

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

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

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

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

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

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

TIP GEZİ
HUKUKUNUN
GÜNCEL
SORUNLARI

AKTUELLE
FRAGEN DES
MEDIZINSTRAFRECHTS

V. TÜRK ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU
28 ŞUBAT - 1 MART 2008 / DEDEMAN - ANKARA

ÇIKTI !..

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

YIL: 21

SAYI: 77

TEMMUZ-AĞUSTOS

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: 60 YTL.

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

www.abonet.net

Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık

Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri

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

Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara

www.senmatbaa.com

Basım Tarihi

30.06.2008

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

1. 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Eylül 2002'den itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımına devam etmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfayı (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. "Word for Windows" formatında yazılmış olarak, CD ile birlikte A4 boyutunda bir nüsha bilgisayar çıktısı ya da e-posta ile "yayin@barobirlik.org.tr" adresine gönderilmelidir.

Hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar üst yazı ile belirtilmelidir.

Bilgisayar çıktılarında 2 satır aralığı kullanılmalıdır.

Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak ("") içine alınmalı, sadece eser adı İTALİK verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.

Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", *Eser Adı*, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. XX.

Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırını", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. 1, S. 1, s. 35.

Yazılarda, Times New Roman karakteri; ana bölümlerde 12 punto; dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerde 10 punto harf kullanılmalıdır.

4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini göndermelidirler.
5. 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 bildirilecektir.
6. Yazarı tarafından "Hakemli Yazılar" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
7. Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
8. Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara bildirilecektir. Yazarın, Yayın Kurulu'nun yayımlamama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
9. Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
10. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği biçimiyle yazının basımı için "olur" verdiği kabul edilecektir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir.

Yazıda, yazım yanlışlarının olağan üzerinde olması yazının geri çevrilmesi için yeterlidir.

11. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*'nin yazı dili Türkçe'dir.
12. *TBB Dergisi*'nde, bilimsel yazı ve makaleler yanında kitap tanıtma yazılarına, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararları kritiklerine ve güncel olayları irdeleyen notlara da yer verilmektedir. Bu yazılar Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile Dergi'de yer alabilecektir.
13. Yazısı kabul edilen yazılara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARI'nın HAZIRLANMA-SI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazarına üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Özdemir ÖZOK	29	Başkandan
Dr. Olgun DEĞİRMENCİ	33	Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları
Gamze TURAN	87	Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti
Sema BUZ	120	Türkiye Sığınma Sisteminin Sosyal Boyutu
Serkan AĞAR	131	Uluslararası Hukuk Boyutuyla Petrol -I-
Hasan Kemal ELBAN	167	Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İlişkileri
Faruk BİLİR	191	Yasama Dönemi ve Yasama Dönemi ile İlgili Sorunlar
Mahmut GÖKPINAR	214	Adalet Teorileri Perspektifinden 1982 Anayasamız
Carlotta CASSANİ Muharrem ÖZEN / Mustafa ÖZEN	236	Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza
Vehbi Kadri KAMER	249	Ülkemizde ve Mukayeseli Hukukta Mağdura Yardım
Mustafa ALBAYRAK	281	Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar
Bilâl KÖSEOĞLU	307	Ailenin Şiddetten Korunması
Saffet CAN	342	Kat Mülkiyeti Yasası'nda Yapılan ve Yapılması Gereken Değişiklikler Üzerine
Murat DÖNMEZ	349	Aile Konutunun Haczi
Çev.: Alper Can AYKAÇ	359	Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi/ Devlet Halefietine İlişkin Vatansızlıktan Kaçınmaya Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi
Çev.: Mustafa ÖZBEK	384	Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönerge Teklifi Hakkında Siyasî Anlaşma
Yargıtay Kararları	401	
Disiplin Kurulu Kararları	427	
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	452	
Ekler	470	
Kitaplar - Dergiler	493	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Uluslararası Hukuk Boyutuyla Petrol - II

Av. Serkan AĞAR

Avrupa Sosyal Şartı ve
Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Av. Gülnur ERDOĞAN

Yargıtay HGK'nın Bonoda "Ciro Edilemez"
Kaydına İlişkin 2007/202 No'lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme

Doç. Dr. Fatih BİLGİLİ

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/

Av. Murat DÖNMEZ

Hukuksal Perspektifleriyle Osmanlıda Kapitülasyonlar/
Ceza Sorumluluğunun Temeli: Kast

Mahmut GÖKPINAR

Vergi Uyuşmazlıklarından Doğan Davaların
Kuramsal Niteliğini Saptayabilmek

Hasan DURSUN

Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda
Cinsel Saldırı Suçu (YTCK m. 102)

Abbas KILIÇ

İİK M.164 "İflas Kararına Karşı Kanun Yolları",
"İflas Kararının Kesinleşmesi"

Av. Ayşe KILINÇ

editör'den...

"*Teşkilat-ı esasiye*" veya devlet örgütü anlamında *anayasa* "*devlet*" kavramı ile doğmuştur. Kısaca bir devletin örgütlenme şeması diye tanımlanabilir. Antik Yunan ve Roma dışında hemen bütün devletlerde devletin egemenliğini oluşturan bütün fonksiyonlar eninde sonunda tek elde toplandığı için yönetim iç sorunla sadece taht kavgaları dolayısıyla gelmekte idi.

Amerikan anayasacılığı ve aydınlanma, insan oğlunun kafasına başka düşüncelerin girmesine neden oldu. Devlet erki bir kişinin kullanamayacağı kadar büyük ve tehlikeli bir güçtü.

Tek elde toplanan iktidara karşı önlemler alma gereği duyuldu. İnsanoğlu bu mücadeleler içinde "*Kuvvetler ayrılığı*", ilkesinin, devlet erkini yasama, yürütme ve yargı olarak üçe bölünmesi gerçeğini fark etti. Amerika Anayasası'nın yapıcılarında Alexander Hamilton'un deyimiyile, "*Yargı gücü, yasama ve yürütmeden ayrılmadıkça özgürlük olmaz.(...) Özgürlüğün yargıdan korkacak br tarafı yoktur, ama diğer ikisiyle birleştiği anda korkulacak çok şey var demektir.*"

"*Kuvvetler ayrılığı*" devlet erklerinin bağımsız hareket etmeleri anlamına gelmiyordu. Devlet erki bölünerek biri birlerini denetleyecek, yetkiler belli edilerek de devletin hukuk dışına çıkmaması sağlanacaktı. Temel hak ve özgürlükler üstün devlet gücüne karşı güvence altına alınmış olacaktı.

Ancak, bu erkler arasındaki kavgalar, çekişmeler, biri biri aleyhine yetki alanı kazanma çabaları hiç bitmedi.

Son günlerde ülkemizde yasama ve yürütme erklerini meşru biçimde tek başına eline almış siyasal iktidar, yargı erkinin kararlarına, kendisine "*ram*" olmamasına veya "*biat*" etmemesine sinirlenmekte, çeşitli yöntemlerle onu çalışamaz hale getirmeye çalışmaktadır.

Aynı günlerde Amerika'da da Yüksek Mahkeme, yargıya başvurmayı engelleyen bir yasayı, Anayasa'nın "*hak arama*" özgürlüğüne aykırı bulunduğu için aynı tehditlerle karşı karşıya gelmiştir.

Okullardaki Hıristiyanlık simgelerinin yasaklanmasına dair kanunu iptal eden Anayasa Mahkemesi aynı gerginliklerin yaşanmasına Romanya'da da neden olmuştur. Eski ve yeni anayasacılık hareketinin aynı kuşku ve tereddütlerle karşılanmış olması, gerçek bir hukuk devleti ve demokrasi sınavında dünyanın ve ülkemizin daha çok terleyeceğini göstermektedir. Saygılarımla.

Teoman Ergül

Hukuka sahip çıl

İcraya İcraya gittiği yerde
avukatı öldürülen avukat
toprağa verildi

Türkiye Barolar Birliği, son 9 yılda 14 avukatı
TBB: Tablo Türkiye'de 9 yılda

çok vahim 14 avukat öldürüldü

ANKARA - Türkiye Barolar Birliği (TBB), önceki gün icra için ittiği işyerinde öldürülen Avukat Cengiz Kaya'ya yönelik saldırıyı...

