bir siyasi partiden kesin olarak çıkarılan veya çıkarılmayıp da bir si-yasi partinin kapatılmasına sebep olan üyeleri, çıkarma kararının veya Anayasa Mahkemesi'nin kapatma kararının kendilerine yazı ile bil-dirilmesinden başlayarak on yıl içinde üye kaydedilmesi veya parti kurucusu olarak kabul edilmesi veya seçimlerde bağımsız aday gös-terilmesi.

- Cumhuriyet Başsavcılığı'nın denetim ve faaliyetlerinin takibi hususlarında istediği bilgi ve belgelerin verilmemesi nedeniyle, (Mad-de 102)

- Anayasa Mahkemesi'nin SPK'nın dördüncü kısım dışındaki em-redici hükümlere aykırılıkların giderilmesi yönündeki istemin altı ay içinde yerine getirilmemesi, (madde 104)

- Seçimlere katılmama, (madde 105)

B. Kapatma türleri

Hukukumuzda bir siyasi partinin kapatılması sadece Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemeler, kurullar ve kanun yolu ile de siyasi partiler kapatılmış-tır.

1. Yargı Kararı

Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemeler tarafından verilen si-yasi parti kapatma kararlarına ilişkin iki örnek Millet Partisi ve De-mokrat Parti'dir.

Millet Partisi, 26 Ocak 1954 tarihinde Ankara Sulh Ceza Mahkemesi'nce,

Demokrat Parti, Ankara 4. Asliye Hukuk Hâkimliği'nin 29.9.1960 gün ve 1960/570 Esas, 1960/784 karar sayılı ilâmı ile kapatılmıştır.

2. Milli Güvenlik Konseyi Kararı

Büyük Türkiye Partisi, 26.7.1983'de Milli Güvenlik Konseyi'nin 79 nolu kararıyla kapatılmıştır.

3. Kanunla Kapatma

16.10.1981 tarih ve 2533 Sayılı Siyasi Partilerin Feshine Dair Kanunla 12.09.1980 tarihine kadar kurulmuş bulunan siyasi partiler kapatılmıştır.

C. Kapatılan Partinin Yeniden Açılmaması

Kapatılan siyasi partinin tüzel kişiliği sona ermekle birlikte, geleceğe dönük olarak bazı kısıtlayıcı sonuçlar öngörülmüştür. Anayasa ve SPK'da öngörülen sınırlamalar;

- başka ad altında da kurulamaması,
- siyasi parti isim, amblem, rumuz, rozet ve benzeri işaretlerinin kullanılmaması ve
- kurucuları dahil üyelerine ilişkin siyasi yasaklar,

olarak düzenlenmiştir.

Kapatılan siyasi partinin yeniden açılmaması ile ilgili sınırlamaya ilişkin Anayasa ve SPK'da bu sınırlamaya ilişkin hükümler arasında farklılıklar vardır.

1. Anayasa

Anayasa'nın 69/8 maddesinde temelli kapatılan bir partinin bir başka ad altında kurulamayacağı hükmü yer almaktadır.

2. 2820 Sayılı SPK

2890 sayılı kanunun değişiklikler öncesi halinde bu sınırlamaya ilişkin hükümlerin yer aldığı 95. maddenin başlığı ve metninde “*Temelli kapatılan*” ibaresine yer verilmiştir. Ancak parti kapatma sebeplerini Anayasaya paralel hale getiren düzenlemelerin ardından 4445 sayılı kanunun 14. maddesiyle bu ibare “kapatılan” olarak değiştirilmiştir.

III. KAPATILAN PARTİLERİN YENİDEN AÇILABİLMESİ

2820 sayılı SPK’nın iptal edilen 105. maddesi gereğince kapatılan partilerin yeniden açılabilmesi sorunun çözüme kavuşturulabilmesi; kapatmaya konu olan madde, siyasi parti kurma hakkı ve kapatma kararının niteliği ile kapatmada uygulanan yargılama usulü ve kararın yeniden ele alınabilmesi yönlerinin detaylı incelemesini gerektirmektedir.

A. Kapatmaya İlişkin Madde Yönünden

Anayasa ve SPK, kapatmayı “*temelli kapatma*” ve “*kapatma*” olarak⁷ iki ayrı şekilde düzenlemiştir. Öğretide temelli kapatma ile kapatma kavramının anlam, etki ve sonuçları bakımından yapılan tartışmada, her iki kararın tüzel kişiliği sonlandırma neticesini doğurması nedeniyle aralarında bir fark bulunmadığı görüşü ağırlık kazanmıştır.⁸

Ancak bu yorum anayasa koyucunun muradına uygun değildir. Nitekim Anayasa, temelli kapatma nedenlerini metin içerisinde sayarken, kapatma sebeplerini 69. maddenin son fıkrasında; “*siyasi partilerin kapatılmaları yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir*” demek suretiyle kanuni düzenlemeye bırakmıştır.

⁷ Madde 149/4 – Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir. (Ek cümle: 23/7/1995 - 4121/14 md.) ve siyasi partilerin temelli kapatılması veya kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasi partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinler.

⁸ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (Genel Esaslar), 10. Bası, İstanbul, Ekim 2005, s.331., Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul, Nisan 2004, s. 229, Abdullah Sezer, *1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat*, İstanbul, Şubat 2004, s.314,315, Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 6.Bası, İstanbul, Eylül 2004, s.179.

İzlenen yöntem Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesine uygundur. Anayasa Mahkemesi de SPK'da düzenlenen kapatma nedenlerine dayanarak parti kapatma kararları vermiştir.

Türkiye Sosyalist İşçi Partisi'nin kapatılması hakkındaki davaya bakan Anayasa Mahkemesi, SPK'nın 105. maddesinin, Anayasa'nın 68 ve 69. maddelerine aykırılığının itiraz yoluyla incelenmesine karar vermiş ve *"Anayasa'da kapatılma nedenlerinin sayılarak belirlenmiş olması, yasako yucunun bunlar dışında bir nedenle siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuracak düzenlemeler yapamayacağını göstermektedir, TBMM genel seçimlerine katılmama Anayasa'da sayılan kapatılma nedenleri arasında yer almadığından"* şeklindeki gerekçeyle maddeyi iptal etmiştir.⁹

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda 2820 sayılı kanunda yapılan değişikliklerle Anayasa'da yer almayan kapatma nedenleri kanun metninden çıkarılmış, böylece Anayasa ile paralellik sağlanmıştır.

SPK 95. maddesinin *"Kapatılan siyasi parti bir başka ad altında kurulamaz"* hükmünde yapılan değişiklikle getirilen *"kapatılan"* ibaresi madde metninin ilk halinde yer alan *"Temelli kapatılan"* şeklinde olarak yorumlamak gerekmektedir. Temelli kapatma ibaresi, SPK'nın yürürlüğe girdiği dönemde Anayasadaki sebepler yanında ek kapatma sebeplerinin bulunuyor olması ve MGK ve kanunla kapatılan partilerin durumu dikkate alınarak getirilmiştir. Ancak daha sonra kanunlarda yapılan değişikliklerle kapatma sebeplerinin sadece Anayasada sayılanlarla sınırlanmış olması nedeniyle bu ibare *"kapatılan"* olarak değiştirilmiştir. Dolayısıyla yapılan değişikliklerle getirilen *"kapatılan"* ibaresini Anayasa hükümlerine uygun şekilde *"temelli kapatılan"* olarak anlamak gerekecektir.

Temelli kapatma ile kapatma arasında fark bulunup bulunmadığına ilişkin yorumlar yukarıda belirtilen parti kapatma nedenlerine ilişkin yaşanan sürecin dikkate alınmamasından kaynaklanmaktadır. Anayasa koyucu tarafından temelli kapatma ve kapatma gibi iki ayrı terim kullanması boşuna değildir ve yorum yoluyla bu ayrım yok sayılması mümkün değildir. Böyle bir ayrıma gidilmesindeki maksat Anayasa'da belirtildiği üzere kararların sonuçları açısından dır. Temel-

⁹ Any. Mah. 1.4.2003 tarih ve 2003/21 E. 2003/13 K.

li kapatılan ya da kapatılan partinin tüzel kişiliği sona erecekse de, kapatılan siyasi partiler ve üyeleri için temelli kapatmadan farklı olarak geleceğe yönelik herhangi bir kısıtlama (partinin yeniden açılması vb.) yapılamayacaktır.¹⁰ Nitekim Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Adalet ve Kalkınma Partisi hakkında açtığı kapatma davası iddianamesinde¹¹ yukarıdaki açıklamalara paralel şekilde temelli kapatma ve kapatma arasında ayırma gitmiştir.

Anayasa ve SPK'da getirilen temelli kapatma ve kapatma ayrımı lüzumsuz bir ayırım değildir. Yargıtay C. Başsavcılığı iddianamesinde de vurgulandığı üzere ayırım geleceğe yönelik kısıtlamalar yönündendir. Bu nedenle Anayasa'nın 69/8 maddesindeki *"Temelli kapatılan bir parti bir başka ad altında kurulamaz"* hükmü yine Anayasa'da sayılan sebeplerle temelli kapatılan partiler için uygulanacaktır. Temelli kapatma sebepleri dışında 2820 sayılı SPK'da sayılanlar ile diğer mahkemelerce, MGK kararlarıyla ve Kanunla kapatılan partiler yönünden bu yaptırım uygulanmayacaktır.

B. Siyasi Parti Kurma Hakkının Niteliği Yönünden

Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılmaya ilişkin 68 ve siyasi partilerin uyacakları esaslara ilişkin 69. madde Anayasa'nın *"Temel Haklar ve Ödevler"* başlıklı ikinci kısmının *"Siyasi Haklar ve Ödevler"* başlıklı *"Dördüncü Bölüm"*ünde düzenlenmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin en önemli niteliği *"hakkın tam olarak kullanılması"* ve *"sürekli"* olmasıdır. Hakkın kullanımının daraltılması ya da kesintiye uğratılması şeklindeki *"sınırlamalar"* istisnadır ve ancak Anayasa'da belirtilen usullerle yapılabilir.

Temel hak ve özgürlüklerin kanunla veya yargı kararı ile sınırlandırıldığı durumlarda, sınırlamaya neden olan kanun hükmü ya da yargı kararı ortadan kalkmasıyla birlikte temel hak ve özgürlükler tam olarak ve kesintisiz bir şekilde kullanılmaya devam edecektir.

Buna örnek olarak yargı kararıyla mahkûm edilen kişinin hükme

¹⁰ Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul, Nisan 2004, s. 229.

¹¹ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İddianamesi, Sy: SP. 109. Hz. 2002/15, Ankara, 23.10.2002 naklen Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul, Nisan 2004, s. 229.

dayanak olan kanun maddesinin diğer bir kanun hükmü ya da Anayasa Mahkemesi kararıyla ortadan kalkması durumunda tahliliye edilerek, Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenmiş bulunan "kişi hürriyeti ve güvenliği" hakkına yeniden kavuşması verilebilir.

Aynı şekilde, iki seçim dönemi TBMM genel seçimlerine katılmadığı gerekçesiyle siyasi parti kapatılması sonucu doğuran 2820 sayılı SPK'nın 105. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması nedeniyle temel hak ve hürriyetlerden olan siyasi parti kurma hak ve özgürlüğü yeniden tam ve kesintisiz bir şekilde kullanılmaya devam edilecektir.

C. Kapatma Kararının Niteliği Yönünden

Siyasi parti ile ilgili "Kapatma" kararı niteliği gereği olarak bir "güvenlik tedbiridir".¹² Bu niteliği göz önüne alınarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümleri ile genel hükümleri siyasi parti kapatma kararlarında uygulanabilir.

TCK'nın 60. maddesinde "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri" düzenlenmiştir. Buna göre güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet gereklidir. Yine TCK'nın "Zaman bakımından uygulama" başlığı altında düzenlenen 7. maddesinde "İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar, sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" hükmü yer almaktadır.

2820 sayılı SPK'nın kapatmaya dayanak olan 105. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olması karşısında hukukun genel ilkeleri ve TCK hükümleri uyarınca siyasi parti kapatılması şeklindeki güvenlik tedbiri ortadan kalkacak ve kapatılan parti yeniden kurulabilecektir.

¹² İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, (Genel Hükümler) Ankara 2006, s.711.

D. Yargılama Usulü ve Kararın Yeniden Ele Alınabilmesi Yönünden

Anayasa'nın 153/1 ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53/2 maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları kesindir. Ancak 2949 sayılı kanunun 33. maddesine göre siyasi parti kapatılma davaları Ceza Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca yürütüldüğünden hükümlü lehine ortaya çıkan durumlara göre yargılamanın yenilenmesi mümkün olabilecek, mahkeme kesinleşmiş kararı yeniden ele alıp yeni bir karar verebilecektir.

Nitekim 5271 sayılı CMK'nın 311/2 maddesi uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmış, bu nedenle Emek Partisi (HEP), Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP) ve Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin (TBKP) yapmış olduğu başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, 2 Mart günü yaptığı toplantıda parti kapatılmalarına ilişkin davaların yeniden görülmesine karar vermiştir. Karara göre, partilerin yeniden görülecek kapatma davaları, eski iddianameler doğrultusunda yapılacaktır.¹³

Somut olaydan hareketle yapılacak başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği 2820 sayılı kanunun 105. maddesi uyarınca kapatılmış partinin kapatma davası yeniden ele alınabilecektir.

IV. SONUÇ

Hukukumuzda siyasi partiler sadece Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmamıştır. Asliye hukuk ve sulh ceza mahkemeleri, Milli Güvenlik Konseyi kararı ve 2533 sayılı Siyasi Partilerin Feshine Dair Kanun'la da partiler kapatılmıştır. Bunun yanı sıra parti kapatma sebepleri Anayasa'da sayılanlarla sınırlı olmayıp değişiklikler öncesi haliyle 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda da farklı sebepler öngörülmüştür.

İşte bu gerçeklerden hareketle Anayasa ve SPK, kapatma kavramı-

¹³ <http://www.milliyet.com.tr/2007/03/03/siyaset/axsiy02.html>;; <http://www.gazetevatan.com/root.vatan?exec=haberdetay&tarih=03.03.2007&Newsid=111462&CategoryId=1>http://www.tihv.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=687&Itemid=80

nı “temelli kapatma” ve “kapatma” olarak düzenlemiş ve temelli kapatılan partiler için tüzel kişiliğin sona ermesi yanında yeniden açılmama gibi müeyyideler getirmiştir.

Anayasa ve SPK’da getirilen temelli kapatma ve kapatma ayrımı lüzumsuz bir ayırım değildir. Yargıtay C. Başsavcılığı iddianamesinde de vurgulandığı üzere ayırım geleceğe yönelik kısıtlamalar yönündendir. Bu nedenle Anayasa’nın 69/8 maddesindeki “*Temelli kapatılan bir parti bir başka ad altında kurulamaz*” hükmü yine Anayasa’da sayılan sebeplerle temelli kapatılan partiler için uygulanacaktır. Temelli kapatma sebepleri dışında 2820 sayılı SPK’da sayılanlar ile diğer mahkemelerce, MGK kararlarıyla ve kanunla kapatılan partiler yönünden bu yaptırım uygulanamayacaktır.

KAYNAKÇA

- Abdullah Sezer, *1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve İlgili Mevzuat*, İstanbul, Şubat 2004.
- Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 6.Bası, İstanbul, Eylül 2004.
- Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, 10.Bası, İstanbul, Ekim 2005.
- Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul, Nisan 2004.
- İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, (Genel Hükümler) Ankara 2006, s.711.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, RG: 9/11/1982 - 17863 (Mükerrer)
- Siyasi Partiler Kanunu, Kanun No: 2820, Kabul Tarihi : 22/4/1983, RG, 24/4/1983 -18027
- Any. Mah. 1.4.2003 tarih ve 2003/21 E. 2003/13 K.
- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İddianamesi, Sy: SP. 109. Hz. 2002/15, Ankara, 3.10.2002 (naklen Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi*, İstanbul, Nisan 2004, s. 229.)
- <http://www.milliyet.com.tr/2007/03/03/siyaset/axsiy02.html>,
- <http://www.gazetevatan.com/root.vatan?exec=haberdetay&tarih=03.03.2007&Newsid=111462&Categoryid=1>http://www.tihv.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=687&Itemid=80

GÖREVİYLE İLGİLİ OLMAYAN KİŞİSEL SUÇLARINDAN DOLAYI CUMHURBAŞKANININ SORUMLULUĞU VE YARGILANMASI

Ali Rıza ÇOBAN*
Ali İhsan ERDAĞ **

*Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili olmayan kişisel suçlarından sorumludur.
Ancak yasama dokunulmazlığından yararlanmalıdır.
Yargılanabilmesi için bu dokunulmazlığının TBMM'ce kaldırılması gerekir.
Aksi halde görev süresinin dolması beklenmelidir.
Yargılanması her hangi bir özel muhakeme usulüne tabi değildir.*

1. Giriş

Bu çalışma, ülkemizde yapılan son Cumhurbaşkanı seçimi sürecinde, diğer bazı başka meselelerin yanında, *bir kimsenin milletvekili olduğu dönemde soruşturulmasına veya kovuşturulmasına¹ başlanulmuş olmakla birlikte, yararlandığı yasama dokunulmazlığı nedeniyle yargılanamamış olduğu suçlamalar dolayısıyla, Cumhurbaşkanı seçildikten sonra TBMM üyeliği sona ereceğinden² ve böylelikle de yasama dokunulmazlığından artık istifade edemeyeceğinden bahisle yargılanmasına devam edilebilmesinin önünde bir engel kalmayacağı* yönünde bazı görüşler ileri sürülerek kamuoyunda bir hukuki tartışma başlatılması üzerine Cumhurbaşkanı'nun cezai sorumluluğu ve yargılanması sorununun incelenmesi amacıyla hazırlanmıştır.³

* Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Anayasa Hukuku öğretim üyesi.

** Yrd. Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku öğretim üyesi.

¹ Ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinin anlamları için bkz. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "tanımlar" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının e ve f bentleri.

² Anayasa m. 101/3.

³ Üzerinde durulan sorun, konuya ilişkin düzenlemeleri içeren Anayasa Hukuku ka-

Cumhurbaşkanı vatana ihanet halleri⁴ dışında görevi nedeniyle yaptığı işlemlerden dolayı suçlanamaz (AY m.105).⁵

Ancak bilindiği ve üzerinde aşağıda da ayrıntılı olarak durulacağı gibi 1982 Anayasası aynen 1961 Anayasası'nda olduğu gibi meseleyi açık olarak düzenleyen 1924 Anayasası'ndan farklı olarak Cumhurbaşkanının göreviyle ilgisi olmayan kişisel suçlarından dolayı sorumluluğuna ilişkin her hangi bir düzenleme içermemektedir. Durum böyle olunca da bu husus sürekli tartışılmaktadır.⁶ Bu konuda ileri sürülen değişik görüşleri dört grup altında toplamak mümkündür:

Hakim olan görüşe göre; TBMM üyeleri yanında milletvekili olmayan bakanlar ile Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyelerine de tanınmış bulunan yasama dokunulmazlığına ilişkin düzenlemeler Cumhurbaşkanı hakkında da uygulanabilmelidir.⁷

dar ceza muhakemesi şartlarıyla da ilgili olduğu için bir Anayasa hukukçusuyla bir Ceza hukukçusu tarafından birlikte ele alınmıştır.

⁴ Anayasa, hangi hallerin vatana ihanet sayılacağını kendisi belirlememiş, bunun takdirini bu konudaki suçlamayı yapacak olan TBMM'ye bırakmıştır, bu konuda bkz. Demirbaş, T., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2007, 142; Öztürk, B./Özbek, V. Ö. / Erdem, M. R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2001, s. 93 vd.; Soyaslan, D., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 120 vd. Bununla birlikte vatana ihanet suçları doktrinde Türk vatanının bütünlüğüne, devletin Anayasa ile kurulu rejimine karşı işlenen suçlar olarak tanımlanmaktadır, bkz. Dönmezer, S. / Erman, S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. I*, 12. Baskı, İstanbul 1997, s. 259; Hakeri, H., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2007, s. 84.

⁵ Cumhurbaşkanı görevi gereği yaptığı bu işlemlerden dolayı sadece cezai değil aynı zamanda hukuki anlamda da sorumsuzdur, bu konuda bkz. Soyaslan, s. 124.

⁶ Hemen belirtmek gerekir ki Cumhurbaşkanının göreviyle ilgisi olmayan kişisel suçlarından dolayı hukuki sorumluluğu meselesi tartışmasız olup bu sorumluluğun yerine getirilmesi için de her hangi bir şartın gerçekleşmesinin, örneğin görev süresinin dolmasının beklenmesine gerek yoktur. Bu çalışmada, örneğin trafik kazası yapan Cumhurbaşkanının bu eyleminden ötürü cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığı ve eğer bu sorumluluğunun bulunduğu burada yapıldığı gibi kabul edilirse bunun gereğinin hangi esaslara göre yerine getirilmesi gerektiği sorunu üzerinde durulmaktadır. Örneğimizdeki gibi araç kullanan Cumhurbaşkanının trafik kazası yapması halinde tazminat sorumluluğunun, üstelik bunun hukuki gereğinin derhal yerine getirilebilir şekilde bulunduğu kuşkusuzdur, bkz. Soyaslan, s. 170.

⁷ Atar, Y., *Türk Anayasa Hukuku*, Konya, 2005, s. 265; Demirbaş, s. 143; Gören, Z., *Anayasa Hukuku*, Ankara 2006, s. 233; Özbudun, E., *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2005, s. 317; Özden, Y.G., *Cumhurbaşkanı Yargılanamaz*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Sayı 13, Eylül 2007; Öztürk/Özbek/Erdem, s. 96; Tanör, B./Yüzbaşıoğlu, N., *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2004, s. 312.

İkinci bir görüşe göre; bu husustaki anayasal düzenleme boşluğunu istisnai bir durum olan yasama dokunulmazlığının uygulama alanını genişleterek doldurma olanağı bulunmadığından ve Cumhurbaşkanı'nın da görevi devam ederken sıradan bir birey gibi her hangi bir yargı mercii önüne çıkarılması düşünülemeyeceğinden görevle ilgisi olmayan kişisel suçlarından dolayı yargılanması görev süresinin bitimine bırakılmalıdır.⁸

Üçüncü görüşü savunanlarsa ikinci görüş sahipleriyle benzer şekilde yasama dokunulmazlığının istisnai ve bu nedenle de genişletilemez oluşundan hareket etmekte ancak onlardan farklı olarak Cumhurbaşkanı'nın normal bir vatandaş⁹ veya dokunulmazlığı kaldırılmış bir milletvekili gibi yargılabileceğini ifade etmektedirler.¹⁰

Nihayet dördüncü görüşe göre ise; Anayasanın 105. maddesinin üçüncü fıkrası hükmüyle vatana ihanet suçları bakımından benimsemiş olduğu usul bu suçlar bakımından da uygulanabilmelidir.¹¹

Hemen başlıkta da vurguladığımız gibi, Cumhurbaşkanı kişisel suçlarından sorumlu tutulmalıdır¹². Bu sadece hukuk devleti olmanın değil aynı zamanda ceza normlarının eşitliği ve mecburiliği ilkesinin de gereğidir. Ancak dokunulmazlık sorumsuzluk değildir. Her ne kadar istisnai karakterde de olsalar fail lehine kıyas mümkün olduğundan¹³ TBMM üyeleri için öngörülmüş bulunan geçici yasama dokunulmazlığına ilişkin anayasal düzenlemeler, zaten çoğu zaman bir (eski) parlamenter olan Cumhurbaşkanı için de uygulanmalıdır. Ancak yargılanması genel yetki kuralları çerçevesinde ve normal usulle yapılmalıdır.

⁸ Donay, S., *Ceza Normunun Yer, Kişi ve Zaman Yönünden Uygulanması*, (Ceza Hukuku Günleri), İstanbul, 1998, s. 16; İçel, K./Donay, S., *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, 1. Kitap, 3. Baskı*, İstanbul, 1999, s. 137; Soyaslan, s. 124.

⁹ Gözler, K., *Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, 11. Baskı, Bursa 2007, s. 289, yazar bunu ifade etmekle birlikte Cumhurbaşkanlığı gibi önemli bir makamda bulunan kişi hakkında da milletvekillerine tanınan dokunulmazlık benzeri bir dokunulmazlık tanınmasında yarar olacağını vurgulamaktadır.

¹⁰ Gözübüyük, Ş., *Anayasa Hukuku*, Ankara 2004, s. 244.

¹¹ Aldıkaçtı, O., *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4. Bası, İstanbul 1982, s. 335; Toroslu, N., *Ceza Hukuku, Genel Kısım, 8. Bası*, Ankara 2005, s. 78.

¹² Zaten doktrin, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumlu olması gerektiği ve fakat bunun gereğinin hemen de hakkında kamu davası açılarak, yargılama yapılması şeklinde yerine getirilmemesi hususunda müttefiktir, bkz. Hakeri, s. 84.

¹³ Aynı yönde Öztürk/Özbek/Erdem, s. 96.

Sorun, bu sorunun çözümü için önerilenler ve kanaatimiz böylece ortaya konduktan sonra artık konu incelenebilir.

Öncelikle Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu ve sorumluluk halleri birbirinden ayrılarak ortaya konulacak, ardından da Cumhurbaşkanının yargılanması ve bunun sonuçları ele alınacaktır.

2. Cumhurbaşkanının Kişisel Suçlarından Sorumluluğu

Günümüzde “Devlet Başkanları” cezai sorumluluk bakımından sıradan bireylere ve diğer kamu görevlilerine göre ayrıcalıklı hale getirilmiş olup kendilerine bazı önemli sorumsuzluklar tanınmıştır. Devlet başkanlarının bu sorumsuzluğu monarşilerdeki, asil ve yüksek terbiyeli bir insan olan “kralın hata yapmayacağı” ilkesinden doğmuştur. Kökünün dayandığı monarşilerde halen mutlak olarak kabul edilen devlet başkanının sorumsuzluğu ilkesinin,¹⁴ hükümet sistemleri ne olursa olsun demokratik cumhuriyet rejimlerinde de¹⁵ biraz sınırlandırılmış

¹⁴ İngiltere’de “Tac’ın hata yapmayacağı kuralı” anayasal bir ilke olarak kamu hukukunu derinden etkilemiştir. Kralın mutlak sorumsuzluğunu ifade etmek için “Kral bir bakanı öldürürse bundan başbakan sorumludur, eğer başbakanı öldürürse kimse sorumlu olmaz” denilir. İngiliz hukukunda Royal Prerogatives bünyesinde bağışıklıklar ve imtiyazlar da yer almakta ve 1947 tarihli Crown Proceeding Act ile hukuk davalarına karşı Tac’ın bağışıklıkları önemli ölçüde ortadan kaldırılmış olsa da bu yasa Egemenin şahsını davalara karşı halen korumaktadır (Ch 32 C). Bkz. Bradley, A. W., and Ewing K. D., *Constitutional and Administrative Law*, London 2003, s. 251.

¹⁵ Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın 2/4 maddesi “Birleşik Devletler Başkanı, başkan yardımcısı ve memurları vatana ihanet, rüşvet ve ağır cürüm ve kabahatler nedeniyle impeachment yoluyla görevlerinden alınabilirler” hükmünü içermektedir. Anayasa’nın 1/3 maddesi ise impeachment yargılamasının yalnızca Senato tarafından yapılabileceğini, mahkumiyet kararının ancak Senato’nun 2/3 çoğunluğu ile verilebileceğini ve görevden alma dışında bir yaptırımın uygulanamayacağını düzenlemektedir. Ancak aynı madde hükmüne göre görevden alınan bir kimse olağan mahkemeler tarafından yargılanabilmektedir.

Milletvekili dokunulmazlığını (Art. 46 II GG) bizdekine benzer şekilde bir yargılama engeli olarak düzenleyen (bu arada Alman ceza muhakemesi hukukundaki yargılama şartları - Strafverfolgungsvoraussetzungen ve yargılama engelleri - Strafverfolgungshindernisse kavramları için bkz. Erdağ, A.İ., *Der rechtliche Einfluss des privaten Verletzten auf den Beginn des Strafverfahrens*, Heidelberg, 2001; Wessels, J.,/Beulke, W., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 34. Auflage, Heidelberg, 2007, Rn. 497) Almanya Anayasası’nın 61. maddesi hükmüne göre Federal Cumhurbaşkanı, ancak anayasayı ya da başka bir federal yasayı kasten ihlal etmesi halinde Bundestag veya Bundesrat tarafından Yüce Divan’da yargılanmak üzere Anayasa Mahkemesi’ne sevk edilebilmektedir. Yüce Divana sevk önergesi meclislerden birisinin üyelerinin 1/4 çoğunluğuyla verilebilme ve meclislerden herhangi birisinin 2/3 çoğun-

olmakla birlikte çeşitli ölçülerde varlığını günümüzde de sürdürdüğü görülmektedir.¹⁶

Bizde de “*monarşi dönemi Anayasaları*” devlet başkanı olan Padişahın şahsının “mukaddes ve gayri mesul” olduğunu düzenlemekteydi.¹⁷ Üstelik bu sorumsuzluk sadece görev suçlarını değil aynı zamanda kişisel suçları da kapsamakta idi.

Cumhuriyet rejimine geçmemizle birlikte devlet başkanının sorumsuzluğu yalnızca vatan hainliği dışındaki görev suçlarına indirgenmiştir.

Nitekim 1924 Anayasası 41. maddesi hükmüyle Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğunu ve sorumluluk halini açıkça birbirinden ayırarak düzenlemiş idi. Buna göre Cumhurbaşkanı görevi ile ilgili fiilleri nedeniyle vatan hainliği dışında sorumlu değil idi. Bu işlemlerden doğan sorumluluk söz konusu işleme imza atan bakana ya da başbakana ait idi. Kişisel suçlarından dolayı sorumluluğunun yerine getirilmesi esası, anılan maddenin ikinci fıkrası hükmü gereği milletvekili dokunulmazlığına ilişkin 17. madde hükümlerine tabi tutulmuştu. Yani Cumhurbaşkanı kişisel suçları nedeniyle sorumluydu, fakat bu suçlarından yargılanması, parlamento tarafından dokunulmazlığı kaldırılmadıkça görevi sona erdikten sonra mümkün olabilecekti. Bu anayasanın uygulandığı dönemde bu hususta herhangi bir yargılama yapılmamış, ancak 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesinden sonra görevden alınan Cumhurbaşkanı, 1924 Anayasası'nın bazı hükümlerinin yürürlüğü 1 nolu yasa ile askıya alındıktan sonra Yüksek Adalet Divanı'nda yargılanmıştır.

1961 Anayasası ise Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğuna ilişkin olarak iki hüküm içermekte ve bunlardan ilkiyle de 98. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın “*sorumsuzluğu*”nu düzenlemekteydi. Buna göre:

luğuyla da Cumhurbaşkanı Yüce Divan'a sevk edilebilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin anayasanın ya da federal yasanın kasten ihlal edildiğine hükmetmesi halindeyse Cumhurbaşkanı'nın görevine son verebilmektedir.

¹⁶ Krallıklardan gelen bu geleneksel sorumsuzluğun krallık ve sultanlıkların yıkılmasından sonra kurulan parlamenter rejimlerde de korunmasının sebebi biraz da devlet başkanının hükümet ile parlamento arasında bir denge unsuru olmasında, bir hakem rolü üstlenmesindedir, bkz. Artuk, M.E., *Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul, 1989, s. 151; Soyaslan, 165.

¹⁷ Bu husus 1876 tarihli Kanun-u Esasi'nin 5. maddesi hükmünde „*Zat-ı Hazret-i Padişahinin nefs-i hümayunu mukaddes ve gayri mesuldür*” şeklinde ifade edilmiştir.

“Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili işlemlerinden sorumlu değildir. Cumhurbaşkanının bütün kararları Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ve ilgili Bakan sorumludur”. Görüldüğü gibi bu hüküm de Cumhurbaşkanının sorumsuzluk halini açıkça ve sadece görevi ile ilgili işlemlerle sınırlandırmaktaydı. 99. madde hükmünde ise Cumhurbaşkanının vatan hainliğinden sorumluluğu düzenlemekteydi. Demek oluyor ki bu anayasada Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olup olmayacağına ve dokunulmazlıktan yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu dönemde, doktrinde ağırlıklı olarak Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olması gerektiği ancak milletvekili dokunulmazlığından yararlanabileceği görüşü benimsenmişti.¹⁸ Bu görüş de Cumhurbaşkanının göreviyle ilgili suçlarından sorumlu olmadığını açıkça düzenleyen 98. maddesi hükmünden destek bulmakta idi. Çünkü düzenlemenin mefhum-u muhalifinden olmayana ergi yöntemiyle Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

1982 Anayasası'nın Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenleyen 105. maddesi hükmü 1961 Anayasasının konuya ilişkin düzenlemelerine nazaran daha muğlak ifadeler içermektedir. Kenar başlığı “sorumluluk ve sorumsuzluk hali” olan madde hükmüne göre;

“Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.

Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.

Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.”

Görüldüğü gibi bu hükümde, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu ile ilgili olarak sadece vatana ihanet hali düzenleme konusu yapılmıştır. Bunun dışında ve özellikle kişisel suçlarından sorumlu olup olmadığı konusunda her hangi bir ibare bulunmamaktadır. **Birinci fıkra** hükmünden vatana ihanet dışında kalan diğer görev suçlarından

¹⁸ Önder, S., *Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü*, Ankara 2007, s. 48.

sorumlu olmadığı anlaşılmaktadır. Zira bu fıkra hükmüne göre Cumhurbaşkanı'nın işlemleri "karşı imza" kuralına tabidir ve bu işlemlerden doğan sorumluluk da Başbakan ve ilgili bakana aittir. Dolayısıyla görev suçlarından Cumhurbaşkanı'nın sorumsuz olduğu hususunda kuşkuya yer yoktur. Ancak kişisel suçlarından dolayı Cumhurbaşkanı'nın sorumlu olup olmadığı ve eğer sorumlu ise yargılamanın nasıl ve ne zaman yapılacağı konusunda belirsizlik vardır. Bu belirsizlik de ancak yorum yoluyla giderilebilir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, doktrinde Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından sorumlu olması gerektiği fikri ağırlıklı olarak savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlar hukuk devleti ilkesine dayanmakta ve amaçsal yorum yöntemini kullanarak bu sonuca ulaşmaktadırlar. Bu yazarlara göre, bir hukuk devletinde konumu ne olursa olsun kimse hukukun üstünde değildir ve suç işlediklerinde de sorumlu olmamak gibi bir ayrıcalıkları yoktur. Görev suçlarındaki cezai sorumsuzluk karşı imza kuralına dayanarak getirilmiştir. Anayasanın susması Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından sorumlu olmadığı anlamına gelmez.¹⁹ Aksine, herkesin kanunlar önünde eşitliği ve ceza normlarının mecburiliği ilkeleri gereği bir kanun hükmünden istisna tutulmadıkça genel kural gereği tüm bireyler gibi Cumhurbaşkanı da kişisel suçlarından dolayı sorumludur.²⁰

Bizim de katıldığımız ve "olması gereken hukuk" bakımından yerinde bir görüş olan bu yaklaşımın, 1982 Anayasası düzenlemeleri sistematik bir bütünlük içerisinde ele alındığında "olan hukuk"un isabetli bir yorumu olduğundan kuşku duymak gerekir. Zira yargılama sürecinde dokunulmazlık tanınmaması halinde bu görüş, Cumhurbaşkanı'nı göreviyle ilgisi olmayan kişisel suçlamalar karşısında tamamen korumasız bırakmaktadır. Bu nedenle Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından sorumluluğu ile bu suçlardan yargılanması meselelerinin bir bütün olarak değerlendirilip yorumlanması kaçınılmazdır.

Tarihsel ve lafzi yorum yöntemlerine birlikte başvurulduğunda, anayasa koyucunun iradesinin Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı sorumlu olmadığı yönünde olduğu sonucu çıkmaktadır. Zira Anayasa'nın 105. maddesi Cumhurbaşkanı'nın sorumluluk ve sorum-

¹⁹ Bkz. Demirbaş, 143.

²⁰ Atar, s. 265; Demirbaş, s. 143; Gören, s. 233; Gözler, K., *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa 2007, s. 394; Özbudun, s. 317; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 315.

suzluk hallerini tek bir hükümde düzenlemekte ve 1961 Anayasası'ndan farklı olarak vatana ihanetten sorumsuzluğunu hükme bağlarken görev suçlarına ilişkin her hangi bir ibareye ise yer vermemektedir. Yani 1961 Anayasası'nın "sorumsuzluk" başlıklı 98. maddesinin açıkça "Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili işlemlerinden sorumlu değildir" hükmünü içermesine karşılık 1982 Anayasası'nın "sorumluluk ve sorumsuzluk" başlıklı 105. maddesi hükmü yalnızca vatana ihanetten sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu nedenle 1961 Anayasası düzenlemesinden "eğer sorumsuzluk yalnızca göreve ilişkin suçlarda söz konusuysa kişisel suçlardan sorumluluk esastır" çıkarımı yapılabilmektedir. Oysa 1982 Anayasası'nın düzenlemesi tam aksi yönde bir çıkarım yapmaya daha elverişli görünmektedir. Çünkü görev suçu-kişisel suç ayrımı yapılmaksızın, sorumluluk halinin yalnızca vatana ihanetle sınırlandırılmış olması karşısında, Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olmadığı rahatlıkla ileri sürülebilecektir. 105. madde hükmündeki bu yaklaşım Anayasanın diğer hükümleriyle birlikte ele alındığında en azından Anayasa koyucunun iradesinin bu yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasayı yapan kurucu meclisin hakim kanadını oluşturan Milli Güvenlik Konseyi'nin bu fikirde olduğunu gösteren en önemli kanıt Anayasa'nın geçici 2. maddesi hükmüdür. Bilindiği gibi bu madde hükmü, Anayasa'nın halk oylamasında kabul edilmesi halinde yapılacak ilk genel seçimlerden sonra TBMM'nin toplanarak göreve başlamasıyla Milli Güvenlik Konseyi'nin Cumhurbaşkanlığı Konseyi'ne dönüşeceğini ve Konsey üyelerinin de milletvekili dokunulmazlığından yararlanacağını öngörmektedir.

Geçici 1. madde hükmü de Milli Güvenlik Konseyi Başkanı'nın Anayasa'nın kabulüyle birlikte Cumhurbaşkanı olacağını öngörmektedir.

Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyeleri için milletvekili dokunulmazlığı öngören bir iradenin, Cumhurbaşkanına ilişkin her hangi bir dokunulmazlık öngörmemiş olması ancak bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesiyle açıklanabilmektedir.

Bu tezi destekleyen başka bir husus da Anayasa'nın hiç bir yerinde kişisel suçlardan mahkumiyetin Cumhurbaşkanının durumunu nasıl etkileyeceğine ilişkin bir düzenlemenin yer almamasıdır.

Milletvekilleri ve bakanların cezai sorumluluklarını, yargılanma-

larını ve mahkumiyetlerinin sonuçlarını ayrıntılı olarak düzenleyen Anayasa'nın, Cumhurbaşkanı söz konusu olunca tam bir suskunluğa bürünmesinin nedeni bizce, Anayasa koyucunun Cumhurbaşkanlığı makamına duyulan saygının sonucu nezaketen düzenleme yapmaktan kaçınması²¹ değil, Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçları nedeniyle de sorumsuz olduğunu düşünmesi ve bunu kabul etmiş olmasıdır.

Ancak bu yorum yöntemi her ne kadar Anayasa koyucunun iradesinin Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından da sorumsuzluğu yönünde olduğunu gösterse de; bizce de amaçsal yorum yöntemine dayanılarak doktrindeki hakim görüşe uygun olarak Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı cezai sorumluluğunun kabulü gerekmektedir.

Bu kabulden sonra Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçları dolayısıyla ne zaman ve nasıl yargılanacağı sorusunun cevabını bulmak, yani Cumhurbaşkanı'nın milletvekili dokunulmazlığından yararlanıp yararlanamayacağı meselesini değerlendirmek gerekmektedir.

3. Cumhurbaşkanı'nın Kişisel Suçlarından Yargılanması

Yukarıda da değinildiği gibi, bu konu 1924 Anayasası'nda açıkça düzenlenmiş ve Cumhurbaşkanı'nın kişisel suçlarından dolayı doğrudan yargılanamayacağı, dokunulmazlıktan yararlanacağı hükme bağlanmış idi. Ancak 1961 ve 1982 anayasaları kişisel suçlardan sorumluluk konusunda açık bir düzenleme içermedikleri için bu suçların nasıl kovuşturulacağı konusunda da bir hükme yer vermemişlerdir. Yani bu konuda anayasada bir boşluk ya da en azından bir belirsizlik bulunmaktadır ki bu belirsizliğin de anayasanın bütünü dikkate alınarak yapılan değerlendirmelerle ve anayasal yorum yöntemiyle giderilmesi mümkün görünmektedir.

Bilindiği gibi anayasal yorumda başlıca üç yöntem söz konusudur; tarihsel yorum, amaçsal yorum ve lafzi yorum. Bu yöntemleri ayrı ayrı uygulayarak soruna çözüm aramak isabetli olacaktır.

Öncelikle "amaçsal" (ya da teleolojik) yorum ele alındığında, bu yöntemin hukuk metninin amacını esas alarak ve metni sistematik bir şekilde bir bütün olarak değerlendirerek hukuk kuralının ne anlama

²¹ Bu yönde bir görüş için bkz. Demirbaş, s. 143; Gören, s. 233.

geldiğini anlamlandırmaya çalıştığı görülmektedir. Bu yöntemi burada incelediğimiz somut soruna uyguladığımızda, Anayasanın amacının devletin ve yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanının en basit bir suç şüphesiyle ve sıradan bir şekilde soruşturularak kovuşturulması olduğunu söylemek güçtür. Çünkü kendisini vatana ihanet gibi önemli bir suçlamadan yargılayabilmek için bile TBMM üye sayısının $\frac{3}{4}$ çoğunluğunun kararını arayan Anayasa'nın, örneğin basit bir hakaret suçlaması nedeniyle her hangi bir özel yargılama yönteminin uygulanmadığı bir soruşturmayı ve kovuşturmayı amaçladığı düşünülemez.

Ayrıca Anayasa'nın 112. maddesi hükmü milletvekili olmayan bakanların yasama dokunulmazlığına sahip olduklarını düzenlemektedir. Bir bakan için bile tanınan bir ayrıcalığın devlet başkanına tanınmamasının Anayasanın amacı olduğu yine ileri sürülemez. Çünkü kabul etmek gerekir ki; devleti içeride ve dışarıda temsil eden Cumhurbaşkanının yaptığı görev ve işlemler bir bakanın görevinden daha önemsiz değildir. Dolayısıyla amaçsal yorum yöntemi esas alındığında Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili olmayan fiillerinden dolayı doğrudan yargılanamayacağı, yasama dokunulmazlığından yararlanması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür.

Tarihsel yorum yöntemi ise az önce incelenen yöntemden farklı olarak yasanın değil yasa koyucunun iradesinin esas alınarak yasal metnin anlamlandırılmasını öngörmektedir. Buna göre bir yasa metninin anlamı ancak yasa koyucunun o metni yaparken güttüğü amaç tespit edilerek ortaya konulabilir. Bunun için de yasanın hazırlık çalışmaları, meclis tutanakları ve benzeri tarihsel materyaller incelenerek yasa koyucunun amacı tespit edilmeli ve yasa metnine de buna göre bir anlam verilmelidir. Her ne kadar Anayasa'nın, Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenleyen maddelerinin gerekçelerinde Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumluluğu ve her hangi bir dokunulmazlıktan yararlanıp yararlanmayacağı hususlarına ilişkin bir ifade yer almamaktaysa da yukarıda da belirtildiği gibi anayasa koyucunun iradesinin Cumhurbaşkanının kişisel suçları nedeniyle doğrudan yargılabileceği yönünde olduğunu kabul etmek zordur. Zira özellikle geçici 2. madde hükmü dikkate alındığında görülmektedir ki; Kuruca Meclis'in son sözü söylemeye yetkili kanadı olan Milli Güvenlik Konseyi'nin, Anayasa'nın kabulü ile Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyeliğine geçecek olan üyeleri için dokunulmazlıktan yararlanma imkanı-

nı getirirken, Cumhurbaşkanı olacak olan Başkanının doğrudan yargılanabilmesini amaçladığını söylemeye olanak yoktur. O nedenle, bizce tarihsel yorum yöntemi ile de Cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanması gerektiği sonucuna ulaşmak gerekir.

Son olarak *"lafzi"* yorum yönteminden hareketle de bir değerlendirme yapmak gereklidir. Bu yorum yöntemine göre yasanın anlamı ancak yasa metnine, yani bu yasa metninde kullanılan ifadelerle bakılarak çıkarılabilmektedir. Yasa koyucunun ya da yasanın amacı gibi sübjektif unsurlar, yasanın anlamının tespitinde rol oynamamalıdır. Bu yaklaşımla Cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanıp yararlanmayacağı sorununa yaklaşıldığında görülmektedir ki; ne yasama bağımsızlıklarını düzenleyen 83. madde ne de Cumhurbaşkanının sorumluluğunu düzenleyen 105. madde hükümlerinde ve ne de başkaca bir madde hükmünde Cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanacağına ilişkin herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Hal böyle olunca bir ayrıcalık olan dokunulmazlık Anayasa'da kendisine açıkça tanınmadıkça Cumhurbaşkanı da olsa bir kimsenin bundan yararlandırılmaması hukuk devletinin bir gereğidir. Sonuç olarak Anayasa kendisine her hangi bir dokunulmazlık tanımadığına göre Cumhurbaşkanının bu imtiyazdan yararlanamayacağı söylenebilir.

Doktrinde, azınlıkta da olsalar, bu yaklaşımı benimseyen yazarlar bulunmaktadır.²² Ancak daha önce de belirtildiği gibi hakim olan görüş Cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanması gerektiği yönündedir.²³ Bazı yazarlar bu konudaki boşluğun anayasa koyucu tarafından doldurulması gereğine haklı olarak işaret etmektedirler.²⁴ Ancak bizce de bu konudaki boşluğun bir Anayasa değişikliği yoluyla ortadan kaldırılması tartışmaların sona erdirilmesi açısından son derece yerinde olursa da, böyle bir değişiklik yapılana kadar ve hatta yapılsa bile yukarıda yapılan değerlendirmeler çerçevesinde Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı sorumluluğunun kabul edilmesine ve yargılanması konusunda da yasama dokunulmazlığından yararlandırılmasına bir engel yoktur.

²² Gözübüyük, s. 244.

²³ Bkz. yukarıda dn. 7.

²⁴ Derdiman, R. C., *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni*, Bursa, 2006, s. 487; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 394.

Her ne kadar lafzi yorum yöntemiyle Cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanamaması gerektiğini ileri sürmek mümkün görünse de bizce bu sonuca, ancak farklı yorum yöntemleri keyfi ve seçici bir suretle kullanıldığında ulaşılabilmektedir. Yani, önce amaçsal yorum yöntemi kullanılarak Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olduğu sonucuna ulaşıldıktan sonra bu yöntem terk edilip lafzi yorum yöntemine geçilerek dokunulmazlıktan yararlanamayacağı ileri sürülebilmektedir. Oysa unutmamak gerekir ki; yorum sistematik ve tutarlı olmalıdır. Bu nedenle Anayasa'nın bütünü esas alınarak sistematik bir şekilde, hem Anayasanın hem de anayasa koyucunun amacının dikkate alınarak bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Bu takdirde anlamlı ve tutarlı bir yorum mümkün olabilecektir. Bu uygulandığında da görülecektir ki; bizim de yukarıda izah etmeye çalıştığımız şekilde Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olduğu fakat buna rağmen dokunulmazlıktan yararlanması gerektiği esası kabul edilebilecektir. Zira vurgulayarak ifade etmek gerekir ki; sorumluluk başkadır, dokunulmazlık başka.

4. Sonuç

Anayasanın konuya ilişkin düzenlemeleri burada yapıldığı şekliyle yorumlandıktan sonra, bu çalışmanın hazırlanma gerekçesi olan ve giriş kısmında ortaya konulan sorunun uygulamada nasıl çözümlenmesi gerektiğine de kısaca değinmek gerekmektedir.

Bu göreve seçilmesinden ve başlamasından "önce" Cumhurbaşkanının işlemiş olduğu iddia edilen ve soruşturulmasına veya kavuşturulmasına da yine bu andan önce başlanılmış kişisel suçları bakımından bu soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcılarının veya kovuşturma evresine geçilmişse kovuşturmanın huzurlarında yapıldığı mahkemelerin kendiliklerinden veya yapılacak başvuruları dikkate almak suretiyle bu işlemlerine devam etmelerine, seçildikten "sonra" bu görevi devam ederken Cumhurbaşkanının kişisel bir suç işlemiş olduğu iddiası halinde ise Cumhuriyet savcılarının suçu haber alma yollarıyla bunu öğrenmelerinden itibaren soruşturma işlemlerine başlamalarına bir engel yoktur. Ancak kamu davasına geçildikten sonra bu anayasallık sorununun bir bekletici mesele yapılarak konunun itiraz veya def'i yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi, Anayasa Mahkemesi'nin de yukarıdaki tartışmaları dikkate alarak Cumhurbaş-

kanunun yasama dokunulmazlığından yararlandığı gerekçesiyle hakkındaki tüm soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin, bunlara ya bu dokunulmazlığın anayasada öngörölmüş bulunan usulle kaldırılmasından sonra ya da bu olmuyorsa görev süresi dolduktan sonra devam edilmek üzere geri bırakılmalarına karar vermesi isabetli olacaktır.

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki; ölkemizde yeni bir anayasa-salaşma sürecinin yaşandığı şü günlerde diğler birçok mesele gibi tartışmalı olan bu konunun da pozitif bir düzenlemeye kavuşturulması son derece yararlı olacaktır.²⁵

²⁵ Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığındaki bilim komisyonu tarafından isteğı üzerine hazırlandığı Adalet ve Kalkınma Partisi yönetimine 29. 08. 2007 tarihinde teslim edilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası önerisinin, Cumhurbaşkanının "sorumluluk ve sorumsuzluk hali"ne ilişkin 83. maddesinin üçüncü fıkrasında bu konunun "Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından doğan sorumluluğı yasama dokunulmazlığı hükümlerine tabidir" şeklinde düzenlenmesi öngörülmektedir. Ancak bizce bu düzenleme biçimi de uygulamada sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Öncelikle, bildirildiğı gibi ölkemizde yasama dokunulmazlıklarının kapsamı konusunda yoğun bir tartışma yaşanmakta ve bu dokunulmazlıkların sınırlandırılması gerektiğı fikri savunulmaktadır. Nitekim aynı taslağın 60. maddesinin üçüncü fıkrasında alternatifli olarak bazı suçların yasama dokunulmazlığı kapsamı dışında bırakılması öngörülmektedir. Benzer şekilde Türkiye Barolar Birliğı tarafından hazırlanan Anayasa Önerisinin 96. maddesinin ikinci fıkrasında dokunulmazlığın kapsamı çok daha fazla daraltılmakta ve dokunulmazlık, yalnızca taksirli suçlar ve milletvekili seçilmeye engel olan suçlar hariç toplam bir yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlandırılmaktadır. Bizce Cumhurbaşkanının kişisel suçlarından dolayı sorumluluğı ve yargılanması meselesinin de vatana ihanet suçlamasındaki sisteme benzer şekilde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 3/4 çoğunluğunun oyuyla yargılanmasına izin verilmesi halinde mümkün olacak, aksi takdirde ise yargılanmasının görev süresinin sonuna ertelenmesine olanak sağlayacak bir şekilde düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

AKP ANAYASA TASLAĞINDA* TÜRBAN

Noyan ÖZKAN*

Başbakan Tayyip Erdoğan'ın son İspanya ziyaretinde verdiği bir demeç üzerine çıkan tartışmada yeni hazırlanan Anayasa taslağında üniversitelerde türbanın serbestçe kullanılmasını öngören bir düzenlemenin yer alacağı anlaşılmaktadır. Nitekim bu demecin öncesinde YÖK Başkanı Yusuf Ziya Özcan ve sonrasında AKP Genel Başkan Yrd. Dengir M. Fırat benzeri açıklamalarda bulunmuşlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'nin L. Şahin/Türkiye davasında *"üniversitelerde türban kısıtlamasında temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmediğine ilişkin"* kararı üzerine Başbakan Tayyip Erdoğan'ın, *"dini ulemaya sorulmadan karar verilmesini eleştiren"* demeci de henüz unutulmamıştır. Özal-Doğramacı ikilisinin marifeti ile önce Yönetmelik sonra yasaya sokulan türban, Türk siyaset yaşamının vazgeçilmez dinsel simgesidir. 1990'lı yıllardan bu yana verilen Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları son derece açık ve somut hükümler içermesine karşın AKP'nin siparişi üzerine Prof. Dr. Ergun Özbudun ekibi tarafından yeni Anayasa değişikliği taslağına konulan *"türban"* maddesi, *hukuk devletinin temelinde dinamit patlatmaktan* ve toplumu kaosa sürüklemekten başka bir şey değildir.

Anayasa'daki laik düzenlemeler kaldığı sürece, türbanlı kızların yükseköğretim kurumlarına öğrenci sıfatıyla, öğrenimlerinden sonra da resmi dairelere kamu görevlisi olarak girmelerini sağlayacak tüm

* Prof. Dr. Ergun Özbudun'a hükümet veya AKP tarafından hazırlatılan Anayasa Taslağı'na kimse sahip çıkmamaktadır. Yazar AKP'ye aidiyetini tercih ederek bu başlığı kullanmıştır. (ed.)

** Av., İzmir Barosu önceki başkanlarından.

yasal düzenlemeler Anayasa'ya aykırı olacaktır. Hatta bu konuda Anayasa'ya kural konulsa bile bu kez, Anayasa'nın bu yeni kuralı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olmayacaktır. Anayasa'nın ve İHAS'ın; TBMM, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık yanı sıra tüm kamu yönetimini bağlayan ancak geçmişte Refah Partisi, Fazilet Partisi ve şimdi AKP yetkilileri tarafından sürekli ve sistematik olarak ihlal edilen kuralları gayet açık ve seçiktir.

Anayasa'nın "başlangıç" ilkelerinde "laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı" belirtilmiştir.

Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2. maddesine göre "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." (Anayasa'nın 4. maddesine göre 2. madde de belirtilen "cumhuriyetin nitelikleri" değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez)

Yine Anayasa'nın 11. maddesine göre "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve Yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." Ve işte ülkemizde din üzerinden politika yapmayı meslek haline getiren politikacıların en çok ihlal ettikleri 24/4. madde; "Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz."

Bu arada Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve son olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "siyasal İslam"ın simgesi durumuna gelen türbanla ilgili olarak kamu alanlarında ve üniversitelerde almış olduğu kısıtlama kararlarına karşı sistemli propaganda yürüten AKP ve destekçisi şirketler medyası ile sorumsuz aydınlarımızın her nedense görmezden geldikleri Anayasa'nın 138/4 maddesine bir bakalım; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." Yine Anayasa'nın madde 153./son maddesine göre "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve Yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar." Ayrıca, "Memurlar ve diğer kamu görev-

lileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler.” (Anayasa m. 129)

Anayasa'nın 90. maddesi, 5170 sayılı yasanın 7. maddesi ile değiştirilmek suretiyle, iç hukukumuzda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar, Anayasa'dan ve kanunlardan üstün bir yere getirilmiştir. Türkiye, 1950 yılından bu yana Avrupa Konseyi-Roma-İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne taraftır. Sözleşmenin 46. maddesine göre:

“Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.” İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, türban'la ilgili kararı da adeta 'anayasa üstü' bir bağlayıcılık taşımaktadır. Türkiye, Anayasa'yı değiştirirken, bu mahkemenin kararlarını görmezden gelemmez. Ulusal ve ulusal üstü yüksek mahkeme kararlarında açıklanan içerikleriyle gerek Anayasa gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları, Türkiye Cumhuriyeti'nde türban konusunu, geriye dönülemeyecek biçimde hukuk dünyası gündeminden çıkarmıştır.

“Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin başörtüsüne ilişkin istikrar bulmuş kararları varken, kimi yazılı ve görsel yayın organlarınca bu konunun gündemde tutulmaya çalışılması, kimi siyasi partiler yetkililerince de, yasal düzenlemeler yapılarak, türbanla öğrenim yapma olanağının tanınacağı yolunda beyanlarda bulunulması, bu konudaki yargı içtihatlarını bilmemekten kaynaklanmıyorsa, din duygularını kullanarak siyasi avantaj sağlamaya yöneliktir. (...) Bu konuda yapılacak yasal düzenlemenin, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen Ek Madde 16'nın iptaline ilişkin 7.3.1989 günlü, Esas: 1989/1; Karar: 1989/12, Refah Partisi'nin temelli kapatılmasına ilişkin 16.1.1998 günlü, Esas: 1997/1; Karar: 1998/1, Fazilet Partisi'nin temelli kapatılmasına ilişkin 22.6.2001 günlü, Esas: 1999/2; Karar: 2001/2 sayılı kararlarla Refah Partisi'nin kapatılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına yapılan itiraz sonucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 3.Dairesince verilen 31.7.2001 günlü ve 41.340/98 sayılı, bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin 31.02.2003 günlü ve aynı sayılı Büyük Daire kararlarına aykırı olacağı kuşkusuzdur.” (Mustafa Bumin, Anayasa Mahkemesi 43. Kuruluş Yıldönümü Açılış Konuşması, bkz; www.anayasa.gov.tr)

Anayasa Mahkemesi'nin 7.03.1989 gün ve 1989/1 esas, 1989/12 karar no.'lu karar gerekçesinden önemli bölümleri bir kez daha anımsamakta yarar vardır;

“3511 sayılı yasanın 2. maddesiyle 2547 sayılı YÖK Yasası’na eklenen, dava konusu kural şudur: “Ek Madde 16.- “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.”

Özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kıları bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumlan yapılsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretilerde de paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir.

Onurunu üstün tutarak bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset-vicdan ayırımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu dine dayalı toplumlarda siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır; yönetim aracı olmaktan çıkarılır; gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Düşünce ve inanç alanlarının ayrılması dinin kutsallığına en uygun durumdur. Dünya işlerinin hukukla, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi ilkesi, batı demokrasiyelerinin dayandığı temellerden birisidir.

Lâiklik, dinsellikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye’nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. Lâik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz

İncelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gereklere uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi

dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur

Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizse, öğretim ve eğitim alanında da din buyruklarıyla ilişki kurulamaz. Demokrasinin güvencesini ve cumhuriyetin özgün niteliğini oluşturan bu ilkenin büyük bir duyarlık ve özenle korunması Anayasa gereğidir. Dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınması zorunluluğu nedeniyle yükseköğretim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri lâik bilim ortamıyla bağdaştırılamaz.

Lâiklik ilkesi yönünden Başlangıç bölümünde yapılan inceleme, Anayasa'nın 2. maddesi için de geçerlidir. Gerçekten lâiklik, kurtuluş, kuruluş ve yeniden doğuş evrelerini kapsayan, insan haklarına dayalı olarak geleceğe uzanan bağımsızlık, özgürlük, uygarlık ve barış yürüyüşünü, ulusal gücü özetleyen Türk Devrimi'nin kaynağı ve temelidir. Lâiklik, bireysel, toplumsal düzeyde ve devlet işlerinde metafizik dışında özgür düşünce gereklerine bağlanır. Kişisel ve toplumsal yaşamın siyasal yönden düzenlenmesinde aklın ve bilimin gereklerini zorunlu kılar. Herhangi bir dinin teolojik baskısına uyulmasını önler. Bu nedenlerle, incelenen kural, lâiklik ilkesiyle uyuşmamaktadır.

Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması da düşünülemez. **Özelde korunması gerekli görülen lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz.**

Bu nedenlerle, dava konusu madde, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunmuştur.

Din konusunda inançlarına, bakmaksızın tüm yurttaşlara eşit davranan lâik devlette, din ve mezhep farklılığı kişiler arasında hiçbir ayrıma neden olamaz. Dava konusu kural ise, giyim konusunda İslâmî olduğu ileri sürülen başörtüsüne ayrıcalık tanımakla eşitlik ilkesine biçimsel yönden ters düşmektedir. Özde başka dinlerin gerektirdiği örtülere olanak tanımak ela lâikliğe aykırılığı ortadan kaldıramaz.

Dinsel nedenle başörtüsü ve türbanla boyun ve saçların örtülmesine serbestlik tanınması, bu tür yönlendirme, bir anlamda zorlamadır. Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinlerden olanlar bakımından ayrılık yaratacaktır.

Bu nedenle, dava konusu madde Anayasa'nın 10. maddesine de aykırıdır.

İncelenen yasa kuralı ise, yükseköğrenim kurumlarında bayanların giyimlerine ilişkin getirdiği yeni düzenlemeyle dinsel inanca dayalı başörtüsüne olanak tanımıştır. Böylece, İslami esaslara uygun olup olmadığı bir yana, dinsel inanç gereği boyun ve saçların örtülmesine olanak vermekle, devlet kamu hukuku alanında bu hukukun gereklerine göre yapılabilecek giyimi düzenleme yetkisini, dinsel olura bağlamış olmaktadır.

Yükseköğrenim kurumlarında dinsel giyim esaslarını içeren düzenleme, dinsel kurallardan arındırılmış devlet düzenine, giyim nedeniyle dinsel bir el atmada bulunmadır. Bu biçimde de olsa dinin siyasal alana çekilmesi ve siyasal araç durumuna getirilmesi sakıncası yaratılmıştır. Dine dayalı kurallar hukuk kuralı yerine geçirilmekle temelde siyasal ve hukuksal bir kurum olan devletin din özgürlüğü yönünden yansızlığı bozulmaktadır.

İncelenen yasa maddesi, Anayasa'nın 24. maddesine bu nedenlerle aykırıdır.

Çağdaş bir görünüm taşımayan başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan ötede bir ayırım aracı niteliğindedir. Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı da kaçınılmazdır.

Çağdışı bir görünüm veren bu durumun giderek yaygınlaşması Cumhuriyet, devrim ve lâiklik ilkesi yönünden sakıncalara da açıktır. Demokrasiden yararlanarak lâikliğe karşı çıkışlar din özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır. Dinin birleştiriciliğine, hoşgörüsüne, inandırarak benimsetme özenine aykırı yanlış yorum ve değerlendirmelere dayalı bölücülükler, dinden soğutmaya neden olacak tutumlar din saygısıyla da bağdaşmaz. Türk devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşı lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıydırılmasına olanak tanımamıştır. 174. maddede korunan lâiklik ilkesiyle bu madde kapsamındaki devrim yasalarının amaç, erek ve

içeriklerinin öngördüğü nitelikleri göz ardı ederek dinsel inanç gereği-ne dayalı bir düzenleme getiren dava konusu kural, Anayasa'nın 174. maddesine de aykırıdır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi 4. Daire, L. Şahin/Türkiye, 44774/98, nolu ve 29.06.2004 günlü karar oybirliğiyle alınmıştır. Davacının itirazı üzerine olayı yeniden inceleyen AIHM Büyük Dairesi 10.11.2005 gün ve 608 no ile 16'ya karşı 1 oy ile "*itirazın reddine ve 4.Dairenin kararının onanmasına*" karar vermiştir. Bu karar, esas itibarıyla, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda özeti sunulan 7.03.1989 gün ve E.89/1, K. 89/12 nolu kararının gerekçelerine yollama yapmakta ve laiklik ilkesinin önemini vurgulamaktadır:

Aynı şekilde Mahkeme, Türkiye'de laiklik ilkesinin, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygıyla uyumlu olan devletin temel ilkelelerinden biri olduğunu ifade etmiştir. (Refah Partisi ve diğerleri, yukarıda 93. bölümde zikredilen) halkın büyük bir çoğunluğunun belli bir dinden olduğu Türkiye gibi bir ülkede, bu dini icra etmeyenleri ya da başka bir dinden olanları kökten dinci hareketlerden korumak için üniversitelerde alınan önlemlerin sözleşmenin 9/2 maddesine göre haklı görülebilir. Bu bağlamda, laik üniversiteler, ibadetin tezahürünü ya da belirtilen dinin sembollerini, değişik dinden öğrenciler arasında huzurlu ortak yaşamı sağlamak amacıyla böyle bir tezahürün yeri ve adetine göre yasaklamalar uygulayarak, düzenleyebilir ve böylece kamu düzenini ve diğerlerinin inançlarını korur. (Refah Partisi ve diğerleri, yukarıda 95. bölümde zikredilen) (Anılan karar; par. 99)

Anayasa Mahkemesi, 7 Mart 1989 tarihli kararında, laiklik ilkesinin Türkiye'de, diğerlerinin yanı sıra, yurttaşların yasa önünde eşitliği ilkesinin, din özgürlüğünün ihlal edilemezliği ilkesinin -bireyin vicdanından kaynaklandığı ölçüde- ve demokratik değerlerin garantörü olduğunu ifade etmiştir (bkz. yukarıda 36. paragraf). Laiklik ayrıca, bireyi dış baskıdan da korumuştur. Mahkeme, söz konusu değerleri ve ilkeleri savunmak için kişinin dinini ifade etme özgürlüğüne kısıtlamalar getirilebileceğini eklemiştir. (Anılan karar, par. 105)

Laikliğin bu nosyonu, mahkemeye, sözleşmenin dayanağını oluşturan değerlerle uyumlu görünmektedir ve Mahkeme, Türkiye'deki demokratik sistemin korunması zorunluluğunun göz önüne alınmış olması nedeniyle, söz konusu ilkenin desteklendiğini kabul etmektedir. (Par. 106)

Buna ek olarak, Anayasa Mahkemesi gibi mahkeme de, türban sorunu Türk toplumunun kendi koşulları içinde ele alınırken, dinin zorunlu bir gereği olarak savunulan veya algılanan bu tür bir sembolün giyilmesinin, bu sembolü giymeyi tercih etmeyenler açısından birtakım etkiler yaratabileceğine dikkat çekmektedir. Yukarıda belirtilen arka planı göz önüne alarak, Anayasa Mahkemesi tarafından da ifade edildiği üzere, üniversitelerde dinî simgelerin giyilmesine getirilen yasaklamanın temelini oluşturan düşünce bir laiklik ilkesidir. Çoğulculuk değerlerinin, diğerlerinin haklarına saygının ve özellikle yasa önünde kadın ve erkeğin eşit olduğunun öğretildiği ve hayata geçirildiği bir konseptte, görülmekte olan davada dahil olmak üzere, kız öğrencilerin üniversitede buldukları sırada baslarını türbanla örtmelerine ve dini semboller kullanmalarına konuyla ilgili yetkilerce onay verilecek olması halinde, böylesine bir onayın laiklik değerlerine aykırı olarak değerlendirilmesi anlaşılabilir. (Par. 108)

Yukarıda bahsedildiği üzere (bkz. p. 78) su konu oldukça açıktır; Türk mahkemeleri türbanı Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirmiş ve ayrıca türban giyimine ilişkin yönetmelik yıllardır yürürlükte (bkz. yukarıda 33., 34. ve 42. paragraflar). Dolayısıyla birtakım üniversitelerin söz konusu kuralları, bireylerin özellikleri ve kendi anlayışları bağlamında uygulamamış olmaları bu kuralların haksız olduğu sonucu doğurmaz. (Par. 112)

Mahkeme, geçmişteki gelişmeler ışığında ve özellikle Sözleşen Devletlere bırakılan takdir yetkisi göz önüne alınarak, İstanbul Üniversitesinin başörtü giymeyi yasaklayan yönetmeliğinin ve uygulanan önlemlerin prensip olarak haklı ve amaçla orantılı olduğunu ve "*demokratik bir toplumda zorunlu*" olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. (Par.114)

Sonuç olarak, sözleşmenin 9. maddesi ihlal edilmemiştir. (Par. 115)

Mahkeme başvuru tarafından ileri sürülen diğer sözleşme hükümlerine dair, söz konusu koşulların ihlal tespit edilmeyen 9. madde ile bağlantılı olarak incelenen koşullarla aynı olması, ayrı bir sorunun ortaya çıkmadığını mahkeme bu nedenlerle, oybirliğiyle 1. Hükümetin ilk itirazının reddine; 2. Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edilmediğine; 3. Sözleşmenin 8. ve 10. maddeleri ile 9. maddesinin ve 1 nolu Protokolün 2. maddesinin, 14. madde ile bağlantılı olarak ayrı bir meselenin

ortaya çıkmadığına karar verir.

Anılan anayasal ve evrensel ilkeler ve yüksek mahkeme içtihatları ışığı altında Türkiye’de akıl ve izan sahibi tüm politikacıların, şirketler medyasının ve neo-liberal aydınlarımızın yeniden değerlendirme yapmaları ve özellikle türban üzerinden siyaseti öngören yukarıda anılan anayasa değişikliğinden vazgeçmeleri, *laiklik ve hukukun üstünlüğü* ilkelerine saygı göstermeleri umut edilmektedir. Anayasa’ya, kılık kıyafet özgürlüğü kılıfı altında “*turban*” maddesi sokuşturulduğu takdirde çok yakın bir zaman içinde üniversitelerde ve devlet dairelerinde kara çarşaf, sarık, cüppe ve benzeri dinsel simgelerin yaygınlaşması kaçınılmaz olacaktır. Yaşamın her alanında laiklik, özgürlük ve demokrasiye inanmış hukukçuların ve yurttaşlarımızın din üzerinden oynanan bu “*karanlık oyun*”a dur demeleri ve mücadele etmeleri gerekmektedir.

İNSAN HAKLARI, ÇEVRE, ANAYASA*

İ. Güneş GÜRSELER**

“İnsan Hakları, Adalet, Anayasa” başlığı altında “çevre hakkı” üzerinde durup, bu hakkın anayasal konumunu değerlendirmek ve güncel anayasa tartışmaları içindeki yerine kısaca değinmek istiyorum.

Öncelikle belirtmek istediğim “insan hakları” tartışmalarının genelde bu tanıma uygun içerikte yapılmadığıdır.

Tartışmalar “sanığın hakları” boyutunda kalmakta; hakkında suç isnadında bulunulan kişinin devlet, toplum ve medya karşısında korunmasına yönelik haklar öncelik almaktadır. Böylesi bir tartışma kuşkusuz gereklidir ve hukuk sistemimizin bu alandaki eksikleri çağdaş gereksinimler ışığında giderilmelidir. Eleştirdiğim bu tartışmanın, insan haklarını “sanığın hakları” boyutu ile sınırlayan sığlıkta yapılmasıdır. Sanık durumunda olan kadar, olmayanların da haklarının gelişme ve gerçekleşme ortamının yaratılması gerektiği unutulmamalıdır.

ÇEVRE HAKKI VE MEVZUATIMIZ

Çevre hukukunun gelişimi ve çevresel değerlere hukuksal güvenceler kazandırılması yolundaki örneklerin yaygınlaşmasıyla birlikte çevre, insan hakları felsefesi alanında tartışılmaya başlamış ve **üçüncü kuşak insan hakları** ya da **dayanışma hakları** çerçevesinde değerlendirilen çevre hakkı gündeme gelmiştir. UNESCO’nun da insan hakkı olarak kabul ettiği çevre hakkı, üçüncü kuşak insan hakları listesine

* Av., Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri.

** TBB tarafından, 8 Aralık 2007 tarihinde yapılan “İnsan Hakları, Adalet ve Anayasa” konulu sempozyumda Av. İ. Güneş Gürseler’in yaptığı konuşmadır.

eklenmiştir. Barış hakkı, gelişme (kalkınma) hakkı, insanlığın ortak mirasından yararlanma hakkı ile birlikte değerlendirilmektedir.

1968 Tahran Bildirgesi'nde belirtildiği gibi *"İnsan hakları ve temel özgürlükler bölünmez olduğundan, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar tanınmaksızın, kişi hakları ve siyasal hakların tam olarak gerçekleşmesi mümkün değildir."* Bu nedenle insan haklarının sınıflandırıp sıralanması birbirleri ile ilişkilerinin olmadığı anlamına gelmez. *"Çevre"* tüm hakların kullanılabilceği yaşam ortamını ifade ettiğinden çevre hakkı da bütün bu ayrımlara karşın tüm hak ve hürriyetlerin varlık ve geçerlik şartıdır. **Haklar ancak yaşanabilecek bir ortamda kullanılabilir.**

1970'li yıllardan başlayarak çevre sorunları ile tanışan ülkemizde anayasal düzenleme boyutundaki ilk ve en önemli adım 1982 yılında Anayasa'mıza, *"Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler"* bölümünde 56. madde ile çevre hakkı konularak atılmış ve çevre hakkı hukukumuzda girmiş, anayasal kurum olarak da *"çevre koruma"* kavramı gelişmeye başlamıştır.

Anayasa'nın 56. maddesi:

"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir." hükmünü içermektedir.

Böylelikle 1982 Anayasası, hem koruma ödevi yükleyen ve hem de insan hakkı olarak düzenleme yapan anayasalar arasında yerini almıştır. Bu madde açıkça çevre hakkından söz etmemekte ancak diğer klasik haklarla ve özellikle de yaşam hakkıyla ilgi kurarak çevre hakkına *"dolaylı"* bir düzenlemeyle yer vermektedir.

Madde *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir."* hükmü ile yaşam hakkının ancak sağlıklı ve dengeli bir çevrede gerçekleşebileceğini belirtmektedir. Burada dikkat çekmek istediğimiz nokta Anayasa'nın bu düzenlemeyi *"Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler"* bölüm başlığı altında yapmış olmasıdır. Bilindiği gibi bu bölümdeki 65. madde sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin *"ekonomik istikrarın korunması gözetilerek, malî kaynakların yeterliliği"* ölçüsünde yerine getirileceğini söyler.

Böylelikle 1982 Anayasası, bir yandan çevre hakkını dolaylı olarak düzenlerken diğer yandan ekonomik koşulları, *"sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının"* yerine getirilmesinde bir sınır olarak belir-

lemiştir. 56. maddenin 2. fıkrasında devlete ve vatandaşlara yüklenen “Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek” ödevlerinin devlete düşen kısmı, ekonomik koşullar gözetilerek yerine getirilmeyebilecek yahut ertelenebilecektir.

Çevre hakkı bu bütün içinde en temel insan hakkı olan yaşam hakkının, insan olmanın bir uzantısıdır. Bu niteliği ile de çevre hakkı sağlıklı ve dengeli bir biçimde yaşama hakkını ya da insancıl yaşam koşullarını tehdit eden her türlü çevre sorunlarının yaratılmasına karşı direnme hakkını ve talep hakkını içerir.

Talep hakkı devlet tüzel kişiliğine karşı ileri sürülmekle birlikte, hakkın süjesi olan bireye de bir takım ödevler yükler. Çevre hakkının gerçekleşmesinde devletten “olumlu bir edim” beklenmesi söz konusu ise de, “bireyler” ile “özel tüzel kuruluşlar” da devlet gibi sorumluluk taşımaktadır. Bütün bu unsurların ortak çabası ve sorumluluğu ile gerçekleşmesi beklenen çevre hakkı işte bu nedenle Dayanışma Hakları adı altında da sınıflandırılmaktadır.

Çevre hakkı ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olan birey, aynı zamanda böyle bir çevreden yararlanabilmek için onu korumak, geliştirmek ve yönetmekle ödevlidir. Tüm bireylerin çevre hakkı vardır. Fakat aynı bireyler çevreyi de bozmama yükümlülüğü altındadır.

Bu niteliği ile çevre hakkı, günümüzde mülkiyet hakkının önündeki en önemli sınırlamadır. Günümüz ekonomik düzeni devlet müdahalesini dışlarken, çevre hakkı sınırladığı haklar sayısını sürekli arttırmaktadır. Serbest piyasaya devlet müdahalesi yoktur, ama çevre müdahalesi ve çevre hakkının baskısı vardır. Haklar kullanılırken çevreye zarar verilemeyecektir. Amaç tüm yurttaşların çevre haklarını kullanabilecekleri bir ortamı hazırlamak ve yaşatabilmektir. Değişik bir ifade ile tüm insan haklarına en önemli sınırlama doğanın koyduğu sınırlardır.

Çevre hakkının ayırıcı başka bir özelliği de yararlananların sadece bugünkü kuşaklar olmamasıdır. Çevre hakkı bugünkü kuşakları olduğu kadar, hatta daha da fazla gelecek kuşakları ilgilendirmektedir. Gelecek kuşaklar da çevre hakkının öznesi konumunda olunca bugünkü kuşakların en önde gelen borcu, gelecek kuşaklara yaşanabilir bir çevre devretmektir.

Bu nedenle de çevre hakkı, hakların niteliğinin değişmesi ve hakkın öznesinin çeşitlenmesi (bireyler yanında toplumlar, gelecek kuşaklar ve devletler) sürecinin ürünüdür. Çevre hakkını, canlı varlıklar bütününe haklarına uzanan bir çizginin başlangıç noktası olarak değerlendirmek gerekir. İnsanlar için çevre hakkı, canlılar için de *“sağlıklı ve dengeli bir çevre”* anlamına gelir ve bu sonuç, canlı varlıklara haklar tanınmanın ilk aşamasıdır.

Çevre hakkının eksiksiz kullanılabilmesi, çevreyi etkileyebilecek kararların alınması sürecine herkesin katılımının sağlanması ile gerçekleşebilir. Halkın bu katılımı gerçekleştirebilmesi için de çevre konularında iyi bilgilendirilmesi, idari bilgi, rapor ve belgelere ulaşabilmesi gerekir.

Bu neden bilgiye erişim, günümüzde çevre hakkının ayrılmaz parçası olarak nitelendirilmektedir.

Uluslararası gelişim böyle bir katılımı gerçekleştirmek üzere; 25.6.1998 tarihinde Danimarka'nın Aarhus kentinde *“Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi”*ni imzaya açmıştır.

Sözleşmenin amacı, herkesin sağlığı ve iyiliği bakımından yeterli çevrede yaşama hakkını korumaya yardımcı olmak için, devletlerin, halkın (kamunun) çevreyle ilgili bilgilere ulaşma hakkını ve sözleşme uyarınca çevreyi ilgilendiren konularda karar alma mekanizmasına etkin biçimde katılma ve yargı yoluna başvurma hakkını güvence altına almaktır.

Bütün bu gelişmeler, çevre hakkını diğer bütün insan haklarının önüne geçirmiş ve çevre koruma isteğini de önemli bir politik tercih durumuna getirmiştir. Ancak bu tercihin kullanılması henüz küresel yoğunluk kazanmamıştır.

ANAYASALARIMIZ VE ÇEVRE HAKKI

1961 Anayasası çevre hakkıyla ilgili doğrudan bir düzenleme getirmemiş, *“Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.”* hükmünü ve sağlık hakkını içeren 49. madde çevre korumasını da kapsayacak şekilde yorumlanmıştır.

1982 Anayasası'nda ise yukarıda belirttiğimiz 56. madde dışında çevre ile ilgili hükümler taşıyan başka maddeler de vardır:

Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının korunmasına ilişkin 17. madde çevreyi korumayı destekleyici niteliktedir. Buna göre herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Bu sayılan hususlar çevre hakkı ile yakın ilişki içindedir. Bu hususların gerçekleşmesi çevre hakkının uygulamaya yeterince somut olarak yansması ile mümkün olacaktır.

Yerleşme ve seyahat hürriyetini düzenleyen 23. maddenin ikinci fıkrasında bu hürriyetlerin *"sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak"* amaçlarıyla sınırlanabileceğinin belirtilmesi de çevre hakkını desteklemektedir.

Mülkiyet hakkını düzenleyen 35. madde bu hakkın *"kamu yararı amacıyla"* sınırlanabileceğini ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükmünü içermektedir. Bu hükümle çevre hakkının niteliğine de uygun olarak mülkiyet hakkının çevreye zarar verici şekilde kullanılmayacağı, aksine çevre korunması yararına sınırlandırılabilirliği kabul edilmektedir.

Anayasa'nın 43. maddesi kıyılardan yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceğini düzenlemektedir.

44. madde devleti, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemekle görevlendirmiş, 45. madde de tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önleme görevini de devlete vermiştir.

Kamulaştırma esaslarını düzenleyen 46. maddede yer alan ve kamulaştırılan taşınmazın bedelinin peşin ödenmesinin istisnai durumları olarak; tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskan projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm gibi hususların gösterilmesi çevreyi korumayı destekleyici nitelik taşımaktadır.

57. madde ile devletin, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetilen bir planlama çerçevesinde konut ihtiyacını karşılaması düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 63. maddesi ile tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasında devlet görevlendirilmiştir.

169. madde ile de ormanların korunması ve genişletilmesi de devletin görevleri arasında önem ve özellikle belirtilmiştir.

1982 Anayasası'nın bütün bu hükümlerine karşın çevre hakkının kullanımında ve çevrenin korunmasında çok da başarılı olduğumuz söylenemez. Çevre hakkı ülkemizde henüz bir insan hakkı boyutu ile gündemde değildir, insan hakları değerlendirmeleri, arayışı ve tartışmaları bu içeriği kazanamamıştır. Bu nedenle mülkiyet hakkının, en verimli tarım toprağına otomobil fabrikası kuran, kıyıları yağmalayan, orman alanlarını talan eden, havayı ve suyu kirleten biçimde kullanılmasının önüne geçememektedir.

Çok değil, yirmi yıl öncesinin temiz Marmara Denizi'nde yüzebilme, 125 tür balığından tadabilmek bir insan hakkı, bugün 20 yaşında olanların Marmara Denizi'ni açık fosseptik olarak tanıyabilmeleri ise insan hakları ihlali değil midir?

Son yirmi yılda hızla yaşanan çevre bozulmasında bir katkısı olmayan bugünkü genç neslin ve onlardan sonraki nesillerin yaşama hakkını, var olma hakkını savunması gerekenler, bu sorumluluğı taşıyanlar nerede?

İnsan haklarının değerlendirilmesinde artık bu düzeye gelmek durumundayız. Çevre hakkından yararlananlar yalnızca bugünkü kuşaklar değildir. Sağlıklı ve dengeli bir çevre bugünkü kuşakları ilgilendirdiğı kadar hatta daha da fazla gelecek kuşakları ilgilendirmektedir

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ ANAYASA ÖNERİSİ'NDE ÇEVRE HAKKI VE ÇEVRE KORUMA

Türkiye Barolar Birliği hazırlık aşamasından başlayarak 1982 Anayasası karşısındaki eleştirilerini her ortamda dile getirmiş ve 2001 yılında tam bir Anayasa Önerisi hazırlayarak kamuoyunun değerlendirmesine sunmuştur. O tarihte çok dikkate alınmayan bu öneri yeni bir anayasa yapımı tartışmalarının yoğunlaşması üzerine kaynak gösterilen bir metin olmuş ve güncelleştirilmesi gerekmiştir. Türkiye Barolar Birliğinin 2007 önerisinde çevre hakkı ve çevre korumaya ilişkin hükümler üzerinde durmak istiyorum.

Türkiye Barolar Birliği Anayasa Önerisi'nde çevre duyarlılığı içeren ilk madde "*Yerleşme özgürlüğü*" başlıklı 35. maddenin ikinci fıkrası

sıdır. Bu fıkrada yerleşme özgürlüğünün “sağlıklı ve dengeli kentleşmeyi gerçekleştirme” amacıyla kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir.

Mülkiyet hakkını düzenleyen 51. maddenin ikinci fıkrası; “*bu haklar, ancak kamu yararı ve çevrenin doğal dengesinin korunması amacıyla, kanunla sınırlanabilir.*” hükmünü içermekte ve mülkiyet hakkının “çevrenin doğal dengesinin korunması” amacıyla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Bu düzenlenenin gerekçesi açıklanırken çevre koruması ile kamu yararı kavramlarının birbirini kapsadığı belirtilmekte ancak sadece kamu yararının belirtilmesinin yeterli olamayacağının altı çizilmektedir. Gerekçe aynen; “...her ne kadar kamu yararının kapsamına girse de, konunun önemi nedeniyle “çevrenin doğal dengesinin korunması” özel sınırlama nedeni olarak öngörülmüştür.” şeklindedir.

Konut hakkını düzenleyen 66. maddenin üçüncü fıkrası; “*Devlet, kentlerin özelliklerini ve çevre koşullarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, yurttaşların gereksinimlerini karşılayacak ve kiracıları koruyacak tedbirleri alır, toplu konut girişimlerini destekler.*” hükmünü içermektedir.

Yeterli besin ve temiz suya ulaşma hakkını düzenleyen 67. maddenin birinci cümlesi; “*Hiç kimse yaşamını sürdürmeye yetecek ölçüde gıda ve temiz suya ulaşma hakkından yoksun bırakılamaz.*” düzenlemesini yapmıştır. Bu maddenin gerekçesi de; maddede “su hakkı”nın “temiz suya ulaşma hakkı” şeklinde ayrıca belirtilmesi, iklim koşulları yüzünden, ülkemizin içilebilir su kaynaklarının her geçen gün azalması nedeniyle gerekli görülmüştür. Bu hak, herkesin kişisel ve ev içi kullanımı için yeterli, güvenle, erişilebilir ve bedeli ödenebilir suya sahip olmasını güvence altına almaktadır. Bunu sağlamak üzere devlet, yerel yönetimlere ve çalıştırdıkları kişiler bakımından özel veya kamusal kurum ve işyerlerine düşen sorumlulukları kanunla düzenleyecektir.” Şeklinde su hakkı ile temiz suya ulaşma hakkını ve devletin bu konudaki yükümlülüklerini düzenlemiştir.

76. madde ile başlayan Dördüncü Bölüm’ün başlığı “*Çevre, Barış ve Gelişme Hakları*”dır.

Bu bölümün alt başlıkları;

- I. Çevreye ilişkin haklar
 - A. Çevre hakkı
 - B. Ormanların korunması ve geliştirilmesi
 - C. Toprak mülkiyeti

- D. Tarım toprakları
 - E. Doğal kaynaklar ve varlıklar
 - F. Kıyılardan yararlanma hakkı
 - G. İnsanın ortak mirasına saygı
 - II. Barış hakkı
 - III. Gelişme hakkı
 - IV. Planlama
- Fizik planlama'dır.

"Çevre Hakkı" başlıklı 76. madde;

"Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Devlet, bu konuda yurttaş girişimlerini destekleyerek çevreyi korur ve geliştirir, çevrenin bozulmasını engelleyecek ve gelecek nesillerin de yararlanmalarını sağlayacak önlemleri alır.

Herkes çevre konusunda bilgilendirilme, katılma ve başvuru hakkına sahiptir.

Kişilerin ve kurumların çevreye karşı ödevleri ve sorumlulukları kanunla düzenlenir." hükmünü içermektedir.

Bu madde ile getirilen en önemli yenilik; devlet'e "gelecek nesillerin de yararlanmalarını sağlayacak" şekilde çevreyi koruma ve geliştirme görevi verilmesidir.

"Ormanların Korunması ve Geliştirilmesi" başlıklı 78. maddenin ikinci cümlesinde;

"Orman niteliğini kaybeden veya yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde özel ya da kamusal amaçlı yapılaşmaya izin verilemez, başka tür tarım ve hayvancılık yapılamaz." hükmü düzenlenmiş ve böylelikle orman talanının önüne geçilme çalışılmıştır.

"Planlama" başlıklı 85. madde plan doğrultusunun; "...kaynakların yenilenebilir niteliğini koruyarak hakça ve barışçı bir ilerlemeyi amaçlayan sürdürülebilir gelişme" olduğunu belirlemiştir.

Türkiye Barolar Birliği'nin 2007 önerisinde çevre hakkı ve çevre korumaya ilişkin hükümleri bu şekilde sıraladıktan sonra 1982 Anayasası'nın konuşmanın başında eleştirdiğim 65. maddesinin önerideki karşılığı olan 69. maddeden söz etmek ve aradaki temel farklılığı vurgulamak istiyorum.

Önerinin “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevleri” başlıklı 69. maddesi; “Devlet ekonomik ve akçalı kaynaklarını; sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasayla belirlenen görevlerinin gerektirdiği öncelikleri gözeterek kullanır.” şeklindedir. 1982 Anayasası’nın 65. maddesi ise sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin “ekonomik istikrarın korunması gözetilerek, malî kaynakların yeterliliği” ölçüsünde yerine getirileceği düzenlemesini yapmaktadır.

Açıkça görülen bu fark, sosyal ve ekonomik hak ve ödev anlayışındaki farklılığı da ortaya çıkarmaktadır. Bir tarafta “Ne kadar ekonomik kaynak o kadar sosyal ve ekonomik hak.” anlayışı diğer tarafta kaynakların öncelikle sosyal ve ekonomik ödevlerin yerine getirilmesi için kullanılması. Yani, “kaynağım yok.” diyerek çevre yatırımı yapmamak yerine eldeki kaynağın kullanımında çevre yatırıma öncelik vermek.

SONUÇ

Çevre hakkı kavramı da çevrenin korunması da diğer bütün insan haklarının gerçekleşmesinde olduğu gibi özünde bir demokrasi sorunu, demokratik katılım sorunudur.

İnsanlığın bugün ulaştığı uygarlık düzeyi ve kazanımlar gelecek kuşaklar pahasına yaratılmış ve yoksul insan sayısı giderek artmış ise hiçbir ekonomi ya da ekonomik sistem başarılı sayılamaz.

Bugünün egemen kültürü “sınırsız tüketim” anlayışına dayalıdır. Çevreci hareket de işte bu egemen kültüre başkaldırı hareketidir. Temel başkaldırı da ekonomi politikalarına yöneliktir. Egemen kültürün dinamiği üretim/tüketim, temel mantığı da daha fazla üretmek ve daha fazla tükettirmektir. Her şey, doğal kaynaklar, teknoloji üretip tüketmek için vardır. Daha fazla üretip daha fazla tüketmek amaç haline gelmiş ve insanlar tüketim kölesine dönüştürülmüştür.

Üretim ve tüketim düzenleri bu mantık ile ve doğanın yasalarına uymayan bir yıkıcılıkla sürüp gittikçe çevre sorunlarının çözümünde başarı sağlanamaz.

Bu mantığın değişmesi ise tüketimin amaç değil araç görüldüğü, “sınırsız büyüme” yerine çevre-ekonomi dengesine dayanan, çevreyi kalkınmanın hem kaynağı hem de sınırı gören bir kültürün egemen olmasına bağlıdır.

Böyle bir kültürün egemen olmasını sağlamanın yolu da bunu istemekten geçer. Demokrasilerde vatandaşların isteklerini belli etme yollarının başında seçimler gelmektedir. Seçmenler “ekoseçmen” bilinci ile davranıp “ekopolitika” oluşturan partilere oy vererek ekopolitikacıları söz sahibi yapmalıdırlar.

Yarın nelerin olacağı bugün kafamızda nelerin olduğuna bağlıdır.

KAYNAKLAR

- Al Gore, *Küresel Denge*, Sabah Kitapları, İstanbul 1993.
- Nuran Talu, *TBMM’de Çevre Siyaseti*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2004.
- Pınar Kılıçoğlu, *Türkiye’nin Çevre Politikalarında Sürdürülebilir Gelişme*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- OECD, *Türkiye’de Çevre Politikaları*, (Paris, 1992)
- Dr. Birol Ertan, “Çevre Bilimi Açısından Canlı Hakları”, yayınlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset bilimi (Kent ve Çevre Bilimleri) Anabilim Dalı, Ankara 1998.
- Metin Topçuoğlu, *Çevre Hakkı ve Yargı*, Türkiye Çevre Vakfı Yayını, Ankara Mart 1998.
- Doç. Dr. Burhan Kuzu, *Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı*, İstanbul 1997.
- Av. Özden Sav, *Uluslararası Hukukta Çevreyle İlgili Konularda Halkın Bilgiye Erişimi ve Karar Almaya Katılımı*, Çevre Kanunu’nun Uygulanması, Türkiye Çevre Vakfı yayını, Ankara Kasım 1999.
- Dr. E. Yasemin Özdek, *İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı*, TODAİE yayını, Ankara Şubat 1993.
- Doç. Dr. Nükhet Turgut, *Çevre Hukuku*, Ankara 1998.
- Doç. Dr. Nükhet Turgut, “Çevre Davaları Engellenemez”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 22 Ağustos 1996. s. 2.
- Mehmet Arif Demirer, *Ekopolitika*, Anahtar Kitapları, İstanbul 1992.
- Semra Somersan, *Türkiye’de Çevre ve Siyaset*, Metis Yeşil Kitaplar, İstanbul 1993.
- Güneş Gürseler, *Dikkat Dünya Tektir*, Ümit Yayıncılık, Ankara 1992.
- Güneş Gürseler, “Çevrecilik; Egemen Kültüre Başkaldırı”, *Açılım Dergisi*, Kasım 2004, S. 2 s. 43
- Güneş Gürseler, “Yeni Kavramları Tartışmak”, *Birleşmiş Milletler Türk Derneği 1993 Yıllığı Günümüz Çevre Sorunları Ayrı Basımı*, Ankara 1993.

ANAYASAL BİR KURUM OLARAK ASKERİ YARGI VE ANAYASA ÖNERİLERİ

Fahrettin DEMİRAG^{*}

I. GİRİŞ

Anayasalar, devletin temel organlarının kuruluşunu ve işleyişini belirleyen temel hukuk kurallarını içerir. Bu bağlamda yargı organlarının kuruluş ve işleyişine ilişkin hükümlere de anayasalarda yer verilmektedir. Nitekim ülkemizde ilk anayasa olma özelliğini taşıyan 1876 Anayasasından itibaren tüm anayasalarda “yargı”nın özel olarak düzenlendiği görülmektedir.

Ancak ülkemizde ilk anayasacılık hareketlerinin başladığı yıllarda, adli yargıdan ayrı bir askeri yargı sistemi mevcut olmasına ve bu sistemin organları yasalarla düzenlenmiş olmasına rağmen,¹ bunların

¹ Hakim Tuğgeneral (E), Askeri Yargıtay Onursal Başkanı

¹ Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan yeniçeri teşkilatının kaldırılışına kadar olan süreç içinde bugünkü anlamda bir askeri yargıdan söz etmek mümkün değildi. Askeri yargı organları, mahkeme niteliğinde ilk kez, 1837 tarihli “*Kanunname-i Ceza-i Askeriye*” ile düzenlenmiştir. Bu kanun temyiz yolunu öngörmediğinden ayrı bir denetim mahkemesine de ihtiyaç duyulmamıştı. İkinci Meşrutiyet'in ilanı ile başlatılan yeni hukuki düzenlemeler çerçevesinde, askeri yargı alanında da yeni düzenleme yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bunun sonucu olarak divanı harplerden verilen kararları incelemek üzere, 6 Nisan 1914 (24 Mart 1330) tarihinde 233 sayılı geçici kanunla, “*Divan-ı Temyiz-i Askerî*” adıyla bir temyiz mahkemesi kurulmuştur.

Ancak askeri yargının çağdaş anlayışa uygun olarak yeniden teşkili, Cumhuriyetin ilanından sonra 22 Mayıs 1930 tarihinde kabul edilen 1631 sayılı “Askeri Muhakeme Usulü Kanunu” ile olmuştur. Bu Kanunla divanı harpler kaldırılarak askeri mahkemeler kurulmuştur. Ayrıca 20 Mayıs 1922 tarih ve 237 sayılı kanunla kurulan “Divan-ı Temyiz-i Askerî”, kanunun 284. maddesi ile kaldırılarak “Askeri Temyiz Mahkemesi” adıyla yeniden kurulmuştur. Bu kanunun uygulanmasına bazı değişikliklerle, 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı kanunun kabul edilip yürürlüğe

kuruluş ve işleyişine ilişkin hükümlere 1876, 1921 ve 1924 anayasalarında yer verilmemiştir.

Askeri yargı ve Askeri Yargıtay, anayasal bir kurum olma özelliğini, ilk kez 1961 Anayasası ile kazanmıştır. 1982 Anayasası'nda da bu özellik korunmuş, askeri yargı 145. maddede, Askeri Yargıtay da, 156. maddede düzenlenmiştir.

1982 Anayasası, halkın büyük bir desteğini alarak kabul edilmiş olsa da, yürürlükte kaldığı dönem içerisinde bilim adamları ile bazı kurum ve kuruluşlar tarafından, insan hakları ve yargı bağımsızlığı açısından hep eleştirilmiş² ve hatta “*siyasal rejimin işleyişi üzerinde yapılan tartışmaların odağında yer almıştır*”. Anayasa'nın düzenlediği askeri yargı da bu eleştirilerden payını almıştır. Askeri mahkemelerin bağımsız olmadığı ve sivilleri yargılamasının tabii hakim ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Askeri Yargıtay'la ilgili eleştiriler ise, yargı bağımsızlığından daha çok, yargı birliğini bozduğu düşüncesine dayanmaktadır.

1982 Anayasası, yapılan eleştiri ve tartışmaların ortaya çıkardığı ihtiyaç nedeniyle 2001 yılına kadar beş kez, 2001 yılından günümüze kadar da sekiz olmak üzere on üç kez değiştirilmiştir.³

Gerçekleştirilen değişikliklere rağmen, bu Anayasanın, “*çoğulcu demokrasiye, çağın tüm sosyal ve hukuksal değerlerine ters düştüğü ve Türk toplumunu geriye götüreceği ve çeşitli bunalımlara sürükleyeceği*” şeklindeki görüş ve düşünceler varlığını korumuş, hatta Anayasanın “*baskıcı ve tümelci karakterinden*” kurtarılması için yeniden kaleme alınması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴ Bu düşüncelerle Türkiye Barolar Birliği tarafın-

girmesine kadar devam olunmuştur.

Askeri yargının tarihçesi konusunda ayrıntılı bilgi için, *Askeri Temyiz Mahkemesi Tarihçesi*, (KKK yayımları, Ankara 1956) adlı esere bakınız.

² Bu konuda ileri sürülen görüş ve düşünceler için, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, (TBB yayını, 2001 Ankara) adlı esere bakınız.

³ 1982 Anayasası'nda ilk değişiklik 17.05.1987 tarihli ve 3361 sayılı kanunla yapılmış, bunu, 8.07.1993 tarihli ve 3913 sayılı kanunla yapılan değişiklik izlemiştir. En kapsamlı değişiklik 23.07.1995 tarihli ve 4121 sayılı kanunla yapılmıştır. Anayasa daha sonra, 18.06.1998 tarihli ve 4388 sayılı, 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı, 21.11.2001 tarihli ve 4720 sayılı, 27.12.2002 tarihli ve 4777 sayılı, 7.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı, 29.10.2005 tarihli ve 5428 sayılı, 13.10.2006 tarihli ve 5551 sayılı, 10.05.2007 tarihli ve 5659 sayılı ve son olarak 31.05.2007 tarihli ve 5678 sayılı kanunlarla değiştirilmiştir.

⁴ TBB 2001 Anayasa Taslağı Önerisi, “Sunuş” bölümü.

dan hazırlatılan Anayasa önerisi 12 Eylül 2001 tarihinde kamuoyuna duyurulmuştur. Fakat bu öneri kamuoyunda fazla ilgi görmemiştir.⁵

22 Temmuz genel seçimlerinden sonra, iktidara gelen siyasi partinin, yeni bir “*sivil anayasa*” yapma girişiminde bulunduğu ve Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında bir kurul tarafından çalışma başlatıldığı medya tarafından kamuoyuna duyurulmuştur. Kısa bir süre sonra, hazırlanan önerinin, iktidar partisi yönetimine teslim edildiği yazılı ve görsel basında haber olarak yer almıştır. Daha sonra “*Yeni Anayasa Önerisi*” basında ve internet sitelerinde yayımlanmıştır.

Bu gelişme sürecinde Türkiye Barolar Birliği (TBB), 2001 Taslağını hareket noktası kabul ederek yeni bir metin hazırlatmış ve bunu “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi*” adıyla kamuoyuna duyurmuş ve kitap olarak Ekim 2007’de yayımlamıştır.

Anayasa önerilerinde, askeri yargı organlarına yer verildiği, fakat bunların yapısal ve işlevsel açıdan 1982 Anayasası’ndan farklı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu farklılık, askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişini düzenleyen kanunların değiştirilmesini ya da yeniden düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede yapılacak düzenlemelerin, Anayasanın öngördüğü, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerine uygun olması gerekmektedir. Bu zorunluluk hem hukuk devletinin hem uluslararası sözleşmelerin hem de “*anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı*” ilkesinin bir gereğidir.

Bu durumda, askeri yargı organlarının Anayasa’daki yeri ile bağımsız bir görünüm vermemesinin nedenlerinin açık ve net olarak ortaya konulması, yeni yapılacak anayasa çalışmalarına ışık tutacak, hukukçular ile bu konuyla ilgilenen diğer kişiler için kaynak olacaktır. Bu nedenle bu yazımızda, 1961 ve 1982 Anayasaları ile yeni anayasa önerileri, askeri yargı açısından karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu bağlamda mevcut mevzuat hükümlerine göre askeri yargı organlarının kuruluşu üzerinde durulmuştur. Böylece Anayasa hükümlerinin mevzuata yansımaları, yani Anayasa’nın nasıl bir düzenlemeye imkan verdiği ve bunun sonuçları açıklanmaya çalışılmıştır.

⁵ TBB 2001 Anayasa Taslağı’nda yer verilen, askeri yargı ve Askeri Yargıtay’la ilgili düzenlemelere ilişkin Askeri Yargıtay Görüşü, Önerinin Yargıtay Genel Kurul salonunda yapılan sunum sırasında dile getirilmiş ve ayrıca taslağı hazırlayan kurul üyelerine birer mektupla bildirilmiştir.

II. 1961 ve 1982 ANAYASALARINDA ASKERİ YARGI

1. 1961 Anayasası'nda Askeri Yargı

a. Askeri Yargı

1961 Anayasası, yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesini benimsemiştir. Bunun sonucu olarak yargıya ilişkin genel ilkeleri ayrı bir bölüm halinde düzenlemiştir. Askeri yargıya, bu hükümler arasında, 138. maddesinde yer verilmiştir. Maddenin ilk metninde,⁶ askeri yargı organları açıklandıktan sonra, askeri mahkemelerin görevi, barış zamanı ile savaş veya sıkıyönetim halleri için ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre askeri mahkemeler, barış zamanında kural olarak asker kişilerin;

- a. Askeri suçlarına,
- b. Asker kişiler aleyhine veya
- c. Askeri mahallerde yahut
- d. Askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara

ait davalara bakmakla görevlidirler.

Bu mahkemelerin asker olmayan kişileri yargulamaları istisnai olup Askeri Ceza Kanunu'nda belirtilen askeri suçlarla sınırlıdır.⁷

⁶ 1961 Anayasası'nın 138. maddesinin özgün hali şöyledir:

"Madde 138-

Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin askeri olan suçlarıyla, bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Askeri mahkemeler, asker olmayan kişileri, ancak özel kanunda belirtilen askeri suçlarından dolayı yargırlarlar.

Askeri mahkemelerin, savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili olduğu kanunla gösterilir.

Askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması şarttır.

Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hakimlerin özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı hakimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gereklerine göre özel kanunla düzenlenir."

⁷ Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı suçlardan (fırar, emre itaatsizlikte ısrar gibi) önemli bir bölümü, yalnızca muvazzaf asker kişiler tarafından işlenebilirken, bazı suç tipleri ise, nitelikleri itibarıyla hem asker kişiler hem de asker olmayan kişiler tarafından işlenebilmektedir (Mesela askeri casusluk, askerlikten kurtulmak için hile yapmak, arkadaşının eşyasını çalmak, askeri eşyayı çalmak, zimmetine geçirmek gibi). Bazı suçlar ise sadece asker olmayan kişiler tarafından işlenebilir (saklı, yoklama kaçağı ve bakaya gibi). İkinci fıkradaki, "özel kanunda belirtilen askeri suçlar" terimiyle, son iki suç tipleri kastedilmektedir. Ancak Askeri Ceza Kanunu, siville-

Ancak askeri mahkemelerin, savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suç ve hangi kişiler bakımından yetkili olduklarının belirlenmesi özel kanuna bırakılmıştır.⁸

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu, Anayasa tasarısını hazırlarken, İstanbul Komisyonu tarafından hazırlanmış öntasarıyı etüt metni, Siyasal Bilgiler Tasarısını da yardımcı metin olarak kabul etmiştir. Bu metinlerden ilkinde, askeri mahkemelerin görevi, *“barış zamanında silahlı kuvvetlere mensup kişilerin işleyeceği askeri suçlara ilişkin davalara bakmak”* olarak belirlenmişti. Siyasal Bilgiler Komisyonu’nca hazırlanan metinde de *“Askeri yargı organlarını ve bunların görev alanlarını kanun tayin eder. Barışta askeri yargı sadece askeri şahısların askeri suçlarını yargılayabilir.”* şeklinde bir hükme yer verilmişti.⁹ Komisyonunda bu görüşler kabul edilmemiş, askeri mahkemelerin barış zamanında görev alanı, yukarıda açıklandığı üzere daha geniş olarak düzenlemiştir.