TÜRKİYE Barolar Birliği (TBB), son dokuz yıl içinde avukatlara yönelik 166 saldırı meydana geldiğini ve bu saldırılarda 14 avukatın öldürüldüğünü...



Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin'in, AB'nin Genişlemeden Sorumlu üyesi Olli Rehn'e ilettiği Yargı Reformu Stratejisi Taslağı tepki çekti. Türkiye Barolar Birliği (TBB), taslağın önce Rehn'e sunulmasının "esef verici" olduğunu...

Yargıya saldırılar
Yargıya saldırılar

HUKUK REFORMU STRATEJİ PLANI

AKP'nin Yargıya Saldırısı
Alma Hazırlığı

Özok: Haksız yere, tey
yargıya saldırı var

Olli Rehn'e sunulan hukukta reform taslağı, yargı sisteminde köklü değişiklikler öngörüyor. Barolar ve YARSAV'a göre ise düzenlemenin tartışılmadan AB'ye sunulması "vahim bir gelişme"

Hukukun üstünlüğü

Yargı denetimi
hukuk devleti şartı

YİE Barolar Birliği Başkanı Emir Özok, Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla ilgili "Türkiye hukuk devleti ise hiç kimsenin, yargı bağımsızlığından güçlü olmaz. Biz olaya bakıyoruz" dedi. Balıkesir su'nun restorasyonu yapılan tarihi binasının açılışına katılan Özok, Anayasa Mahkemesinin aldığı son kararları yorumladı. Özok, her...

Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin'in, AB'nin Genişlemeden Sorumlu Komiseri Olli Rehn'e sunduğu "Hukuk Reformu Stratejisi Taslağı"na...



Osman ŞİŞKO / DHA

Yargı Reformu tartışmaya

TBB yargı reformunu tartışacak

TÜRKİYE Barolar Birliği, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan "Yargı Reformu Strateji Taslağı"nın üç gün sürecek bir sempozyum ile...



TBB'den "yargı reformu" sempozyumu

TÜRKİYE Barolar Birliği'nce (TBB) düzenlenen, 'Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu' konulu sempozyum dün Ankara'da...

Devletin acilisinin b. orada yargı bağımsızlığı söz etmek mü...

TÜRKİYE Barolar Birliği'nin (TBB) düzenlediği sempozyumda DTP'li Hasip Kaplan...

ANKARA - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, son günlerde yargıya yönelik eleştirilerin karalama boyutuna vardığını söyledi. Türkiye Barolar Birliği tarafından Ankara'da düzenlenen ve 3 gün sürecek olan...

TÜRKİYE Barolar Birliği'nin (TBB) düzenlediği sempozyumda DTP'li Hasip Kaplan...

ANKARA - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, son günlerde yargıya yönelik eleştirilerin karalama boyutuna vardığını söyledi. Türkiye Barolar Birliği tarafından Ankara'da düzenlenen ve 3 gün sürecek olan...

TÜRKİYE Barolar Birliği'nin (TBB) düzenlediği sempozyumda DTP'li Hasip Kaplan...

ANKARA - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, son günlerde yargıya yönelik eleştirilerin karalama boyutuna vardığını söyledi. Türkiye Barolar Birliği tarafından Ankara'da düzenlenen ve 3 gün sürecek olan...

TÜRKİYE Barolar Birliği'nin (TBB) düzenlediği sempozyumda DTP'li Hasip Kaplan...

ANKARA - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, son günlerde yargıya yönelik eleştirilerin karalama boyutuna vardığını söyledi. Türkiye Barolar Birliği tarafından Ankara'da düzenlenen ve 3 gün sürecek olan...

Osman ŞİŞKO / DHA

TÜRKİYE Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok, Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla ilgili "Türkiye hukuk devleti ise hiç kimsenin, yargı bağımsızlığından güçlü olmaz. Biz olaya bakıyoruz" dedi. Balıkesir su'nun restorasyonu yapılan tarihi binasının açılışına katılan Özok, Anayasa Mahkemesinin aldığı son kararları yorumladı. Özok, her...

YİE Barolar Birliği Başkanı Emir Özok, Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla ilgili "Türkiye hukuk devleti ise hiç kimsenin, yargı bağımsızlığından güçlü olmaz. Biz olaya bakıyoruz" dedi. Balıkesir su'nun restorasyonu yapılan tarihi binasının açılışına katılan Özok, Anayasa Mahkemesinin aldığı son kararları yorumladı. Özok, her...

Osman ŞİŞKO / DHA

TÜRKİYE Barolar Birliği'nin (TBB) düzenlediği sempozyumda DTP'li Hasip Kaplan...

ANKARA - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, son günlerde yargıya yönelik eleştirilerin karalama boyutuna vardığını söyledi. Türkiye Barolar Birliği tarafından Ankara'da düzenlenen ve 3 gün sürecek olan...

TÜRKİYE Barolar Birliği'nin (TBB) düzenlediği sempozyumda DTP'li Hasip Kaplan...

ANKARA - Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, son günlerde yargıya yönelik eleştirilerin karalama boyutuna vardığını söyledi. Türkiye Barolar Birliği tarafından Ankara'da düzenlenen ve 3 gün sürecek olan...



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ HİZMET BİNASINA TAŞINDI

Türkiye Barolar Birliği'nin 31 Mart 2007 Cumartesi günü büyük bir tören ve Erol Evgin'in "*Mustafa Kemal'i Gördüm Düşümde*" temalı konseri ile temeli atılan hizmet ve sosyal tesisler binasının hizmet binası bölümünün inşaatı hızla bitirilerek 30 Haziran 2008 tarihinde birimler yeni binaya taşındılar.

Sosyal tesisler ve otel bölümünde de inşaat büyük ölçüde bitmiştir. Binanın tümünün 29 Ekim 2008 Cumhuriyet Bayramı'nda hizmete açılması plânlanmıştır.

Yeni binamızın meslektaşlarımıza hayırlı olmasını dileriz.

ADALET BAKANI MEHMET ALİ ŞAHİN, OLLİ REHN'E "HUKUK REFORMU STRATEJİ PLAN TASLAĞI" VERDİ

Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin'in, Avrupa Birliği Komisyonu Genişlemeden Sorumlu üyesi Olli Rehn'e, İngilizce olarak "*Hukuk Reformu Strateji Planı Taslağı*" sunmuş olduğu basına yansıdı.

Haberin içeriğinden, Adalet Bakanlığının hazırlamış olduğu taslakta, "*yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı, verimliliği, yargı mensuplarının mesleki yeterliliği, ceza infaz sistemi gibi konularda*" yeni düzenlemeler bulunduğu ve bu konularda dört yıl içinde olmak üzere toplam on sekiz yasanın çıkarılmasının hedeflendiği anlaşıyordu.

Ayrıca, bu taslağın yalnızca HSYK üyeleri, başsavcılar, adalet komisyonu başkanları ve bakanlığın üst düzey bürokratlarıyla yakın günlerde tartışılacağı haber veriliyordu.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ YÖNETİM KURULU KAMUOYU AÇIKLAMASI

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, Olli Rehn'e "*Yargı Reformu Strateji Plan Taslağı*" verilmesinin öğrenilmesinden hemen sonra bir bildiri yayınlarak olayın değerlendirilmesini yapmıştır.

"Bu durum, Türk yargı sisteminde vahim bir gelişmenin habercisi olarak değerlendirilmiştir.

Öncelikle, böylesine önemli bir konunun kamuoyunun ve özellikle de yargının kurucu unsuru olan avukatlar, barolar ve Türkiye Barolar Birliği ile bilim adamlarının tartışma ve değerlendirilmesine olanak sağlanmadan Avrupa Komisyonu üyesine sunulması ve sadece bürokratik yapı içinde hareket edilmesi esef vericidir.

Devletin kaderi ile ilgili böyle bir çalışmanın dar bir kadro ile hazırlanması ve yine

dar bir kadro ile tartışılması, giderilmesi olanaksız sorunlara yol açabilecektir.

Sistemin işleyişinde sorumlulukları olan kişilerin, Olli Rehn'in beklediği "temel hak ve özgürlüklerin kullanılması"nı nasıl sağlayabilecekleri, savunmayı dışlayan bürokratik bir anlayışla "adil yargılanma hakkı"na nasıl işlerlik kazandırabilecekleri merak edilmektedir.