Maddede, askeri mahkeme kurulunun oluşumu da düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasına göre, *“askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması”* gerekmektedir. Bu hükümden, askeri mahkemelerin kurul halinde çalışmasının öngörüldüğü, fakat üyelerinin tamamının hakim niteliğine sahip olmayabileceği sonucuna varılmaktadır.

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu’nun kabul ettiği metinde bu fıkra; *“Askeri mahkemelerde, üyelerin tamamının hakimlik niteliğine sahip bulunması asıldır. Herhalde, bu mahkemelerde, üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahibolması şarttır.”* şeklinde düzenlenmişti. Bu hükme ilişkin madde gerekçesinde şöyle denilmiştir: *“...askeri mahkemeler üyelerinin tamamının hakimlik niteliğine sahip olmaları prensibi kabul edilmiş, fakat hal ve şarta göre, bu mahkemelerde hakim niteliğinde bulunmayan*

rin işleyebileceği bazı askeri suçlara, adli yargıda adli yargıda bakılması gerektiğini de hüküm altına aldığından (m. 192), bunları ayırık tutmak gerekecektir.

⁸ Sıkıyönetim askeri mahkemelerinin görev ve yetkileri için, 15.5.1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun 13, 14 ve 15. maddeleri hükümlerine bakınız. Bu kanun ilki, 15.5.1971 tarihinde olmak üzere, günün ihtiyaçlarına göre değişik tarihlerde, 1654, 1728, 1780, 2301, 2310, 2337, 2342, 2354, 2371, 2439, 2474, 2515, 2538, 2632, 2651, 2682, 2766, 2836, 3195, 3310, 3423, 3953 ve 4045 sayılı kanunlarla değiştirilmiştir. Bu bağlamda sıkıyönetim askeri mahkemelerinin görev ve yetkilerini düzenleyen 13, 14 ve 15. maddelerde de birçok kez değişiklik yapılmıştır.

⁹ Feridun, Server, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul 1962, s. 165, 201, 208.

personelin girmesi hususu da konuşulmuştur."¹⁰

Ancak komisyonun teklif ettiği metin, Temsilciler Meclisi'nce benimsenmemiş ve bu fıkra, "Askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması şarttır" biçiminde yasalaşmıştır. Böylece askeri mahkeme kurulunda meslekten olmayan "subay üye" bulunmasına olanak sağlanmıştır.¹¹

Maddenin son fıkrasında, askeri yargı organlarının kuruluşu ve işleyişi ile askeri hakimlerin özlük işlerinin özel kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmiş ve bu düzenleme yapılırken göz önünde bulundurulması gereken ilkelere yer verilmiştir. Fıkraya göre bu ilkeler şunlardır:

- a. Mahkemelerin bağımsızlığı,
- b. Hakimlik teminatı,
- c. Askerlik hizmetinin gerekleri.

Yukarıda değinildiği gibi bu madde, Anayasanın kabulünün onuncu yılında, birbuçuk yıl arayla iki kez değişikliğe uğramıştır.

İlk değişiklik 20.09.1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanun'la yapılmıştır.¹² Bununla maddenin ikinci ve son fıkraları yeniden düzenlenmiştir.

İkinci fıkrada yapılan değişiklikle, asker olmayan kişilerin askeri yargıya tabi suçlarının kapsamı genişletilmiştir. Bu düzenlemeyle, asker olmayan kişilerin askerlere karşı;

- a. Görevlerini ifa ettikleri sırada veya
- b. Askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlar

¹⁰ Feridun, 256.

¹¹ Anayasa'nın bu hükmü karşısında askerî mahkemelerin, kuruluşu ile askeri yargılama usulünün yeniden düzenlenmesi zarureti doğmuş ve 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu 25.10.1963 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. Bu kanunun 2. maddesi, askeri mahkeme kuruluşunu düzenlemiştir. Bu hükme göre askerî mahkemeler; iki askeri hakim ve bir subay üyeden, Genelkurmay Başkanlığı teşkilatındaki askeri mahkeme kurulu, general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askeri hakim ve iki general veya amiralden oluşmaktadır.

¹² 138. maddenin 1488 sayılı kanunla değişik ikinci fıkrası şöyledir: "Askerî mahkemeler asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara bakmakla görevlidirler."

askeri mahkemelerin görev alanına dahil edilmiş olmaktadır. Bir başka ifadeyle askeri mahkemelerin, asker olmayan kişiler bakımından yargı yetkisi genişletilmiştir.

Son fıkradaki değişiklik ise, askeri savcılarının, refakatinde buldukları komutanlıkla olan ilişkilerini düzenlemek amacıyla yapılmıştır.¹³

Maddedeki ikinci değişiklik, 15.03.1973 tarih ve 1699 sayılı kanunla yapılmıştır. Bununla, askeri mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması gerektiğine ilişkin üçüncü fıkra hükmüne, “Savaş halinde bu şart aranmaz”¹⁴ cümlesi eklenmek suretiyle bir istisna getirilmiştir. Bu hükümlerle, askeri mahkemelerin savaş halinde, üyelerinin çoğunluğu subay olacak şekilde kurulabilmesi olanağı sağlanmıştır. Böyle bir hükmün, hem Anayasa’nın yargı alanındaki ilkeleriyle hem de cumhuriyetin Anayasa’da gösterilen nitelikleriyle ilgili temel ilkelerle bağdaşması mümkün değildi. Nitekim bu cümle, Anayasa Mahkemesi’nce, Anayasa’nın “Başlangıç” bölümü ile 2. ve 9. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.¹⁵

¹³ 138. maddenin 1488 sayılı kanunla değişik son fıkrası şöyledir: “Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin refakatinde buldukları komutanlarla ilişkileri mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir.”

¹⁴ Değişiklik tekliflerinde bu fıkrayla ilgili olarak özetle, “Savaş halinin özelliği, savaşta belirecek ihtiyaçların, askerî mahkemelerde hâkim niteliğine sahip üyelerin çoğunlukta olması şartından vazgeçilmesini gerektirdiği” gerekçe gösterilmiştir. Anayasa Komisyonu’nda “teklif gerekçesindeki espride bağlı kalındığının” belirtilmesiyle yetinilmiştir. Millet Meclisi’ndeki görüşmelerde ise “Bu teklifin olağanüstü halin ve savaşın doğal bir sonucu olduğu, savaşta hâkimlerin çoğunlukta olması kuralının tatbik edilemeyeceği ve böyle bir kuralın pratik bir değeri olmadığı” ileri sürülmüştür. Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu raporu da sevk gerekçesini tekrarlamış ve Cumhuriyet Senatosu’ndaki görüşmeler sırasında ise, başkaca bir gerekçe ortaya konulmamıştır.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 15.04.1975 tarih ve E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı iptal kararı 26.02.1976 tarihli ve 15511 sayılı RG’de yayımlanmıştır. İptal kararının gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir: “...Üyelerinin çoğunluğu hâkim sınıfından olmayan görevlilerden oluşan bir mahkeme, Anayasa’nın 7. maddesi uyarınca yargı yetkisini Türk Ulusu adına kullanan bağımsız bir mahkeme olarak kabul edilemez.

Bundan başka hâkimlik mesleki bilgi ve tecrübeyi, liyakat ve ehliyeti gerektirdiğinden bu niteliklerden yoksun bulunan ve üstelik hâkimlik güvencesine sahip olmayan görevlilerden kurulu, yargı yerlerinin doğru ve hiç bir etki altında kalmaksızın karar verebilecekleri kuşkuludur.

Yargı alanının bu üç Anayasal ilkesine aykırı bulunan bir kuruluşun, insan hak ve hürriyetleri bakımından da kişi için bir güvence olmasına olanak düşünülemez. Çünkü çoğun-

b. Askeri Yargıtay

Yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkesini benimseyen ve adli yargının yanında askeri yargı sistemini de kabul eden 1961 Anayasası, askeri mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin, bağımsız ayrı bir yüksek mahkeme tarafından denetlenmesini de öngörmüştür. Bunun sonucu olarak Anayasa 141. maddesinde, Yargıtay ve Danıştay'ın yanında Askeri Yargıtay'ı, yüksek mahkemelerden biri olarak düzenlemiştir.¹⁶

Bu hükme göre Askeri Yargıtay, askeri mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, kanunla gösterilen askeri işlere ait belli davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmakla görevlidir.

luğu yargı için zorunlu öğrenim, bilgi, tecrübe ve bunların oluşturacağı hâkimlik ehliyet ve liyakatinden yoksun ve ayrıca her yönden hiyerarşiye bağlı üyelerden kurulu bir mahkemede yapılan yargılamada, olayın ve sorumlusunun ve hukuksal durumun saptanmasında, yani hükümde istenmeyerek ve elde olmayarak, büyük yanlışlara düşülmesi olasılığı karşısında, kişinin kendini güvence içinde görmesi ve duyması olanaksızdır. Bu durumda, istenmediği halde bile, insan hak ve hürriyetlerinin ve bunların en önemlilerinden olan kişi hak ve hürriyetleriyle yaşama hakkının dahi tehlikeye düşebileceği söylenebilir. Askerî mahkemelerin öneminin, yalnız barışta onların yetkilerine giren işler ve kişiler yönünden değil, sıkıyönetim ve savaş hallerinde bu mahkemelerin gerek konu ve gerekse kişi bakımlarından yetki alanlarının çok genişleyip adeta bir genel mahkeme kimliğini kazanacakları gözönünde bulundurulurken, tüm kişiler yönünden düşünülmesi gerekir.

Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri ve askerî savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin refakatlerinde buldukları komutanlarla ilişkilerinin yalnız askerî gereklerle göre değil, başta mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı olmak koşuluyla, askerî gereklerle birlikte kanunla düzenlenmesi, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası gereği bulunmaktadır. Anayasa'nın temel yapısı, bu zorunluğun yalnız barışta var olduğunun kabulüne elverişli değildir. Çünkü, mahkemelerin bağımsızlığı ve dolayısıyla hâkimlik teminatı ilkelerinin kaynağını, Cumhuriyetin Anayasa'da gösterilen insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı, demokratik ve özgürlükçü bir hukuk devleti olması teşkil etmektedir. O halde aynı zorunluğun, askerî mahkemelerin savaş halindeki kuruluşu için de geçerli sayılması kaçınılmaz bir sonuçtur."

¹⁶ 1961 Anayasası'nın 141 inci maddesinin özgün hali şöyledir: "Madde 141- Askeri Yargıtay, askeri mahkemelerce verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, kanunla gösterilen askeri işlere ait belli davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Askeri Yargıtay üyeleriyle Başsavcısı, hakimlik niteliğine sahip kırk yaşını bitirmiş ve en az on yılı askeri hakimlik veya askeri savcılık yapmış kimseler arasından, Askeri Yargıtay genel kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğuyla boş yerin üç misli olarak gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askeri Yargıtay, başkanlarını kendi üyeleri arasından seçer. Askeri Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, üyeler hakkındaki disiplin işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre, kanunla düzenlenir."

Maddede üye seçilebilmenin niteliklerine de yer verilmiş ve üyelerle Başsavcının Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun üye tamsayısının salt çoğunluğuyla boş yerin üç misli olarak gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nca seçileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, Askeri Yargıtay başkanlarının, kendi üyeleri arasından genel kurul tarafından seçileceği de hüküm altına alınmıştır.

Maddenin son fıkrasında, Askeri Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, üyeler hakkındaki disiplin işlerinin “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “hakimlik teminatı” esaslarına göre kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasa bu iki ilke dışında, bir başka ilkeye yer vermemiştir.

Askeri Yargıtay'ın kuruluş ve işleyişi ve üyeler hakkındaki disiplin işleri, 141. maddenin son fıkrası uyarınca yürürlüğe konulan 4.12.1962 tarihli ve 127 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu ile düzenlenmiştir.

Ancak asker kişi olmaları sebebiyle rütbe taşıyan üyelerin, Askeri Yargıtay Başkanı ile daire başkanlarının bu makamlara seçimle gelmelerinin sakıncaları kısa sürede ortaya çıkmış¹⁷ ve 141. madde 1488 sayılı Kanunla değiştirilmiştir.

Yapılan değişikliklerle; üyelik için aranan niteliklerden biri olan hizmet süresi yerine, rütbe esas benimsenmiştir. Ayrıca Askeri Yargıtay başkanı, başsavcısı, ikinci başkanı ile daire başkanlarının, rütbe ve kıdem sırasına göre atanacakları öngörülmüştür. Böylece, kanunla düzenlenmesi öngörülen Askeri Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri ile üyeler hakkındaki disiplin işlerinde göz önüne alınması gereken ilkeler arasına “askerlik hizmetinin gerekleri” de girmiştir.¹⁸

¹⁷ Bu konu aşağıda Bölüm III/3'te incelenmiştir.

¹⁸ Maddenin değişiklik gerekçesinde bu husus açıkça vurgulanmıştır. “Askeri Hakimlerin, hakimlik nitelikleri yanında askeri rütbe ve kıdem hiyerarşisine de tabi bulunmaları sebebiyle Askeri Yargıtayda Başkanlık, İkinci Başkanlık ve daire başkanlıkları ile Başsavcılık görevlerinin, diğer yüksek mahkemelerde olduğu gibi, seçim sistemine bağlanması sakıncalı görülerek bunların rütbe ve kıdem sıralarına göre atanmaları esas kabul edilmiştir” denilmiştir.

1961 Anayasası'nın 1488 sayılı kanunla değişik hali şöyledir:

“**Madde 141- (20.9.1971-1488)** Askerî Yargıtay, askerî mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii'dir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen belli dâvalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Askerî Yargıtay üyeleri en az albay rütbesinde birinci sınıf askerî hâkimler arasından Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tam sayısının salt çoğunluğu ile her boş yerin üç misli olarak gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilir.

Anayasa'da yapılan bu değişiklik, Askeri Yargıtay'ın kuruluş ve işleyişi ile üyelerin disiplin işlerini düzenleyen 127 sayılı kanunun değiştirilmesini gerektirmiştir.

Bu maksatla hazırlanan Askeri Yargıtay Kanun Tasarısı, 27.06.1972 tarihinde 1600 sayı ile kabul edilmiştir. Böylece Askeri Yargıtay'ın kuruluş ve işleyişi ile üyelerin disiplin işleri, bu kanunla, yeniden düzenlenmiştir.¹⁹

2. 1982 Anayasası'nda Askeri Yargı

1982 Anayasası, egemenliğin kullanılması bakımından 1961 Anayasası gibi "kuvvetler ayrılığı" ilkesini benimsemiş ve dokuzuncu maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını hüküm altına almıştır. Bunun doğal sonucu olarak yargıyı "Üçüncü Bölüm"de 138- 160 ncı maddelerinde düzenlemiştir. Adli ve idari yargının yanında askeri yargı sistemini de kabul eden Anayasa, 145. maddesini askeri yargıya ayırmış,²⁰ Askeri Yargıtay'ı da, 156. maddede yüksek

Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkan ve daire başkanları Askerî Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kadem sırasına göre atanırlar.

Askerî Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri ve üyeler hakkındaki disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir."

¹⁹ 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu 8.07.1972 tarihli ve 14239 sayılı RG'de yayımlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir. Bu kanun bazı hükümleri, 11.12.1981 tarihli ve 2563 sayılı kanunla değiştirilerek üye ve daire sayılarının Genel Kurul kararı ile artırılıp eksiltilmesine, adli yargıda görevli hakim ve savcıların Askeri Yargıtay dairelerinde tetkik hakimi ya da Başsavcılıkta yardımcı savcı olarak görevlendirilmelerine olanak sağlanmıştır. Askeri Yargıtay'ın günümüzdeki yapılanması ve işleyişi bu bölümün sonunda ayrıntılı olarak incelenmiştir (Bakınız: II- 3).

²⁰ 1982 Anayasası madde 145 şöyledir.

MADDE 145.-"Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin; askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Askerî mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler.

Askerî mahkemelerin savaş veya sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.

Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin mahkemesinde görevli buldukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, askerlik hizmetinin gereklerine

mahkemeler arasında düzenlemiştir.²¹ Böylece 1961 Anayasası'yla Askeri Yargıtay'a tanınan yüksek mahkeme özelliği, 1982 Anayasası ile de korunmuştur.

Ancak 1982 Anayasası, askeri yargıyla ilgili olarak 1961 Anayasası'ndan farklı düzenlemeler içermektedir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz.

a. Savaş ve sıkıyönetim hallerinde, adli yargı hakim ve savcılarının, askeri mahkemelerde görevlendirilebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Buna, *savaş ve sıkıyönetim hallerinde askeri mahkemelerin iş hacminin artması, buna karşılık askeri hakim sayısının sınırlı olması* gerekçe gösterilmiştir

b. 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak askeri hakimlere, teşkilatında görevli buldukları komutanlık tarafından, yargı hizmeti dışında, askeri hizmet verilmesine olanak sağlamıştır. Nitekim 145. maddenin son fıkrasının son cümlesinde, *"Kanun, ayrıca askeri hakimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden askeri hizmetlerin gereklerine göre teşkilatında görevli buldukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir."* hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm madde metnine Adalet Komisyonu tarafından ilave edilmiştir. Buna yer verilmesinin sebebi madde gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır. *"...Askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişleri, askeri hakimlerin özlük işlerinde mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına ilişkin genel hükümlerden aynen yararlanacakları, bunun yargı hizmetinin bağımsızlığının tabii bir sonucu olduğu ilke olarak benimsenmiş, ancak asker kişi olmaları ve silahlı kuvvetler bünyesi içerisinde görev yaptıkları hususları göz önünde tutularak,*

göre kanunla düzenlenir. Kanun, ayrıca askerî hâkimlerin yargı hizmeti dışındaki askerî hizmetler yönünden askerî hizmetlerin gereklerine göre teşkilatında görevli buldukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir."

²¹ 1982 Anayasası'nın "Askeri Yargıtay" başlığını taşıyan 156. maddesi şöyledir.

"MADDE 156. – Askerî Yargıtay, askerî mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen belli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Askerî Yargıtay üyeleri birinci sınıf askerî hâkimler arasından Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla her boş yer için göstereceği üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve daire başkanları Askerî Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanırlar.

Askerî Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, mensuplarının disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir."

yargı hizmeti dışındaki ilişkilerinin kanunla düzenleneceği, bu düzenlemenin sadece bu hususa ait olduğu belirlenmiştir.” Böylece “askerlik hizmetinin gerekleri”, askeri hakim ve askeri savcıların yargı hizmeti dışında görevlendirilmesine olanak sağlayan bir kavram olarak Anayasa’da yer almıştır²². Bununla, Anayasa’nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan ve hakimlik teminatlarından birini oluşturan “Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar” hükmünün, askeri hakimler bakımından uygulama yeri olmadığı belirtilmek istendiği anlaşılmaktadır.

c. 1961 Anayasası askeri mahkeme üyelerinin çoğunluğunun hakim niteliğine sahip olması gerektiğini hüküm altına almıştı. Buna karşılık 1982 Anayasası, mahkeme kurulunun oluşumuna ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Ancak madde gerekçesinde şu değerlendirme yapılmıştır. “...Esasen normal hallerde askeri mahkeme hakimlerinin çoğunluğu hakimlik mesleğine mensup kişilerden seçilmesi çoktan beri kabul edilmiş bulunmaktadır. Madde bu esasa göre düzenlenmiş ancak savaş halinde, maddi imkansızlık nedeniyle bu şartın aranmaması gerektiğine de temas edilmiştir.”

d. 1982 Anayasası, Askeri Yargıtay’a üye seçilebilmek için 1961 Anayasası’nın aradığı “albay rütbesinde” olmak koşuluna yer vererek bu hususun belirlenmesini kanuna bırakmıştır. Madde ayrıca

²² Nitekim 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu Ek m. 10/2 askeri hakimlere verilebilecek görevleri göstermiştir. Buna göre: Askerî Hâkimlere yargı hizmetlerini aksatmamak şartı ile:

A) Yargı hizmetleri dışında teşkilâtında görevli oldukları komutanlığın askeri hizmetlere ilişkin olarak gerekli gördüğü her türlü hukuki konulardaki isteklerini cevaplandırmak,

B) Teşkilâtında buldukları komutanlığın lüzum görmesi halinde yapılacak tatbikat, manevra gibi faaliyetlere iştirak etmek,

C) Birlik personelinin hukuki konularda aydınlatılması amacıyla konferanslar vermek,

D) Disiplin subaylıklarında görevli personele hukuki sorunların çözümünde ve askeri adalet hizmetlerinde yetişmelerinde yardımcı olmak,

E) Teşkilâtında buldukları komutanın emri ile disiplin ve askeri hukuk konularında birliklerde araştırma yapmak ve ast birlik komutanlarına belli konularda ve suçlarda danışmanlık yapmak,

F) Teşkilâtında buldukları komutanın izni ile askeri okullar ile hizmet öncesi, hizmet içi ve bir üst göreve hazırlama kurslarında gerektiğinde hukuki konularda ders ve konferans vermek,

Görevleri verilebilir.

Yukarıdaki görevlerden (A) ve (D) bentlerindeki görevler öncelikle adli müşavirlerden, bulunmadığı takdirde askeri savcı ve yardımcılarından, (E) bendindeki görev sadece adli müşavirlerden, (F) bendindeki görev adli müşavir ve halen idari hizmetlerde görevli bulunan askeri hâkimlerden istenir.”

Genel Kurul tarafından yapılacak aday belirleme seçiminin gizli oyla yapılacağını hüküm altına almıştır. Bu suretle üye adayı seçimi konusunda yeni bir anayasal güvence sağlanmıştır.

Yazımızın başında da açıklandığı üzere 1982 Anayasası, yapılan eleştiri ve tartışmaların ortaya çıkardığı ihtiyaç nedeniyle on üç kez değiştirildiği halde,²³ 145. ve 156. maddelerinde hiçbir değişiklik yapılmamıştır.

III. GÜNÜMÜZDE ASKERİ YARGI ORGANLARI VE MEVZUATI

Günümüzde askeri yargı organları, Anayasa'nın 145. maddesi hükmü uyarınca yürürlüğe konulan kanunlarla kurulan askeri mahkemeler ile disiplin mahkemelerinden ibarettir. Askeri mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olarak da Askeri Yargıtay bulunmaktadır.

Askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişleri, yürürlüğe konulan yasalarda düzenlenmiştir.

1. Askeri mahkemelerin kuruluş ve işleyişi 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı "*Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu*"nda,

2. Disiplin mahkemelerinin kuruluş ve işleyişi de 16.06.1964 tarihli ve 477 sayılı "*Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun*"da,

3. Askeri Yargıtay'ın kuruluş ve işleyişi de 27.06.1972 tarihli ve 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu'nda,

gösterilmiştir.

4. Askeri hakimlerin mesleğe kabulü, yükselmeleri, atanmaları gibi özlük hakları ise 26.10.1963 tarihli ve 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu ile düzenlenmiştir.

1. Askeri Mahkemeler

Halen yürürlükte bulunan 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 1. maddesine

²³ Yukarıda Giriş bölümüne bakınız.

göre Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanacak askerî mahkemeler; kolordu, ordu (deniz ve havada eşidi) ve kuvvet komutanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığı Teşkilâtı'nda²⁴ Milli Savunma Bakanlığı'nca kurulur.

Kuvvet Komutanlıkları'nın yapacakları teklif veya Genelkurmay Başkanlığı'nın, doğrudan doğruya göstereceği lüzum üzerine, diğer kıta komutanlıkları veya askerî kurum amirlikleri teşkilâtında da Milli Savunma Bakanlığı'nca askerî mahkeme kurulabilir. Askerî mahkemelerin kaldırılması da aynı usule tabidir.

Kural olarak askerî mahkemeler iki askerî hakim ve bir subay üyeden kurulmuştur. Ancak Genelkurmay Başkanlığı teşkilatındaki askerî mahkeme, general ve amiralleri yargıladığı zaman üç askerî hakim ile iki general veya amiralin katılması suretiyle yargılama yapabilmektedir (m. 2). Bu maddede 21.01.1981 tarihli ve 2376 sayılı ve 16.10.1981 tarihli ve 2538 sayılı kanunlarla değişiklik yapılmış ise de, bu değişiklik mahkeme kurulunun oluşumunu etkilememiştir. Neticede bugün için askerî mahkeme kurulunda subay üye bulunmaktadır. Bununla beraber 2376 değişikliği ile tek hakimli askerî mahkeme kuruluşu da benimsenmiştir. Ek 1. madde hükmüne göre subay ve astsubayların işledikleri suçlar dışında kalan belirli ağırlıktaki suçlara ilişkin davalara, askerî mahkemenin hakim sınıfından olan üyelerinden biri tarafından bakılır.

Askerî mahkemede bulunacak subay üyelerin en az yüzbaşı rütbesinde muharip sınıftan bulunmaları, sanığın astı ve yargılama süresince en yakın amiri olmamaları ve taksirli suçlar hariç bir suçtan hükümlü bulunmamaları şarttır (m. 3). Subay üyeler ile yedekleri, teşkilatında askerî mahkeme kurulan komutan veya askerî kurum amiri tarafından her yılın Aralık ayında o mahkemenin yetkisine giren birlik ve kurum mensupları arasından bir yıl süre ile değiştirilmemek üzere seçilir (m. 4).

Subay üyeler; subay statüsünde olmaları nedeniyle mesleğe kabul, terfi, atama, disiplin ve emeklilik gibi özlük hakları ile yargılanmaları bakımından 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine tabidirler.

²⁴ İlk metinde askerî mahkemelerin kanunda belirtilen komutanlıklar "nezdinde" kurulacağı belirtilmiş iken, bu kelime 9.10.1996 tarih ve 4191 sayılı kanunun 26.maddesiyle "teşkilatında" şeklinde değiştirilmiştir.

Diğer taraftan teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya kurum amiri, subay üyenin çoğunlukla sicil ya da disiplin amiri olup bu sıfatla disiplin cezası vermek yetkisine sahiptir. Dolayısıyla subay üye, statüsü itibariyle idareye bağlı olduğu gibi, askerî hâkimlere tanınan güvencelere de sahip değildir.

Bu nedenle askeri mahkeme kuruluşunda subay üye bulunması, ancak “*askerlik hizmetinin gerekleri*” ile açıklanabilir.

Sıkıyönetim ilanı halinde, sıkıyönetim bölgelerinde yeteri kadar sıkıyönetim askeri mahkemesi, kurulur (1402/11). Bu mahkemeler de, 353 sayılı kanun hükümlerine göre kurulmuş askeri mahkemelerdir. Dolayısıyla subay üye, mahkemelerinin kuruluşunda da yer almaktadır.

Bu mahkemelerde yargılananlardan bir kısmı, bu mahkemelerin bağımsız olmadığını ileri sürerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuşlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, askeri mahkemede görev yapan subay üyenin komutanın emrinde bir personel olduğunu, bu nedenle bu üyenin bağımsızlığından ve tarafsızlığından söz edilemeyeceğine karar vermiştir (bakınız III-2).

Ayrıca sivillerin askeri mahkemede yargılanmaları da tabii hakim ilkesine aykırı bulunmuştur. Bütün bunlar son yıllarda verilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da yer almış ve Türkiye, başvuruculara tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Bu husus kamuoyu tarafından da yakından bilinmektedir. Bununla beraber Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı çerçevesinde, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nda 5530 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, sivillerin barış döneminde askeri mahkemede yargılanmalarına büyük ölçüde son verilmiştir.²⁵

²⁵ 29.06.2006 tarihli ve 5530 sayılı kanun 5 Temmuz 2006 günlü ve 26219 sayılı RG’de yayımlanmıştır. Bu yasanın 4. maddesi ile; 353 sayılı kanunun 13. maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Barış zamanında sivil kişilerin Askerî Ceza Kanununa tâbi suçlarında yargılama mercii:

MADDE 13 – Askerî Ceza Kanunu’nun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131 inci maddelerinde yazılı suçlar, askerî mahkemelerin yargı yetkisine tâbi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır.”

Ancak askeri mahkemelerin bağımsız olmadığına ilişkin haklı eleştirilere son verecek yasal hiçbir değişikliğe gidilmemiştir. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile, öğretilerde yapılan eleştiriler dikkate alınmamıştır.

2. Disiplin Mahkemeleri

Disiplin mahkemesi; tugay ve daha büyük (Deniz ve Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel ve Sahil Güvenlik Komutanlığı'nda eşiti) kıt'a karargah ve askeri kurumlar ile Milli Savunma Bakanlığı teşkilatında kurulur. Sahil Güvenlik Komutanı'nın, Jandarma Genel Komutanı'nın, Kuvvet Komutanları'nın ve Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarı'nın göstereceği lüzum üzerine veya doğrudan doğruya Genelkurmay Başkanlığı'nca, diğer komutanlıklar, karargahlar veya askeri kurum amirlikleri teşkilatında da disiplin mahkemesi kurulabilir (477 S. K. m. 1).

Asker kişilerin 477 sayılı kanunda yazılı disiplin suçlarına ilişkin davalara bakmakla (m. 7) görevli olan disiplin mahkemeleri, biri başkan ikisi üye olmak üzere üç subaydan kurulur. Astsubay, erbaş ve erlerin yargılanmalarında, üyelere biri astsubaylardan seçilir (m. 2).

Başkan ve üyeler ile bunların yedekleri, nezdinde disiplin mahkemesi kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından her yılın Aralık ayında bu mahkemenin yetkisine giren birliklerdeki subay ve astsubaylar arasından değiştirilmemek üzere bir yıl için seçilirler (m. 3).

Bu hükümlerden de anlaşıldığı üzere disiplin mahkemesi başkan ve üyeleri subay statüsündedirler; özlük hakları bakımından 926 sayılı TSK Personel Kanunu'na tabi olup herhangi bir teminatları yoktur. Bağımsızlık ve hakim güvencesi bakımından Askeri mahkemede görev yapan subay üye için söylenenler, bu mahkemede görev yapan başkan ve üyeler için de geçerlidir. Disiplin mahkemesi başkan ve üyeleri tamamen idarenin emrinde olup hakim güvencelerinden yoksundurlar.

Böylece asker olmayan kişiler tarafından işlenebilen Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı suçlara ilişkin davalara adli yargıda bakılması gerekmektedir. Ancak sivil kişilerin asker kişilerle müştereken işledikleri suçlarla ilgili yargı yerini belirleyen 12. maddede değişiklik yapılmadığından, asker kişilerle iştirak halinde işlenen Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı suçlara ilişkin davalara askeri mahkemede bakılması gerekir.

Bu nedenle, disiplin mahkemesinin, meslekten olan hakimler yerine, idarenin emrinde bulunan subay veya subay ve astsubaylardan oluşması ancak “askerlik hizmetinin gerekleri” ile açıklanabilir.

Disiplin mahkemesi kuruluşunun mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek yapılan başvuru üzerine AİHM, disiplin mahkemesinin nesnel bağımsızlığının bulunmadığına karar vermiştir. Bu konuda AİHM, şu değerlendirmelerde bulunmuştur:²⁶

“...AİHM, güvenlik güçleri üyelerini yargılamak amacıyla kısmen ya da tamamen askeri üyeden oluşan mahkemelerin kurulması uygulamasının, çok sayıda üye Devlet’in hukuk sisteminde mevcut bir uygulama olduğunu tespit etmektedir. Bununla birlikte askeri mahkemeler, ancak bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını güvence altına alacak yeterli koruma tedbirlerinin bulunması halinde AİHS uyarınca uygunluk arz etmektedirler (Bkz., diğerleri arasında, Morris/Birleşik Krallık, no: 38784/97).

AİHM, bir mahkemenin özellikle de taraflara ve yürütme gücüne karşı “bağımsız” olup olmadığını tespit etmek amacıyla atama şekillerini ve üyelerin görev sürelerini, dış baskılar karşısında güvencelerin var olup olmadığını dikkate aldığı içtihadını hatırlatmaktadır.

AİHM mevcut davada Askeri Disiplin Mahkemesi üyelerinin, hakim statüsü bulunmayan ve hukuk eğitimi almamış subaylar olduğunu tespit etmektedir. Askeri Disiplin Mahkemesi üyeleri, askeri birlik komutanı tarafından ya da mahkemenin kurulduğu askeri kurumun amiri tarafından seçilmektedir. Bu nedenle bu hakimlerin tamamı, askeri hiyerarşinin emirlerine bağlıdır.

AİHM mevcut davada, ne ilk derece mahkemesi üyelerinin ne de temyiz incelemesi yapan üst merci üyelerinin meslek hayatlarının sonuna yaklaşmış subaylar olduğunun altını çizmektedir (Bkz., a contrario, Engel ve diğerleri). O halde bu üyeler, yargı görevi görürken üst makamlara bağlı olmakta ve eylemlerinden ötürü askeri hiyerarşiye hesap verme zorunluluğundan bağışık tutulmalarını sağlayacak hiçbir özel güvenceden yararlanmamaktadırlar.

AİHM ayrıca başvurunu iki ayrı disiplinsizlik eyleminden dolayı suçlayan alay komutanının, Askeri Disiplin Mahkemesi’nde yer alan subaylardan rütbe olarak üstün olduğunu not etmektedir (Bkz., mutatis mutandis, Findlay-Birleşik Krallık, 25 Şubat 1997).

Hakimlerin görev sürelerinin sağlayabileceği güvence ile ilgili olarak

²⁶ İrfan Bayrak/Türkiye kararı, Tarih: 3 Mayıs 2007, Başvuru No. 39429/98).

AİHM, Askeri Disiplin Mahkemesi üyelerinin görev sürelerinin bir yıl ile sınırlı olduğunu gözlemektedir. Karşılaştırma yapılmasını sağlayabilmek amacıyla AİHM, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde görev yapan hakimlerin dört yıllık görev süresinin kısa olduğuna kanaat getirdiğini hatırlatmaktadır.

AİHM hakimlerin görev sürelerinin, genel anlamda bağımsızlıklarının doğal bir sonucu olarak değerlendirilse dahi, gerekli olan diğer koşulların bulunması durumunda bu sürenin kısa oluşunun, hakimlerin bağımsız olmadığı yönünde bir değerlendirilmenin yapılabilmesi için başlı başına yeterli olmadığını yinelemektedir (mutatis mutandis, Morris, ve Campbell ve Fell-Birleşik Krallık, 28 Haziran 1984 tarihli karar).

Mevcut davada bağımsızlık için gerekli olan diğer koşulların bir arada olduğuna kanaat getirilmemektedir.

Yukarıda ifade edilen gerekçelerin tamamı için başvuranın Askeri Disiplin Mahkemesi'nin tarafsız ve bağımsız olmadığı yönündeki şüphelerinin nesnel olarak ortaya konulduğu kanaatindedir (Bkz., aynı zamanda, mutatis mutandis, A.D.-Türkiye, (karar), no: 29986/96, 22 Aralık 2005). AİHM ayrıca üst mahkemenin bu durumun telafi edilmesine imkan verecek güvenceler sunmadığını tespit etmektedir.

Sonuç olarak Askeri Disiplin Mahkemesi'nin, tarafsız ve bağımsızlıktan yoksun olduğuna ilişkin şikayetle ilgili olarak AİHS'nin 6 § 1. maddesi ihlal edilmiştir.

AİHM daha önce buna benzer davalarda da dile getirildiği üzere tarafsızlıktan ve bağımsızlıktan yoksun olduğuna kanaat getirilen bir mahkemenin, hiçbir surette, yargı yetkisi altındaki kişilere adil ve hakkaniyet uygun bir yargılama süreci temin edebileceğinin varsayılmayacağını hatırlatmaktadır. Bu husustaki ihlal tespiti ışığında AİHM, başvuranın davasının adil olarak görülmediğine ilişkin diğer şikayetin ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir (Bkz. Çıraklar-Türkiye, 28 Ekim 1998, ve Okutan-Türkiye, no: 43995/98, 29 Temmuz 2004)."

3. Askeri Yargıtay

1961 Anayasası'nın 141. maddesi uyarınca yürürlüğe konulan 127 sayılı kanun, Anayasaya uygun olarak Askerî Yargıtay Başkanı ile daire başkanlarının, bu makamlara seçim ile gelmelerini öngörüyordu. Bu düzenleme, yüksek rütbeli üye bulunduğu halde, daha küçük rüt-

belilerin Başkan, İkinci Başkan veya daire başkanı seçilmelerine müsa-
itti ve rütbeyi esas alan askerlik mesleği ile bağdaşmıyordu. Nitekim
bu düzenlemenin sakıncaları kısa bir süre sonra ortaya çıkmıştır. Yük-
sek rütbeye sahip üyeler bu statüde kalırken, daha küçük rütbeliler
Askerî Yargıtay Başkanlığı'na ve daire başkanlığına seçilmişlerdir.²⁷
Bu durumun rütbeyi esas alan askerlik mesleği ile bağdaşmaması ve
seçim usulünde anlayış farklılığı nedeniyle, üyelerin seçiminde ida-
reyle ihtilafa düşülmesi sonucu mevcut üye eksiği tamamlanamamış
ve yaklaşık bir yıl üye seçimi yapılamamıştır. Anayasa'nın bu hükmü,
on yıl gibi kısa sayılabilecek bir süre sonra, söz konusu soruna çözüm
getirmek amacıyla 20.09.1971 tarihli ve 1488 sayılı kanunla değiştiril-
miştir.²⁸ Bu durum, yeni düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden, ka-
nun değişikliği zorunlu hale gelmiştir.

8 Temmuz 1972 tarihinde yürürlüğe konulan 27 Haziran 1972 ta-
rihli ve 1600 sayılı kanunla Askeri Yargıtay teşkilatı yeniden düzen-
lenmiştir.²⁹ Yargıtay ve Danıştay kanunları esas alınarak yapılan bu
düzenlemede en önemli değişiklik, Askeri Yargıtay Başkanı ile daire
başkanlarının Genel Kurul'ca seçileceklerine ilişkin hükümlerde yapılmıştır.
Kanununun 12. maddesinde üyelerin seçimi yeni esaslara bağlanırken,
13. maddesinde de Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkan ve daire başkanlarının bu makamlara getirilmeleri, Anayasa'nın hükmüne ve askerlik hizmetinin gereklerine uygun olarak düzenlenmiştir. Kanunda bu makamlara, Askeri Yargıtay üyeleri arasından, rütbe ve kıdem sırasına göre ve boşalma tarihinden itibaren en geç bir ay içinde atama yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Atamanın şekli de 14'üncü maddede düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre; Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkan ve daire başkanların ile Askeri Yargıtay üyeliğine seçilen askeri hakimlerin atanmaları, Genelkurmay Başkanı'nun teklifi,³⁰ Millî Sa-

²⁷ 1968 yılında yapılan seçimde, tümgeneral rütbesinde bulunan bir üye ikinci başkanlıkta kalırken, tuğgeneral rütbesindeki bir üye Genel Kurul tarafından Askeri Yargıtay Başkanı seçilmiştir.

²⁸ 1488 sayılı kanun 22.09.1971 tarihli ve 13964 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²⁹ 1600 sayılı kanun 8.07.1972 tarihli ve 14329 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

³⁰ Genel Kurul'ca belirlenen üye adayının konumu, Cumhurbaşkanı'nın seçmesiy-le kesinlik kazanmaktadır. Üyelerin rütbe ve kıdemi de TSK Personel Kanunu'na göre önceden belirlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla Genelkurmay Başkanı, ne Cumhurbaşkanı'nın seçtiği üyeyi, ne de üyelerin rütbe ve kıdemini değiştirme yetkisine sahiptir. Böyle olunca Genelkurmay Başkanı'nun teklifi bir formaliteden iba-

vunma Bakanı ve Başbakan'ın müşterek imzaladığı Kararname ile Cumhurbaşkanı'nın onayına sunulmakta, Kararname *Resmi Gazete*'de yayımlanmaktadır (m. 14).

1978 yılı sonundan itibaren ülkemiz genelinde yaşanan terör olayları nedeniyle sıkıyönetim ilan edilmesi ve buna bağlı olarak sıkıyönetim askeri mahkemelerinin kurulması üzerine, Askeri Yargıtay'ın iş yükü oldukça artmış, dava dosyalarının karara bağlanma süreci ister istemez uzamış, yeni kadro ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Bu amaçla, 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu'nun, "Kuruluş" başlığını taşıyan 2. maddesi ile daire başkanlıklarının kuruluşuna ilişkin 5'inci maddesinde ve daha bir kısım maddelerde, Milli Güvenlik Konseyi'nce çıkarılan 11.12.1981 tarihli ve 2563 sayılı kanunla değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikte daire sayısı dörtten beşe yükseltilmiştir. Ayrıca Cumhuriyet Savcılarının Askeri Yargıtay Başsavcılığı'nda, Yargıtay tetkik hâkimlerinin de dairelerde ve daireler kurulunda görevlendirilmelerine imkan sağlanmıştır. Bu düzenleme 1982 Anayasası'na aynen yansıtılmıştır. Bir başka ifadeyle, Anayasa hükmü, yasaya uygun olarak düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre Askeri Yargıtay; Başkanlık, Başsavcılık, beş Daire Başkanlığı, Genel Sekreterlik ile söz konusu Kanunda gösterilen kurullar ve hizmet ünitelerinden oluşmakta, her dairede bir başkan ve yedi üye bulunmaktadır (m. 2).

Ancak iş hacmine göre, Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun teklifi ve Genelkurmay Başkanlığı'nun uygun görmesi üzerine, Millî Savunma Bakanlığı'nca daire sayısı altıya kadar yükseltilebileceği gibi, dörde de indirilebilecektir. Ayrıca, her dairede bulunması gereken üye sayısının yine iş hacmine göre, aynı usulle beşe kadar indirilmesine imkan sağlanmıştır.

Her iki hüküm de, 20 yıllık süre içinde uygulama yeri bulmuştur. Nitekim 1991 yılında sıkıyönetim mahkemelerinin kaldırılmasını takiben Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun 26 Şubat 1993 tarihli toplantısında alınan karara dayanılarak, 27 Mayıs 1993 tarihinde dairelerdeki üye sayısı altıya indirilmiştir.

ret kalmaktadır. Ancak Cumhurbaşkanı'nca seçilen adayın, Askeri Yargıtay üyeliği görevine başlayabilmesi, Kararnamenin yayımlanmasına bağlıdır.

1 Mayıs 2001 tarihinde de, Askeri Yargıtay Genel Kurulu, beş olan daire sayısının dörde indirilmesine, buna karşılık her dairede altı olan üye sayısının yediye yükseltilmesine, yani üye bazında kanuni kadroya dönülmesine karar vermiştir. Bu kararın uygun görüldüğü, Genelkurmay Başkanlığı'nın 1 Haziran 2001 tarihli yazılarıyla bildirilmekle bugünkü teşkilatımız gerçekleşmiştir.

Kanuna göre, Askeri Yargıtay'ın kadroları Milli Savunma Bakanlığı kuruluş ve kadrolarında gösterilir (m. 2/2). Ayrıca Askeri Yargıtay Başkanlığı'na bağlı Genel Sekreterlik ile daire müdürlüğüne bağlı hizmet ünitelerine verilecek personelin, Milli Savunma Bakanlığı kadrolarında gösterilmesi gerekmektedir (m. 11).

Diğer taraftan Askeri Yargıtay müstakil bir bütçeye de sahip olmayıp ödenekleri MSB bütçesi içerisinde ayrı bir fasılda düzenlenmektedir.

Kanun, Askeri Yargıtay'ın temsilini de düzenlemiştir. Bu yetki, kanunun 17/1 maddesiyle başkana verilmiştir. Fakat kanun, burada, askeri protokole atıf yaparak diğer yüksek mahkemelerden ayrılmıştır (m. 43). Bu maddeye göre Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve üyeleri askeri protokol şartlarına tabidirler.

Kanaatimizce, bu düzenleme askeri hiyerarşiye uygun ise de, Askeri Yargıtay'ın temsili bakımından eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu konu aşağıda (V/3) daha geniş olarak ele alınmıştır.

Disipline ilişkin hükümler düzenlenirken de askerlik hizmetinin gerekleri göz önünde bulundurulmuştur. Kanunun 9. maddesine göre, Yüksek Disiplin Kurulu; Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve daire başkanlarından kurulur. Kurula sevkedilenlerden daha kıdemsiz olan üyeler görüşmelere katılamaz. Kıdemsiz olanların katılmaması sonucu kurul üye sayısı beşten az olursa, konu genel kurulda incelenir. Bununla beraber Askeri Yargıtay Başkan ve üyelerinin, disiplin suç ve cezaları bakımından Yargıtay Kanunu'nda yer alan hükümlere benzer bir düzenlemeye gidilmiştir. Disiplin suç ve cezaları Askeri Yargıtay Kanunu'nun 34 maddesinde gösterilmiştir. Bu suçlar, *"hakimlik ve askerlik vakar ve onuruna dokunan, şahsi haysiyet ve itibarını kıran veya görev gereklerine uymayan davranışlardan"* ibarettir. Bu suçlar için, eylemin ağırlığına göre *"uyarma, kınama ve görevden*

çekilmeye davet” cezaları öngörülmüştür. Benzeri düzenleme bugünkü Yargıtay Kanunu’nda da yer almaktadır.³¹

Buna karşılık Askeri Yargıtay daireleri ile diğer kurullarında ve Başsavcılığında, bu Kanun ile Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununda ve diğer kanunlarda belirtilen yargılama usulleri uygulanır (m. 27).

Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve üyelerinin görevle ilgili suçlarına ilişkin davalara Yüce Divan’da bakılır (m. 37). Genel yargıya tabi şahsi suçların kovuşturulmasında Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısının şahsi suçlarının kovuşturulmasına ilişkin hükümler uygulanır (m. 38).

Askeri Yargıtay Başkan, Başsavcı, İkinci Başkan ve Daire Başkanları ile üyelerinin rütbe terfii, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi ve sicil işlemleri ile çeşitli nedenlerle emeklilikleri 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu’nda gösterilen esaslara göre yapılır (m. 39, 40). Yaş hadleri de bu (357 sayılı) kanunun Ek 5. maddesinde ve 5434 sayılı kanunun 40. maddesinde gösterilmiştir.

357 sayılı kanunun Ek 5. maddesine göre Askeri Yargıtay Başkanının rütbesi Tümgeneral veya Tümamiraldir. Başsavcısı ile II nci Başkanının rütbeleri Tuğgeneral veya Tuğamiraldir. Askeri Yargıtayda bu rütbelerde üye bulunmadığı takdirde daha ast rütbedekiler, rütbe ve kıdem sırasına göre, Kanunun yükselmeye ait hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu makamlara asaleten atanırlar.

Bu rütbeler, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nda gösterilen miktarlar dışında tutulur.

Maddede, üyelerin terfi şartları da gösterilmiştir.³² Bu şekilde ter-

³¹ Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin disiplin suçu sayılan eylemleri, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 19. maddesinde, “Yargıtay üyeliği vakar ve onuruna dokunan, kişisel haysiyet ve itibarını kran veya görev icaplarına uymayan davranışlar” olarak ifade edilmiştir. Bu eylemler nedeniyle verilebilecek disiplin cezaları ise, “uyarma” veya “görevden çekilmeye davet” olarak belirlenmiştir.

³² 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu’nun 12. maddesinin birinci fıkrasında Askerî hakim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi yapmalarını temin edecek yeterliliklerinin sicil ile saptanacağını hüküm altına almıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında da haklarında sicil belgesi düzenlenemeyecek olanlar sayılmıştır. Bu hükme göre; Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire baş-

fi şartlarını taşıdıkları anlaşılın albaylar; üsteğmen, yüzbaşı, binbaşı, yarbay ve varsa albay rütbesinde almış oldukları sicil notları toplamının sicil notu adedine bölünmesi sonunda ortaya çıkan not ortalamasına göre kendi aralarında kuvvetlerine bakılmaksızın sıralanırlar. Bunların şahsi ve sicil dosyaları Yüksek Askeri Şura'ya gönderilir.

Şahsi ve sicil dosyaları Yüksek Askeri Şura tarafından incelenen albaylar, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine göre değerlendirilir. Yeterlik notu, yeterlik tam notunun % 85 ve daha yukarısı olan albaylardan, yeterlik notu en yüksek olandan itibaren kadro ihtiyacı kadarı bir üst rütbeye terfi ettirilir.

Herhangi bir nedenle boşalan general - amiral yerleri müteakip 30 Ağustos'tan önce doldurulmaz.

General-amirallerin bir üst rütbeye yükseltilmesi de aynı usule tabidir. Ancak, bir üst rütbeye yükselecek general-amiral sayısı boş kadro sayısına eşitse, bunların üst rütbeye yükseltilme durumları Yüksek Askeri Şura üyelerinin üçte ikisinin kabulüne bağlıdır.

4. Askeri Hakimlerin Statüsü

Askeri hakimlerin mesleğe kabulü, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'na göre, Milli Savunma Bakanlığı'nca yapılan bir sınavla olmaktadır. Meslekte yükselmeleri ile yer değiştirmeleri de yine idare tarafından yapılmaktadır.

357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrasında, askeri hâkim subayların rütbe terfii, rütbe kıdemliliği, kademe ilerlemesi yapmalarını temin edecek yeterliliklerinin sicil ile saptanacağı hüküm altına alınmıştır.

Askeri hakimlerin derece ve rütbe yükselmeleri, mesleki ve subay sicil belgelerinde belirlenen notlara göre değerlendirilmektedir. Mesleki sicil belgesi Askeri Yargıtay ve Askeri Adalet müfettişleri tarafın-

kanları ve üyeleri ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Başsavcısı, daire başkanları ve üyeleri hakkında general-amiral sicil belgesi, subay sicil belgesi ve meslekî sicil belgesi düzenlenmez.

Maddenin C bendinde ise, haklarında sicil belgesi düzenlenemeyenlerin sicil notunun nasıl hesaplanacağı gösterilmiştir. Buna göre, "haklarında meslekî sicil belgesi düzenlenemeyenlerin sicil notu; subay sicil belgesindeki niteliklere sicil üstlerince verilen notların toplamının ortalaması alınarak saptanır."

dan, subay sicil belgesi ise askeri hâkim subayın kuruluş bağlantısına göre, teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından düzenlenmektedir. Bu düzenlemenin, “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “hakim teminatı” ilkelerine göre değil, “askerlik hizmetinin gerekleri” ilkesine göre yapıldığında ve hakim teminatını ortadan kaldırdığında kuşku yoktur. Nitekim öğretide de, askeri hakimler hakkında teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri tarafından sicil belgesi düzenlenmesi ve meslekte yükselmelerinin yarı yarıya bu sicil notlarına bağlı olması karşısında, askeri hakimlerin kendilerini bağımsız hissetmeyebilecekleri, esasen kendileri hakkında sicil düzenleyen komutanlara karşı bağımsızlıklarından şüphe edileceği belirtilerek bu durumun Anayasa’nın 9 ve 138. maddelerinde öngörülen bağımsızlık ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.³³ Bununla beraber Anayasa Mahkemesi, askeri hakim sınıfı subaylar hakkında idari sicil belgesi düzenlenmesini ve derece ve rütbe terfisinin buna göre değerlendirmesini, “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “hakim teminatı” ilkelerine aykırı bulmamıştır.³⁴

Öte yandan askeri hakimlerin emeklilik yaş haddi, adli ve idari yargıdaki hakimlerden farklı düzenlenmiştir. 357 sayılı kanunun 21. maddesinin birinci fıkrasında, “askeri hakim sınıfı subayların görev yerleri ve sıfatları ne olursa olsun emeklilik yaş hadleri diğer subaylar gibidir” hükmüne yer verilmiş, subayların emeklilik yaş sınırı ise 5434 sayılı TC Emekli Sandığı Kanunu’nun 40. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinin (I) sayılı alt bendinde gösterilmiştir. Bu hükme göre albayların yaş sınırı (60), tuğgeneral ve tümgenerallerin yaş sınırı ise (62) yaşını doldurdıkları tarihlendir.

Ancak 357 sayılı kanunun 21. maddesinin ikinci fıkrasıyla, askeri hakim subayların yaş sınırından önce kadrosuzluk nedeniyle emekli edilebilmeleri öngörülmüş, aynı yasanın 22. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendiyle de bu ayırma işleminin nasıl yapılacağı belirtilmiştir.

Kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevk edilen bir hakim albayın, işleminin iptali istemiyle dava açması üzerine, 357 sayılı “Askeri Hakimler Kanunu”nun 21. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa’nın 10, 138, 139, 140 ve 145. maddelerine Anayasa’ya aykırılık iddiasını ciddi

³³ K. Gözler, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 433

³⁴ Aşağıda Bölüm V- 1/a- (cc)’ye bakınız.

bulan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu, bu fıkranın iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur.

Yapılan inceleme sonucu, her iki maddede yer alan "kadrosuzluk" ibaresi, "Anayasa'nın 7., 138., 139., 140. ve 145. maddelerine aykırı" bulunarak Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir³⁵. Böylece, askeri hakim subayların, kadrosuzluk nedeniyle emekli edilmeleri önlenmiştir.

İptal kararında; 357 sayılı kanunun 21. maddesinin ikinci fıkrası ile 22. maddesinin (A) ve (B) bentleri, Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcı, daire başkanları ve üyeleri yönünden Anayasa Mahkemesi'nin, 10.1.1974 günlü, Esas 1972/49, Karar 1974/1 sayılı kararıyla iptal edildiği³⁶ ve bunların emeklilik yaş hadlerinin yeniden düzenlendiği belirtildikten sonra:

"...Anayasa'nın 7. maddesine göre "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez. ..." Bu nedenle, yasayla düzenleme yapılması öngörülen durumlarda, idarenin yetkili kınlanması, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

...

"Anayasa'nın, bütün mahkemelerin bağımsız ve yargıçların da yargıç teminatı ile güvenceye alınmasını buyurduğu ve bu buyruğun demokratik toplumların olmazsa olmaz niteliğindeki "bağımsız yargı" ve "güvenceli

³⁵ Askeri hakim subayların kadrosuzluk ve diğer nedenlerle emekli edilmelerine olanak sağlayan 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nun 21. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "kadrosuzluk" ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin 14.12.1998 tarih ve E.1998/39-K.1999/78 sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. İptal kararı 11.5.1999 tarih ve 23692 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁶ Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında şu gerekçelere yer verilmiştir: "...357 sayılı Kanunun 21. maddesi bir yandan hâkim subayların emeklilik yaş hadlerini rütbelerindeki öteki subayların kanunda yazılı yaş hadlerine bağlayarak Anayasa'nın "askeri hâkimlerin yaş haddinin kanunla belli edilmesi" yolundaki buyruğuna uyarken, bir yandan da kadrosuzluk nedeniyle askeri hâkimlerin kanunda yazılı yaş haddinden önce hizmetten uzaklaştırılmaları- daha doğrusu 22. maddenin incelenmesinden anlaşılacağı üzere - emekli edilmeleri yolunu açmaktadır.

Bu düzenleme Anayasa'nın değişik 134. maddesinin ikinci fıkrası kuralına doğrudan doğruya aykırıdır. Onun için burada mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri ve kadro verip vermemenin idarenin takdirine bırakılmış bir konu olmasından çıkan sonuçlar üzerinde ayrıca durulmasına yer görülmemiştir. Anayasa'ya aykırılığı ortada olan, değişik 21. maddenin ikinci fıkrasındaki "kadrosuzluk" deyiminin ve bu deyim in içerdiği kuralı Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri yönünden iptal edilmesi gerekir."

yargıç” gibi çağdaş ve evrensel ilkelerin gereği olduğu hiçbir açıklamayı gerektirmeyecek kadar açıktır. Kadrosuzluk nedeniyle askerî yargıçların yasal yaş sınırından önce emekli edilmelerinin idarenin takdirine bırakıldığı bir ortamda, yargıçların güvenceli, mahkemelerin de bağımsız olduklarından söz edilemez.” denilmek suretiyle söz konusu düzenlemenin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim güvencesi ilkelerine aykırı olduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Bununla beraber askeri hakimlerin, Milli Savunma Bakanı tarafından disiplinsizlik ve ahlaki nedenlere dayalı olarak emekli edilmeleri mümkün olduğu gibi,³⁷ Yüksek Askeri Şura kararıyla da Silahlı Kuvvetler’den ayırma işlemine tabi tutulmaları imkan dahilindedir.

Askeri hakimlerin disiplinsizlik ve ahlaki durumu sebebiyle ayırma sebepleri 357 sayılı askeri Hakimler Kanunu’nun 22. maddesinin C bendinde sayılmış, ayırma işlemi ile ilgili ayrıntılar, 926 sayılı TSK Personel Kanunu’nun 50. maddesinin son fıkrası ile Subay Sicil Yönetmeliği’nin 91 ve 92. maddelerinde gösterilmiştir.

Yüksek Askeri Şura kararı ile silahlı kuvvetlerden ayırma işlemi Askeri Yargıtay üyeleri ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyeleri dışındaki hakimler için uygulanabilir. Bu işlem, Anayasa’nın 125/2. maddesi uyarınca yargı denetimi dışındadır.

Yüksek Askeri Şura kararı ile disiplinsizlik nedeniyle hakkında silahlı kuvvetlerden ayırma işlemi yapılan bir askeri hakimın başvurusu üzerine AİHM, *“Devletlerin, özellikle askeri hizmetin gereklerini yansıtan kurulu düzene aykırı şu veya bu şekilde bir tutumu yasaklayarak, orduları için disiplin kuralları benimseyebilecekleri”*nden hareketle, *“askeri disiplin sistemini kendi isteğiyle kabul etmiş bir kimsenin bu kurallara uymaması, tutum ve davranışlarıyla askeri disiplini ihlal etmesi sebebine bağlı olarak gerçekleştirilen zorunlu emeklilik işleminde İHAS m. 9’a aykırılık bulunmadığı”* sonucuna varmıştır³⁸.

Askeri hakimlere tanınan bir başka teminat, mensup olduğu kuvvetinin (Kara, Deniz, Hava), rızası olmaksızın değiştirilememesidir. Ne var ki, vermiş olduğu karar nedeniyle hakkında kuvvet değişikliği yapıldığı iddiasıyla bir askeri hakim tarafından açılan dava üzerine bu

³⁷ Centel, *Askeri Yargıtay’ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, s.112 Dipnot 19.

³⁸ Kalaç/Türkiye davası, 1 Temmuz 1997 tarih ve 61/1996- 680/870; Başvuru Tarihi: 10 Ocak 1995, Başvuru No: 20704/92).

idari işlemin, Askeri Yüksek İdare Mahkemesince iptal edildiği de bir gerçektir.³⁹

Askeri hakimlerin bir başka göreve nakil ve tayinleri Milli Savunma Bakanı ve Başbakan'ın müştereken imzaladıkları, Cumhurbaşkanı'nun onayladığı kararname ile olur. Bu kararname *Resmi Gazete'*de yayımlanır. Askeri hakim ve askeri savcılar ile yardımcı askeri savcılar dört yıllık bir coğrafi teminata sahiptirler; bunların ikinci bölgede hizmet sürelerini tamamlamadan, birinci bölgede dört yıllarını tamamlamadan bir başka göreve atanmaları muvafakatlerine bağlıdır. Ancak birinci bölgede bulunan bir askeri hakim yada savcının ikinci bölgeye atanma sırası gelmişse veya sıkıyönetim mahkemesine atanması söz konusu ise muvafakat şartı aranmaz. Ayrıca, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması veya rütbe yükselmesi sebebiyle aynı kadroda kalmasına imkan olmayanların bir başka göreve atanmalarında da muvafakatlarının alınmasına gerek yoktur (m. 16).

Askeri hakimler ve askeri savcılar ile hakimlik ve savcılık mesleğinden sayılan görevlerde çalışan askeri hakim subaylara, almakta

³⁹ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu'nun 27.5.1999 tarih ve 18-90 sayılı kararı. Bu karara konu olayda, Deniz K. K.'da görevli olan askerî hâkim subay, 357 sayılı kanunun 18/1. maddesinin atfı ile 926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun 24/G maddesi uyarınca Kara Kuvvetleri Komutanı'nın görüşü alınarak hizmet fazlası ve ihtiyaç nedeniyle Genelkurmay Başkanlığı'na Kara Kuvvetleri Komutanlığı'na nakledilmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu işlemi "Anayasa askerî hâkim ve sivil hâkimi ayrı düşünmemiş, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından en küçük ayırma yol açacak düzenlemeye izin vermemiştir. Anayasa'nın 138, 139, 140, 145, 156/4, 157/5, maddeleri ile As. C. K.'nın 112. ve askerî hâkimler ile askerî savcılar hakkında soruşturma usulünü düzenleyen 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nun 23 ve devamı maddeleri yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini koruyan hükümlerdir. Bu nedenle 357 sayılı kanunun 18/1. maddesi ile 926 sayılı kanuna yapılan atıf, ancak hâkimlik mesleğinin gereklerine, yargıç güvencesi ilkelerine aykırı olmadığı sürece uygulanabilir. Anayasa Mahkemesi'nin 10.1.1974 tarih ve E.1972/49-K.1974/1 (RG 24.6.1974) sayılı kararında bu durum ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, askerî hâkimlerin kadrosuzluk nedeniyle yaş haddinden önce emekliye sevklerine olanak sağlayan 357 sayılı kanunun 21. maddesindeki "kadrosuzluk" ibaresini iptal ederek aynı uygulamayı sürdürmüştür (AYM, 14.12.1998 tarih ve E.1998/39-K.1999/78, sayılı kararı. RG, 11.5.1999 tarih ve 23692 sayılı). Bir askerî hâkimin rızası olmadan kuvvetini değiştirmek yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ile bağdaşmaz. Aksinin kabulü kuvvet değişikliğinin yanı sıra sınıf değişikliğine de olanak tanır. Davacının yaptığı yargısal faaliyetlerin tesis edilen idarî işlemlerle bağlantısının araştırılması cihetine gidilmesine, davacı askerî hâkimin istemi olmadığı sürece kuvvetinin değiştirilmesine yasal olanak bulunmadığından, gerek görülmemiştir." şeklinde özetlenebilecek bir gerekçeyle iptal etmiştir.

oldukları maaş derecesinin tekabül ettiği sınıf ve derecede bulunan adliye hakim ve savcılar ile yardımcılara verilen ödenek miktarı esas olmak üzere adliye hakim ve savcılar hakkındaki kanun hükümleri gereğince hakim ödeneği verilir (m. 18).⁴⁰

Askeri hakimler ve askeri savcılar ile yardımcılar görevli oldukları mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle maaşlarından yoksun kılınamazlar (m. 18/5).

Atama, yer değiştirme terfi ve sicil işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Bu işlemlere karşı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde dava açılabilir. Ayrıca, Askeri Ceza Kanunu'nun 112. maddesi, askeri mahkemeler üzerinde tesir yapmayı suç sayarak ceza yaptırımına bağlamıştır.

Buna karşılık askeri hakim subayların atama ve terfilerinin idare tarafından ve bu makamlarca verilen siciller esas alınarak yapılması ile Milli Savunma Bakanı'nın, askeri hakim subaylar hakkında 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nun 29. maddesi gereğince yazılı uyarı ve kınama cezaları vermek yetkisine sahip olması, hakim bağımsızlığını olumsuz etkileyen hükümlerdir.⁴¹

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, 12.5.2004 tarih ve E.2003/57, K.2004/57 sayılı kararı ile (RG, 29.7.2004-25537), 4.7.2001 tarih ve 631 sayılı KHK'nın 17. maddesinin "...26.10.1963 tarihli ve 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanununa tabi askeri hakim sınıfı subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kademdeki emsali subaylardan fazla olamaz." şeklindeki hükümünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Keza, Yüksek Hakimlik Tazminatı Verilmesi Hakkında 270 sayılı KHK'nın 3. maddesinin (A) fıkrasının 570 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesiyle değiştirilen cetvelinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcısı'na, rütbesinin Albay veya general-amiral olmasına göre farklı tazminat ödenmesi öngörülmüştür. Bu kuralın Anayasa'nın 10, 145 ve 157. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesince yapılan başvuru üzerine, Anayasa mahkemesince iptaline karar verilmiştir.

⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, idarenin disiplin cezası verme yetkisine sahip olması, askeri hâkimin bağımsızlığını önemli ölçüde etkilemektedir. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bağımsızlık ve tarafsızlığı incelerken hakimlerin o dava için etki altında kalıp kalmadıklarını değil, genel olarak mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermediğini dikkate almakta; sanığın, mahkemenin taraflı hareket etmiş olması konusunda endişe duymasının haklı görülebileceği durumlarda 6. maddenin ihlâl edildiği sonucuna varmaktadır. Nitekim bu mahkeme, askeri hakimlerin statüsünün bazı bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri verdiğini tespit etmesine rağmen statünün diğer özelliklerini ve öncelikle:

a) Askerî hâkimlerin yürütme organına bağlı ordu mensubu olmaya devam etmeleri,
b) Askerî disipline tabi olmaları,

Anayasa ve yasalarda bağımsız oldukları vurgulanan askeri hakimlerin, bağımsızlıklarını güvence altına alan hükümlerle korunmaları gerekirken, yine Anayasa'da yer alan "askerlik hizmetinin gerekleri" ilkesine dayanılarak yapılan düzenlemelerle; mesleğe kabul, atama ve yer değiştirme, yükselme, disiplin ve emeklilik gibi özlük hakları yönünden idareye bağlı kılınmaları büyük bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır.

IV. YENİ ANAYASA ÖNERİLERİNDE ASKERİ YARGI

1. Özbudun Önerisinde Askeri Yargı

Öneri, Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında oluşturulan bir komisyon tarafından hazırlanmıştır.⁴² Buna göre, sistematik bakımdan

- c) Ordu tarafından verilen sicile göre terfi etmeleri,
- d) Atamalarında idarenin geniş bir müdahalesinin bulunması,
- e) Teminatın dört yıllı sınırlı olmasını,

Dikkate alarak bağımsız sayılmayacakları sonucuna varmış ve başvuruların bu konuda duydukları endişe ve şüpheyi haklı ve yerinde bulmuştur.

Gerçekten de ülkemizin bireysel başvuruyu kabul ettiği 22 Ocak 1990 tarihinden bu yana, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri'nden verilen mahkûmiyet kararlarıyla ilgili olarak yapılan başvurular üzerine verdiği kararlarında, bu mahkemelerin bağımsız olmadığı, dolayısıyla 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış ve Türkiye'yi tazminata mahkûm etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu tespiti yaparken askeri hakimlerin statülerinin bazı bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri verdiğini kabul etmekle beraber, yürütme organına bağlı olmalarını, terfilerinin ordu tarafından verilen sicile göre yapılmasını, atamalarında idarenin geniş bir müdahalesinin bulunmasını ve Milli Savunma Bakanı'nın disiplin cezası veribilmesini yargı bağımsızlığına aykırı bulmuştur. Ayrıca, askeri mahkemede görev yapan subay üyenin komutanın emrinde bir personel olduğunu, bu nedenle bu üyenin bağımsızlığından ve tarafsızlığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Sonuç olarak, başvuruların sıkıyönetim askeri mahkemelerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarıyla ilgili endişelerini haklı bulmuş ve sözleşmenin 6/1 hükmünün ihlal edildiğine ve bu nedenle devletimizin başvurulara manevi tazminat ödemesine karar vermiştir (Bu konuda bakınız: 25 Eylül 2001 tarihli Kızılöz/Türkiye davası, Başvuru No:32962/96; 25 Şubat 1997 tarihli Findlay/İngiltere kararı, Raporlar- 1991-1, s. 281, prg. 73).

Türkiye, bu kararlar üzerine Anayasa ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanunu'nda değişiklik yaparak askeri hâkimleri DGM'lerin kuruluşundan çıkarmıştır. Ayrıca Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda da adil yargılanma hakkına aykırı görülebilecek hükümler yeniden düzenlenmiş, fakat ne Askeri Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklik yapılarak subay üye askeri mahkeme kurulundan çıkarılmış, ne de askeri hakimlerin eleştirilen statülerinde bir değişiklik yapılmıştır.

⁴² Öneriye ilişkin bilgiler "Gazeteciler ve Yazarlar Vakfı" vep sitesinden alınmıştır. Siteye düşülen "Not"a göre, Bu "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi"; 8 Hazi-

“KISIM”, “BÖLÜM” ve “ALT BÖLÜM”lere ayrılan Anayasa, “Başlangıç” bölümü hariç, sekiz kısım olarak düzenlenmiştir. Önerinin tamamı yüzotuzyedici madde ve dokuz geçici maddeden oluşmaktadır.

Yargıya ilişkin hükümler, önerinin İkinci Kısım Üçüncü Bölüm’ünde yer almaktadır. Bu bölümün Birinci Alt Bölüm’ünde (106-111. maddelerde) “Genel Hükümler” başlığı altında yargıya ilişkin genel ilkeler sıralanmıştır. Bu bağlamda, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı (m. 106), hakimlik ve savcılık teminatı (m. 107), hakimlik ve savcılık mesleği (m.108), Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (m.109) ile hakim ve savcılarının denetimi (m. 110)’ne ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Öneri, adli ve idari yargının yanında askeri yargı sistemini de kabul etmiş ve askeri yargıyı bu alt bölümün sonuncusu olan, 111. maddede düzenlemiştir.⁴³

Üçüncü Bölüm’ün ikinci alt bölümü “Yüksek Mahkemeler”e ayrılmıştır. 112-118. maddeler Anayasa Mahkemesi’ne ayrılmıştır. İkinci

ran 2007 günü Başbakan ve Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) Genel Başkanı Recep Tayip Erdoğan’ın Prof. Dr. Ergun Özbudun’dan talebi üzerine, Prof. Dr. Ergun Özbudun başkanlığında Prof. Dr. Zühtü Arslan, Prof. Dr. Yavuz Atar, Prof. Dr. Fazıl Hüsnü Erdem, Prof. Dr. Levent Köker, Doç. Dr. Serap Yazıcı’dan oluşan Komisyon tarafından hazırlanmıştır. Öneri, 2 Ağustos 2007 günü AKP Genel Başkanına sunuşu yapılmış ve 29 Ağustos 2007 tarihinde çalışmalar tamamlanarak AKP Genel Başkan Yardımcısı Dengir Mir Mehmet Fırat’a teslim edilmiştir.

⁴³ Özbudun Önerisinin “Askeri yargı” başlıklı 111. maddesi ve madde gerekçesi şöyledir.

“Askerî yargı

Madde 111- (1) Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askerî suçlara ait davalara bakmakla görevlidir.

(2) Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin refakatinde buldukları komutanlarla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”

MADDE GEREKÇESİ

“Askerî yargının görev alanı, sivil kişilerin askerî mahkemelerde yargılanmalarını önleyecek şekilde daraltılarak yeniden düzenlenmektedir. Yeni düzenlemeyle, askerî yargının görev alanı, asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askerî suçlarla sınırlandırılmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, askerî hâkim ve savcılarının özlük işleri ile görevli buldukları komutanlıkla olan ilişkilerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilerek, askerî hâkim ve savcılar anayasal teminata kavuşturulmaktadır.”

yüksek mahkeme olarak Yüce Divan düzenlenmiş (m.119), daha sonra sırasıyla Yargıtay (m. 120), Danıştay (m. 121), Askeri Yargıtay (m. 122), Sayıştay (m. 123) ve Uyuşmazlık Mahkemesi (m. 124) düzenlenmiştir.

Yeni Anayasa önerisinin yargı alanına yönelik, askeri yargı ve Askeri Yargıtay'ı da ilgilendiren 1982 anayasasına göre farklı yaklaşımları, özet olarak şu noktalarda toplanmaktadır.⁴⁴

a. Öneride, sistematik ve içerik bakımından 1982 Anayasasından farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu çerçevede; yeni Anayasa'nın sistematığında "*KISIM, BÖLÜM ve ALT BÖLÜM*" ayırımı kabul edilmiştir.

b. Yargılamanın bir yetki olduğu kadar, aynı zamanda bir görev olduğu kabul edilerek, yargı yetkisi ve görevinden söz edilmiştir (m. 8).

c. Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi dikkate alınarak, hak arama hürriyetiyle birlikte yeniden düzenlenmiştir. Bu hak kapsamında, "*kanuni hâkim*" ilkesi yerine, "*tabii hâkim*" ilkesi kabul edilmiştir (m. 32).

d. 1982 Anayasası'nın tanımış olduğu yetkilerden biri olan, Cumhurbaşkanı'nın yüksek yargı organları ile ilgili atama yetkisi kaldırılmıştır. Bunun sonucu olarak Askeri Yargıtay üyelerinin Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nca seçilmesi esas kabul edilmiştir (m.123).

e. Yargı ile ilgili hükümlerde, yargının bağımsızlığı yanında, tarafısızlığı da vurgulanmıştır (m. 106, 111, 121, 122 ve 123).

f. Yüce Divan, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'ndan seçilecek üyelerden oluşan bir mahkeme olarak yeniden düzenlenmiş ve Yüce Divan yargılamaşının iki dereceli olarak işlemesi kabul edilmiştir (m. 120).

g. Anayasa Mahkemesi üye sayısı onyediye çıkarılmış; üyelerden sekizinin Türkiye Büyük Millet Meclisi, dördünün Yargıtay, dördünün Danıştay ve birinin de Sayıştay tarafından seçilmesi esas benimsenmiştir (m. 113).

⁴⁴ Özbudun Önerisi'nin 1982 Anayasası'ndan farklı olarak düzenlediği hususlar, Önerinin son bölümünde, "Yeni Anayasa Önerisinin Getirdiği Yenilikler" başlığı altında özet olarak açıklanmıştır. Burada, bunlardan sadece askeri yargıyı yakından ilgilendirdiğini düşündüğümüz hükümlere yer verilmiştir.

h. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kaldırılmıştır.

i. Sayıştay, yüksek mahkeme olarak kabul edilmiş ve kamu kaynağı kullanan hiçbir kurum ve kuruluşun Sayıştay'ın denetimi dışında tutulmaması sağlanmıştır (m. 124).

a. Askeri Yargı Sistemi

Önerinin 111. maddesi hükmüne göre askeri yargı organları, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemelerinden ibaret olup asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askeri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, bu düzenlemeyle askeri mahkemelerin görevi, 1961 ve 1982 anayasalarına göre oldukça daraltılmış; asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askeri suçlara ilişkin davalarla sınırlandırılmıştır. Maddede hiçbir istisnaya yer verilmemiş, böylece asker kişilerle iştirak halinde işlenen suçlar da dahil, sivil kişilerin askeri mahkemelerde yargılanmaları engellenmiştir.

Yapılan düzenlemeyle ilgili olarak madde gerekçesinde şöyle denilmektedir: “*Askerî yargının görev alanı, sivil kişilerin askerî mahkemelerde yargılanmalarını önleyecek şekilde daraltılarak yeniden düzenlenmektedir. Yeni düzenlemeyle, askerî yargının görev alanı, asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askerî suçlarla sınırlandırılmaktadır.*”

Maddede, savaş ve sıkıyönetim halinde, askeri yargı organlarının görev ve yetkisine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı düzenlenmiş olmasına rağmen bu haller için ayrı bir yargı organından söz edilmemesinin sebebi kanaatimizce “*tabii hakim*” ilkesiyle açıklanabilir.

Diğer taraftan maddede, askeri mahkemelerle disiplin mahkemelerinin kuruluş ve işleyişi ile ilgili hükümlere yer verilmemiştir. Bu konular ile askeri hakimlerin özlük işlerinin, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin refakatinde buldukları komutanlarla ilişkilerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Ancak bu düzenleme yapılırken mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hakimlik teminatı esaslarının göz önünde bulundurulması gerektiğine de işaret edilmiştir.

1982 Anayasası'nda, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin "mahkemesinde görevli buldukları komutanlık" ile ilişkilerinin kanunla düzenleneceğinden söz edilmişti. Bu hükme dayanılarak çıkarılan 353 sayılı kanunun özgün şeklinde yer verilen "refakat" ibaresi daha sonraki yıllarda "teşkilatında" şeklinde değiştirilmiştir.⁴⁵ Böylece askeri savcılarının, nezdinde askeri mahkeme kurulan komutanlık teşkilatı içinde mütalaa edilmeleri mümkün hale gelmiştir.

Önerinin getirdiği bu düzenleme ile; askeri savcılarla, nezdinde askeri mahkeme kurulan kıta komutanı arasındaki ilişkiler açısından 1961 Anayasası'na dönülmüş olmaktadır. Bu durumun, hakim ve savcılık mesleği açısından bir teminat teşkil edeceğinde kuşku bulunmamaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus "Maddenin ikinci fıkrasında, askerî hâkim ve savcılarının özlük işleri ile görevli buldukları komutanlıkla olan ilişkilerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilerek, askerî hâkim ve savcılar anayasal teminata kavuşturulmaktadır." denilmek suretiyle açık bir şekilde vurgulanmıştır.

b. Askeri Yargıtay

Askeri Yargıtay, önerinin İkinci Kısmı'nın Üçüncü Bölümü'nün Yüksek mahkemelerin bulunduğu İkinci Alt Bölüm'ünde 122. madde düzenlenmiştir.⁴⁶ Böylece Askeri Yargıtay'ın yüksek mahkeme olma

⁴⁵ Bu değişiklik için 9.10.1996 tarihli ve 4191 sayılı Kanununun 26. maddesine bakınız.

⁴⁶ Özbudun Taslağının "Askeri Yargıtay" başlıklı 122 inci maddesi ve madde gerekçesi şöyledir.

"Askerî Yargıtay

Madde 122- (1) Askerî Yargıtay, askerî mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen belli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

(2) Askerî Yargıtay üyeleri, birinci sınıf askerî hâkimler ve savcılar arasından, Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tam sayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçilir.

(3) Askerî Yargıtay Başkanı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve Başsavcısı, Askerî Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanır.

(4) Askerî Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, mensuplarının disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

MADDE GEREKÇESİ

"Askerî Yargıtayı mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasları açısından güçlendirme amacını taşıyan iki değişiklik dışında, 1982 Anayasasının paralel hükmü olan 156 ncı madde aynen korunmuştur. Gerçekleştirilen birinci değişiklikle, Askerî Yargıtay üyelerinin Cumhurbaşkanınca seçilmesi usulüne son verilmiş; üyelerin, Askerî Yargıtay

özelliği 1982 Anayasası'nda olduğu gibi korunmuştur. Ayrıca görev ve yetkilerinde de değişiklik yapılmamıştır. Fakat Askeri Yargıtay'ın son derece mercii olarak incelemekle görevli olduğu karar ve hükümler, askeri mahkemelerin görevi ile sınırlı olduğundan, görevi dolaylı olarak daralmıştır.

Maddenin ikinci fıkrası üyelerin seçimini düzenlemektedir. Buna göre Askeri Yargıtay üyeleri, birinci sınıf askeri hakimler ve savcılar arasından, Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun üye tam sayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçilir. Öneri, bu hususta 1961 ve 1982 anayasalarından ayrılmıştır. Öneride, Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri azaltılarak, bunlar ilgili kurum ve kuruluşlara dağıtıldığından, Askeri Yargıtay üyelerini seçme yetkisi de Genel Kurul'a verilmiştir.

Maddede, 1982 Anayasası'ndan farklı olarak askerlik hizmetinin gerekleri kavramına yer verilmemiştir. Fakat Başkan, İkinci Başkan, daire başkanları ile Başsavcı'nın rütbe ve kıdem sırasına göre atanacakları belirtilmek suretiyle askerlik mesleğinin gerekleri, dolaylı olarak esas alınmıştır. Askerlik mesleğinin gereklerini esas alan bir başka hüküm ise, önerinin 108. maddesinde yer almaktadır. Gerçekten de bu maddenin üçüncü fıkrasında, hakimler ve savcılarının altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görecekleri belirtildikten sonra, "Askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir." hükmüne yer verilmiştir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde değişiklik yapılarak Askeri Yargıtay üyelerinin Anayasa Mahkemesi'nde görev almalarına son verilmiştir. Öneride Askeri Yargıtay üyelerinin, Yüce Divan'da görev almalarına da sıcak bakılmamıştır.⁴⁷

Genel Kurulu tarafından seçilmesi benimsenmiştir. İkinci olarak, 1982 Anayasasınının 156 ncı maddesinin son fıkrasında yer alan ve kanun koyucunun, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hâkimlik teminatına aykırı bir düzenleme yapabilmesine açık kapı bırakan "askerlik hizmetlerinin gereklerine göre" ibaresine bu düzenlemede yer verilmemiştir."

⁴⁷ Özbudun önerisinde, 119. maddede yüksek mahkemelerden biri olarak düzenlenen Yüce Divan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanı'nın başkanlığında Yargıtay Ceza Genel Kurulu üyeleri arasından seçilecek beş üye ile Anayasa Mahkemesi'nin kendi üyeleri arasından seçeceği beş üye olmak üzere on bir üyeden oluşmaktadır.

2. TBB Anayasa Önerisinde Askeri Yargı

Türkiye Barolar Birliği tarafından 2001 yılında hazırlatılan “Anayasa Taslağı Önerisi” aynı yıl 12 Eylül günü kamuoyuna duyurulmuştur. O günlerde 1982 Anayasası’nın bütünüyle değiştirilmesi gerektiği düşüncesi ilgi görmemiş olsa da, Türkiye Barolar Birliği, söz konusu taslağı güncelleme çalışmalarını ara vermeden sürdürmüştür. 22 Temmuz 2007 genel seçimleriyle iktidara gelen partinin “sivil anayasa” yapma girişiminden sonra yapılan tüm çalışmaların değerlendirilmesi sonucu “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi” ortaya çıkmıştır. Öneri, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Başkanı Prof. Dr. Rona Aybay başkanlığında, Prof. Dr. Süheyl Batum, Yrd. Doç. Dr. Faruk Bilir, Yrd. Doç. Dr. Ece Göztepe, Doç. Dr. Korkut Kanadoğlu, Prof. Dr. Fazıl Sağlam, Prof. Dr. Oktay Uygun ve Av. Teoman Ergül’den oluşan komisyon tarafından hazırlanmıştır.⁴⁸ Bu öneri, TBB Yönetim Kurulu’nun incelemesinden sonra TBB Başkanı Av. Özdemir Özok tarafından yapılan basın açıklaması ile kamuoyuna duyurulmuştur. Öneri ayrıca kitap olarak da yayımlanmıştır.

TBB Anayasa Önerisi, sistematik bakımdan “KESİM” ve “BÖLÜM” ayırımını esas almış olup Bölüm içindeki ayırımlarda Romen rakamları kullanılmıştır. Öneri, altı Kesim ve 190 maddeden oluşmaktadır. “Başlangıç” bölümü Anayasa metnine dahildir (m. 188).

Yargı, Üçüncü Kesim Üçüncü Bölümde üç ayrı başlık altında 152 ila 175. maddelerde düzenlenmiştir. İlk olarak “(I) Yargıyla ilgili genel esaslar” (152 ile 158. maddelerde) belirtilmiştir. İki (II) numaralı başlık (159 uncu maddeden itibaren) “Yüksek mahkemeler’e ayrılmıştır. Üç (III) numarada ise “Yüksek Kurullar” düzenlenmiştir.

Öneri, yargıya ilişkin hükümlerde genellikle 1982 Anayasası’na paralel düzenlemeler içermektedir. Bununla birlikte yenilik niteliğinde hükümler de bulunmaktadır. Bu yenilikler şu şekilde özetlenebilir.

a. Hakimlik mesleği ile savcılık mesleği birbirinden ayrılmış, hakim güvencesi ile savcılarının görev güvencesi birbirinden ayrı düzenlenmiştir (m. 153- 155).

b. Savunma, yargının vazgeçilmez bir ögesi kabul edilerek ilk kez

⁴⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, TBB yay., Ekim 2007, Sunuş, s. X.

anayasal bir kurum olarak düzenlenmiştir. Savunmayı temsil eden avukatlar ile onların meslek kuruluşu olan barolar ile Türkiye Barolar Birliği ayrı bir maddede ele alınmıştır (m. 156). Maddede savunmanın bağımsızlığı ve yargının vazgeçilmez bir ögesi olduğu vurgulanmış, savcılık ile savunma arasında eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır.

c. Sıkıyönetim ilanı halinde, bu bölgelerle sınırlı olmak kaydıyla kurulacak mahkemelerle ilgili olarak yapılacak düzenlemede “doğal hakim” ilkesinin gözetileceği vurgulanmıştır (m. 157/4).

d. Anayasa Mahkemesi’nin yapısında ve üyelerinin seçiminde değişiklik yapılmasına rağmen Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nden birer üye seçilmesine ilişkin yürürlükteki düzenleme korunmuştur. Ayrıca bu mahkemedeki “yedek üyelik” kaldırılmıştır (m. 159/2). Bu mahkemenin görevinde de değişiklik yapılmış, “Anayasa şikayeti başvurularını karara bağlamak”, mahkemenin görevlerinden biri sayılmıştır.

e. Yüce Divan, ayrı bir yüksek mahkeme olarak değil, açılan davaya bağlı olarak toplanan bir kurul şeklinde düşünülmüştür. Bu sıfatla yargılama görevi, Yargıtay ceza dairelerinin en kıdemli başkanının başkanlığında, en kıdemli dört başkanından oluşan bir kurula verilmiştir.

f. Hakimler ve savcılar için iki ayrı kurul oluşturulmuştur. Hakimler Yüksek Kurulu m. 174’de, Savcılar Yüksek Kurulu ise 175. maddede düzenlenmiştir.

g. Sayıştay yüksek mahkemeler arasından çıkarılmıştır. Bu kuruma Dördüncü Kesim’de “Mali ve Ekonomik Hükümler” arasında 180. maddede yer verilmiştir.

Askeri yargının, özellikle 1961 Anayasası’ndan bu yana kurumsallaştığını ve günümüzde kendi alanında uzman yargı niteliğini kazandığını kabul eden TBB önerisi, bu yargı sisteminin kendi çok özel alanında çalışmasının sağlanması anlayışı içinde 158. maddesinde askeri

yargıyı⁴⁹, 170 ve 171. maddelerinde de, sırasıyla Askeri Yargıtay⁵⁰ ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ni düzenlemiştir.

a. Askeri Yargı Sistemi

Önerinin 158. maddesinin birinci fıkrası, Özbudun önerisinde olduğu gibi askeri yargının askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği esasını benimsemiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında askeri yargı organlarının görev alanının sınırları çizilmiştir. Bu mahkemelerin barış zamanında görevi, "asker kişilerin salt askeri nitelikli suçlarıyla ilgili" davalarıyla sınırlandırılmıştır. Fakat askeri mahkemelerin savaş ve seferberlik hallerindeki görevi ile kişi itibarıyla yetkisinin düzenlenmesi kanuna bırakılmıştır. Böylece askeri mahkemelerin görev ve kişi itibarıyla yetkisinin, savaş ve seferberlik halleriyle sınırlı olmak kaydıyla daha geniş olarak düzenlenmesine olanak sağlanmıştır. Bir başka ifadeyle çıkarılacak kanunda; askeri mahkemelerin, savaş ve seferberlik durumunda, asker

⁴⁹ TBB Anayasa Önerisi'nin 138. maddesi şöyledir:

"Askeri Yargı:

MADDE 158.- Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür.

Bu mahkemeler asker kişilerin salt askeri nitelikli suçlarıyla ilgili davalarına bakar. Askeri mahkemelerin savaş ve seferberlik hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler yönünden yetkili oldukları, kanunda gösterilir.

Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri savcılık görevi yapan askeri hâkimlerin refakatinde buldukları komutanlarla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlerin güvencesi ilkelerine göre kanunla düzenlenir. Askeri hakimlerin disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim güvencesini etkisiz kılmamak koşuluyla askerlik hizmetlerinin gerekleri göz önünde tutularak düzenlenebilir."

⁵⁰ Önerinin 170. maddesi şöyledir:

"Askeri Yargıtay:

Madde 170- Askeri Yargıtay, askeri mahkemelerden verilen kararların son inceleme yeridir. Ayrıca, asker kişilerin kanunla gösterilen salt askeri nitelikli davalarına ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Askeri Yargıtay üyeleri, birinci sınıf askeri hâkimler arasından Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir.

Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve Daire Başkanları Askeri Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem sıralarına göre atanırlar.

Askeri Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi, üyelerinin disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik güvencesi ilkelerine göre kanunla düzenlenir. Üyelerinin disiplin ve özlük işleri, aynı ilkeleri etkisiz kılmamak koşuluyla askerlik hizmetlerinin gerekleri göz önünde tutularak düzenlenebilir."

olmayan kişilerin bazı suçları ile asker kişilerin “salt askeri nitelikli olmayan suçlarına” ilişkin davalarına da bakabilecek şekilde düzenleme yapılabilecektir.

Üçüncü fıkrada askeri yargı organlarının kuruluşu ile askeri savcılarının refakatinde buldukları komutanla ilişkilerinde göz önünde bulundurulması gereken ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler; mahkemelerin bağımsızlığı, hakim güvencesidir. Kanunla yapılacak düzenleme kesinlikle bu ilkelere aykırı olmayacaktır. Bunun yanında askeri hakimlerin disiplin ve özlük işleri, ancak bu ilkeleri etkisiz kılmamak koşuluyla “askerlik hizmetinin gerekleri göz önünde tutularak” düzenlenebilecektir.

Yapılan düzenlemeyle ilgili olarak madde gerekçesinde ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. Ayrıca bu gerekçe, ülkemizde askeri yargının gerekliliğini, özelliğini ve konumunu açık ve net bir şekilde ortaya koymaktadır.⁵¹

⁵¹ TBB Anayasa Önerisi m. 158 madde Gerekçesi: “Askeri yargının Anayasa ve yasalarda ayrı bir yapılanma içinde yer alması, insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi üçlemesi açısından Türkiye’de sürekli tartışılan bir konudur. Ancak bu konuyu tarihsel ve somut gerçekliğinden soyutlayarak düşünmek yeterli bir değerlendirme olamaz. Soyut bir değerlendirmede yargı birliği demokratik bir hukuk devleti için ideal bir çözüm olarak düşünülebilir. Bu açıdan Anglosakson hukuk sistemini örnek göstermek de mümkündür. Buna karşılık yargı birliğinin yer olmadığı kara Avrupası ülkelerinde yargı organı aynı derecede etkilidir. Bu sistemlerden hangisinin üstün olduğu konusunu soyut olarak tartışmak anlamsızdır. Konuya ilgili ülkedeki yargının statüsü (bağımsızlığı, güvencesi), işleyişi, yargı alanlarının ayrılmasıyla ortaya çıkan uzmanlaşma ve bunun birlikte getirdiği birikim ve deneyim açısından değerlendirmek gerekir. Diğer ülkelerde de farklı boyutlarda uygulanan askeri yargının Türkiye’deki düzenleniş biçimi de aynı açıdan değerlendirilmelidir. Burada birbirine bağlı iki temel özelliğe dikkati çekmek gerekir: Özellikle 1961 Anayasasından bu yana giderek kuramsallaşmış bulunan askeri yargı, bugün kendi spesifik alanında uzman yargı niteliğini kazanmıştır. Diğer Mahkemeler bu alana yabancıdır. İkincisi askeri yargının iş yükü sivil yargıya göre daha azdır. Askeri Yargıtay ile Yüksek Askeri İdare Mahkemesi kararlarındaki gerekçelerin genelde Yargıtay ve Danıştay’a göre daha doyurucu olması, askeri yargının çalışma koşullarındaki bu avantajdan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yargı organımız genel olarak askeri yargının çalışma koşullarına kavuşturulmadan askeri yargı alanının kaldırılmasından ya da daraltılmasından söz etmek doğru değildir. Çünkü gerekli maddi koşullar yanında bilgi birikimi, deneyim ve uzmanlık sağlanmadan, iyi işleyen bir yargının kaldırılmasıyla ortaya çıkacak boşluğu nicel ve nitel yönden doldurmak son derece güçtür. Öte yandan sivil yargıçların, askeri konularda asker yargıçlara göre daha çekingen davranmaları da doğaldır. Çünkü onlar bu konunun yabancıları olup, askeri sorunların çözümünde asker yargıçlar kadar rahat davranamazlar.

Türkiye’de askeri yargının temel sorunu, alanının geleneksel boyutu kısmen aşmış olması, mahkemelerin yapısında -azınlıkta da olsa- yargıç olmayan askerlerin varlığını korumasıdır. Bu nedenle Türkiye’de yapılması gereken ilk şey, subay üyelerin savaş ve sefer-

b. Askeri Yargıtay

2001 Önerisi'nde Askeri Yargıtay'a yüksek mahkemeler arasında yer verilmemişti. Gerekçede açıklandığı üzere bu yanlışlık yeni öneride düzeltilmiştir. Fakat Askeri Yargıtay'ın ilk ve son derece inceleme mercii olarak bakacağı davalar, askeri yargıya ilişkin 158. maddede yapılan düzenlemeye paralel olarak "salt askeri suçlarla" sınırlı tutulmuştur.

Üyeler, Özbudun önerisinde olduğu gibi Askeri Yargıtay Genel Kurulu tarafından seçilmektedir.

Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı ve daire başkanlarının Askeri Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem sırasına göre atanmaları kabul edilmiştir. Böylece, bu makamlara atanmada, askerlik mesleğinin gereklerinin göz önünde tutulacağı ifade edilmiş olmaktadır.

Askeri Yargıtayın kuruluşu ve işleyişi ile üyelerinin disiplin ve özlük işlerinin düzenlemesi kanuna bırakılmış, fakat yapılacak düzenlemede dikkate alınacak ilkeler de gösterilmiştir. Bu ilkeler tüm yargı organlarında ve diğer yüksek mahkemelerde olduğu gibi "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "hakimlik güvencesi"dir. Yapılacak düzenleme hiçbir şekilde bu ilkelere aykırı olmayacaktır.

Son fıkranın son cümlesinde, Askeri Yargıtay üyelerinin disiplin ve özlük işlerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi

berlik halleri dışında asker mahkeme kuruluşundan çıkarılması ve askeri yargıçların statülerinin yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi yönünde daha da geliştirilmesidir. Ayrıca asker olmayan kişilerin askeri mahkemede yargılanmasını sağlayan hükümler doğal yargıç güvencesine aykırı düştüğü ölçüde kaldırılmalı ve askeri yargının kendi spesifik alanında çalışması sağlanmalıdır. Askeri yargı, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile ilgili düzenlemeler bu anlayış içinde kaleme alınmıştır.

Bu nedenle askeri mahkemelerin görev alanı asker kişilerin salt askeri suçları ile sınırlı tutulmuş asker olmayanların yargılanması ise doğal yargı ilkesine uygun olarak adli ve idari yargıya bırakılmıştır. Savaş ve seferberlik halinde ise askeri mahkemelerin hangi suçlar ve hangi kişiler yönünden yetkili oldukları kanunla düzenlenecektir.

Üçüncü fıkra da yürürlükteki 145. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan "askeri hizmetlerin gerekleri" deyimini, askeri mahkemelerin kuruluşu, işleyişini ve bu mahkemelerde savcılık görevi yapanların görevli buldukları komutanlık ile ilişkilerini de kapsar bir anlam taşıdığından mahkemenin bağımsızlığı ile bağdaşmaz nitelikte görülmüştür. Bu nedenle anılan deyim, yalnızca askeri hakimlerin disiplin ve özlük işleriyle sınırlı olmak ve mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik güvencesi ilkelerini etkisiz kılmamak koşuluyla yer verilmiştir."

ilkelerini etkisiz kılmamak koşuluyla askerlik hizmetlerinin gerekleri göz önünde tutularak düzenlenebileceği özellikle vurgulanmıştır.

Madde gerekçesinde bu konuda şu değerlendirmeler yapılmıştır.

“...Dördüncü fıkrada yürürlükteki 156. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “askeri hizmetlerin gerekleri” deyimini, Askeri Yargıtayın kuruluşu, işleyişini de kapsar bir anlam taşıdığından mahkemenin bağımsızlığı ile bağdaşmaz nitelikte görülmüştür. Bu nedenle anılan deyim, yalnızca Askeri Yargıtay üyelerinin disiplin ve özlük işleriyle sınırlı olmak ve mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik güvencesi ilkelerini etkisiz kılmamak koşuluyla yer verilmmiştir.”

V. ANAYASA ÖNERİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Yargı Bağımsızlığı Açısından

Yukarıda özet olarak açılan her iki anayasa önerisinde de, Askeri yargı ve Askeri Yargıtay’a yer verilerek bunların anayasal birer kurum olma özellikleri korunmuştur. Böylece savaş zamanında gerek duyulan askeri yargı organlarına, barış döneminde de ihtiyaç olduğu kabul edilmiş olmaktadır.

Her iki Öneride de askeri yargının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim güvencesi ilkelerine göre kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmış, fakat askeri mahkeme kuruluşuna ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bugünkü askeri mahkeme ve disiplin mahkemesi kuruluşu dikkate alındığında, söz konusu yargı organlarının kuruluşuna ilişkin hükümlere anayasada yer verilmesi, bu mahkemelerin bağımsızlığı bakımından güvence oluştururdu.

Bağımsızlık; hakimin, hiçbir merci veya kişiden emir almaması, görevini yaparken hiçbir etki ve baskı altında kalmaması demek olduğundan, bunu sağlayacak güvencelere sahip olmasını zorunlu kılar. Bu nedenle kanunla yapılacak düzenlemeler, bağımsızlığı sağlayacak gerekli güvenceleri içermelidir.

Ne var ki Anayasa’da askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı ilkelerine uygun olarak düzenleneceği ifade edilmiş olmasına rağmen, 353 sayılı kanunun, mahkeme kuruluşunda subay üye bulunmasını öngören hükmü değiştirilmemiştir. 477 sayılı kanuna göre de disiplin mahkemesi baş-

kan ve üyeleri subaylardan oluşmaktadır.

Bu nedenle askeri yargı organlarının kuruluşu, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Askeri disiplinin korunmasının ve askeri yargı organlarının hukuka uygun ve adil karar vermesinin teminatı subay üye olmamalı, böyle görülmemelidir. Mahkemelerin adil karar vermeleri ve askeri disiplinin sağlanıp korunması ancak bağımsızlık ilkesinin hayata geçirilmesiyle mümkün olabilir.

TBB Önerisinde “askerlik hizmetinin gerekleri” kavramına da yer verilmiştir. Özbudun önerisinde bu kavrama yer verilmemiş olmakla birlikte 108. maddenin üçüncü fıkrasında hakimler ve savcılar altmış beş yaşını bitirinceye kadar görev yapacakları belirtildikten sonra, askeri hakimlerin yaş haddi, özlük hakları ve emekliliklerinin kanunda gösterileceğine işaret edilmiştir. Bu hükümle, askeri hakimlerin meslekte yükselmeleri ve emeklilik nedenleri ile yaş haddinin genel yargıda görevli hakimlerden farklı olarak tespit edilmesi mümkün hale gelmiştir. Böylece askeri hakimlerin maaş ve ödenekleriyle ilgili olarak genel yargıda görevli hakimlerinkinden farklı bir şekilde düzenleme yapılmasının önü açılmıştır. Bu hüküm, askeri hakimlerin yaş haddi dışında bir başka sebeple, mesela kadrosuzluk nedeniyle emekli edilmelerine olanak sağlayacak biçimde yorum yapılmasına da elverişlidir. Aynı önerinin 122. maddesinde de, Askeri Yargıtay Başkanı, İkinci Başkan, daire başkanları ile Başsavcının rütbe ve kıdem sırasına göre atanacakları belirtilmiştir. Bu suretle, atamaların “askerlik mesleğinin gerekleri” esas alınarak yapılacağı dolaylı olarak ifade edilmiş olmaktadır.

Askeri hakimler, bugün için subay statüsündedirler. Bu statü bulunduğu sürece, askeri hakimlerin, rütbe yükselmeleri ile disipline ilişkin hükümlerin, bu statüleri göz önünde bulundurularak düzenlenmesinde zorunluluk vardır. Mesela askeri mahkemeye atanan kıdemli hakim, rütbe bakımından aynı mahkemede görevli diğer askeri hakimlerden kıdemli olması şarttır. Bunun aksinin kabulü askeri disiplin ve hiyerarşiye aykırıdır. Aynı durum askeri savcılar bakımından da söz konusudur. Askeri savcının, yardımcı askeri savcılardan daha üst rütbede olması askerlik hizmetinin gereğidir. Bundan başka askeri hakimlerin maaş, atama ve yer değiştirmeleri ile emeklilik yaş hadleri gibi özlük haklarının da, aynı ilke gereğince, subayların statüleri esas alınarak düzenlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Böyle bir düzenleme

yapıldığı takdirde, askeri hakimlerin rütbe yükselmeleri ile atama ve yer değiştirmelerinde idarenin yetkili olması demektir. Halbuki askeri hakimlerin mesleki yükselmeleri, rütbe yükselmelerinden soyutlanamaz. Keza atamaların idarenin takdirine bırakılması da, atamalarda askeri niteliklerin ön planda tutulduğu, buna karşılık mesleki bilgi ve tecrübenin ikinci planda değerlendirilebileceğini akla getirir. Maaşların hakimlik mesleği gereklerine göre değil de, rütbeğe göre düzenlenmesi ise, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Bir başka ifadeyle bu tür düzenlemelerin *"hakim teminatı"* ilkesiyle bağdaşması mümkün değildir. Buna karşılık askeri mahkeme kuruluşu ile bu mahkemelerin görevlerine ilişkin düzenlemeler ise doğrudan doğruya *"mahkemeleri bağımsızlığı"* ilkesiyle ilgilidir. Bununla beraber askeri hakimlerin subay statüsünde bulunmaları, onların, özellikle mali haklara ilişkin konularda, aynı rütbedeki diğer sınıf subayları ile mukayese edilmelerine neden olmuştur. Bunun sonucu, askeri hakim sınıfı bir subaya verilmesi gereken yüksek hakimlik tazminatının, aynı rütbedeki diğer sınıf subaylarına ödenen benzeri bir tazminat tutarından fazla olmayacak şekilde yasal düzenlemelere gidilmiştir.

Askeri yargıya ilişkin günümüzdeki düzenleme incelenirken açıklandığı üzere bunlardan bir kısmı yargı önüne götürülmüş ve yapılan inceleme sonunda *"mahkemelerin bağımsızlığı"* ve *"hakim teminatı"* ilkelere aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.

Askeri mahkemelerin bağımsızlığı, özellikle sıkıyönetim askeri mahkemeleri bakımından geçmişte ve günümüzde sürekli tartışma konusu olmuştur. Kuruluş ve işleyişe ilişkin yasalar bu yönden eleştirilmiştir. Gerek bilim adamları tarafından, gerek çeşitli kurum ve kuruluşlarca, askeri mahkemelerin bağımsız bir görünüm vermediği, askeri hakimlere tanınan teminatların yeterli olmadığı ileri sürülmüştür.⁵² Bu eleştirilerde, askeri mahkeme kuruluşunda meslekten olmayan subay üyenin bulunması ve askeri hakimlerin statüleri, mesleğe kabulü, atamaları ve yükselmelerinin idarece yapılması, onları idareye

⁵² Centel, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı*, s.24, İstanbul 1996; Askeri Yargıtay'ın 90. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu s.112 Dipnot 19; Kunter/ Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap,20.3(180) s. 293.Onüçüncü Bası, İstanbul 2004; Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2000 s. 433- 435; Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Nemci, 1982 *Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2001, s. 431- 432.

bağlı kılan, yargı bağımsızlığını bozan unsurlar olarak öne çıkmıştır.⁵³ Askeri yargının bağımsızlığı ile ilgili tartışmalar da bu düzenlemelerden kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle öncelikle “askerlik hizmetinin gerekleri” kavramının ne olduğu üzerinde durulmasında yarar vardır.

a. Kavram Olarak Askerlik Hizmetinin Gerekleri

Askerlikte, hizmet kavramı; “kanun ve diğer objektif düzenlemelerle yapılması veya yapılmaması yazılı olan hususlarla, amir tarafından yapılması emredilen veya yasaklanan tüm işler”⁵⁴ gibi oldukça geniş bir anlam ifade etmektedir. Fakat 1961 ve 1982 anayasalarında da yer alan “Askerlik hizmetinin gerekleri”nin anlamı bundan daha dardır. Bu ilke, askeri yargı alanında yapılacak bazı düzenlemelerde askerlik mesleğinin dikkate alınmasına imkan veren soyut bir kavram olup ancak buna dayanılarak yapılan düzenlemelerle somut bir anlam kazanmaktadır. Bu nedenle askerlik hizmetinin bir tanımını vermek yerine bu ilkeyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin değerlendirmelerine yer vermek, hem bu ilkenin anlamı hem de yeni yapılacak düzenlemeler bakımından aydınlatıcı olacaktır.

⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, askerî hâkimlerin statülerinin bazı bağımsızlık ve tarafsızlık güvenceleri verdiğini kabul etmekle beraber, askerî hâkimlerin yürütme organına bağlı olmalarını, terfilerinin ordu tarafından verilen sicile göre yapılmasını, atamalarında idarenin geniş bir müdahalesinin bulunmasını ve Milli Savunma Bakanı'nın disiplin cezası verebilmesini yargı bağımsızlığına aykırı bulmuştur. Ayrıca, askerî mahkemede görev yapan subay üyenin komutanın emrinde bir personel olduğunu, bu nedenle bu üyenin bağımsızlığından ve tarafsızlığından söz edilemeyeceğini belirtmiştir (Bu kararlar için dipnot 30'a bakınız). Ayrıca bakınız Tanör, Bülent, *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD Yay., 1997 s. 171- 172.

Buna karşılık AİHM, Hakan Önen/Türkiye, kabul edilmezlik kararında tamamen farklı bir sonuca ulaşmıştır (Başvuru No.32860/96). Bu kararda AİHM, Genelkurmay Askeri Mahkeme'nin üyelerinin atama ve terfilerinin, Askeri Yargıtay'a ilişkin 357 sayılı kanun (Askeri Hakimler Kanunu ÇN) ile söz edilen askeri mahkemelerin oluşumuna ilişkin 353 sayılı kanununa göre gerçekleştiğini, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bağımsız ve tarafsızlığına ilişkin olarak verilen (25 Mayıs 2000 tarihli Yavuz ve diğerleri-Türkiye kararı) kararda belirtildiği üzere askeri hakimlerin atama şekilleri ve görevleri süresince sağlanan güvencelerin, AİHS'nin 6 § 1 maddesi uyarınca herhangi bir ihlale neden olmadığı belirtilmiştir. Bu kararın resmi olmayan tercümesi için Adalet Bakanlığı web sitesi “İnsan Hakları Bilgi Bankası”na bakınız.

⁵⁴ TSK İHK m. 6 ve As. CK m. 12

b. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre

Anayasa Mahkemesi, askeri hakim subaylar hakkında sıralı sicil üstlerince not takdir edilmesinin Anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülmesi nedeniyle baktığı bir davada, “askerlik mesleğinin gerekleri” esasının, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatının elverdiği ölçüler içerisinde nazara alınmasının zorunlu olduğunu kabul etmiş, fakat hakim subaylar hakkında subay sicil belgesi düzenlenmesinin hakim bağımsızlığına aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.⁵⁵ Halbuki Yüksek Mahkeme, 1974 yılında verdiği bir kararında Askeri Yargıtay üyeleri, daire başkanları, İkinci Başkan ve Başkan için sıralı sicil üstlerinin öngörülmüş olmasını yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatına aykırı bulmuştu.⁵⁶ 1990 yılında verilen kararda 1974 tarihli karara da atıf yapıldığı görülmektedir. Kararda açıkça ifade edilmemekle beraber, askeri mahkemelerde görevli askeri hakimlerin sıralı üstlerinden sicil almalarını yargı bağımsızlığına aykırı bulmaması karşısında, Anayasa Mahkemesi’nin, Askeri Yargıtay’ın bağımsızlığı ile askeri mahkemelerin bağımsızlığını birbirinden farklı mütalaa ettiği sonucuna varılmaktadır. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi’nin bu içtihadının,

⁵⁵ Yüksek Mahkeme’ye göre, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı, hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez öğelerindedir. Askerlik ise, birçok yaşamsal işlevi bulunan ulusal bir görev alanıdır. Temeli emir-komuta düzeninin gerektirdiği saygı, itaat, disiplin ve özveridir. İşlerin önemi ve özelliği nedeniyle yerleşmiş gelenek ve göreneklere korumakta özen göstermek zorunludur. Askeri yargının kabul edilmiş olması askerlik hizmetinin gereklerinden kaynaklanmaktadır. Anayasa’nın 145. maddesinde öngörülen mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askerlik hizmetinin gerekleri ilkelerinin bir arada ve birbirleriyle uzlaştırılmak suretiyle yapılacak bir düzenlemenin Anayasa’ya en uygun çözüm biçimi olacağına kuşku yoktur. Ancak böyle bir uzlaştırma ve bağdaştırmanın olanaksız bulunması durumunda “askerlik hizmetinin gerekleri” esasının mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının elverdiği ölçüler içinde nazara alınması zorunlu olacaktır. Silahlı kuvvetlerde korunması gereken ilke ve kuralların başında hiç kuşkusuz disiplin gelir. Amir-maiyet, ast-üst ilişkilerinin askeri hizmetin gereklerine uygun bir düzeyde tutulabilmesi ancak sağlam bir disiplinle başarılabilir. Disiplin silahlı kuvvetlerin “olmazsa olmaz” koşuludur. Askeri hâkimler de askerliğin bu kurallarına ve onu ayakta tutan disipline uymak zorundadırlar. Askeri hâkimler sıfat ve statülerinin gereği olarak hâkimlikle beraber subaylık kimliklerini de özenle korumak ve kollamak zorundadırlar. Askeri hâkimlerin bu niteliklerinin belirlenip değerlendirilmesinde salt mesleki sicilleri yeterli olmaz. Bunlarda da karşılıklı astlık üstlük ilişkileri içinde oldukları subaylarda aranan tüm niteliklerin bulunması gereklidir. Bu da ancak kuruluş bağlantısına göre sicil üstleri tarafından askeri niteliklere verilecek notlarla sağlanabilir. AYMK, 11.12.1990 T. E.1989/17, K.1990/33 (RG, 15.6.1991-20902) .

⁵⁶ AYMK, 10.1.1974 tarih ve E.1972/49, K.1974/1 (RG. 24.6.1974-14925)

AİHM kararları göz önünde bulundurularak, değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.

Ancak, Anayasa Mahkemesi 2004 yılında, 631 sayılı KHK'nın 17. maddesinde yer alan "...askeri hakim sınıfı subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz." hükmünün iptaline ilişkin olarak verdiği kararda, askerlik hizmetinin gereklerinin yargı hizmeti yönünden mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi ilkelerinden önce geldiğinin düşünülmemeyeceğini, bu nedene dayanarak mahkemelerin bağımsızlığının ve hakimlik teminatının zedelenmesine izin verilemeyeceğini belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme'ye göre: "askerlik hizmetinin gerekleri" kavramı, "...askerliğe ilişkin yerleşmiş gelenek ve göreneklerle kurulmuş olan ve özü "disiplin"e dayanan bir düzenin sürdürülmesi için gerekli görülen bir ilke..."dir.⁵⁷

Diğer taraftan Anayasa'ya; "...Yargı fonksiyonunun doğrudan doğruya adaletin gerçekleştirilmesi amacına yönelik niteliği ve hukuki uyumsuzlukları kesin olarak çözüme özelliği, bu fonksiyonu yerine getiren devlet organlarının da daha güvenceli hale getirilmesini zorunlu kılmış böylece yargı organının, yasama ve yürütme organları karşısında bağımsızlığı ilkesi kabul edilirken yargı fonksiyonunu yerine getiren hakimlerin de diğer kamu görevlilerinden daha güvenceli bir statüye kavuşturulmaları benimsenmiştir. Hakimlik güvencesi, yargılama görevinin her türlü baskıdan uzak olarak yerine getirilmesi amacını güder. Bu güvence yargıca sağlanmış bir ayrıcalık olmayıp, yargı görevinin gereğidir. Yargı bağımsızlığı hakimlerin görevleri dışında özlük haklarıyla ilgili kişisel bağımsızlığa da kavuşturulmalarını gerektirir."

Anayasada yer alan "...mahkemelerin bağımsızlığı", "hâkimlik teminatı" ve "askerlik hizmetlerinin gerekleri" ilkelerinin yaşama geçirilmesi, bunların bir arada ve birbirleriyle uzlaştırılması suretiyle yapılacak bir düzenlemeyle mümkün olabilir. Böyle bir uzlaşma ve bağdaştırmanın olanaksız bulunması durumunda ise "askerlik hizmetlerinin gerekleri" esasının, "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "hâkimlik teminatı" ilkelerinin elverdiği ölçüler içinde dikkate alınması zorunlu olacaktır. Diğer bir deyişle, "askerlik hizmet-

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 7.02.2007 tarih ve E. 2005/61, K. 2007/17 sayılı iptal kararı. Bu Karar 28.06.2007 tarihli ve 26566 sayılı RG de yayımlanmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin 12.05.2004 tarihli ve E. 2003/57, K. 2004/57 sayılı İptal Kararı. Bu karar 29.07.2004 tarihli ve 25537 sayılı RG de yayımlanmıştır.

lerinin gerekleri" ancak askeri yargının bağımsızlığına ve bu bağımsızlığın güvencesi, dayanağı olan hâkimlik teminatına dokunmadığı sürece söz konusu olabilir."

"Belirtilen bu açıklamalar ışığında, askeri hâkimlerin subay statüsünde asker kişi olmalarından kaynaklanan yargı hizmeti dışındaki ilişkilerinin "askerlik hizmetlerinin gerekleri"ne göre kanunla düzenleneceği doğaldır ve esasen 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun Ek 10. maddesi ile 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun ilgili hükümleri bu doğrultuda kurallar öngörmüştür. Askeri hâkimlerin "özlük işleri" kapsamına giren ve hâkimlik görevinin ifası nedeniyle verilen ödenek, ek gösterge, tazminat gibi ödeme kalemlerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ile doğrudan bağlantısı nedeniyle, genel adli yargıya paralel biçimde düzenlenmesi anılan anayasal kuralların doğal gereğidir."

"Askeri hakim sınıfı subaylara, diğer subaylardan farklı tazminat ve ödenek verilmesi hakimlik görevinin gereğidir. Görev tazminatı, hakimlik görevinin niteliği ve özelliği göz önünde bulundurularak saptandığına göre rütbe, tazminatın belirlenmesinde etkileyici olmamalıdır. Başka bir anlatımla bu tazminat ilgililere, belirli bir rütbede oldukları için değil, hakim ve savcı oldukları için verilmektedir."

"Görevi gereği yüksek hakimlik tazminatını alma bakımından diğer hakimlerle aynı hukuksal durumda bulunan askeri hakim sınıfı subayların bir bölümünün, yargı hizmeti dışındaki bir hizmetle kıyaslama yapılmak suretiyle, görev tazminatlarının sınırlandırılması askeri hizmetin gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayanmadığı gibi Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırıdır."⁵⁸

Yüksek Mahkeme, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcısı'na "general/amiral rütbesinde olmaması halinde daha düşük gösterge karşılığı "Yüksek Hakimlik Tazminatı" ödeneceği şeklinde bir sınırlama getiren 23.1.1987 günlü 270 sayılı Yüksek Hakimlik Tazminatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 3. maddesinin (A) fıkrasının, 20.3.1997 günlü ve 570 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen cetvelin (1) numaralı sırasında yer alan "... (General- Amiral rütbesinde olmak şartıyla)" ibaresi ile

⁵⁸ AYMK,12.5.2004 tarih ve E. 2003/57, K. 2004/57 sayılı (RG, 29.7.2004- 25537)

(2) numaralı sırasında yer alan "...Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcısı,..." ibaresinin iptali istemiyle açılan dava üzerine vermiş olduğu iptal kararının gerekçesinde de benzeri gerekçelere yer vermiştir.⁵⁹

Mahkemeye göre; Anayasa'nın 145., 156. ve 157. maddelerinde "ortak" bir unsur olarak yer alan, adli ve idari yargı yanında Anayasa'da ayrıca bir askeri yargı sisteminin kabulünü gerekli kılan askerlik hizmetlerinin gerekleri, askerliğe ilişkin yerleşmiş gelenek ve göreneklerle kurulmuş olan ve özü "disiplin"e dayanan bir düzenin sürdürülmesi için gerekli görülen bir ilkedir.

Şu halde askeri mahkemelerin bağımsızlığının sağlanması için, "askerlik hizmetinin gerekleri" kavramına anayasada yer verilmesi, fakat bu ilke esas alınarak düzenlenebilecek hususların sayılmak suretiyle gösterilmesi gereklidir. Bu bağlamda "askerlik hizmetinin gerekleri"nin soyut bir kavram oluşu ve ancak askeri yargı alanında yapılacak yasal düzenlemelerle somut bir anlam kazanacağı göz önünde bulundurulmalı; buna göre düzenlenebilecek hususlar sayılarak gösterilmeli, ayrıca söz konusu ilkenin "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "hakimlik teminatı" ilkelerini zedeleyecek biçimde yorumlanamayacağı özellikle vurgulanmalıdır.

Bu bakımdan TBB Anayasa Önerisi'nde askerlik hizmetinin gereklerine göre yapılacak yasa düzenlemelerinin "mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim güvencesini etkisiz kılmamak" koşuluna bağlanması olumlu bulunmakla birlikte, söz konusu ilkelerin hangi hallerde etkisiz hale geleceği konusunda bugün yaşanan tereddütleri giderecek nitelikte görülmemiştir.

Buna karşılık Özbudun önerisinde, askerlik hizmetinin gereklerine yer verilmemiş olmasına rağmen, başka maddelerde bu ilkeye göre düzenleme yapılmasına imkan sağlayacak biçimde hükümlere yer verilmesi, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı ilkeleri açısından son derece sakıncalı bulunmuştur.

2. Askeri Mahkemelerin Görevi Açısından

1982 Anayasası'nın, asker olmayan kişilerin belli suçları bakımından askeri mahkemede yargılanmalarını kabul ettiği ve bunu özel

⁵⁹ AYMK, 7.2.2007 tarihli ve E. 2005/61, K. 2007/17 sayılı (RG, 28.6.2007-26566).

olarak düzenlediği yukarıda açıklanmıştı. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları dikkate alınarak 353 sayılı kanunda 5530 sayılı kanunla değişiklik yapıldığına ve sivillerin askeri mahkemede yargılanmalarının, asker kişilerle iştirak halinde işlenen askeri suçlarla sınırlandırıldığına da işaret edilmişti.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, sivillerin askeri mahkemede yargılanmaları, her ne şekilde olursa olsun, tabii hakim ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle barış döneminde, asker olmayan kişilerin, askeri mahkemede yargılanmalarını düzenleyen Anayasa'nın 145. maddesinin ikinci fıkrasına benzer bir hükme yeni anayasada yer verilmemesi ve yasa düzenlemelerinin bu doğrultuda yapılması yerinde olacaktır.

Buna karşılık incelenen önerilerde, askeri mahkemelerin görevlerinin, sadece asker kişilerin askeri suçlarıyla sınırlandırılmasında isabet bulunmadığı kanaatindeyiz.

Özbudun önerisinde bu sınırlama, *"asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askerî suçlara ait davalar"* şeklinde ifade edilmiştir. TBB önerisinde ise, *"asker kişilerin salt askeri nitelikli davaları"* ibaresine yer verilmiştir.

Yargıya ilişkin genel gerekçeler ile madde gerekçeleri incelendiğinde, her iki önerideki göreve ilişkin sınırlamanın, iki ayrı konuda duyulan endişeden kaynaklandığı sonucuna varılmaktadır. Bunlardan ilki, asker olmayan kişilerin askeri mahkemede yargılanmalarının tabii hakim ilkesine aykırı bulunmasıdır. Endişe duyulmasının ikinci nedeni ise, askeri mahkemelerin bağımsız olmadıkları hususunda öğretilerde ileri sürülen görüşler ile yargı kararlarıdır. Bu endişelerin ortadan kaldırılması, sivil kişilerin askeri mahkemede yargılanmalarına son verilmesi ve askeri mahkemelerin bağımsız bir görünüme kavuşturulmasıyla mümkündür. Yargı bağımsızlığının sağlanması sadece siviller açısından değil, asker kişiler açısından da önemlidir.

Ancak askeri yargıya duyulan ihtiyaç ve bu bağlamda askeri yargı organlarının varlık nedeni göz önünde bulundurulduğunda, doğal olan, asker kişilerin, sadece askeri suçları bakımından değil, bundan başka, asker kişiye karşı işlediği suçlar ile askeri mahkemelerde işledikleri suçlar nedeniyle de askeri mahkemede yargılanmalarıdır. Bir başka ifadeyle asker kişilerin, söz konusu suçları bakımından askeri mahke-

mede yargılanmalarında tabii hakim ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. Aksine, tabii hakim ilkesi, asker kişiler bakımından böyle bir düzenleme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu genel açıklamadan sonra önerilerdeki göreve ilişkin düzenlemeler üzerinde durmakta yarar vardır.

a. Özbudun Önerisinin Eleştirisi

Bu düzenlemeye göre, askeri mahkemelerin görevi, yalnızca, asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri askeri suçlarla sınırlı olacaktır. Bir başka anlatımla, asker kişinin, askerlik hizmet ve görevi dışında işlediği bir kısım askeri suçlar, bu mahkemelerin görevi dışında kalacaktır. Örnek: Er Mehmet'in eğitim ya da nöbet hizmeti sırasında amir ve üstlerine karşı işlediği hırsızlık, hakaret, yaralama, öldürme gibi suçlara ilişkin davalara askeri mahkemede bakılacaktır. Buna karşılık söz konusu suçlar aynı kişi tarafından mesai saatleri dışında, koğuştta dinlenme sırasında veya yemekte işlenmişse, dava adli yargıda görülecektir. Ayrıca bu düzenleme, asker kişilerin, askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak kışla dışında işledikleri suçlara ilişkin davalara askeri yargıda bakılmasını gerektirirken, kışla içinde asker kişiler tarafından işlenen, fakat askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olmayan tüm suçları, askeri mahkemelerin görevi dışında bırakmaktadır. Halbuki askeri mahkemelere ihtiyaç duyulmasının sebeplerinin başında, suç işlenmesiyle bozulan askeri disiplinin yeniden tesisi gelmektedir. Bunun için yargılamanın kısa sürede ve adil bir şekilde sonuçlandırılarak suçluların cezalandırılması gerekmektedir.

Diğer taraftan asker kişilerin kışla içinde işledikleri suçların hemen tamamı, askeri disiplini temelinden sarsmaktadır; dolayısıyla asker kişiler tarafından askeri mahalde işlenen suçların askeri yargıda görülmesinde büyük yarar vardır. Ayrıca bu tür suçlara askeri yargıda bakılması, dolayısıyla hazırlık soruşturmasının askeri savcılar tarafından yapılması, delillerin toplanmasında kolaylık sağlayacağı gibi, yargılama sürecini de olumlu yönde etkileyecektir.

Önerideki düzenlemenin bir başka sakıncası, asker kişilerin, asker kişilere karşı işledikleri askeri suç niteliğinde olmayan suçları, askeri yargının görev alanı dışına çıkarmasıdır. Oysa bu tür suçlar da, askeri disiplini önemli derecede zedelemektedir. Dolayısıyla söz konusu suç-

lara ilişkin davalara askeri mahkemede bakılmasında askeri disiplin açısından önemli yararlar bulunduğu kanaatindeyiz. Aksi halde kışladaki olayları dışarıya taşımış oluruz ki bu durum, askeri disiplinin korunması bakımından sakıncalıdır.

b. TBB Önerisinin Eleştirisi

Öncelikle askeri mahkemelerin görev alanının, “asker kişilerin salt askeri nitelikli suçlarıyla ilgili davalarına bakar.” şeklinde düzenlemesi yeterli açıklıkta değildir. Özellikle “asker kişilerin salt askeri nitelikli suçları” kavramı pek çok tartışmayı da beraberinde getirecektir. Salt sözcüğü, sözlük anlamıyla “yalnız, tek”, “katkısız” anlamlarına gelmektedir. Dolayısıyla “salt askeri nitelikli suç” terimiyle sırf askeri suçlar mı kastedilmektedir? Yoksa bu terim, Askeri Ceza Kanunu’nun atıf yoluyla cezalandırdığı askeri suçları da kapsamakta mıdır? Bu konuda madde metninde ve gerekçesinde tam bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla beraber, askeri yargıyla ilgili olarak yapılan genel açıklamalardan bu düzenlemeyle, askeri mahkemelerin görev alanının, asker kişilerin işledikleri “askeri suçlarla” sınırlandırılmak istendiği sonucuna varılmaktadır. Ancak bu düzenleme, askeri mahalde işlenen, fakat askeri suç niteliğinde olmayan suçlarla, askeri hizmet ve görevle ilgili olan, buna karşılık askeri nitelik taşımayan suçların askeri mahkemelerin görevi dışında kalması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle askeri mahkemelerin görevlerinin bu şekilde belirlenmiş olması, bu mahkemelerden beklenen yargı fonksiyonunun gereği gibi yerine getirilmesine engel teşkil edecektir.

Buna karşılık öneride, savaş halinde askeri mahkemelerin görev ve yetkisinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmiş olması son derecede yerinde bulunmuştur. Böylece Özbudun önerisindeki eksiklik giderilmiş olmaktadır.

3. Askeri Yargıtay Açısından

Bugün için, üyelerin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi ayrık tutulacak olursa, Anayasada yer alan, Askeri Yargıtay’ın kuruluş ve işleyişine ilişkin hükümler açısından önemli bir sorun bulunmamaktadır.

Askeri Yargıtay, 1982 Anayasası'nda yüksek mahkemeler arasında düzenlenmiştir. Önerilerde de Askeri Yargıtayın kuruluşu ve işleyişinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Ayrıca Askeri Yargıtay üyelerinin birinci sınıf askeri hâkimler arasından Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçileceği de hüküm altına alınmıştır. Böylece Askeri Yargıtay'ın kuruluşunda *"bağımsızlık" ve "tarafsızlık"* ilkeleri korunmuştur.

Askeri Yargıtay'la ilgili önerilerdeki diğer hükümler, hem kendi aralarında hem de 1982 Anayasası'yla büyük ölçüde benzerlik göstermektedir.

Ancak bu düzenlemelere bazı noktalarda iştirak etmediğimizi belirtelim.

a. TBB önerisinde, *"Askeri Yargıtay, askeri mahkemelerden verilen kararların son inceleme yeridir."* denilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, *"karar"* ibaresini esas almakla birlikte (m. 33- 35), *"hüküm"* kavramına ayrı bir anlam vererek ayrıca düzenlemiştir (m. 223). Bu nedenle madde metnindeki *"kararların"* sözcüğü, *"karar ve hükümlerin"* şeklinde değiştirilmelidir.

b. Askeri Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakacağı suçlar; 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu'nun 37 ve 38. maddeleri ile 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 33. maddesinde gösterilmiş olup yargı alanı, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerinin *"askeri yargıya tabi şahsi suçları"* ile sınırlıdır. Bu düzenleme askeri yargının görev alanını belirleyen TBB önerisinin 158. maddesi hükmüne aykırı olmadığından, 1982 Anayasası'ndaki *"belli davalarına"* şeklindeki ibarenin *"salt askeri nitelikli davalarına"* şeklinde değiştirilmesine gerek yoktur.

c. Anayasa Mahkemesi ve Yüce Divan'a Askeri Yargıtay'dan üye seçilmesi.

Özbudun önerisinde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin bir kısmının, Yüce Divan üyelerinin ise tamamının yüksek mahkeme üyeleri arasından seçileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'ne Sayıştay'dan üye seçilmesi kabul edildiği halde, Askeri Yargıtay üyeleri bunun dışında bırakılmıştır.

Yüce Divan ise Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanı'nun başkanlığı altında Yargıtay ceza daireleri üyeleri arasından seçilen beş üye ile Anayasa Mahkemesi üyelerinin kendi aralarından seçecekleri beş üye olmak üzere onbir kişiden oluşmaktadır.

Askeri Yargıtay üyeleri, kendi çok özel alanlarında uzmanlaşmış oldukları gibi ceza hukuku uygulayıcısı olmaları sebebiyle de bu alanda da büyük deneyim kazanmış kimselerdir.

Diğer taraftan Askeri Yargıtay, Türk Ceza Kanunu'nun ve uygulamasını yaptığı diğer yasa ve düzenlemelerle ilgili olarak içtihat yaratma yetkisine sahip, ceza yargılamasına ilişkin çok önemli konularda emsallerine öncülük etmiş bir kurumdur.

Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında hukuk fakültesi mezunu olmayanların da bulunabileceği göz önüne alındığında, Yüce Divan'ın oluşumunda Askeri Yargıtay üyelerine yer verilmemesinin nedeni anlaşılammaktadır. Aynı şey Anayasa Mahkemesi üyeliği için de geçerlidir. Bu yüksek mahkemeye Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay'ın üye göndermesi kabul edilirken, Askeri Yargıtay üyelerinin bunun dışında tutulmasının sebebinin, hukuki olmaktan daha çok siyasi olduğu aklı gelmektedir.

TBB Önerisinde, Anayasa Mahkemesi üyelerinden birinin Askeri Yargıtay üyeleri arasından seçilmesi öngörülmüş ve böylece 1982 Anayasası'nın bu konudaki düzenlemesi aynen korunmuştur. Bu öneride Yüce Divan ayrı bir yüksek mahkeme olarak düşünülmemiş, bu sıfat, Yargıtay ceza dairelerinin en kıdemli başkanının başkanlığında, en kıdemli dört başkanından oluşan kurula verilmiştir. Yüce Divan'ın bu oluşum biçimi dikkate alındığında, kurulda Askeri Yargıtay üyelerine yer verilmemiş olması da doğaldır.

Sonuç itibariyle Anayasa önerilerinde Askeri Yargıtay, askeri bir kurum olarak düşünülmüştür. Bu bağlamda Başkan ve üyelerinin rütbe sahibi oldukları kabul edilerek Askeri Yargıtay Başkanı, Askeri Yargıtay Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanlarının rütbe ve kıdem sıralarına göre atanacakları belirtilmiştir. Aslında bugüne kadar askeri kimliğini muhafaza eden Askeri Yargıtay'ın, yeni Anayasada bu şekilde düzenlenmesinde yadırganacak bir durum yoktur. Askeri Yargıtay'ın kendi alanında görevini bu güne kadar olduğu gibi, bundan sonra da en iyi şekilde yapacağı hususunda tereddüde düşülmemelidir.

Durum böyle olmakla beraber Askeri Yargıtay'ın sivil bir yüksek mahkeme olarak yapılanması mümkün olamaz mı?

Kanaatimizce böyle bir düzenleme, yargı bağımsızlığına ve hukuk devleti ilkesine daha uygun düşecektir. Şöyle ki;

Bugün için Askeri Yargıtay üyelerinin askerlik mesleği ile ilişkileri, subay statüsünde olmaları ve üniforma taşımaları nedeniyle, TSK İç Hizmet Kanunu'nun getirdiği yükümlülüklerden ibarettir. Ayrıca subay olmaları nedeniyle askeri mevzuatın kendilerine tanıdığı hak ve menfaatlerden de yararlanmaktadır.

TSK İç Hizmet Kanunu'ndaki yükümlülükler, üyeler bakımından sadece astlık- üstlük ilişkisiyle sınırlıdır.

Subayların rütbe terfi ve esasları TSK Personel Kanunu'nun 38- 44. maddelerinde, general ve amiral terfileri ise 47 ve 54. maddelerinde düzenlenmiştir.

Askeri Yargıtay üyelerinin rütbe terfi esas ve şartları ise 357 sayılı kanunun Ek 5. maddesinin C ve E bentlerinde gösterilmiştir. Üyeler hakkında idari ve mesleki sicil düzenlenemediğinden, bunların rütbe yükselmeleri, bekleme süreleri sonunda, söz konusu hükümlere göre, fakat üyelikten önceki sicillerine göre yapılmaktadır.

Ancak 926 sayılı TSK Personel Kanununu hükümlerine göre albayların general- amiral rütbesine yükselmeleri ile general- amirallerin bir üst rütbeye yükselmeleri ve emekliye ayrılmaları Yüksek Askeri Şura Kararı ile mümkündür. Askeri Yargıtay üyesi hakim albayların general-amiral rütbesine yükselmeleri ile bu rütbeye yükselenlerin emeklilikleri de aynı usule göre yapılmaktadır (357/ Ek m.5/C). Bir başka ifadeyle general-amiral rütbesine yükselmek için üyenin sicil notunun yüksek olması yeterli olmayıp ayrıca Yüksek Askeri Şura'nın bu konuda karar vermesi gerekmektedir. Yani bu konuda idarenin takdir hakkı bulunmaktadır.⁶⁰ Rütbe bekleme süresini tamamlamış olan general-

⁶⁰ 357 sayılı kanunda Askeri Yargıtay Başkanı'nun kadrosu tümgeneral/tümamiral, Başsavcısı ve İkinci Başkanı'nun kadroları ise tuğgeneral/tuğamiral olarak gösterilmesine ve o tarihte bekleme süresini doldurmuş üye bulunmasına rağmen, İkinci Başkanlığa 1994 tarihinden itibaren, Başsavcılığa da 2003 yılından itibaren günümüze kadar general rütbesinde atama yapılmamıştır. Bir başka ifadeyle bu makamlara, rütbe ve kıdem sırası esas alınarak albaylar getirilmiştir. Bütün bunlar askerlik mesleğinin gereklerine uygundur, fakat mahkemelerin bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır.

amirallerin aynı rütbede bir yıl daha hizmete devam edebilmeleri de Yüksek Askeri Şura kararına bağlıdır.⁶¹ Ayrıca albaylıktan generalliğe yükselen üyelerin emeklilik yaş sınırı da değişmektedir (5434/m. 40). Buna karşılık general-amiral rütbesine yükselen bir üyenin, albayın emeklilik yaş sınırı olan 60 yaşını doldurmadan önce Yüksek Askeri Şura kararı ile emekli edilmesi mümkün bulunmaktadır. Uygulamada bunun örneklerine rastlanılmaktadır.

Askeri Yargıtay'ın askeri niteliğinin, hakimlik mesleği ile bağdaşmayan yönlerini aşağıdaki başlıklar altında özetlemek mümkündür.

a. Üyelerin rütbe yükselmeleri ve kıdem sıraları, üyelik öncesi alınan sicile göre yapıldığından, üyelikte gösterilen başarı ve liyakat değerlendirme dışı bırakılmaktadır.

b. Başkan, Başsavcı, İkinci Başkan ve daire başkanlarının rütbe ve askerlik kıdemi esas alınarak idare tarafından atanmaları, hakimlik mesleğinin değil, aksine, askerlik mesleğinin gereklerinden biridir. Görünüm bakımından mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırıdır.

c. Askeri hakimlerin birinci sınıfa ayrılmaları ile rütbe yükselmeleri farklı koşullara tabi tutulduğundan, mesleki yönden yetenekli ve başarılı bir hakimin, seçilme hakkını kazandığı rütbenin ilk yıllarında Askeri Yargıtay'a üye seçilmesi mümkündür. Ancak kıdemli albay rütbesinde bulunan bir askeri hakim subayın üye seçilmesine de yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda bir yıllık Askeri Yargıtay üyesi olan albay, altı yıl üyelik yapmış olan bir yarbaydan önce Başkan, Başsavcı, İkinci Başkan veya daire başkanı olarak atanabilecektir. Bunu bir örnekle açıklayalım. Askeri hakim (A), askeri hakim (B) den askerlik kıdemi bakımından iki yıl öndedir. Bu nedenle (A), (B) den iki yıl önce yarbaylığa yükselmiştir. Ancak (B), bugünkü mevzuata göre yarbaylığın ilk yılında askeri Yargıtaya üye seçilmiş, (A) ise, aradan altı yıl geçtikten sonra kıdemli albay iken üye seçilmiştir. (A) nın üye seçildiği yıl, daire başkanlığı istifa nedeniyle boşalmıştır. Bu durumda daha kıdemli başka üye yoksa, çok daha uzun süre üyelik yapmış olan (B) değil, rütbe itibarıyla kıdemli olan (A) daire başkanlığına atanacak-

⁶¹ Hizmet süresinin uzatılmasını düzenleyen 357 sayılı kanunun Ek 5. maddesinin D bendinin ilk paragrafı şöyledir. "Rütbe bekleme süresi sonunda terfi edemeyen general-amiraller hakkında 926 sayılı Türk silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 49 uncu maddesi hükümleri uygulanır. Ancak, Genelkurmay Başkanının teklifi ve Yüksek Askeri Şuranın üçte iki çoğunluğunun kararı ile bir yıl daha aynı rütbede hizmete devam edebilirler."

tır. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Askeri hakimlik mesleğine değişik kaynaklardan (357 sayılı kanununun 2. maddesine göre altı ayrı kaynaktan) personel temin edildiği dikkate alındığında benzeri durumlarla karşılaşmak kaçınılmazdır.

d. Bir başka sorun Askeri Yargıtay'ın temsiliyle ilgilidir.

Askeri Yargıtay'ı, diğer yüksek mahkemelerde olduğu gibi, Başkan temsil etmektedir (As.YK m. 17/1). Ancak Askeri Yargıtay Başkan, Başsavcı, daire başkanları ve üyeleri asker kişi olmaları sebebiyle askeri protokol kurallarına tabidirler.⁶² Halbuki diğer yüksek mahkeme başkanları, devlet protokolünde altı, yedi ve sekizinci sıralarda yer almaktadırlar. Bunların kendi aralarında şöyle sıralanmaktadır: Anayasa Mahkemesi Başkanı, Yargıtay Birinci Başkanı ve Danıştay Başkanı. Askeri Yargıtay Başkanı'nun, bu sıfatla protokolde yeri yoktur.

Askerlerin protokol sırası ise, sahip oldukları rütbeye göre belirlenmektedir. Bugün için Askeri Yargıtay Başkanı tuğgeneral rütbesindedir. Devlet Protokol listesinde tuğgeneraller/tuğamiraller, Devlet Denetleme Kurulu üyelerinden sonra 67. sırada yer almışlardır.⁶³ Bu durum Askeri Yargıtay'ın temsili açısından, eşitleri karşısında farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmasına neden olmaktadır.

Bu nedenle Askeri Yargıtay üyeliğine seçilenlerin, Anayasa Mahkemesi'ne seçilen Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerinde olduğu gibi, Silahlı Kuvvetlerle ilişkisinin kesilip sivil olarak üyelik görevini yürütmesi ve böylece Askeri Yargıtay'ın sivil bir görünüm kazanmasının, Silahlı Kuvvetler'in yapısı ve disiplin açısından sakınca yaratmayacağını düşünüyoruz.

Dokuzuncu Kalkınma Planı Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu'nda belirtilen düşünceler ve varılan sonuçlar, böyle bir düzenleme yapılmasının gereğini ortaya koymaktadır.

⁶² As.YK m. 43; "Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, Daire Başkanları ve üyeleri askeri protokol şartlarına tabi olurlar." şeklindedir.

⁶³ TC Dışişleri Bakanlığı Protokol Genel Müdürlüğü'nün TBMM Başkanlığı'na yazdığı 26.10.1999 tarihli yazılarına göre Başbakanlık tarafından hazırlanan ve Cumhurbaşkanınca da uygun görülen Devlet Protokol Listesi'nde; Anayasa Mahkemesi Başkanı 6. sırada, Yargıtay Birinci Başkanı ve Danıştay Başkanı 7 ve 8. sıralarda, Sayıştay Başkanı 21. sırada, Yargıtay ve Danıştay Başsavcıları 22 ve 23. sıralarda yer almışlardır.

Dokuzuncu Kalkınma Planı Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu'nda, "Askerî yargıda hâkimlerin rütbe esasına ve idarî sicil sistemine göre çalıştırılması, doğal hâkim, yargı bağımsızlığı ve özellikle hâkimlik güvencesi ilkelerine aykırıdır"⁶⁴ saptamasından sonra, Plana yanıtılması gereken hususlar, yapılması gereken yasal düzenlemeler ve oluşturulması düşünülen kurumlar Raporun değişik bölümlerinde ele alınmıştır.

Bu çerçevede yapılması gereken düzenlemelerle ilgili olarak; "yargı organlarının tam bağımsız ve tarafsız hale getirilmesine yönelik olarak gerekli tüm hukuksal ve kurumsal düzenlemeler yapılacaktır.

Askerî ceza mahkemelerinde hâkimlik görevi için, sadece hukuk fakültesi mezunlarının atanabilmesini öngören yasal değişiklikler yapılacaktır.

Askerî disiplin mahkemelerinin mahkeme olma niteliği kaldırılarak, disiplin kovuşturması ve yargılaması yapan askeri kurullara dönüştürülmesi sağlanacaktır." denilmiştir.⁶⁵

Öte yandan ayrı bir askeri yargı sistemine sahip olan AB üyesi ülkelerde, bu tür yargı organlarında ya sivil hakimlerin görevlendirildiği ya da hakimlerin sivil olarak görev yaptıkları, özellikle Askeri Temyiz Mahkemesi kuruluşunun sivilleştirildiği görülmektedir. Bugün için

⁶⁴ Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007- 2013) Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu s. 22.

⁶⁵ Raporun "Temel Amaç ve Politikalar ile Öncelik ve Tedbirlerin Gelişme Eksenleri Bazında Tasnifi (Matris I-II)" başlıklı bölümünde askeri yargı ve askeri hakimlik mesleği ile ilgili olarak şu değerlendirmeler yapılmıştır (Rapor s. 72- 75).

"1-Askerî hâkim ve Savcılara özgü bağımsız ve özerk çalışan Askerî Yargı Yüksek Kurulu'nun kurulması;

2- Askerî mahkemelerin kuruluşu, oluşumu ve işleyişinde, yargı bağımsızlığı, teminatı ve yansızlığına gölge düşmesini önleyecek kurumsal düzenlemelere gidilmesi;

3- Askerî disiplin mahkemelerinin kaldırılarak, görev ve yetkilerinin Askeri Ceza Mahkemelerine devredilmesi

4- Askerî mahkeme binalarının askeri hizmet alanları dışına çıkarılması suretiyle, ilgili rahatlukla girebilecekleri ve duruşmaları takip edebilecekleri fiziksel mekânların düzenlenmesi konusunda gerekli tedbirlerin alınması;

5-Askerî Yüksek İdari Mahkemesi'nde subay üyelerin yer almasının önüne geçilerek hâkim sınıfından üyelere yer verilmesi,

6- Askerî mahkemelerde subay üyelerin çıkarılarak, sadece hâkim sınıfından üyelerin görevlendirilmesi;

7- Askerî Disiplin Âmirliklerinin kararlarına karşı yolunun açılması.

Ayrıca Askerî Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bütçesinin Milli Savunma Bakanlığı bütçesi içinde çıkarılarak Yargıtay ve Danıştay bütçelerinde olduğu gibi ayrı bütçelerinin olması."

Hollanda, İtalya ve İspanya, Macaristan, Romanya ve Yunanistan'da bu gerçekleştirilmiş bulunmaktadır.

Bütün bunlar birlikte değerlendirildiğinde, Milli Savunma Bakanlığı kadro ve kuruluşunda bulunan Askeri Yargıtay'ın, Milli Savunma Bakanlığı teşkilatından çıkarılarak, Yargıtay gibi bağımsız sivil bir yüksek mahkeme olarak düzenlenmesi, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine daha uygun düşecektir. Böyle bir düzenleme yapıldığı takdirde, hem AB müktesebatına uygunluk sağlanacak hem Askeri Yargıtay'ın çalışma usulü hakimlik mesleğinin gereklerine göre düzenlenebilecek hem de Askeri Yargıtay'ın temsilinde karşılaşılan sorunlar ortadan kalkacaktır. Çünkü böylece Askeri Yargıtay'ın diğer yüksek mahkemelerle aynı statüde olması sağlanmış olacaktır.

VI. SONUÇ

Sonuç olarak, yeni Anayasada askeri yargı organlarının kuruluş ve işleyişinin sadece mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim güvencesi ilkelerine göre düzenlenmesi; buna karşılık askerlik hizmetinin gereklerine, başka türlü düzenleme imkanı olmayan ve askeri disiplin ve hiyerarşinin zorunlu kıldığı durumlarda yer verilmesi, bağımsızlık konusundaki tartışmaları sona erdirirken toplumda adalet ve bu bağlamda askeri yargıya olan güven ve inancın yerleşip pekişmesini sağlayacaktır.

Askeri Yargıtay'ın eşitleri gibi düzenlenmesi ise, sivil ve bağımsız bir görünüm kazanmasında, özellikle de temsil edilmesindeki sorunların ortadan kalkmasında etkili olacaktır.

AVUKATLIK MESLEK ETİĞİNE KRİMİNOLOJİK BİR YAKLAŞIM

Mustafa Tören YÜCEL*

Giriş

Toplumda insan, değerleri, kültürü, yaşamı, düşünceleri ve duyguları ile vardır. İşte bu faktörlerle her topluma özgü davranış modelleri ve anlam sistemleri oluşmaktadır. Sağlıklı olması gereken anlam sistemleri içinde önemli bir parametre “adalete güven” duygusudur.¹ Düzen içindeki insanların düzene ve birbirlerine karşı güveni, adalete güvenlerinden gelmektedir. İşte bu noktada etikle adalet arasındaki ilişki ve etkileşim devreye girmektedir.

Etik ilkeler, uygulamada, belirli meslek ve davranış alanlarına aktarılır. Her özel meslek, mensupları arasında belirli düşünce biçimleri ve karakteristik özellikler geliştirerek; ortak bir davranış paydası oluşturmaktadır. Bu payda meslek mensupları arasında gelişen değer yargılarına işaret etmektedir. Sembolik etkileşim sürecinde, bu değer yargıları meslek grubu mensuplarının birbirlerini karşılıklı olarak denetlemesi olanağı sağlamaktadır. Özetle, meslek etiği *kabul görmüş ve başarılı bir mesleki faaliyetin* ahlaki açıdan vazgeçilmez koşullarının ne olduğu sergilemektedir. Bu konumu ile dinamik bir doğası bulunmaktadır.

Gerçekte, özgürlük ilkesine dayandırılabilen her davranış,² her

* Doç. Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Felsefesi Ana Bilim Dalı Başkanı.

¹ TBB Meslek Kuralları m. 3: “Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde... yürütür.”

² TBB Meslek Kuralları, m. 2: “Mesleki çalışmada avukat bağımsızlığını korur; bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınır.”

norm, son noktada etik açıdan gerekçelendirilmiştir ve bu bakımdan ahlaki nitelik kazanmıştır.

Ahlaki erdem, kuşkusuz, doğru seçimler yapabilme alışkanlığıdır. Çokça yanlış seçimler arasında birkaç tane doğru seçim yapabilmek kar etmeyecektir. Yanlış seçimler doğru seçimleri fazlaca aştığında kişi-mutluluk yerine ondan uzaklaşarak- devamlı yanlış istikamette yol alacaktır. Yalnız biz *Janus (iki başlı/yüzlü)* yaratıklar için zaman zaman bilinçli/bilinçsiz etik dışı davranışlar da normal görülmelidir.

Bu bağlamda karışıklığa neden olan *ahlak* ile *etik* arasındaki eşitlemedir. Bu konunun açıklığa kavuşturulması için etik terimi "*Ben nasıl yaşamalıyım?*" sorusunu karşılamaya yönelik bir dizi girişimlere özgü olurken; ahlak *ötekilere olan görev'e* odaklanan yanıtlardan oluşan bir alt-dizidir.

Avukatlık ve Etik

Avukatlık, profesyonel nitelikte icra edilen, kamusal niteliği olan önemli bir meslektir. Bu mesleğin vazgeçilemez katkısı ile seyreden adalet gemisinin ne derece güvenli seyrettiği ve sunulan hizmetlerin de ne derece kaliteli olduğu sorgulanmalıdır. 2007 yılı verilerine göre, 15 milyon tüketicinin adalet sisteminde işlem gördüğü göz önüne alınarak kulaktan kulağa (*with a word of mouth*) oluşan kamu oyu karşısında geminin ne derece güvenli olduğu test edilebilir. Bu konudaki araştırma sonuçları ve günlük gazete sütunlarındaki "*çuvallayan adalet*" başlıkları, güven verici bir niteliğe işaret etmemektedir.³ İşte tehlikeli sularda da seyreden gemideki aktörlerin profesyonel niteliği önem arz etmektedir. Bu tehlikeli sulardan kasıt (*hard cases*) kamu oyunun ilgilendiği davalar, sansasyonel(banka hortumlamaları, Hrant Dink cinayeti vs.) davalardır. Bu tür davalar mahkemeler kadar avukatlar için de turnusol kağıdı işlevi göreceklerdir.

İşte irdelemekte olduğumuz avukatlık etiğinin amacı, geminin seyir riskini önleyici ve ülkede adalete güven olgusuna avukatların yapacağı katkıdır. Adaletin *de facto* anlam sağlığı onların sisteme katkısına önemli ölçüde dayalı bulunmaktadır.

³ H. Ökçesiz, "Yargıya Güven Gereksinimin Karşılanması Zorunluluğu, Yargıda Yozlaşma Göstergeleri ve Yargıda Reform için Öneriler", HFSA-5, s.124-125.

Kuşkusuz, hukukun gelişmesindeki anahtar kavramlar da profesyonellik ve pragmatizmdir. Avukatlık kamusal nitelikli bir hizmet olarak *formal* bir eğitim ve/ya ciddi bir staj eğitimi ile üniversal bir profil sergilemektedir. Meslek, belli deontolojik ilkeler şemsiyesi altında mesleki bir kuruluşun (Baroların) denetimi altındadır. Önemli olan meslek kurallarının içselleştirilmesi, ihlali halinde de ödünsüz en ağır yaptırımların uygulanmasıdır.

TBB disiplin kurulu kararları analizi ülke genelinde ihlallerin tipolojisi hakkında genel bir fikir vermektedir. Bu ihlaller "*Genel Kurallar*" bölümünde yer alan şu üç ilke etrafında kümelenmektedir: "*Avukatın çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sarsmayacak biçimde ...yürütmesi*" (MK m. 3); "*Avukatın mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınması*" (MK m. 4); ve "*Avukatların düşüncelerini açıklarken olgun ve objektif olması*" (MK. m. 5).

İşte sorunun temelinde mesleki kimlik ve kültürel referans yatmakta; sosyalleşme sürecinde bu ilkelerin içselleştirilmesi önem kazanmaktadır. Bunun ne derece önemli olduğunu ABD ile Türkiye arasında karşılaştırmalı bir örnekle sergilemek istiyorum -hukuk fakültesinde kopya çektiği saptanan bir öğrenciye uygulanan yaptırım ABD'de "*okuldan atılma*" iken Türkiye'de o dersten başarısızlık yanında okuldan belli süre uzaklaştırma şeklindeki disiplin cezasıdır (!) ABD'de kopya olayını öğrenci ihbar ederken Türkiye'de böyle bir olaya tanık olmanız çok istisnai olacaktır- Kalles, ispiyoncu sıfatlarla damgalanacak öğrenci böyle bir tutum sergilemekten kaçınacaktır. Bu nedenle ihbar çok riskli bir girişim olacaktır. Önemli olan "*bana dokunmayan yılanın bin yıl yaşamasıdır*".

Sistemler Modeli ve Etik Davranış

Etik davranış ve gösterisi salt avukatların tutum ve davranışı ile sınırlı olmayıp, hâkimlerle sembolik etkileşim sürecinin bir vektörü olarak da karşımıza çıkmaktadır. İşte hâkimlerin etik olmayan tutum ve davranışları karşısında avukatların sessiz kalması/veya bunun tersi ile bu tür sessiz- liğin yaygınlığı yargıda yozlaşma göstergesi olmak-

⁴ ABD hukuk fakültesi öğrenci sınav kağıdına kopya çekmediği ve kimseden yardım görmediğini imzası ile beyan etmektedir.

tadır. Bu bağlamda ilçe adliyeleri ile kent adliyeleri arasında bir farkın belirdiği de göze çarpmaktadır.

Bir hâkimin etik dışı tutum ve davranışın mahkemeler arasında tevzii olgusuna nasıl sebebiyet verdiğini sizlerle paylaşmak istiyorum. 1930'lı yıllarda İstanbul adliyesinde hukuk davası açmak isteyen her avukat istediği mahkemede dava açabiliyordu. Ne var ki, bir mahkeme hâkiminin tutumu nedeniyle avukatlar o mahkeme hiç başvurmaymaya başladılar. Bu durumda işsiz kalan mahkemeye iş vermek üzere açılan davaların merkezi olarak tevzii edilmesine başlandı. Yıllar sonra dava- ların mahkemeler arasında elektronik olarak tevzii edilmesi projesini gerçekleştirmek de bana nasip oldu.

Burada söz konusu olan genelde meslek kuralları bilgisinin ne derece sonuç alıcı olup olmadığıdır. Kuşkusuz, etik bilinç⁵ her zaman sonuç alıcı bir nitelik sergilemez. Boşluk (*gap*) teorisi, bilgi ile uygulama arasındaki farkın kaçınılmaz olduğunu sergilemektedir. Uygulayıcılara düşen görev bu boşluğu doldurucu nitelikli tedbir ve mekanizmaların neler olabileceği dinamik bir yaklaşımla irdelemektir. Olayın diğer bir yanı da mesleğin ne derece profesyonelce yapılıp yapılmadığıdır.

Hukuk ve tıp arasındaki benzeşim (adli hata ve malpraktis) bu noktada kendini sergilemektedir. Bu açıdan bakıldığında uzmanlaşma da önem kazanmaktadır. Uzman olmayan kişi hatalı tanı ile hastanın ölümüne sebebiyet verebileceği gibi uzman olmayan bir avukatta haktan/hürriyetten yoksunluğa neden olabilecektir. Bu nedenle, avukatlar alacakları davalarda çok seçici olmalı; kendi ihtisası dışındaki davaları kabul etmekten kaçınmalıdırlar.

Meslek kural ihlallerini azaltmak üzere destekleyici pratik çözümleme tıp alanında olduğu gibi yapay zeka destekli bileşim çözümleri ile olacaktır. Kuşkusuz, çözümlenelerin tasarımı evresinde etik kurallar devreye girmelidir. Bu noktada Ankara Barosu Etik Kurulu birikimleri yararlı bir kaynak oluşturacaktır.

Hâkimler ve avukatlar arasındaki sembolik etkileşim doğası gereği etik ilkelerin rijit bir bağlayıcılığa dönüşmesini sağlayıcı nitelikte olmalıdır. Bileşik kaplar teorisi eksi/artı etkiler olarak bu konudaki işlerliğini kanıtlayacaktır. Aktörlerin sistemle/yapıtla olan ilişkisinde

⁵ TBB Meslek Kuralları, m. 5: "...Mesleki çalışmasında avukat hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır."

birbirini etkilemesi çok doğal bir süreçtir. Olması gereken artılara karşın eksilere de zaman zaman tanık olunmaktadır. Nitekim, yaklaşık 2400 yıl önce söylenen şu sözler sanki bugünlerde söylenmiş gibi gelmektedir. Evet güneş altında söylenmedik bir şey yok gibidir.

“İnsan yaşamında çok asil şeyler var ise de, onların ekserisi bulaşan kötülüklerle bozulmakta ve çürümektedir. Adalet, insanlığı uygarlaştırıcı olarak asil değil midir? Ve avukatlık mesleğinin de asil olması gerekmez mi? Ne var ki, sanat adı altına gizlenmiş kötü bir şöret var oldu. Her şeyden önce, hukukun icadı olarak, ortaya çıkan ihtilaflar ve avukatın becerileri ile haklı veya haksız özel bir davayı kazanabilmesi; sanat ve konuşma gücünü ödemeye istekli olanın hizmetine sunmasına tanık olmaktadır.”⁶

Avukatların, yasa gereği, sulh girişime yönelmeleri toplumsal huzur açısından oldukça önemli ise de, bu girişimlerin minimal ölçüde olması insan aklına, kötümser bir ifade ile, meşhur bir ineğin mülkiyeti üzerine tartışan iki çiftçiye ait (*Punch*) karikatürünü getiriyor: Bir çiftçi ineği boynundan diğeri kuyruğundan çekerken avukat ortada mutlu bir şekilde oturmuş, ineği sağlamakta idi.

Sembolik etkileşim sürecinde- aynaların birbirini yansıtmasına olanak sağlamak üzere/kısır döngüyü kıracak profesyonel avukatların sayısal varlığı önemli bir faktör olarak algılanmalıdır. Nitekim, Türkiye Barolar Birliği başkanlarından rahmetli hocam Prof. Dr. Faruk Erem'in varlığı çok kazanımlar sağlamıştır. Adalet idesi dışında başka bir ideolojisi olmayan hocamızın ışığı halen aydınlatmaktadır. Etik davranışla “yurt sevgisi”nin çatışkısı halinde takınılan tutum da önemlidir. Unutulmamalıdır ki, yurt sevgisi hukukla çeliştikçe cicozlaşmaktadır. Bu konudaki yozlaşmanın bir başka türü de etik dışı bencilliğin en yoğun tezahürüne tanık olunmasına karşın meslektaşların sessiz kalmasıdır. Aynı duyarsızlığa dünyadaki vahşetler karşısında ahlak felseficilerinin sessiz kalmasında tanık olduk. Avukatların sesi etkili olmaktadır. ABD’de Guantanamo’da işkence gören, *waterboarding*’e tabi tutulanların dramını avukatlar ortaya çıkarmışlardır.

Tekrar ahlakilik kuramına döndüğümüzde, ahlakilik ötekilere (insanları, hayvanları ve en önemlisi Tanrı’ya) olan bir görevler dizisidir. Bu görevler insan davranışı üzerine oluşan ciddi sorulara ilişkin bizlerin ben merkezli (Adam Smith) veya sınıfsal güçlerin (Marx) menfa-

⁶ Book XI). The Dialogues of Plato-Laws Jowett Edition, Oxford, 1861, p.449.

atçı duygusal tepkilerini denetlediği varsayılmaktadır. Davranış türü olarak borçlu oluşumuza ilişkin *ahlakilik* bizim itelerimiz/ dürtülerimiz üzerine denetleyici olarak çalışmakta ise de, bu bir us (*reason*) biçimi değildir. Köpek boynundaki tasma ile akıl yürütme süreci olmaksızın denetlenmektedir. Benzer şekilde, duygusal tepkiyi denetleyen bir argümandan ziyade diğer bir duygu da (acımanın kızgınlığı denetlemesi gibi) olabilmektedir. Nitekim, bir yayaya çarpmamak için direksiyonun kırılması veya engelli bir yaşlıya caddeyi geçmesi için yardım edilmesi kişinin ahlaki bir düşünme süreç sonucu olmamaktadır. İşte önemli olan etik bilinç ve birliğin avukatlar arasında tesis edilmesi-temeli saygı olan tutumun refleks bir davranışa bürünmesidir.

Avukatlık Görevi

Stajyerler için önemli olan avukat olmayı öğrenmektir-*olmak yapmaktır*; bu doğrultuda, iyi/kötü avukat davranışından derslerini almalıdır. *Avukatlar kanunlarca izin verilen çerçevede birinci olarak müvekkillerinin çıkar ve gereksinimleriyle yükümlüdürler*. Bu konuda kuşumuz yok ise de, giderek zorlaşan soru, onların ne ölçüde genelin çıkarını göz önüne almaları gerektiğidir. Bilinmesi gereken bir toplumun üyesi olan avukatların, toplum için iyi olanın kendileri için iyi olacağı; ve oyunu kurallarına göre oynamak gereğidir.

Toplumun fayda maksimizasyon modeli bireyin fayda maksimizasyonu modelinden farklı bulunmaktadır. Bunlar zaman zaman birbiriyle çelişmektedir. Ahlak/etik kuralların amacı, kişiyi kendi çıkarları maksimize etmeye çalışırken, toplumun çıkarlarını zedelememesini sağlamaktır. Diğer bir anlatımla, anılan kurallar kişisel bencillikle toplumsal yarar arasındaki çatışmaları uzlaştırma girişimleridir.

Uygulama olarak etkili hukuku bugünden başlayarak inşa etmek istiyorsak etik bilincin (etik düşüncesinin) nasıl tesis edileceği; sosyolojik temellendirilmesinin nasıl yapılacağı sorusu irdelenmelidir. Hukuk fakültelerinde meslek etiği dersi verilmesi öğrenciyi ilerde daha fazla etik davranışlı bir avukat olarak nitelendirmeyeceği gibi onları daha iyi insanlarda yapmayacaktır. Belki de onları etik dışı bir davranışta bulduklarında gerekçelendirmeye, mazeret arayışına yöneltebileceği; savunma mekanizması oluşturmaya yetenekli yapacağı bilinmelidir. Bu noktada önemli olan avukatlarda meslek kimliği oluşmasıdır.

Avukat olmak, profesyonel davranmak gereği etik sorumluluk gerektirmektedir. İnsan sevgisi olmadan meslek sevgisi olmayacağı bilinmelidir. Düşünün 500 milyonluk bir vekalet ücreti ile 12 yıldır devam eden ve daha en az üç yıl sürmesi beklenen bir davayı yürüten Ankara Barosu üyesi avukatımızda var.

Bu bağlamda önemli bir soru da salt norm ilkeler olarak avukatların meslek kurallarını ne derece bildikleridir. Bu konuda periyodik olarak bir bilinç yoklaması yapılması için “anonim” anketlere başvurulması sağlık verilmektedir. Bu anket düzenlenirken, mağduru ve/ya öznesi olduğunuz kural ihlallerini de yanıtlaması da istenilmelidir.

Etik kuralları salt ihlalleri düzenleyici normlar olarak görmek yerine proaktif işlevi üzerinde de durularak İşkence Sözleşmeleri bağlamında (Avrupa Konseyi ve UN Sözleşmeleri) kurulan işkence komitelerinin haberli ve habersiz ziyaretlerle sağladığı proaktif yordamın yargıda etik kurallara uyum doğrultusunda işlev görebileceği düşünülmektedir. Bu amaçla her baro nezdinde başlangıçta disiplin kurulunun sonrada Ankara Barosu’nda örneği görülen Etik Kurulu’nun bu türden denetimleri yapması bir proje olarak geliştirilmelidir. Bu doğrultuda kurul üyelerinin kıdemli avukatlar ile emekli yüksek mahkeme üyeleri/hâkimlerden oluşturulması uygun olacaktır.

Bu proje ile, kolluk, savcılık ve hâkimliğe özgü etik kuralların varlığı karşısında bu kuralların sistematik bir uygulama halinde gelmesi yolunda etkileşimin önemi üzerinde durularak “sistemler modeli” bağlamında interaktifliğin etik bağlamı; ortak etik bir bilincin oluşmasının amaç-değer olarak benimsenmesi yolu açılacaktır. Etik kuralların tüm sisteme egemen olması, avukatların ortak bilincine sanki yüzlerce yıldan gelen bir ağırlıkta lök gibi oturması; sistemdeki aktörlerin-mahkeme katiplerinin ve özellikle hakimlerin duyarlılık göstermesi ancak bu suretle ve zamanla sağlanabilecektir.

Halkın da etik kurallar hakkında bilgilendirilmesi; adli sistemde tüketici olarak yer alacak halkın etik kural ihlallerinde harekete geçmesi açısından önemlidir.

Avukat Sayısında Artış ve Etik Davranış

Etik kuralların erimesi açısından avukatların sayısında patlama önem kazanmıştır. Sınavsız meslek konsepti avukatlık mesleğine yö-

nelimi oldukça artırmış bulunmaktadır. İşte bu noktada geleneksel dürüstlük, güvenilirlik, nesnel olma ve işverenin çıkarını kollamada mesafeyi koruma gibi çalışma erdemlerini temsil eden avukatların varlığı sorgulanır olmuştur. “*Nerde çokluk orda b...*” sözü ne derece hükmünü icra eder görünmektedir? Öte yandan, piyasada var olduğu dile getirilen “*iş bitirici*” avukatların payında ne derece bir artış olmuştur? Yine ceza davalarında sanıkların siyasal görüşleriyle özdeşleşen ve stratejisine katıldıkları politik yargılamalarda yer alan avukatların -yargılamayı düzenin meşruluğuna saldırı için kullanan ve baroların bu konudaki refleksleri- konumu; müvekkilinin ortağı olan ve böylece de kendisi de girişimci olan avukatlar karşısında meslek etiğinin nasıl bir yaklaşım sergilemesi gerektiği irdelenmeli/sorgulanmalıdır. İşte sergilediğimiz bu özet profil karşısında etik standartlara aykırı tutum ve davranışlar sergileyen avukatların Barolardan ayıklanmasını ön plana çıkarmaktadır.

Adil yargılama ve adil hüküm -gerçeğin tespit edilmesi- gerçeğin maddi gerçek, yoksa şekli gerçek mi olduğu/ gerçeğin simüle edilebilir olması konusunda etik kuralların konumu nedir? gibi sorularda varlık soruları olarak belirmektedir.

Disiplin ceza kararları incelendiğinde,⁷ avukatların kural ihlali yaptığına karar verildiği eylemlerinde “*ateş olmayan yerde duman tütmeyiz*” yerleşik sözü uyarınca hakimlerin (adil yargılanma hakkının ihlali olarak) olası katkıları da göz ardı edilmemelidir: Duruşma hakimine “*tanığı yönlen- dirici ifade alıyorsunuz; tanığın söylediklerini tutanağa yazılmasını*” gerektiğini söylemesi üzerine hâkimin “*bana görevimi öğretmeyin...*” yalnız “*tanığın söyledikleri zabta geçmemiş-kafanıza göre yazdırmışınız*”, “*böyle duruşma yapacaksanız davadan çekilin*” demesi üzerine duruşmanın ertelendiği...bundan sonra avukatın salondan çıkmasının istenmesi üzerine “*konuşma be, ben çıkmıyorum, gel de sen çıkar*” şeklinde beyanda bulunmuş olması (19/04/2003 T. E. 2003/20, E.2003/124).

Kuşkusuz, dil analiz metodu da meslek kuralları açısından önemlidir. Ayşe hanım Mustafa beye, “*Gül hanımın siyahi bir göçmenle birlikte yaşadığını*” söylediğinde, bu cümlenin nasıl söylendiği ve her bir kelimenin nasıl vurgulandığı önemlidir. Bu cümle yalnızca bir saptama olabileceği gibi bir suçlama veya bir uyarı ya da bir iğrenme duygusu,

⁷ M. Lamih Çelik- “Meslek Kurallarında Avukat-Mahkeme İlişkileri”, *TBB Dergisi*, Sayı 74, 2008.

nefret veya korku duygusu ifade edebilir. Bu nedenle, dil analizini, bir söz eylem analizi ile desteklemek gerekir. Yalnız bu açıdan bakıldığında bile yargılamanın multi-medya ortamında videoya alınması, duyguları yansıtması açısından gerekli olması yanında (adil yargılanma hakkı ile bağdaşmayan) mevcut tutanak şekli de gerekli kılmaktadır. Bu teknik ögenin yargılama aktörlerini daha da etikleştireceğine kuşku duyulmamalıdır. Bu açıdan bakıldığında 2004-2005 yıllarında *total* düzenlemelerde kameraların yasaklanmasına kuşku ile bakılmalıdır.

Hukuk Kurultayı'nda (8-11 Ocak 2008, Ankara) bir hâkimin *Hukuk Usulü Atölye Çalışmasında* tanık olduğum izlenimlerini sizlerle paylaşmak istiyorum: Meslektaşlarda, 1) Duyarlık kaybı yanında 2) Sorgulama bilincinin yeterince gelişmemiş olmasıdır. Size somut bir örnek vermek gerekirse, mahkeme hâkiminin izinli olması üzerine yerine bakan bir hakimden bir tedbir istemi izinli hakim baksın denilerek dört gün bekletilmiş: ve kendisinin ileri sorumlu tutulmaması için de hava- le tarihi bile konulmaması karşısında avukatın hiç tepki göstermemesi bu türdendir. Adil yargılama ancak diyalektik bir etkileşim ortamında yürütülmelidir. Aksi halde, tarafların ve aktörlerin eşit konumundan ziyade tabiiyet durumu söz konusu olacak; düşünme ve eylem aktörlerden aktif tarafa özgü olacak; ve yargısal kölelik söz konusu olacaktır. Hiç kuşkusuz, dişli avukatlar karşısında hâkimlerde kendilerine çeki düzen vermek ihtiyacını duyacaklardır.

Avukatlar *usulü* çok iyi bilmek durumundadır. Yoksa el yordamı/ ödünç bilgilerle yargılama haritasında yol almaya çalışacaktır. Kuşkusuz, usule ve etik kurallara saygı hukuka saygı olarak değerlendirilmelidir.

Hiç kuşkusuz, "*bileşik kaplar*" metaforu hükmünü icra edecektir. Hukuk düzeninin korunmasında adli süreçte yer alan hâkimler ve avukatların ilişkisi ile bakış açıları da önemlidir. Hâkimler ve avukatlar, bileşik kaplar sistemine benzer bir konumdadırlar. Her iki grup için kültür ve iyi niyet derecesi aynı olup; aynı oranda yükselir veya düşerler. İyi hâkimler, iyi avukat olmayı etkileyeceği gibi tersi oluşumda aynı derecede geçerlidir. Avukatları sevmeyen, saymayan hâkimler kendilerini de sevmiyor, saymıyorlardır. Aynı şekilde kürsünün onuruna saygıda kusur eden avukatlar baronun onurunu rencide etmek-

tedirler.⁸ Etkin-edilgen tarafların rol ve işlevleri adalete erişim/adil yargılama açısından sakınca yarata- bilecek niteliktedir.

Avukatlık Kanunu'nda meslek kurallarına "uyulması zorunlu" kurallar olduğu açıkça belirtilmekte; ihlali halinde disiplin cezası ön görülmekte ise de, barolarca bu kuralların avukatlara ayrıca tebliğ edilmesi yükümlüğüne yer verilmemekte ve bilmemenin mazeret sayılmayacağı vurgulanmaktadır. Bu norm, "davranışçı modellere dayalı hukuk görüşü" açısından normal gözükebilirse de, avukatın yargılamaya egemen olan sistemler modelinde yer alan her aktöre özgü meslek kuralları tümünün *case* bazında irdelemesine olanak sağlamak üzere hukuk fakültelerinde okutulması önerilmektedir (ABD'de 1979 yılından itibaren okutulmaya başlamıştır).

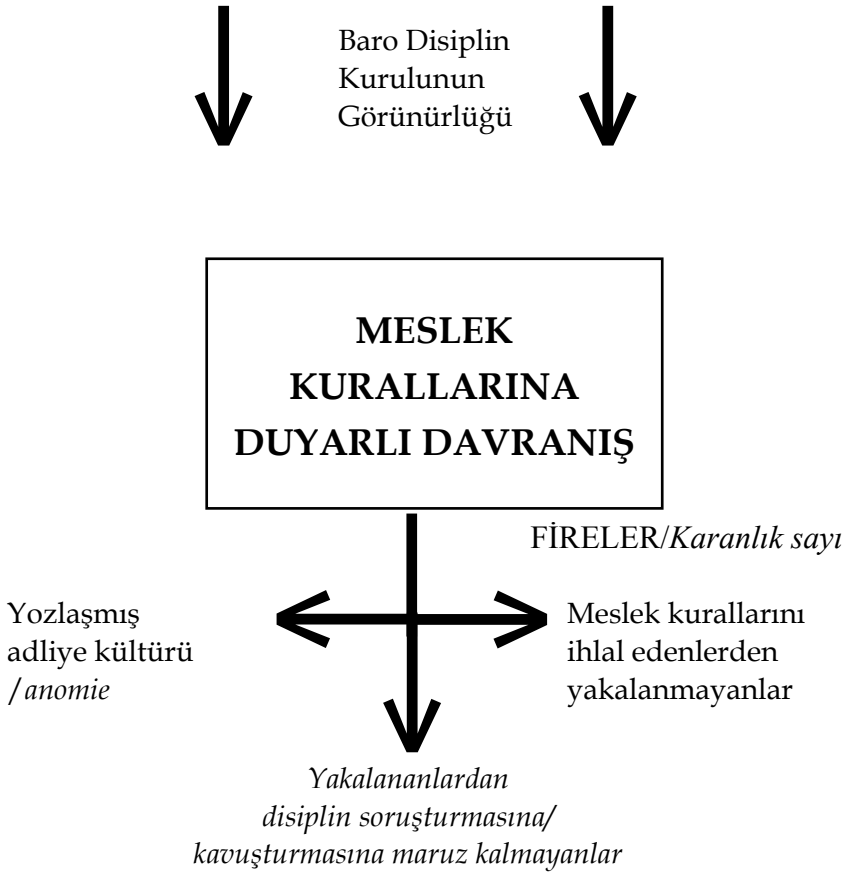
Aritmetiği

Etk kuralların *de jure* varlığı ile *de facto* etkinliği yargı kültürümüz açısından önemlidir. Yaptırım olarak disiplin cezalarının etik kuralları vurgulaması ötesinde proaktif bir işlev görmesi beklenilmekte, ihlallerin tespiti yaklaşımında kriminolojik ilkelere referansla üç bileşenin önemli olduğu görülmektedir: 1) İhbar/şikayet edilme riski, 2) Yakalanma riski ve 3) Disiplin yaptırımı uygulanması riskidir. Bu doğrultuda geneldeki şikayet eğilimi ne orandadır? Avukatlar bakımından algılanan yakalanma riski- meslek kuralı ihlali halinde disiplin soruşturması açılması riski nedir? Baroların bu konudaki duyarlılıkları, risk katsayısı yüzölçümünde nedir? Barolar bakımından katsayı bakımından farklılıklar ne ölçüdedir? Baroların işletme kültürü ve tolerans eşliğinin etkisi ne ölçüdedir? Atletlerin *stroyads* kullanmasına (ufak miktarda kullanması zararlı olmasa da) tolerans gösterilmemesi gibi bir *kültürün* barolarda var olup olmadığı irdelenmelidir.

Bu konuda etik kurallar etkinliğinin delik kova teorisi ile test edilmesi yordamı seçilebilir. Çoğu mesleklere özgü etik kuralların etkinliği şikayet sistemine dayalı bulunmaktadır. Bu bağlamda ihlal niteliğine tanık olan veya keşfeden kişinin ihbar/şikayeti üzerine disiplin soruşturması başlamaktadır. Tüm sorun her disiplin şikayetinin soruşturma konusu olup olmadığı, buharlaşma yüzdesinin ne olduğu, bu konuda-

⁸ M. T. Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara 2006, s. 50.

ki karanlık sayının (*dark figures*)⁹ yıllar itibariyle seyrinin ne olduğudur. Bu konuda yapılmış bir anket çalışması yoksa da aşağıda yer alan istatistik veriler ile *Adli Yargıda Yolsuzluk* araştırması anomi'nin ip uçlarını verebilmektedir. Kuşkusuz, meslek kuralları ihlali(kriminolojisi) aralığı şöyle ifade edilebilir: $0 < \text{İhlal} < 1$. Önemli olan ihlal oranını olabildiğince asgari düzeyde tutabilmektir. Bunu sağlamak doğrultusunda delik kova teorisinin grafiksel görüntüsüne yer verilmiştir.



Bu teori doğrultusunda meslek kurallarının vurgulanması için dilek-

⁹ TBB Meslek Kuralları m. 24: "... Avukat tanıklara tavsiyelerde bulunamaz." normuna uyarlı davranan avukatlar istisna olduğunu söylemek hiçte abartılı bir önerme olmayacaktır. Bkz. M. T. Yücel, *Adalet Psikolojisi*, 6. Bası Ankara 2007, s. 173-202.

lerin/firelerin¹⁰ en az indirilmesi gerekmektedir. Bu durum gerçekleştiğinde “akıllı seçim kuramı” gereği avukatlar meslek kurallarına uyarlı davranışı refleks hale getireceklerdir.

I. 2004-2006 yıllarında avukatlar hakkında yapılan şikayetler üzerine Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nce¹¹ yapılan işlemler üzerine verilen kararların dağılımı şöyledir:

İşlem türü	Sayı	%
Kovuşturma izni verilen dosya	3476	27
Soruşturma/Kovuşturma izni verilmeyen	7703	
2007’e devreden dosya	1484	12
Toplam	12.663	100

II. Yıllar itibariyle hâkim ve C. Savcılarını hakkında verilen kararların suç türlerine göre dağılımı şöyledir (2006)

Türü	Sayı
Görevi ihmal	22
Görevi kötüye kullanmak	21
Görevi ile bağdaşmayan hareket	14
Nüfuzunu kullanarak menfaat temin etmek ...	2
Hakaret	1
Mesaiye riayet etmemek	2
Tarafli karar vermek	4
Davayı sürüncemede bırakmak	2
Genelgelere aykırı davranış	1
Taksirli müessir fiil	1
Mal beyanında bulunmamak	1
Toplam	78

¹⁰ ABD’de FBI, CIA ile İngiltere gizli servisindeki fireler göz önüne alındığında firesiz bir örgütü düşünmenin olanaksızlığı göz önünde bulundurulmalıdır.

¹¹ www.adalet.gov.tr- Ceza İşleri Genel Müdürlüğü- İstatistikler

2006 yılında işlem gören şikayet dosya sayısı 3868 olup, işlem türü itibariyle dağılımı ise şöyledir:

Tür	Sayı	%
Şikayetin işleme konulmaması	1819	47
İşlem yapılmasına yer olmadığı	1594	41
Disiplin	142(*)	4
Disiplin ve kovuşturma	56(**)	1
Evrakın işlemden kaldırılması	107	3
Birleştirme	150	4

Buharlaştırma oranı % 88'dir.

(*) HSYK'na gönderilen dosya sayısı 142 iken, kişi sayısı ise 173'dür;

(**) Disiplin ve kovuşturma işlemi yönünden HSYK'na gönderilen dosya sayısı 56, kişi sayısı ise 74'dür. **Kurula gönderilen toplam dosya sayısı 198, kişi sayısı 247'dir.**

*Adli Yargıda Yolsuzluk araştırması*¹² bulgularına göre,

▪ İstanbul barosu avukatlardan beş yılını doldurmuş 666 avukatın verdiği yanıtlarda % 94.9'unun adli yargıda yolsuzluk bulunduğu inandığı;

▪ Sıklık derecesi bakımından ilk sırada karakollara (% 37.2); ikinci sırada icra dairelerine (% 31.1), üçüncü sırada her birinde birbirine yaklaşık düzeyde bulunduğu (% 12.2), dördüncü sırada bilirkişilere (% 7.7), beşinci sırada mahkeme ve savcılık kalemlerine (% 2.1) ve altıncı sırada hâkim ve savcılara (% 0.6) yer verildiği;

▪ En yaygın yolsuzluk türü olarak birinci sırada rüşvet (% 56.3), ikinci sırada kayırma (% 37.9), üçüncü sırada haraç (irtikâp) (% 5.4) ve dördüncü sırada zimmet (% 0.3) bulunduğu;

▪ Hâkim ve savcılarının hediye kabul ettikleri;

▪ Hâkim ve savcılarının görmekte oldukları davayla ilgili olarak

¹² H. Ökçesiz, *İstanbul Barosu Çevresi Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması*, 2. bası, Ekol Kitaplığı, İst., 2001.

tarafarla özel görüşmeler yaptıkları;

- Kendi kalemlerindeki yolsuzluklara ise pek duyarlı davranmadıkları;
- *Avukatların yetkilerini ve konumlarını yolsuzluk aracı yaptıkları*; bunlar arasında büyük özel sektör kurum avukatları ile serbest çalışanların ilk iki sırayı oluşturdularındır.

Etik Kuralların Dinamik Niteliği

Etik kurallar, dogmatik/statik kurallar değildir. Ekonomik, sosyal ve politik etmenler doğrultusunda yeni açılımlara/kurallara gebe niteliktedir. Nitekim *Meslek Kuralları* 49. maddesinde "...meslek kurallarının sürekli gelişmesini sağlamak üzere Barolar...yeni teklifler getirebilir" normuna yer verilmiştir. Etik kurallardaki değişimin kurallara moral güç ve otorite sağlayacağı görülecektir. Buna karşılık 37 yıllık sürede fazlaca bir değişime tanık olunmamıştır. Hukuk yargılama usulünde "gıyap" kaldırılmasına karşın *Meslek Kuralları* 30/2 maddesi varlığını korumaktadır.

Her şeyden önce etik kurallar, ithal malı olmak ötesinde insan sevgisi/ meslek sevgisi ile meşbu kişilerin meslek deontolojisine getirdikleri model davranış kuralları olarak algılanmalıdır. İçselleştirme olgusuna tanık olmaksızın etik kurallar hakkında bilgilenme fazla bir şey ifade etmeyecektir. Avukatlıkta oyunun kuralları olarak bilinen bu etik kuralların nitelikleri itibariyle aynı ağırlıkta olmadıkları, bu farklılık disiplin cezaları derecelendirilmesi ile belirgin olmaktadır: Uyarı/kınamadan işten çıkarma/meslekten çıkarmaya kadar gelişen bir yaptırım yelpazesi vardır. İşten disiplin cezalarına özellikle çıkarma/meslekten çıkarmaya yer verilen disiplin işlemleri hakkında istatistiksel olduğu sosyolojik analizlere gereksinme duyulmaktadır.

En önemlisi de avukatların sağladığı hizmet ile adalet idea'sı arasındaki farkın bilincinde olup olmadıkları; farkında iseler bunu dile getirip getirmedikleri; bu doğrultuda özelde Ankara Barosu *Avukat Hakları Merkezi'* ne¹³ intikal eden genelde de Türkiye genelinde Barola-

¹³ *Avukat Hakları Merkezi'*nin misyonu, meslektaşlarının yaşadığı sorunlara eğilmek; toplumla avukatlar arasında ve toplumla hukuk arasında bir bağ kurmaya çalışmaktır.

ra intikal eden ret/şikayet dilekçeleri¹⁴ hakkında istatistik verilerin ne olduğudur (!?) Bu konularda bir değerlendirme yapılmış ise bilgilendirilmek isterim.

Genç ve Kıdemli Avukatlar

Avukatın müvekkili ile hukuk sistemine karşı yükümlülüğü hemen hemen aynıdır: hukuk çerçevesinde müvekkilin menfaatlerine olabildi- ğince hizmet/temsil etmektir. Müvekkilin menfaatine sadakatle eğilmesi söz konusudur. Bu bağlamda genç meslektaşlar ile yaşlı meslektaşların etik davranışlara özgü algılama ve benimseme farklılığı da dikkatle- rimizden kaçmamaktadır. Bu konunun bilim eksenindeki bulgulardan ziyade yerleşik bir mit olduğu bilinmelidir. Bu nedenle, uygulamada kıdemlilerden ziyade gençlerin etik standartlara uyarlılık içinde olup olmadıkları araştırılmalıdır. Bunun en basit yöntemi ise, disiplin cezası alan kişilerin bu suçu işlediklerinde yaşlarının ne olduğu konusunda basit bir tarama yapılmasıdır. Bu doğrultuda TBB'de cezai mahkumiyetlere özgü adli sicil veri tabanı örneğinde olduğu gibi disiplin cezalarına ait bir veri tabanı oluşturulması tavsiye olunabilir. Yalnız genç avukatlara karşı disiplin işlemlerinde daha toleranslı davranılması hakkaniyet gereği olarak düşünülmelidir.

Adli Hata ve Etik

Adli hata/meslek etiği bağlamında, masum bir kişinin mahkumiyeti (*the innocent convict*) veya haklı bir davanın kaybedilmesi halinde avukatın tutum ve davranışın ne derece katkısı olduğu da sorgulanmalıdır. Bu tür davaların sayısal değerindeki hacim nedeniyle bu konunun ne denli önemli olduğu bilinmelidir.

Yargılamayı uzatma, zamanaşımına uğratma,¹⁵ iflas mühendisliği, karşı tarafa masraf yükletici istemlerde bulunması gibi taktikler karşısında Baroların/mahkemelerin tepkilerine ait somut veriler (!) elde yoktur. Bu durumların tespiti hiçte samanlıkta iğne aramaya benzer bir nitelik sergilemese de, araştırma bulgusu yoktur. Yalnız, yargıda

¹⁴ TBB Meslek Kuralları 23/2: "Ret ve şikayet dilekçelerinin bir örneği de baroya verilir."

¹⁵ M. T. Yücel, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB Ank., 2007.

etkinlik ve kalite ile meslek kuralları arasında doğrusal bir korelasyon olduğu söylemek bir abartı olmayacaktır.

İşte avukatlar hakkı suiistimal etmekle kalmayıp, adli hataya da sebebiyet verebiliyorlar. Unutulmamalıdır ki, davalar *kanıt* yüzünden kazanılır veya kaybedilebilir ve bazen de öyle olmakta ise de, benim-senen *metot* yüzün- den de aynı sonuç belirlemektedir.¹⁶

Davaların gecikmesi¹⁷ bakımından davalara özgü yoğunluk derecesi konusunda da halka mal olmuş bir bilgi yok denecek derecede ise de, kulaktan kulağa yayılan duyumların sakıncalı bir hal aldığı görül-mek-tedir. Yalnız yıllık adalet sektöründeki tüketici sayısının (2007)0-14 yaş grubu ayrık tutulduğunda toplam nüfusun % 28'i bulan yaklaşık 15 milyon olduğu göz önüne alındığında sistemdeki sorunların ve yetersiz-liklerin avukata/hâkime/yargıya güven ve saygıyı ne derece etkileyeceği kuşkudan uzak bulunmaktadır. Düşünün Ankara Adliyesine günde giren kişi sayısı 40.000 civarındadır. William Suttan profesyonel bir suçlu, bir gün "*kendisine neden banka soyuyorsun?*" sorusuna "*çünkü paralar orada*" yanıtı vermesi gibi bu kadar insanın trete edildiği adliye kültür/kültürleri meslek kuralları açısından haklı olarak ilgi odağı olmaktadır.

Etik dışı davranışın her avukatın tamamen bireysel kusuru mu olduğu? Avukatın tipik sosyalizasyon süreçlerinden mi kaynaklandığı? Yoksa adliye kültürün bir ürünü mü olduğudur? Sosyolojik ağırlıklı ve herkesi kapsayan bir yaklaşım, avukatlık mesleği, vahşi pazar gerçekleri karşısında etik dışı davranışlara sevk ettiği için mi *avukat etik dışı davranışa yönelmektedir?* Pazar kendine özü bir etik mi yaratmaktadır? Yanıtı *evet ise, bunun yaygınlık derecesi ne ölçüdedir?*

Meslek kuralları ihlalini saptamak ne kadar önemli olursa olsun, en önemlisi etik bilinç/genelde ahlaki zekanın (*Phronensis*) kural ihlallerinin önlenmesi ve yargı kalitesinin yükseltilmesindeki rolü- makro düzeydeki adalet bilincine olan katkısı yanında parasal olarak GSMH' deki payının azalmasına etkisi küçümsenmeyecek ölçüde olacaktır. Ne var ki, bu bilincin diğer sektörlerde (sağlık, eğitim, kriminoloji' de) yeterince gelişmediği toplumda meslek kurallarına özgü önleme felsefesi ve bilincinin yerleştirilmesinin ne derece zorlu bir süreç olacağını da

¹⁶ R. Du Cann, *The Art of the Advocate*, Penguin boks,1964, s. 97.

¹⁷ Bkz. M. T. Yücel, *Türkiye' de Yargının Etkinliği*, 4. bası Ankara 2008.

idrak etmekteyim.

Bu konuda bir sihir düşünmekten de kendimi alamıyorum. DNA'lı Dünya'da "Genom" biliminin yakın bir gelecekte *disruptive innovation* olarak yer alması beklenilmektedir(dijital fotoğrafın filmin yerini alması veya otomobilin atın yerini alması gibi). Bunun "Darwinci yaklaşımı" gölge bırakacağını düşünerek gen mühendisliği ile ilerde çözüm getirileceğini düşünmekten de kendimi alamıyorum. "Belki bir gün yaşama benzeyen imgelerin ve deneyimlerin ustaca beynimize ve merkezi sistemimize sokulabileceği bir noktaya gelinecektir."¹⁸

Sorgulamalar

Şimdi katılımcılarla şu soruları paylaşmak ve mini bir anket için sunu sormak istiyorum: Genelde avukatlarda etiksel zeka gelişmesine mi, yoksa etik tüketme sürecine mi (avukat etiği bakımından bir gerilemeye mi) tanık olunmaktadır? Metropol kent barosu avukatlarındaki çaresizlik, stres ve sıkıntı sorunlarının bu tüketim sürecindeki payı ne orandadır? Etik metotlardan "Transzendental /Aşkın Metot"la konuya Kant'ın otonomi olarak belirlediği özgürlükle yaklaştığımızda, hiçbir amaç gütmeksizin etik/ahlaki değerlere sahip çıkılması emri "işçi avukatlar" için ne derece geçerli olabilir?

Avukatlık mesleğinde oluşan "patron avukat", "işçi avukat" kavramları etik konusunun gelir durumuyla ne derece yakından alakalı olduğunu sergilemektedir. Bunu hâkimlere özgü olmak üzere en çarpıcı bir biçimde Yargıtay başkanlarından Rahmetli Mehmet Uygun 1998/99 Adli Yıl Açış konuşmasında "vicdani ile cüzdani arasına sıkışan hakimin kararının tam ve sağlıklı olacağını düşünmek insan aklına ve doğasına ters düşer." diyerek vurgulamıştır. Aynı vurguyu Prof. Dr. Muammer Aksoy 40 yıl kadar önce Türkiye'nin karizmatik siyasi liderlerinden Osman Bölükbaş'ının Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki yargulamasında savunma avukatı olarak vicdani ile midesi arasında kalan bir memurdan gerçeğe tanıklık etmesini nasıl bekleyebilirsiniz diyerek dile getirmiştir. Unutulmasın ki, avukat kimliği yozlaşır, hakim kimliği de yozlaşır ve sonuçta hukuk güvenliğinden yoksun kalırız.

¹⁸ D. Weberman, "Matrix Simülasyonu ve Postmodern Çağ" *Matrix ve Felsefe*, Güncel yayıncılık, 2003, s. 267.

YASAL (MEŞRU) SAVUNMA

Mehmet ŞAHİN*

Yasal (meşru) savunma,¹ 5237 sayılı TCK'da "İkinci Bölüm" "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında 25. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir.

Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali

Madde 25- (1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

(2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.²

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

¹ Yasa maddesinde "meşru savunma" deyimini kullanılmışsa da uygulamada yerleşmiş olan "yasal savunma" deyimini kullanmayı uygun görmekteyiz.

² GEREKÇE:

Maddenin birinci fıkrasında bir hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma düzenlenmiştir.

Meşru savunma bakımından Tasarı şu koşulları saptamıştır:

Bir kere her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmesi istenilmiştir.

Esasen, kanunlarımızda mala karşı saldırılarda da meşru savunmayı kabul eden

AÇIKLAMA

Madde metninde yasal savunma(meşru savunma, meşru müdafaa), başka izaha gerek duymayacak şekilde açık ve net olarak tarif edilmiştir. Buna göre yasal savunma; *gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiiller olarak belirlenmiştir.*

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun süreklilik gösteren kararlarına göre, *yasal savunma; Bir kimsenin kendisine veya başkasına yöneltilecek ağır ve haksız bir saldırıyı uzaklaştırmak için gösterdiği zorunlu tepkidir. Öğretilen bir kısım yazarlarca kabul gören "Ümanist doktrin" tanımına göre, yasal savunma ferdin "kendi kendini savunması"dır.*³

Yine öğretildeki başka bir tanıma göre, *"Meşru savunma (meşru müdafaa), bir kimsenin, kendisini veya başkasını hedef alan bir tecavüz, saldırı karşısında, savunma amacına matuf olarak ve bu saldırıyı defedecek ölçüde*

hükümlere yer verilmiş olması kurumun bu şekilde düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

Ayrıca, şu husus da belirtilmelidir ki, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir.

İkinci olarak meşru savunmanın "haksız saldırı" koşulu bakımından, "gerçekleşen haksız saldırı" ile "gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırı" veya "tekrarı muhakkak haksız saldırı" aynı sayılmıştır. Böylece kişilerin haksız saldırılara karşı kendilerini korumaları olanağı daha da genişletilmiş olmaktadır.

Savunmanın "saldırı ile orantılı biçimde" olması, yani saldırıyı defedecek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hâli düzenlenmiştir: Zorunluluk hâlinde, kişinin, kendisinin veya başkasının sahip bulunduğu bir hakka yönelik bir tehlikeyi gidermek amacıyla gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla, ceza sorumluluğu yoktur. Meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk hâlinde bir saldırı değil tehlike söz konusudur. Zorunluluk hâlinin kabulü için, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmadan kurtulmanın olanaklı bulunmaması ve tehlikenin ağır ve muhakkak olması da araştırılacaktır.

Ayrıca, tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında "orantılılık ilkesi" kabul edilmiştir.

³ Erem Faruk, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s. 50; Artuk / Gökçen / Yenidünya, *5237 sayılı TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 489.

kuvvet kullanmasını ifade eder."⁴

Çağdaş hukukta meşru müdafaa durumunda bulunup da, suç işleyen kimsenin cezalandırılmayacağı hususunda tereddüt yoktur. Fakat cezalandırmanın hukuki esas ve temelini açıklama bakımından çeşitli fikirler ve uyuşmazlık bulunmaktadır.⁵ Hiçbir hukuk düzeni hakkın ve haklının saldırıya uğramasına izin vermez. Bizim de katıldığımız yasal savunmanın kabul edilmesindeki temel fikir, *hakkın, haksızlık karşısında feda edilmemesi, hakkın, haksızlığa boyun eğmemesi gerektiği ve hukukun haksızlık ve adaletsizlik karşısındaki savaşımın kazanılmasının sağlanması bakımından yasal savunmanın bir araç olduğu* düşüncesinden kaynaklanmaktadır.⁶

Yasal savunmanın tarihçesine baktığımızda, her zaman ve her yerde varlığı kabul edilmiş bir kurum olduğunu görmekteyiz.

Romalı hukukçular "*Kuvvetin kuvvetle uzaklaştırılmasına bütün kanunlar ve bütün hukuk düzenleri izin verir*" diyerek yasal savunmayı kurumsallaştırmışlardır. Roma hukukunda yasal savunma, hayata vücut tamlığına, namus ve iffete, hatta (kişisel bir tehlikeye yol açması şartıyla) mala karşı yapılan saldırılarda kabul edilmiştir.

Yine Cermen hukukunda, kanonik hukukta ve İslam hukukunda da yasal savunma tanınmıştı. İslam hukukunda yasal savunma halinde bulunan kimse ne kısas, ne diyet, ne de tazire muhatap olabilir. Hayata, mala, ırz ve namusa yönelmiş bütün saldırılarda karşı savunma yasal sayılmıştır.⁷

Türkiye'nin de 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylamış olduğu ve 1 Kasım 1998 tarihinde 11. protokol ile değiştirilip yeniden düzenlenen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmesi)'nin 2. maddesinin 1. fıkrası "*yaşama hakkını*" düzenlemektedir. Aynı maddenin 2. fıkrası ise yaşama hakkının üç istisnasına yer vermektedir. Bunlar; **a)** Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması, (yasal savunma), **b)** Usulüne uygun olarak yakalama veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasının önlenmesi, **c)** Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun

⁴ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 364.

⁵ Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 109-110.

⁶ Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Kabahatler Hukuku*, s. 163; Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, s.241; Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 116.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 108.

olarak bastırılmasıdır.⁸

Sözleşmeye göre, *Haksız bir saldırıya karşı insanın kendini savunması, eğer savunmada zorunluluk varsa, saldırganı öldürme hakkını da vermektedir. Yaşamı tehdit altında olan rehineyi kurtarmak için kasıtlı ateş edilmesine AİHS m. 2/2(a) olarak tanımaktadır. AİHS m. 2/2(a), kamu görevlisi olmayan kişiler bakımından da, yasama organının yasal savunmaya ilişkin düzenlemeleri AİHS m. 2/2'ye uygun hale getirmesi yükümlülüğünü öngörmektedir.*⁹

Anayasa'nın, *kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı'nı* düzenleyen 17. maddesinde de benzer düzenleme yer almaktadır. Sözleşmedeki istisnalara ek olarak maddede *"sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri"* yasal kabul edilmiştir. Ancak bu istisnayı Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması"*nın düzenlenmesine ilişkin 7/5/2004 tarihli ve 5170 sayılı kanunun 2. maddesiyle değişik 15. maddesi ile birlikte yorumlamak gerekir. Bu maddenin 2. fıkrasına göre; *"Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, (Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde) savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ... dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz..."*¹⁰

⁸ Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmesi Madde 2- Yaşama hakkı

1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

2. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurunun kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;

b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;

c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, s. 115. vd.

¹⁰ *(Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı)* TC Anayasası **Madde 17** - Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

5237 sayılı TCK'nın 25. maddesinin 1. fıkrasındaki "yasal savunma" ve 27. maddesindeki "ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması" düzenlemeleri ile önceki yasa olan 765 sayılı TCK'da hukuka uygunluk nedenlerini içeren 49. madde kapsamında yer alan "yasal savunma" ve 50. maddedeki "sınırın aşılması" kapsamındaki düzenlemelerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Anayasa'mıza uygun düzenlemeler olduğundan kuşku yoktur.

5237 sayılı TCK'nın 25. maddesinin gerekçesinde, *yasal savunmanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu* açıkça belirtilmiştir. Önceki düzenlemede bu açıdan farklılık yoktur. Öğretide de yasal savunmanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiği konusunda fikir birliği vardır. Hukuka uygunluk nedeni olarak yasal savunma halinde, savunmada bulunanın fiili aslında suç teşkil etmektedir. Yasa suç teşkil eden bu fiildeki hukuka aykırılığı bertaraf etmekte hukuka uygun hale getirmektedir. Dolayısıyla yasal savunmada bulunanın fiili hukuka uygun hale geldiğinden artık eylemi nedeniyle cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır.

Yeni düzenleme ile *önceki düzenleme arasındaki farklılara baktığımızda*, önceki düzenlemede, 765 sayılı TCK'nın 49. maddesinin 2. fıkrasında yer alan yasal savunma,¹¹ madde metnine göre, "gerek ken-

(7/5/2004 tarihli ve 5170 sayılı kanunun 3. maddesiyle değişik)... meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.

(Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması) TC Anayasası- **Madde 15** - Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası huktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (7/5/2004 tarihli ve 5170 sayılı kanunun 2. maddesiyle değişik)... dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

¹¹ 765 sayılı TCK **Madde 49** - 1 - Kanunun bir hükmünü veya salahiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle, 2 - **Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu filihal defi zaruretinin bais olduğu mecburiyetle**, 3 - Gerek nefisini ve gerek başkasını vukuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffüz imkanında olmadığı ağır ve

disinin gerek başkasının nefsinde veya ırzına vuku bulan haksız bir taarruzu” deyimini kullanılmak suretiyle sınırları yeni düzenlemeye nazaran daha dar tutulmuştu. Bu çerçevede, mala ve malvarlığı haklarına karşı yapılan saldırılarda yasal savunma kabul edilmemişti.

765 sayılı TCK’da istisna olarak mala ve malvarlığı haklarına karşı yapılan saldırılarda 765 sayılı TCK’nın 461 maddesinde¹² belirtilen koşulların varlığı halinde yasal savunma hali kabul edilmişti. *Mala karşı saldırılarda yasal savunmayı kabul etmemenin aşırılığı 461. maddesinin kabulü ile hafifletilmek istenmiştir.*¹³ Buna göre, 765 sayılı TCK’nın 495,496,497 ve 499. maddelerinde öngörülen *yağma ve yol kesmek ve adam kaldırmak (hürriyetten yoksun bırakmak)* suçlarının işlenmesi ile konut dokunulmazlığı ve kişi güvenliğini ihlal suçlarının maddede belirtilen özel şekilde (ev ve eklentilerinde oturanların ciddi surette korku ve endişe duymalarını sağlayacak biçimde ev ve eklentilerine merdiven kurarak çıkmak, kapı kırmak, duvar delmek ve ateş koymak suretiyle) ihlalde bulunanlara yönelik olarak işlenmesi halinde yasal savunmanın varlığı kabul edilmişti. Bunun dışında mala ve malvarlığına yönelik saldırılarda yasal savunma kabul edilmeyip ancak bir başka hukuka uygunluk nedeni olan *hakkın icrası* söz konusu olmaktadır.

Ancak, Türk Medeni Kanunu’nda da *zilyetliğin korunması nedeniyle* 765 sayılı TCK’da öngörülen yasal savunma düzenlemesine paralel

muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bays olduğu mecburiyetle, işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez. Bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sadır olan emir hilafı kanun olduğu takdirde neticesinden hasıl olan cürme müterettip ceza emri veren amire hükmolunur.

¹² 765 sayılı TCK. **Madde 461** - Yukarıdaki iki fasılda beyan olunan fiillerden birini aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapanlara ceza verilmez. Bu mecburiyetler:

1 - 495, 496, 497, 499 uncu maddelerde beyan olunan fiillerden birinin faillerine yahut nehbü garet yapanlara karşı malını müdafaa etmek,

2 - Bir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müştemilatına merdiven kurup çıkanları veya duvarını delenleri veya kapusunu kıranları veyahut işbu mebani ve müştemilatına ateş koyanları; - bu fiiller gece vakti olmak veya gündüz olsa bile hane ve bina ve müştemilatı ücra bir mahalde bulunmak şartlarıyla - içinde ikamet edenlerin emniyeti şahsiyelerince aklen varit bir endişe ve hafvı ciddi mevcut olduğu takdirde defetmek, dir.

Ancak bu maddenin bir numaralı bendinde beyan olunan ahvalde müdafaa ifrada gidilmiş ve hane ve sükna müştemilatına merdiven kurmak, kapu kırmak, duvar delmek fiillerinin faillerini defi için iki numaralı bentte yazılı şartlar mevcut bulunmamış olduğu halde asıl fiile mürettep ceza, ağır hapis hapse tahvil olunmak üzere üçte birden yarısına kadar indirilir.

¹³ Erem Faruk, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükmümler*, C.I s. 393.

olarak yasal savunmanın özel bir şekli bulunmaktaydı. Türk Medeni Kanunu'nun 981 maddesine¹⁴ göre, “zilyetliğe yönelen her türlü gasp ve saldırıyı zilyet, kuvvet kullanarak defedebilir” Bu maddeyi, zorunluluk halinin paralel bir düzenlemesi olan Türk Medeni Kanunu'nun 753, tazminata dair hükümler içeren Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi ve gayrimenkule zarar veren hayvan üzerinde hapis hakkını düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 57. maddesi ile birlikte değerlendirmek gerekir.¹⁵

Bu maddeler üzerinde yapılan değerlendirmeler çerçevesinde, “Zilyetliğin korunması iki şekilde gerçekleşebilir. Birinci şekilde, mala karşı saldırıyı defetmek, yani savunma yapılması suretiyle, diğeri ise saldırı niteliğindeki hareketlerle zilyetliğin korunmasıdır.”¹⁶

“Gasp veya saldırıdan sözedebilmek için, filin niteliği itibariyle gasb veya tecavüz (saldırı) teşkil etmesi gerekir. Failin iyiniyetli, kötü niyetli veya

¹⁴ (Savunma hakkı) 4721 sayılı TMK **Madde 981-** Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir. Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır.

¹⁵ (Zorunluluk hâlinde) 4721 sayılı TMK **Madde 753-** Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.

Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir.

(Meşru müdafaa, ıztırar ve kendi hakkını vikaye için kuvvet kullanılması) 818 sayılı Borçlar Kanunu **Madde 52** - Meşru müdafaa halinde mütecevizin şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lazım gelmez.

Kendisini veya diğerini zarardan yahut derhal vukubulacak bir tehlikeden vikaye için başkasının mallarına hâlel iras eden kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hakim, hakkaniyete tevfi kan tayin eder.

Kendi hakkını vikaye için cebri kuvvete müracaat eden kimse hal ve mevki nazarın zamanında hükümetin müdahalesi temin edilemediği yahut hakkının ziyaa uğramasını yahut hakkının kullanılması hususunun pek çok müşkül olmasını meni için başka vasıtalar mevcut olmadığı takdirde, bir güne tazminat itasiyle mükellef olmaz.

(Hayvan üzerinde hapis hakkı) 818 sayılı Borçlar Kanunu **Madde 57-** Bir kimsenin hayvanı diğerinin gayri menkulü üzerinde bir zarar yaptığı takdirde gayrimenkulün zilyedi o hayvanı zabt ve kendisine ita olunabilecek tazminat mukabilinde teminat olmak üzere yedinde hapsedmeğe hakkı vardır. Eğer hal ve maslahat icabederse, gayrimenkul zilyedi o hayvanı öldürebilir. Şu kadar ki gayrimenkulün zilyedi heman keyfiyetten hayvanların sahibini haberdar etmeğe ve eğer onu bilmiyorsa kendisini bulmak için lazım gelen tedbirleri ittihaz eylemeğe mecburdur.

¹⁶ Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, s.229.

kusurlu olup olmaması, zilyetliğini tesis için bir hakka dayanıp dayanmaması önemli değildir. Zilyedin gasb ve tecavüz halinde müdafaa hakkını kullanması için bir zarara uğramış olması veya uğraması ihtimalinin bulunması da koşul değildir.”¹⁷

Zilyetliğin korunması nedeniyle yapılan savunmanın, ceza alanındaki yasal savunmanın özel bir hali, hatta, daha da genişletilmiş şekli olduğu söylenebilir. Gerçekten yasal savunma saldırı devam ettiği sürece olanaklı olduğu halde, saldırı bitmiş mal saldırganın eline geçmiş olmasına rağmen, bu hükümler zilyede malı geri alabilme bakımından yetki tanımaktadır. Bunun için zilyede karşı saldırıyı gerçekleştirenin ele geçirdiği eşyayı tamamen hakimiyet sahasına sokmamış olması gerekir.¹⁸ Bu genişletilmiş istisnai hal dışında, ceza yargılamasında aranan yasal savunma koşullarının(saldırıya ve savunmaya ilişkin koşulların) varlığını, zilyetliğin korunması halinde de aramak gerekir. Buna göre, haksız bir saldırı bulunmalıdır. Saldırı zilyetliğe yönelmeli ve devam etmelidir. (istisnai olarak, mal saldırganın eline geçmiş ise malı geri alabilme için yapılan karşı saldırı saldırganın henüz malı tamamen hakimiyet alanına sokmadığı ana kadar yapılmalı) Saldırıyı defetmeye yönelik savunma da saldırı ile eş zamanlı olmalı, karşı saldırı ile savunma arasında oran bulunmalıdır. Zaten maddenin son fıkrasında saldırı ile savunma arasında oran bulunması gerektiğinin açıkça vurgulandığını görmekteyiz.

Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin 1.inci fıkrasına göre de, yasal savunma halinde ve savunmanın sınırları dahilinde saldırganın şahsına ve mallarına yapılan zarardan dolayı verilen zararlardan dolayı saldırganın *tazminat isteme hakkı* bulunmamaktadır.

Önceki düzenlemede yasal savunmanın sınırlarının yeni düzenlemeye göre daha dar tutulduğunu yukarıda ifade etmiştik. Ancak, gerek öğretilerde gerekse Yargıtay uygulamalarında 765 sayılı TCK'da 49. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*nefis*” (hayat ve vücut bütünlüğü) ve “*ırz*” kelimeleri geniş yorumlanmıştı. Örneğin; YCGK 28.12.1987 gün ve 8/524/695 sayılı kararında, *konut dokunulmazlığını ihlal niteliğindeki bir hareketi nefse saldırı olarak kabul etmişti.*

“...Olay gecesi saat 24.00 sıralarında sanığın evine gelerek kapısını çalan, açılmadığı takdirde kıracaklarını söyleyerek zorla kapıyı açtıran yakınıcı

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu Safa, *Türk Eşya Hukuku*, s. 49 vd.

¹⁸ Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, s 230.

(F.M.) ve yanındakilerin, önceden aralarında geçen bir konuyu tartışmaya giriştikleri sanığın yalvarmasına rağmen evini terk etmedikleri, sanık ve karısı (A.M.)'yi tartaklamaya başladıkları bunun üzerine sanığın evinde bulundurduğu tabancasını çekerek yakınını ve yanındakileri evinden dışarı çıkardığı, arkasından da dayısı (Y.S.)'nin evine giderek durumu anlattığı ve tabancayı jandarmaya teslim ettiği, ... Sanık, konut dokunulmazlığını geceleyin bozan ve bunda direnen yakınını ve yanındakilere tabanca çekerek evini terk etmelerini sağlamıştır. TCY'nin 193. maddesinde öngörülen suç hürriyet aleyhine işlenen cürümler arasında düşünülmüş ve konut dokunulmazlığı kişiler için bir çeşit hürriyet niteliğinde görülerek, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak kabul edilmiştir. Maddenin özünde konutun fizik varlığı ve mal niteliği değil, kişilerin güvenlik içinde barınabilecekleri bir yuva özelliği öngörülerek bu kavramın güven ve huzuru korunmak istenmiştir. Aksi düşünülseydi bu suçun mal aleyhindeki cürümler bölümünde yer alması gerekirdi.

Konut dokunulmazlığını kişi hürriyetleri arasında kabul etmek zorunluluğu karşısında, konut dokunulmazlığı saldırıya uğrayan sanığın bunu koruma ve sağlamaya yönelik hareketleri TCY'nin 49. maddesinde öngörülen meşru müdafaa sınırları içinde kalmaktadır. Öyle ki sanık, kendisini savunurken tabanca çekmekle yetinmiş, ateş dahi etmeyerek, haklı savunmasında aşırılığa kaçmadan taarruzu defetmek gayri bir gayesi bulunmadığını göstermiştir..." YCGK 28.12.1987 gün ve 8-524/695)¹⁹

Bu geniş yorumlama ile yasal savunma sınırlarını kısmen de olsa genişletme halinde dahi yukarıda belirtilen istisnai haller dışındaki "mal aleyhindeki cürümler bölümünde yer alan" malvarlığına yönelik saldırılar yasal savunma kapsamı dışında kalmaktaydı.