Yargıyı işlevinden uzaklaştırıp bürokratik bir mecraya sürükleyeceği endişesi ile plânlanan yargı reformunun demokratik bir anlayış ve süreçte tartışılmasının sağlanmasının mutlaka gerçekleştirilmesini dilemekteyiz."

YARGITAY ÇOK SERT BİR BİLDİRİ YAYIMLADI

Yargıya yönelik eleştirilerin yoğunlaştığı, Anayasa Başkan Vekili Osman Paksüt'ün izlendiği haberlerinin basına yansıdığı günlerde Olli Rehn'e verilen Yargı Reformu Strateji Taslağı da göz önünde bulundurularak Yargıtay Başkanlar Kurulu aşağıdaki sert bildiriye yayımladı.

"Kurulununun 85. yılında Cumhuriyetin temel niteliklerinin tartışmalara ve yeni tanımlamalara konu edilmesinden ve Yargı erkine yönelik sistemli saldırıların ivme kazanmasından duyduğu kaygıyla Yargıtay Başkanlar Kurulu;

Aşağıdaki görüş ve önerilerini, adına yargı yetkisi kullanmaktan onur duyduğu Yüce Milletle paylaşmak gereğini duymaktadır.

Tartışılmaz bir gerçektir ki;

"Demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti" idealinin, yüceltmeyeceği kişi ve kurum yoktur.

Cumhuriyetin temel niteliklerini benimsemiş, sahiplenme ve koruyup yüceltme

işlevinde, Devletin temel organları olarak Yasama, Yürütme ve Yargı, Anayasa gereği, uygar bir işbölümü ve işbirliğiyle yetki ve sorumluluk üstlenmiş, erkler arasında üstünlük sıralaması olmadığı, üstünlüğün sadece Anayasa'da bulunduğu ilkesi getirilmiş, yargının bağımsızlığına özellikle vurgu yapılmıştır.

Ne var ki;

Bir yıla yakın süreçte ve özellikle son zamanlarda, giderek artan bir biçimde, Yargı erkine yönelik ve hukuk devleti olma ilkesiyle bağdaşmayan sistemli saldırılar, anılan temel ilkeleri zedeler olmuştur.

Süreklilik gösteren bu davranışlar, toplumun, çözüm bekleyen sorunlarının ve gerçek gündeminin ötelenmesine, gelişimine harcanması gereken zamanın gereksiz biçimde yitirilmesine neden olur hale dönüşmüştür.

Bu cümleden olarak;

Gelişen dünyaya uyumda yetersiz kalan Anayasa'nın kimi hükümlerinin yenilenmesi konusunda oluşan genel kabulden yararlanılmak suretiyle bir siyasi görüşün istek ve direktifi doğrultusunda bütünü değiştiren bir taslak hazırlattırılarak, "en doğru ve en çağdaş Anayasa" tanımlamasıyla kamuoyuna sunulmuş, Anayasaların en geniş toplumsal mutabakatla, tartışma, uzlaşma ve sahiplenmelerle hazırlanması gerekeceği gözardı edilmiş, böylece ilk ciddi gerilim, beklenmedik bir zamanda ve hiç de gerekli olmayan yöntemle gündeme yerleştirilmiştir.

Taslağın, içeriği itibarıyla "lâik cumhuriyet, hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı" temel kavramlarıyla önemli ölçüde çalışması, haklı tepkilere zemin hazırlamış, o evrede Yargıtay Başkanlar Kurulu, 28.09.2007 günlü bildiriyle;

"1- Yürürlükteki Anayasa'nın özünü ve lâik Cumhuriyetin dayanağını oluşturan ve

metne dahil olduğu 176. maddede ifade edilen "Başlangıç" bölümünün sözünde ve özünde kısaltma yapılarak etkisiz hale getirilmesinin kabul edilemeyeceği,

2- Anayasa'nın değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez hükümleri korunur gibi görünse bile başka maddelerde yapılacak değişikliklerle Cumhuriyetin temel ilkelerinin zaafa uğratılmasının benimsenemeyeceği,

3- Cumhuriyetin vazgeçilmez temel dayanağını oluşturan ve Yüksek Mahkeme kararları ile çerçevesi isabetle çizilmiş olan lâiklik ilkesinin doğrudan veya dolaylı yeni düzenlemelerle zayıflatılmasının kesinlikle kabul edilemez olduğu,

4- Tarafsızlığı tartışma konusu olamayacak bağımsızlığı ise bir türlü sağlanmak istenmeyen Yargı erki'ni, Yasama ve Yürütmenin denetim ve hakimiyetine daha ziyade çekme niyetini açığa çıkartan önerilerin asla uygun bulunamayacağı,

Açıklanan vazgeçilmez ilkeler doğrultusunda ve bu sorumluluk duygusu ile gelişmelerin takipçisi olunacağı"

Yönündeki karşı duruşunu Ulusuna duyurmak zaruretini hissetmişti.

Toplumun yoğun ve isabetli refleksi, anılan taslağın yasalaştırılması girişiminde duraksama yaratmış; ancak, Anayasa'nın 10. ve 42. maddeleriyle ilgili değişiklik, engellenemeyen bir hızla yasalaştırılmıştır.

Tüm gelişmeleri izleyip değerlendiren Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Anayasa'nın ve yasaların kendisine yüklediği sorumluluğun gereği ve tezahürü olarak, yasal yöntemle topladığı kanıtlara dayanmak suretiyle bir siyasi parti hakkında iddianame düzenleyerek Anayasa Mahkemesi nezdinde yargılama ve müeyyide talebinde bulunmuş, ne var ki talebin muhatapları ve onların yandaşları, iddianamenin kurumsal olduğu

gerçeğini gözardı ederek, akla, mantığa ve hukuka aykırı tavır, söylem ve yazılarla ve hatta çoğu suç teşkil eden davranışlarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nı, toplumun tepki ve husumetine muhatap kılmaya yönelmişlerdir.

Bu türden davranışların, kişisel tatmin duyguları ötesinde, yargılanan siyasi kuruluşa hukuken hiçbir yarar sağlamayacağı, yargılamanın sonucunu da etkileyemeyeceği gözetilmemiş, zaman zaman şiddetini kaybetse de bütünüyle sona erdirilmediği, belki de bilinçli tarzda sona erdirilmek istenmediği gözlenir olmuştur.

Süreçte;

Çelişki ve yanlışlıklar sürdürülmüş, açılan davayı anayasal ve yasal sorumluluk ve yetkinliğiyle hukuka uygun olarak değerlendirilip sonuçlandıracağında hiçbir kuşku bulunmayan Anayasa Mahkemesi'nin, her tür etkiden uzak biçimde yargı yetkisiyle baş başa bırakılması ve sonucun saygıyla karşılanacağı kanısının yaratılması yerine, Anayasa'nın 138. maddesi hükmünü gözardı eder bir sorumsuzlukla, yargıyı etkilemeye yönelik tavır, davranış ve görüş açıklamaları artan bir hızla sergilenmiştir.

Yargı huzurunda, kendini ve siyasi teşekkülünü hukuka uygunluk içinde savunmak, ithamların asılsızlığı inancına sahip olunuyorsa kendi karşı kanıtları ve gerekçeleriyle iddiaları çürütmek yerine, "dilediği her şeyi yapabilme yetkisini halktan aldığı" gibi şaşkıncu bir inançla, Yargıyı ve mensuplarını halka şikayet ederek, hedef göstererek, hatta yabancı kişi ve kuruluşların yardım ve katkılarını sağlayarak, Türk yargısını etkileme niyet ve gayretine girmek suretiyle, açılan kapatma davasında lehe sonuç alma heves ve yöntemleri sıklıkla denenir olmuştur.

Son olarak;

Avrupa Birliği genişlemeden sorumlu

Komiseri'ne "Yargı Reformu Strateji Taslağı" adıyla bir belge tevdi olunmuş, bu konuda Yargıtay'ca yapılan düzeyli ve hukuki uyarıya hiç de icaplı olmayan biçimde karşılık verilmiş, zamanlaması, biçimi ve içeriği itibarıyla kabulü mümkün olmayan böylesi bir taslakla, yürütme erkinin nasıl bir yargı erki yaratmak istediği gün ışığına çıkarılmıştır.

Yargı erkinin geleceğini şekillendirecek böylesine ciddi bir taahhüdün, yargıda reformu geçmişten bu yana ısrarla savunan, tüm toplumca benimsenir nitelik ve nicelikte öneriler saptayan ve bu önerileri de Avrupa Birliği temsilcilerine kabul ettirerek geçmiş tavsiye kararlarına yansıtıran Yargıtay'a sunulmadan, görüş, düşünce ve deneyimlerinden yararlanmadan diğer Yüksek Mahkemelerin ve yargı erkinin sair üst organ ve kuruluşlarının ve mensuplarının görüş ve önerilerinden de yararlanma gereksinimi duymadan Avrupa Birliği yetkilisine verilmesinin Devlet sorumluluğuyla bağdaşmayacağı, hiçbir gerekçeye de sığınarak açıklanamayacağı ortadadır.

Kaldı ki, yayımlanmış içeriği itibarıyla reform gibi gösterilen ve gerçekleştirileceği Devletçe taahhüt edilen birçok önerinin, yargı bağımsızlığı adına asla kabul görmeceği, yoğunluğunun Avrupa Birliği'nin önceki istişare ve ilerleme raporlarıyla ve keza kabul görmüş uluslararası yargı bağımsızlığı kavramlarıyla büyük ölçüde çeliştiği gözlemlenmiştir.

Bu bağlamda;

Avrupa Birliği ilerleme raporlarında, Yargıtay'ın da görüşlerine uygun olarak yer alan;

1- Türk yargı erkinin bağımsızlığını zedeler düzeyde, yürütme erki kaynaklı müdahalelerin giderilmesi gereğine ilişkin tavsiyelerin dışlandığı, Hakimler ve Savcılar

Yüksek Kurulu'nun oluşumunda Bakan ve Müsteşarın yer almasının, "milli hakimiyet ilkesine yönelik önemli bir adım" olduğu gerekçesiyle savunulup korunduğu, bununla da kalınmayarak, geçmişte sakıncaları görülerek uygulanmasından vazgeçildiği gözetilmeden, "yargının yasama organına karşı sorumluluğunu temin" adı altında Yasamanın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na üye seçmesinin gerekliliği ve bu doğrultuda düzenlemeler yapılacağı ifade edildiği, böylece Yasama erkindeki etkinliğini kullanarak, yargıç ve Cumhuriyet savcılarını üzerinde Yürütme Erkinin baskı ve denetiminin geliştirilmek istendiği,

2- Yargı mensuplarının yürütme erki güdümünde bir sivil örgütlenme oluşturabilmelerinin öngörüldüğü, bağımsız ve özgür bir kuruluşa izin verilemeyeceği görüşünün öne çıkarıldığı,

3- Tüm olumsuz koşullara karşın, yargı işlev ve yetkisini özveriyle yürüten yargıç ve Cumhuriyet savcılarının, her türden engelleme rağmen ulaştıkları başarı düzeyini takdirle değerlendirmek, özlenen yargı hizmetinin sunulmamasının nedenlerini isabetle saptamak ve diğer erklerin sorumluluğu kapsamındaki eksikleri gidermek yerine, karşılaşılan olumsuzlukların yegane sorumlusu yargı mensuplarıymış gibi bir önyargıyla etik değerlere atıfta bulunulduğu, "yargıya güvenin tartışılması" başlığı altında "...asıl sorumluluk öncelikle yargının kendisine düşmektedir"... "bu çerçevede hakimlik makamına, bütün kişi ve kuruluşların yanı sıra ve bunlardan da önce olmak üzere bu makamı temsil eden kişilerin saygı göstermesi ve bu makamda bulunmanın onurunu hissedip bu onura uygun tavır ve davranışlar içerisinde bulunmaları vazgeçilmez bir sorumluluktur." sözleri seçilerek, hiç de yerinde olmayan ifadelerle, ulusal yargının ve mensuplarının yabancılara şikayet edilebildiği esefle gözlemlenmiştir.

Bu düşünce, niyet ve tasarrufların, yargı erki adına ve adli yargının en üst kurumu olan Yargıtay tarafından asla kabul edilemeyeceği, "bağımsız yargı hedefiyle" bağdaştırılmayacağı, dahil olmayı amaçladığımız Avrupa Birliği müktesebatıyla da uyum sağlamayacağı açıktır.

Sorgulamak gerekmektedir ki;

Tüm bu gelişmeler, ısrarlı bir biçimde ve sistemli olarak yargı erkinin bağımsızlığının hazmedilemediğini, tarafsızlığı sağlama adı ve aldatmasıyla yürütmeye yandaş, onu koruyup kollayan ve onun tarafından denetlenen bir yargının oluşturulmasının amaçlandığını belgelemeye yetmektedir.

Hedeflenen budur!

Ancak asla unutulmamalıdır ki;

İnsanlık tarihi, böylesi güdümlü bir yargı ile varlığını sürdürebilen, bireyini güvenli ve mutlu edebilen ve uygarlık yarışında başarılı olabilen hiçbir millet ve devlete tanıklık etmemiştir.

Yüce Türk Ulusu ise bağımsızlığı ve etkinliği eksiksiz bir Yargı Erkine her zaman layık olmuştur.

Yüce Ulus adına yargı yetkisini, bu görüş ve sorumlulukla; kullanmayı sürdüreceğimizi, yargı bağımsızlığının takipçisi olacağımızı saygıyla duyururuz.

ADALET BAKANI BİLDİRİLERE HEMEN TEPKİ GÖSTERDİ

Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun yayınladığı bildiriye ilk tepki Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin'den geldi. Şahin, bildiriye karşılık verdiği cevapta, "Hiç gereği yokken, böyle bir açıklamayı yapmayı gerektiren bir olgu ortada yokken, böyle bir açıklama yapmanın mantığını anlayamıyorum. Zaman zaman bu tür bildirimleri biraz da siyasi amaçlı olarak değerlendiriyorum. Ama böyle bir bildirin hiç gereği yoktu. Dam üstünde saksığan

gibi oldu" dedi.

Bildiride yer alan "Son bir yıl içerisinde Cumhuriyet'in kazanımları tartışmaya açıldı. Yargıya yönelik saldırılar ivme kazandı" ifadesine katılmadığını belirten Şahin, "Bu düşünceye hiç katılmıyorum. Hiç gereği yokken, böyle bir açıklamayı yapmayı gerektiren bir olgu ortada yokken, böyle bir açıklama yapmanın mantığını anlayamıyorum" dedi.

Bildiride yer alan "Yürütmenin güdümünde bir yargı olsun istiyorlar" cümlesinin yer aldığını hatırlatan Bakan Şahin şunları söyledi: "Ne yürütme yargının, ne yargı yürütmenin güdümünde olmamalıdır. Biri diğerinin güdümünde olmamalıdır. Adalet Bakanlığı ve hükümet olarak kuvvetler ayrılığı ilkesi neyi gerektiriyorsa bu istikamette bu zamana kadar çalışılmıştır, bundan sonrada çalışılacaktır. Zaman zaman bu tür bildirimleri biraz da siyasi amaçlı olarak değerlendirdiğimi ifade etmek istiyorum. Başta Yargıtay Başkanı olmak üzere tüm Yargıtay üyelerine derin bir saygım var".

Bildiride, Yargı Reform Taslağı'na ilişkin ağır eleştirilerin olduğunu hatırlatılarak 'Geri çekilmesi söz konusu mu?' yönündeki sorusuna Şahin, "Niye çekelim. O bir beş yıllık yol haritasıdır. Onun içeriği henüz doldurulmamıştır. Tartışarak konuşarak onu dolduracağız. Telaşlanmaya gerek yok. Bakanlık ve hükümet her şeye hakimdir. Hiç kimse hiçbir organ diğerini gündeminde olmasın diye gayret ediyoruz" cevabını verdi.