Yeni düzenlemede kişinin kendisine veya başkasına ait (üçüncü kişinin) her türlü hakkına (hukuki değer ifade eden hakkına; hayatına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına, malına) yönelik saldırılara karşı yasal savunma kabul edilmiştir. Bu şekilde geniş tutulmasının arkasında gerekçede belirtildiği gibi, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisinin, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesinin kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabileceği düşüncesi yatmaktadır. İsbetli bir düzenleme olduğu kanısındayız. Zaten önceki düzenlemenin dar kapsamlı olması öğretide çoğunlukla eleştirilmiş ve yasal

¹⁹ Ayrıntılı karar için bkz. Savaş/Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s.634.

savunmada, *hukukça korunan bir hakkın saldırıya uğramış olduğunun esas alınması, çünkü haksız saldırıya uğramış olan her hakkın korumaya değer olduğu, bu nedenle yasal savunmanın tüm hakları kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği*²⁰ ifade edilmiştir.

Asıl olan saldırının devlet eliyle (bu iş için görevlendirilmiş birimlerin, örneğin; kolluk güçlerinin) defedilmesidir. Ancak saldırı sırasında böyle bir olanak yoktur veya olanağın yaratılması belli bir süreye muhtaçtır. Bu durumda da saldırıya uğrayan açısından savunmada bulunulmadığı takdirde telafisi olanaksız sonuçlar doğacaktır. *Yasa bu durumlarda faile saldırıyı defetmekle sınırlı olarak, devletin saldırıyı defetmeye yetkili birimi gibi davranma hakkını vermektedir.* Bir yönden de hukuka aykırı fiillerle mücadele alanı ve yönteminin genişletilmiş olduğu söylenebilir.

Madde ve gerekçesine göre, meşru savunmanın “haksız saldırı” koşulu bakımından, “gerçekleşen haksız saldırı” ile “gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırı” veya “tekrarı muhakkak haksız saldırı” aynı sayılmıştır. Böylece kişilerin haksız saldırılara karşı kendilerini korumaları olanağı daha da genişletilmiştir. Önceki yasa dönemindeki uygulama da bu düzenlemeye paralel şekilde idi.

Savunmanın “saldırı ile orantılı biçimde” olması, yani saldırıyı defedecek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır.

Yasal savunma zaman zaman “zorunluluk” hali ile karıştırılmaktadır. Aralarındaki farka kısaca göz atmakta yarar görüyoruz.

Yasal savunmayı zorunluluk (ıztırar) halinden ayıran ölçütler;

Yasal savunma, yukarıda açıklandığı üzere; *gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerdir.* Zorunluluk (ıztırar) hali ise, *Bir kimsenin bilerek neden olmadığı bir tehlikeden kendisini veya başkasını (üçüncü kişiyi) kurtarma zorunluluğu karşısında, tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde e olan suç teşkil eden bir fiili işlemesi zorunluluğunda*

²⁰ Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, s. 97.

*kalmaması durumudur.*²¹

Yasal savunmada amaç saldırıya karşı savunmadır. Zorunluluk halinde ise temel amaç tehlikeden korunmaktır.

Yasal savunmada savunma saldırganına karşı yapılmaktadır. Zorunluluk halinde ise tehlikeye sebebiyet veren dışında üçüncü kişiye karşı tecavüz söz konusudur.

Yasal savunmada saldırının haksız olması gerekir. Oysa zorunluluk halinde ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunması yeterlidir ve haksız olması gerekmez.

Yasal savunma ancak insan fiillerine karşı olanaklı iken, zorunluluk halinde tehlike bir insan fiilinden doğabileceği gibi bir hayvan fiilinden veya doğa olaylarından (deprem, yangın gibi) kaynaklanabilir.²² Örneğin, yolda giden kimseye başıboş bir hayvanın saldırması halinde yasal savunma koşulları yoktur. Ancak şartları varsa zorunluluk hali söz konusudur. Hayvanın sahibi veya herhangi bir şekilde eğitilmiş olan kişi tarafından saldırıda kullanılması veya hayvanın saldırdığını gören ve engel olması gereken sahibi veya sorumlusu tarafından hiçbir şey yapılmaması durumunda saldırıya karşı gerçekleşen savunma hareketlerinde yasal savunma kabul edilmelidir.

Yasal savunmada saldırı nedeniyle zarar gören hak ile savunma sonucunda zarar gören hak arasında bir oranın bulunmalıdır. Oysa zorunluluk halinde zarar gören haklar arasında bir oran bulunması gerekmez.

Yasal savunmada bulunanın kaçma olanağı bulunmasına rağmen kaçmayıp savunmada bulunması halinde yasal savunmadan yararlanır (öğretideki ağırlıklı görüş ile Yargıtay'ın uygulamaları bu yöndedir.) Kaçma olanağı olan fail zorunluluk halinden yararlanamaz.

Somut olayda *yasal savunma koşullarının bulunup bulunmadığı hususu hukuki nitelik arzeder.* Yargıç, somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak yasal savunma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verecektir. Bu konuda bilirkişi görüşüne gerek yoktur.

²¹ Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 132.

²² Özen Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, s. 168 vd.; Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuku*, s. 89 vd.; Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 141 vd.

Bilirkişi tarafından görüş sunulmuş olsa bile bunun bağlayıcılığı yoktur.

(“...Olay sırasında, tahrik altında kalan Ahmet'in mağdur Mehmet ve Alaittin'e ruhsatsız tabancasını doğrulttuğu, mağdur Mehmet ve sanık Alaittin'in, Ahmet'in elinden silahı almak maksadıyla Ahmet'le boğuşmaları esnasında silahın patlayarak Mehmet'in yaralanmasına sebebiyet verdiği ve kardeşi Mehmet'in yaralandığını gören Osman'ın av tüfeğini alıp olay yerine geldiği tüm dosya kapsamında anlaşılma ile, sanıklar Osman ve Alaittin'in kendilerine yönelik silahlı saldırıyı bertaraf etmek üzere yaptıkları eylemlerin TCK'nun 49. maddesi şümülünde kaldığı cihetle, sanık Osman ve sanık Alaittin'in ayrı ayrı beraatlerine karar verilmesi gerekirken, **hukuki nitelik arzeden hususta bilirkişi mütalaasına başvurulmasının gerekmediği ve bu nitelikteki mütalaaların mahkemeleri bağlamayıp serbestçe değerlendirilmesinin icap edeceği ve temyize gelmeyen sanık Ahmet'in eylemi esasen TCK'nun 49. maddesi şartlarında değerlendirilemeyeceği gözetilmeden oluşa ve hukuksal normlara aykırı mütalaa ve görüşle yazılı şekilde mahkumi-yetlerine karar verilmesi...”) Y.1. CD, 12.12.2003 gün ve 912/3124**

Yeni düzenlemede yasal savunmanın özel bir şekli 5237 sayılı TCK'nun 306/6 maddesinde yer almıştır.²³ 5237 sayılı TCK'nun 306 maddesine göre, “Yabancı devlet aleyhine asker toplama” eylemi suç oluşturur. Ancak bunun istisnası olarak 306. maddenin son fıkrasına göre; bu maddede hükümleri, fiili savaş hâlinde ülke topraklarının tamamını veya bir kısmını işgal eden yabancı devlet kuvvetlerine karşı yasal savunma (meşru müdafaa) amaçlı direniş hareketleri hakkında uygulanmaya-

²³ **Yabancı devlet aleyhine asker toplama**

(5237 sayılı TCK) Madde 306- (1) Türkiye Devletini savaş tehlikesi ile karşı karşıya bırakacak şekilde, yetkisiz olarak, yabancı bir devlete karşı asker toplayan veya diğer hasmane hareketlerde bulunan kimseye beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiil sonucu savaş meydana gelirse faile müebbet hapis cezası verilir.

(3) Fiil, sadece yabancı devletle siyasal ilişkileri bozacak veya Türkiye Devleti veya Türk vatandaşlarını misilleme tehlikesi ile karşı karşıya bırakacak nitelikte ise faile iki yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

(4) Siyasal ilişki kesilir veya misilleme meydana gelirse üç yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Bu maddede yer alan suçun kovuşturulması Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

(6) **Bu madde hükümleri, fiili savaş halinde ülke topraklarının tamamını veya bir kısmını işgal eden yabancı devlet kuvvetlerine karşı meşru müdafaa amaçlı direniş hareketleri hakkında uygulanmaz.**

caktır. Böylece, milli direniş hareketlerinin hukuka uygun olduğu, kanun metniyle vurgulanmış olmaktadır.

Yasal savunmanın oluşabilmesi için gerçekleşmesi gereken koşullar ile ilgili olarak koşulların içeriği benzer olmakla birlikte farklı tasnifler yapılmıştır. Öğretide genel eğilim “*yasal savunmanın koşullarını saldırıya ilişkin koşullar ve savunmaya ilişkin koşullar*” olmak üzere ikili ayrıma tabi tutmuştur. Ancak üçlü ayrıma tabi tutan görüşler de vardır.

Dönmezer / Erman’a göre, “Saldırıya ilişkin şartlar, bunun *haksız, kişiyi ilgilendiren bir hakka yönelmiş ve halen var* olmasından ibarettir. Savunmaya ilişkin şartlar ise, *savunmada zorunluluk ve savunma ile saldırı arasında oranın bulunmasıdır.*”²⁴

Erem’e göre, “*Yasal savunmaya ilişkin koşulları üç grupta toplamak mümkündür; Taarruza (nefis veya irza yönelmiş haksız bir taarruz mevcut olması), savunmaya ve ikisi arasındaki dengeye ilişkin şartlar.*”²⁵

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 06.11.2001 gün ve 1-224-236 sayılı kararına (ve diğer benzer kararlarına²⁶) göre:

“... *Bir savunmanın yasal olabilmesi için aşağıda belirtilen koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.*

A- Saldırıya ilişkin koşullar;

a) *Bir saldırı bulunmalıdır.; TCY’nin 49. maddesinde; ... bir taarruzu fillal def’i zaruretinin bais olduğu mecburiyetle... denilmek suretiyle, saldırının somut olarak varolması gerektiği belirtilmektedir. Ancak saldırının halen varlığını geniş manada anlamak, başlayacağı muhakkak olan ve başladığı takdirde savunmayı olanaksız kılacak veya güç hale getirecek bir saldırıyı başlatmış, keza bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı henüz sona ermemiş saymak zorunludur.*

²⁴ Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 117; Benzer tasnifler için bkz. Toroslu, N., *Ceza Hukuku*, s. 83 vd.; Önder, A., *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 240 vd.; Hakeri, H., *Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Kabahatler Hukuku* s. 164; Özen, M., *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, s.71 vd.

²⁵ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, C.I s. 391. vd.

²⁶ Benzer kararlar için bkz. YCGK 15.02.2000 gün ve 1/22/27 (Bu kararın özeti için “Saldırı ile savunma eş zamanlı olmalıdır” bölümüne bakınız) - YCGK 23.03.1999 gün ve 1/46/56 Kaban / Aşaner / Güven / Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Eylül 1996/ Temmuz 2001 s. 57-63)

- b) Saldırı haksız olmalıdır.
- c) Saldırı nefis ya da ırza yönelik olmalıdır.
- d) Saldırı ile savunma eşzamanlı olmalıdır.

B- Savunmaya ilişkin koşullar;

a) Savunma zorunlu olmalıdır; savunmada zorunluluk bulunup bulunmadığı ise her olayın özelliğine göre saptanmalıdır.

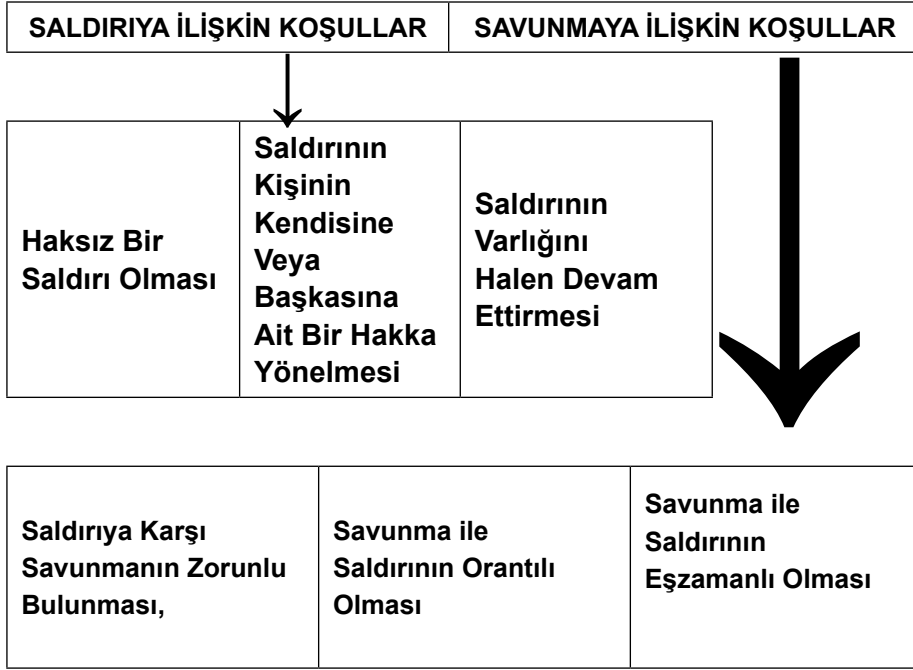
b) Saldırı ile savunma arasında oran bulunmalıdır...

... Bu itibarla, kendisine dargın olan ve bir süredir yolda önüne çıkıp laf atarak huzursuz edici ve ürkütücü davranışlarda bulunan maktulün bu kez olay günü çarşı içinde karşılaştıklarında küfür edip aralarında 3-4 metre mesafe kalmışken bıçak çekerek üzerine saldırması sonrasında yasal savunma koşulları altında tabancasını çeken, ancak silahını maktulün saldırısını önlemeye yetecek biçimde ve hayati olmayan bölgelerine yöneltme olanağı bulunduğu halde göğüs ve karın bölgesine iki el ateş ederek vurup öldüren sanığın yasal savunmada sınırın aşılması suretiyle adam öldürmek suçundan sanığın cezalandırılmasına ilişkin Yerel Mahkeme direnme hükmü (oyçokluğuyla isabetli bulunmuştur...")

Biz yasal savunma koşullarını öğretideki ve uygulamadaki genel eğilime uygun şekilde, **saldırıya ilişkin koşullar ve savunmaya ilişkin koşullar olmak üzere iki grupta inceleyeceğiz**. Bu tasnif çerçevesinde, **saldırıya ilişkin koşullar**; haksız bir saldırı olması, saldırının kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelmesi ile saldırının varlığını halen devam ettirmesi, **savunmaya ilişkin koşullar ise**; saldırıya karşı savunmanın zorunlu bulunması, savunma ile saldırının orantılı olması ve savunma ile saldırının eşzamanlı olmasıdır.²⁷ Yasal savunmanın koşullarını bir şema ile gösterecek olursak;

²⁷ Savunma ile saldırının eşzamanlı olması koşulu öğretide ve YCGK kararlarında saldırıya ilişkin koşullar içinde gösterilmişse de biz bu koşulun ileriki bölümlerde açıklanacağı üzere, savunmaya ilişkin koşullar arasında yer almasının daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

YASAL SAVUNMANIN KOŞULLARI



A. SALDIRIYA İLİŞKİN KOŞULLAR

a. Haksız Bir Saldırı Olmalıdır

Öncelikle haksız bir saldırı olması gerekir. Saldırının varlığı belirlenirken somut olayın tüm özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır. **Saldırının hukuka aykırı olması yeterlidir.** Ayrıca suç teşkil etmesi gerekmez. *“Yükümlülük getiren veya yetki veren herhangi bir normun dışına çıkmış olması şeklindeki saldırılar haksız saldırıdır ve bu saldırılara karşı yasal savunma olanaklıdır. Örneğin, İntihara teşebbüs eden kişiye engel olmak için kuvvet kullanan kimse yasal savunma halindedir.”*²⁸

Saldırının maddi olarak ortaya çıkması gerekir.²⁹ Bir saldırı aynı

²⁸ Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, s. 81.

²⁹ Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 124.

zamanda suç teşkil ediyorsa icra hareketleri başlamalıdır. İcra hareketleri başlamadan savunmada bulunma olmayan bir saldırıya karşı yasal savunma yapmak demektir.³⁰ Örneğin, "Fail kendisini öldürmeyi veya yaralamayı düşünen, henüz icra hareketlerine başlamamış olan birine karşı savunmada bulunursa yasal savunma altında sayılmaz." "Şehre uzak ıssız bir yerde bulunan konaklama tesisi sahibi, müşteri olarak gelen iki kişinin fırsat bulduğunda tesise zarar verip yağmalayacağını öğrenir, telefonların arızalanması nedeniyle güvenlik görevlilerine ulaşma olanağına sahip olmaz ve tesisi koruyacak elemanda bulunmazsa, müşterilerinin yemeğine ilaç koyup uyumalarını ve sağlıklarını kısmen bozacak şekilde yaralanmalarına neden olursa yasal savunma koşulları altında sayılmaz. Olayda zorunluluk halinin varlığı değerlendirilmelidir."³¹

Saldırı genellikle maddi şekilde, yani cebir ve şiddet içerecek şekilde ortaya çıkar. ("Cebir kullanma suçu" 5237 sayılı TCK'nın 108. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metni ve gerekçesine göre, "cebir kullanma suçu" aynı zamanda kasten yaralama suçunu oluşturmaktadır. Ancak, kasten yaralama suçundan farklı olarak, bir şeyi yapması veya yapmaması ya da bir şeyin yapılmasına müsaade etmesi için kişiye karşı cebir tatbik edilmektedir. Latince karşılığı "*vis compulsiva*" olan **cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir.** Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir halinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır.) Ancak, **saldırının cebir ve şiddet unsurunu içermesi zorunlu değildir.**³² Savunmayı gerektirecek şekilde kişinin veya başkasının her türlü hukuki değer ifade eden hakkına yönelik saldırı cebir içermese de yasal savunma konusu olur. Failin eşyasını çalmak veya ırzına geçmek düşüncesi ile uyuşturucu madde vermek veya içeceğine bayılmasını sağlayacak ilaç koymanın saldırı kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

³⁰ Artuk / Gökçen / Yenidünya, 5237 sayılı TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku G.H., s. 489.

³¹ Benzer örnek için bkz. Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Kabahatler Hukuku* s. 174.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz, Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s. 391; Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, s. 80.

Saldırı ihmali davranışla da gerçekleşebilir.³³ Saldırı icrai bir hareketi ifade ettiğine göre, hareketsizlik kural olarak saldırı oluşturmaz, Ancak, fail belirli bir şekilde hareket etmek zorunda ise bu zorunluluğa uymayarak hareketsiz kalırsa, hareketsizlik artık saldırı niteliği taşır.³⁴ Örneğin, Tutuklu bulunan veya gözlem altına alınıp ilk defa tutuklanmaya sevk edilen ve hakim tarafından salıverilmesine karar verilen sanık veya şüphelinin, gözlem altında tutulduğu kolluk tarafından veya tutuklu bulunduğu cezaevi idaresince serbest bırakılma işlemlerinin yapılmaması nedeniyle gözlem altından veya cezaevinden kaçmaya yönelik hareketlerinde yasal savunma kabul edilmelidir.

Cebir içermeyen ve ihmali hareketle gerçekleşen saldırıların örneğine uygulamada pek fazla rastlanmaz. Bu tip saldırılara başka örnekler verecek olursak; *“Park halinde bulunan aracın kapısına bir kişinin yaslanarak sahibinin aracına binmesine engel olması ve sahibinin uyarılarına rağmen konumunu bozmaması üzerine araç sahibinin aracına binmek maksadıyla bu kişiye karşı cebir kullanması durumunda... , Gideceği köyüne ait yolun üzerinde bulunan sadece tek aracın geçebileceği köprüye bir başkasının akarsuyu seyretmek maksadıyla aracını yolu kapatacak şekilde park ederek köprüden geçişi engellemesi ve uyarılara rağmen aracıda hiçbir şey yapmadan direksiyonu tutarak oturmaya devam etmesi halinde, sürücünün araçtan zorla indirilip aracın yoldan çektirilmesine ilişkin hareketlerde... , Özel öğrenci yurdunda kalan öğrencilerin yurt kapısının geceleyin kurallar gereği belli saatte kilitlenmesi, sabahleyin açılma saati geçmesine rağmen yurt sahibinin kapıyı açmak istememesi nedeniyle kapıyı açmak için bir faaliyette bulunmaması durumunda, başka şekilde dışarı çıkma olanağı bulunmayan öğrencilerin kapıyı kırarak dışarı çıkmaları eyleminde...”* yasal savunma koşullarının varlığı kabul edilmelidir. Bu örneklerde yasal savunma koşullarının oluşmadığını, zorunluluk halinin bulunduğunu ileri süren görüşler olabilir. Ancak, ihmali hareketle gerçekleşen saldırılara karşı fail saldırıya maruz kalan hakkını savunmuş olduğundan yasal savunma koşullarının varlığını kabul etmek gerektiği kanısındayız. *Gerçek ihmali suçlarda ise bu ihmale karşı yasal savunma mümkün değildir.*³⁵

Saldırı bir hukuka uygunluk sebebi ile birlikte gerçekleştirilmiş ise, saldırı hukuka uygun olduğundan buna karşı yasal savunma ola-

³³ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 367.

³⁴ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 241.

³⁵ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 241.

naklı değildir.³⁶ Örneğin, suç işleyip kaçmakta olan bir şüpheliyi veya hakkında yakalama emri verilmiş kişiyi görevli polis memurunun yakalamasına ilişkin fiillere yönelik mukavemet hareketleri yasal savunma kapsamında değerlendirilemezler.

Hakkın kötüye kullanılması sonucu gerçekleşen saldırılarda haksız saldırı sayılır. Bir memurun yetkisini aşması veya yetkisi bulunmadığı bir işlemi yapmaya kalkması gibi, Örneğin, sadece hane halkının sayısını kapıdan sorup öğrenmekle görevlendirilen nüfus memurunun yetkisi olmadığı halde zorla eve girmeye çalışması durumunda eve girmesini önlemeye yönelik aşırıya kaçamayan tepki hareketlerinde yasal savunma koşulları oluşur. Ancak, bir memurun yetkisini aşması durumunda her zaman yasal savunma koşullarının oluştuğundan bahsedilemez, somut olayın özelliğine göre haksız tahrik koşullarının varlığı mı, yoksa yasal savunma koşullarının varlığının olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Önceki yasa döneminde öğretide yapılan değerlendirmelerde, *kocanın cinsi ilişkide bulunmayı haklı bir neden olmadan reddeden karısı üzerinde halin haklı gösterdiği cebir hareketlerinde bulunabileceği ve bu takdirde cebren ırza tecavüz suçunun oluşmayacağından kadının zorla ilişkiye karşı savunma hareketlerinin yasal savunma kapsamında bulunmadığı, ancak bulaşıcı veya zührevi bir hastalığı olan ve eşine bulaştırma olasılığı yüksek bulunan kocanın diğer eşi ile zorla cinsel ilişkide bulunmaya kalkması durumunda hakkın kötüye kullanılması sonucu saldırının gerçekleştiği kabul edilmekte ise* de³⁷ 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde "*cinsel davranışlarla bir kimse- nin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi bunu eşine karşı da yapsa suç teşkil ettiği, soruşturma ve kovuşturmanın yapılmasının eşinin şikayetine bağlı olduğu*" yönündeki düzenleme karşısında, artık koca veya kadının bulaşıcı veya zührevi bir hastalığı olsun veya olmasın "*cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukukî sınırların dışında*" zorla diğer eşi ile cinsel ilişkiye girmeye kalkması durumunda,³⁸ hakkın

³⁶ Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 117.

³⁷ Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 117.

³⁸ 5237 sayılı TCK'nın 102. maddenin gerekçesinde, cinsel saldırının eşe yönelik olması ile ilgili olan bölümü şu şekildedir. "...Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukukî sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun ni-

kötüye kullanılması sonucu gerçekleşen saldırı mevcut olduğundan, diğer eşin bu fiile karşı savunmada bulunması yasal savunma kapsamında değerlendirilmelidir.

Saldırının **bir insan tarafından** yapılması veya *bir köpeği saldırtmak, bir makine, alet ve benzeri araçla saldırmak* örneğinde olduğu gibi bir **insan ile bağlantılı** bulunması gerekir. Saldırı bir insanla bağlantılı olmaksızın doğrudan bir hayvandan gelmişse, koşulları olduğu takdirde ancak zorunluluk halinden söz edilebilir. *“Meşru müdafaaın insanlar arsındaki fiile inhisar edeceği tabiidir. Ancak, hayvanın sahibinin elinde bir vasıta olarak kullanıldığı hallerde taarruz edenin hayvan sayılmasına imkan yoktur”*³⁹

Yalnız başına hakaret ve sövme suçlarında olduğu gibi sözle yapılan fiiller, yaşanan sosyal çevrenin olağan karşıladığı el, kol şakaları ile yolda veya topluluk içerisinde hafif şekilde çapmak gibi basit müessir fiiller saldırı olarak değerlendirilmediklerinden yasal savunma nedeni sayılmazlar. *Çünkü, Yasal savunmadan söz edilebilmesi için mefruz tehlike değil, gerçek bir tehlike oluşması gerekir. Hakaret ve sövme suçlarında sözlü saldırıların kişinin şeref, haysiyet ve vakarına dokunması gerçek değil, farazidir.*⁴⁰ *“Gerçek bir saldırı bulunmadığı, failin bir saldırı olduğunu hayal eylediği hallerde yasal savunma kabul edilemez.”*⁴¹ Bu gibi durumlarda *“hata”* ya ilişkin kurallar uygulanır. 5237 sayılı TCK'nın 30/3 maddesine göre *“Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”* *“Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler”* hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenleri kapsadığından **yasal savunmaya ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak, bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir.** Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise, kişi işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ve fakat bu hata, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır.

Saldırıda bulunanın bilinmesi ve **açıkça belli olması** gerekir. Ör-

telikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak, bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı tutulmuştur...”

³⁹ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s. 391.

⁴⁰ Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, s. 104-105.

⁴¹ Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 126.

neğin, kalabalık bir grubun içerisinde birinin ateş etmesi ve hangisinin ateş ettiğinin belli olmaması durumunda fail kalabalığa doğru ateş ederek saldırganın dışındaki kişilerin ölümüne veya yaralanmasına neden olursa yasal savunma koşullarının varlığından bahsedilemez.

*Saldırıda bulunan kişinin diploması, yasama veya askerlik donunulmazlıklarından yararlanan kişi olması hareketin haksız sayılmasına ve saldırıya uğrayan kimsenin yasal savunma hakkını kullanmasına engel olmaz.*⁴²

Saldırının *kusur yeteneğinin bulunmaması*, ceza ehliyetine sahip olmaması (akıl hastalığı) ile temyiz yeteneğine sahip olmaması (küçük olması), tanıdık veya akraba olması durumunda fiilin saldırı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda öğretide farklı görüşler vardır. Bir kısım yazarlar tarafından ileri sürülen düşünceye göre, "saldırıda bulunan kişinin kusur yeteneğinin bulunmaması durumunda 25. maddenin 2. fıkrasındaki "zorunluluk halinin" kabul edilmesi gerekir. Ancak, öğretide ağırlıklı olan görüşe göre, "Haksızlık objektif olarak mevcut olacaktır. Fiilin subjektif olarak da haksız sayılması gerekmez. Subjektif olarak haksızlık failin haksızlık bilinci taşımasıdır. O halde haksız tecavüzü yapanın isnat kabiliyetinin olup olmaması önemli değildir."⁴³

Biz de saldırganın kusur yeteneği bulunmasa dahi, saldırısı objektif olarak haksız bir nitelik taşıdığından eyleminin "saldırı" olarak değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Zira, yukarıda yasal savunma ile zorunluluk hali arasındaki farklılıkları gösteren açıklamalar çerçevesinde değerlendirme yapıldığında, madde metninde de açıkça belirtildiği üzere, "gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir *tehlikeden* kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu" oluştuğunda zorunluluk hali, tehlike değil de "saldırı" oluştuğunda da yasal savunma hükümleri söz konusu olur. Kusur yeteneği bulunmayan fiili tehlike olarak değerlendirilip zorunluluk hali olduğu kabul edildiğinde, CMK'nın 223/3-b maddesi uyarınca "ceza verilmesine yer olmadığı" kararı, fiil saldırı olarak değerlendirilip yasal savunma kabul edildiğinde de 5271 sayılı CMK'nın 223/2-d maddesine göre "beraat" kararı verilmesi gerekecektir. Beraat kararının sanığın lehine olduğu

⁴² Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 118.

⁴³ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, s. 405.

da gözetildiğinde yasal savunma hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Aksi takdirde, Borçlar Kanunu 52. maddesi “*yasal savunma halinde tazminat ödenmeyeceğini*” öngördüğünden, zorunluluk halinin kabulü halinde tazminat ödenmesi de gündeme gelecektir.

Saldırıya maruz kalıp yasal savunmada bulunan kişinin de kusur yeteneğinin bulunmamasının, ceza ehliyetine sahip olmaması (akıl hastalığı) ile temyiz yeteneğine sahip olmaması(küçük olması)nın, tanıdık veya akraba bir önemi yoktur. Yasal savunma koşulları olduğu takdirde saldırıya uğrayanın kusur yeteneği veya ceza ehliyetine bakılmaksızın beraat karar verilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay’ın uygulamaları da bu yöndedir. Yine hem saldırganda hem de saldırıya maruz kalan kişide kusur yeteneği bulunmayabilir. Örneğin, Akıl hastanesinde tedavi gören ve her ikisi de, 5237 sayılı TCK’nın 32. maddesi kapsamında *işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak derecede akıl hastası olduğu anlaşılan sanık ile mağdur arasındaki bir olayda* koşulları varsa yasal savunma hükümlerinin uygulanması gerekir.

Yargıtay, 01.06.2005 tarihinden önce yasal savunma koşulları altında gerçekleşen eylemlerden dolayı “*ceza tertibine yer olmadığına ve beraatine*” karar verilmesinin gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

“...Sanık S.A.’nın “*yasal savunma koşulları altında eylemlerini gerçekleştirdiği kabul edilerek ceza tertibine yer olmadığına ve beraatine dair verilen kararda bir isabetsizlik görülmediğinden, . kurulan hükmün ONANMASINA...*” Y.1. CD, 14.12.2005 gün ve 2005/2371-4304 E/K

“...(C)’nin öldürmeye teşebbüs ve yaralama suçlarını yasal savunma şartları altında gerçekleştirdiğinden... yaralama ve öldürmeye teşebbüs suçlarında (C’nin öldürmeye teşebbüsten TCK’nın 49/2 ve 5237 sayılı Kanununun 25, CMK’nın 223/4-6. maddeleri gereğince ceza verilmesi yer olmadığına ilişkin kararında) ceza tertibine yer olmadığına yanı sıra beraatine de karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi;...sanık (C)’ye ilişkin hüküm fıkrasındaki “*ceza verilmesine yer olmadığına*” “ibaresinden sonra gelmek üzere ve beraatine” ibaresinin eklenmesine karar verilmek suretiyle CMUK’nın 322. maddesinde tanınan yetki kullanılarak DÜZELTİLEN hükümlerin tebliğnamedeki düşünce gibi ONANMASINA...” Y. 1. CD, 02.07.2007 gün ve 2006/3621-2007/5378 E/K)

Yeni düzenlemeler karşısında, 01.06.2005 tarihinden sonra yasal savunma koşulları altında gerçekleşen eylemlerden dolayı 5271 sayılı

CMK'nın 223/2-d maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi yeterlidir.

Saldırıya maruz kalan kişinin, saldırının başlamasına **kendi haksız hareketi ile sebebiyet vermiş olması durumunda** öğretilerde farklı görüşler vardır. Bir kısım görüşlere göre, saldırı failin kusurlu (haksız) hareketi sonucunda olduğundan saldırının haksız olduğundan bahsedilemez. Diğer bir görüşe göre, *saldırımı kendi kusurlu hareketi ile tahrik etmiş olan kimsenin bu hareketini göz önünde tutmak gerekir; şayet bu hareket saldırıda bulunan kimseyi meşru müdafaa haline koymuş değilse, tecaüz haksız olmak niteliğini korur; buna karşılık tahrik teşkil eden hareket, ilk olarak saldırıda bulunanı meşru müdafaa haline getirecek ağırlık ve derecede ise, saldırı haksız sayılmaz.*⁴⁴ Yargıtay'da uygulamalarında, saldırıya uğrayan kimsenin kendi şahsi kusuru ile saldırıya sebebiyet vermesinin savunmanın meşruluğunu ortadan kaldırmayacağı, yasal savunmanın varlığının, ilk haksız hareket sonucu gerçekleşen **etki ve tepki dengesinin gözetilmesi suretiyle** belirlenmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

(“...Taarruza hedef olan kimsenin kendi şahsi kusuru ile taarruza sebebiyet vermiş olması müdafaaanın meşruluğunu ortadan kaldırmaz. Meşru müdafaaanın kabulü için, diğer şartlarla birlikte “saldırıya karşı müdafaaada zaruret” bulunması lazımdır. Bu zaruretin, gerek müdafaa ile ona sebebiyet veren saldırı arasındaki nisbet ve gerekse saldırıyı başka suretle bertaraf etmenin mümkün olup olmadığı bakımlarından incelenmesi icap eder. Bu şartın en önemli noktası, failin uğradığı saldırıdan başka suretle kurtulmak imkanı olup olmadığını başka deyimle failin karşılaştığı saldırı dolayısıyla başka türlü hareket imkanı bulunup bulunmadığı keyfiyetidir...” YCGK, 31.11.1983 gün ve 354/16⁴⁵

“...Dosyada mevcut kanıtlara ve oluşa göre, sanık E'nin bıçaklı ve keserli saldırısına uğrayan S'nin sözlü tahrikle olaya neden olsa dahi; nefisini savunma zarureti altında kalarak E'yi yaraladığının anlaşılması ve oluş tarzının mahkemece de bu biçimde kabul edilmesi karşısında, müdahil sanık S'nin TCK'nın 49/2 maddesi koşullarında ve hukuka uygunluk içinde olduğunun kabulü gerekirken çelişkili bir değerlendirme ile mahkumiyet hükmü tesisi,...” Y.1. CD, 08.04.2004 gün ve 81/1248⁴⁶

⁴⁴ Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 121.

⁴⁵ Ayrıntılı karar için bkz. Savaş / Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 677-678.

⁴⁶ Ayrıntılı karar için bkz. Ekinci / Özcan, *Kasten Adam Öldürme Suçları*, s. 376.

“...Oluşa ve delillere göre kendisinden para isteyen maktüle olumsuz yanıt vermesi üzerine onun yumrukla darbına maruz kalan sanığın silahını çekerek maktüle ateş etmeye başladığının olayın başlangıcını gören yegane kamu tanığın olan Ümit'in aşamalarda esaslı çelişkiler göstermeyen oluşa uygun beyanının ve bu beyanı doğrulayan ve olayın başlangıcını görmeyip maktülün mukabil ateşini gördüğü anlaşılmalı kısmi görgü tanığı Yusuf Rahmi'nin beyanının birlikte tetkikinden anlaşılmasına göre **önce silahla ateş edenin sanık olduğu maktülün bilahare ateş etmeye başladığının kabulü ile,**

Sanığın tahrik altında adam öldürmek suçundan cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde yasal savunma şartları altında suçu işlediğinden bahisle hakkında ceza tertibine yer olmadığına ve beraatine karar verilmesi... hükmün.... bozulmasına,...” Y.1. CD, 08.12.2005 gün ve 2005/1971-2005/4132

“...Olaydan 1 gün önce Pala lakaplı maktülün, sanığı bıçakla adiyen yaraladığı, olay günü yolda yürüyen sanığı gören maktülün, sanığın yolunu keserek bıçakla sanığı 3 ayrı yerinden, dalak, böbrek, kolon serozası, sol hidropnömotoraks ve böbrek alınmasına neden olacak şekilde ve hayati tehlike geçirecek, 45 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaraladığı, can havliyle sanığın da, onu tek bir bıçak darbesi ile göğsünden vurduğu, maktülün bu darbe sonucu öldüğü olayda; sanığın yasal savunma hali içinde suçu işlediğinin kabulü ile 5237 Sayılı Yasanın 25/1. maddesi gereğince ceza verilemeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,

Yasaya aykırı olup, sanık müdafinin temyiz itirazları bu sebeple yerinde görüldüğünden hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak bozulmasına, (oyçokluğu ile)

KARŞI DÜŞÜNCE

Olaydan bir gün önceki tartışmada maktülün sanığı bıçakladığı, olay günü de maktülün yolda sanıkla karşılaştığı, tanık Zafer Aydın'ın dosya içeriği ile uyumlu anlatımlarına göre maktül ile sanığın kavga ettikleri, **birbirlerine vurmak için karşılıklı bıçak salladıkları, hangisinin önce bıçak çektiğinin belirlenemediği anlaşılmalı, Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre ağır tahrik hükümlerinden yararlanması gerektiği dolaşısıyla yerel Mahkemenin kabulü ve delillerin değerlendirilmesinde isabetsizlik görülmediğinden hükmün onanması gerektiği görüşünde olduğumuzdan**

sayın çoğunluğun olayda meşru savunma koşullarının gerçekleştiğine ilişkin görüşüne katılmıyoruz...” Başkan C.E. Üye S.Z.İ., Y. 1. CD, 18.04.2007 gün ve 2006/7377-2007/2955)

Karşılıklı saldırılarda her iki tarafında çatışma için hazırlandığı ve saldırıya geçenin kim olduğunun belirlenemediği hallerde yasal savunmayı uygulamamak gerekir.⁴⁷ Düello halinde de yasal savunma hükümleri uygulanamaz. Çatışma için hazırlığı bulunmayan iki tarafın karşılıklı saldırı halinde olduğu ve ilk haksız hareketin hangi taraftan geldiğinin kesin olarak saptanamadığı durumlarda, öğretide farklı görüşler vardır; ağırlıklı görüş, her iki taraf için yasal savunma hükümlerinin kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Ancak, Yargıtay iki tarafın da birbirine denk veya eşit silahla saldırı halinde bulunduğu ve ilk haksız saldırının hangi taraftan yapıldığının kesin olarak saptanamamış olması halinde yasal savunma koşullarının oluşmadığı ve her iki taraf için (ağır) haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.

(“...Hakkındaki mahkumiyet kararı kesinleşen (A.B)’in (A)’i yukarıda açıklanan raporlarda belirtildiği şekilde balta ile yaraladığı, keza sanık (A)’inde (A.B)’i ateşli silah ile yaraladığı anlaşılan olayda cereyan şekli ile ilgili olarak sanıklar aşamalarda gerek kendi içlerinde gerekse yekdiğerleriyle çelişen anlatımları dışında başkaca bir kanıt elde edilememesi karşısında, ilk haksız saldırının hangi sanıktan geldiği kesin biçimde saptanamamıştır.

Bir an için, (A.B)’in ateşli silah ile yaralanmasından sonra sanık (A)’e karşı balta ile saldırıda bulunamayacağı düşünülebilirse de (A)’nin aldığı yaraya rağmen tek başına olay kesiminden uzaklaşabildiği Sulh Hakimliğindeki açıklamalarından anlaşılmaktadır.

Somut olayda ilk haksız saldırıyı kimin gerçekleştirdiğinin belirlenememesi nedeniyle taraflardan birini yada ötekini yasal savunma halinde görmeye olanak bulunmamakta, süreklilik gösteren yargısal kararlarda da belirtildiği gibi sanığın TCK’nun 51/2. maddesi hükmünden yararlandırılması gereklidir. Bu itibarla ağır tahrik altında suç işlendiği kabul edilerek hakkında hüküm tesis edilen sanık (A.B)’e ait yerel mahkeme kararı ile bu hükmü onayan özel daire kararında bir isabetsizlik bulunmadığı; Yargıtay C.Başsavcılığının (A.B) yönünden yasal savunma koşullarının oluştuğu gerekçesine dayanan itirazının yerinde olamayıp reddine

⁴⁷ Dönmezer / Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s.122.

karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. (oyçokluğuyla)....” YCGK 23.06.1998 gün ve 1/160/249

“...Görgü tanığı bulunmayan somut olayda katılanın sanık (İ.Ö.)’ü tırpanla 7 gün iş ve güçten kalacak şekilde, sanık (İ.Ö.)’inde katılan (N.Ö)’i balta ile 45 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaraladığı, **sanıkların birbirleriyle çelişen anlatımları dışında ilk haksız saldırının hangisi tarafından yapıldığının kesin biçimde saptanamadığı anlaşılmaktadır.**

Süreklilik gösteren yargısal kararlarda da belirtildiği gibi iki tarafında saldırı halinde bulunduğu, saldırıda kullanılan silahların eşit veya birbirine denk olduğu durumlarda, her iki sanık lehine ağır tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği, oluşu bu şekilde kabul eden Yerel Mahkeme direnme hükmünde isabetsizlik bulunmadığı, direnme hükmünün onanmasına karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (oyçokluğuyla)....” YCGK 09.11.1999 gün ve 4/222/267 ⁴⁸

“...Olayın başlangıcını gören tek tarafsız görgü tanığı Kadir İ.’in beyanına göre aralarında husumet bulunan müdahil (Y) ile sanığın karşılaştıklarında, her ikisinin de, av tüfeklerini diğerine doğrulttuğu, tanığın, ortamı yatıştırma çabalarının sonuçsuz kalması üzerine olay yerinden ayrıldığı, kısa süre sonra silah seslerinin geldiği ve müdahilin yaralandığı, **iki tarafın da silah kullandığı olayda önce kimin silah çekip ateşe başladığı kesin olarak belirlenemediğinden, sanık lehine ağır haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğinin** gözetilmemesi,...” Y. 1. CD, 11.07.2007 gün ve 2006/5009-2007/5746

....Sanığın annesi (P)’in 15 yıl önce kaçarak babası ile evlenmesi nedeniyle annesinin yakınları ile ailesi arasında husumet bulunduğu, **olay günü sanık ve maktül taraf arasında silahlı çatışma çıktığı, aksi sabit olmayan savunma ve dosyadaki delillere göre ilk atışı yapanın tespit edilemediği**, buğday tarlasının arasından geçerek tüfekle önce maktül (K)’e sonra da (M)’a ateş ederek öldürdüğü, mahkemenin kabulünün de bu yönde olduğu anlaşılmakla;

Sanığın eyleminin her bir maktül yönünden ayrı ayrı 765 Sayılı TCK’nın 448, 51/2, 59, 2253 sayılı kanununun 12/2. maddesine uyduğu halde aynı yasanın uygulama koşulları oluşmayan 450/5, 463. maddelerine göre ceza tayin edilmesi,...” Y. 1. CD, 06.07.2007 gün ve 2006/3974-2007/5579)

⁴⁸ Kaban / Aşaner / Güven / Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, s. 108-109 ve 116-117.

b. Saldırı Kişinin Kendisine veya Başkasına Ait Bir Hakka Yönelmiş Olmalıdır

Saldırı kişinin kendisine veya başkasına ait **her türlü hukuki değer ifade eden hakkına** yönelik olmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere yeni düzenlemede yasal savunma, kişinin **kendisi yanında başkasına (üçüncü kişiye) ait her türlü hakka** (*hukuki değer ifade eden hakkına; hayatına, vücut bütünlüğüne, cinsel dokunulmazlığına, özgürlüğüne, malına*) yönelik saldırılara kabul edilerek önceki düzenlemeye nazaran daha geniş kapsamlı tutulmuştur. Örneğin kişinin kendisinin veya eşinin aracına taşıyıcı veya sopalı saldırı ile zarar vermek isteyenleri engellemeye yönelik davranışlar önceki Yasa'da haksız tahrik koşulları içerisinde değerlendirilirken yeni düzenleme karşısında artık yasal savunma kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir.

Saldırıya maruz kalan **başkası (üçüncü kişi)** deyiminden ne anlaşılması gerekir? Bu kişinin failin akrabası veya çok yakını olması şart mıdır? Kanımızca bu deyimdar bir çerçeveye çekilmemesi, geniş yorumlanması gerekir. Başkası herhangi bir kişi olabilir. Failin akrabası, yakını, arkadaşı veya koruyup kollamakla görevli olduğu kimse olması şart değildir. Fail tanımadığı kişi yararına dahi savunmada bulunduğu her olayın somut özelliğine göre zorunluluk bulunup bulunmadığı ve yasal savunmanın koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılacaktır.

Üçüncü kişi kendisine yönelen saldırı nedeniyle **lehine yasal savunmada bulunulmasına izin vermezse ne olacaktır?** Örneğin, Sokak ortasında kocanın eşini yaralaması halinde eşin rızası olmadan da kocaya karşı yasal savunma olanaklı mıdır? Sorunun çözümünü, üçüncü kişinin rızasının muteber olabileceği sınırdaki diğer bir ifadeyle, saldırıyı hukuka uygun bir hale getirip getirmediğini yanıtlamakta aramak gerekir.⁴⁹ Örneğin, saçının kesilmesi için kuaföre giden eşinin, saçını kesmeye başlayan kişiye engel olmaya çalışan diğer eşin eylemi yasal savunma kapsamında değildir. Ama sokak ortasında eşini bıçakla yaralamaya devam eden kocaya karşı eşin savunmada bulunulmasını istemese de rızası muteber sınırların dışında olduğundan kocaya karşı cebir kullanılarak engel olunması halinde yasal savunma koşullarının varlığını kabul etmek gerekir. Yine maluliyet aylığı almak maksadıyla

⁴⁹ Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 132; Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükmeler*, s. 396.

kendisini sakatlamaya çalışan veya intihar etmek isteyen kişiye engel olmakta yasal savunma kapsamında değerlendirilmelidir.

(“...Savunmada zorunluluk bulunup bulunmadığı her olayın somut özelliklerine göre saptanmalıdır. Yasa üçüncü kişinin nefis yada ırzına yönelik saldırı için de yasal savunmaya olanak tanımaktadır.

Yukarıda açıklanan somut olayda; sanığın annesine yönelik olarak müşteki (S)’dan gelen ağır ve haksız bir saldırı vardır. Kaldı ki, müştekinin sarfettiği “seni veya kızlarını istiyorum, vermezsen çıkar alırım” şeklindeki sözler ile saldırının sanık (Ş)’nin nefisine veya ırzına da yöneleceği, saldırının başlamasının muhakkak olduğu, saldırı başladığı takdirde kadın olan sanığın savunmasının çok güç hale geleceği anlaşılmaktadır.

Sanık, elinde bulunan bıçak ile müştekinin kalçasına tek darbe vurmuştur, saldıran kişinin güçlü bir erkek, sanığın ise kadın olduğu gözetildiğinde saldırı ile savunma arasında oran vardır. Çünkü, bıçak darbesinin hayati önem taşıyan organlara yönelik olmaması nedeniyle savunmada aşırılığa kaçılmadığı açıktır. Sanık annesine yönelik ağır ve haksız ve kendisine yönelmesi pek muhtemel olan bir saldırıdan kurtulmak amacıyla savunma zorunluluğunun gereğini yapmıştır. Açıklanan bu nedenlerle, yerel mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir.” (oyçokluğuyla) YCGK, 01.03.1998 gün ve 2/370/75⁵⁰

“...Olaydan 1 yıl kadar önce maktulün kızı (A)’nun sanık (S)’in kardeşine kaçması sonucu iki aile arasında oluşan ihtilaf nedeniyle maktulün sopayla sanık (S)’e saldırdığı olayda, önce sanık (S)’in falçata ile maktule varmaya başlaması üzerine maktulün oğlu olan diğer sanık (E)’in bıçakla (S)’e vurduğu, bu sırada (S)’in (E)’i bıçakla yaraladığı, sanık (S)’in olaydan sonra sıcağı sıcağına alınan ifadesi, tanıklar (M.Y) ve (U.K)’ın beyanları ile sabit olduğundan;

A) Sanık (E)’in babasına karşı mevcut bıçaklı saldırıyı defetmek için bıçakla (S)’e vurduğu nazara alınarak hakkında yasal savunma hükümlerinin uygulanıp beraati yerine, yaralamadan yazılı şekilde cezalandırılmasına karar verilmesi,

B) a) Sanık (S)’nin yasal savunma konumunda olmadığı olayda,

⁵⁰ Ayrıntılı karar için bkz Kaban / Aşaner / Güven / Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, 1996/2001 s. 66-67.

önceden (E)'i bıçakla yaralamasına ilişkin Sulh Ceza dosyasının getirtilip incelenerek, olayda bu sanık lehine tahrik bulunup bulunmadığının araştırılması yerine eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması,

b) Kabul ve uygulamaya göre de ; hükümden sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nu uyarınca sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, Bozmayı gerektirmiş, müdahil sanık (E) ve sanık (S) müdafilerinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülmesi olduğundan hükümlerin tebliğnamedeki düşünce hilafına (BOZULMASINA),...” Y. 1. CD, 06.10.2007 gün ve 2005/1709-2005/2740

“...Toplanan delillere göre sanık (N)'ın oğlu olan maktül (G)'ün kavga sırasında öldürülmesi üzerine yasal savunma şartları altında sanık (N)'ın kavga sırasında av tüfeği ile havaya ateş ettiği anlaşılma ile mahkemenin takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığından müdahiller vekilinin bir sebebe dayanmayan ve yerinde görülmemeyen temyiz itirazlarının reddi ile TCK'nun 49. maddesi gereğince sanık Nevzat hakkında ceza tertibine yer olmadığına ve beraatine ilişkin hükmün tebliğnamedeki düşünce hilafına (ONANMASINA),...” Y. 1. CD, 29.11.2005 gün ve 2005/1977-2005/3713

“... Sanıkların işyerlerinde maruz kaldıkları silahla saldırı sonucu yaralanmaları üzerine kendilerini ve işyeri çalışanlarının yaşam haklarına yönelik saldırıyı defetmek amacıyla silahlarını çekerek havaya ateş etmelerinden ibaret eylemlerinin yasal savunma koşulları içerisinde kaldığı ve bu nedenle haklarında 5237 sayılı TCK'nın 25. maddesi uyarınca ceza tertibine yer olmadığına ve beraatlerine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Yasaya aykırı olup, sanıklar (T) ve (A) müdafilerini ile C. Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün tebliğnamedeki düşünce hilafına (BOZULMASINA)...” Y. 1. CD, 01.10.2007 gün ve 2007/884-2007/7059

“...Para yatırmak için gelen (S)'in içinde yaklaşık 3 milyar lira bulunan çantasının maktül tarafından banka önünde zorla alınmak istendiğini gören ve güvenlik görevlisi olan sanığın, olaya önce sözle müdahale ettiği, maktülün eylemini sürdürüp çantayı gasp etmesi üzerine onu yakalamak istediğinde ise maktülün bıçakla saldırıp sanığı yaraladığı, sanığında görevi gereği taşıdığı tabancası ile önce havaya ateş ettiği, buna rağmen bıçaklı saldırıdan vazgeçmeyen maktüle bu kez yakın mesafeden bir el ateş ettiği, isabet alan maktülün elinde çanta olduğu halde banka önünden kaçarak biraz ileride düştüğü ölümün tek isabetle oluşan ateşli silah yaralanması sonucu meydana geldiği

dosya kapsamından anlaşılmasına göre,

Görev alanı sayılabilecek yerde üçüncü şahsa karşı vaki ağır saldırıyı önlemek için olaya müdahale eden sanığın kendisine yöneltilen ve devam eden bıçaklı saldırıyı da durdurabilmek için tek isabetle makulün öldürülmesi olayında TCK'nın 49. maddesi uyarınca uygulama yapılarak hüküm kurulması gerekirken, otopsideki bulgularla ve tanık (R)'in beyanıyla uygun olmayan ve kaçarken arkasından ateş edilmiş olacağı yolundaki kabulle yazılı şekilde karar verilmesi,..." Y. 1. CD, 11.04.2001 gün ve 760/1437)

Önceki yasa döneminde (02.06.2005 tarihinden önce) işlenen ve **malvarlığına yönelik saldırılar nedeniyle savunmada bulunulması üzerine fail hakkında** yapılan yargılamalarda hangi hüküm kurulacaktır? Önceki Yasa döneminde işlenen suç tekerrüre esas teşkil edecek midir? Sorunun çözümüne farklı yönlerden bakmak gerekir;

aa. Önceki Yasa döneminde işlenen suç nedeniyle henüz hüküm kurulmamış (veya hüküm kurulmuş ve temyiz edilmesi nedeniyle kesinleşmemiş ise, Yüksek Mahkeme tarafından hükmün bozulması halinde) yeni düzenlemedeki yasal savunma hükümlerinin daha geniş kapsamlı olması karşısında, lehe olduğu da gözetilmek suretiyle, koşulları bulunduğu takdirde, 5237 sayılı TCK'nın 7/2 ve 5252 sayılı kanunun 9. maddesi gereğince yasal savunma hükümleri uygulanmalıdır.

bb. Önceki Yasa döneminde işlenen suç nedeniyle hüküm kurulmuş ve kesinleşmiş ise, infazı tamamlanmamış olan hükümler için uyarılama yapılmalıdır. Uyarılama kararı verilirken 5237 sayılı TCK'nın 7/2 ve 5252 sayılı kanunun 9. maddesi gereğince 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili tüm hükümlerinin karşılaştırılmaları yapılmalı ve yasal savunma koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilip sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

cc. Hüküm kurulmuş ve kesinleşmiş olup infazı da tamamlanmış olan hükümler için uyarılama kararı verilmesine gerek yoktur. Ancak, 765 sayılı TCK yürürlükte iken işlenmiş olup infaz edilen hüküm 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra işlenen bir suç için tekerrüre esas teşkil ediyorsa, tekerrüre esas bu hüküm 5237 sayılı TCK hükümleri yürürlüğe girmeden önce infazı tamamlanmış olması

nedeniyle uyarılma işlemine tabi tutulmamış olduğundan mükerrirlik kararı verilmeden önce, yeniden gözden geçirilmeli ve önceki hükümde, mala yönelik saldırı nedeniyle işlenmiş fiiller için haksız tahrik hükümleri uygulanmış olduğu takdirde; fail hakkında 5237 sayılı TCK'nın 58 maddesi uyarınca **mükerrirlik kararı verilmeden önce, infaz edilmiş olan sabikasına esas hüküm nedeniyle uyarılma karar verilmesi işlemi ön mesele yapılarak, 5237 sayılı TCK hükümlerine göre yasal savunma koşullarının oluşup oluşmadığının belirlenmesinden sonra** verilecek uyarılma kararı neticesinde yeni suç açısından failin mükerrir sayılıp sayılmayacağına değerlendirilmesi gerektiği kantsındayız.

dd.Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.05.2006 tarih 2006/5-147-149 sayılı kararı ile Yargıtay 1.Ceza Dairesi'nin bu doğrultudaki bir çok kararı uyarınca, tekrüre esas sabıkası olan sanığın 01.06.2005 tarihinden önce işlemiş olduğu ve henüz kesinleşmemiş olan suçlarda, 5237 sayılı TCK'nın 7/2 ve 5252 sayılı kanunun 9. maddesi gereğince önceki Yasa ile yeni Yasanın ilgili tüm hükümlerinin karşılaştırılması sonucunda, 5237 sayılı TCK'nın lehe olduğu kabul edilip uygulanmasına karar verilmesi halinde ise, mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanamayacaktır.⁵¹

c. Saldırı Varlığını Halen Devam Ettirmelidir

Saldırı deyiminden *“gerçekleşen haksız saldırı”* ile *“gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırı”* veya *“tekrarı muhakkak haksız saldırıyı”* anlamak gerekir. Başlayıp bitmiş olmasına rağmen hayatın olağan akışı nazara alındığında tekrar başlaması öngörülen, tekrar başlamasından korkulan saldırı henüz sona ermemiş saldırıdır. Yargıtay kararlarına göre,

⁵¹ “...Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun Dairemizce de benimsenen 30.05.2006 tarih 2006/5-147-149 sayılı kararı uyarınca 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda 5237 sayılı TCK'nın lehe kabul edilip uygulandığı hallerde mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanamayacağından hükümden 58/7. maddenin ve denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasına dair kısmın çıkarılmasına,...” Y. 1. CD, 14.06.2007 gün ve 2006/6559-2007/4588

“...Sanığın hükümlülüklerinin 5237 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden önceye ait olması nedeniyle; yine bu tarihten önce işlenmiş olan suçlardan hüküm kurulurken 5237 sayılı Yasanın lehe olduğunun tespiti halinde 5237 sayılı Yasanın 58. maddesi gereğince mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanamayacağından, 5237 sayılı Yasanın 58. maddesinin uygulanmasına ilişkin kısımların hükümden çıkartılmasına,...” Y. 1. CD, 18.05.2007 gün ve 2006/6205-2007/3867

bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan saldırıyı henüz sona ermemiş veya başlayacağı muhakkak olan ve başladığı takdirde savunmayı olanaksız kılacak veya güç hale getirecek bir saldırının varlığı halinde saldırının sona ermemiş olduğunu kabul etmek gerekir.

Önceki yasa düzenlenmesinde, *başlayıp bitmiş olmasına rağmen hayatın olağan akışı nazara alındığında tekrar başlaması öngörülen, tekrar başlamasından korkulan saldırı henüz sona ermemiş olan saldırılar* konusunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte bu tip saldırıların henüz sona ermemiş saldırı olduğu konusunda öğretide ve uygulamada fikir birliği oluşmuştu. Yeni düzenlemede ise bu husus yoruma yer bırakmayacak şekilde açık olarak madde ve gerekçesinde ifade edilmiştir.

(“...Maktülün, sanığı konuşmak amacıyla çağırıp, aralarında 10.5 metre mesafede varken av tüfeğiyle ön taraftan ateş edip sağ ve sol diz altından yaraladıktan sonra eylemine devam ederek, bu kez 25.50 metre mesafeden olay yerinden uzaklaşmaya çalışan sanığa tekrar ateş edip, sağ ve sol diz arkasından da vurduğu, av tüfeği saçma taneleri isabetiyle yaralanan ve kan kaybeden sanığın, emekleyerek av tüfeğinin bulunduğu yere gelerek, savunmak amacıyla aldığı av tüfeğiyle oturur vaziyette 25.50 metreden av tüfeğini kendisine doğrultmuş halde bulunan maktüle tek el ateş ederek sol frontal bölge ön kısımdan vurarak ölümüne sebebiyet verdiği olayda; Jandarma tarafından düzenlenen suç yeri incelemesi raporu ile, maktülün av tüfeğinin dolu olarak horozu kurulu şekilde bulunduğu bildirilmesi karşısında, “saldırının halen varlığını” geniş manada anlayarak, bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan saldırıyı da henüz bitmemiş olarak kabul etmek gerektiğinden, sanığın, eylemini yasal savunma koşullarında gerçekleştirdiğini ve aşırıya kaçmadığını kabulde bir isabetsizlik görülmediğinden, tebliğnamedeki bozma düşüncesi benimsenmemiştir.

Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın eylemini yasal savunma şartları altında işlemesi sebebiyle beraatına karar verilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümden düzeltme nedeni dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan, müdahil vekilinin suç vasfına, takdire, vesaireye, Cumhuriyet Savcısının suç vasfına yönelen ve yerinde görülmeeyen temyiz itirazlarının reddiyle, sanık hakkında yasal savunmadan kurulan hükümden “beratine” ibaresinden önce gelmek üzere “CMK’nın 223/2-d . maddesi uyarınca” ibaresinin eklenmesine, karar verilmesi suretiyle CMUK’nın 322.maddesiyle tanınan yetkiye istinaden düzeltilen hükmün tebliğnamedeki düşünce hi-

lafına (ONANMASINA)...”) Y. 1. CD, 19.11.2007 gün ve 2006/5826-2007/8530

Saldırı başlamadan veya saldırı tamamlandıktan sonra yapılan savunma yasal savunma kapsamında değerlendirilemez. “Nasil geçmişte olup bitmiş saldırılara karşı yapılan savunma meşru değilse, gelecekteki saldırılara karşı yapılacak olan savunma da aynı şekilde meşru müdafaa kabul edilemez.”⁵² Saldırı başlamadan yapılacak hareketler bizzat saldırı teşkil ederler ve bu saldırılara karşı yasal savunma hakkı doğar. Ancak gelecekte olası saldırılar için üçüncü şahıslara zarar ve tehlike gelmemesi koşuluyla bazı savunma tedbirlerinin alınması genellikle yasal savunma kapsamında değerlendirilmektedir.⁵³ Örneğin, evinin veya bahçesinin etrafını tel örgülerle çevirip, gerekli önlemler alıp uyarıları yaparak üçüncü kişilere zarar ve tehlike gelmeyecek boyutta elektrik akımı veren kişinin eylemi yasal savunma kabul edilebilir. Ancak, gerekli uyarıları yapmaz ve kalp hastası olan bir kişi tellere dokunup akım nedeniyle heyecanlanarak kalp krizi sonucu ölürse bu durumda yasal savunmada sınır aşmıştır.

Saldırı bittikten sonra yapılacak hareketler saldırı değil oc alma olur. Bu tür fiillere ancak haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkündür. Gelecekte olası bir saldırı söz konusu ise, bu durumu resmi makamlara bildirip saldırıdan kaçınmak olanağı bulunduğu anda savunmanın zorunlu olduğundan söz edilemez. *Hayali saldırılara karşı da yasal savunma olanaklı değildir.*⁵⁴

(“...Olaydan üç hafta kadar önce koyun otlatma meselesinden ölenin sanığı tehdit ettiği ve yaraladığı, olay günü ise mağdurun hayvanlarının barınması için kendisinin yaptığı tahta çitleri söktüğü sırada bunu uyararak sanığın annesini darp edip hakarete bulunduğu, bunları gören ve ikaz eden sanıkla ölen arasında tartışma çıktığı ve evinin balkonunda elinde tüfekle bulunan sanığın üzerine balta ile yöneldiği, dış bahçe kapısı önüne geldiğinde elindeki baltayı dış bahçe kapısına ve erik ağacına vurduğunda, **sanık henüz kendisine yönelik saldırı başlamadan bahçe kapısı dışında bulunan ölen tüfekle 7 metre mesafeden iki el ateş ederek öldürdüğü** olayda TCK'nın 49. maddesi kapsamında nefesine yönelik haksız bir taarruzu filhal defî zarure-

⁵² Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, s. 78.

⁵³ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler* s. 398.

⁵⁴ Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 125; Hakeri Hakan, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Kabahatler Hukuku* s. 166.

tinin bais olduğu mecburiyetten söz edilemeyeceği anacak olay öncesi ve sırası tevali eden haksız hareketlerin sanık lehine TCK'nun 51/2 maddesinin tatbikini gerektirir ağır tahrik teşkil edeceği gözetilmeden yazılı şekilde TCK'nun 50.inci maddesi uyarınca hüküm tesisi,...” Y. 1. CD, 22.12.2003 gün ve 1642/3249

Not: Yeni düzenlemede mala yönelik saldırıların da yasal savunma kapsamına alınması karşısında, bu olayda maktulün elindeki baltayı dış bahçe kapısına ve erik ağacına vurarak zarar vermiş olması nedeniyle saldırıya başlamış olduğunu, fakat saldırı ile savunma arasında oran bulunmadığından sanığın yasal savunma sınırını kasten aştığını kabul etmek gerektiği kanısındayız.

“... Eşi maktulle olan geçimsizlikleri nedeniyle bir süredir annesinin evinde yaşayan sanığın, eşi maktulle konuşmak için olay günü eve çağırdığı, müşterek evlerine dönme konusunda aralarında çıkan tartışmada maktulün sanığı 3 gün iş gücünden kalacak şekilde yaraladığı, sanığın mutfağa kaçtığı, kapıyı zorlayıp içeri giren maktulün bıçakla sanığın üzerine yürüdüğü, sanığın annesi Songül'den yardım istediği, Songül'ün araya girdiği, bundan yararlanan sanığın maktulün elinden bıçağı alarak vurup öldürdüğü olayda, **sanığın bıçağı almakla maktulün saldırısını sona erdirdiği, bu nedenle yasal savunma altında bulunduğu kabul edilmeyeceği, saldırının tekrar edeceğine ilişkin delil bulunmadığı** da gözetildiğinde, sanığın kendisine yapılan bıçaklı saldırı nedeniyle ağır tahrik altında suçu işlediğinin kabul edilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, ... hükmün ...BOZULMASINA,...” Y. 1. CD, 15.05.2007 gün ve 2007/1648-3729)

Öğretide bir kısım yazarlar yasal savunmayı çok daha geniş yorumlayıp “sadece mevcut ve devam etmekte olan bir saldırı halinde değil, fakat saldırının doğurduğu zararlı tehlikenin varlığı halinde de yasal savunmanın mümkün olduğunu” kabul etmektedirler.⁵⁵ **Kanımızca, zararlı tehlikenin varlığı ancak madde içeriğinde açıkça belirtildiği üzere, “gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırı” veya “tekrarı muhakkak haksız saldırı” söz konusu ise yasal savunma konusunu teşkil eder.** Saldırı kapsamında değerlendirilmeyen soyut şekildeki tehlikenin varlığının ise yasal savunma kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir.

⁵⁵ Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, s. 74-75; Gözübüyük, A. Pulat, *Meşru Müdafanın Başlangıcı, Devamı ve sona Ermesi*, ABD., 1946, S. 24. s. 1 vd.

“...Somut olay değerlendirildiğinde; sanık ile maktül arasında geçmişe dayalı husumet bulunduğu, olay günü sanık ile eşinin çalıştığı tarlanın yakınında maktül ve annesinin de çalıştığı, bir el silah sesi duyulması üzerine, sanığın kayınpederi (A)’nın çalıştığı yere doğru kendi tüfeğini alarak koştuğu, olay yerine geldiğinde kayınpederinin vurulmuş olarak kanlar içinde yerde yattığı, maktül (M.Ö)’nün de elinde tüfek olduğu halde sanığın kayınpederinin yanında beklediği, sanık tarafından henüz kayınpederinin öldüğünün bilinmediği, kayınpederine yönelik saldırının tekrarlanması olasılığının bulunduğu, ayrıca maktülün kolaylıkla silah kullanabilecek yapısı nazara alındığında, sanığa karşı saldırısının başlamasının muhakkak ve başladığı takdirde savunmayı olanaksız hale getireceği, bu şekilde saldırıya ilişkin koşulların gerçekleştiği, savunma ile saldırı arasında oran ve savunmada zorunluluk olduğu bu oluşa göre sanığın öldürme fiilini yasal savunma koşulları altında işlediği anlaşıldığından, yerinde olmayan mahkeme hükmünün Bozulmasına...” YCGK, 29.09.1998 gün ve 1/176/276)⁵⁶

“... Maktülün olay yeri olan Elalem Bar’da alkol alıp eğlendiği sırada yaptığı taşkınlık sebebiyle barın güvenlik müdürü olarak görev yapan (İ.O)’nun talimatıyla dışarıya çıkarıldığı, yaklaşık 1-1,5 saat kadar sonra aşırı alkollü vaziyette tekrar bara gelerek kendisine yapılan hareketin hesabını sormak istediği, bu nedenle (İ.O) ile tartışmalarını müteakip tabancasını çekerek (İ)’ye ateş edip onu omzundan vurduğu, o sırada barda güvenlik görevlisi olarak çalışan sanık (A)’nın maktülün silahlı saldırısını görerek 9 mm.lik tabancası ile 3 el ateş edip tek isabetle maktülü öldürdüğü olayda; **Tabancasının halen maktülün elinde bulunduğu, (İ)’nin canına kastettiği, haksız saldırı sona ermediği, sanığın 3 atışı haksız saldırının devamı sırasında yaptığı hususları gözönüne alındığında, eylemin meşru savunma şartları altında işlendiği ve meşru savunmada aşırıya kaçılmadığı** anlaşıldığı halde, yazılı şekilde taksirle öldürmeden karar verilmesi, Yasaya aykırı olup, ...hükmün ...bozulmasına...” Y. 1. CD, 06.03.2007 gün ve 2005/345-2007/1071)

“...Maktülün mağdur (Y)’un abisinin işyerini kiralamak istediği, bunu öğrenen sanığın, işyeri sahibine olumsuz telkinde bulunduğu, olay günü pasaj içinde karşılaştıklarında maktülün sanığı çağırıp abi gel otur sözüne sanığın kızıp “biz oturmasını bilmiyor muyuz” diye hiddetlenmesi üzerine maktül ve sanığın sakinleştirildiği sırada maktülün arkadaşı (S)’un sanığa kafa atmasıyla, sanığın pasaj içindeki işyerine götürülüp sakinleştirilmeye

⁵⁶ Kaban / Aşaner / Güven / Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları s. 62-64.

çalışıldığı ancak ısrarla kafa atan şahsın gelmesini istemesi üzerine, maktülün tamam abi bulup getireceğim diyerek pasajdan ayrıldığı, on dakika sonra maktülün elinde tabancası ile ateş ederek pasaj içine girdiği, bunu gören sanığın elinde bıçakla dışarı çıkıp, maktülü yakalayıp bıçaklamaya başladığı, kaçmaya çalışan maktülü bırakmadığı, bunu gören mağdur (Y)'un ayırmak için geldiği, maktülü uzaklaştırmaya çalıştığı sırada, sanık tarafından sırtından bıçaklandığı, elini arkaya atan mağdurun ikinci bıçak darbesi ile de elinden yaralanıp düştüğü, sanığın tekrar maktüle yönelip bıçak darbelerine devam edip maktülü sol göğüsten aldığı, kalbe nafiz yaralanması sonucu öldürdüğü, mağdur (Y)'un da diyafragma, dalak, böbrek lezyonlarına ve dalağın alınmasına neden olacak biçimde yaraladığı olayda; maktül tabaca ile ateş etmiş olmakla beraber sanığın elindeki bıçakla gelip maktüle vurduğu, maktülün bu sırada atış yapmadığı, nitekim olaydan sonra yerde bulunan tabancasında dört mermi daha bulunduğunu, kaçmaya çalıştığı, buna rağmen sanığın eylemini sürdürdüğü, araya giren mağduru da bıçakladıktan sonra yaralı olan maktülün tekrar üzerine gidip bıçaklamayı sürdürdüğü bu şekilde, yasal savunma şartının bulunmadığı, sanığın maktüle eyleminin ağır derecede tahrik altında kasten öldürme, mağdur (Y)'a eyleminin öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu, 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'nın olaya ilişkin tüm hükümleri uygulanarak her iki suçtan lehe yasa tespit edilerek uygulama yapılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi,

Yasaya aykırı olup, sanık müdafii ve müdahil vekilinin temyiz itirazları bu sebeplerle yerinde görüldüğünden mağdur (Y)'a karşı eyleminden kurulan hükümde ceza süresi yönünden kazanılmış hakkı saklı kalmak üzere hükümlerin tebliğnamedeki düşünceye kısmen aykırı olarak BOZULMASINA,..." Y. 1. CD, 11.07.2007 gün ve 2007/4791-2007/5747⁵⁷

"...Sanığın, arkadaşı (Ö) ile yerde boğuşmakta olan mağdurun elindeki bıçağı alarak, bıçaklı saldırıyı bertaraf ettikten sonra mağdurun hareketleri nedeniyle kapıldığı tahrikin etkisiyle aynı bıçakla vurup onu yaraladığı olayda; bıçağın alınması nedeniyle saldırının kesildiği, tanık (Ö) ile mücadele etmeye devam etmesinin saldırının tekrar edeceği veya ciddi boyutlara ulaşacağını kabule yeterli olmadığından, meşru savunma şartlarının varlığından söz edilememekle birlikte, tahrik altında işlenen bu eylemden dolayı, mağdura ait tıbbi evraklar Adli Tıp Kurumuna gönderilerek

⁵⁷ Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. YCGK, 29.09.1998 gün ve 1/176/276 (yasal savunmaya ilişkin açıklamalar bölümünde) ve YCGK, 27.05.1991, 1/145/172.

765 sayılı yasanın 456 ve 5237 Sayılı Yasanın 86 ve 87. maddeleri kapsamında rapor alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, ... Yasaya aykırı, Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün (bozulmasına),...” Y. 1. CD, 19.02.2007 gün ve 2006/436-2007/537

“...Sanık (M) ve (E)’in olay bittikten sonra (E)’in kaldığı hayvan barınağına geldikleri, bir süre bekledikten sonra sanık (E)’in av tüfeğini alıp (M) ile dışarı çıktıkları, **bu sırada kalabalık bir grubun kendilerine saldırma amacıyla üstlerine doğru geldiklerini görünce, (E)’in savunma maksatlı av tüfeği ile yere doğru ateş ettiği ve bu şekilde yasal savunma koşulları altında eylemini gerçekleştirdiği anlaşılmakla, ceza tertibine yer olmadığına ve beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Yasaya aykırı olup, Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden sanık (E) hakkındaki hükmün tebliğnamedeki düşünce hilafına (BOZULMASINA)...**” Y. 1. CD, 30.05.2007 gün ve 2006/6172-2007/4277

“... Başka bir odadan tüfek ve fişekleri alıp, fişegi şarjöre yerleştirerek maktullerin bulunduğu mutfak kapısına gelen sanığın, mutfak içinde ve lavabo yanında olup, kendisinden 4,8 metre uzaklıkta bulunan maktuleye 3 el ateş ederek öldürmesi olayında, sanığın tüfek alıp olay yerine geldiğinin sabit olmasına, **bu mesafeden elinde satır olduğunun kabulü halinde dahi maktulenin sanığa hamle yaptığının ve bu sebeple sanığın nefis savunması durumunda kaldığının kabul edilemeyeceğine göre, maktulenin olaydan önceki aile efradına karşı olumsuz tutum ve davranışlar, sanığa yönelik hareketleri gözetilerek sanığın TCK’nın 449/1,51/2 ve 59 maddeleri ile tecziyesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi suretiyle eksik cezaya hükmedilmesi,...**” Y. 1. CD, 24.06.2004 gün ve 4116/2514)

B. SAVUNMAYA İLİŞKİN KOŞULLAR

a. Saldırıya Karşı Savunma Zorunlu Olmalıdır

Savunmada zorunluluk bulunması yasal savunmanın en belli başlı koşuludur. Savunmada bulunanın **saldırımı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış içine girmesi** ve bu bilinçle hareket etmesi ile saldırıyı defedecek ölçüde saldırıyla orantılı olarak karşı saldırı bulunulması gerekir. Saldırının savunma yapılmaksızın **başka şekilde bertaraf edilmesi olanağı varsa** artık savunmanın zorunlu olduğundan dolayı-

sıyla yasal savunmadan bahsedilemez.

*Savunmada zorunluluk bulunup bulunmadığı hususunun, mutlak ve soyut bir biçimde değil, Fakat hal ve şartlara göre, nisbi bir şekilde anlaşılması gerekir; şu suretle ki, belirli bir durumda zorunlu olmayan savunma başka şartlar altında zorunlu görülebilir. Savunmada zorunluluk bulunması şartın, saldırının başka suretle uzaklaştırılması imkansızlığı şeklinde anlamak gerekir.*⁵⁸

“...Maktulün, daha önceden Çiftçi Mallarını Koruma Başkanlığına şikayet edilmesi nedeniyle olay günü sanık ve babasının evine doğru gelirken 60-70 metre mesafeden av tüfeği ile havaya ateş ederek “sizi vuracağım” diyerek bağırdığı, sanığın bulunduğu eve 20-25 metre, sanığın babası (O)’a 10-15 metre mesafede durarak (O) ile yaklaşık 5 dakika süre ile tartıştığı küfür ve tehdit ettiği, bu sırada elinde bulunan tüfeği gerek sanığa gerekse babasına yöneltmediği, namlusunu havaya doğru tuttuğu, üst katta duran sanığın maktulün geldiği sırada evden aldığı ve elinde bulunan av tüfeği ile maktule peş peşe iki el ateş ederek yaralandığı ve maktulün hastaneye kaldırılırken öldüğü, tanık (M.A.C)’ın hazırlık beyanı ve ateş edilme sürelerinin belirlenmesi açısından bu tanığın anlatımlarını doğrulayan tanık (H.C)’in beyanlarıyla anlaşılmalıdır.

Olayın akışı ve işlenmesindeki özellikler ile maktulün olay sırasındaki durumu ve özellikle maktul tarafından ilk atışın yapılmasından sonra tarafların yaklaşık 5 dakika tartışmalarının belirlenmesi karşısında maktulden kaynaklanan eşzamanlı bir saldırının varlığını kabul etmek mümkün olmadığından, savunmada zorunluluk bulunmadığı açıkça anlaşılmalıdır. O halde TCK’nın 49. maddesinde düzenlenen yasal savunma şartları olayda bulunmadığı belirlendiğine göre, yasal savunma sınırının aşılmasından da söz edilemeyeceği açıktır.

Bu nedenle TCK’nın 448,51/2,59 maddeleri ile uygulama yapılması gerekirken Yerel Mahkemenin direnmesi isabetli olmadığından bozulmasına karar verilmelidir...” YCGK, 18.05.1999 gün ve 1/92/1249

“...Maktulün, uzun yıllar boyunca sanığı telefonla rahatsız ettiği, birlikte olmayı önerdiği, sanığın eşinin, maktulden şüphelendiği, evini köyün 1 km dışına taşıdığı, olay günü maktulün, sanığın eşi ve kayınbabasının evde olmayacağını bildiği cuma namazı saatini seçerek sanığın evine geldiği, ısrarla cinsel birliktelik teklif ettiği, sanığın uyarısına rağmen eve girmek istediği, ka-

⁵⁸ Dönmezer / Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 127.

pının anahtarını bulamayan sanığın kapıyı kilitleyemediği, eline aldığı tüfekle maktulü uyarmaya devam ettiği, maktulün eve gireceği sırada tüfekle bir el ateş ederek öldürdüğü, olay mahallinin ıssız bir yer olması, köy muhtarı olan maktulün nüfuzunu kullanarak sanığı elde etme çabası, uzun yıllar boyunca sanığı rahatsız etmesi, sanığın eşi ve kayınbabasının evde olmadığı bir zaman dilimini bilerek seçmesi karşısında; sanığın, ırzına yönelen gerçekleşmesi kaçınılmaz olan eylemi defetme lüzumuyla hareket etmesi, yasal savunma kabul edildiğinden tebliğnamenin yasal savunmada sınırın aşıldığına ilişkin bozma isteyen düşüncesi benimsenmemiştir....” Y. 1. CD, 01.06.2007 gün ve 2006/2123-2007/4388

Öğretide bazı yazarlara göre, *Yasal savunma halinde bulunan kişi, kendisine veya başkasına karşı işlenen fiilin bir tecavüz teşkil ettiğini ve dolayısıyla, haksız olduğunu bilmelidir. Kişi bu bilincin yanı sıra, söz konusu tecavüzü defetmek amacıyla savunma hareketlerini gerçekleştirmelidir.*⁵⁹ Failin bir saldırı olduğunun farkına varması ve savunmada bulunması halinde somut olayın özelliklerine göre bu hususların varlığı araştırılmalıdır. Ancak, failin yasal savunmadan yararlanabilmesi için, **fiilin bir tecavüz teşkil ettiğini ve dolayısıyla, haksız olduğunu bilmesi ve sözkonusu tecavüzü defetmek amacıyla hareket etmesinin mutlak gerekli şart olmadığı kanısındayız.** Fail bu bilinçle hareket etme dahi koşulları oluştuğunda yasal savunmadan yararlanabilir. Örneğin, Sanık (A) geceleyin ormanda giderken kayalıkların arkasında bir karaltı görür, karaltıyı yabani hayvan sanıp avlamak maksadıyla gerekli özeni göstermeden aniden ateş eder, oysa kayalıkların arkasında hasmı (B) vardır ve silahı ile sanığa nişan almıştır ve sanıktan bir saniye sonra tetiğe dokunup ateş etmiş, önce kendisi sanığın silahı ile vurulduğu için sanığa isabet ettirememiş ve sanığın atışı sonucu isabet alarak ölmüştür, ...Keza sanık (A) köyüne giderken husumet beslediği (B)'yi bir tarlada görür ve öldürmek maksadıyla ateş eder, (B) ise elinde el bombasının pimini çekmiş sanığa atmak üzere iken sanığın atışı sonucu kolundan yaralanır ve el bombasını atmadan bombanın elinde patlaması sonucu ölür.⁶⁰ Bu iki olayda da fail, karşı tarafın fiilinin bir tecavüz teşkil ettiğini bilmemekte ve söz konusu tecavüzü defetmek amacıyla da hareket etmemektedir. Oysa failin hayatına yönelik haksız bir saldırı vardır. Fail fiili durumda yanılığa düşmüştür

⁵⁹ Özgenc, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 367.

⁶⁰ Benzer örnek için bkz. Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 23.

ve kendisi saldırgan durumundadır, fakat eylemi kendisi bilmesede saldırıyı defetmeye yönelik olup savunmada zorunluluk vardır. Saldırı ile savunma arasında orantı bulunduğu gibi savunma saldırı ile eşzamanda yapılmıştır. Hedefte hata ya da sapma hallerinde de fiili, hukuka uygun saymak gerekliliği karşısında ve her iki olayda yasal savunmanın saldırıya ve savunmaya ilişkin tüm koşulları gerçekleştiğinden failin yasal savunmadan yaralanması gerektiği düşüncesindeyiz.

Yasal savunmaya karşı yasal savunma olanaklı değildir.⁶¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.05.1978 gün ve 34/178 sayılı kararına göre,⁶² *haksız olarak ilk saldırıyı gerçekleştirip karşısındaki kişiyi yasal savunma haline koymuş ise, artık kendisi yasal savunma halinde bulunduğunu ileri süremez. Örneğin, eşinin başına silah dayayarak tecavüze yeltenmiş olan kişiye karşı bıçaklı saldırıda bulunan kocayı öldüren saldırgan yasal savunmadan yararlanamaz. Ancak yasal savunmada bulunan kişi yasal savunmada sınırı kasten aşmışsa buna karşı yasal savunmanın olanaklı olduğunu kabul etmek gerekir. Eve hırsızlık için girip bir kısım eşyaları alıp çıkarken ev sahibi tarafından yakalanan ve elinde herhangi bir saldırı aleti olmadığı gibi saldırıya da kalkışmayan kişiyi bıçaklayarak ağır yaralayan ve bıçaklamaya devam eden ev sahibine karşı hırsızlık yapan kişinin karşı saldırıda bulunması halinde yasal savunma koşullarının oluştuğunu kabul etmek gerekir.*

b. Savunma Saldırı ile Orantılı Olmalıdır

Savunma ile saldırının *orantılı biçimde olması iki aşamada değerlendirilmelidir. İlk önce kullanılan araçlar bakımından bir ölçülülük olup olmadığı, ikinci olarak da saldırı nedeniyle zarar gören hak ile savunma soncunda zarar gören hak arasında bir oranın bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır.*⁶³

Kullanılan araçlar bakımından bir ölçülülük ifadesinden mutlakada *saldırıda kullanılan araçların aynısı ile karşılık verilmesi anlaşılmalıdır. Örneğin, elinde silah olan bir kişiye karşı bıçak, sopa, taş, çekiç*

⁶¹ Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, s. 395.

⁶² Ayrıntılı karar için bkz. Savaş / Mollamahmutoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, s. 648 vd.

⁶³ Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Kabahatler hukuku*, s. 170.

vs. gibi araçlarla veya elinde bıçak,keser,balta gibi kesici ve delici alet olan saldırganı karşı da silahla veya başka bir araçla savunmada bulunulabilir. Önemli olan başka bir yöntem veya araçla olsa bile saldırıyı defedecek, etkisiz kılacak şekilde bir savunmada bulunulmasıdır. **Bu savunma yapılırken de araçların ölçülü kullanılması gerekir.** *Savunmada kullanılan araçlar arasında bir seçim imkanı varsa, bu saldırıyı kat'i olarak hangi araç bertaraf edebilirse onun seçilmiş olması yerindedir.*⁶⁴ Örneğin elinde bıçak olan saldırganı uzaklaştırmak için önce silahla havaya ateş edilmesi, bu yeterli gelmezse ayaklarına ateş edilerek durdurulması olanaklı iken doğrudan saldırganı ateş edilmesi halinde yasal savunmada oranının bulunduğundan söz edilemez. Araçların ölçülü kullanılması kişinin durumuna, yer ve zamana kısaca somut olayın tüm özelliklerine göre değişiklik arz edebilir. İriyarı, güçlü ve kuvvetli olan bir kişinin zayıf ve güçsüz bulunan bir kişiyi duvara dayayıp boğazını sıkması durumunda güçsüz olanın saldırganı etkisiz duruma getirmek için saldırıyı engelleyecek oranda bıçakla yaralaması yasal savunma kapsamında değerlendirilebilirken, bu olayın tersi durumunda güçlü olanın zayıf olanı bıçakla yaralaması halinde yasal savunmada sınır aşmış olmaktadır.

"...Sanık, gece saat 01.00 sıralarında, babasının evi avlusunda bulunan marangoz atölyesinde çalışmaktadır. Bu evde, anne ve babası kendilerine ait odada yatıp uyumuşlardır. Sanığın bekar olan kızkardeşi (N) bitişikteki odada tek başına kalmakta olup yatağında uyumaya başladığı sırada, otopsi raporunda açıklandığı üzere alkollü olan maktul (S), tanık (N)'ın açık kalmış olan penceresinden içeriye girmiş, gürültüye uyanan (N)'a "annenler uyudu mu?" diye sormuştur. Maktulü odasında gören (N)'ın çılglık atmasını, maktulün ağzını kapatmaya çalıştığı sırada çıkardığı boğuk sesleri çalıştığı atölyeden duyan sanık, kendisine ait ve her zaman eve götürdüğü av tüfeğini asılı olduğu yerden alarak derhal kızkardeşinin odasına doğru koşmuş ve kapıyı tekme ile vurarak açmıştır.

Tanık (N)'ın hazırlıktaki anlatımına göre, odanın ışığını yakan ve odada bulunan erkeğin 20 gün evveline kadar yanında çalışan (S) olduğunu gören sanık, kız kardeşinin ırzına yönelik bir saldırının mevcut olduğu düşüncesi ile hayati öneme haiz bölgelerini hedef alıp silahı ile önce bir el sonra da üç el daha ateş etmek suretiyle dosyadaki otopsi raporuna göre, sırtından ve ensesinden

⁶⁴ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, s. 246; Hakeri. H., *Ceza Hukuku*, G. H. Kabahatler Hukuku s. 171.

zurarak (S)'i öldürmüştür.

Olay sonrası maktulün üzerinden bir adet kalesnikof marka kasatura elde edilmişse de, maktulün bu bıçağı çekmek için herhangi bir davranışta bulunmuş belirlenememiştir. Sanık, ise daha etkin nitelikteki av tüfeği ile maktulün öldürücü olmayan bölgelerine ateş ederek saldırganı etkisiz duruma getirmek imkanına sahip olduğu ve saldırının bundan sonraki boyutunun ne olabileceğini, diğer bir deyişle ilk atıştan sonra maktulün saldırısına devam edip edemeyeceğini öngörebilecek durumda bulunduğu halde, atışlara devam etmek suretiyle yasal savunmada zaruret sınırını aşmıştır.(Oyçokluğuyla)...” YCGK, 04.11.1997 gün ve 1/149/215

“... Mağdur-müdahil Celal'in bıçaklı ve kesici-delici nitelikteki girilebilir saldırısına maruz kalan sanık Burhan'ın maruz kaldığı tehlikeyi defetmek için yaptığı bir el atış sonucu meydana gelen yaralanma eyleminde yasal savunma koşullarının bulunduğu kabul eden yerel mahkemenin kabul ve gerekçesinde isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki bu hususa ilişkin bozma düşüncesi benimsenmemiştir...” Y. 1. CD, 05.07.2007 gün ve 2006/6149-2007/5577)

Oran mutlak değil izafi bir kavramdır.⁶⁵ Saldırı nedeniyle zarar gören hak ile savunma sonucunda zarar gören hak arasında bir oranın bulunup bulunmadığı tespit edilirken de somut olayın tüm özellikleri göz önüne alınmalıdır. “Bir hak meşru müdafaa konusu ise, bu hakkın korunması için daha değerli bir hakkın zarara uğratılmış olması, değerler arasında dengesizlik olmadığı gibi, değerleri derecelendirmeye tabi tutmaya çalışmak, bir çok halde meşru müdafaa müessesesinin uygulanabilmesini engeller. Bir hukuki yarar yasal savunma konusu ise, korunması sırasında daha değerli bir yarara zarar verebilir. Bu nedenle zorla ırza geçmeye kalkan saldırganı başka türlü engellemek olanağı bulunmayan fail, saldırganı öldürürse yasal savunmadan yararlanır.”⁶⁶

Yukarıda “saldırıya karşı savunma zorunlu olmalıdır.” başlığı altında verilen Y. 1. CD, 01.06.2007 gün ve 2006/2123-2007/4388 sayılı kararında göre, evi köyün 1 km. dışında ıssız bir yerde bulunan ve evde yalnız olan maktule ile cinsel ilişkide bulunmak amacıyla zorla evine girmek isteyen köy muhtarının eve gireceği sırada, sanığın, ırzına yönelen gerçekleşmesi kaçınılmaz olan eylemi defetme lüzumuyla hareket ederek bir el ateş

⁶⁵ Erem, Faruk, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, s. 401.

⁶⁶ Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, s. 246.

ederek öldürdüğü olayda yasal savunma koşullarının oluştuğu kabul edilmektedir. Uygulamada rastlanılan benzer başka bir olayda ise, *maktulün sanığın evinin bahçesinde çalıştığı, kocasının işe gitmesi üzerine sanığın evde yalnız kaldığını anlayan maktulün tuvalet ihtiyacı bahanesiyle eve girdikten sonra sanıkla cinsel ilişkide bulunmak istediği, sanığın karşı koyması üzerine cebinden bıçağı çıkartarak boğazına dayadığı, bıçak sanığın boğazına dayalı vaziyette iken karyolaya yatırıp cinsel ilişkide bulunduğu, eylemini tamamladıktan sonra elbiselerini giyip gideceği sırada sanığın fırsatını bularak diğer odadaki av tüfeğini alarak maktule bir el ateş edip öldürdüğü* olayda (01.06.2005 tarihi ve sonrasında işlenen suçlar için) 5237 sayılı TCK'nın 81, 29 ve 62 maddeleri uygulanarak azami oranda indirim yapılması halinde dahi en az 10 yıl hapis cezası verilebilecektir. Bu iki örnek saldırının halen devam edip etmediği açısından belirleyici olsa da, ikincisi yönünden "adillik" kıstasının sağlanması açısından düşündürücüdür. Bu gibi durumlarda haksız tahrik nedeniyle özel bir indirim oranı sağlayan yeni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu kanısındayız.

Yasal savunma sırasında oranın bulunup bulunmadığı değerlendirilmesinin yapılması, somut olayın, kişisel ve çevre faktörlerinin farklı olması yanında değerlendirmeyi yapacak uygulayıcının da olaylara bakışlarının farklı olması nedeniyle uygulayıcıların karşılaştığı güçlüklerin başında gelir. Saldırı ile savunmanın **açık şekilde orantısız olduğu durumlarda** da yasal savunma hükümlerinin uygulanmasına olanak yoktur. Örneğin. Basit yaralama suçlarına karşı öldürme suçunun gerçekleşmesi.

"...Sanıkla maktulün daha önceden aynı işi yapmalarından kaynaklanan ticari bir çekişmelerinin olduğu, bu nedenle zaman zaman tartıştıkları, maktulün kendi işyerini devretmesine rağmen o dönemden kalma kırgınlıklarının devam ettiği, son olarak olay günü Kaş otogarı içinde, aralarında çıkan tartışma sırasında, maktulün sanığa küfretmesi üzerine, sanığın karşılık vermesine sinirlenen maktulün, yakındaki dükkandan demir bir çubuk alarak sanığın üzerine yürüdüğü, sanığın hemen oradan kaçarak annesi tanık Azime ile birlikte işlettikleri büfeye girdiği, maktulün de takip ederek peşinden içeri girmek istediği sırada, tanık Azime'nin kapının önüne durarak maktülü engellemeye çalıştığı, ancak bunu başaramadığı, olayın görgü tanığı olan Bilal K.'ın beyanına göre, tanık Azime ile mücadelesi sırasında maktulün elindeki demir çubuğun yere düştüğü ve bir daha eline almadığı, zaten sanığın da olay günü verdiği Cumhuriyet Savcılığı ifadesinde ve hakim hu-

zurundaki sorgusunda maktülün içeride kendisine demirle saldırdığı yönünde bir savunmada bulunmadığı, bu şekilde içeri giren maktülü, samğın, maruz kaldığı ağır haksız tahrikin etkisiyle bıçakla göğsüne vurmak suretiyle öldürdüğü ve yasal savunma şartlarının oluşmadığı olayda; sanık hakkında makul bir oranda haksız tahrik indirimi benimsenerek, 765 sayılı TCK'nın 448, 51/2, 55/3, 59. maddeleri ve 5237 sayılı TCK'nın 81/1, 29/1, 31/3, 62. maddelerinin ayrı ayrı uygulanması, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle lehe hükmün belirlenmesi ve uygulamanın buna göre yapılması yerine, yazılı şekilde, yasal savunmanın varlığının ve yasal savunmada sınırın aşıldığının kabulüyle sanığa eksik ceza verilmesi,.... hükmün ...bozulmasına, ..." Y. 1. CD, 25.05.2007 gün ve 2006/5456-2007/3967

Savunmanın saldırana karşı yapılmış olması gerekir. *Ancak fail saldırıda bulunanın şahsında yanılmış veya herhangi bir sapma dolayısıyla savunma, saldırgandan başka bir kişide sonuç vermişse, buna (şahısta hata, sapma) ait kurallar uygulanır.*⁶⁷ Yukarıdaki açıklamalarda yasal savunmaya ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanabileceği belirtilmişti. 765 sayılı TCK'nın 52. maddesi "hata" ve "sapma"ya ilişkin hükmü kapsamaktaydı. Bu maddedeki prensipler uyarınca, hedefte hata veya sapma halinde suç işlenmesi durumunda, kastedilen kişiye karşı işlenmiş gibi değerlendirilecektir. 5237 sayılı TCK'nın 30.uncu maddesinde ise "hata" ya ilişkin hükme yer verilmiş, ancak "sapma" ya ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Madde gerekçesine göre, "Hedefte sapma hâli ile ilgili olarak bu madde kapsamında düzenleme yapılmasına gerek görülmemiştir. Çünkü hedefte sapma hâlinde bir hata söz konusu değildir. Bu durumda suçların içtimaî hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sorun söz konusudur. Nitekim, uygulamada da hedefte sapma, suçların içtimaî ve özellikle fikri içtima bağlamında ele alınmaktadır." Hedefte hata yada sapma hallerinde de fiili, hukuka uygun saymak gerekecektir.⁶⁸

Yargıtay'a göre, fail (A) şahsına karşı yasal savunmada bulunurken hedefte sapma sonucunda (A) yerine (B) şahsına zarar vermişse veya (A) şahsına karşı yasal savunmada bulunurken hem (A)'ya zarar vermiş ve savunma sırasında hedefte sapma nedeniyle hem de (B)'ye zarar vermişse bu durumda yasal savunmadan yararlanacaktır.

⁶⁷ Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 129.

⁶⁸ Dönmezer / Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 30.

“...Sanık (Ö.L.Ş)’in açıklanan bu olay içerisinde hayatına yönelik toplu ve ciddi saldırıyı filhal defî zarureti ile ve saldırının davamı süresince saldırıyı kırıncaya kadar ruhsatsız tabancasıyla saldırgan konumunda bulunan **maktul ve sanık (S)’ye yönelik eylemlerinde yasal savunma şartları içinde bulunduğu bu itibarla hedefte sapma sonucu mağdur (A)’in de yaralanması, maktul (M)’in öldürülmesi fiillerinde TCK’nın 49/2. maddesi çerçevesinde değerlendirilerek ceza tayinine yer olmadığı ve beraatine karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması,...” Y.1. CD, 18.02.2002 gün ve 4970/560**

Fail saldırganına karşı yasal savunmada bulunurken olayla ilgisi olmayan **üçüncü kişiye ait araç veya eşyaları kullanabilir**. Kullanılan eşyalar veya kullanılmasalar dahi savunma sırasında üçüncü kişiye ait başka eşyalar da zarar görmüş olabilir. Örneğin Lokantada yemek yerken müşteri olan bir saldırganına karşı kullanılan sürahinin zarar görmesi veya savunma sırasında sanığın saldırganı itmesi sırasında masanın devrilip üzerindeki eşyaların kırılması, *bu gibi durumlarda, fail saldırganına karşı yasal savunma halindedir. Zarar verdiği üçüncü kişi (lokanta sahibi) açısından ise somut olaya göre, fail koşulları olduğu takdirde ancak zorunluluk halinden yararlanabilir.*⁶⁹ Üçüncü kişiye verdiği zarar nedeniyle (Örneğin, ızdır suçundan) sanığın cezai sorumluluğu bulunmasa da oluşan zararı tazmin ile mükellef olduğu düşüncesindeyiz.

Yargıtay, “*mağdurun, küfür ederek yanına geldiği sanığa, elindeki sopayla saldırıp vurduğu ve mağdurun tecavüzününün devam etmesi nedeniyle sanığın da bu saldırıyı önlemek için, yerden taş aldığı, ancak mağdura vurmadığı bu sırada, mağdurun geri geri giderken ayağının takılması sonucu başını yerdeki menfeze çarparak yaralandığı*” olayda savunma ile saldırı arasında orantı bulunduğunu ve sanığın yasal savunma şartları altında olduğunu (oyçokluğu ile) kabul etmiştir.

“...Olaydan bir gün önce sanık ile amcası olan mağdurun eşi ve çocukları arasında tavukların bahçeyi kirletmesi yüzünden ağız tartışması olduğu, olay günü mağdurun, sanığın yanına küfür ederek gelip, elindeki sopayla sanığa saldırdığı vurduğu, mağdurun tecavüzününün devam ettiği ve mağdurun sanığı yaralamaktan mahkum olduğu *sanığın da bu saldırıyı önlemek için, yerden taş aldığı, ancak mağdura vurmadığı bu sırada, mağdurun geri geri gidip ayağı takılması sonucu başını yerdeki menfeze çarparak yara-*

⁶⁹ Hakeri Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Kabahatler Hukuku, s. 170.

landığı, olayda sanığın yasal savunma şartları içinde bulunduğu, ceza tertibine yer olmadığına, beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,...hükümün BOZULMASINA,...” (oyçokluğu ile) Y. 1. CD, 11.05.2007 gün ve 2006/334-2007/3659)

Mala yönelik saldırılarda da savunma ile saldırı arasında oran olması gerekir. Savunma yapan kişi mala yönelik saldırıya karşı savunma yaparken bunu saldırgana en az zararı vererek saldırıyı defetme yolunu seçmelidir. “Saldırganı yaralayarak saldırıyı bertaraf etme olanağı varken, saldırganı öldürmüştse artık savunmada sınırı aşmıştır. **Ancak, mala yönelik saldırı mal sahibi bakımından hayati tehlike doğuruyorsa, böyle bir saldırıda saldırganın öldürülmesi yasal savunma teşkil eder.**”⁷⁰ Örneğin, Denizde kıyıya uzak bir mesafede teknesi ile balık tutan ve yüzme bilmeyen (A)’nın yanına saldırgan (B)’nin başka bir tekne ile yanaşıp elindeki balta ile (A)’ya ait tekneyi kırıp batırmaya çalıştığı sırada (A)’nın (B)’ye elindeki kürekle vurup yaralaması ve denize düşen (B)’nin boğularak ölmesi durumunda yasal savunma koşullarının varlığı kabul edilmelidir.

c. Saldırı ile Savunma Eş Zamanlı Olmalıdır

Saldırı ile savunma eş zamanlı olmalıdır. Bu koşul öğretide ve uygulamada çoğunlukla “saldırıya ilişkin koşullar” arasında sayılmaktadır. Kanımızca, kişinin kendisine veya başkasına ait her türlü hukuki değer ifade eden hakkına yönelen bir haksız saldırının varlığı halinde artık saldırıya ilişkin koşulun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. **Saldırıya karşı savunma yapılmamış olması saldırı olgusunu ortadan kaldırmadığı gibi, saldırının tamamlanmadığı da söylenemez.** Saldırı sona erdikten sonra savunma yapılmışsa, artık yasal savunmadan bahsedilemez, fakat, saldırının varlığı kuşkusuzdur. Dolayısıyla saldırı ile eş zamanla savunma yapılmasının “savunmaya ilişkin koşullar” içerisinde değerlendirilmesinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

Saldırı sona ermişse artık yasal savunmadan bahsedilemez. Ancak haksız tahrik hükümlerinin uygulanması söz konusu olur. Örneğin, saldırısını tamamlamış olup kaçmakta olan ve tekrar saldıracağı yönünde emareler bulunmayan saldırganın arkasından, saldırıya tep-

⁷⁰ Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Seçkin Yayınevi Ankara 1995 s. 129.

ki sonucu ateş edilerek ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet verilmesi halinde yasal savunma koşulları oluşmaz.

“...Aynı evde kalan sanık ve ölen arasında, ölenin başka bir odaya taşınması konusunda tartışma çıktığı, ölenin tuvalete gitmesi üzerine sanığın, ölene ait yatağı alarak koridora bıraktığı, tuvaletten dönen ölenin, yatağının neden koridora atıldığını sorması üzerine taraflar arasındaki tartışmanın büyüdüğü, ölenin, sanığı bıçakla, hayati tehlike doğuracak ve 45 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaraladığı, ölenin elindeki bıçağı alan sanığın, göbek çukurunun hemen altında, mide duodenum ve v.mazenterica superiorda kesi oluşturacak şekilde yaraladığı, ameliyata alınan ölenin, ameliyat bitmeden ex olduğu, ölümün kesici ve delici alet yaralanmasına bağlı iç organ ve büyük damar yaralanmasından gelişen iç kanama sonucu olduğu, ölenin sanığa ilk bıçak darbesini vurduktan sonra saldırısını sürdürmediği, sanık tarafından ölenin elinden bıçağın alınmamasından sonrada, ölen tarafından saldırıldığı veya ilk saldırının tekrarlanacağı konusunda dosyada herhangi bir kanıt ve emarenin bulunmadığı, sanığın ölenin bıçaklama eylemini, sona ermiş saldırıya tepki olarak gerçekleştirdiği, eylemler arasında zaman aralığı bulunmamakta ise de, ölenin saldırısının sona erdiğinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde saptandığı, bundan sonra sanık tarafından yapılan eylemin, saldırı veya saldırı olasılığı bulunmadığından, yasal savunma kapsamında değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. (oyçokluğuyla)...” YCGK, 15.04.2003 gün ve 1/83/103⁷¹

“... Sanık (A)’ın öldürme ve silahla yaralama suçları ile ilgili olarak yapılan incelemede; Maktül (H) ile mağdur (M.S)’in, aralarındaki ticari anlaşmazlık nedeniyle, (M.İ)’in büfesinin bulunduğu yere gittikleri, mağdur (M.S)’in araçtan inerek (M.İ)’a küfür edip, tabancayla ateş ederek kendisini yaraladıktan sonra, olay yerinden maktülün kullandığı araca binerek kaçmak istedikleri sırada çıkmaz sokağa girdikleri, bu nedenle tekrar geri geri gelerek büfenin önünden geçtikleri esnada, tabanca sesine uyanan ve büfenin karşısındaki evin 2. katında oturan sanık (A)’ın yerden yüksekliği 3.80 metre olan balkona çıkıp (M.İ)’ı yaralı olarak görünce av tüfeğini alarak etkili mesafeden mağdur ve maktülün içinde bulunduğu araca doğru birden ziyade ateş ederek, maktülün ölümüne, (M.S)’in ise yaralanmasına neden olduğu olayda; 765 sayılı TCK 50 ve 5237 sayılı TCK’nın 27/1. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı,

⁷¹ Kaban / Aşaner / Güven / Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, 2001/2004 s. 91-92.

Etkili mesafeden, öldürmeye elverişli tüfekle, hedef alarak birden ziyade ateş eden sanığın araç içinde bulunanların isabet alarak yaralanıp, ölebileceklerini öngörmesine rağmen ateş etmesi nedeniyle olay da olası kastla hareket ettiğinin kabul edilerek, 5237 sayılı TCK ile 765 Sayılı TCK'nın olayla ilgili bütün hükümlerinin yargı denetimine olanak verecek biçimde uygulanması, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması, lehe olan hükmün belirlenmesi ve uygulamanın ona göre yapılması gerektiği düşünülmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması, ... hükümlerin ...bozulmasına,..." Y. 1. CD, 27.07.2007 gün ve 2006/3641-2007/6319)

Yargıtay kararlarına göre yasal savunmada bulunan kişi **kaçmak zorunda değildir**.⁷² Ancak, kaçmak zorunda olmasa bile yasal savunma düşüncesinden değil de sırf saldırıya uğramış olmasını fırsat bilecek eylemini gerçekleştirmek düşüncesi ile ve yasal savunma görüntüsü yaratarak hareket edeninde yasal savunmadan yararlandırılmaması gerekir.

"...Gerek öğretilde ve gerekse Ceza Genel Kurulu'nun bu güne kadar süren kabul şekline göre, yasal savunma; bir kimsenin kendisine veya başkasına yöneltilen ağır ve haksız bir saldırıyı uzaklaştırmak için gösterdiği zorunlu tepkidir.

*Yasal savunma halinde işlenen fiil, hukuka uygundur, çünkü, hukuk düzeni hakkın ve haklının saldırıya uğramasına izin vermez. **Yasal savunmada hiçbir zaman ve hiçbir koşulda sanığa kaçma yükümlülüğü yüklenemez ve kaçarak kurtulması istenemez. Failin kaçma olanağı da dikkate alınmaz.***

Yasal savunmadan söz edilebilmesi için; somut bir saldırının bulunması, saldırı ile savunmanın hemzaman olması, savunmanın saldırının devamı sırasında yapılması, savunma ile saldırı arasında uygun oran bulunması gerekir. Saldırı başlamadan önce savunmaya geçilmesi haklı sayılamayacağı gibi, saldırı bittikten sonra savunmada bulunulması da meşru sayılamaz.

Ancak, "saldırının halen varlığını" geniş manada anlamak ve başlayacağı artık muhakkak olan bir saldırıyı başlamış, keza bitmiş olmasına rağmen "tekrarından korkulan" bir saldırıyı da henüz sona ermemiş saymak zorunludur. Örneğin, elindeki bıçağı uyarıya rağmen bırakmayan bir kimsenin saldırıya başlamış sayılacağı, hasmını yere yikan kişinin, saldırılarını daha ileri derecelere götüreceği anlaşılıyorsa, saldırı sona ermiş sayılamaz. Henüz

⁷² Bkz. YCGK, 15.02.2000 gün ve 1/22/27; YCGK, 23.03.1999 gün ve 1/46/56.

başlamamış saldırı tehlike teşkil edebilir ve “sona eren bir saldırının tekrar edilmesi tehlikesi de” bulunabilir.

Savunmada zorunluluk bulunup bulunmadığı her olayın özelliğine göre saptanmalıdır. Saldırıya uğrayanın bizzat fail olması gerekmez. Üçüncü bir kişinin tecavüze maruz kalması halinde de yasal savunma koşulları gerçekleşebilir.

Yasal savunmada aşırılığa kaçılması, ya da zaruretin tayin ettiği sınırın aşılıp aşılmadığı ise, failin karşılaştığı şartlarla uygun olmayan vasıta ile kendini savunması yahut saldırganı etkisiz hale getirdikten sonra da, savunmaya ilişkin tepkilerinde ısrar edip sürdürmesidir. Zaruret sınırının aşılıp aşılmadığı belirlenirken, failin o anda içinde bulunduğu ruh halinin, psikolojik durumunun göz önünde bulundurulması gerekir.

Kaldı ki, öldürme olayının yasal savunma şartları içinde işlendiği Yerel Mahkemece de tartışılıp kabul edilmiş, ancak; maktulün tabancasından çıkıp sanığın belinin sağ tarafından giren ve sol tarafından çıkan merminin yumuşak dokuda seyretmesi, **sanığın da olay yerinden hemen kaçma imkanı bulunduğu halde böyle yapmayıp tabancasının namlusu içindeki mermi, tetiğe basılmasına rağmen patlamaması nedeniyle daha fazla atış olanağı kalmayan maktule ateş etmesi** savunmada aşırılık olarak değerlendirilmiş ise de, bu değerlendirme ve gerekçeye katılmamıştır. Çünkü; maktulün tabancasından çıkan mermilerden birisi ile yukarıda belirtilen şekilde yaralanan sanığın o anda içinde bulunduğu ruh hali ve psikolojik durumun etkisi ile Yerel mahkeme kararında belirtilen biçimde mantıklı düşünüp davranamayacağı açıktır. Yine sanık, maktulün ateşi kesmesinin, onun tabancasının tutukluk yapmasından kaynaklandığını bilmemekte ve bilebilecek durum ve yerde de bulunmamaktadır. Ve yukarıda açıklandığı gibi, olaya sanığın içinde bulunduğu ruh hali ile bakıldığında, “sona eren silahlı saldırının tekrar edilmesi tehlikesi her an mevcuttur.” Açıklanan oluşa göre, sanığın yasal savunma sınırını aşmadığı öldürme fiilini yasal savunma koşulları altında işlediği anlaşıldığından hakkında TCY’nin 49. maddesinin uygulanması gerekmektedir.

Bu itibarla, direnme kararının yukarıda belirtilen değişik gerekçeyle bozulmasına ve tutuklu kalan sanığın derhal salıverilmesine karar verilmelidir. (oyçokluğuyla)” YCGK, 15.02.2000 gün ve 1/22/27

KAYNAKÇA

- Prof. Dr., Erem Faruk, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, C. I, Seçkin Yayınevi, Ankara 1993.
- Prof. Dr., Önder Ayhan, *Ceza Hukuku dersleri*, Filiz Kitapevi 1992.
- Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Savaş Yayınları* Ankara 1990.
- Prof. Dr., Dönmezer, Sulhi, / Prof. Dr., Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Basım Yayın Dağ. AŞ, 9. Basım.
- Prof. Dr., Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitapevi İst.1992.
- Doç. Dr., Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, TC Adalet Bakanlığı Eğt. D. Bşk.lığı Y., 3. Bası,
- Prof. Dr., Artuk, Mehmet Emin / Doç. Dr. Gökçen, Ahmet / Yrd. Doç. Dr., Yenidünya, A. Caner, *5237 Sayılı TCK'ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitapevi Ankara 2006.
- Prof. Dr., Tezcan, Durmuş, / Yrd. Doç. Dr., Erdem, Mustafa Ruhan, / Yrd. Doç. Dr., Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, TC Adalet Bakanlığı Eğt.D. Bşk.lığı, Ankara 2004.
- Prof. Dr., Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- Ekinci, Mustafa, / Özcan, Şerafettin, *Kasten Adam Öldürme Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.
- Prof. Dr., Reisoğlu Safa, *Türk Eşya Hukuku*, C. I., Ank. Üniv. Basımevi, Ankara 1980.
- Kaban, Mater, / Aşaner Halim, / Güven Özcan, / Yalvaç Gürsel, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, Eylül 1996/Temmuz 2001, Adalet Yayınevi, Ankara 2001.
- Kaban Mater, / Aşaner Halim, / Güven Özcan, / Yalvaç Gürsel, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları*, Eylül 2001/Temmuz 2004, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.
- Malkoç, İsmail, *Açıklamalı İçtihatlı 5237 S. Yeni Türk Ceza Kanunu*, 1. Cilt, Malkoç Kitapevi 2007
- Doç. Dr., Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Kabahatler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- Bakıcı, Sedat, *5237 S. Yasa Kapsamında Ceza Hukuku G.H.*, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

TÖRE, NAMUS VE TÖRE SAİKİYLE KASTEN ÖLDÜRME

Zeynep Burcu AKBABA*

*“İşlemediğimizi zannettiğimiz suçların
suçlusuyuz aslında...”*

Nebahat AKKOÇ

I. Töre Kavramı

Töre bir toplulukta benimsenmiş, yazılı olmayan, teamül ve adetlerin temelini oluşturduğu, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, gelenek ve göreneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünüdür. Ya da bir toplumdaki ahlaki davranış biçimleridir. Başka bir tanım yapmak gerekirse, insanların şu ya da bu alandaki yaşayış tarzlarını düzenleyen, çok uzun bir zamandan beri yerleşmiş bulunan değişmez davranış kurallarıdır. Yahut bir toplumda ortaklaşa benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama şekillerinin kural, gelenek ve göreneklerin, alışkanlıklarının tümü olarak da adlandırılır. Ancak “töre”nin diğer toplumsal kurallardan farkı, hayli baskıcı, zorlayıcı bir niteliğe sahip olması, sert yaptırımlar içermesidir. Esasen kavramın tanımından yola çıkarak belirtilmek istenilen husus, birden çok anlamı içinde barındıran, aslında her bir anlamı birbiriyle yakından ilişkili bu kavramın, nasıl olup da bir noktadan sonra “cinayetlerin” konuşulmasına neden olduğudur. Hangi sınırın geçilmesinden sonra töre, ölümlere, ağıtlara, yaşamların kaybedilmesine, gencecik insanların silinip gitmesine, isimsiz mezarlara sebebiyet vermektedir?

Törenin etimolojik değerlendirmesinin yapılması gerekirse bu kavramın iki değişik kökü vardır. Birincisi, adet ve ahlak anlamında

* Stajyer Av., Ankara Barosu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans öğrencisi

kullanılır. Moğolca'dan geçmiştir ve geleneksel Moğol hukuku anlamına gelir. Ayrıca Moğolca'da *tör* kelimesinin devlet anlamına geldiği de bilinmektedir. Eski Türkçe'de ise *törü* olarak geçer. Kanun, nizam, düzen ve görenek anlamındadır. *Törü* ya da töre, asıl kökünü *Torah*¹ yani *Tevrat* kelimesinden alır.²

Töre sözcüğü "*ahlak, adet, anane, edep, erdem, fazilet, gelenek, namus, onur, örf, teamül*" gibi birden çok kelimeyle eş anlamlıdır. Ancak bu kavram yıllarca o kadar iyiniyetli bilinmiştir ki, gün gelip de bu kavram adı altında insanların öldürülebileceği akla gelmemiştir. Çoğumuz için töre, büyüklerin elini öpmek, bayramda onları ziyaret etmek, onlara saygılı olmak kadar iyiniyetli olmuştur. Bu anlamda törenin iki yüzü ortaya çıkmaktadır. Birinci yüzü; masum olan, bizi korkutmayan, ölümlere neden olmayan, ağıtlar yaktırmayan yüzü yani; iyi, olumlu veya pozitif töre iken, bir diğer yüzü ise bakire olmadığı gerekçesiyle, radyodan aşk şarkısı istemesi nedeniyle, kot pantolon giyip sinemaya gitmesi, istemediği bir adamla evlenmek yerine sevdiğiyle evlenmek isteğini dile getirmesi, eve geç gelmesi, sevdiği insanla cinsel birlikte-lik yaşaması, ailesine karşı gelmesi sebeplerinden cezasını ölüm olarak öngören kötü, olumsuz veya negatif töre. Bu nedenle de cezanın ölüm olarak verildiği kötü töre kavramı üzerinde durulacaktır. Nedir bu kavramı bu kadar kötü, bu denli hüzünlü kılan?

Kuşkusuz töre kavramına bu anlamın yüklenmesinde etkili unsurlardan ilki ataerkilliğin tüm çağdaş toplumlarda sahip olduğu köklü niteliklerdir.

"Ataerkillik; eril toplumsal cinsiyetin egemenlik uygulama sistemi veya rejimidir. İktidarın tatbiki çok önemlidir; çünkü eğer cinsiyet ilişkileri eşitlik temelinde dayanmıyorsa, hiyerarşik ve çatışmalı ise, kadınlar egemenliğe direnirler ve bu direnç, ataerkilliğin korunması adına kontrol altına alınmalıdır.

Ataerkillik sistemiktir. Nitekim töre cinayetlerinde bir annenin, kızın, kızkardeşin ya da ailenin veya sülalenin diğer kadın fertlerinin öldürülmesi olayına genellikle kadınlar ve hatta akrabalar da katılır.

Ayrıca devlet, ataerkil şiddeti ortadan kaldırmaya istekli olsa bile, erkekle-

¹ Torah, ıslahın uygulanışı, ıslah eden ışık / Kuran'da Tevrat olarak geçen kutsal kitabın ıbranicesi. Yazılı Torah dışında Talmud ile beraber sözlü Torah da vardır ki hepsi dini yasayı oluşturur. (y.n.)

² Pervizat, *Namus Cinayetlerinin...*, 2. Baskı, s. 220-221.

rin, sonuçlarına rağmen şiddet uygulamaya devam etmeleri gerçeği, devletin elini kolunu bağlamaktadır.

Buna ek olarak ataerkil şiddet evrenseldir. Ataerkil şiddet hem Doğu'da hem Batı'da görülebilir. Sonuçta kadına yönelik şiddet, erkek ve kadın arasında tarihsel olarak eşitliğe dayanmayan güç ilişkilerinin bir göstergesidir".³

Bu güç ilişkisi zamanla kadını erkeğe bağlı hale getirmiş, kadının gözünde erkeği, onu dışarıya karşı koruyacak, muhafaza ve müdafa edecek kişi olarak tanımlarken, erkeğin gözünde kadını korunmaya muhtaç, güçsüz, zayıf, korunmadığı taktirde erkeğin adına ve namusuna hanel getirebilecek bir varlık konumuna sokmuştur. Bu noktadan sonra kadınların çalışma haklarını, seyahat haklarını, kendi bedenleri üzerindeki haklarını ve en önemlisi yaşam haklarını ataerkil anlayışa kaptırması söz konusu olmuştur. Yaygın ataerkil düzenin kadınlar ve kızlar üzerindeki iktidarını korumasının ve sürdürmesinin bir yöntemi olan namus cinayetlerinin ortaya çıkması, bu süreçte kendini göstermiştir.

II. Namus Kavramı

Erkek egemenliğinin kadınları denetlemek açısından başvurduğu çeşitli yöntemlerden biri olan, kadınları "namuslu aile kadını" ile "orta malı" olarak iki gruba ayırmasından yola çıkarak "namus" kavramına değinmek gerekirse, namus kelimesinin Türkçe'ye, Arapça'dan veya Farsça'dan geçtiği düşünülmektedir. Arapça'ya Eski Yunan'dan geçtiği kabul edilmekte ve kökü Eski Yunanca'da Nomoβ kelimesinden gelmektedir. Eril bir kelime olduğu belirtilen Nomoβ'un aslı "nemo"ya dayanmaktadır. "Nemo" kısımlara bölmek anlamına gelmektedir. Özellikle hayvanların yemek veya otlakları konusunda kullanılan bir kelimedir. Dolayısıyla bu ifade, bir erkeğin sahip olduğu otlak alan ve bu alanın üzerinde otlayan hayvanlar olarak nitelendirilir. Nomoβ'un tanımı ise; yerleşik hale getirilmiş herhangi birşey, kullanım, gelenek, yasa, yorum yoluyla kazanılan herhangi bir şey şeklindedir.⁴

Namus, Türkçe Sözlük'te; "1. Bir toplum içinde ahlak kurallarına karşı

³ Shahrzad Mojab / Nahla Abdo, *Namus Adına Şiddet Kuramsal ve Siyasal Yaklaşımlar*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, 2006, s. 3-4.

⁴ Leyla Pervizat, *Namus Cinayetlerinin Kavramsal Tartışması*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, 1. Baskı, s.240.

beslenen bağıllık. 2. Dürüstlük, doğruluk. 3. Sililik, iffet" şeklinde tanımlanmaktadır.⁵

Ancak her şeyden önce namus kavramının, birçok değerinde de olduğu gibi geçerliliğini koruyamadığına inanılan yani zaman ve mekan içinde değişen ve yoruma açık değerler olduğu kabul edilir. Türkiye bağlamında ise, namusun, cinsiyetçi bir kavram olduğu görülmektedir. Bu değerler çerçevesinde, namusu bir erkeğin himayesinde olmayan kadınlara, genellikle, cinsel bakımdan özgür, hatta saldırgan gözüyle bakılır. Kadınların namusuna yöneltilen saldırı ailenin erkekleri tarafından korunur yahut kadın kendi namusunu korumak için kendi üzerine düşen vazifeyi şiddet ve zor kullanarak yerine getirirse, bu şiddet uygulaması, anlaşılır, beklenir ve saygı ile karşılanır⁶. Bu noktada ortaya çıkan bir kavram olan "*namus cinayetleri*" kadınların varlığına yönelik cinsel şiddetin bir türüdür. Namus cinayeti evrensel bir fenomendir ve birçok devletin temel özelliğini belirleyen özel mülkiyet kültürünün, ataerkilliğin ve sömürü düzeninin ayrılmaz bir parçasıdır. Batılıların/Avrupalıların Orta Çağ ve 17.-18. yüzyılda görülen cadı yakma gelenekleri, bekaret kemeri uygulamaları günümüzde devam etmekte olan Brezilya'daki 'ihtiras suçlarını' veya Hindistan'daki drahoma⁷ ölümleri bu duruma örnek olarak sayabilir⁸.

70 yaşında Şanlıurfalı, okuma yazma bilmeyen bir kadının namus hakkındaki yoruma ise şu şekildedir:

*"Namus hepsinden eyidir! Namusun kıymetini bilmedir. Yaa. Akıllı kadının, namusunu rezil etmez, namusunun kıymetini bilir. Erkekten gendi gendini korur.(...) E çok gezen kadın eyi degildir...; Evinde oturacah. Yani, fazla, dışarılara açık, gitmek; dışarı gitmek, fazla, yabancı 1e erkeklerle konuşmah, eyi degil.(...) Seheb(sahip, kadının sahibi olan babası amcası erkek kardeşleri) için de şerefiyi koruyacaksan."*⁹

Pitagoras, erkek egemenliğinin hislerine tercüman olarak: "*düzeni, ışığı ve erkeği yaratmış olan bir iyi ilke; bir de kaosu, karanlığı ve kadını yarat-*

⁵ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, 2. cilt, K-Z.

⁶ Pervizat, *Namus Cinayetlerinin...*, s.242.

⁷ Drahoma, hristiyanlarda gelin tarafının damada götürdüğü mal veya para.

⁸ Mojab / Abdo, *Namus Adına.., Ataerkillik ve Devlet: İsrail'de Kadın*, s. 63.

⁹ Filiz Kardam, *Namus Cinayetlerine Meşruiyet Zemini Hazırlayan Algılama ve Yaklaşımlar*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, 2. Baskı, s.232.

mış olan kötü ilke vardır” der.¹⁰ Erkek kendi “ben”ini, kadının “öteki”liği üzerinde kurar ve bu “öteki”yi, beden ve cinsellikle özdeşleştirerek, bunu kadını, kadının namusunu denetlemenin meşru gerekçesi haline getirir.

Türkiye’nin bir kesiminde namus anlayışı, “*namus ailedir ve ailenin şerefidir, namus olmazsa yaşamının bir anlamı yoktur*” şeklinde ortaya çıkar. Namus, kadının cinselliğini aile meclisinin veya erkeklerin onayıyla yaşayabilmesi ve onların koyduğu sınırların dışına çıkamamasıdır. Aslında pek çok durumda namussuzluk, kadınların kendilerine biçilen namus ölçüsünün dışına çıkmaları olarak yorumlanabilir. Mesela, izinsiz sokakta gezme, eve geç gelme, boşanmaya kalkışma, ayrı eve çıkma, bir erkekle ilişkilerine dair dedikodu gibi olaylardan herhangi biri ailenin namusuna laf gelmesine neden olarak kabul edilebilir.

III. Töre ve Namus Cinayetleri ve Sebepleri

Türkiye özelinde bakıldığında namus cinayetleri genellikle kadına karşı işlenir. Yaygın erkek egemen sistemin bir kontrol mekanizması olarak ortaya çıkan bir yargısız infaz türüdür. Bu nedendir ki namus cinayetlerine içinde yaşadıkları toplumun adetlerine, törelerine ve kültürel yaptırımlarına/uygulamalarına ters düşen değerlere ve standartlara inanan veya inandığı düşünülen kişiler maruz kalır. Özellikle de buna maruz kalan kişilerin büyük bir çoğunluğunun kadın veya kız çocukları olması namus cinayetlerinin kadının bedeni ve hayatı üzerindeki özerkliğinin denetlenmesi, feodal sistemin sürdürülmesi olarak algılandığının göstergesidir.

Bu anlamda namus cinayeti, kız çocuklarının veya kadınların, ailenin veya bulunduğu toplumsal çevrenin egemen gelenek veya törelerinin belirlediği namus anlayışını ihlal ettiği, dolayısıyla aile şerefini lekelediği, aileye veya erkeğe utanç kaynağı olduğu gerekçesiyle, aile meclisi kararıyla veya erkeğin kişisel kararıyla öldürülmesidir.¹¹

Namus cinayetlerinin temel nedeni olarak, kollektif bilinç yada mekanik dayanışma; female grup üyelerinin seksüel tatmin aracı olarak sınırlı varlık oluşu; toplumun female grup üyelerindeki rol bek-

¹⁰ Vildan Yirmibeşoğlu, *Toprağa Düşen Sevdalar*, Mega Basım, İstanbul, s. 74.

¹¹ Yirmibeşoğlu, *Toprağa Düşen...*, s. 49-50.

lentisi ve kadının aile içerisindeki statüsü; itaat ve yoksulluk kültürü; namus ve şerefün üstün toplumsal bir değer olarak algılanması ve eğitim yetersizliği öne sürülmektedir¹². Namus cinayetlerinin tek nedeni bekaret olmayıp, esas itibarıyla kültür ve geleneklerin kadınlar için koyduğu kurallara uyulmamasıdır. Hatta kadının bu kurallara uymayacağını beyan etmesi dahi kimi zaman bu cinayetlerin işlenmesine neden olabilmektedir. Böylece erkeklere itaat etmemenin bu cinayetlerin temel nedeni olduğu ifade edilmektedir.¹³

Namus cinayetlerinin ortak özelliklerine bakıldığı zaman şunlar görülmektedir;

1. Ailenin veya erkeğin, kendinde kadının yaşamını belirleme hakkı görmesi, bedeni üzerinde hak sahibi olduğunu düşünmesi.

2. Kadının isteyerek karşı cinsle yaşadığı bir ilişki veya mağduru olduğu bir cinsel saldırı.

3. Aile veya erkeğin, kendini kanun koyucu veya yargıç yerine koyarak kadını yargılaması.

4. Çevre, toplum baskısı, namus veya törelerin getirdiği bir zorunluluk.

5. Kadının kirlenmiş bir mal, bir eşya gibi görülmesi.

6. Bu cinayeti bilinçli bir şekilde işleyerek utancın kaynağını ortadan kaldırmakla namus ve şerefün temizleneceğine olan inanç.

7. Kadının öldürülmesiyle failin toplum ve çevrede saygınlık kazanacağı düşüncesi.

8. Aile üyelerinin sosyal kurtuluşunun sağlanacağı inancı.¹⁴

Kadınların insan haklarının en dehşet verici ihlallerinden birisi ve bir yargısız infaz şekli olan namus cinayetleri, içinde yaşadıkları top-

¹² Ahmet Cihan, "Töre ve Namus Cinayetlerine Üniversite Gençliğinin Bakışı ve Toplumda ki İzdüşümü: Dicle Üniversitesi Diyarbakır Örnekleri", Sosyolojik ve Hukusal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Derleyenler: Atalay/Uluğ/Atak, Diyarbakır 2003, s. 51-53.

¹³ Nebahat Akkoç, "Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde Namus Adına İşlenen Cinayetleri Önleme ve Bu Konuda Toplumsal Duyarlılık Geliştirme", Sosyolojik ve Hukusal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Derleyenler: Atalay/Uluğ/Atak, Diyarbakır 2003, s. 88.

¹⁴ Yirmibeşoğlu, Toprağa Düşen..., s. 50.

lumun sosyal normları ile çatışan değerlere ve standartlara inanan ya da inandığı düşünülen kadınları hedef alır. Namus cinayetleri kadınlara yönelik en sert şiddet biçimlerinden birisidir fakat Türkiye'deki kadınlar daha başka şiddet türlerine de maruz kalmaktadır. Kadınlar evlilik içi tecavüz, kadın cinsel organının mütilasyonu, burun kesme, başlık parası, zorla evlilik, çok eşlilik ve bekaret testi gibi daha pek çok istismarla karşılaşmaktadırlar. Bu noktada namusun temizlenmesi esnasında, erkek, kadını öldürürken yahut ona zarar verirken; yalana, aldatmacaya başvurmaktan ve komplo düzenlemekten çekinmez. Ancak bu davranışları onun erkekliğini ve şerefini olumsuz yönde etkilemez. Namusun temizlenmesinde kadınların "diğer" kadınları öldürmesine ise çok seyrek olarak şahit olunmaktadır. Ailede öldürülmeyen bir kadın olduğunda, diğer kadınların olaya dedikodu yoluyla müdahale ederek kadının öldürülmesi için gerekli ortamı hazırladıkları görülmektedir. Ailedeki iktidar sahibi kadınlar, mağdur durumda olan kadınların öldürülmesinde dedikodu ve komplo planlamada çok önemli bir rol oynarlar.¹⁵ Buna yönelik, Avrupa'da ilginç olaylar dahi görülmüştür. 1500'lü yıllar Almanya/Nuremberg'de evli erkeklerle birlikte olan kadınlar burunlarının kesilmesi riski ile karşı karşıyadırlar. Bu şiddet, evli erkeğin karısı tarafından kocasıyla ilişki içinde olan kadına karşı uygulanmaktadır.

Bu anlatılanlar çerçevesinde namus, kadın bedeni ve cinsellik odaklı algılanmaktadır. Bu algılama da namus nedeniyle işlenen cinayetlere meşru bir zemin oluşturmaktadır. Diğer taraftan da kişinin çevresinden gelen baskı altında kalması ve aslında toplumun suçlu görünmesi yönündeki görüşler kişinin işlediği suçun hafife alınmasına ortam hazırlamaktadır. Şanlıurfalı Sevda Gök, Gaziantep'li Oruç Serin, Medine Avcı, Yurdağül Başarır, Sibel ve Adile Ürkmez adlı kız kardeşler, Elbistanlı Makbule Yüce ve daha nice kızlar, kadınlar töre adına "aile meclislerinin kararlarıyla"¹⁶ öldürülmüşlerdir. Bu cinayetlerin

¹⁵ Yirmibeşoğlu, Toprağa Düşen..., s.151.

¹⁶ Töre cinayetlerinde, namusun lekelenmesine inanılan durumda ailenin ve yakın akrabaların bir araya gelmesiyle aile meclisi toplanır. İnfaz kararı ve yöntemi üzerine görüş birliğine varılır. Eğer varsa ve durumu uygunsa bu görev yaşı küçük erkek üyeye havale edilir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü töre adı altında işlenen cinayetlerde muhakkak aile meclisinin toplanmasını ve bir karar almasını beklemek doğru olmayacağı gibi mahkemenin karar alma aşamasında bu durumu saptaması güç hatta kimi zamanlar olanaksızdır.

temelinde kadınların hayatının kendileri tarafından değil, erkeklerce belirlenmesi yatmaktadır.

Yapılan araştırmalarda, namus cinayetlerinde sanıkların %90'a yakınının erkek, %10'a yakınının kadın olduğu görülmektedir. Faillerin %40'a yakınının 17 yaş altında olması ise tesadüf değildir. Cezadan kaçınmak için namus cinayetleri, cezai sorumluluğu bulunmayan veya daha az ceza alacak olan erkek çocuklara işlettirilmektedir. Maktul/mağdurla yakınlık bağına baktığımızda, faillerin birbirini tanıdıklarını, kan bağı ve yakın akraba ilişkisi içinde bulduklarını görmekteyiz. Konu namus olunca aile bireyleri ve yakın akrabalar sanığa yardımcı olmakta, kimi zaman ailenin kadın üyelerinden de destek alınmaktadır.¹⁷

Cinayeti işleyenlerin toplum içinde itibarı yüksektir. Namus cinayeti yargılanmasında ceza indirimleri nedeniyle birkaç yıl yatıp çıkan çocuk ya da gençler topluma bir kahraman olarak sunulurlar ve bütün sosyal çevrelere dahil olabilirler. Namus cinayetine ilişkin olarak, faillerin yaşadıkları bölge, ev, etkilendikleri kültür incelendiğinde de benzer sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Namus cinayeti, kadına karşı şiddet, töreler ve inanışlar çerçevesinde meşru görülmektedir.

IV. Doğu'nun Namus Cinayeti, Batı'nın İhtiras Cinayeti¹⁸

Yaşanan olaylar, töre veya namus adına işlenen suçların belli bir dine özgü olmadığını, dünyanın herhangi bir bölgesiyle de sınırlı kalmadığını göstermektedir. Bu tür suçlara Türkiye'de, Asya'da, Amerika'da, Ortadoğu'da, Afrika'da¹⁹ rastlanılması olayın niteliğinin değil yalnızca adının değişmesi sonucuna yol açmaktadır.²⁰

Namus cinayetlerinin Batıdaki görünümü ihtiras suçları şeklindedir. Her ne kadar ihtiras cinayetleri ve namus cinayetleri şimdiye kadar farklı algılanmış olsa da, aslında bu iki durumun kadın ve kız cinayetlerinin aynı evrimden ve düşünce sisteminden geçerek aynı sonuca ulaşan eylemleri ifade ettiğini görmekteyiz. Ancak bazı noktalarda bu

¹⁷ Yirmibeşoğlu, Toprağa Düşen..., s. 118.

¹⁸ İhtiras cinayetleri, kıskançlık ve tutku suçları, ani öfke ve kıskançlıkla işlenen cinayetler. Batıda bu tür suçlara "ihtiras suçları" olarak rastlamaktayız.

¹⁹ Timuçin Köprülü, "Töre Saikiyle İşlenen Suçlar: Brezilya ve ABD Örnekleri", Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2007/5-41, s. 44.

²⁰ Pervizat, Namus Cinayetlerinin..., s.244.

iki kavram birbirinden ayrılırsa da sonuçta ihtiras ve namus cinayetleri içinde buldukları toplumlarda meşrulaştırma yoluna gidilir.²¹ Kadınların erkekler tarafından öldürülmeleri konusunda batı ile doğu arasında karşılaştırma yapıldığında, kökte aynı nedenler bulunmaktadır. Şekil ve zaman bakımından farklılaşma dahi, aslında olaylara verilen tepkiler bakımından fark yaratmaktadır. Namusta, mağdurun ya da maktulenin yaptığı hareketin iffetsizliği veya namusuzluğu tartışılır. Namusuzluk işlenirken sanığın ya da sanıkların orada olması gerekmemektedir. İhtirasta ise, sanık olayı gördüğü anda şuurunu kaybederek cinayeti işlemiştir. Kendini o an bilmez ya da bilemez. Sanığın söz konusu durum üzerine durup düşünmesi ve bir karar vermesi beklenmez. Ancak ihtiras cinayetlerinde de kocanın, karısını veya erkek sevgilisini gördüğünü iddia ettiği vakitten çok daha sonra öldürdüğü de ortaya konmuştur. Latin Amerika'daki saptamalar ele alındığında ihtiras cinayetlerinin bir anda gözü dönmesi nedeniyle işlenmediği namus cinayetlerinde olduğu gibi uzunca bir süreçten sonra "bir kadın tarafından aşağılanmaya katlanamayan erkeğin" bu cinayeti işlediğine tanık olmak mümkündür²².

Şiddeti uygulayanın, sanığın, mağdur ya da öldürülenle arasındaki ilişki bakımından namus cinayetlerinde, kadının ve kızın akrabaları veya ailesi tarafından öldürüldüğünü görmekteyken, ihtiras cinayetlerinde, sanık, genellikle kadının kocası, eski kocası veya sevgilisidir. Türkiye'deki kadınların ise hem kocası, hem de kendi akrabaları tarafından öldürüldüğünü söylenebilir. Bu hususlardan hareketle söz konusu cinayetlerin altında, kadını kontrol etmek ve onun davranışlarını erkeğin isteğine bağlı olarak düzenlemek yatmaktadır denilebilir. Erkekler şiddet uygulayarak kadınlara şu mesajı gönderirler: "*Haddini bil yoksa hayatına mal olur.*" Devletin ve toplumun diğer erkeklere gönderdiği mesajda açıktır: "*Onu öldürebilirsin. Sana pek fazla bir şey mal olmaz.*"

Brezilya'da yaşanmış 5 Ağustos 1988 tarihli olayda da yukarıda değinilen nedenlere bağlı olarak kişinin karısını öldürdüğü görülmektedir.²³

²¹ Namus ve ihtiras cinayetleri; cinayetin işleniş zamanı ve şekli, cinayetin işleniş nedenleri, sanık ve mağdur arasındaki ilişki, kan bağı veya akrabalık olup olmadığı durumları bakımından farklılık gözetmektedir.

²² Pervizat, *Namus Cinayetlerinin...*, s. 245.

²³ Söz konusu olayda adam, karısını ve karısının sevgilisini, beraber bir otelde yakalamış ve ikisini de öldürmüştür. Yargılamayı yapan Mahkemenin erkek üyelerinden

New York'da görülen Chen davasında ise mahkeme, eşinin bir başkasıyla ilişkisinin olduğunu öğrenen kocanın (Çinli göçmen) cezasında indirim gitmiştir. Chen kararı ABD'de yaşayan Asyalılara, kocaların eşleri üzerinde hakları olduğu; bu anlamda kadınların dövülebileceği, öldürülebileceği kısacası şiddete maruz kalabilecekleri mesajını vermiştir.²⁴

Temmuz 2003'te ünlü rock yıldızı Bertrand Cantat'ın kız arkadaşını öldürmesi olayı ise gazetelere "*sadece bir aile meselesi*" ve "*bir erkeğin ihtirasına yenilmesi*" olarak yansımıştır.

Sonuçta erkeklerin kadınlara yönelik şiddet uygulamalarında, erkekler kendi iktidarları geçildiğinde ve baskınlıklarını kaybettiklerinde ve hükümlanliklerine karşı çıkıldığında, erkekliklerini kaybettiklerini düşünerek, tekrar bunu geri almak adına kadına yönelik şiddete başvurdularını görülmektedir.²⁵

V. Töre Saikiyle Kasten Öldürme

TCK'nın 81. maddesi kasten öldürme suçunun basit şeklini düzenlerken, 82. maddesi töre saikiyle kasten öldürmeyi de içeren nitelikli halleri düzenlemektedir. Töre kavramına daha önce değinildiği için burada ilk önce bu suç tipinde suçun unsuru olarak kabul edilen "saik" kavramı ele alınacaktır.

Saik, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir duygu ve düşüncedir. Hatta "*failin harekete geçmesine yol açan nedendir*" demek dahi yerinde olacaktır. Kişi yaptığı hareketleri mutlaka belli bir saikle yapar. Saikin suçun unsuru olarak kabul edildiği hallerde, o suç açısından *özel kast* aranıyor demektir.²⁶ Ancak saik suçun unsuru olarak düzenlenmemiştir fakat tamamen gözardı edilmesi ceza hukuku ilkelerine aykırı olacaktır. Hakim cezanın hesaplanmasında saiki gözönünde bulunduracaktır. Suçun unsuru olarak saike yer verilmesi, failin belirli saikle hareket etmesinin, o suçun benzer suçlardan ayırt edilmesinde

birinin kültürel meşru savunma konusundaki görüşleri için bkz. Köprülü, s.44.

²⁴ Köprülü, "*Töre Saikiyle İşlenen Suçlar: Brezilya ve ABD Örnekleri*", Güncel Hukuk Dergisi, Mayıs 2007/5-41, s. 44-46.

²⁵ Pervizat, *Namus Cinayetlerinin...*, s. 248.

²⁶ Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları, 4. Bası, Ekim 2006, İstanbul s. 394.

önemlidir. Failin kastının söz konusu saikin etkisinde oluşması durumunda artık özel kasttan söz edilir. Türk ceza hukukunda özel kast, amaç maksat gibi kelimelerle ifade edilmiştir. Ancak maksat, failin gerçekleşmesini istediği kanuni tipte yeralan netice anlamına gelmektedir. Amaç ise, neticenin ötesinde failin elde etmek istediği menfaattir.²⁷ Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse;

Failin töre saikiyle kardeşini öldürmesinde, saik, törelerin gereklerini yerine getirmek, toplumun baskısından kurtulmaktır. Gerçekleştirmek istediği netice yani maksat, kardeşini öldürmektir. Son olarak amaç ise, öldürmek dışında sağlamak istediği başka menfaatlerdir yani namusunu temizlemek, toplum içine çıkabilmek şeklindedir.

Töre saikiyle kasten öldürme için üzerinde daha sonra ayrıntılı olarak durulacak, aile meclisinde karar alınması ve aile bireylerinden biri tarafından öldürülmesi hususlarının bulunması zorunlu değildir. Burada önemli olan failin saikidir. Aile bireyleri dışında kimselerce de gerçekleştirilmesi mümkündür. Nihayetinde kanun metninde bu hususlara ilişkin bir durumdan bahsedilmemektedir. TCK 316. maddede bakıldığında “suç için anlaşma” suçunda “iki veya daha fazla kişinin anlaşmasından” bahsetmektedir. Kanun koyucu, töre saikiyle adam öldürmede, meclis kararıyla suçun gerçekleştirilmesini arasaydı “devlete karşı suçlar” kapsamında ele alınan 316. maddedeki gibi bir düzenlemeye giderdi. Ancak kanun koyucu 82 (1) (k) maddede bundan bahsetmemiş ve saiki yeterli kabul etmiştir. Suçun aile mensubu bir kişiye işlettirilmesi ve törelere göre “meşru” sayılmayan bir davranış nedeniyle gerçekleştirilmesi gibi bir hususun zorunlu olmadığı yukarıda belirtilmişti. Zaten somut olayda “meşru” sayılmayan davranış ölçütünün tespiti de oldukça güçtür. Bu nedenle töre saiki yerine *namus saiki* deyiminin kullanılması yerinde olurdu. Namus saiki daha genel ve kapsayıcı bir ifade olduğundan, kişilerin töre saikiyle adam öldürme nedeniyle alacakları yüksek cezalardan kurtulmak amacı ile *namusum için öldürdüm* şeklindeki ifadelerinin de önüne geçilecektir.

“Bu noktada töre kavramı geniş ve muğlak bir kavram olarak görülmektedir. Mahiyeti ve kapsamı bu denli belirsiz olan bir kavram için ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının verilmesinin ne kadar isabetli olduğu tartışılabilir.”

²⁷ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 4. Bası, Ankara 2006, s. 343-344.

*bir husustur”.*²⁸

Doktrinde, töre saikiyle öldürmelerin esaslı unsuru, aile meclisi kararı olup, bu karar tasarlamaya da işaret ettiğinden, ayrıca bu nitelikli hale gerek olmadığı düşüncesi yer almaktadır. Bununla beraber, kan davası olaylarında da olduğu gibi, tasarlamının ispatlanamadığı hallerde bu nitelikli hal uygulanabileceksede, uygulamada töre saikinin ispatlanmasının tasarlamının ispatından daha kolay olmadığına işaret edilmektedir.²⁹

Suçun faili dışında, aile meclisi kararı dolayısıyla bu kararı alan kimselerin veya kararın icrasında herhangi bir şekilde rol oynayan kişilerin de azmettiren veya yardım eden sıfatıyla cezalandırılacağı da açıktır.³⁰

Uygulamada töre cinayetlerine ilişkin kararlar incelendiğinde, maktulün yakınlarının suçtan zarar gördükleri halde davaya müdahale isteminde bulunmadıkları görülmekte ve bu husus cinayetlerin aile meclisi kararıyla işlendiği şeklinde yorumlanmaktadır.³¹

Suçun nitelikli hali olarak kabul edilen bir durumun aynı zamanda hafifletici neden sayılmasının mümkün olamayacağı düşünülerek, maddenin gerekçesinde, töre saikinin kabul edildiği durumlarda ayrıca haksız tahrik nedeniyle ceza indirimine gidilemeyeceği öngörülmüştür. Maddenin gerekçesinden hareketle haksız tahrik ifadesine değinmek yerinde olacaktır.

VI. Haksız Tahrik³²

Töre saikiyle gerçekleştirilen öldürmelerde haksız tahrik hükümlerinin önceki kanun döneminde uygulanması dolayısıyla, kanunu-

²⁸ Toroslu, Ceza Hukuku..., s. 35.

²⁹ Hakan Hakeri, *Kasten Öldürme Suçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s.247.

³⁰ Doğan Soyaslan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005, s.107.

³¹ N. Ferda Güllüoğlu, “Kadına Yönelik Şiddette Yasaların Yetersizliği”, *Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu*, Bildiriler, Derleyenler: Atalay/Uluğ/Atak, Diyarbakır 2003, s.100.

³² Haksız Tahrik, madde 29-(1) Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar indirilir.

muzun bu açık hükmü karşısında da haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının önüne geçilip geçilmediği tartışmalıdır. 82. madde ile 29. maddenin *gerekçeleri* birlikte değerlendirildiğinde, bir suç mağduruna yönelik töre cinayetlerinde, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmayacağı, diğer hallerde ise uygulanmasına bir engel bulunmadığı sonucuna varılmaktadır³³.

*“Bu kavram, cezayı azaltıcı, kişisel ve genel yasal nedendir. Kanundaki tanımdan hareketle; haksız bir fiilin (hareketin) meydana getirdiği öfke veya şiddetli üzüntünün etkisi altında suç işleyen kimseye daha az ceza verilir (TCK m.29). Haksız tahrikte, fail daha az kusurlu sayılır. Haksız tahrikin kişide yarattığı öfke veya şiddetli üzüntü nedeniyle, irade özgürlüğünün azaldığı ve mağdurun haksız hareketiyle suça neden olduğu gözönüne alınır”.*³⁴ Haksız tahrik bir hukuka uygunluk nedeni değil, kusurluluğu etkileyen bir nedendir. Haksız tahrikin koşulları ise şunlardır:

- Tahrik edici bir fiilin bulunması
- Fiilin haksız olması
- Fiilin hiddet veya şiddetli eleme neden olması
- Tahrik edene karşı tepki gösterilmesi
- Nedensellik bağı

Bu koşullar arasında en sıkıntılı husus fiilin haksız olmasıdır. Tahrik edici fiil haksız olmalıdır. Hukuka aykırı her türlü davranış, haksız fiil niteliği taşır. Yargıtay kararlarında, hangi fiillerin haksız sayılacağı konusunda çok sayıda örnek bulunmaktadır.³⁵

³³ Hakeri, Kasten Öldürme..., s.249.

³⁴ Centel / Zafer / Çakmut, Türk Ceza..., s. 435-436.

³⁵ Yargıtay’a göre şu eylemler haksız tahrik teşkil eder: Öldürülenin birlikte aynı evde oturduğu gelinini sık sık hakaret ederek dövmesi, failin karısına cinsel tacizde bulunulması, mağdurun, sanığın abbasının kahvehanesinde içtiği çayı beğenmerek bardağı yere atıp aşağılayıcı sözler söylemesi, mağdurun olaydan birkaç gün önce sanığın oğluna cinsel tacizde bulunmuş olması. Yargıtay devamsızlık yüzünden işten çıkarılmayı ise kişinin kendi kusurunun sonucuna katlanması gerektiği gerekçesi ile, yerinde olarak tahrik edici eylem saymamaktadır. Bunun dışında Yargıtay çocuğunu öldüren sağır ve dilsiz anne için, kendisinin doğurduğu dört aylık bebekten doğabilecek hiç bir haksız hareketin kabul edilemeyeceği gerekçesiyle, haksız tahrik hükmünün uygulanmasını eleştirmiştir. Kocasının iktidarsızlığını ileri sürerek boşanma davası açan ve babasının evine giden kadının kocası tarafından öldürülmesi olayında da Yargıtay, haksız tahrik hükmünün uygulanmasına gerek bulunmadığını belirtmiştir.

Haksız fiil hukuki ve ahlaki yönlerden haklı sayılmayan hareket demektir. Yargıtay'a göre "toplumsal değer hükümlerine, ahlaka, örf ve adete aykırı davranışlar hukuka aykırı davranışlar niteliğinde" olduklarından, haksız tahrik nedeni olarak kabul edilmeleri gerekir. Ancak belirtelim ki, bir davranış hukuka aykırı olmayıp, sadece örf ve adete aykırı ise bu davranışı haksız bir fiil olarak kabul etmemek gerekir.

Failin kendisine haksız harekette bulunduğu konusunda hataya düşerek suç işlemesi halinde, varsayılan tahrik nedeniyle, indirimden yararlanması gerekir. Koyunlara atılan taşın kendisine atıldığını sanarak kasten yaralama suçunu işleyen çobanın cezasının indirilmesi gibi. Buna karşılık, olayın sebep ve başlangıcından haberdar olmasa bile, haksız hareketleriyle olaya sebep olan babasının saldırıya uğradığını sanarak ateş eden sanık açısından haksız tahrikin etkisiyle suç işlediği kabul edilmemiştir.³⁶

Bu konuda başka bir önemli nokta da, gerçekte bulunmayan ve fakat failce varsayılan bir fiilin doğurduğu öfke ve elemine haksız tahrik teşkil edip etmeyeceğidir. Karısının zina yaptığına dair dedikodular çıktığını iddia eden kocanın, eşini öldürmesi üzerine, haksız tahrik indiriminden yararlanma talebi ve köy halkının ifadesi doğrultusunda böyle bir dedikodunun varolmadığının tespitine ilişkin durumda verilen mahkeme kararına geçmeden önce, doktrinde bu konuya ilişkin iki görüşe değinmek gerekir. *Mefruz tahrik* adı verilen bu durumda doktrindeki birinci görüşe göre; *failin zina ve kanaatinin nedensellik değeri taşımayacağı, ortada haksız bir fiil bulunmadıkça failin bunun varlığını ikasının bir rol oynamayacağıdır*. İkinci görüşe göre de; *haksız tahrikte cezanın indirilmesinin sebebi psikolojiktir ve failin gazap veya elem saikiyle hareket etmesidir. Bu psikolojik esas mefruz tahrik halinde de vardır*. Yargıtay doktrinindeki ilk görüşü benimsemektedir ve mefruz tahrik halinde yani gerçekte mevcut olmayan ve fakat failce mevcut olduğu sanılan bir fiilin yarattığı hiddet ve şiddetli elemine tesiri altında işlenen suç sebebiyle haksız tahrik kabul edilemez. Çünkü ortada gerçekte işlenmiş haksız bir hareket mevcut değildir. Bu hal ancak cezayı azaltıcı takdiri bir sebep kabul edilebilir. Bu açıklamalar ışığında yukarıda bahsedilen somut olayda haksız bir hareketin söz konusu olmaması nedeniyle tahrik hükümleri tatbik edilmemiştir.³⁷

³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.5.1989-121/186.

³⁷ Gaziantep 1. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 1995/84, K. 1995/89 sayılı kararı için bkz.

Haksız tahrik konusunda değinilmesi gereken son bir kaç husus da, tahrik edene karşı gösterilen tepkinin, haksız tahrik oluşturan fiilden hemen sonra gösterilmesi gerekmez. Haksız tahrikten doğan bunalım devam ettiği sürece, gösterilen tepkiye verilen ceza, haksız tahrik indiriminden yararlanır. Yargıtay'a göre, haksız tahrik hükmüne yol açacak hareketlerin mutlaka olay sırasında veya olaydan hemen önce olması zorunluluğu yoktur. Mağdurdan gelen haksız hareketlerin psikolojik etkisinin devam ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunan hallerde, haksız tahrik hükümleri uygulanarak sanığa verilen ceza indirilmelidir. Öte yandan suç sayılan eylem doğrudan doğruya tahrikte bulunan veya onun zararına işlenmelidir. Haksız tahriki yapandan başkasına gösterilen tepki, haksız tahrik indiriminden yararlanmaz.³⁸

Haksız tahrik ve tasarlama arasındaki bağlantıya da değinmek gerekirse, öğretide bir arada bulunup bulunmayacağına ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Tasarlamayı, suçun soğukkanlılıkla işlenmesi olarak açıklayan görüş; haksız tahrik ile tasarlama bir arada bulunamaz demekte, diğer bir görüş ise, tasarlama failin belirli bir süre düşünüp plan kurması, suç işleme kararında direnmesi, dolayısıyla tehlike halinin daha büyük ölçüde açığa çıkmasıdır. Öfke ve üzüntünün altında dahi, insanın düşünme ve yapacağı hareketi planlama yeteneği devam eder. Buna ilişkin olarak Yargıtay; *"tasarlanmış suçta tahrik mümkündür"* demekte ve *haksız tahrik indiriminin uygulanmasında önemli olan, sanığı suç işlemeye iten, onun beyninde şiddetli kızgınlık veya elem uyandıran haksız hareketin etkisini sürdürüp sürdürmediğinin belirlenmesidir. Bu nedenle aradan zaman geçmiş olması, haksız tahrik hükmünün uygulanmasına engel değildir"*.³⁹

Sonuç olarak haksız tahrik ve töre cinayetleri kapsamında üzerinde durulması gereken esas nokta, haksız tahrik indiriminin mağdura değil faile karşı uygulanacak olmasıdır. Bir genç kızın tecavüze uğraması olayında, kızın, kendi aile bireyleri tarafından öldürülmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olmamakla birlikte, tecavüz eden kişinin öldürülmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır.

Yirmibeşoğlu, s.166.

³⁸ Centel / Zafer / Çakmut, Türk Ceza..., s. 440-441.

³⁹ Centel / Zafer / Çakmut, Türk Ceza..., s.442.

VII. Kurbanlar, Savcı ve Yargıç

Aile kararıyla öldürme geleneğinin bölge kültürünün bir parçası olduğu yerlerde, istediğini elde etme arzusu, bir anlık duygularıyla hareket etmesi, doğasında varolan hazlara yenik düşmesi, ölümün kapısını da sürekli açık tutmaktadır.⁴⁰

Kendimize sormadan edemiyoruz. Bu insanlar bir anlık arzularına yenik düşmeleri halinde sonlarının ne olacağını bilmiyorlar mı? Bunca infazdan haberdar olmalarına rağmen yaşananları ders alınacak bir vaka olarak görmüyorlar mı? Ya da erkekler sevdikleri kızla birlikte olmak istemelerinin ardından bunun sonucunun sevdiğinin ölmesi anlamına geleceğini düşünemiyorlar mı? Bu soruların cevabını vermek gerçekten zor ancak asıl önemli olan kurbanların öldürüleceklerini anladıklarında verdikleri tepkiler.

Genellikle yaygın olan davranışlar: Kaçmak, karakola veya jandarmaya sığınmak, köy korucularından yardım istemek, kadın merkezlerine başvurmak, komşuda veya arkadaşta gizlenmek veya ölümü beklemek.⁴¹

Savcıların soruna bakışı; genelde görev yaptıkları bölgelere göre değişiklik göstermektedir. Bölgeye ayak uydurmak zorunda kalmalarından dolayı kimi zaman gerçekler kalın perdelerin arkasına saklanmakta ve mağdurların, ailelerine tesliminde bir sakınca görülmemektedir. Bu durum ise mağdurların öldürülmesiyle sonuçlanmaktadır. Ancak bu zihniyetin dışına çıkabilen savcılar da mevcuttur.⁴² Ancak belirtmek gerekir ki bu cinayetlerde, öldürme kararı genelde öldürülenin ailesi tarafından verildiğinden, müşteki-müdahil olabilecek kişiler ile suça azmettiren ve suç fiilini işleyenler genellikle aynı kişilerdir. Bu durum da davalarda müdahil olmaması sonucuna yol açmaktadır ve zaruriyetten sanığın savunması ile yetinilmektedir. Hatta şayet savcılık makamınca karar temyiz edilmezse, Yargıtay denetiminden geçmeksizin kesinleşmektedir.⁴³

İşin en sorunlu kısmı ise olayın yargıçlar boyutu aslında. Söz konusu mahkeme kararlarının ne kadar tarafsız ve baskı altında kalmadan

⁴⁰ Yirmibeşoğlu, Toprağa Düşen..., s. 139.

⁴¹ Yirmibeşoğlu, Toprağa Düşen..., s. 141.

⁴² Yirmibeşoğlu, Toprağa Düşen..., s. 162.

⁴³ Yirmibeşoğlu, Toprağa Düşen..., s. 159.

verildiği tartışılacak bir konu. “Eğer bir yargıç, namus cinayetinden birini sıradan bir cani gibi mahkum ederse, sokakta yürüyemez, köyde yaşayamaz; bir ‘kahramanı’ cezalandırdığı için utançtan oralardan kaçmalıdır.” Burada ki ifade erkeğe itaat edip yasağa uyararak var olmuş, sınırları aştığında yüzü yok edilmiş ve buna rağmen hayatta kalmış bir tanığa ait.⁴⁴

Bazı mahkeme kararlarında yargıçların cinsiyet ayrımcılığını içselleştirdiği açıkça görülmektedir. “Kendisine çizilen sınırları aştığında kadınlar şiddeti hakeder” zihniyetine sahip yargıçların dahi olduğunu görmek mümkündür. Yargıtayın bir kararında erkek cinsellik anlayışı, “kızlık zarı” ile ilgili değerlendirmesinde kendini göstermektedir: “Kızlık zarı bir kadının şeref, haysiyet sembolüdür” ve onun evlenebilme şansına etkilidir.⁴⁵

Erkek hukukçular kızlık zararına ayrı bir önem vermiştir: “Evlendiği kadının bakire olmadığını bilmeyen erkek, MK (Medeni Kanun) 166 (2). maddesine dayanarak kadında olması gereken önemli bir vasıfta hataya düştüğü gerekçesi ile evlenmenin iptalini isteyebilir”.⁴⁶

VII. Sonuç

Namus adına işlenen cinayetlerin ya da kadına uygulanan şiddetin temelinde namusu koruma içgüdüsünün yattığı düşünülürse, eril zihniyetin namus anlayışı, bekaret ve evlenene kadar bekaretin saklanması olduğu görülmektedir. Ancak adli tıp raporları, anatomik yapıları farklı kızlık zarları yüzünden gerdek gecesi kanaması yaşamayan çok sayıda kızın öldürüldüğünü göstermektedir. Bu gibi durumlarda koca, başlık parası verip aldığı malın bozuk çıktığını düşündüğü için, bu malı kendi elleriyle yok etme yolunu seçmektedir.

Bozuk malı temizlemek ise, lekelenme nedenine göre değişmektedir. Bu işin en kolay, en temiz yolu öldürmek veya intihara ikna etmektir.⁴⁷ Bir dönem Doğu’daki intihar vakalarında artış olmasına rağmen yeterli delil bulunamadığından sanıklar hakkında birşey yapılamaması aslında bu intihar vakalarının gerçek yüzünü ortaya koymaktadır.

⁴⁴ Yirmibeşoğlu, Toprağa Düşen..., s. 195.

⁴⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, K.T. 6.7.1988.

⁴⁶ Yirmibeşoğlu, Toprağa Düşen..., s. 214. Yargıdaki erkek cinsellik anlayışı konusunda bkz. Yirmibeşoğlu, s. 230.

⁴⁷ Yirmibeşoğlu, Toprağa Düşen..., s. 285.

Genç kızlar ailelerine göre suç işlemişlerdir ve cezalarını çekmeleri gerekmektedir. Bu nedenle, annenin, babanın veya erkek kardeşin hazırlanmış olduğu iplerde kız çocuğu veya kadınlar kendilerini asana kadar aile üyelerinin başlarında yada kapıda bekleyerek oluşturduğu baskı altında suç teşkil etmekle birlikte, yeterli delil olmaması nedeniyle cezasız kalmaktadır. Geriye kalan tek şey ise, intihar görünümü altındaki töre cinayetleridir.

Aslında bazı bölgelerimizde sulh tazminatı ve berdel⁴⁸ yoluyla da çözülmüyor bu sorun. Ancak yaygın olan inanç, namus cinayetleri, toplumda, bu cinayetleri işleyenlere kazanç sağlayan, onurlu bir suç olarak kabul ediliyor. Törenin gereğini yerine getirmeyip cinayet işlemeyenler ise ömür boyu toplum tarafından dışlanmaya mahkum ediliyor. Bu yaşanan olayların son bulması ise, kadın bedeni ve cinselliği üzerindeki tasarruf yetkisinin toplumdaki, aileden yada erkekten alınarak, kadının kendisine verilmesi ile mümkün hale gelebilecektir.

Namus cinayetlerine son verilmesi ya da kadına karşı şiddet içeren fiillerin önünün kesilmesi, her bir ülkede yapılması ve alınması gereken tedbirlerin hayata geçirilmesiyle mümkün olacaktır. Öncelikle kadınların yaşama hakkına sahip olduğu fikrinin desteklenmesi gerekmektedir. Bu fikrin yasalar ve icra makamları yolu ile hatta her seviyedeki okulda verilecek eğitimlerle gerçekleşmesi sağlanmalıdır. Özellikle ülkeler, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin, BM Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması

⁴⁸ **Berdel**; evlenecek iki erkeğin birbirlerinin kız kardeşlerini kendilerine eş olarak seçmeleridir. Bunun yanında bir kız, baba ve amca yada amcasının oğlu için de berdel usulü evlendirilebilmekte ve çıkan kan davalarında kızların "kan berdeli" ya da "bertila xwine-kanın rüşveti" olarak karşı tarafa "verildikleri" gözlenmektedir. Kürtçe berdel tümüyle dişiliği çağırıştırır. *Ber* ve *del* kelimelerinin bir araya gelmesinden oluşmuştur. Berdel'e en yakın kelime *bertil*'dir. Bertil rüşvettir; buna göre berdel "Onun rüşveti" ya da "Onun yerine" gibi anlamlar içermektedir. Arapça berdel *bedel* denilmektedir. Hakkari'de berdel'e *kepir* ya da *pe guhurk*, Denizli, Aydın ve antep'te değişik yapma; Şırnak ve Cizre'de *pe guhurk*; Kuzey Irak'ta *Jin be Jin*; Yezidiler'de ise berdele *keç be keç* denilmektedir. *Kepir*, saçı dağınık, yontulu taş ve kurak arazi anlamlarına gelmektedir; *pe guhurk*'nin canlı bir anlamı yoktur, eylem ifade etmektedir, *Jin be Jin* salt kızkardeşleri değiştirme amaçlı kullanılır. Alevi Kürtler'de ise berdel, bugün yok denecek kadar azdır, daha önce Maraş, Sivas ve Dersim kürtleri'nde görülen bir evlilik türü iken günümüzde örnekleri yok denecek kadar azdır. Maraş, Sivas ve Dersim'de berdel ya da "guherandın" denilmekteydi. Berdel türü evlilikler Avustralya'daki Kariera yerlileri Arnavutlar arasında da yaşanmaktadır. Bkz. Müslüm Yücel, *Berdel, Evlilik İttifakı*, Kesit Yayınları, 1. Baskı, Mayıs 2006, s. 12-13.

Deklarasyonu'nun ve Namus Adına Kadınlara ve Kızlara Karşı İşlenen Suçların Ortadan Kaldırılmasına Yönelik Çalışma'nın, hiçbir maddesi üzerinde *bir çekince* konmaksızın kendi hukuk sistemlerinin içine yerleştirmelidir. Sayılan sözleşme hükümlerinin yerine getirilebilmesi içinse, kamu tarafından desteklenen femininst kitle iletişim araçlarının, yazılı ve sözlü yayın kuruluşlarının kurulması, ayrıca kadın sığınma evleri olmak üzere her türlü kadın destek grubunun kurulması ve idame ettirilebilmesi için yetkili organlar tarafından mali desteğin sağlanması gerekmektedir.

Bu konuda Türkiye'de yakın zamanda yapılmış olan çalışmalardan en önemlisi Başbakanlık tarafından yayınlanan genelge olmuştur.⁴⁹ Genelgenin konusu; "*Çocuk ve Kadınlara Yönelik Şiddet Hareketleriyle Töre ve Namus Cinayetlerinin Önlenmesi İçin Alınacak Tedbirler*". 2006 yılında yayınlanan Başbakanlık Genelgesinin hayata geçirilmesi için yerel ve ulusal bazda kurumlar çalışmalarını sürdürmektedirler. Ancak bu genelgenin hayata geçirilmesi için gerekli bütçe ortaya konulmadığı sürece kurumların, ulusal veya yerel çalışmaları sonuçsuz kalabilir.

Ne yazık ki sonuçsuz kalan her çaba, başarı sağlayamayan her çalışma, kötü törenin, varlığını sürdürmesine neden olacaktır. Töre, kızların hayallerini çalmaya, aşka yasak koymaya, bazen cinayetlere, intihar süsü verilmiş ölümlere, bazen de vücutta hayat boyu taşınacak izlere neden olmaya devam edecektir.

Töre, feodal düzeni korumaya, ataerkil toplumda erkeğin hükümlerlik sürmesine sebebiyet vermeye, kadını yeri geldiğinde *maldan* ibaret saymaya, yeri geldiğinde erkeğe malını ortadan kaldırmaya imkan tanımayı sürdürecektir.

Kadına korunulması gereken bir mal gibi bakmaktan vazgeçip, ona bir birey olarak yaklaşılıp, saygı duyulduğunda şiddetin ve cinayetlerin önüne geçilmiş olunacaktır.

⁴⁹ RG, 4 Temmuz 2006, Sayı: 26218.

ANKARA'NIN BAŞKENT OLMASININ HUKUKSAL ANLAMI (TÜRKİYE CUMHURİYETİ MERKEZ BANKASI VE DİĞER KAMU BANKALARININ MERKEZLERİ ANKARA DIŞINA ÇIKARTILAMAZ)

Hasan DURSUN*

GİRİŞ

Son yıllarda, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ile diğer kamu bankaları olan Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası merkezlerinin Ankara dışına, daha somut bir deyişle, İstanbul'a taşınması konusunda kamuoyunda var olan hafif boyutlu tartışma, Başbakan Erdoğan'ın 10 Ocak 2008 tarihinde 60. Hükümet Programı Eylem Planını açıklarken Ziraat, Halk ve Vakıfbank'ın yanı sıra Merkez Bankası'nın da hükümetin Eylem Planı doğrultusunda İstanbul'a taşınacağını açıklaması üzerine tekrar alevlenmiş ve 10 Ocak 2008 tarihinden bu yana ülke gündemini sürgit bir şekilde meőgul etmiştir.

Başbakan Erdoğan'ın 10 Ocak 2008 tarihinde yaptığı bu açıklama üzerine ağırlıklı olarak Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası olmak üzere söz konusu banka ile diğer kamu bankalarının İstanbul'a taşınmasının yerinde olup olmadığı veya siyasi açıdan uygun düşüp düşmeyeceği konusunda tartışmalar yaşanmış, ancak, söz konusu taşınma işi hukuksal bir düzlemde ele alınmamıştır. Eğer söz konusu bankaların İstanbul'a taşınması hukuken olanaksız ise -ki kanımızca hukuken olanaksızdır- konunun yerindelik veya siyasi açıdan uygunluğunu tartışmanın da bir anlamı olmayacaktır. Üstelik konunun hukuksal düzlemde tartışılmasının başka faydaları da bulunmaktadır. Gerçekten de, hukuksal boyutta yapılan tartışmalarda tek bir doğru

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) doktora öğrencisi.

sonuç bulunurken yerindelik veya siyasi boyutta yapılan tartışmalar da doğru sonuç birden fazladır. Bu son tümce de açıklanan fikri biraz açmak uygun olacaktır.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarının İstanbul'a taşınmasını yerindelik veya siyasi açıdan destekleyenler savlarını örtülü bir şekilde dile getirirse, bir başka deyişle, açıkça dile getirmeseler de; söz konusu bankalar İstanbul'a taşınırsa ülkenin daha güçlü bir ekonomiye kavuşacağını, taşınmanın İstanbul'un finans merkezi olmasına katkı sağlayacağını, devletin ekonomi üzerindeki kontrolünün para boyutu bakımından da sonlandırılıp özel sektörün oyun sahasının (playing ground) genişletileceği, söz konusu bankaların taşınma işinin fazla masraflı olmayacağı, çünkü Anadolu yakasında Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'na ait bir arazinin seçildiği gibi gerekçeler ileri sürmektedirler.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarının İstanbul'a taşınmasına yerindelik veya siyasi açıdan karşı çıkanlar ise; taşınma gerçekleşirse başkent ekonomisinin ağır bir yara alacağını, taşınmanın İstanbul'un finans merkezi olmasına katkı sağlamayacağı gibi onun trafik, yoğunluk ve alt yapı sorunlarını daha da azdıracağını, Merkez Bankası binasının alt katında toprağa gömülü, yıkılamayacak sağlamlıktaki altın depolarının aynı konumda güvenlikteki bir yere taşınmasının zor olduğunu ve gelişmekte olan bir ülke için taşınma işinin gereksiz masraf olduğunu, Merkez Bankası'nın asli görevinin Hazine'nin mali ajanlığını yürütmek olduğu, işlemlerin elektronik ortamda yapılabileceği ancak danışmanlık, yorum ve bilgi alışverişinin karşılıklı olması gerektiğini, Merkez Bankası'nın, Hazine ve Maliye Bakanlığı ile iç içe ahenkle çalışmak durumunda olduğunu bu durumda Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın da İstanbul'a taşınması gerektiğini, Merkez Bankası'nın başka bir kente taşınmasının devleti zayıflatacağını, bu durumun Osmanlı özleminin yansıması ve İstanbul'un rantını büyütme olduğunu, Merkez Bankası'nın İstanbul'a taşınmasının kendi gereksinimlerimiz doğrultusunda değil, uluslararası finans çevreleri ile Dünya Bankası ve OECD gibi küresel merkezlerin isteği olduğu, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa, İtalya, Rusya, Çin gibi dünyanın önde gelen ülkelerin merkez bankalarının kendi başkentlerinde bulunduğu şeklinde gerekçeler ileri sürmektedirler.¹

¹ Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarının İstanbul'a taşınmasının aleyhinde ileri

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarının İstanbul'a taşınmasının lehinde veya aleyhinde ileri sürülen söz konusu yerindelik veya siyasal düşüncelerden hangisinin daha doğru veya isabetli olduğunu saptamak olanaksız değilse bile oldukça güçtür. Esasen, taşınmanın lehinde veya aleyhinde ileri sürülen siyasal veya yerindelik gerekçelerinin hangisinin daha doğru ve isabetli olduğunu saptamanın bir anlamı da bulunmamaktadır. Çünkü taşınmanın aleyhinde ileri sürülen gerekçelerin kabul edilmesi olasılığı sıfıra yakındır. Daha açık bir deyişle, net tür siyasal veya yerindelik gerekçeleri ileri sürülürse sürülsün bu durum Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve kamu bankalarının Ankara'dan İstanbul'a taşınmasını önleyemez. Çünkü, 10 Ocak 2008 tarihinde 60. Hükümet Eylem Planını açıklarken Başbakan Erdoğan, Merkez Bankası'nın Ankara'dan İstanbul'a taşınması konusunda kesin karar aldıklarını, söz konusu bankaları taşıyacaklarını ve kimseye de konuyu danışmayacaklarını ifade etmiştir.² Taşınmanın lehinde ileri sürülen gerekçelerin büyük çoğunluğu hükümet tarafından dile getirildiği, hükümetin taşınma konusunda kesin bir iradesi ve onun arkasında güçlü bir siyasal destek bulunduğuna göre taşınmanın lehinde ileri sürülen gerekçelerin yaşama geçirilmesi şansının çok yüksek olasılık olduğu söylenebilir.

Ayrıca, söz konusu bankaların İstanbul'a taşınmasının lehinde veya aleyhinde ileri sürülen yerindelik veya siyasal gerekçeleri, konu hukuksal bir konu olduğu için hukukçuları da pek fazla ilgilendirmemektedir. Bu nedenle, biz bu çalışmada konuyu sadece hukuksal açıdan değerlendireceğiz. Hukuksal açıdan değerlendirme yaparken önce başkent konusunun Türk anayasalarında nasıl ele alındığının kısa bir tarihçesi anlatılacak, daha sonra ise Ankara'nın başkent olmasının ve söz konusu bankaların taşınması işinin hukuksal boyutu üzerinde durulacaktır.

sürülen düşünceler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Cumhuriyet*, 12 Ocak 2008, s. 4.

² Bkz. 11 Ocak 2001 tarihli *Hürriyet Gazetesi* Ekonomi kısmı (http://hurriyet.com.tr/ekonomi/8003446_p.asp, erişim tarihi, 18.1.2008) ve *Cumhuriyet*, 12 Ocak 2008, s. 4, sü.2.

I. TÜRK ANAYASALARINDA BAŞKENT KONUSUNUN ELE ALINIŞI

Türk toplununun ilk yazılı anayasasını; 1876 tarihli Kanuni Esasi, daha somut bir deyişle 7 Zilhicce 1293 tarihli Memaliki Devleti Osmaniye Kanuni Esasisi oluşturmaktadır.³ 1876 tarihli Kanuni Esasi'nin 2. maddesinde; Osmanlı Devleti'nin başkentinin (payitahtının) İstanbul olduğu, ancak, İstanbul'un başkent olmasının İstanbul'a, diğer Osmanlı kentlerinden farklı bir imtiyaz ve bağışıklık kazandırmayacağı ifade edilmiştir.⁴

Ankara'nın başkent olması daha Cumhuriyet ilan edilmeden Ulusal Kurtuluş Savaşı kazanıldıktan sonra sağlanmıştır. Daha açık bir deyişle, Ulusal Kurtuluş Savaşı kazanıldıktan sonra, 13 Ekim 1923 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 27 sayılı kararıyla, Türkiye Devleti'nin başkenti Ankara olarak seçilmiştir. Gerçi bu kararın alınması kolay olmamıştır. Gerek meclis içinde gerekse meclis dışında birçok kişi, Ankara'nın başkentliğini geçici olarak görmekte ve İstanbul'u başkent olarak kabul etmekteydi. Onlar; düşmanlardan kurtulunca tekrar İstanbul'a taşınmanın doğal olduğunu, zaten sarayları, büyük elverişli yapıları, zengin ticari ve sosyal yaşamıyla İstanbul'un doğal başkent olduğu savında bulunuyorlardı. Gerçi bu savda bulunanlar sadece Saltanat ve halifelik yanlıları değildi bunların yanında, devrimci aydınların büyük kısmı da bu şekilde düşünmekteydi.⁵

Ankara'nın başkent olmasının aleyhindeki bu savların hiç birisi dikkate alınmamış ve İstanbul'un başkent olmasının çeşitli sakıncaları düşünülmüştür. Çünkü her şeyden önce yerleşim yeri stratejik bakımdan çok sakıncalı ve düşman tarafından işgal edilmesi çok kolay olduğu için İstanbul'un güven verici bir başkent olması olanaksız idi. Gerçekten de, Mondros ateşkesinden sonra çıkan olaylar bu durumu en açık bir şekilde göstermişti. Yine, küçülmüş Trakya topraklarına girebilecek düşman, kara harekâtı ile kısa sürede İstanbul'a ulaşabilirdi. İstanbul'un Başkent olmasının önündeki bir başka sakınca ise, Karadeniz'den gelecek bütün tehlikelere karşı İstanbul'un açık olması-

³ 1876 tarihli Kanuni Esasi'nin özellikleri konusunda bilgi için bkz. Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 95-98.

⁴ Kanuni Esasi'nin metni için bkz. Gözübüyük ve Kili, *Türk Anayasa Metinleri* (1839-1980), s. 27-42.

⁵ Bkz. Mumcu, *Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, s. 128-129.

nın düşünülmesidir. Ayrıca, İstanbul'un kozmopolit atmosferinin dinç bir devrimci devlet için başkentlik havasını taşıyamayacağı düşüncesi de başka bir sakınca olarak dikkate alınmıştır. Bu sakıncaların saptanması üzerine, Ankara üzerinde pek fazla durulmadan Sivas, Kayseri, Konya gibi kentlerin başkent yapılması düşünülmüş, ancak Ulusal Kurtuluş Savaşı'nın merkezi olmuş ve kısa bir süre içerisinde tarihsel bir sığa kavuşmuş olan Ankara'nın bu özelliği unutulmamıştır. Ayrıca, Ankara'nın diğer kentlere oranla stratejik bakımdan daha elverişli bir konumda bulunduğu da saptanmıştır. Ankara'nın bu özelliklerini dikkate alarak Atatürk kesin kararını vermiş ve TBMM'nin söz konusu kararıyla Ankara başkent yapılmıştır.⁶ Nitekim TBMM'nin söz konusu kararı, Türkiye Cumhuriyeti'nin 20 Nisan 1924 tarihli Anayasası'nın (Teşkilatı Esasiye Kanunu) 2. maddesinin içerisine alınmıştır. Daha somut bir deyişle, 1924 tarihli Anayasa'nın 2. maddesinin son cümlesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin (makarrının) Ankara olduğu ifade edilmiştir.^{7, 8}

27 Mayıs 1960 devriminden sonra Türk anayasa tarihinde ilk defa bir halkoyu sonucu kabul edilen 1961 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da başkent Ankara olduğu ifade edilmiştir. Gerçekten de, 1961 Anayasası'nın "*Devletin bütünlüğü; resmi dil; başkent*" başlıklı 3. maddesinin son fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin Ankara olduğu açık bir şekilde ifade edilmiştir.⁹

Yürürlükteki 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "*Devletin Bütünlüğü, Resmi Dili, Bayrağı, Millî Marşı ve Başkenti*" başlıklı 3. maddesinin son fıkrasında ise, 1961 tarihli Anayasası'ndaki hüküm tekrarlanarak Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin Ankara olduğu ifade edilmiştir. Yürürlükteki Anayasa'nın 4. maddesiyle, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak, Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin Ankara olduğunu ifade eden hükmün değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin dahi teklif edilemeyeceği esas kabul edilmiştir. Bir başka deyişle, Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin Ankara olduğunu ifade

⁶ Mumcu, *a.g.e.*, s. 129.

⁷ 20 Nisan 1324 (1924) tarih ve 491 sayılı Anayasa'nın orijinal ve 10.1.1945 tarih ve 4695 tarihli sadeleştirilen metni için bkz. Gözübüyük ve Kili, *a.g.e.*, ss. 111-136.

⁸ 1924 tarihli Anayasa'nın özellikleri konusunda bilgi için bkz. Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 95-98.

⁹ 1961 tarihli Anayasa metni hakkında bilgi için bkz. Gözübüyük ve Kili, *a.g.e.*, s. 145-217.

eden hüküm, 1982 Anayasası'yla, hiç bir şekilde değiştirilemeyecek ve değiştirilmesi teklif edilemeyecek hükümlerin kapsamı içerisine alınmıştır. Türk anayasa tarihi açısından Başkent konusundaki bu gelişmeleri kısaca inceledikten sonra, Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin Ankara olmasının hukuksal açıdan anlamını incelemeye geçmek uygun olacaktır.

II. BAŞKENTİN ANKARA OLMASININ HUKUKSAL ANLAMI

Yürürlükteki 1982 Anayasası'nın 3. maddesinin son fıkrasında yer alan Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin Ankara olduğunu belirten hüküm şekilsel ve içi boş bir kavram değildir. Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin Ankara olması, hukuksal açıdan derin anlamlar taşımaktadır.

Başkent; temel devlet kurumları ve yetkililerinin yerleştiği kent anlamını taşır.¹⁰ Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni normal olarak; yasa, yürütme, yargı ve idare organları, kısacası merkezi idare¹¹ oluşturur. En geniş anlamıyla, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni ise, normal olarak Türkiye Cumhuriyeti'ni oluşturan organlar yanında, yerinden yönetim kuruluşları da oluşturur. Yerinden yönetim kuruluşlarını ise yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları (İl özel idaresi, belediye, köy) ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları (TODAİE, TRT, Merkez Bankası, Ziraat, Halk ve Vakıflar Bankası gibi kamu kurumları) oluşturur.¹²

¹⁰ Bkz. *Black's Law Dictionary*, s. 1212, "Seat of government" maddesi. Gözler, başkent kavramını oldukça dar yorumlayarak kavramın hükümet merkezi, bir başka deyişle, hükümetin ikametgâhı anlamını taşıdığını ifade etmekte ve başkent kavramının geniş yorumlanmasına karşı çıkmaktadır. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 113. Tanımı gereği başkent kavramının geniş yorumlanması gerektiğinden kanımızca Gözler'in düşüncesinde isabet yoktur.

¹¹ Gözler, haklı olarak "merkezi idare" kavramı yerine "devlet idaresi" kavramının kullanılmasının daha doğru olacağını ifade etmektedir. Ancak merkezi idare kavramı Türk hukukunda yerleştiği ve Anayasa'nın 123. maddesinde kullanıldığı için biz de Gözler gibi devlet idaresi kavramı yanında merkezi idare kavramını kullanmaya biz de devam edeceğiz. Merkezi idare kavramının isabetsizliği konusunda bilgi için bkz. Gözler, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 113.

¹² Amerikan Devleti'ni oluşturan organlar ile karşı. *Black's Law Dictionary*, s. 625, "Government" maddesi.

En geniş anlamıyla devlet kavramı esas alınarak bize göre Ankara'nın başkent olmasının hukuksal anlamı şudur: Devleti oluşturan organlardan merkez ve taşra örgütü bulunanların merkez teşkilatı ile sadece merkez teşkilatı bulunan organların tümünün¹³ Ankara'da bulunması gerekir.¹⁴

Devletin tüm organlarının, özellikle kamu kurum veya kuruluşlarının merkez teşkilatının Ankara'da bulunması gerektiği sonucuna Anayasa'nın 123. m. 2. fıkrasının yorumu sonucu ulaşabilmek de olanaklıdır. Gerçekten de Anayasa'nın 123. m. 2. fıkrasına göre, idarenin kuruluş ve görevleri merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Merkezden yönetim, daha doğru bir deyişle devlet idaresi, Günday'ın da ifade ettiği gibi idarenin topluma sunacağı hizmetlerin başkent adı verilen devlet merkezinden ve tek elden yürütülmesi anlamını taşır. Yazar, merkezden yönetim ilkesinin uygulandığı ülkelerde, idari hizmetlerin devlet merkezinde bulunan ve sayıları belirli ve sınırlı olan bir veya bir kaç yetkili tarafından planlanacağını, düzenleneceğini ve yürütüleceğini ifade etmektedir. Yazar, bunun yanında, devlet merkezinde bulunan ve sayıları belirli ve sınırlı olan bu yetkililerin tüm ülke düzeyinde idari hizmetleri yürütmelerinin düşünülemeyeceğini, merkezdeki yetkililerin yanı sıra tüm ülkeye yayılmış bir teşkilata da gereksinimin bulunduğunu, merkezi idarenin başkentteki yetkililerinden oluşan teşkilatına başkent teşkilatı, başkent dışındaki

¹³ Belirli bir yöre ve yöre halkına hizmet için kurulmuş bulunan yerel yönetimler ile hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları olan üniversiteler için doğası gereği hâric olmak üzere. Bu çerçevede, örneğin, bir iktisadi devlet teşekkülü olan ve merkezi Rize'de bulunan Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü (ÇAYKUR) ile bir kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan ve merkezi İstanbul'da bulunan Türkiye Bankalar Birliği'nin (TBB) merkez teşkilatlarının Ankara'ya taşınması gerekmektedir.

¹⁴ Gözler, başkent Ankara olmasının anlamını son derece dar yorumlamaktadır. Yazara göre, başkent Ankara olmasının anlamı, kural olarak Cumhurbaşkanının Ankara'da ikamet etmesi ve hükümet yani Bakanlar Kurulu'nun Ankara'da toplanmasıdır. Yazara göre, bakanlıkların merkez teşkilatı dahil, başkent dışında kurulması ve çalışması olanaklıdır. Yazar, keza yüksek mahkemelerin de yalnızca başkentte çalışmalarını gerektiren bir zorunluluğun bulunmadığını, bunların kuruluş ve görev yerlerinin kanunla belirleneceğini, kanunun bunların kuruluş ve görev yerini Ankara dışında bir başka yer olarak belirtebileceğini ifade etmektedir. Yazar bu savına kanıt olarak bazı ülkelerde, yüksek mahkemelerin başkent dışındaki şehirlerde kurulduğu hususunu ileri sürmekte ve buna örnek olarak da Alman Anayasa Mahkemesinin başkentte değil, Fransa sınırına yakın Karlsruhe kentinde çalıştığını vermektedir. Bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 113. Bu yorum tarzı, dar ve şekilci bir yorum tarzı olduğundan kanımızca isabetsizdir.

tüm ülkeye yayılmış teşkilatına ise taşra teşkilatı denileceğini ifade etmektedir. Bununla beraber, yazar, merkezi idarenin taşra teşkilatında yer alan görevlilerin, idari hizmetlerin görülmesi konusunda kendilerine ait herhangi bir yetkiye sahip olmadıklarını, bu görevlilerin, başkentteki yetkililerce atanacaklarını; onların emir ve talimatları doğrultusunda hareket edeceklerini ve de onlara hiyerarşi olarak adlandırılan bir hukuki bağ ile bağlı olduklarını ifade etmektedir.¹⁵ Devletin sunduğu kamu hizmetleri, işin doğası gereği devlet merkezinde bulunan ve sayıları sınırlı olan bir veya bir kaç yetkili tarafından planlanacağına, düzenleneceğine ve yürütüleceğine göre devlet organlarının merkez teşkilatının başkent Ankara'da bulunması, işin doğası gereği olduğu gibi hukuksal açıdan da zorunluluktur.

Bu açıklamalar çerçevesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin Ankara olmasının hukuksal anlamını; kısaca, yasama organı, Cumhurbaşkanı ve hükümetin, yüksek mahkemelerin, bakanlıkların, genel müdürlüklerin, kamu kurum veya kuruluşlarının, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının merkez teşkilatının Ankara'da bulunması olarak ifade etmek olanaklıdır.¹⁶ Bu açıklamalardan sonra merkez teşkilatının taşınması düşünülen Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer bankaların tüzel kişiliklerinin niteliğinin saptanması uygun olacaktır.

III. TÜRKİYE CUMHURİYET MERKEZ BANKASI VE DİĞER BANKALARIN TÜZEL KİŞİLİKLERİNİN NİTELİĞİ

Tüzel kişiliğe sahip olsun veya olmasın kamu kurum veya kuruluşlarının merkez teşkilatının Ankara dışına taşınması, Ankara'nın başkent olduğunu bildiren Anayasa'nın 3. maddesinin son fıkrasına aykırıdır. Daha açık bir deyişle, kamu kurum veya kuruluşlarının merkez teşkilatının Ankara dışına taşınması kanımızca hukuken olanaksızdır. Buna karşın, özel hukuk tüzel kişilerinin merkez teşkilatının Ankara dışına taşınması olanaklıdır. Bu çerçevede, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer bankalar, kamu kurumu niteliğini taşıyorsa merkez teşkilatının Ankara dışına taşınması hukuken olanaklı

¹⁵ Günday, *İdare Hukuku*, s. 22.

¹⁶ Aksi görüş için bkz. Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 113.

olmayacak, özel hukuk tüzel kişiliği niteliğini taşıyorsa merkez teşkilatının Ankara dışına taşınması hukuken olanaklı olacaktır. Bu açıdan öncelik ve ağırlığı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na vermek üzere Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası'nın snonim şirketlerinin tüzel kişiliklerinin niteliğinin saptanması uygun olacaktır.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın¹⁷ tüzel kişiliğinin niteliğinin iyi bir şekilde anlaşılmasına yardımcı olmak üzere söz konusu bankanın tarihçesinden kısaca bahsetmek uygun olacaktır.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde banknot ihraç etmek üzere 1849 yılında, ilk banka olan "*Dersaadet Bankası*" kurulmuştur. Ancak bu banka kısa bir süre sonra iflas etmiş, bunun yerine, imparatorluğun bankacılık işlerini Fransız sermayesi ile kurulan ve Fransızların işlettikleri "*Osmanlı Bankası*" üzerine almıştır. Nitekim on dört yıl sonra bu bankaya, bir kanunla, banknot ihraç etme ayrıcalığı verilmiş ve 1863 yılında banknotlar tedavüle çıkarılmıştır.¹⁸

Osmanlı Bankası'nın çıkarttığı bu banknotlara, altına çevrilebilme özelliklerinin olmalarından dolayı "*kaime*" denilmiştir. Bu şekilde Osmanlı Bankası, Türk tarihindeki ilk emisyon bankası olmuştur. Birinci Dünya Savaşı'nın gerektirdiği giderlerin aniden büyümesi, Hazinesinin altın stoklarının yetersizliği karşısında 3 Ağustos 1914'de Osmanlı Bankası'na altın karşılığı olmaksızın banknot ihracı yetkisi verilmiş ve bu banknotların herkes tarafından kabulü için kanun çıkartılarak tedavül zorunluluğu getirilmiştir. Bunun yanı sıra, çıkarılan diğer bir kanunla (Tevhidi Meskûat) tedavülde görülen gümüş paralar tamamen kaldırılmış ve para sisteminin altın olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, söz konusu kanunla, Osmanlı Bankası banknotlarının tedavül zorunluluğu getirilmiştir. Bununla birlikte Osmanlı halkı, kağıt para yerine değerli maden olan gümüş sikkeleri tercih etmekten bir türlü vazgeçmemiştir. Her ne kadar Osmanlı Bankası banknotları karşılığında, savaş bitince, altın ödeneceği vaat edilmiş ise de, halkın güveni kazanılamamış ve altın paraların saklanması ve yasal zorunluluk nedeniyle

¹⁷ Bu bankaya *Merkez Bankası* adının verilmesinin nedeni; ülkenin para ve bankacılık işlemleri ile bu konudaki politikalarını idare eden bir otorite merkezi olmasıdır. Büyükerşen, *İktisada Giriş 1*, s. 236.

¹⁸ Büyükerşen, *a.g.e.*, s. 241.

banknotlar piyasada isteksiz şekilde tedavül etmiştir.¹⁹ Ulusal Kurtuluş Savaşı sıralarında da Anadolu'da hem söz konusu banknotlar, hem de Ankara hükümetinin Rusya'dan yardım olarak aldığı ve memurlara aylık olarak ödediği altın sikkeler birlikte tedavül etmiştir.²⁰

Osmanlı Bankası yabancı sermaye ile kurulmuş bir banka olduğundan faaliyetlerine ister istemez yabancı sermayedarların menfaatleri hâkim olmuştur. Osmanlı Bankası; Birinci Dünya Savaşı'nda Fransa Bankası, İngiltere Bankası ve Reichbank'ın, sırasıyla Fransız, İngiliz ve Alman hükümetlerine gösterdiği kolaylığı Osmanlı Hükümeti'nden esirgemmiştir.²¹

Ulusal Kurtuluş Savaşı'nda ülkenin mevcut altın ve döviz ihtiyatları erimiş, bununla birlikte, kağıt para sistemi yerleşmiştir. Bu sistemde para arzının düzenlenmesi, altın para sisteminden farklı olmuştur. Gerçekten de kağıt para sisteminde para arzı konusunda para makamlarının takdirleri büyük rol oynamaktadır. Kağıt para arzının düzenlenmesinin yabancı bir bankaya bırakılmasının doğru olmayacağı düşüncesiyle ve gerekli etüt ve hazırlıklar yapıldıktan sonra 11.6.1930 tarih ve 1715 sayılı kanunla Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası kurulmuştur.²²

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası kuruluşunda Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra imzalanan Brüksel ve Cenova konferanslarında alınan kararlar büyük etken olmuştur. Daha açık bir deyişle, banka, devlet sermayesi ile kurulmadığı gibi, özel sermayeye de bırakılmamış, çeşitli menfaatler banka sermayesine ortaklık ettirilmek suretiyle bankaya belirli bir özerklik verilmeye çalışılmıştır.²³

1715 sayılı kanunla 15 YTL sermayeli bir anonim şirket olan bankanın hisse senetleri; A, B, C, D diye dört sınıfa ayrılmış ve bunlar devlete; Türkiye'de faaliyette bulunan milli bankalara; milli bankalar dışında kalan diğer bankalara ve imtiyazlı şirketlere; Türk ticaret müesseselerine ve Türk uyruklu gerçek ve tüzel kişilere özgülenmiştir. Bankanın sermayesine hükümetin iştirak hissesi % 25 olarak saptanır-

¹⁹ Büyükerşen, *a.g.e.*, s. 241.

²⁰ Büyükerşen, *a.g.e.*, s. 242.

²¹ Zarakolu, *Para ve Banka*, s. 136.

²² Zarakolu, *Para ve Banka*, s. 136.

²³ Zarakolu, *Para ve Banka*, s. 136.

ken, yabancı sermaye ile kurulan bankalarla imtiyazlı şirketlerin banka sermayesine iştirak hissesi % 10 olarak tespit edilmiştir.²⁴

1715 sayılı kanun döneminde yabancı sermaye ve kükümetin, banka üzerindeki nüfuzunu sınırlandırmak amacıyla çeşitli önlemler alınmıştır. Örneğin, 1715 sayılı kanunun değişik 33. maddesinde; sermaye artırılmasından doğan durum ayrıkısı tutularak hükümete ve yabancı sermaye ile kurulan bankalara ve imtiyazlı şirketlere ait hisse senetleri miktarının artırılmasının olanaklı olmadığı ifade edilmiştir.²⁵

Bununla birlikte, 1715 sayılı kanun döneminde devletin, Merkez Bankası üzerindeki nüfuzunu sınırlandırma çabaları başarılı olamamıştır. Bunun temel nedenlerinden birisini, B sınıfı hisse senetlerini elinde bulunduran milli bankaların bir kısmının devlet sermayesiyle kurulmuş bankaların olması oluşturur. Diğer bir nedeni ise, 1964 tarihli ve 440 sayılı İktisadi Devlet Teşekkülleri ile Müesseseleri ve İştirakler Hakkında Kanun'un yayımlanmasına kadar Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın İktisadi Devlet Teşekkülleri gibi Başbakanlık Denetleme Kurulu'nun²⁶ denetimine tabi tutulması oluşturur. Öte yandan, devletin Merkez Bankası ile ilgisini sadece sermaye iştiraki ile ölçmek de işin doğası gereği uygun değildir. Gerçekten de, 1715 sayılı kanunun; bankanın organizasyon ve idaresi, para ve kredi politikası ile ilgili hükümleri Merkez Bankası'na tanınan özekliğin sınırlı olduğunu göstermiştir.²⁷

1715 sayılı kanun 40 seneye yakın uygulama döneminde 22 defa değişikliğe uğramış, ancak bu değişikliklerin özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra merkez bankacılığı alanında görülen gelişmeleri karşılayacak ölçüde olmaması, yeni bir merkez bankası kanununun hazırlanmasını zorunlu kılmış ve 26 Ocak 1970 tarihinde yürürlüğe giren 14.1.1970 tarih ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu kabul edilmiştir.²⁸

²⁴ Zarakolu, *Para ve Banka*, s. 136, 137.

²⁵ Zarakolu, *Para ve Banka*, s. 137.

²⁶ Şimdiki adıyla Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu.

²⁷ Zarakolu, *Para ve Banka*, s. 137.

²⁸ Bkz. Zarakolu, *İktisat İlminin Temel İlkelere*, Cilt 2, ss. 41-42.

14.1.1970 tarih ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu da yayımlandığı²⁹ tarihten bu yana³⁰ ilginçtir, mülga 1715 sayılı kanunda yapılan değişikliklerin sayısına eşit olarak toplam 22 defa değişikliğe uğramıştır. Yapılan değişikliklerde dikkati çeken nokta; Türkiye'nin derin bir şekilde krize girdiği 1994 ile 2001 yıllarında yapılan değişikliklerde, daha somut bir deyişle, 1211 sayılı kanunda, sırasıyla, 21.4.1994 tarih ve 3985 sayılı kanun ile 25.4.2001 tarih ve 4651 sayılı kanunla yapılan değişikliklerde, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın özerkliğinin artırılması yönünde düzenlemeler yapılmıştır.

1715 sayılı kanunda olduğu gibi 1211 sayılı kanunda da Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın sermayesi devlet, ticaret bankaları ve şahıslara ait olduğu esası benimsenmiş³¹ ancak 1715 sayılı kanunda 15 YTL olan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası sermayesi, 1211 sayılı kanunun 5. maddesiyle 10 YTL artırılarak 25 YTL olarak saptanmıştır. Yine, 1211 sayılı kanunun 5. maddesinde, bankanın söz konusu sermayesinin hükümetin izniyle artırılabilirliği ifade edilmiştir.³² Ayrıca, bu maddede, Merkez Bankası'nın hisse senetlerinin her biri 0.1 Ykr'lik 250.000 hisseye ayrıldığı belirtilmiş ve hisse senetlerinin itibari kıymetlerinin 0.1, 0.2, 0.5, 1, 5 ve 10 Ykr'lik olduğu ifade edilmiştir.

1715 sayılı kanun döneminde devletin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası sermayesine katılım oranı, bir başka hazineye ait hisse senetleri %25 iken, 1211 sayılı kanunla bu oranın %51'den daha aşağı düşmeyeceği esası benimsenmiştir. Daha somut bir deyişle, 1211 sayılı kanunla Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın sermayesindeki 10 YTL'lik artışın tümü Hazineye tahsis edilmiştir. Gerçekten de, 1211 sayılı kanunun 7. maddesinde, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın hisse senetleri, 1715 sayılı kanunda olduğu gibi A, B, C ve D diye dört sınıfa ayrılmış, 8. maddesinde ise, (A) sınıfı hisse senetlerinin her birisinin en az 100 hisselik olduğu ve bu sınıf hisse senetlerinin münhasıran (tekel olarak) Hazine'ye ait olup, banka sermayesinin yüzde elli

²⁹ *Resmi Gazete'*de yayımlandığı 26 Ocak 1970 tarihinden itibaren.

³⁰ 1.3.2008 tarihi itibarıyla.

³¹ Bkz. Büyükerşen, *İktisada Giriş 1*, s. 236.

³² Nitekim Bakanlar Kurulu'nun 88/12928 sayılı Kararı ile Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketi'nin 25 YTL olan sermayesinin, esas şartları Banka Genel Kurulu'nca tespit edilmek üzere 50 bin YTL'ye kadar artırılabilmesine olanak sağlanmıştır. Bu karar için bkz. 14.5.1988 tarih ve 19814 sayılı *Resmi Gazete*.

birinden daha aşağı düşemeyeceği ifade edilmiştir.

1211 sayılı kanun, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası sermayesine, devlet ağırlıklı katılımı sağlamak ve sürdürebilmek için bir takım önlemler de almıştır. Bu bağlamda, 1211 sayılı kanunda ticaret bankaları ve şahısların bankanın sermayesine katılımı sınırlandırılmıştır. Gerçekten de, 1211 sayılı kanunun 9. maddesinde, (B) sınıfı hisse senetlerinin Türkiye’de faaliyette bulunan milli bankalara tahsis edildiği ifade edilmiş, 10. maddesinde ise hisse senetlerinden en çok 15000 adetinin (C) sınıfı hisse senedi olarak, milli bankalar dışında kalan diğer bankalarla imtiyazlı şirketlere tahsis edildiği ifade edilmiştir. Kanunun 11. maddesinde de, son grup hisse senetleri olan (D) sınıfının Türk ticaret müesseselerine ve Türk vatandaşlığını haiz tüzel ve gerçek kişilere tahsis edildiği ifade edilmiştir.

Yine 1211 sayılı kanunda, ticaret şirketleri ve şahısların bankanın sermayesini temsil eden hisse senetlerinde çoğunluk olmalarının önüne geçilecek bir takım önlemler de alınmıştır. Gerçekten de, kanunun 6. maddesinde, Bankanın hisse senetlerinin nama yazılı olduğu ifade edilmiş, 12. maddesinin son fıkrasında ise (C) sınıfı hisse senetleri miktarının hiçbir veçhile bu kanunla kabul edilmiş olan miktarı aşamayacağı belirtilmiştir. 1211 sayılı kanunla alınan bu önlemlerin temel ereği, Zarakolu’nun da belirttiği gibi Devletin Merkez Bankası sermayesine ve yönetimine daha geniş oranda katılması yönündeki çağcıl eğilime uyulmak istenmesidir.³³

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nın amacı dikkate alındığında da onun kamusal niteliği açık bir şekilde görülecektir. Gerçekten de, 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu’nun 4. maddesinin 1. fıkrasında, bankanın temel amacının fiyat istikrarını sağlamak olduğu, bankanın fiyat istikrarını sağlamak için uygulayacağı para politikasını ve kullanacağı para politikası araçlarını doğrudan kendisinin belirleyeceği ifade edilmiş, 2. fıkrasında ise bankanın fiyat istikrarını sağlama amacı ile çelişmemek kaydıyla *hükümetin büyüme ve istihdam politikasını destekleyeceği* ifade edilmiştir. Bankanın, hükümetin büyüme ve istihdam politikasını destekleyeceğinin belirtilmesi, bankanın hükümetle yakın bir işbirliği ve eşgüdüm içerisinde çalışması gerektiğinin somut bir göstergesidir.

³³ Zarakolu, *İktisat İlminin Temel İlkeleri*, Cilt 2, s. 45.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın görev ve yetkileri dikkate alındığında da kamusal niteliğinin³⁴ ağır bastığı görülmektedir. Gerçekten de, 1211 sayılı kanununun 4. maddesinin 3. fıkrasında bankanın hükümete danışmanlık ve diğer görevleri ile yetkileri şu şekilde sayılmaktadır.

Bankanın görevleri;

– *Banka, Hükümetin mali ve ekonomik müşaviri,³⁵ mali ajanı³⁶ ve haznedardır.³⁷ Bankanın, hükümetle ilişkisi, Başbakan aracılığıyla sağlanır.*

– *Banka, finansal sitemle ilgili olarak istenilecek hususlarda Hükümete görüş verir.*

– *Banka, bankalar ve uygun göreceği diğer mali kurumlar hakkındaki görüşlerini ve tespitlerini Başbakanlık ile bu kurum ve kuruluşları düzenleme*

³⁴ Bankanın görev ve yetkilerinden açıkça kamusal nitelik taşıyanlar *italik* yazılmıştır.

³⁵ Merkez Bankası'nın önemli bir görevi mali-ekonomik konularda devlete danışmanlık yapmaktır. Merkez bankaları, ülkelerinin para ve kredi politikalarını başarı ile yürütebilmek için, iç ve dış ekonomik gelişmeleri yakından izlerler. Diğer taraftan, hükümetlerin hazırladıkları bütçelere ilişkin parasal politikalar ve vergi politikaları konusunda devlete danışmanlık yapmak da, Merkez Bankası'nın görevi altında bulunmaktadır. Bkz. Büyükerşen, *a.g.e.*, s. 238.

³⁶ Bankanın hükümetin mali ajanı olmasından kastedilen husus; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'na, devlet iç borçlanma tahvillerinin mali servisini, özel kanunlara ve bu kanunlara dayanan kararlara göre kambiyo denetlemesi, dış ticaret uygulaması ve benzeri işleri yapma görevinin verilmesidir. Bkz. Zarakolu, *İktisat İlminin Temel İlkeleri*, Cilt 2, s. 42.

³⁷ Merkez Bankası'nın temel görevlerinden birisi de devletin hazinedarlığını yapmaktır. Merkez Bankası, devlet daire ve kurumlarının banka hesaplarını tutar, mevduatını kabul eder ve devlet maliyesinin geçici olarak gereksinim gösterdiği paraları borç olarak verir. Yine, devletin yurt içi ve yurt dışı gelirlerine ve ödemelerine bir kasa görevi görmek, Hazine için döviz alım-satımları yapmak, dış ticaretle ilgili anlaşmaların uygulanmasında yardımcı olmak, devletin iç ve dış borçlanmalarına aracılık etmek, altın ve dövizleri tutmak da Merkez Bankası'nın görevidir. Bkz. Büyükerşen, *a.g.e.*, s. 237. Merkez Bankası'nın devletin hazinedarı olması, Zarakolu'nun ölümsüz anlatımıyla şu anlamı taşır: Merkez bankalarının devletle olan münasebetleri, sadece ona kredi açmaktan ibaret değildir. Merkez bankaları, devletin hazine işlemlerini yaparlar. Devlet namına tahsil ve ödemelerde bulunurlar. Devlet tahvillerinin ihracına vasıta olurlar, hazine bonosu ve tahvillerin fiyat istikrarını temine çalışırlar. Örneğin tahvil fiyatlarının düşme eğilimi gösterdiği zamanlarda tahvil satın alarak eksik talebi giderirler, tahvil fiyatları yükseldiği zaman ise tahvil satarak tahvile karşı aşırı talebi normal seviyeye çekerler. Bkz. Zarakolu, *Para ve Banka*, s. 132.

ve denetleme yetkisine sahip kuruluşlara bildirebilir.

- Hükümetle birlikte Türk Lirasının iç ve dış değerini korumak için gerekli tedbirleri almak ve yabancı paralar ile altın karşısındaki değişim eşitliğini (muadeleti) tespit etmeye yönelik kur rejimini belirlemek, Türk lirasının yabancı paralar karşısındaki değerinin belirlenmesi için döviz ve efektiflerin vadesiz ve vadeli alım ve satımı ile dövizlerin Türk lirası ile değişimi ve diğer türev işlemlerini yapmak,

- Açık piyasa işlemleri yapmak,

- Bankaların ve bankaca uygun görülecek diğer mali kurumların yükümlülüklerini esas alarak zorunlu karşılıklar ve umumi dispoziбилite ile ilgili usul ve esasları belirlemek,

- Reeskont ve avans işlemleri yapmak,

- Ülke altın ve döviz rezervlerini yönetmek

- Türk lirasının hacim ve tedavülünü düzenlemek, ödeme ve menkul kıymet transferi ve mutabakat sistemleri kurmak, kurulmuş ve kurulacak sistemlerin kesintisiz işlemlerini ve denetimini sağlayacak düzenlemeleri yapmak, ödemeler için elektronik ortam da dahil olmak üzere kullanılacak yöntemleri ve araçları belirlemek,

- Finansal sistemde istikrarı sağlayıcı ve para ve döviz piyasaları ile ilgili düzenleyici tedbirleri almak,

- Mali piyasaları izlemek,

- Bankalardaki mevduatın vade ve türleri ile özel finans kurumlarındaki katılma hesaplarının vadelerini belirlemektir.

Bankanın yetkileri;

- Türkiye'de banknot ihracı imtiyazı tek elden bankaya aittir.³⁸

- Banka, hükümetle birlikte enflasyon hedefini tespit eder, buna uyumlu olarak para politikasını belirler. Banka, para politikasının uygulanmasında tek yetkili ve sorumludur.

- Banka, fiyat istikrarını sağlamak amacıyla bu kanunda belirtilen

³⁸ Merkez bankalarının en önemli görevi; devlet adına para basmak ve bunları piyasaya sürmektir. Bundan dolayı, merkez bankalarına "İhraç Bankaları" da denilmektedir. Bkz. Büyükerşen, a.g.e., s. 236.

para politikası araçlarını kullanmaya, uygun bulacağı diğer para politikası araçlarını da doğrudan belirlemeye ve uygulamaya yetkilidir.

- Banka, olağanüstü hâllerde ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun kaynaklarının ihtiyacı karşılamaması durumunda, belirleyeceği usul ve esaslara göre bu fona avans vermeye yetkilidir.

- Banka nihai kredi mercii olarak bankalara kredi verme işlemlerini yürütür.

- Banka, bankaların ödünç para verme işlerinde ve mevduat kabulünde uygulayacakları faiz oranlarını, belirleyeceği usul ve esaslara göre bankalardan istemeye yetkilidir.

- Banka, mali piyasaları izlemek amacıyla bankalar ve diğer mali kurumlardan ve bunları düzenlemek ve denetlemekle görevli kurum ve kuruluşlardan gerekli bilgileri istemeye ve istatistiki bilgi toplama-yaya yetkilidir.