DANIŞTAY BAŞKANLAR KURULU YARGITAY'A DESTEK VERDİ

Danıştay Başkanlar Kurulu hükümetin Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun verdiği cevaba karşı aşağıdaki bildiriye yayımladı:

"Cumhuriyetin temel niteliklerinin tartışmalara ve yeni tanımlara konu edilmesinden

ve yargı erkine yönelik sistemli saldırıların ivme kazanmasından duyduğu kaygıyla toplanan Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 21 Mayıs 2008 gününde yaptığı ve esasen Danıştay'ca yapılan müteaddit açıklamalarda da yer alan konulara dikkat çeken bildiri üzerine Hükümet sözcüsü ve Devlet Bakanı tarafından yapılan açıklamanın yarattığı rahatsızlık nedeniyle Danıştay Başkanlar Kurulu, 22 Mayıs 2008 gününde toplanarak, aşağıdaki görüşlerini kamuoyu ile paylaşma gereğini duymuştur.

Öncelikle belirtmek isteriz ki, yargıyı doğrudan ilgilendiren konularda, yargı organlarının görüşlerini kamuoyu ile paylaşımlarının siyasi bir niteliği bulunmamaktadır.

Yargıyı ve yargılama sürecini ilgilendiren konulardaki anayasal ve yasal değişiklik çalışmalarını hakkında yüksek yargı organlarının açıklama yapmaları, yasama organının faaliyet alanına müdahale olarak görülmemeli; varlık nedenleri arasında, gücünü aldığı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 1 ila 3. maddelerinde öngörülen ve 4. maddesine göre değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek olan Cumhuriyetin temel ilkelerini de koruma görevi bulunan yargı organının işlevinin bir parçası olduğundan kuşku duyulmamalıdır.

Öte yandan; yargının demokratik meşruiyetinin tartışmaya açılmış olmasını kaygı ile izliyoruz. Anayasa'nın 6. maddesine göre egemenlik yetkisi kayıtsız şartsız millete ait olup; Türk Milleti, egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanmaktadır. Hiçbir kimse veya organ, Anayasa'dan kaynaklanmayan devlet yetkisini kullanamaz. Anayasa'nın bu hükmüne bağlı olarak da yargı yetkisi, Türk Milleti

adına bağımsız mahkemelerce kullanılmaktadır. Görüldüğü üzere; Yasama ve Yürütme organları nasıl yetkilerini halk oylaması ile kabul edilen 1982 Anayasası'ndan alıyorlar ise; Yargı da, Türk Milleti adına kullandığı yetkisini aynı Anayasa'dan almaktadır.

Yetkisini Anayasa'dan alan organların meşruiyetlerinin tartışmaya açılması, bu organların kamuoyundaki güvenilirliklerini zedeleyeceği gibi; böyle bir yaklaşımın, devleti zaafa uğratacağı gerçeği de gözlerden uzak tutulmamalıdır.

Ayrıca, 10 Mayıs 2008 tarihli Danıştayın kuruluş yıldönümü, Danıştay ve İdari Yargı Günü nedeniyle Danıştay Başkanı tarafından yapılan açış konuşmasında da ifade edildiği üzere, yargıya intikal eden konularda, uluslar arası çevrelerin de katılımıyla yargı organlarını yönlendirme ve etki altına alma girişimlerini doğru bulmuyor ve bu konudaki müdahalelere öncelikle hükümetin karşı çıkması gerektiğini düşünüyoruz.

Bu bağlamda, Yargıtay Başkanlar Kurulu kararında da sözü edilen Yargı Reformu Strateji Taslağı'nın anayasal kurumlar olan Türk yargı organları yerine, Avrupa Birliği temsilcileri ile paylaşılmış olmasını, bağımsızlık ilkesi ile bağdaşır bulmuyoruz.

Bu ve bundan önceki açıklamalarımızın Yüce Türk Ulusu'na yakışır, evrensel ölçülerde bağımsız bir yargıyı amaçladığını kamuoyunun takdirlerine sunuyoruz.”
22/05/2008

“İNFAZ HUKUKU VE ÖZEL DURUMDAKİ HÜKÜMLÜLER” TOPLANTISI YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği-İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, 6-7 Ha-

ziran 2008 tarihlerinde Antalya'da Antalya Barosu'nun katkısı ile "İnfaz Hukuku ve Özel Durumdaki Hükümlüler" konulu bir sempozyum düzenledi.

İlk gün, Avukat Talay Şenol'un yönettiği birinci oturumda Prof. Dr. Durmuş Tezcan "Hapis Cezalarının İnfazında Pozitif Ayrımcılık", Prof. Dr. Timur Demirbaş "Mahpusların Sağlık Sorunları ve Ceza İnfaz Kurumlarında Özürlü Olmak"; Antalya Barosu Başkanı Avukat M. Zeki Durmaz'ın yönettiği ikinci oturumda Avukat Münip Ermiş "Özürlülerin İnfaz Hukukunda Yaşanan Sorunlar", Avukat Zeki Ekmen "Cezaevleri Konusunda Uluslar arası ve Ulusal Düzenlemeler ile Cezaevlerimizde Mevcut Durum", Ankara Cumhuriyet Savcısı Dr. Hakan Kızıllarlan "Çocuklara ve Özürlülere İlişkin İnfaz Sistemi ve Yapılması Gerekenler" başlıklı tebliğlerini sundular. İkinci günkü Genel Değerlendirme" başlıklı oturumda Prof. Dr. Rona Aybay "Yabancı Ülkelerdeki Uygulamalar ve Türkiye Gerçekleri" başlıklı bir tebliğ sundu. Son olarak bütün katılımcılar genel değerlendirme yaptılar.

Sempozyumun sonuç bildirisi aşağıda sunulmaktadır.

"Uluslararası insan hakları belgelerinde ve ulusal yasalarda engelliler ile ilgili çeşitli hükümler ve düzenlemeler vardır. Bunlar bildiri, uluslararası sözleşme ya da yasa (kanun) niteliğinde ortaya çıkmaktadır. Bu düzenlemelerde genel yaklaşım; engelli (özürlü) insanlara karşı ayrımcılık yapılmasını önlemek, onların sosyal yaşama katılmalarını, iş ve meslek sahibi olmalarını sağlamak, zihinsel ve bedensel gelişmelerine yardımcı olmak gibi amaçlara yöneliktir.

Ancak, engelli hükümlülerle ve özellikle de özgürlüğü (hürriyeti) bağlayıcı cezalara çarptırılmış engellilerle ilgili özel bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, bu

konuda uluslararası hukukta da bir boşluk olduğu söylenebilir.

Türk İnfaz hukukunda sakatlığın, sürekli hastalığın ve kocamanın, özel af nedeni olması ya da cezanın ertelenmesini sağlaması gibi düzenlemeler varsa da görme ve işitme engellilere cezaevi kurallarının anlatılmasına ilişkin olanlar dışında bunlar doğrudan doğruya engelli kategorisine girenler için öngörülmüş hükümler değildir.

Hapis cezası, bu cezaya çarptırılan insanlar üzerinde genellikle ağır psikolojik sıkıntılara yol açmaktadır. Her hükümlüde az ya da çok görülebilen bu kırılganlık ve dıştan gelebilecek olumsuz etkilere karşı korumasızlık, engelli hükümlülerde daha da ağır bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Türkiye koşullarında, hapis cezasına hükümlü engellilerin ve özel durumdaki başka hükümlülerin sorunlarını, cezaevlerinin genel sorunlarından bütünüyle ayırarak değerlendirmek olanaklı görünmemektedir. Bu nedenle, saptamalarımızda ve çözüm önerilerimizde, genel ve özel durumlar, kaçınılmaz olarak belli ölçüde iç içe girmektedir. Konuyla ilgili özel sorunlar olarak şunları saptayabiliriz:

1. Cezaevlerinin aşırı doluluğu zaten bir sorun olarak ortadadır. Varolan verilere bakılarak, Türkiye ceza ve tutukevlerinin kapasitesinin yaklaşık olarak 75.000 kişi için yeterli olduğu, ancak buralarda bulunan insan sayısının 95.000'i aştığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, bazı yörelerimizdeki cezaevlerinde tutuklu ve hükümlü sayılarında, başka yörelere oranla yığılmalar da görülmektedir.

Bazı durumlarda bir ranzada iki kişinin yatması veya vardiyalı uyumaya yol açan bu aşırı doluluk, doğal olarak bütün hükümlüleri etkilemekte ise de hükümlü durumdaki engelliler üzerinde çok daha olumsuz durumlar yaratmaktadır.

Ülkemizde tutuklu sayısının hükümlü sayısının iki katına yakın olduğu da bu konu ile ilgili çok önemli bir gerçektir. Bu gerçek karşısında, özellikle tutukluluk sürelerinin uzaması durumu da dikkate alınarak tutuklularla ilgili yeni bir takım önlemler alınması gerektiği de söylenebilir.

2. Cezaevleri personelinin sorunları önemli bir konudur. Bu görevlilerin eğitim eksikliği, ücret yetersizliği gibi sorunlarının yanı sıra, özellikle “nüfuzlu” kişilerin ya da terör örgütü mensuplarının konuldukları cezaevlerindeki görevlilerin kişisel güvenliklerinin sağlanması gibi ciddi sorunlar da söz konusudur.

Bütün bu zor koşullarda bile özveriyle çalışan görevliler, elbette takdir edilmelidir. Ancak, bu sorunlar kişisel çabalarla ve özverilerle ortadan kaldırılmayacak kadar önemli noktalara gelmiştir. Bu sorunların çözüme bağlanması için, yürütülmekte olan olumlu girişimler ve eğitim programları desteklenmeli ve bu yöndeki çalışmalar hızlandırılmalıdır.

3. Cezaevlerindeki, dış güvenlikten jandarmanın, iç yönetimden Adalet Bakanlığı'nın sorumlu olması uygulamasının yarattığı sakıncaların ortadan kaldırılması için yeni yasal düzenlemeler yapıldığı anlaşılmaktadır. Konunun çok duyarlı niteliği dikkate alınarak bu düzenlemelerin ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak sonuçlandırılması yerinde olacaktır.

4. Engelli hükümlülerle ilgili çözümler açısından, var olan 5275 sayılı yasanın 16. maddesindeki hükümlerin, uygulamada yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Aynı şekilde Anayasa'nın 104. maddesindeki Cumhurbaşkanı'na tanınmış olan özel af yetkisi de pratikte çok büyük zorluklarla işleyebilmektedir.

5. Engellilerle ilgili olarak deyim sorunu özel bir önem taşımaktadır. Türkçede, bu

durumdaki kişiler için “sakat” (Anayasa madde 104/b) “özürlü” (5378 sayılı “Özürlüler Kanunu”) ve “malul” gibi deyimler kullanılmaktadır. Bu kavramı karşılama için yabancı dillerde de yerleşmiş olan çeşitli deyimlerin varlığı bir gerçektir.

Kişileri incitecek deyimlerden kaçınılması gerektiğinde kuşku yoktur. Biz, “engelli” deyimini kullanıyoruz. Bu durumda olanların örgütleriyle danışılarak uygun deyim saptanması ve hukuk metinlerinde o deyim düzenli biçimde kullanılması yerinde olacaktır.

6. Cezaevlerinde, Engelliler Kanunu'ndaki “bakıma muhtaç özürlü” tanımına uyan, yani hayatını başkasının yardımı ve bakımı olmadan devam ettiremeyecek derecede düşkün durumda olan hükümler de bulunabilmektedir. Kısaca “hükümlü engelli” denilebilecek bu kişilerle ve özel durumda bulunan öteki hükümlülerle ilgili olarak düşünülecek çözümler şöyle özetlenebilir:

(i) Engellilerle ilgilenmenin özel uzmanlık gerektirmesi karşısında Özürlüler İdaresi Başkanlığı bünyesinde yer alan uzman görevlilerin ceza ve tutukevlerinde çalıştırılmaları uygun olacaktır.

(ii) Cezaevi hekimliği, ayrı ve önemli bir uzmanlık yeri olarak kabul edilmeli; Cezaevi hastanesi kavramı uygulamaya konulmalıdır. Var olan “akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlığı olan hükümlülerin cezalarının infaz edileceği özel yerler” e ek olarak engelli hükümlüler için özel hastane birimleri oluşturulmalıdır.

(iii) Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da düzenlenen “infazın geri bırakılması” konusu, engelliler açısından gözden geçirilmeli ve bu konuda bir kanun değişikliğine gidilerek, infazı engelleyecek nedenlere “bakıma muhtaç engellilik hali” de eklenmelidir.

(iv) Kimi tutuklu ve hükümlüler için elektronik bilezik uygulamasına geçilmesinin ve ayrıca Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 6.4.2006 tarih ve 5485 sayılı Kanunla değişik 110/2. fıkrasındaki 75 yaşını bitirmiş olanlar için getirilen düzenlemenin engelli hükümlüleri de kapsayacak şekilde değiştirilmesi olumlu bir adım olacaktır.

(v) Cinsel tercihler itibarıyla farklılığı olan insanların varlığı bir gerçektir. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün madde 69/1-e hükmüne göre "Cinsel yönelimi farklı hükümlülerin diğerlerinden ayrı odalarda kalmaları sağlanır." Çağdaş hukukun gelişmesine uyarak, bu insanların, cinsel tercihlerini serbestçe ortaya koyabilmeleri, Türkiye'de de kabul edildiğine göre, Tüzükteki hüküm yerindedir. Ancak, aşırı doluluklara ulaşmış cezaevlerinde, cezaevi yöneticilerinin bu hükmü gereği gibi işletmeleri olanaksız derece güçtür. Cezaevleriyle ilgili sorunlar arasında, bu konuya da yer verilmesi uygun olacaktır.

(vi) Özellikle Türkiye koşulları bakımından çok önemli bir grup da cezaevindeki kadın hükümlüler ve onların çocuklarıdır. Türkiye cezaevlerinde hükümlü anneleriyle birlikte yaşayan oldukça çok sayıda çocuk olduğu bilinen bir gerçektir. Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun madde 65'e göre;

"Anaları hükümlü olup da dışarıda korusuna bırakılacak kimsesi bulunmayan sıfır-altı yaş grubundaki çocuklar, annelerinin yanında kalabilirler. Bu çocuklar, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu veya diğer kurum ve kuruluşlara ait kreş ve gündüz bakımevlerinde barındırılırlar."

Bu çocukların durumu çeşitli boyutları olan ciddi sorunlar yaratmaktadır. Bizim kanunumuz altı yaşına kadar çocukların

anne ile birlikte cezaevinde kalmasını ön görmüştür. Bu, çeşitli ülkelere ilişkin istatistiklere göre kabul edilebilecek en yüksek yaş sınırı gibi görünmektedir. Bu konuda çözüm aranırken bir yandan çocuğun annesiyle, annenin çocuğuyla birlikte bulunma hakkı ve ihtiyacı, öte yandan, çocuğun cezaevi ortamında bulunmaktan dolayı karşılaşıacağı maddi ve manevi risklerin dengelenmesi gerekir. Cezaevlerinde çocukların türlü istismarla açık bir konumda oldukları bir gerçektir. Bir çok ülkede bu konuyla ilgili cezaevlerinin içinde veya yanında özel anaçocuk merkezleri kurulduğu anlaşılmaktadır. Bizim kanunda da bu çocukların özel kreş ve gündüz bakımevlerinde gündüzleri barındırılması suretiyle dengeli bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Ancak, bu hükmün uygulamada nasıl işlediğinin açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır.

Yukarıda belirttiğimiz önerilerin gerçekleştirilmesi, doğal olarak, devletin mali kaynaklarına bağlıdır. Ancak, Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerini belirten 2. maddesinde sayılan niteliklerden birinin "sosyal devlet" olduğu da unutulmamalıdır. Yine Anayasa'nın konumuzla ilgili 65. maddesinin "Sosyal ve ekonomik hakların sınırı" şeklindeki başlığının, 2001 değişikliğinden sonra "Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırları" biçimini aldığı ve maddenin içeriğinin de, devlete "öncelikleri gözetme" görevi getirdiği anımsanmalıdır.

Cezaevlerindeki olumsuz koşullar nedeniyle, hükümlüleri topluma kazandırma amacının gerçekleşmesi zorlaşmakta, giderek olanaksız hale gelmektedir. Öte yandan, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar uyarınca yapılan ziyaretlerde, Türkiye'nin uluslararası imajının zedelenmesinin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde tazminat ödemek zorunda kalınan durumların da maddi ve manevi maliyetleri dikkate alınmalı ve "cezaevleri"

konusunun “önceliği” gözetilmelidir.”

Sempozyum tutanakları yakında kitap halinde yayımlanacaktır.