Bazıları, 1211 sayılı kanunun 3. maddesinin 5. fıkrasında yer alan, bankanın bu kanun ile kendisine verilen görev ve yetkileri, kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getireceği ve kullanacağı, bir başka deyişle, Merkez Bankası'nın özerk olduğu hükmüne dayalı olarak Merkez Bankası'nın kendisinin karar vermesi durumunda bankanın merkezinin Ankara dışına taşınabileceği görüşünü savunmaktadır. Kanımca bu görüşte en ufak bir isabet payı bulunmamaktadır. Gerçekten de, Merkez Bankası'nın özerkliği ile onun bir kamu kurumu olmasını birbirine karıştırmamak gerekir. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası bir kamu kurumu olduğundan, Merkez Bankası'nın kendi kararı şöyle dursun, yasayla bile Merkez Bankası'nın merkezini Ankara dışına taşımak olanaklı değildir. Yukarıda ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın merkezini Ankara dışına taşımayı öngören bir yasal düzenleme, Anayasa'nın 3. maddesinin son fıkrasında ifade edilen Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin Ankara olduğunu ifade eden hükmüne uysuzluk taşır. Öte yandan "merkez bankasının özerkliği" kavramına da fazla gözde büyütmemek gerekir. Gerçekten de, Zarakolu'nun belirttiği gibi, devlet tarafından saptanan para esasının muhafazası, para değerinin istikrarının muhafazası, bu bankalara devlet müdahalesini zorunlu kılmakta ve özellikle Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra birçok ülkelerde, devletin merkez bankası sermayesine ve idaresine daha geniş ölçüde iştiraki yönünde

bir eğilim görülmektedir. Yazar, bundan dolayı “*merkez bankalarının özerkliği*” kavramını eskiden olduğu gibi anlamaya olanak olmadığını, günümüzde işsizlikle mücadele, iktisadi kalkınmanın finansmanı gibi merkez bankalarına yeni görevler yüklendiğini, tarafsız para anlayışının günümüzde terk edildiğini, paranın, iktisadi faaliyetlere geniş ölçüde etki ettiğini ifade etmektedir.³⁹

Merkez Bankası hakkındaki açıklamalarımızı kapatmadan önce son (ancak önem açısından son değil) bir hususun belirtilmesi uygun olacaktır. 1211 sayılı kanun gereği devletin Merkez Bankası sermayesine katılım oranı %51’in üzerinde olduğu için kamu kurumu niteliği taşıdığından en küçük bir kuşku duyulmayan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nın, devletin Bankanın sermayesine katılım oranı %50’den aşağı düşürülerek örneğin, 1715 sayılı kanunda olduğu devletin katılım oranı % 25 olarak saptanıp Bankayı özel hukuk sülüeliğine tabi kılmak, dolayısıyla, Merkezini Ankara dışına taşımanın olanaklı olduğu düşünülmemelidir. Kanımca, isterse devletin, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nın sermayesine katılımı sıfır olarak öngörülse⁴⁰ bile bankanın merkezini Ankara dışına taşımak olanaklı değildir. Zarakolu’nun belirttiği üzere, merkez bankalarının faaliyetine hakim olan güdü kazanç elde etmek değildir. Yazar, haklı olarak, merkez bankalarının ister devlet sermayesiyle kurulmuş olsun isterse özel sermaye ile kurulmuş olan kamu hizmeti gören kuruluşlar olduğunu ifade etmektedir.⁴¹ Kı-sacası, kamu kurumu olma niteliği hiç bir zaman kaybolmayacak olan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nın merkezini Ankara dışına çıkarma çabaları her durumda hukuka aykırı olacaktır.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası gibi Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası da, yasal bir düzenlemeye konu oldukları için⁴² kamu kurumu hem de tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliği taşıdıkları açıktır. Gerçekten de, 15.11.2000 tarih ve 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası

³⁹ Zarakolu, *Para ve Banka*, s. 135.

⁴⁰ Bir başka deyişle, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası’nın sermayesine bütünüyle özel kişiler katılsa bile.

⁴¹ Zarakolu, *Para ve Banka*, s. 135.

⁴² Eğer bu bankalar özel hukuk tüzel kişisi olsalardı yasal düzenlemeye konu olmaları gerekirdi.

Anonim Şirketi⁴³ Hakkında Kanun'la⁴⁴ Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası düzenlenmiş, Kanununun 1. maddesinin 2. fırcasında; Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile Türkiye Halk Bankası'nın anonim şirket⁴⁵ statüsünde oldukları belirtilmiştir. Türkiye Vakıflar Bankası ise 11.1.1954 tarihli ve 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'yla düzenlenmiş, Kanununun 1. maddesinde, Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı adıyla bir banka kurmak için Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne yetki verildiği ifade edilmiş, 3. maddesiyle de Türkiye Vakıflar Bankası'nın şubelerinin kamu bankası şubeleri olduğu belirtilerek Türkiye Vakıflar Bankası'nın kamu tüzel kişiliği perçinlenmiştir.

Söz konusu bankaların amaçları dikkate alındığında da onların ağırlıklı olarak kamu hizmeti yürüttükleri anlaşılmaktadır. Gerçi, Balta, bir kuruluşun uhdesinde yürüttüğü hizmetin niteliğinin, onun tüzel kişiliğinin niteliğinin belirlenmesinde bir ölçü olmayacağını ifade etse de,⁴⁶ kanımızca, bir kuruluşun kamu tüzel kişi olup olmadığını belirlemek bakımından *"kamu hizmeti yürütme"* önemli bir ek veya yardımcı ölçüttür. Bu çerçevede, bahsedilen bankaların amaçlarını incelemeye geçmeden önce özellikle Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası'nın kuruluşunu doğuran nedenleri irdelemek uygun olacaktır. Zarakolu'nun ifade ettiği üzere, kural olarak bankalar, ödeme arzu ve gücüne sahip olan kimselere kredi açmakta, bir başka

⁴³ "4603 sayılı kanuna, 20.6.2001 tarih ve 4684 sayılı kanunla eklenen geçici 3. maddeyle Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi'nin Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi veya Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi'ne devri öngörülmüştür. Bu olanaktan yararlanılarak Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi'nin faaliyetini yürütemediği gerekçesiyle Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Anonim Şirketi'ne devri yapılmış, 12.11.2001 tarihinde ise Türkiye Emlak Bankası'nın 96 şubesi, personeli ve bilançosuyla birlikte Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası AŞ'den Türkiye Halk Bankası AŞ'ye devredilmiştir. Kısacası, Türkiye Emlak Bankası tasfiye edilmiştir. Konu hakkında bkz. (<http://www.halkbank.com.tr/mylibrary/print.asp?src=1&id=14>, erişim tarihi, 24.1.2008).

⁴⁴ 4603 sayılı kanunda kanun yapma tekniğinin en temel kuralları dikkate alınmamıştır. Örneğin kanun maddeleri oldukça uzun tutulmuş, hükümleri, dil bakımından bozuk bir şekilde ifade edilmiş, Kanuna eklenen geçici maddelerle kanun iyice karmaşıklaşmış, hatta kanuna eklenen 20.6.2001 tarih ve 4684 ve 30.1.2002 tarih ve 4743 sayılı kanunlarla yapılan geçici madde hükümleri, söz konusu karmaşadan dolayı 4603 sayılı kanuna işlenememiştir. 4603 sayılı kanunu incelerken "ruhumun daraldığını" itiraf etmek isterim.

⁴⁵ Kamu veya özel tüm anonim şirketler tüzel kişiliğe sahiptir.

⁴⁶ Bkz. Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, s. 147.

deyişle, açılacak kredinin krediyi alanın ödeme gücünü aşmamasına dikkat etmektedirler. Kredi talep edenin itibarı hakkında istihbarat yapılması bankalara bir külfet yüklediği için bankalar söz konusu istihbaratı belirli bir mali güce sahip, belirli miktarın üzerinde kredi talep edenler hakkında yapmaktadırlar. Bankalar, ekonomik olarak zayıf kimselerin talep ettikleri küçük krediler için istihbarata girişmek külfet ve masraflarına katlanmak istememekte, çünkü ekonomik olarak zayıf kimselere açılacak küçük krediler için yapılması gerekli soruşturma ve denetim, çoğu zaman, büyük çaplı kredi alan bir şirket hakkındaki soruşturma ve denetimden daha karışık bir durumda bulunmaktadır. Yine, bankalar, gelenekleri ve organizasyonları itibarıyla küçük kredilerden doğan uyumsuzluklara tepeden bakmakta ve bu tür kredilerden doğan davalara istekli görünmemektedirler. Son olarak küçük kredi alanlar, bankaların istediği güvenceye de sahip bulunmamaktadırlar. Bu çerçevede, küçük kredi talep edenler, yüzlerine, bankaların kapalı olduğunu görünce tefecilere giderler.⁴⁷

Bu nedenle, küçük kredi işlerinin piyasa koşullarında faaliyet gösteren bankalara bırakılmayacağını ve bu önemli gereksinimin giderilmesi gerektiğini düşünen devlet, Ziraat ve Halk Bankası'nı kurmuştur.⁴⁸

Küçük kredi gereksinimini üç ana grup altında incelemek olanaklıdır. Bunlar; dar gelirli kimselerin gereksinim duydukları tüketim kredileri, küçük çiftçilerin kredi gereksinimi ve esnaf ve sanatkarların kredi gereksinimidir. Ülkemizde, dar gelirli kimselerin gereksinim duydukları tüketim kredisini karşılayacak etkin bir kamusal organizasyon bulunmamasına rağmen küçük çiftçi ile esnaf ve sanatkarların kredi gereksinimi karşılayacak bir örgütlenme sağlanmıştır.⁴⁹

Türkiye'de küçük çiftçilerin kredi gereksinimi, Tarım kredi kooperatifleri oluşturulmak suretiyle çözümlenmektedir. Gerçekten de, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası'nın küçük çiftçilere açtığı kredilerde tarım kredi kooperatifleri önemli bir rol oynamaktadır.⁵⁰

Küçük çiftçilere kredi açmak, bir başka deyişle, tarım sektörünü desteklemek, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası'yla adeta özdeşleş-

⁴⁷ Bkz. Zarakolu, *İktisat İlminin Temel İlkeleri*, Cilt 2, s. 35.

⁴⁸ Karş. Zarakolu, *İktisat İlminin Temel İlkeleri*, Cilt 2, s. 35.

⁴⁹ Fazla bilgi için bkz. Zarakolu, *İktisat İlminin Temel İlkeleri*, Cilt 2, ss. 35, 36.

⁵⁰ Zarakolu, *İktisat İlminin Temel İlkeleri*, Cilt 2, s. 36.

miştir. Gerçekten de, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası'nın misyonunda "tarım sektörü başta olmak üzere reel kesime destek sağlamak, yaygın şube ağıyla geniş ürün yelpazesini, en hızlı ve uygun maliyetle bireysel müşterilerine sunmak, sosyal sorumluluk anlayışı ve bankacılık etik kurallarına uygun hizmet vererek ekonomiye ve bankacılık sektörünün gelişimine katkıda bulunmak"⁵¹ denilerek bu durum somut bir şekilde ortaya konulmuştur.

Devlet, sadece küçük çiftçilerin kredi gereksinimini değil, esnaf ve sanatkarların kredi işlerinin teşkilatlanmasını da korumakta ve teşvik etmektedir. Ülkemizde bu amaçla Türkiye Halk Bankası kurulmuştur. Bu bankanın esnaf ve sanatkarlara kredi açmasını kolaylaştırmak için esnaf kefalet kooperatifleri oluşturulmuştur. Esnaf kefalet kooperatifleri, Türkiye Halk Bankası'nın kredi dağıtımında önemli bir oynamaktadırlar. Daha açık bir deyişle, söz konusu kooperatifler, esnaf ve sanatkarların Türkiye Halk Bankası'ndan kredi almasında kefil ve riziko taşıyıcılığı görevini görmektedirler. Esnaf kefalet kooperatifleri, diğer kredi kooperatiflerinde olduğu gibi, kredinin riskini azaltmak, ortakların aldıkları kredileri zamanında ödemelerini sağlamak amacıyla ortakların kredi taleplerini incelemekte, kredinin makul bir şekilde kullanılmasını kontrol etmektedirler.⁵²

Küçük çiftçilere kredi açmak nasıl Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile özdeşleşmişse, esnaf ve sanatkara kredi açmak da Türkiye Halk Bankası ile özdeşleşmiştir. Gerçekten de, Türkiye Halk Bankası'nın vizyonunda bu durum "evrensel bankacılığın tüm gereklerini yerine getiren, bireysel işlemlerde güçlü, bölgenin lider küçük ve orta boy işletmesi (KOBİ) bankası olmak" şeklinde açıkça ifade edilmiştir.⁵³

Türkiye Vakıflar Bankası'nın amacı, bir başka deyişle, uğraş alanlarına bakılınca, söz konusu bankanın doğrudan doğruya bir kamu hizmeti sunmasa da, kamu hizmetinin sunulmasına aracılık ederek dolaylı bir şekilde kamu hizmeti sunduğu anlaşılmaktadır. Bu sonuca, 6219 sayılı kanunun incelenmesi sonucu varmak olanaklıdır.

⁵¹ Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası'nın misyonu (görevi) hakkında bkz. (<http://www.ziraatbankasi.com.tr/default.asp?sayfa=tr/bankamiz/bilgi-edinme/besmain.aspx&anagrup=bankamiz>, Erişim Tarihi, 24.1.2008).

⁵² Zarakolu, *İktisat İlminin Temel İlkeleri*, Cilt 2, s. 36.

⁵³ Türkiye Halk Bankası'nın vizyonu (gelecekte ulaşmak istediği hedefler manzumesi) hakkında bilgi için bkz. (<http://www.halkbank.com.tr/mylibrary/print.asp?src=1&id=15,erişim tarihi, 24.1.2008>).

Gerçekten de, 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (e) ve (f) bentlerinde, Bankanın uğraş alanı olarak; Vakıflar Genel Müdürlüğü ile mülhak vakıfların idaresini bankaya tevdiye gerek görecekları gayrimenkullerle işletmelerin, yapılacak anlaşmalarda gösterilecek esaslar dahilinde, rasyonel bir şekilde idare, idame ve işletilmeleri için gerekli değişik işlem ve ticari, zirai, sınai teşebbüslere girişmek ile mazbut ve mülhak vakıfların bankacılık hizmetlerini ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yapılacak anlaşmalar çerçevesinde veznedarlık işlemlerini yapmak konuları saptanmıştır. Bu hükümler çerçevesinde, Türkiye Vakıflar Bankası, vakıf paraları ve gelirlerini değerlendirdiğine göre, temel bir kamu hizmeti olan vakıf hizmetinin etkili bir şekilde sunulmasına katkı sağladığı açıktır.

Türkiye Vakıflar Bankası'nın dolaylı bir şekilde kamu hizmeti sunduğu sonucuna, Bankanın ortaklı yapısı incelenerek ulaşabilmek de olanaklıdır. Gerçekten de, 6219 sayılı kanunun 1. maddesinde; Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı ismiyle bir banka kurmak için Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne yetki verildiği ifade edilmiştir. Türkiye Vakıflar Bankası'nın ana sözleşmesine göre bankanın % 90'dan fazla hissesine Vakıflar Genel Müdürlüğü sahip olduğuna göre,⁵⁴ bankanın kârından en büyük paydayı elde eden ve doğrudan kamu hizmeti yürüten Vakıflar Genel Müdürlüğü aracılığıyla da, Türkiye Vakıflar Bankası'nın dolaylı bir şekilde kamu hizmeti yürüttüğü açıktır. Gerçekten de, Vakıflar Genel Müdürlüğü, vakıf eski eserlerini korumak, kollamak, gelecek nesillere ulaştırma göreviyle donatılmıştır.⁵⁵ Vakıflar Genel Müdürlüğü yürüttüğü bu kamu hizmetinin yanında, imaretler, muhtaç kişilere aylık bağlanması, Vakıf Gureba Hastanesi hizmetleri gibi bir takım sosyal kamu hizmetleri de yürütmektedir.⁵⁶ Bu tip kamu hizmetlerini yürüten bir kamu kuruluşu olan⁵⁷ Vakıflar Genel

⁵⁴ Bankanın yaklaşık 30 YTL sermayesinin 27,5 YTL' sine Vakıflar Genel Müdürlüğü sahiptir. Türkiye Vakıflar Bankası'nın Ana Sözleşme metni için bkz. (http://www.vakifbank.com.tr/dokumanlar/yiliski/anasözleşme/_tr.pdf, erişim tarihi, 24.1.2008).

⁵⁵ Bu konuda bkz. (<http://www.vgm.gov.tr/menu/tarihce.asp?c>, erişim tarihi, 24.1.2008).

⁵⁶ Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yürüttüğü sosyal kamu hizmetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. (<http://www.vgm.gov.tr/menu/index.cfm>, Erişim Tarihi, 24.1.2008).

⁵⁷ Nitekim 10.12.2003 tarih ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun

Müdürlüğü'ne kaynak sağlayan Türkiye Vakıflar Bankası'nın dolaylı bir şekilde kamu hizmeti sunduğu açıktır.

Bu kısmı kapatmadan önce kamu tüzel kişiliğine sahip söz konusu bankaların⁵⁸ tüzel kişiliğinin niteliği hakkında karşılaşılan iki kuşkunun giderilmesi yerinde olacaktır. Bu kuşkulardan ilki; Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası'nın esas itibarıyla özel hukuk rejimine tabi tutulması nedeniyle bazıları, bu bankaları, özel hukuk tüzel kişisi zannetmektedir. Daha somut bir deyişle, 4603 sayılı kanunun 1. maddesinin 1. fıkrasında bu kanunun amacının, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası'nın çağdaş bankacılığın ve uluslararası rekabetin gereklerine göre çalışmalarını ve özelleştirmeye⁵⁹ hazırlanmalarını sağlayacak şekilde yeniden yapılandırılmaları ile hisse satışlarına ilişkin düzenlemelerin ve hisselerin tamamına kadarının özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilere satışının gerçekleştirilmesi olduğunun belirtilmesi, 2. fıkrasında söz konusu bankaların bu kanunda yer alan hükümler dışında 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile genel hükümlere tabi olduğunun belirtilmesi, 4603 sayılı kanunun geçici 1. maddesinin 3. fıkrasında bahsedilen bankalarda 1 Ocak 2003 tarihinden itibaren sadece özel hukuk hükümlerine tabi personelin çalıştırılması⁶⁰ esasının benimsenmesi ve 6219 sayılı kanunun 1. maddesinde

3. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin bu kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerini kapsadığı belirtilmiş, Vakıflar Genel Müdürlüğü ise, kanunun eki (II) sayılı cetvelin (B) Özel Bütçeli Diğer İdareler kısmınının 12. sırasında gösterilmiştir. Bu çerçevede, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün özel bütçeli bir kamu kuruluşu olduğu kuşkusuzdur.

⁵⁸ Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası.

⁵⁹ Bu bankaların özelleştirilmesinin önemli sosyal maliyet doğuracağı kanısındayız. Ekonomik olarak az gelişmiş ülkemizde küçük çiftçi ile esnaf ve sanatkarın kredi gereksinimini karşılayarak çok önemli bir ihtiyaca yanıt veren Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile Türkiye Halk Bankası'nın özelleştirilmesinden bir an önce vazgeçilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

⁶⁰ Bu hükmün Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrası hükmüyle bağdaştırılabilmek olanaksızdır. Anayasa'nın 128. maddesinin 1. fıkrasında; devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği ifade edilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde; Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası kamu tüzel kişiliğine sahip olduğuna göre söz konusu bankaların asli ve sürekli görevleri olan kanımızca yönetim ve denetim görevlerinde memur veya diğer kamu görevlileri

Türkiye Vakıflar Bankası'nın özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun belirtilmesi, bazı kişilerin bu bankaların kamu tüzel kişiliği hakkında kuşkuya kapılmalarına yol açmaktadır.

Kanımızca bu kuşku yersizdir. Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile Türkiye Halk Bankası'nın hisselerinin %50'sinden fazlası özel hukuk kişilerine satılmadığı müddetçe söz konusu bankalar kamu tüzel kişiliğine sahiptir. Balta'nın isabetli olarak belirttiği üzere, bir kurum veya kuruluşa kamu hukuku tüzel kişisi denilebilmesi için o kurum veya kuruluşun idareye özgü bir kuruluş yapısına sahip olması ve bundan ötürü kuruluşlarının idare hukukunca düzenlenmesi gerekir.⁶¹ Balta'nın isabetli olan bu açıklamaları çerçevesinde, 4603 sayılı kanun ile Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası, 6219 sayılı kanun ile de Türkiye Vakıflar Bankası düzenlendiğine ve söz konusu bankalar idareye özgü bir kuruluş yapısına sahip olduklarına göre kamu tüzel kişiliklerinin bulunduğu kuşkusuzdur. Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası'nın özel hukuk kurallarına tabi tutulması veya personelinin tümünün özel hukuk çerçevesinde istihdam edilmesi bu bankaların kamu tüzel kişiliğini hiç bir şekilde etkilemez. Esasen, yukarıda da belirtildiği üzere bu bankalar özel hukuk tüzel kişisi olsaydı bunların hiç bir şekilde kanun ile düzenlenmemesi gerekirdi.

Bu kuşkunun yersiz olduğu sonucuna iktisadi kamu hizmetlerinin yürütülüş usullerine bakılarak da ulaşmak kolaydır. Söz konusu bankaların iktisadi nitelikteki kamu hizmetleri yürüttükleri açıktır. Günday'ın da belirttiği üzere iktisadi kamu hizmetleri, çoğu kez özel teşebbüs faaliyetleri ile yan yana yürütüldüklerinden, sına ve ticari usul ve esaslara uygun olarak yürütülmek zorundadırlar. Yazar, bu açıdan, iktisadi kamu hizmetlerinin işleyişleri ve dış ilişkileri yönünden kural olarak özel hukuk kurallarına tabi olduğunu, ancak, çeşitli unsurları ve amaçları yönünden özel hukuk kurallarından farklı olduğunu ifade etmektedir.⁶² Yukarıdan beri gördüğümüz üzere bu bankalar, örneğin, özel teşebbüs işletmelerinden farklı olarak kanunla kurulduklarından

(örneğin, hak ve yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmek kaydıyla sözleşmeli personel) eliyle görülmesi gerekir. Söz konusu bankaların yönetim ve denetim işlerinde çalışan personelin özel hukuk hükümlerine tabi tutulması kanımızca Anayasaya aykırıdır. Bu açıklamalar, Türkiye Vakıflar Bankası için de geçerlidir.

⁶¹ Bkz. Balta, *a.g.e.*, s. 147.

⁶² Günday, *İdare Hukuku*, s. 166, 167.

ve üstelik amaçları itibariyle de ağırlıklı olarak kamu hizmeti sunduklarından kamu tüzel kişisi oldukları kuşkusuzdur.

Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası'nın kamu tüzel kişiliği olduğu yönünde duyulan ikinci kuşku, birinci kuşkuyla bağlantılı olarak söz konusu bankaların çalışma ilkeleri açısından oluşmaktadır. Gerçekten de, söz konusu bankalar, rekabet kuralları çerçevesinde kârlılık ve verimlilik ilkelerine uygun olarak çalışmaktadırlar. Bazıları, söz konusu bankaların piyasa koşullarında kârlılık ve verimlilik ilkelerine uygun olarak çalışmasına dayanarak bu bankaları özel hukuk tüzel kişisi olarak görmektedir. Kanımızca bu kuşku da isabetsizdir. Günday'ın belirttiği üzere iktisadi kamu hizmetleri her ne kadar kârlılık ve verimlilik ilkelerine uygun olarak yürütülse de, bu hizmetlerin asıl amacı, kâr elde etmek olmayıp toplumsal gereksinimleri karşılamak suretiyle kamu yararını sağlamaktır.⁶³ Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası, iktisadi kamu hizmetlerini yürüttüklerine ve sonul hedefleri de kamu yararını sağlamak olduğuna göre kendileri hakkında belirli ölçüde kamu hukuku kuralları uygulanan söz konusu bankaların tüzel kişiliği hakkında dile getirilen bu ikinci kuşkunun da yersiz ve anlamsız olduğu açıktır.

IV. TÜRKİYE CUMHURİYET MERKEZ BANKASI VE DİĞER KAMU BANKALARINI ANKARA DIŞINA ÇIKARTMAK İÇİN GİRİŞİLEBİLECEK MEVZUAT ÇABALARI

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarını, Ankara dışına çıkartabilmek için girişilebilecek mevzuat çabaları,⁶⁴ bankaların merkezlerinin düzenlenme durum ve konumuna göre farklılıklar gösterecektir. Gerçekten de, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası merkezlerini Ankara dışına çıkartabilmek için yasal değişiklik, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası

⁶³ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, s. 167.

⁶⁴ Burada "hukuki yollar" ibaresi yerine "mevzuat çabaları" ibaresini bilinçli olarak kullanmaktayız. Çünkü halihazırda söz konusu bankaların merkezlerini Ankara dışına çıkartabilmek için "hukuksal yollar" bulunmamaktadır. Bir başka deyişle, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarının merkezlerini Ankara dışına çıkarmak için yapılacak düzenlemeler hukuka aykırı olacak ve sadece bir "mevzuat çabaları" olarak kalacaktır.

ve Türkiye Halk Bankası'nın merkezlerini Ankara dışına taşıyabilmek için Bakanlar Kurulu kararı ve dolayısıyla söz konusu bankaların ana sözleşmelerinin değiştirilmesi yoluna gidilmesi gerekecektir. Konunun biraz açılması uygun olacaktır.

14.1.1970 tarih ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında, Bankanın merkezinin Ankara olduğu ifade edilmektedir. Bankanın merkezini Ankara dışına bir yere taşıyabilme bağlamında 1211 sayılı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrası değiştirilecektir.

Yine, 11.1.1954 tarih ve 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde, Vakıflar Bankası'nın merkezinin Ankara olduğu ifade edilmektedir. Türkiye Vakıflar Bankası'nın merkezini Ankara dışına taşıyabilmek için 6219 sayılı kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde değişiklik yoluna gidilmesi gerekecektir.

Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası'nın durumuna gelince; söz konusu bankalar, yukarıda bahsedilen 4603 sayılı kanunun çıkartılmasına kadar olan dönemde 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KİT) Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi tutulmakta ve söz konusu kararnamenin ekinde İktisadi Devlet Teşekkülleri olarak düzenlenmekte ve ilgili bakanlığı olarak da Başbakanlık gösterilmekteydi. Bu bankalar İktisadi Devlet Teşekkülü olarak kalsaydı bunların merkezlerini Ankara dışına taşıyabilmek için 233 sayılı KHK'nun 4. maddesinin son fıkrası gereği Yüksek Planlama Kurulu'nun karar vermesi gerekirdi. Ancak 4603 sayılı kanunun 1. maddesinin 5. fıkrasında; Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile Türkiye Halk Bankası hakkında 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin uygulanmayacağına belirtilmesi sonucunda, 233 sayılı KHK'nun 4. maddesinin son fıkrası çerçevesinde Yüksek Planlama Kurulu artık söz konusu bankaların merkezini saptayamayacaktır.

4603 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 25.11.2000 tarihinden itibaren Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası merkezlerini Ankara dışına çıkarmak için girişilecek çaba, konu hakkında bir Bakanlar Kurulu kararı çıkartılması olacaktır. Gerçekten de, 4603 sayılı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca söz konusu bankaların yeniden yapılandırılmasına ilişkin usul ve esasların Bakanlar

Kurulunca saptanacağı ifade edilmektedir. İşte, Bakanlar Kurulu bu hükme dayanarak bahsedilen banka merkezlerinin İstanbul' taşınması yönünde bir karar alacak ve bu amaçla bankaların ana sözleşmelerinde gerekli değişiklikleri yapacaktır.⁶⁵

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarının merkezlerini Ankara dışına çıkartma yönünde girişilecek gerek yasal, gerekse idari düzenlemeler bundan sonraki kısımda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere hukuka aykırı düşecektir.

V. TÜRKİYE CUMHURİYET MERKEZ BANKASI VE DİĞER KAMU BANKALARI MERKEZLERİNİ ANKARA DIŞINA ÇIKARTMAK İÇİN GİRİŞİLEBİLECEK ÇABALARIN HUKUKA AYKIRILIĞI

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası'nın merkezlerini Ankara dışına çıkartmak için girişilecek çabalar

⁶⁵ Söz konusu bankaların merkezlerini Ankara dışına taşıyabilmek için bir Bakanlar Kurulu Kararı'na gerek bulunduğu sonucuna bu bankaların ana sözleşmelerinin incelenmesiyle de ulaşabilmek olanaklıdır. 4603 sayılı kanunun Geçici 1. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde; Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile Türkiye Halk Bankası'nın ana sözleşmelerinin bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılacak ilk genel kurullarının onayı ile yürürlüğe gireceği ifade edilmiştir. Bu hükme dayanarak gerek Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası gerekse Türkiye Halk Bankası'nın ana sözleşmeleri hazırlanmış ve yürürlüğe sokulmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası'nın ana sözleşmesinin 3. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde bankanın merkezinin Ankara olduğu ifade edilmektedir. Bankanın en yetkili organı olan genel kurulun, ana sözleşmenin 9. maddesine göre, "...bu ana sözleşme ile düzenlenen hususlar dışında, Türk Ticaret Kanunu, Bankacılık Kanunu ve ilgili kanunlarda belirtilen görevleri yapar ve yetkileri" kullanacağı ifade edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası'nın ana sözleşmesinin metni hakkında bkz. (<http://www.ziraatbankasi.com.tr/pdf/Ana-Sözleşme.pdf>, erişim tarihi, 28.1.2008). Türkiye Halk Bankası'nın ana sözleşmesinin 3. maddesinin 1. fıkrasında; Bankanın merkezinin Ankara ve adresinin Söğütözü 2. Cad. No.63 Çankaya/Ankara olduğu ifade edilmiştir. Yine, bankanın en yetkili organı olan genel kurulun, ana sözleşmenin 9. maddesine göre, "...bu Ana Sözleşme ile düzenlenen hususlar dışında, Türk Ticaret Kanunu, Bankacılık Kanunu ve ilgili kanunlarda belirtilen görevleri yapar ve yetkileri..." kullanacağı belirtilmiştir. Türkiye Halk Bankası'nın ana sözleşmesinin metni hakkında bkz. (http://www.halkbank.com.tr/images/misc/mali_tablo/ana_sözleşme.pdf, erişim tarihi, 28.1.2008). Bu hükümleri toplu olarak değerlendirirsek, söz konusu bankaların merkezlerini değiştirmeye bankaların en yetkili organları olan genel kurulları yetkili değildir. Bu çerçevede, konu hakkında Bir Bakanlar Kurulu'nun karar vermesi daha somut bir deyişle Bakanlar Kurulunun, bankaların ana sözleşmelerini değiştirmesi gerekecektir.

her zaman, diğer kamu bankalarının ise söz konusu bankalarda kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar merkezlerini Ankara dışına çıkartmak için girişilecek çabalar hukuka aykırı düşecektir. Söz konusu hukuka aykırılığı ayrıntılı bir şekilde incelemek uygun düşecektir.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ile Türkiye Vakıflar Bankası'nın merkezleri yasayla saptandığı için 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında bankanın merkezini Ankara dışına çıkartmak için yapılacak yasal değişiklik ile Türkiye Vakıflar Bankası'nın merkezini Ankara dışına çıkarabilmek için 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde yapılacak değişiklik, Anayasa'ya aykırı olacaktır. Gerçekten de, Anayasa'nın 3. maddesinin son fıkrasında Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin Ankara olduğu ifade edildiğine göre ve başkent tanımı ve niteliği gereği tüm kamu kurumlarının merkezinin Ankara'da bulunması gerektiğine göre kamu kurumu olduklarında en küçük bir kuşku bulunmayan Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası'nın merkezlerini Ankara dışına çıkartmak için yapılacak yasal değişiklikler Anayasa'ya aykırı düşecektir.

Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası'nın durumuna gelince; 15.11.2000 tarih ve 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında, 4603 sayılı kanunun amacı; Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası'nın hisselerinin tamamına kadarının özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilere satışının gerçekleştirilmesi olduğu ifade edilmekte, 2. maddesinin 2. fıkrasında ise söz konusu bankaların yeniden yapılandırılması ve hisse satışı işlemlerinin 25.11.2000 tarihinden itibaren 10 yıl (25.11.2010 tarihine kadar) içerisinde tamamlanacağı, Bakanlar Kurulu'nun bu süreyi 5 yıla kadar uzatabileceği ifade edilmiş, 4. maddesinde ise, 4603 sayılı kanunun söz konusu bankalar hakkında, sermayelerindeki kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar uygulanmak üzere uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümler çerçevesinde, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası'nda kamu payı %50'nin altına düşünceye kadar söz konusu bankaların kamu kurumu niteliğinde olduğu açıktır.

Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile Türkiye Halk Bankası'nda kamu payı %50'nin altına düşünce, söz konusu bankalar özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olacak ve merkezlerinin Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümlere bağlı olarak⁶⁶ istenilen yere taşınması hukuken olanaklı olacaktır. Buna karşın, söz konusu bankalar günümüzde⁶⁷ kamu kurumu niteliğini taşıdığından merkezlerinin Ankara dışında başka bir kente taşınması doğrultusunda alınacak bir Bakanlar Kurulu kararı ve dolayısıyla söz konusu bankaların ana sözleşmelerinde yapılacak değişiklik kararları hukuka aykırı olacaktır. Bu hukuka aykırılık iki bakımdan olacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile Türkiye Halk Bankası'nın merkezini Ankara dışına çıkartmak için alınacak Bakanlar Kurulu kararı ve dolayısıyla ana sözleşme değişikliğinin hukuka aykırılığı, ilk olarak, Anayasa'nın 3. maddesinin son fıkrası bakımından olacaktır. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve Türkiye Vakıflar Bankası'nın merkezlerini Ankara dışına çıkartmak için girilecek yasal değişikliğin hukuka aykırı olacağı yönündeki gerekçemizi burada da tekrarlamakta bir sakınca yoktur. Anayasa'nın 3. maddesinin son fıkrasında Türkiye Cumhuriyeti'nin başkentinin Ankara olduğu ifade edildiğine göre ve başkent tanımı ve niteliği gereği tüm kamu kurumlarının merkezinin Ankara'da bulunması gerektiğine göre, günümüzde, kamu kurumu olduklarında en küçük bir kuşku bulunmayan Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile Türkiye Halk Bankası'nın merkezlerini Ankara dışına çıkartmak için alınacak bir Bakanlar Kurulu kararı ve dolayısıyla ana sözleşme değişikliği Anayasa'ya aykırı düşecektir.

Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile Türkiye Halk Bankası'nın merkezini Ankara dışına çıkartmak için alınacak Bakanlar Kurulu kararı ve dolayısıyla ana sözleşme değişiklikleri, Anayasa'nın "*Cumhuriyetin Niteliklerini*" düzenleyen 2. maddesinde ifade edilen "*hukuk devleti*" ilkesine de kanımızca aykırı olacaktır. Gerçekten de Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ile Türkiye Halk Bankası'nın merkezlerinin Ankara dışına taşınmasına dayanak olacak olan 4603 sayılı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasında söz konusu bankaların yeniden yapılandırılmalarına ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulu'nca belirleneceği belirtilerek,

⁶⁶ Türk Ticaret Kanunu'nun 385 ve devamı maddelerine uygun olarak.

⁶⁷ 1.3.2008 tarihi itibarıyla.

yargı denetimini olanaksız kılacak şekilde Bakanlar Kurulu'na yetki verilmiştir. Bakanlar Kurulu kararının denetimini olanaksız kılacak şekilde Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesi hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır. Gerçekten de, Günday'ın haklı olarak belirttiği üzere, İdarenin davranış koşullarının tamamen belirsiz bırakılması, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Zira, hukuk devleti ilkesinin önemli bir gereği de, idari davranışların öngörülebilir olmasıdır. Bir başka deyişle, hukuk devletinde idare edilenlerin hangi koşulların gerçekleşmesi hâlinde İdarenin ne tür bir davranışta bulunacağını önceden bilmeleri gerekir. Bu nedenle, yasa koyucunun idari davranışın koşullarını tamamen belirsiz bırakması ve İdareye sınırsız bir serbesti tanınması hukuk devleti ilkesine ters düşer. Şu halde, davranış koşullarındaki belirsizlik, belirlenemez biçimde olmamalı, takdir yetkisi veren yasa kuralında kullanılan belirsiz kavramın objektif bir anlamı olmalı ve yasa koyucunun amacından hareketle idarenin davranış koşulları belirlenebilmelidir.⁶⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 23, 24 ve 25.10.1969 tarih ve E. 1967/41, K. 1969/51 sayılı kararında; yasa koyucunun yürütmeye ya da idareye görev verdiği alanları eksiksiz olarak düzenlemesi ve tanıdığı takdir yetkisinin sınırlarını kişisel amaçlara yönelik uygulamaları önleyecek biçimde belirtmesine gerek olduğunu, aksi takdirde, yargı denetiminin etkin bir şekilde yapılamayacağını, bu durumun ise hukuk devleti ilkesinin sözde kalmasına yol açacağını ve Anayasaya aykırı olacağı sonucuna varmıştır.⁶⁹

⁶⁸ "Günday, 1982 Anayasasına Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları, s. 146.

⁶⁹ "Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 8, s. 41 vd. Kanımızca, 4603 sayılı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve Türkiye Halk Bankası'nın Bakanlar Kurulu'nca yeniden yapılandırılırken söz konusu bankaların etkin, verimli ve özerk bir şekilde sağlanması amacının gösterilmesi ve 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (b) fıkrası ve mevcut yönetim düzenlemelerinin dikkate alınacağını belirtilmesi söz konusu anayasal aykırılığı gidermek için yeterli değildir. Bir kere söz konusu bankaların etkin, verimli ve özerk bir şekilde sağlanması amacı soyut ve belirsizdir. Öte yandan, 9.12.1994 tarih ve 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, Hazine Müsteşarlığına bağlı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Genel Müdürlüğü'nün görevleri düzenlenmektedir. Bu bankalar, KİT kapsamında çıkarıldığına göre, 4603 sayılı kanunla 4059 sayılı kanunun 2. maddesinin 1'nci fıkrasının (b) bendine yapılan yollama yersiz olduğu gibi, söz konusu bentte Bakanlar Kurulu'nun yeniden yapılandırma kararına dayanak olacak somut bir ölçüt de bulunmamaktadır. Yine, 4603 sayılı kanunun 2. maddesiyle, Bakanlar Kurulu'nun kararını verirken mevcut yönetim düzenlemelerinin

SONUÇ

Bu çalışmada da görüldüğü üzere Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarının merkezlerinin İstanbul'a veya Ankara dışında başka bir kente taşınması hukuken olanaksızdır. Taşınma işi hukuken olanaksız olduğu için söz konusu bankaların taşınması hakkında yerindelik veya siyasi tartışmalara girmenin anlamsız, hatta abesle iştigal etmek (=boş veya faydasız işlerle uğraşmak) olduğunu savlayabilmek de olanaklıdır. Bununla birlikte, bahsedilen bankaların taşınma işinin gündeme gelmesi nedeniyle uygulamada karşılaşılan üç önemli hatanın düzeltilebileceği kanısındayım.

Giderilmesi gereken hatalardan ilki; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarının İstanbul'a veya Ankara dışında başka bir kente taşınması hukuken olanaksız, daha somut bir deyişle, Anayasa'nın 3. maddesinin son fıkrasında ifade edilen Ankara'nın başkent olduğu hükmüne aykırı düştüğü için, tam tersine, İstanbul'da bulunan kamu kurum veya kuruluşlarının merkezlerinin Ankara'ya taşınması gerekmektedir. Ulaştırma Bakanlığı'na bağlı Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, Sağlık Bakanlığı'na bağlı Hudut ve Sahiller Genel Müdürlüğü ve Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli Tıp Kurumu Başkanlığı ile idari ve mali açıdan özerk Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Başkanlığı'nın merkez teşkilatlarının daha somut bir deyişle söz konusu kamu kurum veya kuruluşlarının genel müdürlük veya başkanlık teşkilatının Ankara'ya taşınması gerekmektedir. Söz konusu kurum veya kuruluşların merkez teşkilatının İstanbul'da bulunması, Anayasa'nın, başkentin Ankara olduğunu ifade eden hükmüne açıkça aykırıdır. Gerçekten de, başkentin tanımı ve niteliği gereği sunulan kamu hizmetlerinin planlanması, yürütülmesi, düzenlenmesi ve politika ve siyasa (policy) oluşturulması Ankara'da yapılması gerektiğine, daha açık bir deyişle, kıyı emniyeti, hudut ve sahil sağlık hizmetleri, adli tıp ve tasarruf mevduatı sigorta hizmetlerinin planlanması, yürütülmesi, düzenlenmesi ve politika ve siyasa (policy) oluşturulması işlerinin Ankara'da gerçekleştirilmesi gerektiğine göre söz konusu kurumların merkez teşkilatının İstanbul'da bulunması, Ankara'nın

dikkate alınacağıının belirtilmesi de Bakanlar Kurulu'na verilen yetkiyi açık ve somut olarak sınırlandırıcı değildir. Bu çerçevede, 4603 sayılı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasıyla Bakanlar Kurulu'na verilen yetki, sınırlarının belirsiz ve geniş olması yüzünden Anayasa'ya aykırıdır.

Başkent olduğunu bildiren Anayasa'nın 3. maddesinin son fıkrasına aykırıdır.⁷⁰

⁷⁰ İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın ilginç durumunun da incelenmesi uygun olacaktır. Ülkemizde borsalar; ticaret borsaları ve menkul kıymet borsaları olarak ikiye ayrılmakta ve menkul kıymet borsası olarak sadece İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (İMKB) bulunmaktadır. Borsalar türü itibariyle ticaret borsaları açısından herhangi bir hukuksal sorun bulunmamaktadır. 18.5.2004 tarih ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 28. maddesinde, ticaret borsalarının kamu tüzel kişisi olduğu ifade edilmiştir. 5174 sayılı kanunun 54. maddesinin 1. fıkrasında; Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB), odalar ve borsalar arasındaki birlik ve dayanışmayı temin etmek, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, oda ve borsa mensuplarının mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, bunların birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere, meslek disiplini ve ahlâkını korumak, ülkenin kalkınması, ekonominin gelişmesi için gerekli çalışmaları yapmak ve bu kanunda belirtilen hizmetleri yerine getirmek amacıyla kurulan, tüzel kişiliğe sahip, kamu kurumu niteliğindeki meslek üst kuruluşu olduğu, bir başka deyişle, ticaret borsalarının üst kuruluşu olduğu ve bu maddenin 2. fıkrası gereği, Birliğin merkezi Ankara'da bulunduğu göre, ticaret borsaları açısından, başkent Ankara olduğunu bildiren Anayasal hüküm açısından herhangi bir uyuşmazlık durumu bulunmamaktadır. Buna karşın, 3.10.1983 tarih ve 91 sayılı Menkul Kıymet Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinde, menkul kıymet borsalarının tüzel kişiliği haiz kamu kurumları olduğu, borsaların, Sermaye Piyasası Kurulu'nun gözetim ve denetimi altında olduğu, borsalarda, Sermaye Piyasası Kurulu'nun göstereceği adaylar arasından Maliye Bakanlığı'nca teklif edilerek üçlü kararname ile atanan bir Menkul Kıymetler Borsası Komiseri (=Borsa Başkanı) bulunacağı ifade edilmiştir. Bu hali itibariyle, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası, Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü söz konusu borsanın merkezi İstanbul'da bulunmakta ve borsa hizmetlerinin planlanması, düzenlenmesi, politika ve siyasa oluşturulması Ankara'dan yürütülmemektedir. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın, Sermaye Piyasası Kurulu'nun gözetim ve denetimi altında bulunması ve başkanının üçlü kararnameyle atanması, borsanın söz konusu hizmetlerinin Ankara'dan yürütüldüğü anlamını taşımaz. İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nın, başkent Ankara olduğunu belirten Anayasa hükmüne aykırı olmasını önleyebilmek açısından kanımca dört yol bulunmaktadır. Bunlardan ilki, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nı, İngiltere'de menkul kıymet borsalarının örgütleniş tarzına uygun olarak özel hukuk tüzel kişisi olarak örgütlemek ve Borsanın kamu tüzel kişiliği olması niteliğini ortadan kaldırmaktır. İkinci yol olarak, ticaret borsaları nasıl TOBB altında örgütlenmişse, merkezi Ankara'da bulunan bir Menkul Kıymet Borsası üst kuruluşu kurmak veya İMKB'yi TOBB'un alt kuruluşu olarak örgütlemektir. Üçüncü yol, İMKB'nin başkanlık teşkilatını Ankara'ya taşımak ve Genel Kurulunun da Ankara'da toplanmasını sağlamaktır. Son yol ise, İMKB'yi Sermaye Piyasası Kurulu'nun bir taşra örgütü olarak yapılandırmaktır. Bu yollardan herhangi birisine başvurulmaması, İMKB'nin, başkent Ankara olduğunu bildiren Anayasa'nın 3. maddesinin son fıkrasına aykırı olan durumunun sürmesi anlamına geleceğini ifade etmek gerekir.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarının İstanbul'a taşınması işinin gündeme gelmesinden dolayı giderilebilecek bir başka önemli hata; Bakanlar Kurulu'nun Ankara dışında toplanması olgusundan kaçınılmasının mutlak bir zorunluluk olduğunun anlaşılması gerekliliğidir. Gerçekten de, ülkemizde zaman zaman Bakanlar Kurulu'nun İstanbul'da toplanmasına tanık olunmaktadır. Bakanlar Kurulunun Ankara dışında toplanıp karar alması, Anayasa'nın 3. maddesinin son fıkrasında yer alan Ankara'nın başkent olduğu hükmüne açıkça aykırı olduğundan Ankara dışında toplanan bir Bakanlar Kurulu'nun almış olduğu karar, hukuken ağır sakatlıkla malul olmuş bir karardır. Hatta kanımızca, Ankara dışında toplanan bir Bakanlar Kurulu'nun almış olduğu karar öyle açık hukuka aykırılık taşımaktadır ki, yok (=keenlemyekün) hükmündedir.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarının İstanbul'a taşınması işinin gündeme gelmesinden dolayı giderilebilecek son (ancak önem açısından son değil) bir hata; hukuken olanaksız olan işlerde yerindelik veya siyasi tartışmalarından kaçınılarak zaman, emek ve para tasarrufunun sağlanması gerekliliğidir. Gerçekten de, ülkemizde, siyasi partiler, meslek ve çeşitli sivil toplum örgütleri, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ve diğer kamu bankalarının merkezlerinin Ankara dışına taşınması gibi hukuken olanaksız, yapay bir işte kısır siyasi veya yerindelik tartışmalarına girmekte ve boş yere enerjilerini tüketmektedirler. Söz konusu taşınma işi gibi hukuken olanaksız bir işle uğraşılması yerine ülkenin köklü çözüm bekleyen derin, ekonomik, sosyal ve kültürel sorunlarına odaklanılması daha uygun olacaktır. Bu çerçevede, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın ve diğer kamu bankalarının merkezlerinin Ankara dışına çıkartılması tartışmalarından bir an önce vazgeçilmelidir. Aksi takdirde, Gazi Mustafa Kemal'in gösterdiği muasır (çağcıl) medeniyetin üstüne çıkma hedefine ulaşamamasının bir diğer nedenini; söz konusu bankaların merkezlerini Ankara dışına taşıma gibi hayali bir konuda insanların enerjilerini boş yere tüketmesi oluşturacaktır.

KAYNAKÇA

- Black's Law Dictionary With Pronunciations*, Fifth Edition, West Publishing Co., 1979.
- Balta, Bekir Tahsin, *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİE Yayınları No: 117, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- Büyükerşen, Yılmaz, *İktisada Giriş I*, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 1998.
- Gözübüyük A. Şeref / Kili Suna, *Türk Anayasa Metinleri 1839-1980*, 2. Bası, AÜSBF Yayınları No: 496, Sevinç Matbaası, Ankara-1982.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2007.
- , *İdare Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2006.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2003.
- , 1982 Anayasası'na Göre İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları in *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi Birinci Kitap İdari Yargı* 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Matbaası, Ankara, 1991.
- Kapani, Münici, *Kamu Hürriyetleri*, Yenilenmiş Beşinci Baskı, AÜHF Yayınları No. 392, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976.
- Mumcu, Ahmet, *Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, AÜHF Yayınları No. 352, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- Zarakolu, Avni, *Para ve Banka*. Değişik İkinci Baskı, Yeni Desen Tic. Ltd. Şti. Matbaası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını NU. 10, Ankara, 1965.
- , *İktisat İlminin Temel İlkeleri Cilt 2*, AÜHF Yayınları No. 386, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976.

AVUKATIN DOSYA İNCELEMESİNE GETİRİLEN İDARİ SINIRLAMANIN KANUNA AYKIRILIĞI

Serkan AĞAR*
Zeynep BAHADIR**

“Görevimizi yaparken kimseye, ne müvekkile ne hakime ne iktidara tâbiyiz (...)

Avukatlar esir kullanmadılar; fakat efendileri de olmadı.”

Molierac

I. Giriş

Bugünlerde birçok avukat, mahkeme kalemlerinde, başlıkta yer alan cümleyle karşılaşıyor ve cümlelerin sonu hep aynı şekilde bitiyor; *“hakim bey/hanım değerlendirsın.”*

Bu sonuca ise, kanunun amir hükümlerinin bir yana bırakılarak yönetmeliklerin bambaşka amaçlarla konulmuş hükümlerinin yorumlanması ile ulaşıyor, bir başka anlatımla, yönetmelik hükümleri kanun maddeleri yerine geçiriliyor. Oysa hukuk fakültesi birinci sınıf öğrencisine öğretilen ilk kavram *“normlar hiyerarşisi”* dir; yani ortada bir konuyu düzenleyen bir kanun maddesi varken siz onun varlığını görmezden gelen bir yorumla normlar hiyerarşisinde kanundan daha aşağıdaki bir yönetmelik hükmünü esas alamazsınız, hatta bu, iç işleyişe ilişkin bir yönetmelik ise, bunu kanunun yerine ikame etmeyi aklınızın ucundan bile geçiremezsiniz, eğer hukuk devletinde yaşadık-

* Av., Ankara Barosu, AÜ Sos. Bil. Ens. Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) ABD doktora öğrencisi.

** Av., Ankara Barosu, GÜ Sos. Bil. Ens. Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) ABD yüksek lisans öğrencisi.

ğınızı iddia ediyorsanız... Daha açık bir anlatımla, yönetmelik hükmü, kanuna aykırı olamaz, bu şekilde yorumlanamaz. Anayasa'nın 124. maddesi de, başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilecekleri hükmünü amirdir.

Ankara Barosu Başkanlığı'nca, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün avukatların dava ve kovuşturma dosyalarını inceleme usulü hakkındaki 07/11/2006 gün ve 22413 sayılı görüş yazısının yeniden gözden geçirilmesi istenmiş ve konu incelenerek işbu çalışmaya konu 20/12/2006 gün ve 26029 sayılı görüş verilmiştir. Bu görüşle, uygulamada, avukatların dosya incelemeleri, dilekçe ile başvurulması, bunun mahkeme başkanı ya da hakimi tarafından incelenmesi gibi kanunda yer almayan kimi şartlara bağlanmıştır. Bu şartların oluşturulmasında da, uygulamadaki sıkıntılar bahane edilmiş ve yukarıda değinildiği gibi pozitif hukuktan bir dayanak arayışı içinde bu uygulamaya mahkeme kalemlerinin iç işleyişine ilişkin yönetmelik hükümleri gerekçe gösterilmiştir.

Meslektaşlarımızın malumu olduğu üzere, avukatlık mesleğinin icrasında dosya incelemek günlük bir uğraştır, işte bu nedenle avukatların dosya incelemelerinin kimi şartlara bağlanması, avukatların her gün bu sorunla yüz yüze gelmeleri anlamına gelecektir. Sadece bu bile, sorunun ciddiyetini gözler önüne sermek için yeterlidir. Avukatlık mesleği, tarihi boyunca türlü engellemelerle karşılaşmıştır; bu engellemelerin perde arkasında ise, hep, başka kaygılar ve maksatlar olmuştur. İşbu incelemeye konu yazıda ifade olunan görüşlerin de, böyle bir maksat ve düşüncenin ürünü olduğunu üzülerek belirtmek isteriz.

II. Avukatın Dava ve Kovuşturma Dosyalarını İncelemesi

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun (Av. K.) 1. maddesinde, avukatlığın, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olduğu ve avukatın, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edeceği yazılıdır. Aynı kanunun, 02/05/2001 gün ve 4667 sayılı kanununun 2. maddesi ile değişik bir sonraki maddesinde de, avukatlığın

amacı; “hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak” olarak belirlenmiş ve yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıfların avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorunda olduğu, bu kurumların avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlü oldukları ancak “kanunlardaki özel hükümlerin saklı olduğu”^{1,2} bu belgelerden örnek alınmasının da vekaletname ibrazına bağlı olduğu hükme bağlanmıştır.

Anılan madde, aynen şu şekildedir:

¹ Örneğin 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun “noter ve noterlik katipleri, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları, kanunların emrettiği haller dışında açıklayamazlar” biçimindeki 54. ve “noterlik evrak ve defterleri mahkeme, sorgu hakimliği ve Cumhuriyet savcılıklarınca veya resmi daireler tarafından, konusu da belirtilmek suretiyle, noterlikte soruşturmaya yetkili kılınan kimselerce incelenebilir” biçimindeki 55/1 hükmü ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun “vergi mahremiyeti” başlıklı 5. maddesi, “kanunlardaki özel hükümler” dendir.

² “Çeşitli kanunlarda bazı bilgilerin kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerin dışında üçüncü kişilere açıklanmasını engelleyen sınırlamalara yer verilmektedir. Böyle bir durumun varlığı halinde avukatın inceleme yapması ve örnek alması mümkün değildir; ancak kanunun açıkça gizli olduğunu belirttiği belgenin avukatın temsil ettiği kişi tarafından bizzat hazırlanması ve/veya onun imzasını taşıması halinde avukat tarafından incelenebileceği ve örneğinin alınabileceği görüşündeyiz. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153. maddesi uyarınca, soruşturma aşamasında hakim kararıyla müdafinin dosya incelemesi ve örnek almasının kısıtlanması durumunda dahi yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve bunların hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakların incelenmesi ve örneklerinin alınmasının kısıtlanmadığı gözetildiğinde bu iddiamızın haklılığı anlaşılacaktır.”, Vuraldoğan, K., “Avukatlık Kanunu Madde 2 Uyarınca Avukatın Bilgi Belge İnceleme ve Örnek Alma Hakkı”, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 7, Haziran, 2005, s. 34-35.

<p style="text-align: center;">1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 2</p>	<p style="text-align: center;">Avukatlığın amacı:</p> <p>(Değişik birinci fıkrası : 02/05/2001 - 4667/m. 2) Avukatlığın amacı; hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.</p> <p>Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.</p> <p>(Değişik : 02/05/2001 - 4667/m. 2) Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzakereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir.</p>
---	--

Av. K.'nın 02/05/2001 gün ve 4667 sayılı kanununun 32. maddesi ile değişik "işlerin stajyer veya sekreterle takibi, dava dosyalarının incelenmesi ve dosyadan örnek alma" başlıklı 46. maddesinde; avukat veya stajyerinin, vekaletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebileceği ve bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesinin zorunlu olduğu, ancak vekaletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt

veya belgelerin örneği veya fotokopisinin verilmeyeceği yazılıdır.

Anılan madde aynen şu şekildedir:

<p>1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 46</p>	<p>(Değişik : 2/5/2001 - 4667/32 m.) Avukat, işlerini kendi sorumluluğu altındaki stajyeri veya yanında çalışan sekreteri eliyle de takip ettirebilir, fotokopi veya benzeri yollarla örnek aldırabilir. Avukatın onanmasını istemediği örnekler harca tâbi değildir.</p> <p><u>Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur.</u> Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez.</p>
--	---

III. Avukatın Dosya İncelemesine Getirilmek İstenen İdari Sınırlama ve Bunun Hukuka Aykırılığı Meselesi

Ankara Barosu Başkanlığı'nca, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün avukatların dava ve kovuşturma dosyalarını inceleme usulü hakkındaki 07/11/2006 gün ve 22413 sayılı görüş yazısının yeniden gözden geçirilmesi istenmiş ve konu incelenerek işbu incelemeye konu 20/12/2006 gün ve 26029 sayılı görüş verilmiştir.

İşbu görüş yazısında, Adalet Bakanlığı'nın, demokratik hukuk devletinin zorunlu unsurları arasında yer alan yargı bağımsızlığı ve adil savunma hakkı normlarına, her kurum ve kuruluşun daha fazla özen gösterip önem verdiği vurgulanarak, 07/11/2006 gün ve 22413 sayılı görüş ile gerek Anayasa'nın 9, 36, 140 ve 138/2 maddesine aykırı, gerekse 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'ndan ve ilgili mevzuattan doğan savunma mesleğinin icrasıyla ilgili olarak keyfi ve sübjektif uygulamalara yol açabilecek bir değerlendirmede bulunulmasının söz konusu olamayacağı gibi, anılan görüşün yargı yetkisinin kullanımına ilişkin olduğunun da ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.

Çalışmamıza konu görüş yazısında, aynen; "*(bir önceki) görüş yazı-*

mızda yer alan, 'gerek hukuki uyumsuzluklar açısından gerekse cezai kovuşturmalar açısından, dava ve kovuşturma dosyalarını inceleyebilmeleri için **dilekçe ile müracaat etmeleri gerektiğine dair kanun ve yönetmeliklerde açık bir hüküm bulunmama**yla birlikte, bu hususun tamamen mahkeme başkanı veya hakiminin takdir ve yetkisinde olduğu' biçimindeki açık ve net olan ifade tarzından da anlaşılacağı gibi, dava ve kovuşturma dosyalarını inceleme taleplerini değerlendirme ve karara bağlama konusunda yetki ve takdirin tamamen bağımsız yargıçlarımızda olduğu hususu, özellikle, özenle ve de önemle vurgulanmıştır." denmektedir.

Oysa, Anayasa'nın "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." biçimindeki 9. ve "hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler." biçimindeki 140/2 hükmünün yanında 138. maddesi çok açıktır; hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar ve hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında **mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.**

Çalışmamıza konu görüş yazısında, her ne kadar, bu görüşün mahkemelere verilen bir talimat olarak algılanmaması gerektiği, bu konudaki takdir ve yetkinin yine mahkeme ve hakimlere ait olduğu belirtilmiş olsa da, bu yazının doğrudan yargı yetkisinin uygulama aşamasına yönelik olduğu ve dolayısıyla talimat niteliği taşıdığı açıktır.

Önceki görüşte; "kalem hizmetlerinin mahkeme başkanı veya hakiminin denetimi altında yürütülmesi, buna bağlı olarak da kalem hizmetlerinin kanun ve yönetmelik hükümlerine uygun şekilde yürütülmesinden, aynı şekilde dava ve kovuşturma dosyalarının korunmasından, tertip ve düzeninden mahkeme başkanı veya hakiminin amir sıfatıyla sorumlu olması nedeniyle, mahkeme başkanı veya hakiminin dava ve kovuşturma dosyalarından kimlerin ne şekilde inceleme yaptığından ve belge örneği aldıklarından bilgi sahibi olabilmesi, kalem personeli üzerindeki denetim ve gözetim görevinin yerine getirilmesi ve ayrıca yapılmakta olan soruşturmanın selameti açılarından, avukatların dosya inceleme taleplerinin vekaletname sunulmasına gerek olmaksızın dilekçe ile yapılmasının daha uygun olacağı" belirtilmiştir. İncelemeye konu görüşte bu ifadeyle, inceleme usulünde bir tertip ve düzenin sağlanması, savunma hakkının kötü niyetle kullanılabilme ihtimalinin önüne geçilmesi ve bu doğrultuda ileride doğabilecek olası uyumsuzluklarda dosyaların kimin tarafından, ne zaman incelendiğinin tevsiki bakımın-

dan, *yasalarda engel bir hüküm olmaması da dikkate alınarak*, dava ve kovuşturma dosyalarını ilk kez inceleyecek olan bir avukatın vekaletname sunmasına gerek olmadığı söylenmek istendiği, dilekçe ile başvurmanın yeterli olacağı yönündeki görüş ile kastedilenin de; dava dosyalarında vekil sıfatı bulunmayan avukatların o dosyayı inceleme gereği duyduklarında mahkeme başkanı veya hakimine bir dilekçe ile başvurmalarının daha uygun olacağı, yoksa dava dosyasını vekil sıfatıyla takip eden bir avukatın her dosya inceleme talebinde dilekçeyle başvurmasının gerekmediğidir.

İnceleme konusu görüşte; “*Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği’nin 39. maddesinde yer alan ‘Reis veya Hakimin haberi olmadan Kalem Şefi mahkeme evrakını kimseye gösteremez’, yine aynı Yönetmelik’in 37. maddesinde yer alan ‘İş sahiplerinin her türlü istemlerinin imzalarıyla tevsiği gerekir.’ hükümlerine dayanan ve genel sınırları yukarıda belirtilen dilekçe ile başvurulmasının uygun olacağı yönündeki görüşün, bu konudaki takdir yetkisinin tamamen kendilerinde olduğu vurgulanan mahkeme başkanı veya hakimler tarafından, avukatlık mesleğinin icrasının sağlanması bakımından ulusal ve uluslararası yasal düzenlemelerle avukatlara getirilmiş olan kazanımlardan geri dönülmesi veya kazanımların sınırlandırılması anlamına gelecek şekildeki uygulamalardan kaçınılması suretiyle yorumlanması, bu konuya özel düzenleme getiren HUMK, Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazı İşleri Yönetmeliği ile Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri’nin İdari İşleri ile Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik hükümleri ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ‘kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla’ şeklindeki düzenlemesi, özel kanun-genel kanun, önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi de göz önünde bulundurularak ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 2. maddesinde yapılan değişikliğin avukatlar lehine sınırsız bir serbesti tanımadığının da dikkate alınarak uygulama yapılması gerektiği düşünülmektedir.” denmektedir.*

Öncelikle ifade etmek gerekirse, yönetmelik hükümlerinin kanunlarda saklı tutulan özel hükümlerden sayılmasının fahiş bir hata olmasının yanı sıra, özel kanun-genel kanun (*lex specialis derogat legi generali*), önceki kanun-sonraki kanun (*leges posteriores priores contrarias abrogant*) ayrımının hangi maksatla ve neye dayanak olmak üzere kullanıldığını da anlamak mümkün değildir. 1136 sayılı Av. K.’nin 2. maddesinde yapılan değişikliğin avukatlar lehine sınırsız bir serbes-

ti tanımadığı biçimindeki çıkarım da, dosya incelemesinin avukatlık mesleğinin sınırsız bir serbestiyle icrası demek olduğunun kabulü anlamına gelecektir ki, böyle bir kabul, ilerde, avukatların duruşmalara girerken de hakimden izin almaları gibi ilginç durumlar doğurabilir, işte bu nedenle böyle bir yaklaşım, hem tehlikeli ve bir o kadar da düşündürücüdür.

Gelinen noktada, görüş yazısında dayanan yönetmelik hükümlerine bir göz atmak yerinde olacaktır. Öncelikle belirtmek gerekirse, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 157. maddesinde, her iki taraf veya vekillerinin dava dosyasını tetkik ve mütalaa edebilecekleri yazılıdır. Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri'nin Yazı İşleri Yönetmeliği'nin "*iş sahiplerinin taleplerinin tespit şekli*" başlıklı 37. maddesinin birinci fıkrasında; iş sahiplerinin her türlü istemlerinin imzaları ile tevsikinin gerekeceği, "*mahkemedeki dosyaların tetkik şekli*" başlıklı 39. maddesinde de; 1086 sayılı HUMK'nun 157. maddesinde yazılı kimselerin (her iki taraf veya vekillerinin) dosyayı tutanak yazıcısının (zabıt katibinin) yanında okuyabilecekleri yazılıdır. Aynı maddede, mahkeme dosyalarını incelemek isteyen müfettiş veya herhangi yetkili bir memurun önce bu yoldaki görev ve yetkisini mahkeme başkanı ya da hakimine bildirmesi gerektiği ve mahkeme başkanı ya da hakiminin haberi olmadan kalem şefinin (yazı işleri müdürünün) mahkeme evrakını kimseye gösteremeyeceği belirtilmiştir.

Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşleri ile Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik'in "*dosyaların inceleme usulü*" başlıklı 51. maddesinde; tarafların veya vekillerinin dosyayı, yazı işleri müdürü veya görevlendireceği bir zabıt katibinin yanında okuyabileceği, sayılanlar dışında, başkan veya hakimden izni olmadan yazı işleri müdürünün mahkeme evrakını kimseye gösteremeyeceği yazılıdır. Aynı Yönetmelik'in "*iş sahiplerinin istemlerinin tespiti*" başlıklı 54. maddesinde de; iş sahiplerinin her türlü istemlerinde imzalarının alınacağı, tarafların veya vekillerinin, mahkeme işlemlerinde mühür veya herhangi bir aletle imza etmelerine izin verilmeyeceği, bu şekilde yapılan müracaatlar üzerine hiçbir işlem yapılamayacağı yazılıdır.

Görüldüğü üzere, iç işleyişe ilişkin işbu yönetmelik hükümlerinde, avukatların dosya incelemesini sınırlandıran bir hüküm olmadığı gibi, Av. K.'nin 46/2 hükmü muvacehesinde yönetmelikle böyle bir

sınırlandırmanın getirilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla, avukatların dava ve kovuşturma dosyalarını incelemelerinde dilekçe ile başvuru ve hakim onayı şartının getirilmesi Anayasa'ya olduğu kadar kanuna da açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Bu konuda Danıştay, şu şekilde görüş serdetmiştir: *“Avukat kimliğini, stajyer yetki belgesini ibraz ederek, incelemesine sunulmasını istediği dosyayı, Danıştay Başkanlığı'nca hazırlanan ‘Dosya İnceleme İstek Formu’nu doldurmak suretiyle inceleyebilir, incelemeye sunma yükümlülüğü, kısıtlayıcı özel hükümlerin varlığı halinde, daire veya kurul başkanının bilgisi dahilinde sınırlanabilir, ilgili bilgi ve belgeler ayıklandıktan sonra dosya, avukat veya stajyerin incelemesine sunulur, inceleme işlevi, daire veya kurul kaleminde ya da kurum içinde uygun bir yerde, görevli eşliğinde gerçekleştirilir, incelemeye sunulan belgelerden örnek alınması, vekaletname ibrazına bağlıdır, ‘Dosya İnceleme İstek Formu’ dosyasında muhafaza edilir.”*³

IV. Sonuç

Hukuk devletinin teminatı ve vazgeçilmez unsuru olan yargının bağımsızlığının gerçekleşmesi ve adil yargılanmanın sağlanması için yargının kurucu unsurlarından biri olan savunmanın etkinliğinin artırılması gerekir. İşbu çalışmamıza konu görüş yazısı ile savunmanın etkinliğinin artırılmasının aksine zayıflatılması söz konusudur. Avukatlık mesleğinin icrasında dosya incelemenin günlük bir uğraş olduğu dikkate alındığında, prosedür işlemlerine tâbi tutularak avukatlardan son derecede olağan bu iş için bile dilekçeyle başvuru yapmalarını beklemek, sorunun ciddiyetini gözler önüne sermektedir. Avukatlık mesleği, tarihi boyunca birçok baskı ve engelleme ile karşılaşmıştır. Otoritenin bu tür engellemelerinin arkasında ise, hep başka kaygılar olmuştur. İşbu incelemeye konu görüş yazısı da, böyle bir düşüncenin örneğidir; ancak avukatlık mesleğinde elde edilen asırlık kazanımların, idari kaygılarla yok edilmesi, hafifletilmesi ya da içinin boşaltılması mümkün değildir.

³ Danıştay Başkanlar Kurulu'nun 11/04/2007 gün ve 2007/12 sayılı kararı.

MÜDAFİN DOSYA İNCELEME HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Ş. Cankat TAŞKIN*

I. Müdafinin Dosyayı İnceleme, Suret Alma Hakkı ve Bu Hakkın Kötüye Kullanılması

1. Giriş

Müdafinin dosya inceleme yetkisi ceza yargılamasında, müdafinin savunma hakkını kullanması bakımından önem taşıyan bir yetkidir. Ancak Türk Hukuku'nda pek çok alanda görüldüğü gibi, ne yazık ki bu alandaki düzenlemelerde de tartışmalar yaratabilecek, farklı uygulamalara yol açabilecek değişik yasal düzenlemeler değişik yasalarla öngörülmüştür. Bu çalışmamda, söz konusu düzenlemelere değinerek düzenlemelerin eksik yönlerini belirteceğim ve Türk hukukunda müdafinin dosyayı inceleme, suret alma hakkını gerek ceza yargılamasında müdafî ve vekil bakımından gerekse medeni yargılamadaki vekil bakımından değerlendirerek; bu hakkın kötüye kullanılması durumunda uygulanabilecek yaptırımları değerlendirerek çalışmamı sonlandıracağım.

A. Müdafinin Hukuki Niteliği ve Ceza Yargılamasında Müdafî

Müdafinin hukuki niteliği bakımından Türk Hukuk öğretisinde değişik görüşler öne atılmıştır. Bu görüşler müdafinin sanığın temsilcisi, yardımcısı; sanıktan bağımsız ayrı bir özne olduğu görüşleridir.¹

* Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku YL

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mahmutoğlu, Fatih Selami / Dursun, Selman, *Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri*, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Eylül 2004, s. 20.

Ancak öğretilerdeki baskın görüş, müdafinin kendine özgü hak ve yetkileri bulunan ve sanığa yardımcı olan sınırlı bir adli organ olduğudur.² Ben de bu görüşün CMK'nın mantığıyla daha iyi bağdaştığı kanısındayım.³

Ceza yargılamasında müdafii sanığa yardımcı olan sınırlı bir adli organ olduğuna göre, öncelikle müdafinin savunma hakkını kısıtlanmadan ve rahatlıkla kullanabilmesinin sağlanması gerekmektedir. Savunma hakkının kısıtlanması CMK 289/1h hükmü gereğince mutlak bozma nedenidir. Müdafinin savunma hakkını etkin biçimde kullanabilmesi bakımından dosya inceleme ve dosyadan örnek alma hakkı önem taşımaktadır. Aşağıda bu konu ayrıntılı olarak ve medeni yargılamadaki müdafii yetkileriyle karşılaştırılarak ele alınacaktır.

B. Müdafinin Dosya İnceleme, Dosyadan Örnek Alma Yetkisinin CMK m. 153 Açısından Değerlendirilmesi

Türk Hukukunda savunmanın dosyadan örnek alması ve dosyayı incelemesi bakımından farklı yasalarda farklı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Fakat konuyu ceza yargılaması bakımından değerlendirecek olursak, CMK m. 153 hükmüne öncelikle değinmek gerekecektir.

CMK m. 153/1 hükmü gereğince, müdafinin dosyadan örnek almasına kural olarak sınırlama getirilemez. Buna göre, müdafinin soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilmesi ve dosyadan örnek alabilmesi mümkündür.

Müdafinin bu yetkisinin kısıtlanabilmesi için gerekli olan koşullar CMK m. 153/2 de belirtilmiştir. Buna göre, müdafinin dosyayı incelemesi ya da belgelerden örnek alabilmesi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine ve sulh ceza yargıcının kararıyla müdafinin bu yetkisi kısıtlanabilecektir.

Burada ilkin değinilmesi gereken, müdafinin soruşturmanın ama-

² Zafer, Hamide, *Faille Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*, BETA Kitabevi, Mayıs 2004, İstanbul, s. 315.

³ Taşkın, Ş. Cankat, "Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi" konulu makale, *TBB Dergisi*, Sayı 69 (Mart-Nisan 2007), s. 218.

cını ne zaman tehlikeye düşürmüş sayılabileceğidir?Müdafi şüpheli tarafından önceden bilindiği taktirde başarıya ulaşamayacak olan bir soruşturma işleminden haberdar olmuşsa ve bunu şüpheliye bildirdiğinde, bu işlemin anlamı kalmayabilecekse; müdafinin bu bildirimini soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek hal olarak değerlendirilebilecektir.⁴ Örneğin müdafi dosyaya baktığında şüpheli hakkında tutuklama kararı verilebileceği ya da şüphelinin evinde arama yapılabileceği (evde isnat oluşturabilecek suç ögesinin bulunması durumunda) konusunda bir kanaat edinir ve bunu da şüpheliye bildirirse, bunun sonucunda da şüpheli tutuklanmamak için kaçmaya ya da kanıt vermemek için evindeki kanıtı karartmaya girişirse müdafinin dosyayı incelemesi nedeniyle soruşturmanın amacı tehlikeye düşmüş sayılabilecektir.

Önemle vurgulanması gereken bir nokta şudur ki gizlilik kararı verilen durumda bile dosyadaki bazı belgelerin müdafi tarafından incelenmesinin ya da belgelerden örnek alınmasının engellemeyecek olmasıdır. Bu belgeler yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları, şüphelinin ya da yakalananın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklardır. Şu halde, dosyada gizlilik kararı olsa bile müdafinin bu sayılan belgeleri incelemesi veya bu belgelerden örnek alması kısıtlanamayacaktır. (CMK m. 153/3)

Müdafinin dosyayı incelemesinin veya dosyadan örnek almasının kısıtlanması (gizlilik kararı) ancak Cumhuriyet Savcısı'nın istemiyle ve sulh ceza yargınının kararıyla mümkün olabilecektir. CMK m. 153/2 düzenlemesinin yazılışı beni bu kanaata ulaştırmaktadır. Başka bir deyişle, sulh ceza yargıcının savcının istemi olmaksızın kendi başına müdafinin bu yetkisini kısıtlayabilme hakkı olmaması gerekir.⁵ Bu gerekçemi, soruşturma aşamasının efendisinin savcı olmasına bağlıyorum. Zira CMK m. 160 ve 161 düzenlemeleri Cumhuriyet Savcısı'nı "soruşturmanın imparatoru" haline getirmiştir.⁶ Buna göre savcı olmadan soruşturma aşaması işlemez ve soruşturma aşamasındaki hiçbir işlem yapılamaz.

⁴ Zafer, a. g. e., s. 355.

⁵ Taşkın, "Müdafii. . .", s. 225.

⁶ Öztürk, Bahri / Erdem, Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 273.

Kural bu olmakla birlikte, CMK m. 163 gereğince, bazı durumlarda sulh ceza yargıcı soruşturma aşamasındaki tüm yetkileri kullanabilecek ve “*soruşturmanın imparatoru*” haline gelebilecektir. Ancak sulh ceza yargıcının bu yetkisini kullanabilmesi için suçüstü hali veya gecikmede sakınca olan bir durum olmalı; bunun yanı sıra savcıya erişilemiyor ya da olayın genişliğinin savcının iş yükünü aşıyor olması gerekmektedir. Örneğin küçük bir ilçede tek bir savcı ve tek bir yargıç olduğu düşünülduğünde ve savcının o anda ölümlü bir trafik kazasına müdahale etmek için olay yerine gittiği bir olayda, müdafinin dosyayı inceleme ya da dosyadan örnek alma yetkisinin kısıtlanmasını gerektirecek acil bir durum belirdiğinde buna sulh ceza yargıcının karar verebilmesi de olanaklı olacaktır. Ancak sulh ceza yargıcının bu yetkisinin çok ayrık ve olağanüstü durumlarda kullanılacak bir yetki olduğu da unutulmamalıdır.

Gizlilik kararına karşı, bu karar yargıçlık kararı olduğu için CMK 267 maddesi gereğince itiraz olanaklıdır. Bu itiraz da CMK m. 268’deki usule göre görüşülecek ve karara bağlanacaktır.

Acaba savcının soruşturma aşamasında dilediği gibi dosyadaki her belgeyi incelerken sanık müdafinin dosyayı incelemesine gizlilik kararıyla engel olunması AİHS m. 6; BMMSHS m. 14; İHEB m. 10; AY m. 36 anlamında güvencelenen ve adil yargılanma hakkının kapsamında değerlendirilen “*silahların eşitliği ilkesi*”ne aykırılık oluşturmakta mıdır?

Silahların eşitliği ilkesini, yargılama taraflarının sav ve savunma yetkilerini kullanmada eşit olanaklardan yararlanması olarak tanımlayabiliriz. Bu ilkeye göre, taraflardan biri yargılama sürecinde hangi haklardan yararlanıyorsa, diğerine de o hakları aynen tanımak gerekecektir. Hele ki konuşulan ceza yargılamasıysa ve şüphelinin/sanığın hakları söz konusuysa bu ilkenin önemi daha da açık biçimde belirmektedir.⁷

Kanımca dosyaya, haklı bir neden olmaksızın, gizlilik kararı verilmesi silahların eşitliği ilkesine aykırı olacaktır. Zira savcı soruşturma aşamasında dosya kapsamını dilediği gibi inceleyebilirken, müdafiyi

⁷ Aynı yönde bkz. Sungurtekin, Meral, *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 62, İzmir, 1995, s. 193 dn 299.

bu hakkını kullanmaktan yoksun bırakması hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Bu şekilde şüphelinin/sanığın da savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır.⁸ Ancak öğretilerde Mahmutoğlu&Dursun bunun aksini savunmakta ve müdafinin de aynı savcı gibi hazırlık evrakının tümünü görebilmesinin silahların eşitlenmesi demek olmadığını, tam tersine eşitliğin savcı aleyhine bozulması anlamına geldiğini belirtmektedirler. Çünkü soruşturma evresi savcının silahıdır ve soruşturma evrakını (silahını) gösterip göstermemekte bu nedenle savcının tekelinde olmalıdır.⁹

Müdafiye soruşturma aşamasında getirilen bu kısıtlama koğuşturma aşamasında getirilememektedir. Zira CMK 153/4 maddesine göre, müdafi, iddianamenin yargıevi (mahkeme) tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilecektir. Bütün tutanak ve belgelerin birer örneğini harçsız olarak alabilecektir. Bu durum koğuşturma aşamasının açıklığı ilkesiyle de koğuttur. Ancak burada akla şu soru gelebilir: “Müdafi acaba yalnızca muhafaza altına alınmış olan delilleri mi inceleyebilecektir? Muhafaza altına alınmış olan delilden kasıt nedir?. Bu ifade savunma hakkının sınırlandırılması anlamına mı gelmektedir?”.

Öztürk/Erdem’e göre, “Maddenin 4’üncü fıkrasında MUHAFAZA ALTINA ALINMIŞ DELİL’den bahsedilmesi bir sınırlama değildir; yani, buradan avukatın tüm dosyayı ve bu arada tüm delilleri değil de sadece muhafaza altına alınanları görebilir şeklinde bir yorum yapılması kabul edilemez. Zira savcılık ve onun emrindeki adli kolluk topladığı delilleri muhafaza altına almaya mecburdur; bunları asla kendine saklayamaz”.¹⁰ Ben de bu görüşün doğru olduğunu düşünmekteyim. Zira yasa koyucu koğuşturma aşaması bakımından da bir kısıtlama öngörseydi, bunu aynı soruşturma aşamasında yaptığı gibi yapabilir ve CMK m. 153/2 benzeri bir düzenlemeyi maddeye ekleyebilirdi. Ayrıca böyle bir kısıtlama koğuşturma aşamasındaki işlemlerin açıklığını düzenleyen CMK m. 182 ve AY m. 141 düzenlemelerine de aykırı olacaktır.

Ancak YİGY m. 22/4 ‘e göre, müdafiin dosya inceleme konusundaki sınırsız yetkisi iddianamenin yargıevine verilmesiyle başlamaktadır. Bu durumda, söz konusu düzenlemenin CMK m. 153/4’teki

⁸ Taşkın, “Müdafii. . .”, s. 225.

⁹ Mahmutoğlu / Dursun, a. g. e., s. 141.

¹⁰ Öztürk / Erdem, a. g. e., s. 319.

“iddianamenin kabulü” ölçütüne göre savunma hakkını daha fazla genişlettiği ve şüphelinin lehine olduğu söylenebilecektir kanısındayım. Anlam karışıklığına ve yorum farklılığına yol açmamak için CMK m. 153/4 hükmünün de “daha özgürlükçü” olan YİGY m. 22/4 gibi yorumlanması uygun olacaktır.¹¹

YİGY m. 22/1.c’deki düzenlemenin yürütmesi Danıştay tarafından durdurulmuştur.¹² Yürütmesi durdurulan söz konusu düzenlemeye göre, kollukta bulunan soruşturma dosyasını müdafinin inceleyebilmesi için cumhuriyet savcısının yazılı emri gerekmektedir. Söz konusu düzenleme CMK m. 153’e ve m. CMK mantığına aykırıdır ve yasada yer alamayan bir sınırlama burada yönetmelikle getirilmek istenmiştir.¹³

C. Dosya İnceleme ve Dosyadan Örnek Alma Konusunda m. CMK 153 Düzenlemesiyle Çatışan Diğer Yasal Düzenlemeler ve Çözüm Önerisi

Yukarıda incelemiş olduğumuz CMK m. 153 düzenlemesinin yanı sıra, Av. K. m. 2/son; 46/2 düzenlemeleri ile HUMK m. 157/c. 2 düzenlemesiyle ilgili yönetmeliğin düzenlemesine; İdari İşler ve Kalem Hizmetlerine İlişkin Yönetmelik m. 51’e, Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’un 90. maddesine; kanımca çok tartışmalı olan Ceza Mahkemeleri Kalem Yönetmeliği’nin 45. maddesine değinmek; CMK m. 250 vd hükümleriyle TMK’da dosya incelemeye yönelik düzenleme olup olmadığını belirtmek konumuzun anlaşılması bakımından önem taşımaktadır.

Gerçekten Av. K. m. 2 ve 46/2 düzenlemeleri CMK m. 53 ile çatışabilecektir. Örneğin bir dosyadan, herhangi bir gizlilik kararı olmadığı halde, CMK m. 153/3’te sayılan belgelerden birini (örneğin şüpheli müdafii dosyadaki adli tıp raporunu almak ve savunmasını buna dayandırmak istiyor olsun) dosyada vekaletnamesi olmaksızın isteyen bir müdafiiye Av. K. m. 2 hükmü gerekçe gösterilerek, müdafinin dosyada vekaletnamesi bulunmaması nedeniyle belgelerden örnek veril-

¹¹ Taşkın, “Müdafii. .” s. 225.

¹² DİDDGK-15. 12. 2005 tarih ve 2005/762 sayılı kararı.

¹³ Demirbaş, Timur, “Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:3, Sayı 32 (Ağustos 2005), s. 2882.

meyebilecektir. Aynı sakınca vekil bakımından da düşünülebilir.

Bu engellenmenin yasal olduğu tartışmasızdır. Fakat acaba bu engelleme hukuki midir? Başka bir deyişle, dosyadan örnek alması “*ken-di yasası gerekçe gösterilerek*” önlenecek bir müdafii, savunmasını sağlıklı biçimde nasıl yapacaktır? Bu durumda şüphelinin savunma hakkı kısıtlanmış olmayacak mıdır?. Olayın diğer bir boyutu da avukatın ancak dosyayı inceleyerek o davayı alıp almayacağı yönünde kanaat edinebilecek olmasıdır. Avukatı belki de reddedeceği bir hukuk yardımı için vekaletname almaya mecbur etmek gereksiz masraf ve zamana neden olunması anlamına gelir.¹⁴

Şu halde ortaya önemli bir sorun çıkmaktadır. Şüphelinin savunma hakkının kısıtlanmamasını sağlamak için ne yapmak gerekecektir? Avukatlık Kanunu mu, yoksa CMK mı öncelikle uygulanacaktır?

Kanımca sorunun çözümü için savunma hakkının kısıtlanmaması eksenli bir yaklaşım yerinde olacaktır. Buna göre, CMK m. 149/1-3; 153/1; 154 düzenlemelerini Av. K m. 2/son ve 46/2 düzenlemelerine göre “daha özel” kabul etmek ve CMK’yı Avukatlık Kanunu karşısında, çatışma halinde öncelikle uygulamak gerekmektedir. Zira CMK hükümleri hem şüphelinin daha lehine oluşu hem de savunma hakkını düzenliyor olması nedeniyle kanımca Avukatlık Kanunu m. 2’ye göre daha öncelikli bir uygulama alanına sahiptir.¹⁵ Ayrıca çoğu kez soruşturma aşamasındaki işlemler ivedilik taşıdığından, şüpheliden vekaletname ibraz etmesini istemek hem teknik olarak olanaklı olmayabilir; hem de hak yitimlerine ve savunma hakkının etkin biçimde kullanılmasının engellenmesine yol açabilir.

Ancak öğretilerde Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, müdafiiin dosyayı incelemesi bakımından vekaletname koşulu aranmayacağını kabul etmekle birlikte, hiçbir avukatın ilgili olmadığı bir dosyayı salt merakını gidermek için incelemeyeceğinin kabul edilmesi gerektiğini ve dosyası incelenmek istenen şüphelinin durumdan haberdar edilmesi; hatta gözaltındaki şüphelinin görüşü alındıktan sonra buna izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁶

¹⁴ Aynı yönde bkz, Özkent, Ali Haydar, *Avukatın Kitabı*, İstanbul 1940, Arkadaş Basımevi, (2. Baskı: Tıpkı Basım: Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, İstanbul 2002). s. 338.

¹⁵ Taşkın, “Müdafii. . .”, s. 226.

¹⁶ Kunter, Nurullah / Yenisey, Ferudun, Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Ola-*

Bu görüşe, soruşturma aşamasındaki işlemlerin ivedilikle yapılması gerektiği, çoğu kez şüphelinin gözaltındayken sağlıklı düşünecek bir psikolojide olamayabileceği ya da kolluk görevlilerinin dosyaya bakmak isteyen şüpheli müdafini engellemek (ve dolayısıyla şüphelinin savunma hakkını engellemek) için müdafiyeye “şüphelinin izni yoktur” diyebilecek olmaları; bu iznin nasıl alınacağına belirsiz olması ve izin koşulunun gerek şüphelinin gerekse müdafinin işini zorlaştıracağı gerekçeleriyle katılmıyorum. Ancak öte yandan, soruşturma aşamasının gizli olduğu da göz önüne alınacak olursa, dosyadaki bilgilerin olayla ilgisi olmayan savunmanlarca görülüp basına sızdırılması ve böylece şüphelinin kişilik haklarının ihlali olasılığının da bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Diğer yandan, şüphelinin izninin alınacak olması CMK m. 156 gereğince barodan görevlendirilecek müdafinin işini yapmasını güçleştireceği ve kendi istemi olmaksızın kendisine CMK m. 150/2 veya 3 gereğince müdafii atanması; başka bir deyişle devletin “*sen istemesen de sana müdafii atıyorum*” dediği bir durumda (yani şüphelinin istencine önem vermediği bir durumda) dosya inceleme ya da dosyadan örnek alma bakımından müdafinin şüphelinin istenciyle bağlı tutulmasının yasanın temel mantığıyla bağdaşmayacağı kanısındayım. Diğer taraftan, şüpheli kendi müdafini CMK m. 150/1 gereğince kendisi seçmişse, zaten o müdafinin kendisini savunmasına rıza göstermiş demektir. Bu nedenle, gözaltındaki müdafiden ayrıca şüphelinin rızasının aranması da bu yönüyle gereksiz bir merasim olacaktır kanısındayım. Kaldı ki uygulamada CMK servisleri görevlendirmeleri telefonla aramak yoluyla ya da kısa mesajla yapmakta ve müdafiyi gözaltındaki şüpheliye yönlendirmektedirler. Bunun dışında (ifade tutanağı haricinde) görevlendirmeyi doğrulayacak herhangi bir bulgu veya belge de bulunmamaktadır; zaten teknik olarak da gözaltındaki birine gönderilen müdafii için hemen o anda yazılı bir görevlendirme belgesi hazırlanabilmesi de olanak dışıdır. Dolayısıyla, müdafinin görevli olduğu yönündeki beyana kolluk tarafından itibar edilmeli ve müdafinin dosyayı inceleme hakkını kullanması için ayrıca şüpheliden onay alınmamalıdır.

Ceza Muhakemesi’nde müdafinin dosya inceleme yetkisi bakımından üzerinde önemle durulması gereken diğer bir düzenleme ise Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri’nin

rak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Yayinevi, İstanbul-Mart 2006, s. 484.

Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik (Ceza Kalem Yönetmeliği) 45. maddesidir.¹⁷

Ceza Kalem Yönetmeliği'nin 45. maddesi yukarıda incelemiş olduğumuz Avukatlık Kanunu m. 2, 46 düzenlemeleriyle CMK m. 153 düzenlemesine aykırılıklar içermektedir. Öncelikle, ne CMK m. 153'te ne de Av. K m. 2 ve 46'da avukatın (müdafiin) dosyayı incelemesi için vekaletname ya da yetki belgesi sunma şartı aranmıştır. Oysa, Ceza Kalem Yönetmeliği (CKY) 45. maddesine göre, müdafiin dosyayı incelemesi için dahi vekaletname ya da yetki belgesi ibraz etmesi gerekmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, müdafiden vekaletname ya da yetki belgesinin soruşturma evresinde istenmesidir.

Oysa CMK düzenlemeleri ile Avukatlık Kanunu düzenlemeleri karşılaştırıldığında, kanımca (ve CMK m. 149 ve 153 göre) CMK düzenlemeleri, dosyadan evrak örneği almak için bile vekaletname ya da yetki belgesi sunulması koşulu aranmamıştır. Durum böyleyken, yasa ile getirilmemiş olan bir kısıtlamanın yönetmelikle getiriliyor oluşu AY m. 2 anlamında hukuk devleti olan Türkiye'de kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Aynı şekilde, AY m. 124'ün buyurucu düzenlemesine göre, yönetmelikler kanunlara aykırı düzenlemeler içermeyecek, ancak kanunların uygulanışını açıklayacaktır. Oysa, CKY m. 45 ile getirilen ve savunma hakkını, dosyaya vekaletname ya da yetki belgesi sunulması koşulunu koyarak, kısıtlayan düzenleme hem CMK m. 149 ve 153'e'ya hem Avukatlık Kanunu 2 ve 46'ya hem de AY m. 2 ve 124'e aykırıdır. Bir hukuk devletinde, yasalarla getirilen güvenceler yönetmeliklerle ortadan kaldırılamaz. Kaldırılırsa, o devlet hukuk devleti olamaz.

¹⁷ Soruşturma evrakının incelenmesi.

M. 45- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma hakkına zarar vermemek kaydıyla görevlendirme yazısı veya vekaletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriğini inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Mağdur veya şikayetçinin vekili soruşturma evresinde soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla görevlendirme belgesi veya vekaletname ibraz ederek soruşturma evrakının içeriği ile el konulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceleyebilir ve dilekçeyle müracaatı halinde istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Mağdur veya şikayetçi soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak şartıyla, vekili olmadan da Cumhuriyet Savcısı'ndan dilekçeyle başvurarak belge örneği isteyebilir.

Soruşturma evrakı, soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, Cumhuriyet Savcısının huzurunda incelenebilir.

Soruşturma evresinde kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı arama, yakalama, gözaltına alma, tutuklama gibi işlemler yapılabildiğinden, savunma hakkının soruşturma evresinde özellikle kısıtlanmaması gerekmektedir. Buna göre, gözaltındaki veya tutuklu şüphelinin müdafii dosyayı üstelik de gizlilik kararı olmamasına rağmen CKY m. 45 gerekeceği gösterilecek inceleyememiş ve bu nedenle de müdafii savunmasını hazırlayamamış; sözcülemi şüpheli de bunun sonucunda tutuklanmışsa, şüphelinin CMK m. 141/1. a gereğince haksız olarak tutuklandığını kabul etmek¹⁸ ve şüpheli lehine AY m. 19/son ve m. 40/son düzenlemelerine göre uygun bir tazminata hükmetmek gerekir kanısındayım. Bu tazminatın da bu tip hak ihlallerinin önlenmesi ve caydırıcılığın sağlanması bakımından hem AY m. 40/son hem de AY m. 129/5 gereğince, bu şekilde tutuklama isteyen ve tutuklamaya karar veren savcı ile yargıca rücu edilmesi gerekmektedir.¹⁹

Ayrıca, CKY m. 45. maddesi, CMK m. 153/2 anlamında bir gizlilik kararı olmamasına rağmen şüpheli müdafinin dosyayı incelemesine engel olması yönüyle de hem CMK m. 153/2 düzenlemesine, hem AY m. 36'daki "*hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı*"na hem de AİHS m. 5'teki kişi özgürlüğünün korunması ile AİHS m. 6'daki adil yargılanma hakkı ilkelerine aykırıdır. Olası bir başvuruda AİHM tarafından mahkumiyetle karşılaşabilme olasılığımızın yüksek olduğu kanısındayım.

Bir savcının ya da (CMK m. 163'teki koşulların varlığı durumunda sulh ceza yargıcının) CKY m. 45'in hukuka aykırılığı açıkça ortadayken bu yönetmelik hükmünü uygulamaması, başka bir deyişle "*yoksayması*" gerekmektedir.²⁰ Aksi taktirde, konulmuş olan yasal ve anayasal güvenceler yönetmelik düzenlemesiyle anlamsız kılacak; bu durum da AY m. 11 anlamında "*Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*" ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

¹⁸ (CMK m. 147/1. c ve 149 düzenlemelerine aykırılık: şüpheli, bu durumda "görünüşte" müdafii yardımından yararlanmış olmakla birlikte, müdafii savunma hakkını yeterince kullanamamış olduğundan, aslında müdafinin yardımından etkin biçimde yararlanmadığı, yasanın deyişle "müdafinin hukuki yardımından" yoksun kaldığı kabul edilmelidir.

¹⁹ Taşkın, "Müdafii. . .", s. 228.

²⁰ Taşkın, Şaban Cankat, "Arama Yönetmeliği'nin 27. Maddesinin Değerlendirilmesi" konulu yayımlanmamış makale ve tebliğ sunumu (Bursa Barosu'nun 3-4 Mart 2007 tarihli "Hukuka Aykırılıklar ve Çözüm Yolları" konulu Sempozyumunda sunulmuştur.)

Yönetmelik hükmünün yok sayılabilesinin yolunu Anayasa Mahkemesi'nin "Demokratik Barış Hareketi Partisi"nin kapatılması kararı açmıştır.²¹ Bu karara göre, 23. 7. 1995 yılında yapılan AY m. 68 değişikliği sonucunda, Siyasi Partiler Kanunu'nun 89. maddesindeki parti kapatma nedenleri güçleştirilmiştir. Başka bir deyişle, 89. madde AY m. 68 düzenlemesine aykırı hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, kendisine Anayasa'ya aykırı hale gelen 89. maddenin iptali yönünde bir başvuru yapılmadığından ve bir yasayı re'sen iptal etme yetkisi de bulunmadığından, 89. maddeyi iptal edememiş fakat bunun yerinde kanımca Türk Hukuku'nda "*devrim*" sayılabilecek bir karara imza atmış ve 1995 değişikliği ile Anayasa'ya aykırı hale gelen Siyasi Partiler Kanunu'nun 89. maddesi düzenlemesini "*yok saymıştır*".²²

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı üzerine, yargıçlarımızın AİHS'e ve AİHM içtihatlarına aykırı uygulamalara yol açabilecek 45. maddeye dayanan işlemleri hukuka aykırı saymaları ve 45. maddeye göre karar vermemeleri, CMK, Av. K ve AY hükümlerini esas almaları, 45. maddeyi yok saymaları gerektiği kanısındayım. ²³ Ayrıca, 45. maddeye göre, üstelik de ortada CMK m. 153/2 anlamında bir gizlilik kararı olmamasına rağmen müdafinin dosyayı inceleme hakkını ortadan kaldıran bir emir veren cumhuriyet savcısının ya da yargının bu emrinin AY 137 gereğince "*kanunsuz emir*" sayılması gerektiği ve TCK m. 24/3 gereğince bu emri veren cumhuriyet savcısıyla yargıcın bundan ötürü sorumlu tutulması gerektiğini düşünmekteyim.

45. maddede eleştirilecek bir diğer nokta ise, müdafinin dosyayı incelemesinin "*savcının huzurunda*" yapılacak olmasıdır. Bunun da şüpheli müdafinin olası hukuka aykırı işlemlerinin denetlenebilmesinin sağlanması bakımından uygun gördüğümü belirtmekle beraber; aslında müdafiyeye "*müdahaleye*" yol açabilecek olması nedeniyle de savunma hakkını kısıtlayıcı bir düzenleme olduğunu düşünmekteyim.

45. maddede dikkati çeken diğer bir nokta ise, mağdur veya şikayetçinin dosyadan bir evrakı bizzat alabilmesine CMK m. 234/1. a. 4 düzenlemesine rağmen izin verilmiş olmasıdır. CMK m. 234/1. a. 4

²¹ Anayasa Mahkemesi'nin "Demokratik Barış Hareketi Kararı" ölçütleri için bkz, Can, Osman, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 92 vd.

²² Kararın tam metni için <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp> (17. 05. 2007)

²³ Aynı yönde, bkz. Taşkın, "Arama Yön. 27" konulu yayımlanmamış makale

gereğince, mağdur veya şikayetçi “*ancak vekili aracılığıyla*” dosyadaki evrakın bir örneğini temin edebilecektir. Oysa CKY m. 45/4 düzenlemesi, mağdurun veya şikayetçinin yasadan kaynaklanan hakkını daha geniş olarak kullanabilmesini sağlamaktadır. Ancak aynı maddenin, şüphelinin haklarını kısıtlayıcı uygulamalara yol açacak şekilde düzenlenmiş olması da AY m. 36/1 ve AİHS m. 6 anlamında adil yargılanma hakkının kapsamında değerlendirilen “*silahların eşitliği*” ilkesine aykırı oluşu da maddenin ayrıca eleştirilmesi gereken diğer bir yönüdür. Aynı hakkın şüphelinin kendisine de tanınması doğru olacaktır.

CKY m. 45’te şüpheli müdafii bakımından aranan ve dosya inceleme bakımından vekaletname ya da yetki belgesi sunulmasını şart koşan düzenlemeye ilişkin yöneltilmiş olan eleştiriler, bu şartı mağdur veya şikayetçi vekili bakımından da arayan 45/3 düzenlemesi için de yinelenmelidir. Böyle bir koşulun yönetmelikle getirilmiş olması CMK m. 234 düzenlemesine aykırıdır.

D. HUMK ve İlgili Yönetmeliklerle İdari Yargı ve Askeri Ceza Yargısında Dosya İncelemeye ve Dosyadan Örnek Almaya İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

HUMK ve Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri Yazı İşleri Yönetmeliği (HMYİY) de avukatın dosyayı incelemesi ve dosyadan örnek alması bakımından düzenleme getirmiştir. Buna göre, HUMK m. 157 ile HMYİY m. 39 da birbirine koşut düzenlemeler getirildiği görülmektedir. HUMK m. 157/2 gereğince “*her iki taraf veya vekilleri dava dosyasını tetkik ve mütalaa edebilirler.*” Düzenleme, her iki tarafa da bizzat dosyayı inceleme ve dosya üzerinde tartışma olanağı tanımaktadır. Ancak, dosyadan örnek alma bakımından bir açıklık taşımamaktadır. Aynı yöndeki belirsizlik HMYİY m. 39. maddesinde de mevcuttur.

Şu halde, taraf vekilleri bakımından medeni yargılamada Av. K m. 2/son ve 46/2 düzenlemelerine başvurarak sorunu çözmek gerekecektir. Buna göre, avukat ya bizzat ya da yanındaki katibi veya stajyeri aracılığıyla işlerinin takip ettirebilecek, hatta belgelerden örnek de aldirabilecektir. Ancak, belgelerden avukatın ya da yanındaki stajyerinin veya katibinin örnek alabilmesi için, dosyada avukatın vekaletnamesinin bulunması gerekecektir. Ayrıca kanımca stajyerin ya da

katibin dosyadan örnek alması için ayrıca, o katibin ya da o stajyerin dosyasından örnek alınacak olan avukatın yanında çalıştığına veya staj yaptığına dair ilgili baro başkanlığı ve avukat tarafından onaylanmış, fotoğraflı belgeyi de mahkemeye sunması gerekecektir.

Dosya mutlaka tutanak yazıcısının yanında okunacak ve mahkeme yargıcının da durumdan haberi olacaktır.

Sungurtekin, Av. K. m. 46 düzenlemesinin MK m. 1020 (Eski 928) ile birlikte yorumlanması gerektiğini belirterek; MK m. 1020'ye göre, ilgili olduğunu kanıtlayan herkesin kendisince önemli olan belgelerin kendisine gösterilmesini ve belgelerden bir örneğinin kendisine verilmesini isteme hakkı olduğunu hatırlatmaktadır. Örneğin avukatın tapu kaydını görmesi müvekkilinin bir taşınmazı almak istemesi ya da müvekkili lehine bir taşınmaz üzerinde ipotek kurulması söz konusu olduğu olduğunda var kabul edilmelidir.²⁴

İdari yargılamadaki durum bakımından ise, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşleri ile Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul Ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik²⁵ (İKY) uygulanacaktır. İKY m. 51 ile HMYİY m. 39 ve HUMK m. 157 düzenlemeleri oldukça koşturur. Buna göre, taraflar veya vekilleri dosyayı yazı işleri müdürünün ya da onun görevlendireceği bir zabıt katibinin yanında okuyabileceklerdir. Ancak burada da dosyadan örnek alma konusu düzenlenmiş değildir. Bu durumda, taraf vekilleri bakımından Av. K m. 2/son ve 46/2 uygulanmalıdır.

Ancak uygulamada, özellikle idari yargıda taraf vekillerinden dosyadaki herhangi bir evrakın fotokopisini almak için yazılı başvuru koşulu aranmaktadır ki bu uygulama hem yasal dayanaktan yoksundur hem de gereksiz zaman yitimlerine yol açmaktadır. Taraf vekillerinin dosyadan örnek alması için dosyada vekaletnamelerinin bulunması yeterlidir. Ayrıca dilekçe vermelerine gerek yoktur.

Askeri ceza yargısındaki durumu ise Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkındaki Kanun²⁶ (AMKYK) m. 90 düzenlemektedir. Buna göre, "(1) Müdafî, iddianamenin askeri mahkemeye

²⁴ Sungurtekin, a. g. e., s. 193.

²⁵ 8. 7. 2982 tarih ve 17448 sayılı Resmi Gazete.

²⁶ Kanun No:353, Kabul Tarihi:23. 10. 1963, 26. 10. 1963 tarih ve 11541 sayılı mükerrer Resmi Gazete.

verilmesinden itibaren davaya ait her çeşit evrakı incelemek ve dosyadan istediği evrakın birer benzerini almak hakkında sahiptir. (2) Bundan önce de soruşturmanın amacını bozmayacağı anlaşılırsa soruşturmaya ait her çeşit evrak ve belgeleri incelemesi için müdafiyeye izin verilir. (3) Sanığın sorgusuna ait tutanak, bilirkişi raporları ve sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ait tutanakların müdafiyeden tarafında incelenmesine hiçbir vakit karşı konulamaz. (4) Savaş halinde ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri uygulanmayabilir.”

Askeri ceza yargısında, müdafinin dosyadan örnek alması durumu, barış ve savaş hali bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir. Buna göre barışta müdafiyeye kural olarak soruşturma evresinde dosyayı inceleyebilecek ve soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmüyorsa, dosyadaki belgelerden örnek de alabilecektir. Ancak burada, yukarıda incelemiş olduğumuz CMK m. 153/2'deki gibi bir gizlilik kararı alınması gereğinden bahsedilmemiştir. Şu halde, gizlilik kararı olmadan da müdafinin dosya incelemesi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecekse bu yetkisi kısıtlanabilecek midir? Bu konudaki kararı kim verecektir?

Bu konuda AMKYK'da bir boşluk olduğunu varsaymak ve CMK m. 153/2 hükmündeki “gizlilik kararı” koşulunu askeri yargı bakımından da benimsemek gerektiği kanısındayım. Bu durumda, askeri yargıda, gizlilik kararını askeri mahkeme yargıcının vermesi gerekecektir.

Gizlilik kararı alınmadan dosya inceleme hakkı engellendiğinde, askeri yargıda şüphelinin hakları ihlal edilebilecek bu da Türkiye'nin olası bir başvuruda AIHM'den mahkumiyetiyle sonuçlanabilecektir. Yine, CMK m. 153/2 hükmünün askeri yargıdaki yargılama usulünü düzenleyen kurallara kıyasen uygulanması durumunda, şüphelinin veya müdafininin AMKYK m. 202 vd düzenlemelerine göre karara karşı itiraz olmağını kullanabilmesi de sağlanmış olacaktır. Ne var ki AMKYK'da “bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMK uygulanır” şeklinde bir düzenleme bulunmamakta, CMK'nın uygulanacağı durumlar ilgili bazı maddelerde belirtilmektedir. Fakat bu durumun, şüphelinin savunma hakkının ihlali söz konusu olduğunda başka bir CMK ilkesi ile bertaraf edilebileceğini düşünüyorum: “CMK'da özgürlük lehine kıyas serbesttir.”²⁷

²⁷ Öğretide Öztürk / Erdem de CMK ile AMKYK arasında genellik-özellik ilişkisi bulunmadığını, çünkü CMK'ya sadece belli konularda gönderme yapıldığını; ge-

CMK'da yalnızca yargıç kararlarına karşı itiraz öngörülmüşken (CMK m. 267); askeri yargıda bu hem yargıcın hem de savcının kararlarına karşı öngörülmüştür. (AMKYK m. 202). Şu halde, barış zamanında müdafinin dosyayı incelemesini engelleyen savcının emrine karşı da AMKYK m. 202 vd hükümlerine göre itiraz olanağı vardır denilebilir.

Askeri yargıda müdafinin dosyayı incelemesi ya da dosyadan örnek alması, koğuşurma aşaması bakımından iddianamenin mahkemeye verilmesiyle başlayacaktır. Dolayısıyla, askeri yargı CMK m. 153/4 ile karşılaştırıldığında, bu konuda CMK'ya göre daha ileri bir düzenleme getirmiştir. Zira CMK m. 153/4, "*iddianamenin kabulünden itibaren*" dosyadaki belgelerin incelenebileceğini belirtmektedir.