Aynı gün Kütahya Barosu da “*Ceza İnfaz Sisteminde Denetimli Serbestlik*” konusunda Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanı Vehbi Kadri Kamer’in konuşmacı olduğu bir konferans düzenledi

CEZA DAVALARINDA HARÇ UYGULAMASI GERİ DÖNDÜ

492 sayılı Harçlar Kanunu’nun (1) sayılı tarifesinin (A) Mahkeme Harçları bölü-müne, 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun’da ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Kanunu’nun 11. maddesinin d bendi ile eklenen “*IV. Temyiz ve İtiraz Harçları*” bölümü ile ceza ve hukuk ayrımı yapılmaksızın Yargıtay ve Danıştay’a yapılacak temyiz başvurularında 60 YTL; Ağır Ceza Mahkemelerine yapılacak itiraz başvurularında 30 YTL harç ödenmesi düzenlenmiştir.

Eklemenin gerekçesinde “yargı organlarının daha hızlı ve verimli çalışmasına imkan sağlandığı” belirtilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı, Adalet Bakanlığına yaptığı başvuru ile özellikle CMK kapsamında görevlendirilen müdafii ve vekillerin bu harçları nasıl ödeyecekleri konusunda çözüm üretilmesini ve görüş bildirilmesini istemiştir.*

“ÇEVRE SORUNLARINA İLİŞKİN YARGI KARARLARI VE BU KARARLARIN UYGULANMASI” TOPLANTISI YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği 7-8 Haziran 2008 günlerinde Kuşadası’nda “*Çevre Sorunlarına İlişkin Yargı Kararları Ve Bu Kararların Uygulanması*” konulu bir çalışma toplantısı yaptı. Çeşitli barolardan çevre konusunda ilgili meslektaşlarımız yanında Prof. Dr. Ruşen Keleş’in konuk olarak bulunduğu çalışmada birinci gün konu tartışıldı. İkinci Gün bir genel değerlendirme yapıldı.

Bildirgede, ulusal ya da uluslararası mevzuat ve yargı kararlarının çevre sorunlarının önlenmesinde tek araç olmadığının altı çizilerek, “*Yeterli yasaları uygulayacak yeterli yöneticilere, yeterli politikaları oluşturacak yeterli politikacılara gereksinim vardır. Vatandaşlar olarak da çevre korumanın bir maliyeti olduğunu ve bu maliyete katlanmanın kendimiz, gelecek kuşaklar ve gezegenimiz için bir zorunluluk olduğunu*

*** MADDE 11**

d) (1) Sayılı Tarifesinin “A) Mahkeme Harçları” bölümünün sonuna aşağıdaki (IV) numaralı bölüm eklenmiştir.

“IV. Temyiz ve itiraz harçları:

- | | |
|--|--------|
| a) Yargıtay ve Danıştay’a yapılacak temyiz başvurularında | 60 YTL |
| b) Yürütmenin durdurulmasına ilişkin itirazlar dahil olmak üzere Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerine itirazın yapılacak başvurularında | 40 YTL |
| c) Ağır Ceza Mahkemelerine itirazın yapılacak başvurularında | 30 YTL |
| e) (3) Sayılı Tarifesinin “I- Başvurma harcı” başlıklı bölümüne aşağıdaki (c) ve (d) fıkralar eklenmiştir. | |
| “c) Danıştay’a temyiz başvurularında | 60 YTL |
| d) Bölge İdare Mahkemesine itirazın yapılan başvurularında | 40 YTL |
| f) (8) Sayılı Tarifesinin sonuna aşağıdaki madde eklenmiştir. | |

“XII- Transfer fiyatlandırması ile ilgili yöntem belirleme anlaşması harçları:

- | | |
|-------------------|-------------|
| 1- Başvuru harcı | 25.000 YTL |
| 2- Yenileme harcı | 20.000 YTL” |

kabul etmemiz gerekmektedir” denildi.

Hükümetin yaşanan bütün olumsuzluklar içinde Kyoto Protokolü'nü imzalamasının olumlu bir adım olarak değerlendirildiği bildirmede, Hükümet ve TBMM'den çevre konusunda şu taleplerde bulunuldu: *“İçinde bulunulan mevzuat ve yetki karmaşasını giderebilmek için Başbakanlık, Çevre ve Orman Bakanlığı, TOKİ başta olmak üzere tüm kamu kurumlarının genel politika ve yatırım kararlarında çevre duyarlılığı esas alınmalı, planlama mevzuatı ile ilgili yönetmelikler ve özellikle Çevresel Etki Değerlendirmesi yönetmeliğindeki eksiklikleri giderebilmek için; -Planlamaya yerel halkın katılımını sağlanmalıdır.*

-Kamu yararı kavramı, tanımı kısa ve uzun vadede siyaseten yeniden gözden geçirilmelidir. Çevrenin ve doğanın korunması “üstün kamu yararı” olarak nitelenmelidir.

-Su kaynaklarının korunması için “bütüncül havza planlaması yapılmalı”, Çevre ve Orman Bakanlığı taşra örgütlenmesini su havzaları bazında yenilenmelidir. -Madenlerle ilgili olarak sadece yatırımcının değil yörede yaşayan halkın menfaatlerini de gözetecek, sürdürülebilir bir çevreyi sağlamak amacıyla maden mevzuatı yeniden düzenlenmelidir.

-Balık çiftlikleri turizm ve SİT bölgelelerinden uzaklaştırılmalıdır.

-Yerel yönetimler ve yerel halkın katılımını dışlayan kentsel dönüşüm adı altında TOKİ' ye verilen imar planlama yetkileri sınırlandırılmalı, imar yetki karmaşasına son verilmelidir.”

Çevre sorunları ile ilgili uzman Çevre Mahkemeleri kurulması ve mahkemelerin hukuk fakültesi mezunu yargıçlardan oluşturulması gerektiğinin vurgulandığı bildirmede, *“Çevre Yargılama Kanunu*

hazırlanmalıdır. Bu konuda ÇYK taslağı hazırlanması amacıyla; Adalet Bakanlığı, Üniversiteler, Türkiye Barolar Birliği, Barolar ve diğer meslek örgütlerinden oluşan bir çalışma komisyonu kurulmalıdır” denildi.

Bildirmede ayrıca genlerle ilgili olarak *“Biyogüvenlik Yasası”*nın derhal çıkartılması, GDO'lu ürünlerin ithalinin yasaklanması ve denetimlerin talebe bağlı olarak değil, zorunlu olarak yapılması istendi

“ADALET BAKANLIĞI YARGI REFORMU STRATEJİSİ” BELGESİ GÖLGESİNDE YARGI REFORMU” SEMPOZYUMU YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği 18-20 Haziran 2008 tarihleri arasında Ankara'da *“Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi” Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu”* konulu bir sempozyum düzenledi.

Sempozyumun birinci gününde TBB Başkanı Avukat Özdemir Özok'un açılış konuşmasından sonra dört oturumda Doç. Dr. Mustafa Tören Yücel tarafından hazırladığı sayısal durumla ilgili sunumun arkasından Ceza Yargılaması, İdari Yargı, Anayasa Yargısı, Hukuk Yargılaması irdelendi. Konuşmacılar Prof. Dr. Yener Ünver, Doç. Dr. Ali Akyıldız, Yrd. Doç. Dr. Ozan Ergül ve Prof. Dr. Suha Tanrıver'in genel olarak sundukları bilgilerden sonra tartışmacılar Doç. Dr. Ümit Kocasakal, Fahrettin Demirağ, Dr. Tacettin Şimşek, Dr. Artuk Ardıçoğlu, Yrd. Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ, Doç. Dr. Faruk Bilir, Doç. Dr. Muhammet Özekes, Avukat Talih Uyar özgün konulara değindirdiler.

İkinci gün *“Türk Yargı Sisteminde Reel Reform Stratejisi”* genel başlığı altında *“Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi Ön Taslağı”* hakkında Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanı Hüseyin Yıldırım bir konuşma yaptı. Adalet Bakanlığı AB Genel

Müdür Yardımcısı Mustafa Elçim, "Avrupa Birliği'ne Üyelik Sürecinde Türk Yargısı"ni anlattı. Ankara Barosu Başkanı Av. V.Ahsen Coşar "Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi" hakkındaki görüşlerini açıkladı. İkinci oturumda Prof. Dr. Metin Fezyioğlu Hukuk Eğitimi'ni Avukat Ahmet Akgül de Adalet Akademisi ve Meslek içi Eğitim konularına açıklık getirdi. Doç. Dr. Mustafa Tören Yücel'in başkanlığındaki üçüncü oturun konusu "Yapısal Analiz ve Sorunlar" idi. Avukat Turgut Kazan "Adalet Bakanlığı", Avukat Talay Şenol da "Yüksek Yargı Organlarının Oluşumu" hakkında konuştu.