Askeri yargıda, müdafinin dosya inceleme ve dosyadan örnek alma hakkında savaş hali durumunda önemli bir kısıtlama getirilmiştir. Buna göre müdafi savaş durumu olsa bile ancak koğuşurma aşamasında dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma bakımından sınırsız bir yetkiye sahip olabilecek; fakat soruşturma aşamasında ise müdafinin-soruşturmanın amacının tehlikeye girip girmediğine bakılmaksızın dosyayı inceleme ya da evrak örneği alma hakkı kısıtlanabilecektir. Ayrıca sanığın sorgusuna ait tutanak, bilirkişi raporları ve sanığın hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ait tutanakların incelenmesi ya da bunlardan örnek alınması da savaş durumunda AMKYK m. 90/son gereğince engellenebilecektir. Yasanın bu hükmünün savaş durumunda da uygulamaya sokulmaması gerektiği kanısındayım. Aksi taktirde, AİHS m. 3 ile güvencelenen ve AİHS m. 14 ile de hiçbir koşulda ayrıksısı kabul edilmeyen "*işkence ve kötü muamele yasağı*"nın önünün açılması riski ortaya çıkabilecek (çünkü dosyadan müdafinin bu durumu denetleyebilme olanağı kalmayabilecek); dosyadaki birtakım evrakın müdafiden saklanması ve "*gizli dosya*" oluşturulması gündeme gelebilecektir. Bu nedenle, düzenleme yeniden gözden geçirilmelidir.

CMK m. 250 vd. düzenlemelerinde müdafinin dosyayı inceleme

nel-özel ilişkisi olsaydı CMK'ya bu tür göndermelerde bulunulmasına gerek olmayacağını belirterek;kural olarak yeni CMK'nın düzenlemelerinin askeri yargıdaki yargılama usulleri hakkında uygulanamayacağını, ancak CMK'da yer alan kuralların AMKYK'da hüküm yoksa kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır. (Öztürk / Erdem, a. g. e., s. 846)

ve dosyadan örnek alma hakkıyla ilgili herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle bu maddeye göre yürütülecek olan soruşturmalarda yukarıda belirtmiş olduğum genel düzenlemeler uygulanacaktır.

Terörle Mücadele Kanunu ise, müdafinin dosyayı incelemesi bakımından özel bir düzenleme getirmiştir. Kanunun 10/d bendine göre, müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse, Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine ve yargıç kararıyla müdafinin bu yetkisi kısıtlanabilecektir. Buradaki yargıcın CMK m. 250 vd. düzenlemelerine göre görevlendirilmiş olan özel görevli ağır ceza mahkemesi üyesi olması gerektiğini düşünmekteyim. Zira, yasakoyucu burada da sulh ceza yargıcının görevli olduğunu düşünseydi, CMK m. 153/2'de olduğu gibi bunu yasada açıkça belirtirdi.

Ancak gerek askeri ceza yargılamasında gerekse Terörle Mücadele Yasası'nda yakının vekilinin dosyayı incelemesi ve dosyadan örnek alması düzenlenmiş değildir. Şu halde, CMK m. 234/1. a. 4 düzenlemesi bu yasaların kapsamındaki suçlarda yakının vekilleri bakımından kıyasen uygulanmalıdır.

E. Şüphelinin veya Yakınının Bizzat Dosyayı İncelemesi veya Dosyadan Örnek Alması

Şüpheli ve yakınının dosyayı bizzat incelemeleri ya da dosyadan bizzat örnek almaları konusunu aydınlatmak için konuyla ilgili öğretilerdeki görüşlere, Bilgi Edinme Hakkı Yasası düzenlemelerine (m. 20); Dilekçe Yasası düzenlemelerine (özellikle m. 3); Anayasa m. 74'e, CMK ve ilgili yönetmeliklerdeki düzenlemelere değinmek yararlı olacaktır.

Şüphelinin dosyadaki belgeleri görmesi veya dosyadan örnek alması bakımından ne CMK'da ne de YİGY'nda açık bir düzenleme mevcuttur. Zaten, şüpheli, kendisi hakkında bir suç işlemiş olabileceği yönünde güçlü veriler bulunan ve bu nedenle de izlemeye alınan, gözaltında tutulan, ifadesi alınan, sorgulanan, hakkında değişik güvenlik tedbirleri uygulanan kişidir. Dolayısıyla, bir suç işleme şüphesi altında bulunan kişinin, kendisiyle ilgili evrakın bir örneğini alması ya da dosyayı incelemesi, olayda kendisi hakkında uygulanma olasılığı bulunan tedbirlerden haberdar olmasını ve bu tedbirlere karşı gereken önlemi

almasına yol açabilecek; bu durumda da örneğin yakalanacağını anlayan bir şüphelinin yurt dışına kaçması, soruşturmanın yürütülmesini tehlikeye sokabilecektir.²⁸

Ancak benim de taraftarı olduğum bir başka görüşe göre, şüphelinin dosyayı inceleme hakkı engellenmemelidir. Zira, şüpheli kendisi hakkındaki isnadı öğrenme ve savunmasını hazırlama için gerekli kolaylıkların kendisine tanınmasını isteme hakkına sahiptir. (CMK m. 147); öte yandan bu görüşün de aksayan yönü, şüphelinin kendisi hakkındaki bir tedbir istemini öğrenmesi durumunda ya kaçabileceği ya da delil karartabileceğidir. Soruşturma aşamasında delillerin müşte-rekliği ilkesi yoktur.

Şu halde, şüphelinin dosyayı incelemesi veya dosyadan örnek alması bakımından yasada açık bir yasaklama getirildiği söylenemeyeceğine göre, CMK m. 153/2'deki "gizlilik kararı" şüphelinin dosyayı incelemesi bakımından, kıyasen, bir çözüm olarak düşünülebilir. Ancak bu durumda bile, kanımca CMK m. 253/3'te sayılmış olan yakalanan kişinin ya da şüphelinin ifadesini içeren tutanaklarla, bilirkişi raporları ve şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer işlemlere ilişkin tutanakların şüpheliden gizlenmemesi de gerekecektir.

Zira, şüphelinin ve yakalanan kişinin kendisi hakkındaki isnadı öğrenme ve savunması için gerekli kolaylıklara sahip olmayı istemesi hem CMK m. 147 hem AİHS m. 5 ve 6 ile güvencelenmiş olan temel bir haktır. Kaldı ki evinde arama yapılan şüpheliye, istemi üzerine arama tutanağından bir örnek verilmesi (CMK m. 121/1); yine yakalanan, gözaltına alınan veya tutuklanan kişiye, yakalanma, gözaltına alınma veya tutuklanma nedenlerinin derhal yazılı olarak; bu mümkün değilse en kısa sürede yazılı halde getirilmek üzere sözlü olarak bildirilmesi (AİHS m. 5/2; BMMSHS... AY m. 19/5; CMK m. 97; YİGY m. 6/7) de ceza yargılaması hukukunun en temel kurallarındandır.

Ayrıca, HUMK gereğince tarafların davayı açmak ve yürütmek için mutlaka vekil tutmaları zorunlu değildir. (HUMK m. 59/1; Av. K. m. 35/3). Tarafların vekil tutma zorunluluğu olmadığına göre, davayı bizzat izlemeleri de mümkün olduğundan dosyadaki evrakın bir örneğini almalarının da olanaklı olduğu kabul edilmelidir.

Şu halde, suç şüphesi altında bulunan kişinin kural olarak kendi-

²⁸ Zafer, H., a. g. e., s. 354.

siyle ilgili olan dosyayı görebilmesi gerekir. Bilgi Edinme Hakkı Yasası (BEHK) m. 4 gereğince herkesin bilgi edinme hakkı bulunmaktadır. Benzeri bir düzenleme Dilekçe Yasası'nın 3. maddesinde de vardır. Ayrıca, AY m. 74 de herkesin dilekçe hakkı olduğunu ve başvurulara yazılı olarak en kısa sürede yanıt verileceğini düzenlemektedir.

BEHK gereğince bir istemi alan ilgili kamu kuruluşu, başvuran kişinin istemini değerlendirecek ve kişiye istediği bilgiyi yazılı olarak verecektir. Ancak bunu yaparken BEHK m. 9'a göre, açıklanması durumunda sakıncalı olabilecek bilgiler ya da belgeler varsa bu belgeleri ayırarak ve kişiyi de bundan haberdar ederek söz konusu belgeleri kişinin bilgisine sunmak zorundadır.

BEHK m. 20 ise, adli mercilerdeki soruşturma ve kovuşturma aşamasındaki bilgi ya da belgelerin açıklanmasına ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. Buna göre m. 20/b gereğince suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanunî yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek nitelikteki bilgiler açıklanmayabilecektir. Dolayısıyla, idari makamların kendilerine şüpheli tarafından yapılacak böyle bir başvuruyu BEHK m. 20/b'yi gerekçe göstererek reddetme olanağı bulunmaktadır kanısındayım. Ancak bu karara karşı da şüphelinin BEHK m. 13 gereğince Bilgi Değerlendirme Yüksek Kurulu'na itiraz olanağı bulunabilir.

Öte yandan, böyle bir başvuru üzerine acaba CMK hükümleri mi yoksa BEHK hükümleri mi öncelikle uygulanacaktır. Bu sorun, BEHK m. 5/c. son'daki ifadeden kaynaklanmaktadır. Buna göre, BEHK yürürlüğe girdikten sonra, diğer kanunların bu kanuna aykırı olan düzenlemeleri uygulanmayacaktır. Öyleyse CMK'nın düzenlemeleri de mi uygulanmayacaktır? Ya da CMK ile BEHK düzenlemeleri çatıştığında hangisi öncelikle uygulanmalıdır?

Öncelikle, BEHK CMK'dan daha önce yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, CMK şüphelinin hakları bakımından BEHK'ya göre daha özeldir. Ancak, CMK'da bulunmayan şüphelinin dosyadan bizzat örnek alma hakkı BEHK'ya göre mevcuttur. Şu halde, BEHK, CMK'ya göre şüphelinin daha lehinedir ve daha özgürlükçüdür. Şu halde, kanımca BEHK, CMK'ya göre, dosyadan örnek alma hakkı bakımından öncelikle uygulanmalıdır.

Kural bu olmakla birlikte, CMK'da da şüphelinin dosyadan örnek

alma ve dosyayı inceleme hakkı açıkça kısıtlanmadığına göre, ancak ortada CMK m. 153/2 anlamında bir gizlilik kararı bulunması durumunda şüphelinin dosyayı incelemesi veya dosyadan örnek alma hakkı kısıtlanabilecektir. Nitekim BEHK m. 9 da buna işaret etmektedir.

BEHK m. 20'de 1412 sayılı CMK düzenlemelerinin bu yasanın kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. Ancak 1412 sayılı CMUK yürürlükte değildir. 5271 sayılı yeni CMK'da da yukarıda değişik nedenlerle birkaç kez belirtmiş olduğum gibi, kanımca şüphelinin dosyayı bizzat incelemesi veya dosyadan örnek alması bakımından açık bir kısıtlama da getirilmiş olmadığına göre, şüphelinin savunma hakkı bakımından daha lehine olan BEHK düzenlemelerinin uygulanması gerekecektir.

Şüphelinin dosyadaki verileri yok etmesinin önlenmesi için dosya incelemesini savcının ya da onun görevlendireceği bir görevlinin gözetiminde yapması sağlanmalıdır. Ortada, delil karartmaya yönelik ciddi bir tehlike söz konusuysa CMK m. 153/2 düzenlemesi uygulanmalı ve gizlilik kararı alınmalıdır. Bu durumda da CMK m. 153/3'teki belgelerin örneğinin alınması ya da bunların incelenmesine engel olmamak gerekir. Şüphelinin bu şekildeki bir başvurusunun da yazılı olarak yapılması ve başvurusunun da dosyaya girmesinin sağlanması gerekir.

CKY m. 45/4; CMK m. 234/1. a. 2 düzenlemelerine göre, mağdurun bizzat Cumhuriyet Savcısı'ndan belge örneği isteme hakkı bulunmaktadır. Kanımca mağdura tanınan bu hakkın şüpheliye tanınmaması adil yargılanma hakkının kapsamında değerlendirilen silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle, CMK m. 234/1. a. 2 düzenlemesi şüpheli bakımından da kıyasen uygulanmalıdır. Kaldı ki şüphelinin dosyadan örnek alması ya da dosyanın içeriğinden haberdar olması müdafinin zorunluluğu bulunmayan suçlar bakımından daha da önem kazanmaktadır. Zira bu suçlarda şüpheli, müdafinin istemediğinden kendisine müdafinin atanmamakta ve şüpheli savunmasını bizzat yapmaktadır. Bu nedenle, şüphelinin dosyadan örnek alma ve dosyayı inceleme hakkı şüpheliye bizzat tanınmalıdır.

Mağdur bakımından dosyadan örnek alma ve dosyayı inceleme hakkı için değinilmesi gereken önemli bir nokta da CMK m. 234/1. a. 4 düzenlemesidir. Buna göre, mağdur ya da yakının ancak vekili aracılığı ile ve CMK m. 153'e uygun olmak koşuluyla soruşturma belgelerinin, el konulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceletebi-

lecektir. Bu düzenleme, mağdurun ya da yakınanın şüpheli ya da sanıkla hasım olması nedeniyle ona karşı kin güdebilmesi; intikam hissi içerisinde olabileceği düşünülerek konmuştur. Bu yönüyle de doğru bir düzenlemedir. Ancak öte yandan düzenleme, yukarıda değinmiş olduğum CMK m. 234/1. a. 2 ile mağdura ve yakınana verilen; Cumhuriyet Savcısı'ndan belge örneği isteme hakkı ile çatışmaktadır. Öyle ki mağdur ya da yakınan Cumhuriyet Savcısı'ndan bizzat belge örneği isteyebilecek fakat bu belgeler soruşturma belgesiye bunu ancak vekili aracılığıyla inceletebilecektir. Oysa CMK m. 234/1. a düzenlemesi soruşturma evresinde mağdurun ve yakınanın haklarını düzenlediğinden; dosyadaki belgeler mutlaka soruşturma evrakı olacaktır. Şu halde kanımca 234/1. a. 2 ile çatışan 234/1. a. 4 düzenlemesi birbiriyle koştur duruma getirilmelidir. Aksi halde, mağdurun ya da yakınanın dosyadan örnek alma hakkı bakımından ciddi tartışmalar ortaya çıkabilecektir.

Öte yandan CKY m. 45/4 düzenlemesine göre, mağdur ya da yakınan vekili olmadan da Cumhuriyet Savcısı'ndan belge örneği isteyebilecektir. Bu da CMK m. 234/1. a. 4 düzenlemesine terstir.

Mağdurun belge isteme yönündeki isteminin Cumhuriyet Savcısı tarafından reddedilmesi üzerine mağdur buna itiraz edebilecek midir? CMK m. 234 bu konuda bir açıklık taşımadığından, sorunun çözümü için genel düzenleme olan CMK m. 267'ye başvurmak gerekecektir. Ancak CMK m. 267 de sadece yargıç kararlarına ve yasanın açıkça gösterdiği durumlarda mahkeme kararlarına karşı itiraz olanağı tanımıştır. Şu halde, savcının bir emriyle hakkı kısıtlanan mağdurun CMK'ya göre yolunun kapalı olduğu görülmektedir.

Buna çözüm olarak, böyle bir durumda mağdur ya da yakınan yukarıda bahsetmiş olduğum BEHK'ya göre bir başvuruda bulunmalı, bunun reddi durumunda da yine aynı yasaya göre konuyu Bilgi Değerlendirme Yüksek Kurulu'na taşınmalıdır. İkinci bir çözüm ise, CMK m. 173 düzenlemesinin mağdur ya da yakınan bakımından kıyasen uygulanması; Cumhuriyet Savcısı'nın dosya incelememe yönündeki kararının da bir tür koşturmaya yer olmadığı kararı gibi düşünülmesi ve en yakın yer ağır ceza mahkemesine itiraz olanağının sağlanmasıdır. Aksi halde mağdur aleyhine de hak yitimleri oluşabilecektir.

F. Dosyadan Örnek Alma Hakkının Kötüye Kullanılması ve Yaptırımını (TCK 285)

Dosyadan belge ve örnek alma hakkının kötüye kullanılması durumunda müdafinin ve vekilin hem avukatlık meslek kuralları doğrultusunda disiplin sorumluluğuna hem de TCK doğrultusunda cezai sorumluluğuna gidilebilecektir. Sungurbey, bu durumun Av. K. m. 134'teki görevinin gerektirdiği dürüstlüğü göstermemek kapsamında kaldığını belirtmektedir.²⁹ Böyle bir davranış aynı zamanda Avukatlık Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine de aykırılık oluşturmaktadır

TCK m. 285 ile gizliliğin ihlali, yeni bir olarak oluşturulmuş ve yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, soruşturma aşamasının gizliliğini açıkça ihlal eden kimse cezalandırılacaktır. Ancak kural suçun maddi unsuru bakımından aleniyetin aranması olmakla beraber, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlalinde ise aleniyet koşulunun gerçekleşmesi aranmayacaktır. Bu nedenle, dosyada CMK m. 153/2 gereğince alınmış olan bir gizlilik kararı bulunmasına rağmen, bu gizliliği ihlal eden müdafi bakımından TCK m. 285'in uygulanması gündeme gelebilecektir.

Alman Hukuku'nda da benzeri bir düzenleme mevcuttur. Ancak Almanya'da bu nedenle avukatın sorumluluğuna ender olarak gidilmektedir.³⁰

G. Sonuç ve Değerlendirme

Müdafinin ve vekilin dosyayı incelemesi ve dosyadan örnek alması bakımından ceza muhakemesi sistemimizde soruşturma ve kovuşturma evreleri ayrı ayrı düzenlenmiş olup; kovuşturmada delillerin müşterekliği ve aleniyet ilkeleri gereğince ne müdafiyeye ne de vekile dosyadan örnek alma veya dosyayı inceleme bakımından bir kısıtlama getirilmiş değildir. Ancak kovuşturma evresi bakımından YİGY m. 22/4 ve AMKYK m. 90 bakımından, iddianamenin mahkemeye verilmesiyle başlaması; CMK m. 153'e göre daha güvenceli bir rejim öngörmektedir ve CMK bakımından da bu rejim kabul edilmelidir.

²⁹ Sungurbey, *a. g. e.*, s. 195.

³⁰ Sungurbey, *a. g. e.*, s. 195, dn 306.

Kovuşturma aşaması bakımından ceza muhakemesi sistemimizde bir duraksama söz konusu değilken, soruşturma aşamasında bu yetkinin kullanılması bakımından ise farklı düzenlemelerin getirilmiş olduğu; özellikle CKY m. 45. maddesi ile Av. K m. 2; 46/2 ve CMK m. 153'teki güvencelerin kısıtlandığı ya da tamamen ortadan kaldırıldığı, düzenlemenin CMK m. 234 ile de çelişen yönlerinin bulunduğu; bu nedenle soruşturma evresinde müdafinin dosyadan örnek alma ve dosyayı incelemesinin farklı mahkemelerde farklı şekilde yorumlanabileceği; bunun da savunma hakkını ciddi olarak kısıtlayabileceği kanısındayım. Ayrıca, CKY m. 45 ile müdafinin dosyayı incelemesi için vekaletname veya yetki belgesi aranması hem uygulamada şüphelinin birtakım güçlüklerle karşılaşmasına neden olacak; hem de CMK m. 153/2 anlamında bir gizlilik kararı olmamasına rağmen şüphelinin savunma hakkının, müdafiiine dosya inceletmeme yoluyla kısıtlanabilmesi söz konusu olabilecektir.

Yönetmelikle, yasa hükmünün bertaraf edilmesi ve uygulanamaz duruma getirilmesi hukuk devleti olan Türkiye'de kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Şu halde, gerek AY m. 2, 11 ve 124'e gerekse Av. K m. 2; 46/2 ve CMK m. 153'e aykırı olan CKY m. 45, idari yargıda iptal edilene dek, uygulamacılar tarafından, Anayasa Mahkemesi'nin Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin kapatılması davasındaki gerekçelerle yok sayılmalı ve uygulanmamalıdır. Aksi halde, olası bir başvurudan Türkiye'nin savunma hakkını kısıtlaması nedeniyle AIHM nezdinde mahkumiyeti gündeme gelebilecektir.

Av. K düzenlemeleriyle CMK düzenlemelerinin dosyadan örnek alma bakımından çeliştiği görülmektedir. Bu durumda, şüphelinin lehine olan ve sonradan yürürlüğe giren CMK hükümleri Av. K. hükümlerine yeğlenmeli ve öncelikle uygulanmalıdır. Ayrıca, avukatların kendi yasası ile kendilerine getirilmiş olan sınırlama yeniden düzenlenmeli ve CMK ile Av. K. yalnızca ceza yargılaması bakımından koşut hale getirilmelidir. Avukatlık Kanunu'na, CMK bakımından dosya incelemede ve dosyadan örnek almada CMK hükümleri uygulanır şeklinde 46. maddeye eklenecek bir fıkra bu yöndeki tartışmaları sonlandıracaktır.

Mağdura ya da yakınana Cumhuriyet Savcısı aracılığıyla verilen, dosyadan örnek isteme yetkisi şüpheliye de tanınmalı; hele şüphelinin kendi ifadesini içeren tutanaklarla, hazır bulunmaya yetkili olduğu işlemlerin tutanaklarını görmesi ve onlardan örnek alması engellenme-

melidir. CMK'ya buna yönelik açık bir düzenleme koymak, BEHK'teki başvuru yoluna başvurarak belge örneği istenmesi gibi bir uygulamanın da önünü kapatacağından, yasalar arasındaki çelişkili uygulamaların da önüne geçilecektir.

Dosyadan belge ve örnek alma hakkının müdafii veya vekil tarafından kötüye kullanılması durumunda TCK m.285 düzenlemesi ve avukatlık meslek kurallarının öngördüğü disiplin yaptırımları dikkatle uygulanmalı ve savunma hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçilmelidir. İyi savunma için iyi uygulama, iyi uygulama içinse iyi yasa gerekir.

KAYNAKÇA

- <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp> (17. 05. 2007)
- Can, Osman, *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Demirbaş, Timur, "Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl:3, Sayı 32 (Ağustos 2005).
- Kunter, Nurullah / Yenisey, Ferudun, / Nuhoglu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Arıkan Yayınevi, İstanbul-Mart 2006.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami / Dursun, Selman, *Türk Hukukunda Müdafinin Yasaklılık Halleri*, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, Eylül 2004.
- Özkent, Ali Haydar, *Avukatın Kitabı*, İstanbul 1940, Arkadaş Basımevi, (2. Baskı: Tıpkı Basım:Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, İstanbul 2002).
- Öztürk, Bahri / Erdem, Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Sungurtekin, Meral, *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:62, İzmir 1995.
- Taşkın, Şaban Cankat, "Arama Yönetmeliği'nin 27. Maddesinin Değerlendirilmesi" konulu yayımlanmamış makale ve tebliğ sunumu (Bursa Barosu'nun 3-4 Mart 2007 tarihli "Hukuka Aykırılıklar ve Çözüm Yolları" konulu Sempozyumu)
- Taşkın, Şaban Cankat, "Müdafinin ve Vekilin Hukuki Yardımı, Sınırları İle Uygulamada Karşılaşılan Sorunların AİHM İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi" konulu makale, *TBB Dergisi*, Sayı 69 (Mart-Nisan 2007).
- Zafer, Hamide, *Fail Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu*, BETA Kitabevi, Mayıs 2004 İstanbul, s. 315.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 04.10.2006

E. 2006/10-583

K. 2006/626

* Faiz alacağı

* Fer'i haklar

* İhtirazi kayıt

(506 sayılı K. m. 116;

5502 sayılı Sosyal Güvenlik

Kurumu K. m. 1;

818 sayılı BK m. 113)

Taraflar arasındaki “faiz alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 5. İş Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 11.04.2005 gün ve 900-183 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 17.10.2005 gün ve 6370-10499 sayılı ilamı ile, (...Davacı geç ödenen yaşlılık aylıklarının ödenmesi gereken tarihlerden itibaren işleyen faizlerinin tahsilini talep etmiş, Mahkemece; tespit kararının kesinleşmesinden itibaren 506 sayılı yasanın 116. maddesinde öngörülen üç aylık süre içinde aylık bağlandığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir.

Her ne kadar tespite ilişkin karar hükmün kesinleşmesinden sonra değer kazanıp taraflar yönünden bağlayıcı ve infazı kabil olursa da, olayımızda, Kurumca daha önce kabul edilmeyen dönemde sigortalının isteğe bağlı sigortalılığa ilişkin primlerini düzenli olarak ödediği, Bağ-Kur aleyhine açılan ve zorunlu Bağ-Kur sigortalılığının 04.01.1998 tarihinde sona erdiğine ilişkin tespit hükmü ile daha önce primleri ödenmiş isteğe bağlı SSK sigortalılığının geçerlilik kazandığı, geçerlilik olgusunun primleri ödenmiş süreler hukukilik kazandıracağından bu dönem değerlendirilmek suretiyle bağlanan aylıklara faiz işletilmesine karar verilmelidir.

Faiz alacağına ilişkin davalarda, faiz başlangıç tarihinin; tahsis talebinin 506 sayılı kanununun 116. maddesinde yazılı üç aylık sürenin sona ermesinden önce reddedilmesi halinde kurumun red tarihi, üç aylık sürenin sona ermesinden sonra reddi veya cevapsız bırakılması halinde üç aylık sürenin sona erdiği gün olarak ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 161. maddesi de dikkate alınarak belirlenecek tarih esas alınarak tespiti gerekeceği hükmü ile davacının birikmiş aylıklarına mahsuben 11.06.2004 ve 17.06.2004 tarihlerinde avans aldığı dikkate alınarak kurumca yapılan bu ödeme miktarları ve tarihleri de dikkate alınarak her bir aylık için aylığa hak kazanılan tarihten ödeme tarihine kadarki süre için faiz hesabı yaptırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılığılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) 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, yaşlılık aylığı tahsisinde oluşan gecikme nedeniyle, *"yaşlılık aylığına hak kazanılan tarihlerden, ödeme tarihine kadar yasal faiz uygulanması"* istemine ilişkindir.

Davanın reddine ilişkin yerel mahkeme kararı, Yüksek Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeler ile bozulmuştur.

Yerel mahkemece; davacının Bağ-Kur hakkında açtığı davanın sonuçlanmasından sonra davalı SSK'nın, 506 sayılı kanunun 116. maddesinde öngörülen sürede yaşlılık aylığını bağlanmış olduğu belirtilerek, direnme kararı verilmiştir.

Davaya konu somut olayda; davacının, 24.12.2001 tarihinde SSK'ya yaşlılık aylığı tahsis başvurusunda bulunduğu, davalı SSK'nın, Bağ-Kur tarafından bildirilen sigortalılık sürelerinin çakışmaya sebebiyet

verdiği nedenle davacının tahsis istemini reddederek, çekişmeye yol açtığı, çekişmenin giderilmesi amacıyla Bağ-Kur hakkında açılan davanın, davacı sigortalı lehine sonuçlanması üzerine, başvurudan 2,5 yıl sonra, tahsis talep tarihini takip eden aybaşı olan 1.1.2002 tarihinden geçerli olarak yaşlılık aylığı bağladığı görülmektedir.

Uyuşmazlık; davalı SSK'nın yaşlılık aylığı istemini reddetmesi üzerine, dava dışı Bağ-Kur hakkında açılan dava sonucunda yaşlılık aylığı bağlanması nedeniyle oluşan gecikmeden dolayı, davalı SSK'nın mı, dava dışı Bağ-Kur'un mu sorumlu olacağı noktasında toplanmaktadır.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun geçici 1. maddesi; *"4947 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Teşkilâtı Kanunu ile kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu, 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Sosyal Sigortalar Kurumu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile kurulan Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ile 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile kurulan Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı'nın; merkez ve taşra teşkilâtlarının kadroları ile kadrolarında görev yapan memur ve işçileri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (B) bendi gereği çalıştırılan personeli mevcut statüleri ile her türlü taşınır ve taşınmazları, tapuda bu kurumlar adına kayıtlı olan taşınmazları ve hizmet binaları, araç, gereç, malzeme, demirbaş ve taşıtları, alacakları, hakları, borçları, iştirakleri, dosyaları, yazılı ve elektronik ortamdaki her türlü kayıtları ve diğer dokümanlar ile birlikte hiçbir işleme gerek kalmaksızın bu kanunun yürürlük tarihi itibarıyla görevlen ile birlikte Kuruma devredilmiştir. Devir işlemleri her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır..."* hükmünü içermektedir.

Anılan düzenleme ile; Sosyal Sigortalar Kurumu, Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar (Bağ-kur) Kurumu ve Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı her türlü alacakları, hakları, borçları ile birlikte, hiçbir işleme gerek kalmaksızın bu kanunun yürürlük tarihi itibarıyla görevleri ile birlikte 5502 sayılı kanunla ihdas edilen Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredildiği görülmektedir.

Anılan yasa hükümleri dikkate alındığında, sorumluluğun, artık tek çatı altında toplanmış olan hangi sosyal güvenlik kurumundan kaynaklandığının belirlenmesinde hukuki yarar bulunmamakta olup, davalı kurumun faiz alacağından sorumlu olacağına kabulü gerekir.

Ne var ki, faiz alacağına ilişkin eldeki davanın, borcun aslını oluşturan birikmiş yaşlılık aylıklarının ödenmesinden sonra açıldığı görülmektedir.

Borçlar Kanunu'nun 113. maddesi uyarınca, son fıkrasında belirtilen gayrimenkul rehni, kıymetli evrak ve konkordatoya ilişkin özel hükümler dışında, asıl borç ifa ile veya başka bir suretle sona erdiği takdirde kural olarak kefalet, rehin ve diğer fer'i haklar da sona ermektedir.

Fer'i haklar, borç ilişkisinin içerdiği alacak hakkının bir kısmı, bir parçası değildir. Asıl borca bağlı, asıl borç mevcut ve geçerli olduğu sürece geçerlidir ve asıl alacak ile birlikte doğar; varlığını sürdürür, onunla birlikte sona ererler. Fer'i hakların en önemlilerinden birisi de faizdir.

Kural bu olmakla beraber, Borçlar Kanunu işlemiş faizin devam edip etmeyeceği konusunda özel bir hüküm getirmiştir. Borçlar Kanununun 113/2 maddesi hükmüne göre, evvelce işleyen faizleri talep hakkının saklı tutulduğu (ihtirazi kayıt) veya saklı tutulduğunun hal ve koşullardan çıkartılması kaydıyla, ödenmemiş faizlerin istenebilme hakkı ortadan kalkmamakta, asıl borç ifa veya sair bir suretle son bulmuş olsa bile, borcun fer'isi olan faiz varlığını sürdürmekte ve alacaklı bunları talep edebilme hakkını yitirmemektedir.

İhtirazi kayıt, alacaklının borçluya yönelttiği bir irade bildirimini yapılar. Bu bildirim ifadan önce ya da en geç ifanın ardından derhal yapılmalıdır. Ön koşul ileri sürülmezse ilişkin olduğu hakkın düşmüş sayılması, o haktan zımni olarak vazgeçilmiş olması esasına dayanır.

İşlemiş faizleri talep hakkının saklı tutulduğuna ilişkin beyanla ilgili olarak yasada bir şekil öngörülmemiştir. Asıl borç son bulunduğu halde alacaklı, bu hakkını saklı tuttuğunu veya durumun koşullarından bunun anlaşılması gerektiğini kanıtladığı takdirde işlemiş faizlerle ilgili alacak hakkı, son bulmayacaktır.

Burada önemli yön, alacaklının hangi eylem ve işlemlerinin, bu hakkı kullanmak istediği şeklinde yorumlanması gerektiğidir. İfade edilmek istenen husus, somut olayın niteliğinin, para borcunun son bulmasına karşılık, işlemiş faiz borcunun devamını gerektirmesidir. Alacaklı açıkça ihtirazi kayıt ileri sürmese de, yaptığı eylem ve işlemlerden bu hakkını kullanmak istediği sonucu çıkarılabiliyorsa, artık bu

hakkın saklı tutulduğunun kabulü gerekecektir. Alacaklının, asıl borç konusu para alacağını tahsil ederken, işlemiş faizleri talep hakkını saklı tuttuğunu beyan etmediği veya bu durum “*hal ve koşullardan çıkarılmadığı*” takdirde ise, yukarıda belirtilen yasal ilke uyarınca, asıl borç son bulmakla, faiz alacağı da son bulacaktır.

Faiz alacağının hüküm altına alınabilmesi için, anılan maddede belirtildiği gibi, işlemiş faizi talep hakkının saklı tutulduğunun beyan edildiği ya da eylem ve işlemlerinden bu durumun anlaşılma-
ğının kanıtlanması gerekir.

Borç ilişkisinin sosyal güvenlik hukukuna dayalı olması, borçların ferilerinin son bulması yönünden düzenleyici nitelikte hüküm öngören Borçlar Kanunu’nun 113. maddesinde belirtilen ana kuralın ve maddede sınırlı olarak belirtilen düzenlemelerin dışına çıkılması sonucunu yaratmayacaktır. Asıl borcun son bulması nedeniyle ferilerinin de son bulduğunun mahkemece resen göz önünde tutulması gerekir.

Davacının faiz talep hakkını saklı tuttuğuna ilişkin beyanın ya da bu kapsamda ele alınacak halin gereği olan işlem ve eylemlerin neler olduğunun araştırılarak, ortaya konmasında yasal zorunluluk bulunmaktadır.

Belirtilen maddi ve yasal olgular dikkate alınarak yapılacak inceleme sonucunda karar vermek gerekirken, direnme kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 12.07.2006

E. 2006/3-517

K. 2006/525

* Alacak

* Sözleşmeye dayalı müteselsil alacaklılık

* Ortak hesap

* Vekalet

(818 sayılı BK m. 390)

Taraflar arasındaki alacak davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 7. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 10.6.2004 gün ve 2002/258 E. 2004/208 K. sayılı kararın

incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 5.4.2005 gün ve 2005/3579-3645 sayılı ilamı ile,

A. İddia, Savunma ve Hüküm:

Dava dilekçesinde, tarafların müşterek murisi M.Ç. ile davalının çeşitli bankalarda birçok müşterek hesabının bulunduğu, murisin 27.11.2000 günü gece saat 1.00' de öldüğü, aynı gün ölümden sonra davalının müşterek hesaplarda bulunan tüm paraları çektiği iddia edilerek davacının miras payı oranındaki miktarın davalıdan tahsili talep edilmiştir.

Davalı, murisin ilkokul mezunu olup herhangi bir gelirin bulunmadığını, bankalar nezdinde imza edilmiş bir hesap sözleşmesinin olmadığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece bilirkişi olarak seçilen emekli banka müdürü ile avukatın hazırlamış oldukları rapor esas alınarak davanın reddi cihetine gidilmiştir.

B. Hükme Esas Alınan Bilirkişi Raporunda:

I-HSBC Bank İstanbul Şubesinde bulunan 64777-270 numaralı hesabın hesap ekstrelerinde, hesap sahibi olarak R./M.Ç.'nin gözüktüğü ancak, "Genel İşlem Taahhütnamesinde", "İmza Örneği Föyünde", "Faksla İletilen Talimatın Uygulanmasına İlişkin Sözleşmede" "Ek Taahhütnamede" sadece R.Ç.'nin imzasının bulunması nedeniyle bu hesabın R.Ç.'ye ait olduğu;

II- Türk Ticaret Bankası İstanbul Şubesi'nde bulunan hesabın davalıya ait münferit hesap olduğu;

III- Abank (Alternatifbank) Sirkeci Şubesi'nde bulunan 59047 no'lu hesap için alınan "Bankacılık Müşteri Hizmetleri Sözleşmesinde" R.Ç. ve M.Ç.'nin imzalarının bulunduğu, hesap müşterek olmakla birlikte hesap sahiplerinden herhangi birinin münferiden işlem yapma yetkisinin bulunması nedeniyle davalının hesabı kapatma yetkisinin bulunduğu;

IV- Koçbank Eminönü Şubesi'nde bulunan hesabın 27.11.2000 tarihi itibarıyla borç bakiyesinde olduğu;

V- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na devredilen Etibank ve İnterbank şubelerinde hesapların hesap ekstrelerine göre hesapların M./R.Ç. adına açıldığı ancak, hesaplarla ilgili istenilen hesap açılış talimatı veya sözleşmesi, hesabın münferit veya müşterek olduğuna dair talimat, para çekme yetkisi, vekaletname gibi aidiyete matuf belgelerin bulunmadığı, EGS Bank Eminönü Şubesi'nde bulunan hesapla ilgili olarak sadece imza örneklerinin ve kimlik fotokopilerinin bulunduğu, açılışla ilgili belgelerin bulunmadığı;

VI- Piramit Menkul Değerler AŞ ile muris arasında "Menkul Kıymetler Alım-Satım Sözleşmesini muris M.Ç.'nin müşteri sıfatıyla imzalamış ise de, murisin davalıyı yetkili kıldığı ve bu yetki ile davalının hareket ettiği kabul edildikten sonra,

Sonuç olarak;

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna devredilen bankalarda bulunan hesaplarla ilgili kesin bir sonuca ulaşılamadığı, diğer hesaplarla ilgili olarak da davacının herhangi bir talep hakkının bulunamayacağı açıklanmıştır.

C. Hukuksal Dayanaklar:

I- Birden fazla kimsenin bankada açtırdıkları ortak hesap, sözleşmeye dayanan müteselsil alacaklılık tipini oluşturur.

Ortak hesaptaki hesap üzerinde hak sahibi birden fazla kimse gözüktür. Bu durumda banka tıpkı bireysel hesapta olduğu gibi aynı edimi hesap alacaklılarına karşı borçlanır.

Hesap türünün belirlenmesinde temel ölçüt bankaya ödeme yapan kişinin iradesidir. Ancak ödeme yapan kişinin iç iradesi yerine banka tarafından anlaşılabilir olan ya da görülebilir iradesi önemlidir (Bkz. Faruk Acar, "Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül", doktora tezi, Ank. 2003, s. 168, dip not: 68 ve orada anılan: Canaris ve Wagner).

Bilimsel öğretilerde ortak hesap kavramı adı altında hem "tek imzalı (teselsüllü) ortak hesap" hem de "birlikte imzalı ortak hesap" türü anlaşılmaktadır. Ortak hesap türü ayırımını sağlayan tek ölçüt, banka nezdindeki hesap üzerinde birlikte alacaklıların tasarruf yetkilerinin şeklidir. İlkinde her bir mudi banka hesabı üzerinde diğerlerinin ka-

tılımı olmaksızın tasarruf edebilmektedir. Buna karşın birlikte imzalı ortak hesapta her bir mudi tek başına hesap üzerinde tasarruf edemez, banka ancak bütün mudilere birlikte ödeme yaparsa borcundan kurtulmuş olur (Bu konuda özlü bilgi için bkz. Tekinalp, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, İst. 1988, s. 328 vd.)

II- Müşterek hesabı açan ve müşterek mevduatın konusu olan parayı yatıran hesap sahibinin sözleşmeyi imzalaması ile sözleşmenin banka ile diğer hesap sahipleri arasında kurulmuş olduğunun kabulü gerekir. Diğer müşterek hesap sahiplerinin imzalarının sözleşmede bulunmaması sonucu etkilemez. Bunun aksi, sözleşmenin kuruluşunun imzaları eksik olan diğer hak sahiplerinin imzalarının tamamlanmasına bağlı tutulduğuna dair sözleşmede bir hükmün yer almış olmasına bağlıdır. Matbu sözleşme metninde böyle bir kayıt olmamasına, matbu sözleşme metninin banka yetkilileri ve müşterek hesabı açtıran ve mevduatı bankaya yatıran hesap sahibinin imzalarına rağmen, sözleşmede taraf olarak isimleri bulunan diğer hesap sahiplerinin imzalarının "yokluğu" nedeniyle sözleşmenin kurulmadığını iddia etmek, doğruluk ve dürüstlük kuralına uygun düşmez. (Kaplan, İbrahim, *Banka Sözleşmeleri Hukuku*, C. 1, Ank. 1996, s.233 vd.) O halde denilebilir ki, teselsüllü müşterek hesabın açılması sırasında hesabı açtıranın dışındaki diğer hesap sahiplerinin imzalarının bulunmaması ancak, teselsüllü müşterek hesap sözleşmesinde tüm hesap sahiplerinin sözleşmeyi imzalamaları halinde sözleşmenin yürürlüğe gireceği yönünde bir hüküm mevcutsa, sözleşmenin kuruluşuna engel olur.

III- Açıklık bulunmaması halinde, teselsüllü hesabın varlığı kabul edilir. Bir başka anlatımla, müşterek hesap açılırken bankaya aksine bir anlaşma sunulmamışsa, bankadaki müşterek hesabın, aktif teselsüllü müşterek hesap olduğu bilimsel öğretide oybirliği ile kabul edilmektedir (Tekinalp, s. 329; Kaplan, s. 235, 236 ve orada anılan Yargıtay Kararları).

Hesap sahiplerinin her biri müteselsil alacaklı sıfatına sahiptir. Zira ortak hesap sahiplerinin banka karşısındaki yetkileri müteselsil alacaklılığın söz konusu olduğunu ortaya koymaktadır. Çünkü ortak hesapta BK m. 148/1'deki hükme uygun olarak, her bir hesap sahibi banka nezdindeki tutarın tamamı üzerinde bağımsız şekilde tasarruf edebilmektedir. Bilimsel öğretideki baskın görüş, ortak hesap halinde alacaklılar arası teselsülün olduğu yönündedir (Bkz. Acar, s. 172

ve dipnot 98'de anılan yerli ve yabancı yazarlar ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarına).

IV- Müşterek hesaptaki paylar, aksi iddia edilip kanıtlanmadıkça birbirine eşittir. Zira para müşterek hesaba yatırıldığına ve pay bakımından bir anlaşma bulunmadığına göre, mülkiyetin yarı yarıya olmak üzere hak sahiplerine ait olması gerekir (11. HD, 21.3.2002;1579/2539; Acar, s. 336, 337).

V- Mevduat hesabı birden fazla kişiye ait ise, mudilerden birinin ölümü halinde, -aksine sözleşme yoksa- hesaptaki paralar eşit paylara bölünecek ve hayatta kalan mudiye kendi payı ödenebilecektir (Reisoğlu, Seza, *Bankalar Kanunu Şerhi*, Ank. 2002, s.390). Zira, taraflardan her biri hesaptan para çekerken payına göre kendi adına, payından fazlası için diğer hesap sahibinin vekili olarak hareket etmekte olup, payından fazla çektiği miktarda diğer hesap sahibine göre borçlu durumuna girer (2. HD, 29.1.1987, 495/11191; HGK, 11.2.1998, 40/75).

VI- Taraflar arasında bir kısım hesaplar yönünden vekalet ilişkisi kurulmuş bulunmaktadır.

Vekilin, üstlendiği işin müvekkilin menfaatine ve onun iradesine uygun olarak yapılması gerekir (Başpınar, Veysel, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, doçentlik tezi, 2.baskı, Ank. 2004, s. 72) O kadar ki, "Vekil sadakat borcu gereği olarak müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunacak ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınacaktır" (3. HD, 9.9.1985; 2552/5380).

Bundan ayrı olarak "Borçlar Kanunu'nun 390.maddesi uyarınca vekil, vekil edenin yararına ve iradesine uygun hareket etme, onu zararlandıracak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altındadır. Vekil, vekalet yetkisini kasten vekil edenin zararına kullandığı takdirde, zararı tazmin yükümlülüğündedir" (3. HD, 14.4.1998; 2963/3981). Gerçekten de vekil, vekalet yetkisini kasten vekil edenin zararına, kendisinin ya da düşünce ve çıkar birliğine girdiği kişi yararına kullandığı takdirde, yapılan işlem vekalet vereni bağlamaz (HGK, 5.5.1993; 79/195).

D. Sonuç:

Görüldüğü üzere taraflara ait bireysel hesaplar dışında ortak hesapların müşterek imzalıları dışında bir kısmında da yetkilendirme ve

ilgili bankaya verilen talimatlara rastlanılmıştır.

Mahkemece yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular dikkate alınarak konusunda uzman olan üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığıyla yapılacak uygun sonuç dairesinde karar verilmek gerekirken eksik araştırma sonucu yazılı şekilde sonuca ulaşılması doğru görülmemiştir.

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir....) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 06.12.2006

E. 2006/9-769

K. 2006/781

* Ücret alacağı

* Sözleşmeli personel

* İdari sözleşmeler

(657 sayılı Devlet Memurları

K. m. 4)

Taraflar arasındaki "ücret alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 14. İş Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 12.04.2005 gün ve 689-222 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.12.2005 gün ve 13189-40619 sayılı ilamı ile; ("*...Dosyadaki bilgi ve belgeler ile sözleşme örneğinden, davacının, davalı idareye bağlı büyükelçilikte, 657 s. kanununun 4/B maddesine göre düzenlenen idari nitelikte sözleşme*

ile çalıştığı anlaşılmaktadır. Dava idari yargının görev alanına girmektedir. Mahkemelerin görevi kamu düzenine ilişkin olup, mahkemece re'sen göz önüne alınmalıdır. Ayrıca, davalı yargı yolu itirazında da bulunmuştur. Buna göre, davanın görev yönünden reddi gerekirken işin esasına girilerek hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...") gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, Dışişleri Bakanlığı Strazburg Daimi Temsilciliği'nde aşçı olarak çalışan davacının ücret alacağı istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece istemin kabulüne karar verilmiş, davalı vekilinin temyizi üzerine anılan hüküm, yukarıda tam metni yazılı bulunan Özel Daire kararı ile bozulmuştur.

Yerel mahkemece, davalı idarede aşçı olarak istihdam edilen davacının -yaptığı iş dikkate alındığında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/B maddesi uyarınca (özel ihtisas, yetenek gerektiren işlerde çalıştırılmaları uygun görülen) "sözleşmeli personel" olarak kabulünün mümkün bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Uyuşmazlık; çalışma ilişkisinin niteliğinin, buna dayalı olarak da, anılan davada iş mahkemesinin görevli olup olmadığının belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür.

Sözleşmeli personel, 657 sayılı kanunda sayılan dört istihdam türünden biri olarak, memurluk sistemine, kamu hizmetinin insan unsurunun memurlardan oluşturulması ilkesine getirilmiş bil istisna olup, kamu hizmetine sözleşme ilişkisiyle bağlanmışlardır. Ancak, sözleşme ilişkisini belirleyen temel ilke olan "irade serbestisi" sözleşmeli personel istihdamında geçerli değildir. İdarenin kanuniliği ilkesi

gereği, yapılacak sözleşmelerin içeriği ve sözleşme yapılma yöntemi mevzuatta yer verilen düzenlemelerle belirlenmekte, tarafların iradesi belirleyici olmamaktadır. Yapılan sözleşmeler, iç hukukundaki “iş sözleşmeleri”nden farklı olarak “idari hizmet sözleşmeleri” niteliğinde bulunmaktadır.

Bir diğer istihdam şekli olan “işçi” ise, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2. maddesinde tanımlanmıştır,

Anılan maddeye göre; “işçi” bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak ifade edilmektedir. İşçi sıfatının kazanılması iş akdinin varlığına dayandığından, her şeyden önce ortada tarafların serbest iradeleriyle kabul edilmiş bir sözleşme ilişkisinin bulunması zorunludur, İş Kanunu’na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu’na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözüm görevi 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca iş mahkemelerine verilmiştir.

Çalışma ilişkisinin iş sözleşmesine veya idari sözleşmeye dayalı olması, sonuç itibarıyla yargı yolunu da belirleyecektir.

Sözleşmeli personel istihdamı; kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallerde özgü olmak üzere özel meslek bilgisine ve uzmanlığa ihtiyaç duyulması ve gereksinimin memur tipi ve yasada belirtilen diğer istihdamla karşılanamayacak olması koşullarına bağlanmıştır. Sözleşmeli personel, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Başkanlığı ve Maliye Bakanlığı’nın görüşleri alınarak Bakanlar Kurulu’nca sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.

Yurtdışı temsilciliklerindeki açılış hizmetinin, dışişleri personelinin sağlık ve güvenlikleri açısından büyük bir önemi olduğu gerçek ise de, davacının 657 sayılı kanunun 4/B maddesinde belirtilen tanım kapsamına girdiğini söyleme olanağı bulunmamaktadır. Gerçektende, söz konusu hüküm uyarınca önemli projelerin gerçekleştirilmesi için özel bir meslek ve ihtisasına ihtiyaç gösteren kişiler ancak “sözleşmeli personel” kavramına dahil edilebilir. Bu nedenle, açılış hizmetini yü-

rüten kişilerin söz konusu hüküm kapsamına girmediği açıktır.

Ne var ki, anılan maddenin (B) fıkrasının üçüncü paragrafında; *“dış kuruluşlarda belirli bazı hizmetlerde çalıştırılacak personelin de zorunlu hallerde sözleşme ile istihdamları caizdir”* denilmek suretiyle, Dışişleri Bakanlığının dış kuruluşlarında sözleşmeli personel çalıştırılabilmesi olanağı genişletilmiştir. Davacı da uzun yıllar sözleşmeli personel statüsünde görev yapmış ve bu çerçevede hak ve yetkilerini kullanmıştır.

“Sözleşmeli personel” atamayla değil, işçiler gibi sözleşme ile çalıştırılmaktadır. Bağlı buldukları sözleşme, iş hukukunda geçerli irade serbestisine dayanan iş akdinden farklı olarak, idari hizmet sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Anılan sözleşmeler, koşulları hukuki düzenlemelerle belirlenmiş *“tip sözleşmeler”* niteliğinde görülmektedir.

İdari (yönetmel) sözleşmeler *“kamu kuruluşlarının, idare (yönetim) hukuku kurallarına dayanarak yaptıkları sözleşmeler”* olup, bu sözleşmeleri, yönetimin özel hukuk kurallarına göre yaptığı sözleşmelerden ayırmak için, sözleşmenin konusunu oluşturan ilişkiye bakmak gerekir.

Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar arasında hukuksal eşitlik varken, idari sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından biri olan idareye, kamu yararının temsilcisi ve sorumlusu olarak, karşı tarafa göre bazı üstünlükler tanınmıştır.

Özel sözleşmelerde taraflar, yasaların öngördüğü sınırlar içinde, sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini, bağlantı kuracakları kişilerle serbestçe seçebilirler. Buna karşılık, idari sözleşmelerde, çerçevesini oluşturan yasal mevzuat tarafların hareket serbestisini kısıtlamaktadır.

Bu nedenden dolayı ki; özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklar adli yargıda, idari sözleşmelerden doğan uyumsuzluklar ise idari yargıda giderilmektedir. (Ş. Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Ankara 1983 s. 198-199)

“Sözleşmeli personel” kategorisi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararları ile de kamu hukuku içinde *“statü”* niteliği kazanmıştır. (Danıştay 11. Dairesinin 27.0.2003 gün ve 2000/11381-003/959 karar sayılı kararı ile 25.10.2001 gün ve 2001/2335-365 sayılı kararları).

Bir sözleşmenin idari sözleşme sayılabilmesi için, konusunun

kamu hizmeti ve yararı olması, özel hukuku aşan koşulları içermesi, belirli bir süreyi kapsamaması gerekir.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığının belirlenebilmesi için sözleşme taraflarından birisinin idare olması ve sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması koşulları her zaman yeterli olmayabilir. Bu taktirde idare ile karşı taraf arasında akdedilen sözleşmenin tüm hükümlerinin incelenerek, tarafların, idareye kamu gücünden doğan üstün yetkiler tanımak suretiyle sözleşmeye idari sözleşme niteliği vermek amacıyla olup olmadıklarının araştırılması gerekmektedir.

Özel hukuk sözleşmelerinde söz konusu olmayan bazı üstün yetkilerin tanınması, idari sözleşmelerin en belirgin özelliğidir.

Bu hükümler, özel hukuku aşan şartlar olarak nitelendirilir. Bu durum idarenin kamusal yetkisini kullanarak yaptığı sözleşmede, idareye üstünlük ve otorite tanınması şeklinde kendini gösterir. İdareye üstünlük ve otorite tanınması ona, gözetim ve denetim yapma, emir verme ve ceza uygulama, sözleşmeyi tek taraflı olarak değiştirme ve fesih etme, resen hareket etme gibi hak ve yetkilerin verilmesi yolundaki sözleşme hükümleri ile belli olur.

İdarenin üstünlüğünün ve otoritesinin tanınması, yani sözleşmede idarenin tek taraflı hareket yetkisinin kabul edilmesi ve sözleşmenin bir tarafını oluşturan idarenin, diğer tarafa karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi durumlarında sözleşmede özel hukuku aşan koşulların varlığı kabul edilmelidir.

İdari sözleşmeleri belirleyici bir başka kriter ise, sözleşme konusunun kamu hizmeti olmasıdır. Ancak hemen belirtilmelidir ki, her kamu hizmetine yönelik sözleşmenin idari sözleşme olduğu söylenebilir. Çünkü idareler kamu hizmetini, yaptıkları özel hukuk sözleşmeleri ile de yerine getirebilirler.

Taraflar arasında imzalanmış olan “*Tip Hizmet Sözleşmesi*” başlıklı belge incelendiğinde; gündelik ve yol giderlerinin 6.6.1978 günlü Bakanlar Kurulu kararında yer alan hükümler çerçevesinde tespit edileceği; 6245 sayılı Harcırah Kanunu uyarınca yollukların ödeneceği; en az üç yıl çalışmak için taahhütname verileceği; iş sonu tazminatı veya ikramiye verilmeyeceğinin peşinen kabul edileceği; sözleşmenin bütçe yılı ile geçerli olacağı; sözleşmenin 65 yaşını doldurduğu tarihte,

hiçbir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği; sözleşmenin makamca onaylandıktan sonra yürürlüğe gireceği; 657 sayılı kanunun 4/B maddesi uyarınca akdedilmiş olduğu; sözleşmede yer almayan hususlarda 7/15754 sayılı Kararname hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Belirtilen sözleşme hükümleri dikkate alındığında taraflar arasında sözleşme ile eşit yükümlülükler öngörülmediği belirgindir.

Söz konusu sözleşmede özel hukuku aşan hükümler bulunmaktadır.

Davacının uzun yıllardan beri bu hüküm kapsamında sözleşmeli personel olarak çalıştırılmış olduğu, taraflar arasında her yıl düzenlenen sözleşmelerde de, davacının sözleşmeli personel statüsünde olduğu, sözleşmenin 657 sayılı kanunun 4/B maddesi ve 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Kararname'nin değişik 14. maddesi uyarınca akdedildiği, sözleşmede yer almayan hususlar hakkında Kararname hükümleri çerçevesinde işlem yapılacağı belirtilmekte olup, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğü'nce Bütçe Kanunu uyarınca vize edildiği ifadesine yer verildiği görülmektedir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 23.10.2000 gün ve 2000/34-43 sayılı kararında özet olarak; Dışişleri Bakanlığı yurt dışı kuruluşunda 657 sayılı yasanın 4/B maddesine ve 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki esaslara göre sözleşmeli statüde çalışan davacının, emekliye ayrılması nedeniyle tazminat ödenmesi istemiyle açtığı davanın, 2577 sayılı İYUK'un 2/1-c maddesi kapsamında idari yargı yerinde çözümlenmesinin gerektiği de belirtilmektedir.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetildiğinde, davacının "*sözleşmeli personel*" olarak görev yaptığı, taraflar arasında akdedilmiş bulunan idari sözleşmeye dayalı uyuşmazlığın çözümünün iş mahkemesinin görev alanına girmediği anlaşılmakta olup, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 02.02.2007
E. 2006/440
K. 2007/33

* **Makbuz karşılığı alınan paranın icra dosyasına bildirilmemesi**
(Av. K. m. 34;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 4, 43)

Şikayetçi 11.02.2005 tarihli şikayet dilekçesiyle; *“hakkında kira alacağı için yapılan icra takibi nedeniyle şikayetli avukata 1.800.000.000 TL ödeme yaparak makbuz aldığını, ancak tahsil edilen para icra dosyasına bildirilmediği için evindeki eşyalarının fazladan haczedildiğini, bu nedenle aynı miktarı ikinci kez ödemek zorunda kaldığını, maddi ve manevi olarak zarara uğradığını”* belirterek şikayetçi olmuştur.

Şikayetli avukat 21.03.2005 tarihli yazılı savunmasında; *“şikayet konusu iddiaların gerçek olmadığını, dosyanın Yargıtay’da bulunması nedeniyle haricen tahsil edilen miktarın dosyaya bildirilmediğini, mükerrer tahsilat olmadığını, alacağı karşılayacak kadar haciz yapıldığını, fazla mal haczi yapılmadığını, şikayetçinin iddiasının gerçekleri yansıtmadığını ve kötü niyetli olduğunu”* belirtmiş, Baro Yönetim Kurulu 08.02.2006 tarihli kararıyla soruşturmacının raporu doğrultusunda şikayetli avukat hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

Karara şikayetçi itiraz etmiştir. İtiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, şikayet konusunun mükerrer tahsilat ve zarara uğramış olmak değil, haricen tahsil edilen paranın icra dosyasına geç bildirilmesi olduğunu belirterek şikayetli avukatın Avukatlık Kanunu’nun 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 3, 4 ve 43. maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle disiplin kovuşturması açılması gerektiğine karar vermiştir.

Baro Yönetim Kurulu 14.06.2006 tarihli kararıyla, şikayetli avu-

kat N. hakkında Avukatlık Kanunu'nun 34. ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3, 4 ve 43. maddelerine aykırı eylemi nedeniyle disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın 22.10.2004 tarihli alındı belgesi ile 1.800.000.000 TL parayı tahsil ettiği, ancak tahsil ettiği bu parayı 15.02.2005 tarihinde icra dosyasına bildirdiği gerekçesiyle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırı davrandığı kanaati ile şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Karar taraflara ve Cumhuriyet Başsavcılığı'na tebliğ edilmiş, karara şikayetli avukat itiraz etmiştir. Şikayetli itirazında, iş yoğunluğu nedeniyle avukatların bazı güçlükler yaşadığını, bundan avukatların sorumlu tutulmasının hakkaniyetle bağdaşmadığını belirterek hakında verilen cezaya itiraz etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın görevini yaparken mesleğe olan güveni sarsacak bir davranışta bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi gereğince avukatlar, yüklenedikleri 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 Kuralları'na uymakla yükümlüdürler.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerinde; avukatın, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürüteceği ve mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olduğu belirtilmiştir.

İncelenen olayda, şikayetli avukat her ne kadar icra dosyasının Yargıtay'da bulunması ve dosyanın dönüşünden haberinin geç olması nedeniyle haricen tahsil ettiği parayı dosyaya geç bildirmek zorunda kaldığını savunmuş ise de, paranın tahsil tarihinde dosyanın Yargıtay'da olup olmadığı belli olmadığı gibi, şikayetli avukatın en geç haciz tarihinde dosyaya bildirimde bulunması gerekirken bunu yapmayarak mesleğe olan güveni sarsacak davranışta bulunduğu kabulü gerekir. Ayrıca, dosya kapsamından paranın icra dosyasına bildirilme tarihinin şikayet tarihinden sonra olduğu da anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle, şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuçolarak; açıklanan nedenlerle, şikayetli avukatın itirazının reddiyle, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 02.02.2007
E. 2006 /444
K. 2007/36

*** Aynı işte menfaati zıt tarafı temsil**
*** Davanın müracaata bırakılarak yeniden harç ödenmesine sebep olunması**
(Av. K. m. 38/b, 136/1;
TBB Meslek Kuralları m. 36)

Vakıflar Bölge Müdürlüğü'nün raporlarına göre, eski yönetimin vakfı zarara uğrattığının anlaşılması üzerine, vakıf tarafından E.A., M.Ö. ve diğerleri hakkında dava açıldığı, bu kişilerden E.A. tarafından da Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde vakıf aleyhine 2003/... Esas sayılı dava açıldığı, şikayetli avukat H.'nin bu davada davacı E.A.'nın vekili olduğu, şikayetli avukatın talebi üzerine mahkemenin tedbir kararı vererek 28.01.2004 tarihinde vakfın yönetiminin değiştirildiği fakat bundan sonra bazı kurucu üyelerin itirazı üzerine tedbir kararının kaldırıldığı, 05-08.3.2004 tarihlerinde karar uygulanarak vakfın eski yöneticilere teslim edildiğini, ancak vakıf yönetimi yeniden teslim alındığında, tedbir kararı ile yönetime gelen kişilerin icra kuruluna verdikleri yetki ile 21.02.2004 tarihinde vakfın, vakıf hakkında dava açan E.A.'nın avukatı olan H. ile avukatlık sözleşmesi yaptığı ve şikayetliye vekalet verdiği, sözleşme gereğince Mart ayında da makbuz karşılığı kendisine ücret ödendiğinin görüldüğü, yine bu sürede şikayetli avukatın, vakfın E.A. hakkında Ankara 17. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açmış olduğu 2002/... Esas sayılı davaya girmeyerek davanın müracaata kaldığı ve bir aylık sürede yenilenmemek suretiyle vakfın zarara sokulduğu bildirilerek aynı işte yararı zıt kişilere avukatlık etme yada mütalaa vermenin yasaya aykırı olduğundan, şikayetli hakkında disiplin soruşturması açılması için Türkiye Gaziler

Kültür ve Yardımlaşma Vakfı tarafından 17.03.2004 tarihli dilekçe ile şikayette bulunulmuştur.

Şikayetli avukat savunmasında; *“vakfın 25.08.2001 tarihli ve 7 sayılı olağanüstü kurucular kurulu toplantısı Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/... sayılı kararı ile iptal edilmiş olduğundan, o toplantıdaki ve ondan sonraki kararların yok hükmünde olduğunu, bu bakımdan yöneticilerin, kendisi hakkında şikayette bulunma yetkileri olmadığını, şu anda vakfın yetkilileri olduklarını varsayan kişiler hakkında Ankara 15. Asliye Ceza Mahkemesi'nde 2003/... Esas sayılı dava açıldığını, bu davaya vakıf vekili olarak müdahalede bulunduğunu, ancak bu davada E.A. adına vekaletname vermediğini, Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde olağanüstü genel kurulun iptali için açılan davada E.A. vekili olduğunu, ancak bu davada da vakfın vekaletnamesini vermediğini, kaldı ki bu iki davanın mahiyet itibarıyla farklı olup aynı iş kapsamında düşünülemeyeceğini ve her iki davada da aynı anda hem vakfın ve hem de E.A'nın vekilliğini üstlenmediğini, buna ilaveten her iki davanın sonuçta vakfın zarara uğramasını önlemeye yönelik olup, çıkar çatışmasının söz konusu olmadığını, Ankara 17. Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki 2002/... Esas sayılı davanın duruşmasının, vekaletin verilmesinden iki gün sonraya denk geldiği ve gerekli bilginin edinilemediğini, ayrıca aynı gün 15. Asliye Ceza Mahkemesi'ndeki 2003/... Esas sayılı önem taşıyan davanın duruşmasının bulunduğunu, zaman yetersizliğinden davanın müracaata kaldığını”* savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetlinin Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 30.12.2003 tarihinde açılan 2003/... Esas sayılı davasında, 21.02.2003 tarihinde vakıf ile avukatlık sözleşmesi imzalamış olmasına rağmen, davalı vakfa karşı davacı E.A.'nın vekaletini üstlendiği, bu süre içinde diğer davalarda (Ankara 15. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2003/... Esas sayılı davada) vakfın vekilliğini yaptığı, bu durumda vakıfla vekalet ilişkisi devam ederken vakfa karşı açılan davada davacı vekili olarak görev almasının Avukatlık Kanunu'nun 38/b ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 36. maddesine aykırı olduğu, 17. Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki 2002/... Esas sayılı davanın duruşmasına girmeyerek, davanın müracaata kalmasına ve harçsız yenileme süresini geçirerek vakfı zarara uğratmasının TBB Meslek Kuralları'nın 38/II maddesindeki avukatın zamanının ve yeteneklerinin erişemediği işi kabul edemeyeceği ilkesine aykırı davrandığı, şikayetlinin eyleminin Avukatlık Kanunu'nun 34 ve 38/b maddeler-

rine aykırı olması sebebiyle kınama cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikayetli avukat H. tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayet, Türkiye Gaziler Kültür ve Yardımlaşma Vakfı İkinci Başkanı K.G.'nin vakıf adına verdiği 17 Mart 2004 tarihli dilekçesi ile yapılmıştır. Şikayetli 25.08.2001 günlü ve 22.03.2003 günlü kurucular kurulu toplantılarının mahkeme kararı ile iptal edildiğini, bu durumda en son yasal toplantının 25.02.2001 günü yapıldığını bu nedenle şikayetçilerin şikayet hakları olmadığını ileri sürmüştür.

Dosya içerisindeki Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 2004/..., 2005/... sayılı kararında da belirtildiği gibi yönetimce alınan kararlar, butlanla hükümsüz sayıldığı haller dışında, iptal edilip ortadan kaldırılincaya kadar geçerlidir. Kaldı ki şikayet vakıf adına yapılmakta olup, temsilcide hata varsa bunun düzeltilmesi her zaman olanaklıdır. Bu bakımdan şikayetçinin şikayet hakkı olmadığına ilişkin şikayetlinin savunması yerinde değildir.

Şikayetli hakkında disiplin kovuşturması, iki eylemden ötürü açılmıştır. Bunlardan birisi şikayetlinin, şikayetçi vakıf ile avukatlık sözleşmesi yaptıktan sonra Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde vakfın davalı olduğu 2003/... Esas sayılı davada davacı E.A.'nın vekili olarak savunmasını üstlenmesidir.

Dosya içerisinde iş sahibi olarak Türkiye Gaziler Kültür ve Yardımlaşma Vakfı ile avukat sıfatıyla şikayetli avukat H.G. arasında yapılmış ve davada nizalı olmayan 21.02.2003 (2004 olacak) tarihli "*Avukatlık Ücret Sözleşmesi*" mevcuttur. Bu sözleşmede işin konusunda, vakıf tarafından kendisine bildirilecek leyh ve aleyhte açılmış ve açılacak davaların takibi ve sonuçlandırılması ile vakıf yönetici ve üyelerinin vekil tayin etmeleri halinde, şahıslarını ilgilendiren konularda hukuki yardım, dava ve işlerin takip ve sonuçlandırılması da mevcuttur. Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/... Esas, 2004/... Karar sayılı ilamından, davada davacının E.A., vekilinin şikayetli avukat H.G., davalının Türkiye Gaziler Kültür ve Yardımlaşma Vakfı olduğu ve dava tarihinin de 14.10.2003 olduğu görülmektedir. Şikayetlinin 21.02.2003'te avukatlığını ve leyh ve aleyhte açılmış ve açılacak davalarını takip görevini üstlendiği vakıf aleyhine 14.10.2003 tarihinde açılan

davada davacının vekilliğini üstlenmesi Avukatlık Kanunu'nun 38/b ve TBB Meslek Kuralları'nın 36. maddelerine açıkça aykırıdır. Her ne kadar yapılan sözleşmede işin konusunda vakıf yönetici ve üyelerinin davalarını takibi de var ise de bunu, vakıf ile olan ihtilaflarında da vekilliğini yapacağı şeklinde anlamak mümkün değildir. Bu bakımdan şikayetlinin itirazı yerinde olmayıp Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun kararında bu yönde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Disiplin kovuşturması açılmasına neden olan ikinci olay ise, şikayetlinin vakfa ait Ankara 17. Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki 2002/... Esas sayılı davanın 28.01.2004 tarihinde başvuruya kaldığı ve bir aylık sürede şikayetli tarafından yenilenmeyerek yeniden harç ödenmesi zorunluluğu doğduğu ve vakfın zarara uğratıldığı iddiasıdır

Şikayetli ile yapılan avukatlık sözleşmesi 21.02.2003 (2004 olacak) ve verilen vekaletname ise 19.02.2004 tarihlidir. Dava ise şikayetlinin avukatlık sözleşmesinden ve vekaletname verilmesinden önce başvuruya kalmıştır. Yanlar arasındaki avukatlık sözleşmesinde işin konusu belirtilirken "*vakıf tarafından kendisine bildirilecek*" davaların takibinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Ayrıca şikayetlinin itiraz dilekçesi ekinde sunduğu ve şikayetçi tarafından kabul veya reddi yapılmamış ve şikayetçiye verildiği de belli olmayan, şikayetli tarafından düzenlenmiş listenin 5. sırasında 17. Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki 2002/... Esas sayılı davanın 28.01.2004'te düştüğü ve yazıda düşme kaydı olan davaların devamının istenip istenmediğinin bildirilmesi yazılıdır. Her ne kadar bu yazı, hukuk müşavirliğine teslim edilen dosyalarla ilgili olması açısından, bu işlerin avukatlara tevdi edildiği anlaşılıyorsa da, kendisi görevlendirilmeden önce, ne sebeple düşürüldüğü belli olmayan davaya devamın istenip istenmediği hakkında gerekçe sormak uygun bir davranış biçimi olup, bu bildirim yapıldığı açıkça kanıtlanmadan sadece dosyaların gönderilmiş olması, Avukatlık Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre "*takip edilmesinin bildirildiği*" anlamına gelmez. Bu bakımdan şikayetlinin bu eyleminde, görevin yerine getirilmesinde bir özensizlik bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan hususlar karşısında, şikayetlinin Avukatlık Kanunu'nun 38/b maddesine ve TBB Meslek Kuralları'nın 36. maddesine aykırı olan eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nun aynı yasanın 136/1 maddesine göre kınama cezası takdirinde hukuki isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

T. 02.02.2007

E. 2006/ 446

K. 2007/37

* Savunma sınırlarının aşılması

(Av. K. m. 34;

TBB Meslek Kuralları m. 5, 6, 158)

Şikayetli avukat hakkında, "Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/... Esas sayılı davasında davalı vekili olarak görev yaptığı, 13.07.2005 tarihli dilekçesinde savunma sınırlarını aştığı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmalarında; "disiplin kovuşturmasına konu olan ifadelerinin savunma sınırları içinde söylendiğini, şikayetçinin tarih değişikliği/sahteciliği yapma olgusunun kendisi tarafından ispatının mümkün olduğunu, beyanlarının şikayetçinin kişiliğine değil fiiline yönelik olduğunu, 'sahtekar/kışılığına, sahtecilik eylemi' gibi sözlerinin, sayfalarca yazılmış bir dilekçe içindeki 6-7 kelimenin tek başına değerlendirilmesinin yanlış olduğunu disiplin suçunu işlemediğini" bildirmiştir.

Şikayetli avukat tarafından, Ankara 19. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/... Esas sayılı dava dosyasına verilen 13.07.2005 tarihli cevap dilekçesinde (şikayetçiye hitaben) "bir suçluluk psikolojisi ile hareket ettiğinin somut göstergesidir" ve "davacı resmi evrak üzerinde sahtecilik yaparak" şeklindeki ifadeleri kullandığı tartışmasızdır.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın dilekçesinde kullandığı bu ifadelerin disiplin suçu oluşturup oluşturmadığına ilişkindir.

Avukatlık Kanunu'nun 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(la) yükümlüdürler."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. maddesine göre de; "avukat yazarken de konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır", 6. maddesine göre; "avukat iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgilidir. Taraflar arasındaki anlaşmazlığın doğurduğu

düşmanlıkların dışında kalmalıdır.”

Şikayetli avukat her ne kadar dilekçesinde kullandığı ifadelerinin savunma sınırları içerisinde kaldığını ileri sürmekte ise de, kovuştur-maya konu sözlerin savunma ile ilgisi olmadığı, özel hukuka dayalı bir davanın yargılaması sırasında, karşı taraf olan şikayetçinin hedef alınarak söylendiği, kovuşturmaya konu ifadelerin olgun ve objektiflik ilkesine uygun bulunmadığı, yukarıda alınan TBB Meslek Kuralları ile açıkça çeliştiği anlaşıldığından, savunmaya itibar edilmemiştir.

Şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Avukatlık Kanunu'nun 158. maddesindeki ilkeler nazara alınmak suretiyle yapılan değerlendirmede hukuksal isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile Ankara Barosu Di-siplin Kurulu'nun şikayetli avukata kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.02.2007
E. 2006/438
K. 2007/53

- * **Müvekkille ilgili bilgilerin, banka sırrı olduğu gerekçesiyle verilmemesi**
- * **Yıllık ücretli izin hakkının, banka sırrı kapsamında değerlendirilemeyeceği**
(4389 sayılı Bankalar K. m. 22/8;
4857 sayılı İş K. m. 53;
Av. K. m. 2, 34;
TBB Meslek Kuralları m. 30)

Şikayetli avukat hakkında, Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, müvekkili ile ilgili şahsi sicil dosyasından kullanmış olduğu yıllık ücretli izin ile ilgili bilgileri açmak istediği davaya esas olmak üzere görmek ve gerekirse örnek almak isteyen şikayetçiye engel oldu-ğu ve bu sebeple Avukatlık Yasası 2, 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 30. maddesine aykırı davrandığı iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülmeyerek disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli savunmasında, avukat Z.'nin 07.04.2004 tarihinde bankanın insan kaynakları bölümüne müracaatla Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesine istinaden kardeşi olduğunu ifade ettiği D.D'nin yıllık ücretli izin ile ilgili şahsi sicil dosyasını görmek ve fotokopisini almak istediğini, personel tarafından şahsi sicil dosyasının gösterilemeyeceği, ancak kullanmış olduğu izin süreleri ile ilgili bilgi verilebileceğini bildirdiklerini, ısrar karşısında olayın Hukuk İşleri Müdürlüğü'ne intikal ettiğini, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 22/8. maddesi uyarınca istenen bilgilerin sır niteliğinde olduğundan verilemeyeceği ve vekaletnamede de özel yetki bulunmadığı, mahkeme tarafından istendiği takdirde göndereceklerini söylediğini, 14.04.2004 tarihinde yazılı olarak talep edilmesi üzerine D.D.'nin toplam 136 gün ücretli izin kullandığı, bankayı ibra ettiği ve bu sebeple herhangi bir alacağı olmadığını 15.04.2004 tarihli yazı ile bildirildiğini, görevini yaptığını, yasaya aykırı davranmaması nedeniyle mesleki dayanışmaya aykırı davranmadığını savunmuştur.

Tasfiye halinde Türk Ticaret Bankası vekili avukat G. imzalı 08.04.2004 tarihli yazıda; *"İlgi yazınız ile Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesine istinaden müvekkiliniz D.D.'nin kullanmış olduğu izinlerle ilgili olarak bankamız nezdindeki sicil föyünün fotokopisini talep etmektesiniz.*

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesindeki bu yetki, 'kanunlarındaki özel hükümleri saklı kalmak kaydıyla' denilmek suretiyle sınırlandırılmış olup, bankamızın tabi olduğu 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun sır saklamaya ilişkin ilgili hükümleri uyarınca talep ettiğiniz belgeler tarafınıza verilememektedir.

Ayrıca, bu konuda vekaletnamenizde özel yetki bulunmadığı gibi, bankanın bizzat taraf olacağı muhtemel bir ihtilafta aleyhte kullanılabilecek belge teminine yönelik olduğundan dolayı da talebiniz uygun görülmemiştir." denilmektedir.

Baro Disiplin Kurulu istenen belgelerin banka sırrı niteliğinde olduğu gerekçesi ile disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar vermiştir.

Avukatlık Yasası m. 2; *"yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler*

saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekâletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir." hükmünü amirdir.

Maddenin amacı, bilgi ve belgelere erken ulaşmak, gereksiz açılacak davaları engellemek ve yargıyı hızlandırmaktır.

Öğretide; "bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevliler tarafından bilinen mali iktisadi, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonuna ilişkin her türlü bilgi ve belgeler" banka sırrı olarak tanımlanmaktadır.

Bu tanım karşısında, ücretli izin ile ilgili bilgi ve belgelerin ilgisinin şahsi sicil dosyasından istenmesi ve verilmemesinin "banka sırrı" kavramı ile savunulması mümkün değildir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 53. maddesi; "yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez" hükmünü amirdir. Madde göstermektedir ki, "yıllık ücretli izin hakkı" kamusal nitelikli, anayasal bir insan hakkıdır. Anayasal bir hakta da, sır kavramından bahsedilemez.

Kaldı ki, 4857 sayılı İş Yasası ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları uyarınca ücret, yıllık izin ve sair alacakların ödendiğini ispat külfeti işveren ait olup, işçinin imzasını taşıyan belgeler asıldır. Tanık ve sair delillerle aksinin ispatı mümkün değildir. Şikayet eden avukat, müvekkilinin yıllık ücretli izinlerini tam kullanmadığını, izin ücreti alacağını bulduğunu bildirdiğine göre, işveren banka işçinin yıllık izinlerini tam kullandığını, izin ücret alacağı bulunmadığını belgelere dayalı olarak bildirmek zorundadır. Bu nedenle işçinin imzasını taşıyan yıllık ücretli izin föylerini avukatına göstermek ve vekaletnamesi varsa vermek zorundadır. Aksi takdirde çalıştığı süre boyunca hiç izin kullanmamış kabul edilir ki, bu da bankanın aleyhine bir durum ve gereksiz yargılamaya yaratır.

"Bankanın bizzat taraf olacağı muhtemel bir ihtilafta aleyhine kullanılabilecek belge teminine yönelik olduğundan dolayı da talebiniz uygun görülmemiştir." savunmasının yasal ve inandırıcı bir yönü bulunmamaktadır.

Avukatlık Yasası madde 2; "avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak

uygulanmasını her derece yargı organları, hakemler ve resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.

Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.” hükmünü amirdir.

Hukuk devleti biri diğerine tercih edilemeyecek olan üç temel öge üzerine oturur. Bunlar insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması, hukuk güvenliğinin tam olarak temin edilmesidir. İnsan haklarının gerçekten kullanılabilirdiği ülkelerdir ki, hukuk devletinin en baş koşulunu gerçekleştirmiş demektir. Hukuk devleti, insan haklarına sadece mevzuatlarında yer veren değil, bunun yanı sıra uygulamada da gerçekleştiren devletlerdir. Hukuk devletinde “*hukukun üstünlüğünü*” gerçekleştirmek ve uygulamada yerleşmesini sağlamak avukatın en temel görevlerinden biridir.

Her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkta adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözüm üretmek ve üretilecek çözümlere yardımcı olmak zorunda bulunan şikayetlinin yasanın amacına aykırı olarak şahsi sicil dosyasından bilgi ve belge vermemesi mesleki dayanışma ile de bağdaşmaz. Kaldı ki, zorunlu olarak, sürekli bir çatışmayı temsil eden avukatlıkta “*mesleki dayanışma*” diğer mesleklerden daha da gerekli ve önemlidir.

Bu nedenlerle İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli bulunmamış, hukuka aykırı gerekçelerle şikayetçi meslektaşının görev yapmasını engelleyen şikayetli avukatın eylemi Avukatlık Yasası 2, 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 30. maddesine aykırı olmakla, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak şikayetçi avukat Z.’nin itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, şikayetli avukat M.’nin uyarma cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.02.2007
E. 2006/442
K. 2007/54

* Tutuklu müvekkilin
mektuplarının, denetimden
geçirilmeden muhataplarına
ulaştırılması
(Av. K. m. 34, 38/a, 139;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 38)

İzmir Hava Eğitim Komutanlığı Askeri Savcılığı, İzmir Baro Başkanlığı'na gönderdiği 25.11.2004 tarihli yazı ile; "kıdemli albay M.E.Ü., kıdemli başçavuş E.E. ve sivil işçi İ.V. haklarında ihtilâsen zimmet suçundan yürütülen hazırlık soruşturmasında İ.V.'nin tutuklandığını, avukat E.'yi vekil tayin ettiğini, sanıklardan E.E.'nin 28.09.2004 tarihinde İ.V. tarafından yazılmış bir mektup sunduğunu, mektup hakkında ifadesine başvurulmuş İ.V.'nin ise, bu mektubu avukatının istemi üzerine yazdığını bildirdiğini, avukatın daha sonra vekillik görevinden istifa ettiğini bildirerek, Avukatlık Kanunu'nun 139. maddesine göre gereğinin takdirini" istemiştir.

Yazı ekinde, S. ve E. isimli kişilere el yazısı ile yazılmış, İ.V. imzalı iki adet mektupta, atılı suçun birlikte işlendiği ima edilerek 10.000,00 ABD Doları istendiği ve muhatabı İzmir'de olan mektupta, bu meblağın 6.000,00 ABD Doları'nın 29 Eylül'de yanına gelecek (şikayetli) avukata verilmesini, bakiyesinin de 5 Ekim'de gönderilmesinin aksi halde haklarında da ihbarda bulunacağına bildirildiği, muhatabı Bursa'da olan diğer mektubun da tahliye olan M. isimli arkadaşı aracılığıyla gönderildiğinin yazılı olduğu görülmektedir.

Şikayetli avukat savunmasında, sanık İ.V. ile işi dışındaki konularda hiçbir konuşması olmadığını, kendisine herhangi bir telkinde bulunulmadığını, işle ilgili olarak sanığın eşi ve eniştesi dışında kimse ile konuşma ve görüşme de yapmadığını, sanıkta tutarsız kişilik ve şizofren tavırlar görmesi nedeniyle vekillikinden istifa ettiğini, sanıkla avukatlık ücreti ve masraflar karşılığı 4.500.000.000 TL'na anlaştıklarını, sanığın Bursa İş Bankası Hürriyet Şubesi'ndeki fon hesabından kendisi tarafından 10.080.000.000 TL çekildiğini, ücretinin buradan tahsil edilip bakiyesinin aldığı ücrete ilişkin makbuzla birlikte sanığın sonradan eşi olan N.A.K.'ye imza karşılığı verildiğini, ayrıca sanığın eniştesi S.E.'den de belge ile 500.000.000 TL aldığını ve bunun da vekaletnameler, nikah ve diğer giderler için harcandığını bildirerek iddiaları reddetmiş ve makbuz ve belgelerin örneklerini de dilekçesi ekinde sunduğu görülmüştür.

İzmir Barosu Yönetim Kurulu, mektupların içeriği ve hapisshane-den kontrol edilmeden muhataplarına ulaştırılmasında avukatın etkin eylemi ve katılımının olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerektiğinden Avukatlık Kanunu'nun 38/1 ve TBB Meslek Kuralları'nın 3. maddesi hükümleri uyarınca disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Yapılan disiplin kovuşturması sonunda İzmir Barosu Disiplin Kurulu şikayetlinin cezaevinde tutuklu bulunan müvekkili İ.V.'nin, muhatapları zor durumda bırakacak, çıkar sağlamaya yönelik mektuplarını ceza ve tutukevi denetiminden geçirmeden, Ceza ve Tutukevi Yönetmeliği'ne aykırı biçimde muhataplarına ulaşmasını sağladığını kabul ederek 1136 sayılı yasanın 34, 38/a ve TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 38. maddeleri uyarınca şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikayetliye, müvekkilinin mektuplarını ceza ve tutukevi denetiminden geçirmeden dışarıya çıkardığı gerekçesiyle ceza tertip etmiştir. Baro Disiplin Kurulu'nun da kabul ettiği gibi şikayetli avukatın cezaevinde bulunan müvekkili olan İ.V.'nin, E.E. ve S.D. isimli şahıslara yazdığı çıkar sağlamaya yönelik mektupları ceza ve tutukevi denetiminden geçirmeden bürosu çalışanları tarafından muhataplarına ulaşmasını sağladığı dosyadaki bilgi, belge ve tanık anlatımlarından anlaşılmıştır.

Bu nedenlerle şikayetlinin eyleminin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 23.02.2007

E. 2006/458

K. 2007/56

* Vekaletname ve para verilmesine
karşın davanın açılmaması

* İşten çıkarma cezası

(Av. K. m. 34, 134, 158;

TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 6 ay süreyle işten çıkarma cezası verilmesine ilişkin 27.01.2006 tarih ve 2005/... Esas, 2006/... Karar sayılı kararına yapılan itiraz üzerine, kurulumuzun 17.11.2006 tarihli ve 2007/... Esas, 2006/... Karar sayılı kararı ile 6 ay süreyle işten çıkarma cezasının üç ay süre ile işten çıkarma cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar verilmiş; ancak Adalet Bakanlığı'nun 27.12.2006 tarihli ve (26500) sayılı işlemi ile yapılan değerlendirmede ve verilen kararda hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle dosya bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmiştir.

Bakanlığın geri göndermeye ilişkin yazısı ile birlikte dosya bir kez daha incelemek suretiyle gereği görüşülüp düşünüldü:

Şikayetçi A.A., 06.02.2004 tarihli şikayet dilekçesiyle, boşanma davası açmak üzere şikayetliye vekalet verip 500.000.000 TL ödediğini, ödediği meblağa karşılık şikayetlinin 250.000.000 TL makbuz verdiğini diğer miktar için belge almadığını, dava için şikayetliden bilgi istediğinde bir sonuç alamadığını, davanın bir sonraki tarihe ertelendiğini söyleyerek kendisini bir yıldan fazla oyaladığını, son olarak 14.05.2003 tarihinde duruşması olduğunu söylediğini Kartal 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne giderek defterleri araştırdığında davanın hiç açılmamış olduğunu öğrendiğini, bir yıldan fazla bir zaman oyalandığı için maddi ve manevi zarara uğradığını belirterek şikayetçi olmuştur.

Şikayetli savunma vermemiştir.

Baro Disiplin Kurulu kovuşturma sonucunda şikayetlinin TBB Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine aykırı davrandığının sabit olduğunu belirtip, Avukatlık Kanunu'nun 34, 134 ve 158. maddeleri uyarınca ve şikayetli avukatın sicil durumunu da göz önünde tutarak altı ay süre ile işten çıkarma cezası tayin etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetli avukat itirazında, şikayetçi ile aralarında sözleşme bu-

lunmadığını, kendisine danışmak için geldiğinde gerekli yardımı yaptığını, hatta sorunlarının çözümüne yardımcı olmak üzere şikayetçiyi kendi arkadaş çevresine kattığını, şikayetçinin boşanma davası açma konusunda tereddüde düşerek dava açma isteğini ertelediği için dava açmadığını belirterek verilen cezayı hak etmediğini ve kaldırılmasını talep etmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu yaptığı inceleme sonucunda 17.11.2006 tarih ve 2006/... Esas, ... Karar sayılı kararıyla Baro Disiplin Kurulu'nun 6 ay süre ile işten çıkarma cezasının 6 ay süre ile işten çıkarma cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermiştir.

Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme gerekçesinde;

"Bakanlığımızca yapılan incelemede;

Müştekinin, şikayet edilen avukata vekaletname ve para vermesine karşın, davasını açmayarak kendisini oyaladığı iddiasına karşın, şikayet edilen avukat tarafından itiraz aşamasında, vekaletname bulunmasına rağmen aralarında bir sözleşme bulunmadığı, müştekinin tereddüdü nedeniyle davanın açılmamış olduğu ileri sürülmüş ise de, vekaletname verilmiş olmasının tek başına bir delil olmayacağı, ancak para da verilmiş olması nedeniyle, müştekinin iddialarına itibar edilmesi gerektiği, dolayısıyla, şikayet edilen avukatın açması gereken davayı açmadığı ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi ile Meslek Kuralları'nın 3. ve 4. maddelerine aykırılık teşkil eden bu davranışın disiplin suçunu oluşturduğu,

Diğer taraftan, şikayet edilen hakkında daha önce de benzer eylemleri nedeniyle bakanlığımızın 26.11.2001, 21.01.2002, 18.06.2003 günlü olurlarıyla kovuşturma izni verilerek ceza mahkemelerinde yargılandığı ve değişik gerekçelerle beraat ettiği, yine bir başka şikayet üzerine, müştekinin vekilliğini üstlendiği ve masraflar için de para aldığı halde açması gereken davayı açmadığından bahisle 24.08.2006 tarihli olurumuz ile hakkında kovuşturma izni verildiği, Kadıköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 11.10.2006 tarih ve K. 2006/... sayılı kararıyla da hakkında son soruşturmanın açılmasına karar verildiği, başka bir eyleminden dolayı da hakkında, 25.01.2003 tarihinde kesinleşmiş 500.000.000 TL para cezası bulunduğu,

Bu durumda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 136. maddesinin 1. ve 2. fıkraları hükmü karşısında, kesinleşme tarihinden itibaren üzerinden 5 yıl geçmemiş bulunan tekerrüre esas önceki para cezasından dolayı, kanununun

135/4. maddesi uyarınca şikayet edilen avukat hakkında işten çıkarma cezasının uygulanması gerektiği, Baro Disiplin Kurulu'nca da, tekerrür hükümleri ve eylemin ağırlığı dikkate alınarak, 158. maddede yer verilen delillerin serbestçe takdir edileceği ilkesi çerçevesinde altı ay süreyle işten çıkarma cezası verilmesinin yerinde olduğu,

Dolayısıyla, adı geçen benzer eylemleri itiyat haline getirdiğine ve hakkında kesinleşmiş para cezası bulunduğuna göre, eylem ile tayin edilen ceza arasında adaletli bir dengenin kurulamadığından bahisle Baro Disiplin Kurulu'nca verilen altı ay süreyle işten çıkarma cezasının, üç ay süreyle işten çıkarma cezasına çevrilmesinin yerinde olmadığı,

Anlaşıldığı cihetle, birliğiniz disiplin kurulunca yapılan değerlendirme ve verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir."

gerekçesiyle dosya bir daha görüşülmesi için iade edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikayetli avukatın üstlendiği işi gerektiği gibi yapıp yapmadığına ve özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığına ilişkindir.

Dosyanın yeniden ele alınarak yapılan incelenmesi sonucunda, şikayetlinin disiplin sicil özetinde daha önce iki adet para cezası aldığı görülmekte ise de, kovuşturma konusu eylem tarihinden (öğrenme tarihi olan 14.05.2003 tarih) önce şikayetlinin kesinleşmiş bir adet para cezası bulunduğu anlaşılmıştır.

Şikayetlinin eyleminin, Avukatlık Kanunu'nun altıncı kısmında yazılı esaslara aykırılık şeklinde gerçekleştiği gerek Baro Disiplin Kurulu gerekse Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu tarafından kabul edilmiştir. Avukatlık Kanunu'nun 136. maddesi gereğince, "bu kanunun avukatların hak ve ödevleri ile ilgili altıncı kısmında yazılı esaslara uymayanlar hakkında ilk defasında en az kınama, tekrarında davranışın ağırlığına göre, para veya işten çıkarma cezası" uygulanacağı belirtilmiştir.

Avukatlık Kanunu m. 158/3 gereğince, eylem ile verilecek ceza arasındaki denge ve adaletli bir uyumun gözetilmesi gereği disiplin kurullarının her zaman dikkate almak zorunda oldukları görevleri arasındadır.

İşten çıkartma cezası bir avukatın meslekten çıkartılmasından önce uygulanabilecek son yaptırımdır. Bu yaptırımın uygulanması bakımından 3 ay ile 3 yıl arasında değişen sürelerle disiplin kurullarına

yasa tarafından geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Bilindiği üzere takdir hakkı, keyfilikten uzak objektif koşullar çerçevesinde uygulanması gereken bir yetkidir. Bu çerçevede, ilk kez hakkında işten çıkartma cezası uygulanacak bir avukat için alt sınırdan ayrılmayı gerektirecek özel ağırlaştırıcı nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Bakanlığın iade gerekçesinde belirtilen şikayetlinin daha önce benzer eylemleri nedeniyle Bakanlığın 26.11.2001, 21.01.2002, 18.06.2003 günlü olurlarıyla kovuşturma izni verilerek ceza mahkemesinde yargılandığı, ayrıca Kadıköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 11.10.2006 tarih ve 2006/... sayılı kararıyla hakkında son soruşturmanın açılmasına karar verildiği yönündeki kabulü ile ilgili dosyamız içinde bilgi ve belge olmadığından, bu husus kurulumuzca verilen kararda nazara alınamamıştır.

Bakanlığın geri gönderme gerekçesinden şikayetlinin eylemlerini itiyat haline getirdiği kurulumuzca da kabul edildiğinden, Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme gerekçesi kabul edilerek, şikayetliye 3 ay süre ile işten çıkarma cezası verilerek, Baro Disiplin Kurulu kararının düzeltilerek onanmasına ilişkin kararımızın kaldırılarak, Baro Disiplin Kurulu'nun altı ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Adalet Bakanlığı'nın geri gönderme kararında gösterilen gerekçe kurulumuzca yerinde görülüp kabul edildiğinden, şikayetçinin itirazının reddi ile birliğimiz Disiplin Kurulu'nun 2006/... Esas, 2006/... Karar sayılı ve 17.11.2006 tarihli kararının kaldırılmasına, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat G.G. hakkında 6 ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, kararın Avukatlık Kanunu'nun 157/7 maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı'na bildirilmesine oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.02.2007

E. 2006/459

K. 2007/57

* **Avukatın, taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu düşmanlıkların dışında kalması**
(Av. K. m. 2, 140/4, 158/2;
TBB Meslek Kuralları m. 6, 27)

Şikayetçi avukat T. şikayet dilekçesiyle; “davacı T.B. vekili sıfatıyla açtığı Anamur Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 1999/... Esas sayılı suya yönelik müdahalenin önlenmesi davasının 09.03.1999 gününde yapılan duruşması çıkışında, koridorda bulunan bir kısım davalıların, davacı vekili olan şikayetli avukat H.’ye saldırıda bulunduğu, bunun üzerine, şikayetli avukatın, olay sırasında duruşma salonundan çıkmadığını bildiği halde müvekkili davalıların kışkırttığı için kendisine saldırdıkları” iddiasıyla, davacı T.’yi şikayet dilekçesi vermeye yönlendirdiği, bu suretle kendisinin görevi kötüye kullanmak suçundan dolayı Silifke Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2000/... Esas sayılı dosyasından yargılanmasına sebebiyet verdiği, yine söz konusu davada yalan beyanda bulunarak kendisinin cezalandırılmasını sağlamaya çalıştığını iddia ederek avukat H. hakkında bakanlığa şikayette bulunmuş, disiplin yönünden gereği yapılmak üzere durum Baroya bildirilmiştir.

Şikayetli avukat savunma dilekçesinde; “Anamur Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 1999/... Esas sayılı dosyasının 09.03.1999 tarihli duruşması çıkışında şikayetçi avukatın müvekkilleri tarafından saldırıya uğradığını, şikayetçi avukatın bu saldırı karşısında hiçbir şey yapmadığını, saldırganın Anamur Asliye Ceza Mahkemesi’nin 1999/... sayılı kararı ile mahkum olduğunu, şikayetçi avukat T.’nin Silifke Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2000/... Esas sayılı dosyasında beraat etmişse de bunu o gün Sulh Hukuk Mahkemesi’nde duruşması olmayan bir kısım arkadaşlarını tanık göstererek sağladığını, meslektaşların ikiye ayrılmasına ve meslektaşlar arası dayanışmayı sarsacak biçimde zorlandığını, gerçekte o gün Bozyazı’da duruşması olması nedeniyle dosyanın 11.30’a kadar beklenmesi için mazeret dilekçesi verdiğini, bu nedenle o gün saat 11.30’da bütün dosyaların duruşmasının bittiğini sadece kendi dosyaları olduğunu ve bu yüzden de duruşma salonunda hiç kimsenin bulunmadığını, iddiaların doğru olmadığını” beyan etmiştir.

Şikayetli hakkında Silifke Ağır Ceza Mahkemesi’nde ceza davası açılmış, yapılan yargılama sonucunda 24.06.2003 tarih ve 2002/... Esas, 2003/... Karar sayılı ilamla, şikayetlinin atılı suçları işlediği yolunda mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak kesin ve inan-

dırıcı deliller elde edilmediğinden atılı suçlardan ayrı ayrı beraatına karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, Ağır Ceza Mahkemesi'nin beraat kararının kesinleşmesini takiben, şikayetli avukatın, şikayet dilekçesinde ileri sürülen eylemlerinin kanıtlanmamış olduğu gerekçesiyle hakkında ceza tayinine yer olmadığına ve 5525 sayılı yasadan yararlanma talebinin reddine karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetçi avukat tarafından itiraz edilmiştir. Şikayetçi itirazında, şikayetlinin Ağır Ceza Mahkemesi'nde delil yetersizliğinden beraat ettiğini, mahkemece özel hukuka ilişkin haklarının saklı tutulduğunu, şikayetlinin ifadelerinde çelişkiler bulunduğunu, disiplin kurulunun bu durumu değerlendirerek yeterli inceleme yapmadığını, şikayetli avukatın 5525 sayılı yasadan yararlanmak istemesinin şikayetlinin suçlu olduğu anlamına geldiğini belirterek kararın bozulmasını istemiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun; şikayetli avukatın, şikayetçi avukat hakkında yalan beyanda bulunup, müvekkillerini kışkırttığı iddiasıyla kendisini haksız yere suçladığına ve bu yolla meslek kurallarını çiğneyip çiğnemediğine ilişkindir.

Disiplin kovuşturmasının şikayetçisi ve şikayetlisi olan avukatların, uzun yıllardan beri süren bir sorunda taraf olan kişilerin vekilliklerini yaptıkları dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinde; *"avukatlığın amacı, hukuki ilişkilerin düzenlenmesi, her türlü hukuksal sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamak"* olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede avukat, yargılamanın vazgeçilmez unsurudur.

Avukatlar, savundukları tarafın hak ve çıkarlarını öncelikle gözetmekle birlikte mahkemece verilecek kararın hakkaniyete uygun şekilde verilmesinde mahkemeye yardımcı olmak, adalet duygusundan uzaklaşmamak ve mümkün olduğunca objektif davranmak zorundadırlar. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 6. maddesi hükmü bu nedenle kabul edilmiş bir kural olup, bu kural avukatlar için önemli bir davranış ilkesidir. 6. madde gereğince avukat, iddia ve savunmanın hukuki yönü ile ilgili olup, taraflar arasında anlaşmazlığın doğurduğu

düşmanlıkların dışında kalmak zorundadır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27. maddesinde ise avukatların, meslektaşları, özellikle hasım meslektaşları hakkında küçük düşürücü nitelikte kişisel görüş ve düşünce açıklamayacakları kural olarak belirtilmiştir.

Bu yasal çerçeve içerisinde şikayetçi ve şikayetli avukatların, müvekkillerinin katılmış duygularına kendilerini alet ettirmek yerine, onları barıştıran, uzlaştıran ve hukuk içerisinde kalmalarını sağlayan bir yöntem izlemeleri ve dava konusu edilmiş sorunun adil bir şekilde çözümü için mahkemeye ve birbirlerine yardımcı olmaları yasal bir zorunluluk, mesleki bir görev ve etik bir değerdir.

Dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde, şikayetli ve şikayetçi avukatın müvekkilleri arasındaki dava uzadıkça, bu çekişmeden yararlandıkları, müvekkilleri arasındaki çekişmeyi kendi aralarında da sürdürdükleri, onlarla özdeşleştikleri yönünde izlenim yarattıkları, birbirlerini karşılıklı olarak şikayet etmiş olmalarından anlaşılmaktadır.

Disiplin yargılamasının amacı; verilecek kararlarla meslektaşlar arası etik değerlerin geliştirilmesine ve yüceltilmesine yardımcı olmak, avukatlık mesleğine kamunun güven ve inancını sarsacak davranışlara karşı mesleği korumaktır. Bu bakımdan disiplin kurulları, Avukatlık Kanunu'nun 140/4 maddesi çerçevesinde ceza mahkemesinin kararıyla bağlı değildir. Disiplin kurulları şikayete konu eylemleri değerlendirirken ceza yargılamasında olduğu gibi olayları dar olarak yorumlamaması, yukarıdaki amaca göre değerlendirme yapması gerekmektedir. Bu nedenle, Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun Ağır Ceza Mahkemesi kararını kendi kararına aynen gerekçe yapması, Avukatlık Kanunu'nun 158/2 maddesinde gösterilen ilkeye aykırı olup yerinde ve doğru bulunmamıştır.

Ancak, dosya kapsamından şikayetçinin kendi eylemi ile şikayet konusu olaya sebebiyet verdiği anlaşılmaktadır. Hiç kimse kendi kusurlu eyleminin sonucunda kendi lehine bir sonuç elde edemez. Bir avukatın, karşı taraf vekili olan meslektaşına karşı, gerekçesi ne olursa olsun, kendi müvekkilleri tarafından fiziki saldırıda bulunulması karşısında tepkisiz kalması asla onaylanamaz. Bir avukatın karşı taraf avukatına saldırı için müvekkilini kışkırtması zaten düşünülemeyecek

bir durumdur. Sonuçta şikayetli avukat saldırıya uğramış ve saldırgan mahkeme kararıyla ceza almıştır. Şikayetçi avukat, müvekkillerini denetleyemeyen veya müvekkili üzerindeki etkisini yitiren bir avukat konumuna düşmüştür. Bu durumda bir avukatın, aynı kişilerin vekilliğini yürütmesine yasal bir engel olmasa da, etik bir olgu olarak vekillikten çekilmeyi de göz ardı etmemesi gerekmektedir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının reddiyle, Mersin Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin 18.09.2006 tarih ve 2002/... Esas, 2006/... Karar sayılı kararının belirtilen gerekçeyle onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 23.02.2007
E. 2006/ 462
K. 2007/59

* **Avukatın, ihtirazi kayıt koymadan imzaladığı mahkeme tutanağındaki birçok hususu inkar etmesi**
(TBB Meslek Kuralları m. 4, 5, 11)

Şikayetli avukat hakkında; “şikayetçinin, duruşma hakimi tarafından kendisi hakkında söylenen olumsuz söyler nedeniyle tutulan tutanağı şikayetlinin imzaladığı, şikayetçi tarafından hakim hakkında açılan manevi tazminat davasında tanık sıfatı ile verdiği ifadesinde ise tutanakta yer alan bazı sözlerini inkar ettiği” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında; “tutanak tanzim edilirken yazılanların hepsine tanık olmadığını, bu hususu yönetim kurulu önünde şifahi olarak da bildirdiğini, disiplin cezası verilmesine dayanak alınan tutanaktaki beyanıyla, mahkemedeki tanık ifadesi arasında fark bulunmadığını” bildirmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetçi avukatın, davacı vekili olarak katıldığı Bursa 5. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/... Esas sayılı davasının 31.03.2005 tarihli celsesinde mahkeme yargıcı N.'nin sarf ettiği sözler nedeniyle şikayetlinin de imzasının bulunduğu 2

sayfadan ibaret 31.03.2005 tarihli “Tutanak” tanzim edildiği ve bu tutanak ile tutanakta imzası bulunanların tanıklığına dayanılarak, şikayetçi tarafından mahkeme yargıcı N. aleyhine Bursa 3. Sulh Hukuk Mahkemesi’nde, 2005/... Esas sayılı manevi tazminat davasının açıldığı, ancak davanın yargılaması sırasında dinlenen şikayetli avukatın da beyanlarının bulunduğu tanık anlatımlarına dayanılarak, mahkemece manevi tazminat davasının ret edildiği anlaşılmıştır.

Şikayetçi, “31.03.2005 tarihli tutanakta imzası olan şikayetlinin, tanık olarak dinlendiği manevi tazminat davasının 16.08.2005 tarihli celsesinde, tutanaktaki beyanlarını inkar etmesi nedeniyle” şikayetçi olmuş ve yapılan kovuşturma sonucunda Baro Disiplin Kurulu şikayetlinin eylemini, TBB Meslek Kuralları’nın 4. ve 5. maddelerine aykırı görerek şikayetli hakkında disiplin cezası tayin etmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetlinin, imzaladığını kabul ettiği tutanaktaki beyanları ile tanık olarak dinlendiği mahkemedeki ifadesinin birbirinden farklı olduğu anlaşılmıştır. Şikayetli 31.03.2005 tarihli tutanakta, “Av. E. söz istedi ve bilirkişi ücretinin tekrar davacıya yükletilmesinin AIHS ve Anayasadaki ‘adil yargılanma hakkını’ ihlal ettiğini ve bu ifadesinin zapta geçirilmesini talep etti. Hakim bunu zapta geçirmeyeceğini, zaten davanın başından beri bu tip ufak-tefek şeylerle davayı uzattığını, davanın zaten yanlış açıldığını, davacı vekilinin bunlardan başka davayla ilgili olarak iki, üç kere hata yaptığını, söyledi. Ayrıca 2. bilirkişi raporuna lüzumsuz olarak itiraz ettiğini söyledi” cümlelerinin yazılı olduğu, şikayetli ise aynı konu hakkında mahkemece alınan ifadesinde ise; “Duruşma hakimi davalı, (şikayetçiye hitaben) bu itirazların daha önce de dosyaya sunulduğunu ve reddedildiğini davayı uzatmaktan başka bir işe yaramayacağını söylediğini duyduğunu, diğer hususları duymadığını ve bu hususu tutanağı imzalarken şifahen söylemiş olduğunu ve şu anda verdiği ifadesinin doğru olduğunu” söylediği görülmüştür.

Şikayetli, altında imzası bulunan tutanağı herhangi bir ihtirazi kayıt koymadan imzalamış, ancak mahkeme aşamasında ise tutanakta yazılı olan bir çok hususu duymadığını bildirmiştir.

Şikayetlinin eylemi, TBB Meslek Kuralları’nın 4. maddesindeki; “avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır.”, 11. maddesindeki; “avukat, Türkiye Barolar Birliği’nce kabul olunan mesleki dayanışma ve düzen geleneklerine uygun davranmak zorundadır.” düzenlemelerine aykırı olup, eylem disiplin su-

çunu oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile Bursa Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 23.02.2007

E. 2007/1

K. 2007/61

* **Basılı evrak ve internet sitesinin kendini ifade etme sınırlarını aşması**

(Av. K. m. 34, 55, 136/2;

TBB Reklam Yasağı Yön.

m. 1, 6, 11;

TBB Meslek Kuralları m. 7, 8)

Şikayetli avukat hakkında kullandığı kartvizit ve internet sitesinde yer alan bilgiler nedeniyle Avukatlık Kanunu'nun 55., Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6., 11. ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 7. ve 8. maddesine aykırılık iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülmeyle disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat internetteki web sitesinin kardeşi tarafından bilgisi dışında tamamen iyi niyete dayalı olarak sürpriz yapmak amacıyla düzenlendiğini, ayrıca yer alan bilgilerin yasak kapsamında olduğunu bilmediğini, uyarı üzerine hemen kapattığını, kartvizitte yer alan figür ve yazıların kişisel amaçlı olmayıp, avukatlık mesleğinin yüceliğini belirtmek ve adalet açısından ulviyetini vurgulamak için konulduğunu, yıldızlı basımdan dolayı boyaların akması sebebiyle tüm kartların imha edildiğini, suç kastı bulunmadığını savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu düzenlemelerin reklam alması taşımadığı ve reklam yasağını ihlal kastı ihtiva etmediği gerekçesi ile disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar vermiştir.

TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; "Bu yönetmeliğin amacı; bu Yönetmelik kapsamında olanların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmalarının önlenmesidir. Avukatların mesleklerini özen, doğruluk ve onur içinde yerine

getirmelerini, avukatlık sıfatının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmelerini, yargılama faaliyetindeki yerlerini ve işlevlerini olumsuzlaştıracak ve yargının görünümü bozacak davranışlardan kaçınılmasını sağlamaktır." olarak belirtilmiştir.

Bu amaç doğrultusunda Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin "Basılı Evrak" başlıklı 6. maddesi; "Başlıklı kağıtlar, kartvizitler ve diğer basılı evrak, reklam niteliği taşıyacak aşırılıkta olamaz. Başlıklı kağıtlarda, kartvizitler ve diğer basılı evrakta, sadece avukatlık unvanı, varsa akademik unvan, adı ve soyadı, adres, telefon faks numaraları, internet ve e-posta adresleri ile bağlı buldukları Baro ve Türkiye Barolar Birliği sicil numaraları, vergi dairesi ile vergi sicil numarası yer alabilir." hükmünü amirdir.

Avukatlık Kanunu'nun 55. maddesi, "Avukatların iş elde edebilmek için reklâm sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaktır." ,

TBB Meslek Kuralları'nın 7. maddesi, "Avukat salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır." , 8. maddesi, "Avukat kendine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir." ,

Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 11. maddesi, "Bu yönetmelik kapsamında olanlar salt ün kazanmaya yönelik her tür girişim ve eylemlerden kaçınmak, iş elde etmek için reklâm sayılabilecek her hangi bir girişim ve eylemde bulunmamak, üçüncü kişilerin kendileri için reklâm sayılabilecek davranışlarına izin vermemek, engel olmak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler." hükmelerini amirdir.

İncelenen dosya kapsamından yaldızlı kartvizitin ön yüzünde elinde terazi tutan bir kadın figürü ve "Gecikmiş Adalet, Adalet değildir.", arka yüzünde "Kimseye, ne müvekkile ne hakime, ne de iktidara tabiyiz. Bizim aşağıımızdaki kişilerin varlığı iddiasında değiliz. Fakat hiçbir hiyerarşi üst de tanımıyoruz. En kıdemsizin, en kıdemlisinden veya isim yapmış olandan farkı yoktur, avukatlar esir kullanmadılar. Fakat efendileri de olmadı (Molierac)" sözlerinin yazılı olduğu, internet sitesini içeriğinin de kendini ifade etme sınırları dışında olduğu görülmüştür.

Yasanın, TBB Meslek Kuralları'nın ve Reklam Yasağı Yönetmeliği hükümlerinin bir kamu hizmeti olan avukatlık mesleğini, iş temini konusunda meslektaşlar arasında haksız rekabetin yaratılması, mesleğin ticarileştirilmesi ve avukatın iş sahipleri karşısında bağımsızlığını

kaybetme tehlikelerine karşı korumak için getirilen kurallar olduğu tartışmasızdır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin özel bir kastla işlenmemesi sebebiyle disiplin suçu oluşturmadığı şeklindeki değerlendirmesinde hukuksal isabet bulunmamaktadır.

Şikayetlinin eylemi Avukatlık Kanunu'nun 34, 55., Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 7, 8. ve Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 1, 6, 11. maddelerine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturduğu ve Avukatlık Kanunu'nun 6. kısmında yer alan 34 ve 55. maddelere aykırı olması sebebiyle Avukatlık Kanunu'nun 136/2 maddesine göre kınama cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, itirazın kabulü ile Tekirdağ Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulmadığından şikayetli avukat E.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI

MERAL / TÜRKİYE DAVASI (Başvuru no: 2002/33446)

Fransızca aslından çev.: Özlem YILMAZ*

İKİNCİ BÖLÜM KARAR 27 Aralık 2007

Bu karar sözleşmenin 44/2. maddesindeki koşullar gereğince kesinleşecektir. Kararda şekle ilişkin düzeltmeler yapılabilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2. Bölümü 6 Kasım 2007 tarihinde ,

F. TULKENS, başkanlığında
Yargıçlar
A. B. BAKA ,
R. TÜRMEEN,
V. ZAGREELSKI,
A. MULAROVI,
D. JOCIENE,
D. POPOVIC,

ve yazman O'BOYLE'UN katılımı ile daire halinde toplanarak başvuruya ilişkin olarak aşağıda yer alan kararı vermiştir.

* Av., İzmir Barosu..

USUL

1. 2002/33446 sayılı başvuru Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne karşı bu devletin vatandaşı olan M. Bayram Meral (başvurucu) tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 34/2. Maddesi gereğince 29 Temmuz 2002 tarihinde mahkeme önüne getirilmiştir.

2. Başvurucuyu mahkemede önünde İzmir Barosu avukatlarından Bay Güney Dinç temsil etmiştir. Türk hükümeti mahkeme önündeki yargılamanın sonuna kadar hükümet ajanı ile temsil edilmemiştir.

3. Başvurucu şikayet edilen devletin başvuruda ileri sürülen olaylar nedeniyle sözleşmenin 6/1 ve 1 nolu ek protokolün 1. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

4. 26 Ekim 2005 tarihinde, Mahkeme başvurunun Türk hükümetine bildirilmesine karar vermiştir. Aynı tarihte sözleşmenin 29/3. maddesi gereğince başvurunun temeli ve kabul edilebilirliğinin incelenmesine karar vermiştir.

VAKA

1. OLAYLARIN GELİŞİMİ

5. Başvurucu 1958 Ödemiş doğumludur.

6. 1987 tarihinde başvuru İzmir ilinin Karaburun ilçesi civarında 3220 metrekarelik bir arsa satın almıştır. 9 Şubat 1994 tarihinde bu arazi askeri güvenlik bölgesi sınırları içine alınmıştır.

7. 14 Şubat 1994 tarihinde başvuru Karaburun Belediyesi'ne inşaat ruhsatı almak için başvurmuştur. 6 Aralık 1995 tarihinde Belediye mevzuat gereğince önce Genelkurmay Başkanlığı'na başvurulması gerektiğini belirterek başvuru sahibinin ruhsat talebini reddetmiştir.

8. 22 Nisan 1996 tarihinde başvuru ve gayrimenkulleri askeri güvenlik bölgesi sınırları içinde kalan beş malik Genelkurmay Başkanlığı'na başvurmuşlardır.

9. 12 Kasım 1997 tarihinde Genelkurmay Başkanlığı başvuru sahibinin talebini arsa askeri güvenlik bölgesi içinde bulunduğu gerekçeyle reddetmiştir.

10.1 Aralık 1997 tarihinde başvuru Genelkurmay Başkanlığı'na malının kamulaştırılması talebini içeren bir dilekçe sunmuştur.

11.17 Şubat 1998 tarihinde Genelkurmay Başkanlığı'nın (yanıt verme süresinin yanıt vermeden geçmesinin) zımni red kararının ardından başvuru İzmir İdare Mahkemesi'nde bu kararın iptaline ilişkin bir dava açmıştır.

12. 30 Mart 1998 tarihinde Milli Savunma Bakanlığı İdare Mahkemesi'ne savunma dilekçesi sunmuştur. Bu dilekçede idare Anayasa'nın 35. maddesine dayanarak kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkının sınırlanabileceğini, dava konusu taşınmazların askeri güvenlik bölgesi içinde bulunması nedeniyle idarenin kamulaştırma yükümlülüğünün bulunmadığını belirtmiştir.

13.14 Mayıs 1998 tarihli dilekçesinde başvuru arsa üzerindeki kısıtlamaya ilişkin olarak özel mülkiyet ile kamu yararı arasında denge kuracak şekilde bir düzenleme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Dilekçesinde mahkemenin bu konudaki içtihatlarına dayanmıştır.

14. 10 Mart 1999 tarihinde İzmir İdare Mahkemesi'nde davaya ilişkin duruşma yapılmıştır. İzmir İdare Mahkemesi karar vermeden önce idareden askeri güvenlik bölgesine ilişkin harita ve diğer belgeleri sunmasını istemiştir.

15.4 Haziran 1999 tarihinde İzmir İdare Mahkemesi başvuruçunun davasını reddetmiştir. İdare Mahkemesi kararında; yasaya dayanan taşınmazların askeri güvenlik bölgesi sınırları içine alınması kararı sonrasında idarenin arsanın kamulaştırılmasını önermesinin olanaklı olduğu ancak idarenin bu konuda yükümlülüğü bulunmadığı gerekçesine yer vermiştir. Öte yandan kararda bu bölgede sadece tesis kurma ve inşaat yapma açısından kısıtlama olduğu, ancak taşınmazların maliklerinin taşınmazlarında oturmaya devam edebildikleri ve tarım yapabilecekleri belirtilmiştir.

16. 2 Ağustos 1999 tarihinde başvuru bu kararı temyiz etmiştir.

17. 12 Aralık 2000 tarihinde Danıştay 4 Haziran 1999 tarihli idare mahkemesi kararını usul ve yasaya aykırı olmadığı gerekçesiyle onanmıştır. Aşağıda kararın bir bölümünden bir alıntı yer almaktadır:

“Talep özetle :(.....)

Danıştay Tetkik Hakimi Bayan E. Emel Çelik'in görüşü ilk derece

mahkemesinin kararının onanması yönündedir.

Danıştay Savcısı Bayan Tülin Özenç'in görüşü: Temyiz dilekçesinde sunulanlar İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 49/1. maddesine aykırıdır. İlk derece mahkemesinin kararı hukuksal ve yasal gerekçelere dayanmaktadır. Bu nedenle kararın bozulması talebinin reddi uygundur."

18.12 Mart 2001 tarihinde başvuru 12 Aralık 2000 tarihli kararın düzeltilmesini talep etmiştir. Karar düzeltme dilekçesinde bu kararın 1 no.'lu ek protokolün 1. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Öte yandan tetkik hakimi ve Danıştay Savcısı'nın görüşlerinin tebliğ edilmemesinin sözleşmenin 6. maddesi anlamında silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

19.22 Kasım 2001 tarihinde Danıştay karar düzeltme talebini reddetmiştir.

20.Hükümet 29 Mayıs 2002 tarihinde arsanın askeri güvenlik bölgesi sınırlarına alınma kararının kaldırılmasına ilişkin tapu sicil kaydından bir örnek sunmuştur.

ETKİN İÇ HUKUK YOLLARI

21. 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanun'un 20. maddesi hükmü aşağıda yer almaktadır :

"1.Askeri güvenlik bölgelerine ilişkin olarak aşağıda yer alan ilkelere uygulanır :

a) Kamu veya özel kuruluşlara ait stratejik değeri haiz her türlü yer ve tesislerin çevresinde bu Kanun hükümlerine göre özel güvenlik bölgeleri kurulabilir.

(...)

22. Danıştay Fransız Danıştay'ından esinlenilerek 1868 yılında kurulmuştur. İdari Yargılama temel olarak yazılı usule tabidir.

23. Tetkik hakimleri ve Danıştay savcıları idare yargı hakimleri arasından atanır. (257 sayılı 1982 tarihli Danıştay Kanununun 11. Maddesi) Danıştay savcılarının amiri ise Danıştay Başsavcısıdır. (Madde 60)

24. Savcılar Danıştay başsavcısı adına dosyaları inceler ve görüşle-

rini yazılı olarak açıklarlar. (Madde 90 Danıştay İçtüzüğü 31 Ocak 2002 tarihinde resmi gazetede yayınlanmıştır.) Danıştay Başkanını temsilen devlet organlarından bilgi talep edebilirler. (yasa maddesi 61 tüzük maddesi 9-d)

25. Tetkik hakimleri ise Danıştay Başkanının, bölüm ve daire başkanlarının gönderdiği dosyaları inceler, yetkili bölüm veya daireye açıklamada bulunurlar. Yazılı veya sözlü olarak görüş açıklar, karar taslaklarını hazırlarlar. Bölüm veya daire başkanlarının verdiği diğer ileri yaparlar. Tutanakları düzenleyip hazırlarlar.

26. 6 Ocak 1982 tarihli İdari Yargılama Usulüne İlişkin Kanununun 18. Maddesi gereğince Danıştay'ın tüm duruşmalarına savcının katılması zorunludur. Savcı taraflar dinlendikten sonra yazılı görüşünü sunar. Ardından taraflar söz alır.

KARAR

I. ADİL YARGILAMA USULÜNE İLİŞKİN OLARAK SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

27. Başvurucu Danıştay önündeki yargılamanın hakkaniyete uygun yapılmadığını belirtmiştir. Sözleşmenin 6/1. Maddesi aşağıda yer almaktadır:

“Herkesin gerek medeni hak ve yükümlülükler gerekse kendisine yöneltilmiş suçlamalar açısından (...) bir mahkeme önünde (...) hakkaniyete uygun olarak yargılanma hakkı vardır.”

A KABUL EDİLEBİLİRLİK AÇISINDAN

28. Mahkeme bu şikayetin sözleşmenin 35/3. Maddesi anlamında temelden yoksun olmadığını belirlemiştir. Başvurunun kabul edilmezliğine ilişkin hiç bir gerekçe bulunmamaktadır. Başvurunun kabul edilebilirliğini açıklamak uygun olacaktır.

B BAŞVURUNUN TEMELİ AÇISINDAN

1. Tarafların İddiaları

29. Başvurucu temyiz talebinin reddine ilişkin Danıştay tetkik ha-

kimi ve Danıştay Savcısının görüşlerinin kendisine tebliği edilmediğini ileri sürmüştür. Bir savcı ve bir tetkik hakiminin dava üzerine çeşitli noktaları açıklamak üzere müdahale ettiklerini ve bu müdahaleye karşı tarafların görüşlerden haberdar olmadıklarından cevap verme olanaklarının bulunmadığına dikkat çekmiştir. Bu durumun silahların eşitliği ilkesinin pratik bir ihlali olduğunu belirtmiş ve Göç Türkiye kararına (No 36590, CEDH 2002-V) dayanmıştır.

30. Hükümet savcı ve tetkik hakiminin görüşünün iki tarafa da tebliğ edilmemesinin silahların eşitliği ilkesine uygun olduğunu belirtmiştir.

Ayrıca Hükümet dosyanın incelenmek üzere Danıştay başsavcısına gönderilmesinin idari yargılama usulü gereği olduğunu belirtmiştir. Başsavcı dava dosyasına ilişkin yazılı görüşlerini hazırlayarak yetkili daireye gönderir. Tetkik hakimi inceler ve yargıçlar kuruluna sözlü olarak görüşlerini sunar. Ardından yargıçlar müzakere eder ve bir karar verirler. Karar taslağı tetkik hakimi tarafından yazılır. Yargıçlar bu taslağı inceleyip karar verirler. Bir davaya ilişkin olarak ne Danıştay savcısının ne de tetkik hakiminin görüşü Danıştay yargıçları için bağlayıcı değildir. Yargıçlar bu görüşlere bağlı kalmadan karar verirler. Öte yandan eğer Danıştay'da duruşma yapılıyorsa Danıştay savcısı da duruşmaya katılır. Ve savcının görüşlerini açıklamasından sonra taraflar söz alıp beyanda bulunabilirler.

31. Danıştay'ın ilk derece mahkemesinin kararını onama kararının gerekçesi savcı ve tetkik hakiminin görüşleri ile örtüşmektedir. Başvurucunun karar düzeltme talebinde bu durumu ileri sürmemiştir. Öte yandan idare mahkemesi önündeki yargılama sırasında başvuru savcının görüşünü dosyadan inceleme olanağı olan bir avukat tarafından temsil edilmiştir.

2. MAHKEMENİN DEĞERLENDİRMESİ

a) Savcının Görüşlerinin Tebliğ Edilmemesine İlişkin Olarak

32. Mahkeme Danıştay Savcısının Danıştay önüne gelen dosya üzerinde ilk inceleme yapmasının; bu araştırma ve incelemeden edindiği bilgileri yargıçların kullanması için sunmanın yasadan kaynaklanan görevi olduğunu belirlemiştir. (Yukarıda 24. Paragraf) Aynı şekilde

savcı ilk derece mahkemesinin kararının onanması ya da bozulmasına ilişkin görüşünü de yazılı olarak açıklar.

33. Savcının bu görevlerini tarafsız olarak yerine getirdiği konusunda şüphe yoktur. Öte yandan bozma ya da onamaya ilişkin görüşü taraflara tebliğ edilmez. Savcının yazılı görüşleri mahkeme kararlarının oluşumunda etkilidir. Adil yargılanma kavramı ilkesel olarak tarafların karara etkili olacak her türlü itiraz, görüş, belge ve bilgi ve tartışmadan bilgi sahibi olmasını gerektirir. (Bakınız örneğin Martinie-Fransa (GC) 58675/00 numaralı karar 46. paragraf CEDH 2006)

34. Mahkeme Kress-Fransa (98 /39594 no.'lu paragraf 64-65 CEDH 2001-VI) kararını hatırlatır. Mahkemenin bu içtihadında ceza yargılaması ya da medeni haklara ilişkin bir yargılamada davaya ilişkin olay, tartışma, bilgi ve belgelerin taraflara cevap vermeye olanak bulabilecekleri şekilde önceden bildirilmesinin çelişmeli yargılama ilkesinin gereği olduğu belirtilmiştir. Bu davada farklı olaylara ilişkin olarak sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Bayan Kress'in başvurusunda, mahkeme Danıştay Kanun Sözcüsü'nün Danıştay önündeki yargılama sırasında sunduğu sözlü görüşlerinin tarafların katıldığı duruşma sırasında ve kamuya açık olarak sunulduğunu belirtmiştir. (paragraf 73) Öte yandan Kress davasında başvuru-cunun avukatları duruşmadan önce Danıştay sözcüsünün görüşlerine ulaşmışlar ve bu görüşlere genel anlamda duruşma sırasında yanıt verebilmişlerdir. Mahkeme başkanı karara bu konudaki tartışmaları eklemiştir. (paragraf 76) Ancak duruşma yapılmaması halinde de tarafların itiraz gerekçelerinin Danıştay tarafından incelenmesinin güvenceleri bulunmamaktadır. (Duruşma sırasında görüşlere yanıt verebilme olanağına ilişkin olarak Wynen-Belçika Kararı 32576 /96 sayılı karar paragraf 35-CEDH-2002- VIII)

35. Başvurucu kendisini temsil eden avukatın savcının görüşünün bir örneğini Danıştay kaleminden istediğini belirtmiştir. Mahkeme bu durumun çelişmeli yargılama ilkesi açısından tam bir güvence oluşturmadığı kanısındadır. Göç kararında olduğu gibi(paragraf 57) Danıştay kaleminin başvurucuya savcının ve tetkik hakiminin görüşünü tebliğ etmesi halinde başvuru-cunun bu görüşe cevap verme olanağı olacaktı. Bu gereklilik açısından iç hukukta bir düzenleme bulunmamaktadır.

36. Öte yandan mahkeme başvuru-cunun avukatının dosyaya sunulan yeni belge ve bilgiler hakkında bilgi sahibi olmak ve tarafların

bilgi açısından eşit hale gelebilmesi için girişimlerde bulunduğu fakat bu girişimlerin savcının görüşünü öğrenme olanağını garanti altına almadığına ve tüm başvurularına rağmen bilgi alamadığına dikkat çekmiştir. (paragraf 57)

37. Hükümet İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 18. maddesi gereğince duruşma yapıldığına, (yukarıda 26. Paragraf) tarafların savcı görüşünü açıkladıktan sonra söz aldıklarına dikkat çekmiştir. İlk bakışta savcının görüşlerine cevap verme olanağı var gibi görünmektedir. Ancak Mahkeme bu varsayımın Danıştay'ın duruşma yapmaksızın incelemeye yetkili olduğu işler için geçerli olmayacağı kanısındadır. (Bakınız Wynen kararı paragraf 38)

38. Sonuç olarak Danıştay savcısının görüşlerine karşı başvuru yazılı olarak yanıt verme olanağından yoksun kalmıştır ve bu durum başvuruçunun çelişmeli yargılanma hakkının ihlal edildiği anlamına gelir.

39. Bu nedenle sözleşmenin 6/1. maddesi ihlal edilmiştir.

b) Tetkik Hakiminin Görüş ve Değerlendirmelerinin Başvuruçuya Tebliğ Edilmemesine İlişkin Olarak

40. Tetkik hakiminin görüşlerinin başvuruçuya önceden tebliğ edilmemesine ilişkin olarak mahkeme öncelikle tetkik hakiminin görevinin savcıdan farklı olduğunu belirlemiştir. Tetkik hakimleri Danıştay başkanı daire ve bölüm başkanlarının kendilerine gönderdiği dosyaları incelerler, savcılar ise Danıştay Başsavcısına bağlıdır. Genel kural tetkik hakimlerinin bir dosya üzerinde inceleme yapabilecekleridir. Bu durum tetkik hakiminin bir ön karar taslağı hazırlaması görevini de içerir.

41. Öte yandan Türk mevzuatı tetkik hakiminin Danıştay önündeki yargılamada etkisi ve rolü üzerine kesin bir açıklama içermemektedir. Bu hakimlerin Danıştay'ın müzakere ve kararlarına olan etkisini belirlemek çok güçtür. Bazı durumlarda yazılı veya sözlü olarak tetkik hakiminin görüşüne başvurulur. Bu görev dışında tetkik hakimleri daire başkanları veya Danıştay Başkanı tarafından yetkilendirilip görevlendirilebilirler. Bu yetkilendirme ile tetkik hakimleri karar taslaklarını yazar ve tutanakları düzenlerler.

42. Öte yandan Mahkeme Reinhardt ve Slimane-Kaid Fransa kararının tersine (31 Mart 1998 tarihli karar 1998-II sayfa 664 paragraf

101)başvurucu tetkik hakiminin görüşünün kendisine bildirilmeyişini şikayet etmekle yetinmiş, tetkik hakiminin karar taslaklarını hazırladığından ve dosya konusunda kendisine danışıldığından dolayı şikayette bulunmadığını belirlemiştir.

43. Mahkeme bu nedenle sözleşmenin 6/1 maddesinin ihlal edilmediği kanısına varmıştır.

II. YARGILAMA SÜRESİ AÇISINDAN SÖZLEŞMENİN 6/1. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDIASI AÇISINDAN

44. Başvurucu şikayetinde idari yargı önündeki yargılamanın uzun sürdüğünü belirtmiştir. İhlal edildiği iddia edilen Sözleşme'nin 6/1. Maddesi aşağıda yer almaktadır :

“Herkes gerek kendisine yöneltilen suç isnadı gerekse medeni hak ve yükümlülükler açısından karar verecek (...)mahkeme önünde makul bir sürede yargılanma hakkına sahiptir.”

45. Mahkeme tarafların görevli İzmir İdare Mahkemesi'ndeki yargılamanın başlangıcını dava açıldığı gün olan 17 Şubat 1998 olarak belirttiklerini tespit etmiştir. Yargılamanın bittiği tarih (Danıştay'ın karar düzeltme talebini reddettiği tarih olan 12 Haziran 2002 tarihi) açısından da taraflar arasında ihtilaf bulunmamaktadır. (Bakınız Rodoplu/ Türkiye 41665/02 paragraf 27, 23 Ocak 2007) Yargılamanın üç aşaması yaklaşık 4 yıl 3 ay sürmüştür.

46. Mahkeme yargılamanın makul sürede yapılıp yapılmadığını aşağıda belirtilen koşullar ve Mahkemenin içtihatlarında yer alan kriterlere göre değerlendirdiğini hatırlatır. Bu kriterler davanın karmaşıklığı, başvurusunun davranışı ve yetkili makamların davranışdır. (Frylender –Fransa 30979 /96 numaralı karar paragraf 43 CEDH 2000 – VII)

47. İdari yargılama açısından 4 yıl 3 aylık bir süre yargılamanın 3 aşaması birlikte değerlendirildiğinde aşırı değildir. Öte yandan dosya kapsamı değerlendirildiğinde işlemsiz geçirilen periyod bulunmamaktadır. Ayrıca adli makamların ivedilikten kaçındığını gösteren bir veri de bulunmamaktadır.

48.Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle başvurunun bu kısmı temelden yoksun olduğundan Sözleşmenin 35/3 ve 4. maddeleri gereğince

kabul edilmezliğine karar verilmiştir.

III. 1 NUMARALI EK PROTOKOLÜN 1. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

49. Başvurucu arsası askeri güvenlik bölgesi sınırları içine alındığından inşaat yapmasının olanaksız olduğunu, bu nedenle 1 no.'lu ek protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

1 nolu ek protokolün 1. maddesi aşağıda yer almaktadır:

“Her gerçek veya tüzel kişinin mülkiyet hakkı vardır. Bu hak ancak uluslararası hukuk ilkeleri ve yasalar tarafından kamu yararı gerekçesi ile sınırlandırılabilir.”

50. Hükümet başvurusunun idari yargıdaki tüm başvuru yollarını kullanmadığını bu yüzden iç hukuk yollarının tüketilmemiş olduğunu iddia etmiştir. 2577 sayılı yasanın 13. Maddesine göre idareye karşı bir tazminat davası açmanın etkili bir başvuru yolu olduğunu ve tüketilmediğini belirtmiştir.

51. Başvurucu bu iddianın aksini savunmuştur.

52. Sözleşmenin 35/1. maddesinde yer alan iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmesi kuralı kişilere sorunu uluslararası yargı önüne götürmeden önce devletin iç hukukunda çözme veya devlete karşı adli bir organda dava açma yükümünü getirir. Öte yandan uluslararası yargıya başvurmadan önce iç hukukta durumun düzeltilmesi olanağı kullanılmalıdır. Ayrıca bu kuralın uygulanabilmesi için başvurusunun tüketebileceği, ihlalin sonuçlarını gidermeye elverişli ve yeterli başvuru yolları bulunmalıdır.(Aksoy- Türkiye Kararı 18 Aralık 1996, VI, sayfa 2275-2276, paragraf 51-52)

53. Bu durumda Mahkeme başvurusunun sadece Genelkurmay'ın reddettiği talepte bulunmakla yetindiğini belirlemiştir. Başvurusunun bu talebi arsası askeri güvenlik bölgesi sınırları içinde yer aldığından kamu yararı gerekçesiyle reddedilmiştir. Öte yandan Hükümet başvurusunun iddia ettiği zararlar açısından bir tazminat davası açabileceğini belirtmiştir. (Bakınız aynı konuda, Gülizar Öz - Türkiye 40687 /98 kararı ve Sporrong ve Lönnroth-İsveç Kararı 23 Eylül 1982 seri A no 52 paragraf 27, 71) Hükümet tarafından ileri sürülen başvuru yolunun etkin olmadığına, ilişkin hiç bir argüman bulunmamaktadır. Hükümet

tarafından ileri sürülen bu itiraz başvurunun bu kısmının temelden yoksun olduğunu göstermektedir.

54. Bu nedenle başvurunun bu kısmı sözleşmenin 35/1 ve 4 maddeleri gereğince kabul edilemez bulunmuştur.

IV. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI AÇISINDAN

55. Sözleşmenin 41. maddesi aşağıda yer almaktadır.

“Mahkeme sözleşme ve protokollerin ihlal edildiğine karar verirse ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını tam olarak gideremiyorsa, mahkeme hakkaniyete uygun bir şekilde zarar gören taraf lehine adil tatmine hükmeder”

A. TAZMİNAT

56. Başvurucu maruz kaldığı zarar için 39.954 Euro maddi tazminat istemiştir. Manevi tazminat miktarı olarak 5000 Euro talep etmiştir.

57. Hükümet bu miktarların aşırı olduğunu belirtmiştir.

58. Mahkeme başvuruçunun talep ettiği maddi tazminat ile ihlale uğrayan hakkı arasında bir illiyet bağı bulunmadığını tespit etmiştir. Yukarıda 32-39. paragraflarda belirtilen ihlal olduğuna ilişkin verilen karar başvuruçucu için manevi giderim sağlayacaktır.

B. MASRAF VE GİDERLER

59. Başvurucu mahkeme önünde temsilcisinin yargılama sonuna kadar yaptığı hizmet için vekalet ücreti olarak 4000 Euro, mahkeme ve iç hukuktaki yargılama masrafları için 1500 Euro olmak üzere toplam 5500 Euro masraf ve gider talep etmiştir. İç hukuktaki yargılamaya ilişkin giderleri gerekçelendirmiştir.

60. Hükümet başvuruçunun bu talebine ilişkin başvuruçunun hiç bir gerekçe sunmadığını belirtmiştir.

61. Mahkeme ancak gerçek, zorunlu ve makul olmayan masraf ve

giderlerin ödenmesine karar verilebileceğine ilişkin içtihatlarını hatırlatır. Başvurucu avukatlık ücretine ilişkin gerekçe sunmamıştır. Bu nedenle mahkeme bu talebi reddetmiştir. Buna karşılık Mahkeme masraf ve giderler için başvurucuya toplam 1000 Euro ödemenin makul olduğuna karar vermiştir.

C. GECİKME FAİZİ

62. Mahkeme Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranının 3 puan üstünde gecikme faizi uygulanmasına karar vermiştir.

Tüm bu gerekçelerle mahkeme oybirliği ile; başvurunun

1. Danıştay savcısının görüşlerinin başvurucuya tebliğ edilememesine ilişkin bölümünün kabul edilebilirliğine; geri kalan bölümlerinin kabul edilmezliğine;

2. Sözleşmenin 6/1. maddesinin Danıştay savcısının görüşünün başvurucuya tebliğ edilememesi açısından ihlal edildiğine;

3. Danıştay tetkik hakiminin görüşünün başvurucuya tebliğ edilmemesi açısından sözleşmenin 6/1. maddesinin ihlal edilmediğine;

4. İhlal kararı verilmesinin başvurunun maruz kaldığı manevi zararın giderilmesi ve adil tatmin için yeterli olduğuna;

5. a) Başvurucunun yapmış olduğu tüm masraf ve giderler için sözleşmenin 44/2. maddesi gereğince kararın kesinleşmesinden itibaren 3 ay içinde 1000 euronun başvurucuya ödenmesine;

b) Ödenecek bu miktara Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranının 3 puan üstünde gecikme faizi uygulanmasına;

6. Geri kalan adil tatmin taleplerinin kabul edilmezliğine karar vermiştir.

Bu karar 27 Kasım 2007 tarihinde içtüzüğün 77/2 ve 3. maddeleri gereğince Fransızca olarak yazılmıştır.

Yazman

S.DOLLE

BAŞKAN

F.TULKENS

YÖNERGELER

AVUKATLIK HİZMETİNİN AET VE AB BÜNYESİNDE SERBEST DOLAŞIMI İLE İLGİLİ OLARAK 77/249/EEC VE 98/5/EC SAYILI YÖNERGELER

Alper Can AYKAÇ*

Emek, sermaye, mal ve hizmetlerin iç pazarda serbest dolaşımını amaçlayan Avrupa Ekonomik Topluluğu ve Avrupa Birliği, hukuk hizmetlerinin de serbest dolaşımını düzenleyen kurallara yer vermiştir. AB müktesebatının 3. faslı olan “yerleşme hakkı ve hizmet sunumu serbestisi” kapsamında ele alınan hukuk hizmetleri ile ilgili olarak AB hukukunda iki Yönerge bulunmaktadır.

22 Mart 1977 tarihli, 77/249 EEC sayılı yönerge hukuk hizmetinin geçici olarak diğer AB üyesi ülkelerde sunulabilmesini amaçlamaktadır. Buna göre hukukçular (m. 2), kendi ülkelerinin mesleki unvanı altında (m. 1/2), diğer AB üyesi ülkelerde bile hukukî tavsiye verebilir (m. 4/4) ve müvekkilini mahkeme önünde temsil edebilir (m. 5). Bu koşullar altında mesleki etkinliklerin takibi için yurtdışındaki baroya kaydolmak gerekmemektedir. Ancak bu kişinin konuk olduğu ülkedeki mesleki yürütme kurallarını da gözetmesi gerekmektedir (m. 4/2).

16 Şubat 1998 tarihli, 98/5/EC sayılı yönerge ise hukuk hizmetinin anavatan mesleki ünvanı altında kalıcı olarak diğer AB üyesi devlette sunulmasını ve hukukçunun yerleşme hakkını düzenlemektedir (m. 2). Bununla birlikte 98/5/EC sayılı yönergede ev sahibi üye devletin mesleki ünvanına sahip olmanın da kolaylaştırılması amaçlanmıştır (m. 10). Ayrıca, ev sahibi üye devletin barosuna kaydolmak (m. 3), meslek kuralları (m. 6), disiplin kuralları (m. 7), kanun yolları (m. 8), maaşlı çalışma (m. 9), ortak çalışma (m. 11), ev sahibi ve ana üye devlet arasındaki işbirliği (m. 13) ile ilgili hükümlere de yer verilmiştir.

Bilginize sunulan gayrı resmi çeviri içerisinde kavramlara ilişkin önemli bir not düşmek gerekiyor. Ülkemizde hukuki danışmanlık hizmeti vermek ve kişileri hukuken temsil etmek görevini yürüten kişile-

* Av., Eskişehir Barosu.

rin unvanı “*avukat*” olmakla birlikte, her ülkede farklı sistem ve farklı unvanların kullanılmasından ötürü, ilgili yönergeler hukuk hizmetini veren kişilerin tümünü *hukukçu* (*lawyer*) unvanı altında ele alıp, AB üyesi devletlerde kullanılan hukukçu unvanlarını ayrıca belirtmiştir (bkz 77/249/EEC m. 1/2, m.2; 98/5/EC m. 1/2, m. 2). Ayrıca Birleşik Krallık’taki ve İrlanda’daki sistemlere ilişkin bazı özel durumlar yönergeler içerisinde anılmaktadır. Bu özel durumlara ilişkin hükümlerde Birleşik Krallık’taki anlamıyla *avukat* (*advocate*) unvanı ayrıca ele alınmıştır (bkz. 77/249/EEC m. 1/1, m. 4/3; 98/5/EC m. 3/3, m. 5). Kavramların birbirine karıştırılmamasını sağlamak amacıyla *lawyer* sözcüğünün karşılığında *avukat* yerine *hukukçu* sözcüğü kullanılmıştır.

Dilimizde *hukukçu* terimi genellikle avukatlar, yargıçlar ve savcılar başta olmak üzere, tüm hukuk fakültesi mezunlarını içine alıyor olsa da, ilgili yönergeler bağlamında *hukukçu*, kişilerin temsiline ve hukukî danışmanlık hizmeti vermeye yönelik meslek olarak ele alınmalıdır.

► B

**Hukukçuların Hizmet Sağlama Özgürlüğü ile
Etkili Uygulamayı Kolaylaştıran
22 Mart 1977 Tarihli
KONSEY YÖNERGESİ
(77/249/EEC)
(OJ L 78, 26.3.1977, p. 17)**

Çev.: Alper Can AYKAÇ*

Resmî Bülten

Değişiklikler:		No	Sayfa	Tarih
► M1	20 Kasım 2006 tarihli 2006/100/EC sayılı Konsey Yönergesi	L 363	141	
Değişiklikler				
► A1	Yunanistan Katılım Belgesi	L 291	17	19.11.1979
► A2	İspanya ve Portekiz Katılım Belgesi	L 302	23	15.11.1985
► A3	Avusturya, İsveç ve Finlandiya Katılım Belgesi (95/1/EC sayılı Konsey Kararı ile kabul edilmiştir, Euratom, ECSC)	C 241 L 1	21 1	29.8.1994 1.1.1995
► A4	Çek Cumhuriyeti, Estonya Cumhuriyeti, Güney Kıbrıs Cumhuriyeti, Letonya Cumhuriyeti, Litvanya Cumhuriyeti, Macaristan Cumhuriyeti, Malta Cumhuriyeti, Polonya Cumhuriyeti, Slovenya Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti'nin katılım koşulları ve Avrupa Birliği'nin kuruluşuna ilişkin Antlaşmalara uyarlamalar ile ilgili Belge	L 236	33	23.9.2003

AVRUPA TOPLULUKLARININ KONSEYİ,

Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun Kurucu Anlaşma'sını, ve özellikle 57. ve 66. maddelerini göz önüne alarak,

Komisyonun teklifini göz önüne alarak,
Avrupa Parlamentosu'nun görüşünü göz önüne alarak¹,
Ekonomik ve Sosyal Komite'nin görüşünü göz önüne alarak²,

Anlaşmaya uygun olarak, vatandaşlık veya ikamet koşulları üzerinde herhangi bir sınırlandırmanın geçiş dönemin sonu itibariyle yasaklanmış olmasına dayanarak,

Bu yönergenin yalnızca hizmet sağlama yoluyla hukukçuların etkinliklerinin etkili takibini kolaylaştıran önlemlere değinirken; daha ayrıntılı önlemlerin, yerleşme hakkının etkili uygulamasını kolaylaştırmak için gerekli olacağına dayanarak,

Eğer hukukçular etkili biçimde hizmet sağlama özgürlüğünü uygulamak durumunda kalırlarsa, çeşitli üye devletler içinde çalışan bu kişileri ev sahibi üye devletin hukukçu olarak tanımaları gerektiğine dayanarak,

Bu yönergenin hizmet sağlama ile ilgili olması ve diplomaların karşılıklı tanınmasını kapsamaması itibariyle, yönergenin uygulandığı kişinin, aşağıda "*kişinin geldiği üye devlet*" olarak anılan, yerleştiği üye devlet içindeki mesleki unvanı kabul etmesi gerektiğine, dayanarak,

Bu yönergeyi kabul etmiştir.

1. Madde

1. Bu yönerge, burada belirtilen koşullar altında ve sınırlar içerisinde, hukukçuların hizmet sağlama yoluyla takip ettikleri etkinlikleri düzenler.

Bu yönergede kapsanan şeylere bakılmaksızın, üye devletler, ölen kişilerin terekesini yönetmeyi sağlayan yetkiyi edinmek için resmî belgeleri hazırlamaktan ve taşınmaz üzerindeki hakları doğuran veya devreden resmî belgeleri düzenlemekten oluşan hukukçuların öngörülmüş sınıflarını saklı tutabilirler.

¹ OJ No C 103, 5.10.1972, p. 19 ve OJ No C 53, 8.3.1976, p. 33.

² OJ No C 36, 28.3.1970, p. 37 ve OJ No C 50, 4.3.1976, p. 17.

2. "Hukukçu" aşağıdaki sıfatlardan biri altında kendi mesleki etkinliklerini takip etmeye ehil kişi anlamına gelir:

Belçika	Avocat - Advocaat
Danimarka:	Advokat
Almanya	Rechtsanwalt
Fransa	Avocat
İrlanda	Barrister Solicitor
İtalya	Avvocato
Lüksemburg	Avocat-avoué
Hollanda	Advocaat
Birleşik Krallık	Advocate Barrister Solicitor
▼ A1	
Yunanistan	Δικηγόρος
▼ A2	
İspanya	Abogado
Portekiz	Advogado
▼ A3	
Avusturya	Rechtsanwalt
Finlandiya	Asianajaja - Advokat
İsveç	Advokat
▼ A4	
Çek Cumhuriyeti	Advokāt
Estonya	Vandeadvokaat
Güney Kıbrıs	Δικηγόρος
Letonya	Zvérināts advokāts
Litvanya	Advokatas
Macaristan	Ügyvéd
Malta	Avukat/Prokuratur Legali
Polonya	Adwokat/Radca prawny
Slovenya	Odventik/Odventica
Slovakya	Advokat/Komerční právník.
▼ M1	
Romanya	Avocat
Bulgaristan	Advokat

2. Madde

Her üye devlet, 1. maddenin 1. paragrafında belirtilen etkinliklerin takibi amacıyla anılan maddenin 2. paragrafında listelenen kişileri hukukçu olarak tanır.

3. Madde

Bir kişi 1. madde uyarınca geldiği üye devlette kullanılan, bu devletin dilinde veya dillerinden birinde belirtilen mesleki unvanı, bu devletin hukukuna göre huzurunda çalışmaya yetkili olduğu mahkemenin veya aracılığıyla çalışmaya yetkili olduğu mesleki kuruluşun bildirimini ile kabul eder.

4. Madde

1. Yasal işlemlerde veya kamusal makamların önünde müvekkilin temsiline ilişkin etkinlikler, ev sahibi üye devlet içinde ikamet etmeyi veya mesleki kuruluşa kayıt olmayı gerektiren koşulların dışında, onaylı hukukçular için konulmuş koşullar altında takip edilir.

2. Bu etkinlikleri takip eden hukukçu, geldiği üye devletteki yükümlülüklerine halel getirmeksizin, ev sahibi üye devletin mesleki yürütme kurallarını gözetir.

3. Bu etkinlikler Birleşik Krallık'ta takip edilirken, "*ev sahibi üye devletin mesleki yürütme kuralları*" barristerler ve avukatlar ile sınırlı tutulmayan, solicitorlar için uygulanabilen etkinlikler anlamına gelir. Aksi hallerde barristerler ve avukatlar için uygulanabilen mesleki yürütme kuralları uygulanır. Ancak İrlanda barristerleri Birleşik Krallık'taki barristerler ve avukatlara uygulanabilen mesleki yürütme kurallarına her zaman tabi olabilirler.

Bu etkinlikler İrlanda'da takip edilirken, "*ev sahibi üye devletin mesleki yürütme kuralları*" mahkemede davanın sözlü sunumunu yönettikleri durumlarda, barristerler için uygulanabilen mesleki yürütme kuralları anlamına gelir. Diğer tüm davalarda solicitorlara uygulanabilen mesleki yürütme kuralları uygulanır. Ancak Birleşik Krallık barristerleri ve avukatları İrlanda'daki barristerlere uygulanabilen mesleki yürütme kurallarına her zaman tabi olabilirler.

4. 1. paragrafta anılanların dışındaki etkinlikleri takip eden bir hukukçu, geldiği üye devletin mesleki yürütme kurallarına ve koşullarına tabi kalır fakat kaynağı ne olursa olsun, ev sahibi üye devlet içinde yönetilen, özellikle de bu devlet içinde bir hukukçunun etkinlikleri uygulamasının diğer etkinlikleri uygulaması ile bağdaşmazlığı; mesleki gizlilik; diğer hukukçular ile ilişki; karşılıklı olarak çekişmeli menfaatlere sahip tarafların tek hukukçu eylemiyle sürdürülmesi yasağı; ve aleniyet ile ilgili kurallara saygıya hanel getirmez. Sonraki kurallar ancak ev sahibi üye devlette onaylanmamış bir avukat tarafından riayet edilebiliyorsa ve bu devlette, hukukçunun etkinliklerinin uygun tatbikini, mesleğin duruşunu ve bağdaşmazlık ile ilgili kurallara saygıyı sağlamak amacıyla kurallara riayetlerinin objektif olarak makul bulunduğu bir içeriğe kadar uygulanabilir.

5. Madde

Yasal işlemlerde bir müvekkilin temsili ile ilgili etkinliklerin takibi için, üye devlet 1. maddenin uygulandığı hukukçulardan şu koşulları arayabilir:

- yerel kurallar veya teamül doğrultusunda ev sahibi üye devlet içindeki mahkeme başkanı ile ve gerekirse, ilgili Baro Başkanı ile tanışma
- söz konusu yargısal makam önünde çalışan ve gerekirse, bu makama karşı sorumlu olan bir hukukçu ile veya bu makam önünde çalışan "avoué" ya da "procuratore" ile birlikte çalışma

6. Madde

Herhangi bir üye devlet, bu devlette onaylı hukukçuların bu etkinlikleri takip etme izinleri olmadıkları sürece, bir kamu veya özel girişiminin işinde maaşlı hukukçuları, yasal işlemlerde bu girişimin temsili ile ilgili etkinlikleri takip etmekten yoksun bırakabilir.

7. Madde

1. Ev sahibi üye devletin yetkili makamı hizmet sağlayan bir kimseden, hukukçu niteliklerini taşımasını isteyebilir.

2. 4. maddede anılan ve ev sahibi üye devlette yürürlükteki yükümlülüklerle aykırı olduğu takdirde, bu devletin yetkili makamı, kendi kuralları ve usulü uyarınca bu aykırılıkların sonuçlarını belirleyebilir ve bu amaçla hizmet sağlayan kişi ile ilgili herhangi bir uygun mesleki bilgiyi edinebilir. Alınan herhangi bir karar kişinin geldiği üye devletin yetkili makamına bildirilir. Bu tür değişimler sağlanan bilginin gizlilik esasına etki etmez.

8. Madde

1. Üye devletler, bildirim izleyen iki yıl içinde bu Yönergeye uymak için gerekli önlemleri yürürlüğe koyarlar ve bunu derhal Komisyon'a bildirirler.

2. Üye devletler, bu yönerge tarafından kapsanan alanlardaki kabul ettikleri ulusal hukukun temel hükümlerini komisyona iletirler

9. Madde

Bu yönerge üye devletlere gönderilir

Brüksel'de yazıldı, 22 Mart 1977

Konsey Adına

Başkan

Judith HART

► B

**Ruhsatın Elde Edildiği Yerden Başka Bir Üye Devlette
Kalıcı Bir Temel Üzerinde
Hukukçuluk Mesleğinin Yapılışını Kolaylaştıran
16 Şubat 1998 Tarihli
AVRUPA PARLAMENTOSU VE KONSEYİ'NİN
98/5/EC SAYILI YÖNERGESİ
(OJ L 77, 14.3.1998, p. 36)**

Resmî Bülten

Değişiklikler:	No	Sayfa	Tarih
► M1 20 Kasım 2006 tarihli 2006/100/EC sayılı Konsey Yönergesi	L 363	141	20.12.2006
Değişiklikler			
► A1 Çek Cumhuriyeti, Estonya Cumhuriyeti, Güney Kıbrıs Cumhuriyeti, Letonya Cumhuriyeti, Litvanya Cumhuriyeti, Macaristan Cumhuriyeti, Malta Cumhuriyeti, Polonya Cumhuriyeti, Slovenya Cumhuriyeti ve Slovakya Cumhuriyeti'nin katılım koşulları ve Avrupa Birliği'nin kuruluşuna ilişkin Antlaşmalara uyarlamalar ile ilgili Belge	L 236	33	23.9.2003

AVRUPA PARLAMENTOSU VE AVRUPA BİRLİĞİ KONSEYİ,

Avrupa Topluluğu'nun kurucu sözleşmesini ve özellikle 49. madde, 57/1. madde ve 57/2. maddenin 1. ve 3. cümlelerini göz önünde tutarak;

Komisyonun teklifini göz önüne alarak;³

Ekonomik ve Sosyal Komite'nin görüşünü göz önüne alarak;⁴

Sözleşmenin 189b maddesiyle belirlenen usul doğrultusunda hareket ederek;⁵

(1) Sözleşmenin 7a maddesi uyarınca iç pazarın, iç sınırlar olmaksızın bir alanı kapsamakta olduğuna dayanarak, sözleşmenin 3 (c) maddesine uygun olarak üye devletler arasındaki hizmetlerin ve kişilerin seyahat özgürlüğüne yönelik engellerin kaldırılmasının, topluluğun amaçlarından birisini oluşturduğuna dayanarak; üye devletlerin

³ OJ C 128, 24.5.1995, p. 6 ve OJ C 355, 25.11.1996, p. 19

⁴ OJ C 256, 2.10.1995, p. 14.

⁵ 19 Haziran 1996 tarihli Avrupa Parlamentosu Görüşü (OJ C 198, 8. 7. 1996, p. 85), 24 Temmuz 1997 tarihli Konseyin Ortak Tutumu (OJ C 297, 29. 9. 1997, p. 6), 19 Kasım 1997 tarihli Avrupa Parlamentosu kararı (15 Aralık 1997 tarihli Konsey kararı).

vatandaşları için, bunun, diğer şeylerin yanı sıra, ruhsatlarını elde ettikleri yerden başka bir üye devlet içinde serbest meslekte veya maaşlı olarak bir mesleği icra olanağı anlamına geldiğine dayanarak;

(2) Mesleki eğitimin sona ermesi ve en az üç yıllık çalışma üzerine verilen yüksek öğretim diplomaların tanınması için genel düzene dair 21 Aralık 1988 tarihli 89/48/EEC sayılı Konsey Yönergesi'ne uygun olarak⁶ bir üye devlette tamamen ehliyetli bir hukukçunun başka bir üye devlette kullanılan mesleki unvan altında bulunan hukukçu mesleğini icra amacıyla anılan devlette yerleşme maksadıyla tanınmış diplomasını almayı evleviyetle talep edebileceğine dayanarak; 89/48/EEC sayılı Yönerge'nin amacının hukukçunun ev sahibi üye devletteki meslek ile bütünleşik olmasını sağlamak olduğuna ve yönergenin ne anılan devlette mesleği düzenleyici kuralları değiştirmeyi ne de bu kuralların alanından böyle bir hukukçuyu çıkarmayı istediğine dayanarak;

(3) Bazı hukukçular ev sahibi üye devletteki, diğer şeylerin arasında (*inter alia*) 89/48/EEC sayılı yönergede sağlandığı gibi bir yeterlilik testi ile meslekle çabucak bütünleşik olabilirken, tamamen ehliyetli diğer hukukçuların ev sahibi üye devlette belirli bir dönem mesleki çalışmanın ardından kendi anavatan mesleki unvanları altında böyle bir bütünleşmeyi gerçekleştirmeye ehil olması veya kendi anavatan mesleki unvanları altında çalışmaya devam etmesi gerektiğine dayanarak;

(4) Dönemin sonunda hukukçunun ev sahibi üye devlette edindiği mesleki deneyimin doğrulanmasından sonra anılan devlette meslek ile bütünleşmeye ehil olması gerektiğine dayanarak;

(5) Bu çizgiler doğrultusundaki eylemin, yalnızca diplomaların tanınması için genel düzen ile mukayese edilerek, hukukçulara daha kolay bir yolla bir ev sahibi üye devlette onların meslekle bütünleşmelerini sağlaması nedeniyle değil, ayrıca, hukukçuların kendi anavatan mesleki unvanı altında kalıcı bir temel üzerinde ev sahibi üye devlette hukukçuların çalışmalarını etkinleştirerek, özellikle iç pazardan kaynaklanan ticarî akışların artışı yüzünden sıklıkla örtüşen iç hukuklardaki, uluslararası hukuktaki, topluluk hukukundaki sınır ötesi işlemleri gerçekleştirirken tavsiye isteyen hukuk hizmetlerinin tüketicilerinin

⁶ OJ L 19, 24. 1. 1989, p. 16.

ihtiyaçlarını karşılama nedeniyle de doğruladığına dayanarak;

(6) Hizmet sağlama yolundan başka, kendi anavatan mesleki unvanları altında çalışan diğer üye devletlerden hukukçulara, yalnızca birkaç üye devletin evvelce kendi topraklarında hukukçu etkinliklerinin takibine izin vermesi nedeniyle de eylemin topluluk düzeyinde doğrulandığına dayanarak; ayrıca bu olanakların var olduğu üye devletlerde, örneğin oldukça farklı olan yetkili makamlara kayıt yükümlülüğü ve etkinlik alanı gibi konularla ilgili kullanışlı ayrıntılara dayanarak; seyahat özgürlüğüne engel olan ve hukukçular arasındaki rekabette eşitsizliklere ve dengesizliklere dayanan bu tür durumların farklılığına dayanarak; hizmet sağlama yolundan başka, kendi anavatan mesleki unvanları altında çalışan diğer üye devletlerden hukukçulara, meslek uygulamasını yöneten koşulların belirlediği yalnızca bir yönergenin bu zorlukları aşmaya ve tüm üye devletlerdeki yasal hizmetlerin tüketicilerine ve hukukçulara aynı fırsatları vermeye ehil olmasına dayanarak;

(7) Amacını korumak suretiyle, bu yönerge salt millî konularla ilgili herhangi bir kurala dayanmamasına ve yasal mesleği düzenleyen ulusal kuralları etkilediği durumlarda, etkili olarak gereğinden fazla amacının dışına çıkmamasına dayanarak; özellikle ev sahibi üye devlet içinde kullanılan mesleki unvan altında hukukçuların mesleğinin uygulamasına ve mesleğe girişi yöneten ulusal yasamaya hâle getirmemesine dayanarak;

(8) Ev sahibi üye devlet içindeki yetkili makamın anılan devlette yürürlükte olan mesleki yürütme kurallarına uyum sağlamalarını temin etmesi amacıyla yönerge tarafından kapsanan hukukçuların anılan makama kayıt ile bağlı olmaları gerektiğine dayanarak; hukukçuların önünde çalıştıkları mahkemelerin türleri veya dereceleri, ve içinde buldukları yargılama hakkındaki bu tür kayıtlamanın, ev sahibi üye devletteki hukukçulara uygulanabilen hukuk tarafından belirlenmesine dayanarak;

(9) Tüketicilerin uygun olarak bilgilendirilmelerini sağlamak ve ev sahibi üye devlette kullanılan mesleki unvan altında çalışan bu devletten hukukçular ile ev sahibi üye devlet içinde meslekle bütünleşik olmayan hukukçuları ayırt etmek için bütünleşik olmayan hukukçuların bu devlette anavatan mesleki unvanları altında çalışması gerektiğine dayanarak;

(10) Bu yönerge ile kapsanan hukukçuların, özellikle kendi Ana Üye devletinin hukuku, topluluk hukuku, uluslararası hukuk ve ev sahibi üye devlet hukuku konularında tavsiye verirken izinli olmaları gerektiğine dayanarak; buna *hukukçuların hizmet sağlama özgürlüğü ile etkili uygulamayı kolaylaştıran 77/249/EEC sayılı 22 Mart 1977 tarihli Konsey Yönergesi*'ne göre izin verilmiş olduğuna dayanarak; ayrıca devir, temlik ve vasiyetname onaylama alanlarındaki belirli resmî belgeleri hazırlamaktan oluşan İngiltere ve İrlanda içinde kendi anavatan mesleki unvanları altında çalışan hukukçuların etkinliklerinden istisna hakkı için 77/249/EEC sayılı yönergedeki gibi hükmün hazırlanmış olduğuna dayanarak; diğer yasal mesleklerden, her üye devlette, saklı tutulan belirli etkinliklerin dayandığı hükümlere bu yönergenin hiçbir şekilde etki etmemesine dayanarak; kendi anavatan mesleki unvanı altında çalışan hukukçunun yasal işlemlerde bir müvekkili savunurken ya da temsil ederken bir yerel hukukçuyla birleşim içinde çalışmayı gerektiren ev sahibi üye devletin olanaklarıyla ilgili 77/249/EEC sayılı yönergedeki hükmün bu yönergede de ihtiva edilmesi gerektiğine dayanarak; bu koşulların Avrupa Toplulukları Adalet Divanı içtihatları, özellikle de 25 Şubat 1988 tarihli 427/85 sayılı Komisyon-Almanya Hükümü,⁷ ışığında yorumlanması gerektiğine dayanarak;

(11) Üye devletlerin gerekli koşulları tamamlayan hukukçularının bütünleşmesini engellemeden, özel kurallar aracılığıyla, Adalet sisteminin akıcı işlerliğini sağlamak amacıyla üye devletlerin kendi yüksek mahkemelerine erişimi uzman hukukçularla sınırlı tutmak için yetkili olmaları gerektiğine dayanarak;

(12) Eğer kendi hukukçu statüsünü korumak ve bu yönerge kapsamında kalmak durumundaysa kendi anavatan mesleki unvanı altında ev sahibi üye devlet içinde kayıtlı hukukçunun kendi ana üye devletinde yetkili makama kayıtlı kalması gerektiğine dayanarak; Bu yüzden, özellikle disiplin işlemleri ile ilgili olarak yetkili makamlar arasındaki işbirliğinin vazgeçilemez olduğuna dayanarak;

(13) Bu Yönerge ile kapsanan kendi ana üye devletlerinde maaşlı veya serbest meslek sahibi hukukçuların, ev sahibi üye devletin kendi hukukçularına olanak sağladığı durumlarda, anılan devlette maaşlı hukukçu gibi çalışabileceğine dayanarak;

⁷ [1988] ECR 1123.

(14) Kendi anavatan mesleki unvanı altında bir başka üye devlette hukukçuların çalışmalarını etkinleştiren bu Yönerge tarafından izlenen amacının ayrıca ev sahibi üye devletin mesleki unvanını edinmeyi onlar için kolay hale getirmek olduğuna dayanarak; Adalet Divanı tarafından yorumlandığı haliyle anlaşmanın 48. ve 52. maddeleri uyarınca, ev sahibi üye devletin kendi topraklarında kazanılan mesleki deneyimi dikkate alması gerektiğine dayanarak; ev sahibi üye devlette 3 yıllık bir dönem boyunca topluluk hukukunu barındıran anılan devletin hukuku alanında etkinliğin etkili ve düzenli olarak takip edilmesinin ardından, bir hukukçunun buradaki yasal meslekle tamamen bütünleşmiş olması için gerekli yeteneği oldukça kazandığının varsayılabileceğine dayanarak; dönemin sonunda, ev sahibi üye devlet içinde mesleki yeterliliğini kanıtlayabilen, incelemeye tabi olabilen hukukçunun anılan üye devletin mesleki unvanını edinmeye ehil olması gerektiğine dayanarak; eğer en az üç yıllık düzenli ve etkili mesleki etkinlik dönemi ev sahibi üye devletin hukukunda daha kısa bir dönem de çalışmayı içeriyorsa, anılan devletin, görüşme sırasında tahkik edebilen, hukuk bilgisini de, makamın dikkate alması gerektiğine dayanarak; bu koşulların tamamlandığı yönündeki kanıtlar sağlanmamışsa, ev sahibi devletin yetkili makamı tarafından bu koşulların nedeninin gösterilmiş ve ulusal hukuk uyarınca yargı yoluna tabi olması gerektiğine bağlı olarak kolaylaştırıcı düzenlemelerin altında devletin mesleki unvanını bahsetmeme kararının alınmasına dayanarak;

(15) Ekonomik ve mesleki nedenlerle, topluluk içindeki hukukçuların, kuruluşları içine alan, artan ortaklaşa çalışma eğiliminin gerçeklik kazandığına dayanarak; hukukçuların ana üye devletlerinde bir grubun mensubu olduğu olgusunun ev sahibi üye devlette yerleşmelerini alıkoymak veya caydırmak için mazeret olarak kullanılmaması gerektiğine dayanarak; meslek hürriyetinin yasal amaçla korumak için üye devletlerin uygun önlemleri almaya yetkili olması gerektiğine dayanarak; ortak uygulamaya izin veren bu üye devletlerde belirli teminatların verilmiş olması gerektiğine dayanarak;

Bu yönergeyi kabul etmiştir.

1. Madde

Amaç, Kapsam ve Tanımlar

1. Bu Yönergenin amacı, mesleki ruhsatı aldığı yerden başka Üye Devlet içinde maaşlı veya serbest meslek olarak, kalıcı bir temel üzerinde hukukçu mesleğinin uygulamasını kolaylaştırmaktır.

2. Yönergenin amacı doğrultusunda:

(a) 'hukukçu' bir üye devletin vatandaşı olan ve aşağıdaki mesleki unvanların birisi altında mesleki etkinliklerini takip etmeye yetkili kişi anlamına gelir;

Belçika	Avocat – Advocaat
▼ M1	
Bulgaristan	Адвокат
▼ A1	
Çek Cumhuriyeti	Advokát
▼ B	
Danimarka:	Advokat
Almanya	Rechtsanwalt
▼ A1	
Estonya	Vandeadvokaat
▼ B	
Yunanistan	Δικηγόρος
İspanya	Abogado
Fransa	Avocat
İrlanda	Barrister Solicitor
İtalya	Avvocato
▼ A1	
Güney Kıbrıs	Δικηγόρος
Letonya	Zvērināts advokāts
Litvanya	Advokatas

▼ B

Lüksemburg

Avocat-avoué

▼ A1

Macaristan

Ügyvéd

Malta

Avukat/Prokuratur Legali

▼ B

Hollanda

Advocaat

Avusturya

Rechtsanwalt

▼ A1

Polonya

Adwokat/Radca prawny

▼ B

Portekiz

Advogado

▼ M1

Romanya

Avocat

▼ A1

Slovenya

Odventik/Odventica

Slovakya

Advokat/Komerční právník.

▼ B

Finlandiya

Asianajaja - Advokat

İsveç

Advokat

Birleşik Krallık

Advocate

Barrister

Solicitor

(b) 'Ana üye devlet' başka bir üye devlette çalışmadan önce (a) bendinde sayılan mesleki unvanlardan birisini kullanmaya hak kazandığı devlet anlamına gelir.

(c) 'Ev Sahibi üye devlet' hukukçunun bu yönergeye uygun olarak çalıştığı devlet anlamına gelir.

(d) 'anavatan mesleki unvanı' başka bir üye devlette çalışmadan önce (a) bendinde sayılan mesleki unvanlardan birisini kullanmaya hak kazandığı devlette kullanılan mesleki unvan anlamına gelir.

(e) 'grup' üye devletin hukuku altında şekillenen tüzel kişiliği olan veya olmayan, içinde ortak bir isim altında toplanan hukukçuların

mesleki etkinliklerini takip ettikleri oluşum anlamına gelir.

(f) 'ilgili mesleki unvan' veya 'ilgili meslek' 3. madde hükmünde kaydolan hukukçular için yetkili makam tarafından yönetilen meslek veya mesleki unvan anlamına gelir ve 'yetkili makam' anılan makam anlamına gelir.

3. Bu yönerge ana üye devlet içindeki serbest meslek halinde çalışan ve maaşlı olarak çalışan hukukçuların ikisine de uygulanır ve ev sahibi üye devlet içinde çalışanlar 8. maddeye tabidir.

4. Bu yönerge bağlamında hukukçu mesleğinin uygulanışı 77/249/EEC sayılı yönerge tarafından kapsanan hizmetlerin sağlanmasını içermez.

2. Madde

Anavatan mesleki unvanı altında çalışma hakkı

Bir hukukçu kalıcı bir temel üzerinde, herhangi bir üye devlette, kendi anavatan mesleki unvanı altında 5. maddedeki etkinlikleri takip eder.

Ev sahibi üye devlet içinde meslekle bütünleşme 10. maddeye tabidir.

3. Madde

Yetkili Makama Kayıt

1. Mesleki ruhsatını elde ettiği devletten başka bir üye devlette çalışmak isteyen hukukçu anılan devletteki yetkili makama kaydolar.

2. Ev sahibi üye devletteki yetkili makam, ana üye devletteki yetkili makama kaydını gösteren belgenin ibrazı üzerine hukukçuyu kaydeder. Ana üye devletin yetkili makamı tarafından ibraz edildiği anda, belgenin üç aydan eski olmaması koşulunu arayabilir. Ana üye devletteki yetkili makamı kayıt hakkında bilgilendirir.

3. 1. paragrafın uygulama amacı doğrultusunda:

- Birleşik Krallık ve İrlanda'da, Birleşik Krallık ve İrlanda dışında kullanılan mesleki unvanlar altında çalışan hukukçular da barrister ve

avukat mesleklerinden sorumlu makama veya solicitor mesleğinden sorumlu makama kaydolurlar.

- Birleşik Krallık'ta, İrlanda'dan gelen barristerdan sorumlu makam, barrister ve avukat mesleklerinden sorumlu olan makamdır ve İrlanda'dan gelen solicitor'dan sorumlu makam, solicitor mesleğinden sorumlu makamdır.

- İrlanda'da, Birleşik Krallık'tan gelen barrister veya avukattan sorumlu makam, barrister mesleğinden sorumlu makamdır ve Birleşik Krallık'tan gelen solicitor'dan sorumlu makam solicitor mesleğinden sorumlu makamdır.

4. Ev sahibi üye devletteki ilgili yetkili makam, kendi bünyesinde kayıtlı hukukçuların isimlerini yayımladığı durumlarda, bu Yönergeye uygun olarak kayıtlı hukukçuların da isimlerini yayımlar.

4. Madde

Anavatan Mesleki Unvanı Altında Çalışma

1. Anavatan mesleki unvanı altında ev sahibi üye devlette çalışan hukukçu, bunu anlaşılabilir bir tutumda veya ev sahibi üye devletin mesleki unvanları ile karıştırılmasını önleyecek bir biçimde, ana üye devlet'in resmî dili veya resmî dillerinden birisi ile belirtilmesi gereken unvan altında gerçekleştirir.

2. 1. paragrafın uygulama amacı doğrultusunda, ev sahibi üye devlet, anavatan mesleki unvanı altında çalışan bir hukukçunun ana üye devletindeki üyesi olduğu mesleki baroyu veya ana üye devletin hukukuna uygun olarak huzurunda çalışmaya yetkili olduğu yargısal makamı belirtmesini isteyebilir. Ayrıca ev sahibi üye devlet, anavatan mesleki unvanı altında çalışan bir hukukçunun bu devletteki yetkili makama olan kaydına gönderme yapan bir ibareyi taşımasını isteyebilir.

5. Madde

Etkinlik Alanı

1. 2. ve 3. paragraflara tabi olarak, anavatan mesleki unvanı altında çalışan bir hukukçu, ev sahibi üye devlette kullanılan ilgili mesleki

unvan altında çalışan bir hukukçu gibi aynı etkinlikleri sürdürür ve, diğer şeylerin arasında (*inter alia*), ev sahibi üye devletin hukuku, uluslararası hukuk, topluluk hukuku ve ana üye devletin hukuku alanlarında tavsiye verebilir. Ulusal mahkemelerde uygulanabilen usul kurallarına her halde uyar.

2. Ölen kişilerin terekesini yönetmeyi sağlayan yetkiyi edinmek ve taşınmaz üzerindeki hakları doğurmak veya devretmek için belge hazırlama yetkisini kendi topraklarında -diğer üye devletler içinde, hukukçuluktan başka meslekler için saklı tutulmuş- hukukçuların öngörülmüş sınıflarına veren üye devletler, diğer üye devletlerin birinde verilen anavatan mesleki unvanı altında çalışan hukukçuları, bu etkinliklerin dışında tutabilirler.

3. Yasal işlemlerde bir müvekkilin temsili veya savunması ile ilgili etkinliklerin takibi için ve ev sahibi üye devletin hukukunun bu etkinlikleri anılan devletin mesleki unvanı altında çalışan hukukçular için saklı tuttuğu sürece, üye devlet, anavatan mesleki unvanı altında çalışan hukukçudan, söz konusu yargısal makam önünde çalışan ve, gerekirse, anılan makama karşı sorumlu olan bir hukukçu ile veya bu makam önünde çalışan "*avoué*" ya da "*procuratore*" ile birleşerek çalışmasını isteyebilir.

Bununla birlikte, adalet sisteminin akıcı işlerliğini sağlamak amacıyla, üye devletler temyiz mahkemelerine kabul için uzman hukukçuların kullanımı gibi belirli kurallar getirebilir.

6. Madde

Uygulanabilir Mesleki Yürütme Kuralları

1. Kendi ana üye devletinde tabi olduğu mesleki yürütme kurallarına bakılmaksızın, anavatan mesleki unvanı altında çalışan bir hukukçu, ev sahibi üye devletin ilgili mesleki unvanı altında çalışan hukukçu ile, onun topraklarında takip ettiği etkinlikler bakımından, aynı kurallara tabi olur.

2. Anavatan mesleki unvanı altında çalışan hukukçuların ev sahibi üye devletin mesleki kuruluşlarında uygun bir biçimde temsili sağla-

nır. Bu temsil, asgarî olarak bu kuruluşların yönetim birimlerindeki seçimlerde oy kullanma hakkını içerir.

3. Ev sahibi üye devlet anavatan mesleki unvanı altında çalışan hukukçunun da mesleki tazminat sigortası yaptırmasını veya anılan devletin kendi topraklarında takip edilen mesleki etkinlikler için düzenlediği kurallarla uyumlu mesleki teminat fonuna üye olmasını isteyebilir. Bununla birlikte, sigortanın veya teminatın ilgili koruma kapsamı ve koşulları denk olduğu sürece, anavatan mesleki unvanı altında çalışan hukukçu, ana üye devletin kurallarıyla uyumlu olarak sağlanmış teminat veya yaptırılan sigorta tarafından korunduğunu kanıtlayabiliyorsa bu koşuldaki muaf tutulur. Bu denkliğin yetersiz olduğu durumlarda, ev sahibi üye devletteki yetkili makam, ev sahibi üye devlet kurallarıyla uyumlu olarak anlaşmaya varılmış teminat veya sigorta tarafından henüz kapsanmamış olan öğelerin kapsamı için ek teminat veya ek sigortanın gerçekleştirilmesini isteyebilir.

7. Madde

Disiplin İşlemleri

1. Ev sahibi üye devlette yürürlükte olan yükümlülüklerin anavatan mesleki unvanı altında çalışan hukukçu tarafından yerine getirilmemesi durumunda, ev sahibi üye devlette hükme bağlanan usul, ceza ve tazminat kuralları uygulanır.

2. Anavatan mesleki unvanı altında çalışan hukukçuya karşı disiplin işlemlerini başlatmadan önce, ev sahibi üye devletteki yetkili makam, olanak dahilinde ilgili ayrıntıları vererek ana üye devletteki yetkili makamı bilgilendirir.

Uygun biçimde ev sahibi üye devlet(ler)in yetkili makamını bilgilendiren ana üye devletteki yetkili makam tarafından disiplin işlemlerinin başlatıldığı durumlarda, 1. paragraf uygulanır.

3. Ev sahibi üye devletteki yetkili makamın karar verme yetkisine hâle getirmeksizin, anılan makam, ana üye devletteki yetkili makamın disiplin işlemleri konusunda işbirliği yapabilir. Özellikle, ev sahibi üye devlet, ana üye devletteki yetkili makamın temyiz duruşmalarından sorumlu organlara arz etmesini sağlamak için gerekli önlemleri alır.

4. Ana üye devletteki yetkili makam, ev sahibi üye devletteki yet-

kili makamın anavatan mesleki unvanı altında çalışan hukukçu ile ilgili kararının ışığında, kendi maddî ve usul kuralları altında, dava açmaya karar verir.

5. Ev sahibi üye devletteki yetkili makamın kararı için önkoşul olmamasına rağmen, ana üye devletteki yetkili makam tarafından geçici veya sürekli olarak hukukçunun meslekte çalışma izninin geri alınması, ev sahibi üye devlette anavatan mesleki unvanı altında çalışmaktan geçici veya sürekli olarak hukukçunun üzerinde kendiliğinden etki doğurur.

8. Madde

Maaşlı Uygulama

Anavatan mesleki unvanı altında ev sahibi üye devlete kayıtlı bir hukukçu, başka bir hukukçunun, bir kuruluşun veya bir hukuk firmasının istihdamında ya da -ev sahibi üye devletin bu devlette kullanılan mesleki unvan altında kayıtlı hukukçular için böyle bir izin vermesi durumunda- kamu veya özel teşebbüsün istihdamında maaşlı olarak çalışabilir.

9. Madde

Mazeret ve Kanun Yolu Beyanları

3. maddede belirtilen kayda etki etmeyen veya bu tür bir kaydı iptal eden kararlar ve disiplin önlemlerini içeren kararlar, temel aldıkları gerekçelere yer verirler.

İç hukuk hükümleri doğrultusunda mahkeme veya divan önünde alınan bu kararlara karşı kanun yolları kullanılabilir.

10. Madde

Ev Sahibi Üye Devletin Hukukçusuna Benzer Muamele

1. Ev sahibi üye devletteki topluluk hukukunu içeren bu devletin hukuk alanındaki etkinlikleri 3 yıllık dönem içinde etkili ve düzenli takip etmiş olan anavatan mesleki unvanı altında çalışan hukukçu, ev sahibi üye devletteki hukukçu mesleğine kabul edilmek amacıyla,

89/48/EEC sayılı yönergenin 4. maddesinin 1(b) bendinden muaf tutulur, “*etkili ve düzenli takip*” günlük yaşamın sonuçları dışında kesintisiz olarak gerçek etkinlik uygulaması anlamına gelir.

Ev sahibi üye devletteki yetkili makama, ev sahibi üye devlet hukukundaki en az üç yıllık dönem için etkili ve düzenli takibin kanıtını sağlamak ile ilgili işler hukukçuya aittir. Bu amaçla:

(a) Hukukçu ev sahibi üye devletteki yetkili makama uğraştığı işleri ve bu işlerin niteliğini maddeler halinde sıralayarak herhangi bir belge veya bilgiyi sağlar.

(b) Ev sahibi üye devletin yetkili makamı takip edilen etkinliğin etkili ve düzenli niteliğini ve, gerekliyse, (a) bendinde belirtilen belge ve bilgideki ayrıntıların izahını sözlü veya yazılı olarak hukukçudan isteyebilir.

İlk paragrafta belirtilen koşulların tamamlandığını gösteren kanıtın sağlanmaması durumunda muafiyet tanınmamasına yönelik ev sahibi üye devletteki yetkili makam kararı için nedenler gösterilir ve kararlar iç hukuk bünyesinde temyize tabidir.

2. Ev sahibi üye devlette anavatan mesleki unvanı altında çalışan bir hukukçu, ev sahibi üye devletteki hukukçu mesleğine kabul edilmek ve bu üye devletteki mesleğin yerini tutan mesleki unvan altında çalışmak amacıyla 89/48/EEC sayılı yönerge doğrultusunda diplomasının tanınması için, herhangi bir zaman, başvurabilir.

3. Ev sahibi üye devletteki etkinliği en az üç yıllık dönem için etkili ve düzenli biçimde takip etmiş ve ancak daha az süre için bu devletin hukukunda çalışmış ev sahibi üye devlette anavatan mesleki unvanı altında çalışan bir hukukçu, 89/48/EEC sayılı yönergenin 4. maddesinin 1(b) bendine bakılmaksızın, ev sahibi üye devletteki hukukçu mesleğine kabulü ve bu devletteki mesleğin yerini tutan mesleki unvan altında çalışma hakkını, bu devletin yetkili makamından, koşullar altında ve aşağıda düzenlenen usuller doğrultusunda elde edebilir:

(a) Ev sahibi üye devletin yetkili makamı, yukarıda sözü edilen dönem içinde takip edilen etkili ve düzenli mesleki etkinliği, ev sahibi üye devlet hukukundaki herhangi bir mesleki deneyim ile bilgiyi ve ev sahibi üye devlet hukukundaki uygulama ve yürütmeyi düzenleyen kuralları içeren herhangi bir seminer veya konferansı dikkate alır.

(b) Hukukçu, ev sahibi üye devletin yetkili makamına herhangi bir bilgiyi veya belgeyi, özellikle de uğraştığı alanları sunar. Hukukçunu ev sahibi üye devletteki etkili ve düzenli etkinliğin tahakkuku ve burada takip ettiği etkinliğe devam etme yeterliliğinin tahakkuku, takip edilen etkinliğin düzeni ve etkisini doğrulamak amacıyla ev sahibi üye devletin yetkili makamıyla yapılan görüşme vasıtasıyla gerçekleştirilir.

İlk paragrafta belirtilen koşulların tamamlandığını gösteren kanıtın sağlanmaması durumunda yetki verilmemesine yönelik ev sahibi üye devletteki yetkili makam kararı için nedenler gösterilir ve kararlar iç hukuk bünyesinde temyize tabidir.

4. Ev sahibi üye devletin yetkili makamı, iç hukuk bünyesinde temyize tabi karar ile, özellikle herhangi bir şikayet, olay veya disiplin önlemleri nedeniyle kamu düzenine aykırı olduğuna kanaat getirirse hukukçunun bu madde hükümlerinden yararlanmasına izin vermeyi reddedebilir.

5. Yetkili makamın başvurunun takdiri ile sorumlu temsilcileri, edinilen herhangi bir bilginin gizliliğini korurlar.

6. 1., 2. ve 3. paragraflar doğrultusunda ev sahibi üye devletteki hukukçu mesleğine kabul edilen hukukçu, ev sahibi üye devletteki hukukçu mesleğinin yerini tutan mesleki unvanın yanı sıra, ana üye devletin resmî dilinde veya resmî dillerinden birisinde ifade edilen anavatan mesleki unvanını kullanmaya ehildir.

11. Madde

Ortak Çalışma

Ev sahibi üye devletteki ilgili mesleki unvan altında etkinliklerini devam ettiren hukukçular bakımından, ortak çalışmaya izin verildiği durumda, bu unvan altında etkinliklerini devam ettiren veya yetkili makama kaydolmuş hukukçular için aşağıdaki hükümler uygulanır:

1. Ana üye devletlerinde aynı gruba ait olan ve anavatan mesleki unvanları altında ev sahibi üye devlette çalışan bir ya da birden fazla hukukçu, gruplarının ev sahibi üye devletteki bölüm veya kolundaki etkinlikleri takip edebilir. Ana üye devlette bu grubu yöneten temel kuralların, ev sahibi üye devletteki kanun, tüzük veya idarî eyleme

dayanan temel kurallarla bağdaşmadığı durumda, müvekkillerin ve üçüncü kişilerin korunmasındaki kamu yararı bakımından bu kurallara riayet meşru bulunduğu sürece, ev sahibi üye devletin kuralları üstün gelir.

2. Her bir üye devlet anavatan mesleki unvanları altında kendi topraklarında aynı gruptan veya aynı ana üye devletten iki veya daha fazla hukukçuya ortak çalışma biçimine geçiş olanağı sağlar. Eğer ev sahibi üye devlet, kendi hukukçularına, çeşitli ortak çalışma biçimleri arasından seçme hakkı tanırorsa, bu biçimlerin aynısını yukarıda anılan hukukçular için de kullanılabilir hale getirir. Ev sahibi üye devlette ortak çalışan bu tür hukukçuların vaziyeti bu devletin kanunları, tüzükleri ve idarî kuralları tarafından yönetilir.

3. Ev sahibi üye devlet, aşağıda belirtilenlere de aralarında ortak çalışmalarına izin vermek için gerekli önlemleri alır:

(a) Anavatan mesleki unvanları altında çalışan farklı üye devletlerden çeşitli hukukçular

(b) (a) bendinde kapsanan bir veya birden fazla hukukçu ile ev sahibi üye devletten bir veya birden fazla hukukçu

Ev sahibi üye devlette ortak çalışan bu tür hukukçuların vaziyeti bu devletin kanunları, tüzükleri ve idarî kuralları tarafından yönetilir.

4. Anavatan mesleki unvanı altında çalışmak isteyen bir hukukçu, Ana üye devletteki grubun üyesi olduğu hususunda ev sahibi üye devletteki yetkili makamı bilgilendirir ve bu grup hakkında her tür bilgiyi sunar.

5. 1. den 4.'ye kadarki bentlere bakılmaksızın, ev sahibi üye devlet, içinde meslek üyesi olmayan bazı kişilerin bulunduğu grupta hukukçu mesleğinin uygulamasını, kendi ilgili mesleki unvanları altında çalışan hukukçular için yasakladığı sürece, grubun üyesi olarak, kendi topraklarında anavatan mesleki unvanı altında kayıtlı hukukçuya çalışması için yetki vermeyi reddedebilir. Eğer 1. maddenin 2. fıkrası uyarınca hukukçu statüsüne sahip olmayan kişiler tarafından

- grup sermayesi kısmen veya tamamen elde tutulursa ya da,
- altında çalıştıkları grubun ismi kullanılırsa yahut,
- bu grubun karar verme yetkisi *de facto* veya *de iure* kullanılırsa grup, meslek üyesi olmayan kişileri içermiş sayılır.

Ana üye devlette hukukçu grubunu yöneten temel kurallar ile ev sahibi üye devlette yürürlükteki kuralların ya da 1. paragraf hükümlerinin bağdaşmaması durumunda, ev sahibi üye devlet, 1. paragrafta belirtilen sınırlamalar dışında, kendi toprakları içinde bir bölüm ya da kol açılmasına karşı çıkabilir.

12. Madde

Grubun İsmi

Anavatan mesleki unvanları altında ev sahibi üye devlette çalışan hukukçuların düzeni ne olursa olsun, ana üye devletlerinde ait oldukları herhangi bir grubun ismini kullanabilirler.

Ev sahibi üye devlet, ilk paragrafta anılan isme ek olarak, ana üye devletteki grubun yasal biçimi gereği ve/veya ev sahibi üye devlette çalışan grup üyelerinin adları gereği oluşan ismi beyan etmelerini isteyebilir.

13. Madde

Gizlilik ve Ana ile Ev Sahibi Üye Devletler Arasında İşbirliği

Bu yönergenin uygulanmasını kolaylaştırmak ve ev sahibi üye devletteki kurallara karşı hile maksadıyla yönerge hükümlerinin yanlış uygulanmasını engellemek amacıyla, ev sahibi üye devletteki yetkili makam ve ana üye devletteki yetkili makam yakın işbirliği kararlar ve karşılıklı olarak yardımlaşır.

Bu makamlar paylaştıkları bilgilerin gizliliğini korurlar.

14. Madde

Yetkili Makamların Belirlenmesi

Üye devletler, bu yönergede anılan başvuruları teslim almaya ve karar vermeye yetkili makamları 14 Mart 2000 tarihine kadar belirlerler. Bu bilgiyi diğer üye devletler ve komisyon ile paylaşırlar.

15. Madde**Komisyon Raporu**

Komisyon bu yönergenin yürürlüğe girmesinden en geç on yıl sonra Avrupa Parlamentosu'na ve konseye yönergenin yürürlüğü hakkında rapor sunar.

Gerekli tavsiyelerin hepsini aldıktan sonra, elverdiği ölçüde, var olan sisteme uygulanabilecek değerlendirmeyi ve herhangi bir değişikliği sunar.

16. Madde**Yürütme**

1. Üye devletler 14 Mart 2000 tarihine kadar bu yönergeye uygun olan kanun, tüzük ve idarî kuralları yürürlüğe koyarlar. Bunun ardından, komisyonu derhal bilgilendirirler.

Üye devletler bu önlemleri aldıklarında bu önlemler, yönergeye atıf içerirler veya bu tür atıf ile birlikte kendi resmî gazetelerinde yer alırlar. bu tür atıfları oluşturmanın usulü üye devletlerce benimsenir.

2. Üye devletler, bu yönerge ile kapsanan alanda kabul ettikleri genel iç hukuk hükümlerinin metnini Komisyona iletir.

17. Madde

Bu Yönerge *Avrupa Toplulukları Resmî Gazetesi'*nde yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

18. Madde**Bildirimler**

Bu yönerge üye devletlere gönderilir.

Brüksel'de yazıldı, 16 Şubat 1998.

Avrupa Parlamentosu Adına

Başkan

J. M. GIL-ROBLES

Konsey Adına

Başkan

J. CUNNINGHAM

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 18 Aralık 2007/26734

- 5721 Sporda Dopinge Karşı Uluslararası Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5723 Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Serbest Ticaret Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 24 Aralık 2007/26736

- 5722 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Japonya Hükümeti Arasında Kaman Kalehöyük Arkeoloji Müzesinin Hibe Yoluyla Yapımına İlişkin Notaların Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 28 Aralık 2007/26740 (Mükerrer)

- 5724 2008 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu
- 5725 2006 Yılı Merkezi Yönetim Kesin Hesap Kanunu

RG 05 Ocak 2007/26747

- 5726 Tanık Koruma Kanunu

RG 19 Ocak 2008/26761

- 5727 Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

RG 06 Şubat 2008/26779

5730 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Sırbistan ve Karadağ Bakanlar Konseyi Arasında Askeri-Bilimsel ve Askeri-Teknik İşbirliği Konusunda Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 08 Şubat 2008/26781

5728 Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5733 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5734 Gaziantep'e İstiklal Madalyası Verilmesi Hakkında Kanun

RG 12 Şubat 2008/26785

5729 Ses ve Gaz Fişeği Atabilen Silahlar Hakkında Kanun

5731 Karadeniz Ekonomik İşbirliği Parlamenter Asamblesinin Ayrıcalık ve Bağışıklıklarına Dair Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

5732 Beşinci Dünya Su Forumu Organizasyonu İçin Çerçeve Anlaşma ile Beşinci Dünya Su Forumu Anlaşma Mektubunun Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

YÖNETMELİKLER

RG 16 Aralık 2007/26732

- Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Ön Lisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Girişimcilik ve İş Geliştirme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Akdeniz Üniversitesi Zihin ve Hareket Engeli Bulunan Çocuklar İçin Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Aralık 2007/26733

- Dokuz Eylül Üniversitesi Üniversite-Sanayi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 19 Aralık 2007/26735

2007/12937 Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelik

- Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretimi, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması Hakkında Kanunun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar ile Kanun Kapsamındaki Toksik Kimyasal Maddeler ve Prekürsörleri ile Farklı Kimyasal Maddelerin Bildirimlerinin Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Yeni Binek Otomobillerin Yakıt Ekonomisi ve CO₂ Emisyonu Konusunda Tüketicilerin Bilgilendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Prodüktivite Merkezi Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeminli Malî Müşavirler Odaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Serbest Muhasebeci Malî Müşavirler Odaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Serbest Muhasebeci Malî Müşavirler ve Yeminli Malî Müşavirler Odaları Birliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Aralık 2007/26736

- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Çevre Geliştirme, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Aralık 2007/26737

2007/12889 Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığı İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Aralık 2007/26738

- Milli Eğitim Bakanlığı İlk Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çankaya Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Kızılırmak Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 27 Aralık 2007/26739

- Poliklorlu Bifenil ve Poliklorlu Terfenillerin Kontrolü Hakkında Yönetmelik
- Ağrı Dağı Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği

RG 28 Aralık 2007/26740

- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Aralık 2007/26741

- Bandırma Liman Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım Arazilerinin Korunması ve Kullanılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Orman Köylüleri Kalkınma Hizmetlerine İlişkin Esas ve Usullerde Değişiklik Yapılmasına Dair Esas ve Usuller
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 30 Aralık 2007/26742

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Tarafından Desteklenen veya Yürütülen Bilim ve Toplum Proje ve Etkinliklerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Taşkömürü Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ağrı Dağı Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 31 Aralık 2007/26743

- Dış Ticarete Teknik Düzenlemeler ve Standardizasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Motorlu Araçların Koltukları, Bağlantıları ve Koltuk Başlıkları ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (74/408/AT)
- Motorlu Araçların Emniyet Kemerleri Bağlantı Parçaları ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (765/115/AT)
- Motorlu Araçların Emniyet Kemerleri ve Bağlama Sistemleri ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (77/541/AT)
- Gemilerden Atık Alınması ve Atıkların Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilim Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 31 Aralık 2007/26743 (1. Mükerrer)

- İthalatçı Birlikleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Aralık 2007/26743 (2. Mükerrer)

- Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği
- Uçak Pilotu Lisans Yönetmeliğinde (SHY-1) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Muhasebe Yönetmeliği
- Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Muamelat Yönetmeliği

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Elektrik Mühendisleri Odası Serbest Müşavir Mühendislik Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Kelkit Havzası Araştırmalar Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Stratejik Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 31 Aralık 2007/26743 (3. Mükerrer)

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Belirli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- İkili Anlaşmalar, Protokoller Diğer Düzenlemeler Kapsamı Dışında, Belirli Ülkeler Menşeli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletlerinden Alınacak Muayene ve Damgalama Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Ocak 2008/26744

- Cumhuriyet Üniversitesi Arkeoloji ve Sanat Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 03 Ocak 2007/26745

- Gazi Üniversitesi Moleküler Biyoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 04 Ocak 2007/26746

2007/12984 Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 05 Ocak 2007/26747

- Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Ocak 2007/26748

- Atılım Üniversitesi Türkiye Tarih Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 07 Ocak 2007/26749

- Trakya Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Ocak 2007/26750

- Emeklilik Şirketleri Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karma Esnaf ve Sanatkarlar Odalarında Kurulacak Meslek Komiteleri Hakkında Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Bolu Halk Kültürünü Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Doğal Taş Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 09 Ocak 2008/26751

- 2007/12991 Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2007/13012 Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik

RG 10 Ocak 2008/26752

- Akdeniz Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Öğrenci Kayıt-Kabul Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Ocak 2008/26754

- Emeklilik Gözetim Merkezi Çalışma Esasları Yönetmeliği
- Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adli ve İdarî Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülâkat ve Atama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Dernekler Denetçileri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Radyo ve Televizyon Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Emeklilik Yatırım Fonlarının Kuruluş ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Elektrik Mühendisleri Odası Elektrik Yüksek Gerilim Tesisleri İşletme Sorumluluğu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (G) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımlarında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Hacettepe Üniversitesi Dijital Medya Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 13 Ocak 2008/26755

- Tohumculuk Piyasasında Yetkilendirme ve Denetleme Yönetmeliği
- Tohumluk Sertifikasyon İşlemlerinde Yetki Devri Yönetmeliği
- Bitki Çeşitlerinin Kayıt Altına Alınması Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 14 Ocak 2008/26756

- Motorlu Araçların Dış Çıktıları ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (74/483/AT)
- İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların Frenleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (93/14/AT)
- Çıraklık Eğitimi Uygulaması Yapılmayan Meslek Dallarında Mesleki Belgelerin Verilmesine İlişkin Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Ocak 2008/26757

- Akdeniz Üniversitesi Sualtı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav, Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Sualtı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 16 Ocak 2008/26758

- Akdeniz Üniversitesi Spor Birliği Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Ocak 2008/26759

- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliği
- Yemelik Tane Baklagil ve Yem Bitkileri Tohum Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliği
- Pancar Tohumluğu Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliği
- Patates Tohumluğu Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliği
- Tahıl Tohumu Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliği
- Sebze Fidesi Üretim ve Pazarlaması Yönetmeliği
- Yağlı, Lifli, Tıbbi ve Aromatik Bitki Tohumu Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliği
- Meyve/ Asma Fidan ve Üretim Materyali Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliği
- Organize Sanayi Bölgeleri Yer Seçimi Yönetmeliği
- Motorlu Araçlar ve Römorklarının Yakıt Depoları ve Arka Koruma Donanımlarına Dair Tip Onayı Yönetmeliği (70/221/AT)
- Motorlu Araçlar ve Römorklarının Isıtma Sistemleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (2001/56/AT)

RG 18 Ocak 2008/26760

- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sebze Tohum Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliği
- Tehlikeli Kimyasallar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kürek Federasyonu Hakem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Kürek Federasyonu Yarışma Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Halk Oyunları Hakem, Gözlemci ve Saha Komiseri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Halk Oyunları Yarışma Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Basketbol Yarışma, Disiplin ve Hakem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Karate Hakem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Karate-Do Kyu ve Dan Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Ocak 2008/26761

- Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinin Sermaye Yeterliliklerinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Ocak 2008/26762

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Spor Masörü Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Zorunlu Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Ocak 2008/26763

- Düzce Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 22 Ocak 2008/26764

2007/13058 Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü Alım-Satım-Kiralama ve Kiraya Verme İhale Yönetmeliği

RG 23 Ocak 2008/26765

- Fatih Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü (İYTE) Lisansüstü Eğitim Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Ocak 2008/26766

- Tarım Sigortaları Havuzu Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Silahlı Kuvvetlerde Görevli Öğretmenler Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Tütün Eksperlerinin Görev, Yetki ve Mesleki Sorumlulukları ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 25 Ocak 2008/26767

- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Toplu Konut İdaresi Başkanlığı Satış, Devir, İntikal, Kiraya Verme, Trampa, Sınırlı Ayni Hak Tesisi ve Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Beden Eğitimi ve Spor Tesisleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Ocak 2008/26768

- Terörle Mücadelede Görev Alan Personelin, Bu Görevlerinin İfâsından Doğduğu İddia Edilen Suçlardan Dolayı Yapılan Soruşturma ve Kovuşturmalarda Müdafî Olarak Belirlediği Avukat veya Avukatların Ücretlerinin Ödenme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Ocak 2008/26769

- Anadolu Üniversitesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anadolu Üniversitesi Sivil Havacılık Yüksekokulu Pilotaj Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ocak 2008/26770

- Giresun Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 29 Ocak 2008/26771

- Geçici ve Gönüllü Koy Korucularının Ellerinde Bulundurdıkları Ruhsatsız Silahların Teslimi ve Ruhsata Bağlanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pratik Eğitimin Verileceği İşyerleri ve Bunların Denetimine İlişkin Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çukurova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Ocak 2008/26772

- Ro-Ro Yolcu Gemileri ve Yüksek Hızlı Yolcu Tekneleri Yönetmeliği
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Çevre Geliştirme, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Ocak 2008/26773

- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yurtlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Şubat 2008/26774

- Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırklareli Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Uludağ Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 02 Şubat 2008/26775

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Yer Değiştirme Suretiyle Atanma Esaslarına Dair Yönetmelik

- Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitki Koruma Ürünlerinin Toptan ve Perakende Satılması ile Depolanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doktorluk, Hemşirelik, Ebelik, Diş Hekimliği, Veterinerlik, Eczacılık ve Mimarlık Eğitim Programlarının Asgari Eğitim Koşullarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik
- Başkent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Şubat 2008/26777

- Kırklareli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 05 Şubat 2008/26778

- Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği
- Orman Amenajman Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Şubat 2008/26779

- Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trafik Sigortaları Bilgi Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hakimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karadeniz Ekonomik İşbirliği Örgütü İş Konseyi Uluslararası Sekretarya ve Görevlilerinin Türkiye’de Yararlanacağı Ayrıcalıklar, Bağışlıklar ve Kolaylıklara İlişkin Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Şubat 2008/26781

- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hitit Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Çift Diplomaya Yönelik Uluslararası Ortak Lisans Programları Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 11 Şubat 2008/26784

- Pamukkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sabancı Üniversitesi Lisansüstü Öğrenimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Şubat 2008/26785

- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Şubat 2008/26786

- Dış Ticarete Teknik Düzenlemeler ve Standardizasyon Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Destek Hizmeti Almalarına ve Bu Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Şubat 2008/26787

- Esnaf ve Sanatkarlarca Üretilen Mal ve Hizmetlerin Fiyat Tarifeleri Hakkında Yönetmelik

- Esnaf ve Sanatkârların Ödeyecekleri Kayıt Ücreti ve Yıllık Aidat Hakkında Yönetmelik
- Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşlarının Üst Kuruluşlarına Ödeyecekleri Kayıt Ücreti ve Katılma Payları ile Düzenledikleri ve Onayladıkları Belgeler ile Yaptıkları Hizmetler Karşılığında Alacakları Ücretler Hakkında Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Şubat 2008/26788

- Dış Ticaret Müsteşarlığı Taşra Teşkilatı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik
- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Profesyonel Sualtı Adamları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

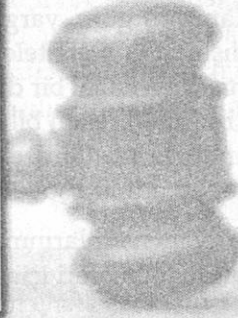
ISSN 1304-3888

- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

31.05.2005



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

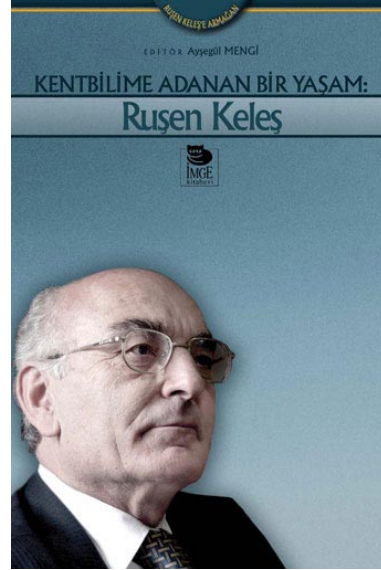
istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

PROF. DR. RUŞEN KELEŞ'E ARMAĞAN

RUŞEN KELEŞ'e Armağan Dizisi,
İmge Yayınları, Ankara, 2007.

Prof. Dr. Ayşegül MENGİ'nin editörlüğünde İmge Yayınevi tarafından yayımlanan Ruşen KELEŞ'e Armağan Dizisi sıra dışı bir armağan yayını olma özelliğine sahip. Siyasal Bilgiler Fakültesi'nin Kentbilim alanındaki çalışmaları ile tanınan ve 1999 yılında emekliye ayrılmış bulunan efsane hocalarından Ruşen Keleş için çıkarılan armağan dizisinin altı kitaptan oluşması dahi tek başına sıra dışı tabirini kullanmak için sanırız yeterlidir. Dizinin editörlüğünü üstlenen Ayşegül Mengi ortaya çıkan bu durumu öyle açıklamaktadır: *"Siyasal Bilgiler Fakültesi'nin köklü ve vazgeçilmez geleneklerinden birisi olan emekli hocalar için Armağan*



yayınlama geleneğini sürdürerek Nisan 2005'te kolları sıvadık. Ancak, hocamızın ulusal ve uluslararası bilim çevrelerinde gördüğü ilgi, sevgi ve saygı nedeniyle yaptığımız çağrı sonucu, o kadar geniş bir katılımı karşılaştık ki söz konusu kitabın alışıldık "Armağan Kitap" boyutlarını aşacağı daha başlarda belli oldu. "Armağan"a katkı için konu sınırlaması, görev ya da unvan ayrımı yapmadık. Hocamızı tanıyan, seven, saygı duyan arkadaşları, meslektaşları ve öğrencileri O'nun için birer yazı hazırladılar. Bu yazılar ya hocamızla ilgili anıları, O'nun hakkında düşündükleri ve hissettikleri ya da bilimsel yazılarıydı."

Editörün de belirttiği gibi böyle bir Armağan dizisi ancak hem sayılan, hem de sevilen bir öğretim üyesine nasip olabilirdi. Ruşen Keleş'in alanında neden saygın bir yere sahip olduğunu objektif olarak ortaya koymak için Dizi'nin birinci kitabında yer verilen yayınlar listesine bakmak yeterli olmaktadır. 25 sayfa uzunluğundaki bu liste, üretken bir bilim adamının ulusal olduğu kadar uluslar arası ölçekte de nasıl saygın bir konuma gelebildiğini belgeler niteliktedir. Prof. Dr. Keleş'in ne kadar sevilen bir

hoca ve meslektaş olduğunu ise genel olarak katılımın genişliğinden ayrı olarak, dizinin birinci kitabı olan “*Kentbilime Adanan Bir Yaşam: Ruşen Keleş*” kitabı kanıtlamaktadır. Bu kitapta, Prof. Dr. Keleş’in yaşamöyküsü ve yayınlarından sonra kendisi için meslektaşları ve öğrencileri tarafından kalem alınan anı yazılarına yer verilmiştir¹.

Dizinin ikinci ve üçüncü kitapları ise kentsel politikalar alanında yazılmış makalelere ayrılmıştır. İkinci kitap “*Kent ve Planlama*” başlığını taşımaktadır ve bu kitapta kentsel koruma, kent planlaması yanında arsa ve konut politikalarını ele alan çalışmalara yer verilmiştir. “*Kent ve Politika*” başlığını taşıyan üçüncü kitapta ise küreselleşme ve kent, tarihsel süreçte kent ve kent incelemeleriyle ilgili yazılar yer almaktadır. Ağırlıklı olarak yerli akademisyenlerin çalışmalarının yer aldığı bu iki kitapta, dizinin diğer kitaplarında olduğu gibi yabancı katılımcılar tarafından kaleme alınmış İngilizce makalelere yer verildiği de görülmektedir. Dizinin tüm kitaplarında çevirilere yer verilmek suretiyle yabancı literatürün Türkçeye kazandırılmasına katkıda bulunulmuştur. “*Küreselleşme Sürecinde Yerel Demokrasi*” alt başlığını taşıyan “*Yerellik ve Politika*” başlıklı dördüncü kitabın temel konuları yerel yönetimler, bölgesel gelişme, kentsel yaşam ve kentsel toplumsal hareketlerdir. Armağan Dizisi’nin “*Çevre ve Politika*” başlığını taşıyan beşinci kitabı çevre politikaları ile ilgili çalışmalardan oluşmaktadır. Bu kapsamda, çevreci düşünce, çevreci hareketler, kimi çevre sorunlarına ilişkin akademisyenler tarafından kaleme alınmış çalışmalara yer verilmiştir. Dizi’nin son kitabı olan “*Demokrasi ve Politika*” kamu yönetimi, hukuk, iktisat, eğitim, siyaset bilimi, uluslararası ilişkiler, bilim ve sanat alanında yazılmış makalelerden oluşmaktadır.

Armağan Dizisi’ni oluşturan kitaplarda, kentbilim ve çevre konularına ilgi duyanlar yanında, sosyal bilimlerin tüm alanlarında çalışanların da faydalanabileceği makaleler bulunmaktadır. Prof. Dr. Ruşen Keleş gibi üretken bir bilim adamının akademik camia için yarattığı sinerjinin bir sonucu olarak değerlendirilebilecek bu örnek Armağan Dizisi, Türk bilim camiasına önemli bir katkı olma özelliğine sahiptir. Böyle bir katkıya vesile olduğu için Prof. Dr. Ruşen Keleş’e bir kez daha teşekkür etmek gerekir.

Dr .Ozan ERGÜL

¹ Bu noktada benzer bir uygulamayı Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı için Türkiye Barolar Birliği’nin takip ettiğini hatırlayabiliriz. İki kitaptan oluşan Erem Armağanı’nın birinci kitabı hoca için yazılan anı yazılarına, ikinci kitabı ise akademik makalelere ayrılmıştı.

Talih UYAR

Gerekçeli - İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi,

2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara 2008

Avukat Talih Uyar tarafından kaleme alınan, Gerekçeli - İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu Şerhi serisi, son kanun değişikliklerine göre hazırlanmıştır. Bu eserlerin hazırlanışında, kanun sırası dikkate alınmış, her madde altında, o madde ile ilgili bibliyografyaya, gerekçelere, bakanlık mütalaaları ve genelgelere, açıklamalara, yayınlanmış ve yayınlanmamış olan içtihatlarla yer verilmiştir. Bu serinin son eseri olan 9. cilt, 2008 Ocak ayı içerisinde, 1850 sayfa olarak yayınlanmıştır. Serinin 9 uncu cildinde, İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nin 167 ile 170b maddeleri arasındaki, “*Kambiyo Senetleri Hakkındaki Hususi Takip Usulleri*” hükümleri şerh edilmiştir. Bu eserin, hukuk uygulamacıları için, kanun maddesi yoluyla, konu hakkındaki içtihatlarla ve bibliyografyaya ulaşmada büyük kolaylık sağlayacağı ortadadır. Bu serinin özellikle hukuk uygulamacılarına yararlı olacağı kanaatiyle, eserleri tüm hukuk uygulamacılarına tavsiye ederiz.



Av. Sezercan BEKTAŞ

Osman Doğru,

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHATLARI,

Cilt 3 ve 4, Legal yayınevi, İstanbul 2007

İç hukukumuzun ayrılmaz bir parçası haline gelen, özgürlüklere ait hükümleri ile siyasetçileri, yazarları ve bütün aydınları ilgilendiren; özellikle adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi ile de uygulayıcı hukukçuların yargılama aşamasında vazgeçilmez kaynağı olması gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayanarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararları toplayan ve şimdiye kadar iki cildi yayımlanmış kitabın 3. ve 4. ciltleri de yayınlandı. Geniş bir çeviri desteğiyle Prof. Dr. Osman Doğru'nun yayımladığı bu eseri bütün hukukçulara öneririz.