Günün son oturumu Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz'in başkanlığındaki İşlevsel Sorunlar olup Ömer Faruk Eminağaoğlu "Yargı Bağımsızlığı" Avukat Başar Yatlı "Hâkimlerin tarafsızlığı" konularındaki düşüncelerini aktardılar.

Sempozyumun son gününde Hakim Kemal Şahin Yargı Örgütü'nü, Salim Çoruk

"Yargı Organları Yazı İşleri"ni Yrd. Doç. Dr. Mehmet Arıcan "Adli Polis"i, Doç. Dr. Bülent Çiçekli de "Bilirkişilik" kurumunu anlattılar.

Avukat Güneş Gürseler'in konuşmacı ve başkan olduğu oturumun konusu "Avukatlar, Barolar ve Barolar Birliği" idi. Konuşmacılar Av. Hasan Kılıç "Eğitim, Staj, sınav" konusunu Avukat Haluk İnanıcı da "Örgütlenme ve Adalet Bakanlığı ile İlişkiler" hakkındaki düşüncelerini dile getirdi.

TBB Başkanı Avukat Özdemir Özok'un yönettiği sonuç oturumunda TBMM'nde temsisi bulunan partiler adına Av. Hakkı Köylü (AKP), Av. Orhan Erarslan (CHP), Av. Hasip Kaplan (DTP), Av. Tayfun İçli (DSP), Av. Gökhan Pirinççi (BBP), Av. Hasan Tatar (ÖDP) değerlendirme konuşmaları yaptılar. MHP temsilci görevlendirmedeği için programda yer almadı.

Sempozyumun tutanakları kısa zamanda kitaplaştırılarak ilgililere sunulacaktır.

NEDİM AKSOY'U KAYBETTİK

1989-1993 yıllarında Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu üyeliği görevinde bulunan İzmir Barosu üyesi Nedim Aksoy, 28.5. 2008 tarihinde geçirdiği beyin kanaması sonunda kurtarılamayarak vefat etti.

Nedim Aksoy 15.2.1948 günü İzmir, Seydiköy'de doğmuş; 1970 yılında Ankara Üniverstesi Hukuk Fakültesini bitirmişti.

Nedim Aksoy, efendiliği, çalışkanlığı, dürüst ve candan tavırlarıyla arkadaşlarının gönlüne taht kurmuş bir arkadaşımızdı.

Kendisine rahmet, ailesine, çocuklarına, dost ve meslektaşlarına başsağlığı ve sabırlar dileriz.



AVRUPA BAROLAR BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

Haz.: Av. D. Derya Yeşiladalı

TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi

• MESLEKİ YETERLİK

AB Komisyonu, 3 Nisan 2008 tarihinde, avukatlık mesleği yeterliliği ile ilgili iki direktifi uygulamayan on bir AB üyesi ülke aleyhine yaptırım kararı almıştır. Belçika, İspanya ve Çek Cumhuriyeti mesleki yeterliliklerin kabulüne ilişkin 2005/36 sayılı direktifi henüz yasal düzenlemelerine adapte etmemişlerdir. Söz konusu direktif on beş ayrı direktifin bir konsolide edilmiş şekli olup, avukatlık mesleğine ilişkin yeterlilik kriterlerini basitleştiren bir mekanizma getirmektedir. Komisyon bu düzenlemeyi adapte etmemiş olan üye ülkelere gerekçeli bir görüş göndererek, Topluluk hukukuna uymamak suretiyle, hukuki anlamda ihlalde bulunan bu üyelere uyum için bir süre vermiş bulunmaktadır. Belçika Anayasa Mahkemesi 23 Ocak 2008 tarihinde İkinci Para Aklama Direktif'i'nin Belçika'da uygulanmasına ilişkin kararını açıklamıştır. Davanın odak noktası meslek sırrı ve müvekkilleriyle ilişkiler kapsamında avukatların haklarının korunması olmuştur. Belçika Baroları İkinci Direktif'in uygulanmasını; AİHS'nin 6. maddesinde yer alan; adil yargılanma hakkı ile bağdaşmadığını ileri sürmüşlerdir. Barolar, Anayasa Mahkemesi'nin bu iddia ve itirazları büyük ölçüde kabul ederek kara para aklama bildirim yükümlülüğü kapsamını, avukatlar yönünden, daraltmıştır. Karar; avukatlar arasında "meslek ve müvekkil sırrı" ve "mesleğin temel değer ve ilkeleri" açısından büyük bir zafer olarak nitelendirilmiştir.

• ARABULUCULUK

Uzunca bir süredir devam eden görüşmeler ve müzakereler sonucunda sınır ötesi hukuki ihtilafların giderilmesinde arabuluculuk konusunda bir direktif taslağı oluşturulmuştur. Söz konusu tasarı sınır ötesi ihtilafların alternatif yollarla halledilmesi için gerekli düzenlemeyi öngörmektedir. Direktif, isteğe bağlı olarak arabuluculuğa başvurmayı öngörmekte, gizliliği taahhüt etmekte ve arabulucular için eğitim sağlanmasını düzenlemektedir. Bilineceği üzere, sınır ötesi ihtilafların arabu-

luculuk ile giderilmesi mahkemelerde dava açılmasından daha ucuz bir usul olup, bu yolun bütün AB üyesi ülkeler ve Avrupa genelinde daha yaygınlaşması için önerilmektedir.

• CEZA HUKUKU

Geçtiğimiz ay gündemdeki en önemli konulardan bir tanesi de gıyapta verilen mahkeme kararlarının karşılıklı olarak tanınması ve tenfizi konusundaki öneri idi. Buna göre, adli merciler; AB üyesi ülkelerden birisinde gıyapta verilen bir mahkeme kararını reddetme hakkına sahip olmaktadır. Diğer taraftan, AB üyesi bir ülke adli makamları, diğer bir ülkede bir kişinin yokluğunda verilen mahkeme kararlarını tanımalarına olanak verecektir. Ancak, bu düzenleme ulusal hukukta değil sınır ötesi hukuk anlamında kabul edilmektedir. Söz konusu bu düzenleme dönem başkanlığı yapan Slovenya'nın birinci önceliklerinden birisidir. Haziran sonu itibariyle olumlu sonuç alınması öngörülmekle beraber üye ülkelerin isteksiz olması ve konuya olumsuz yaklaşımları tereddütlere neden olmaktadır.

• TÜKETİCİ VE REKABET HUKUKU

2 Nisan 2008 tarihinde, AB Komisyonu'nun rekabetle ilgili düzenlemelerinin ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarına ilişkin bir "*Beyaz Bildiri*" yayımlamıştır. Söz konusu bildiri; rekabet konularında hakları ihlal edilenlerin korunması amacıyla iç hukukta iyileştirmeler yapılması konusunda öneriler getirmektedir. Ayrıca, toplu başvurular özendirilmekte(tüketici dernekleri veya ticaret odalar tarafından yapılacak şikayet ve başvurular gibi) olup konuya ilişkin olarak üye ülkelerin 15 Temmuz'a kadar katkı ve önerileri beklenmektedir.

• SÖZLEŞMELER HUKUKU

Birkaç yargı yetkisini ilgilendiren sözleşmelere hangi ülke yasalarının uygulanacağı konusunda sınırları belirleyen ve kısaca I. Roma Düzenlemeleri olarak adlandırılan mevzuat konusunda görüşmeler sürmektedir. Bu düzenlemenin, bir önceki 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'ndan daha avantajlı olduğu ifade edilmektedir.

• İNSAN HAKLARI

Avrupa Parlamentosu, Dış İşleri Komisyonu tarafından hazırlanan rapora göre; 2007 yılında Birleşmiş Milletler tarafından yapılan girişimler sonucu dünya genelinde ölüm cezası uygulamalarında azalma görüldüğü ifade edilmektedir. Bu bağlamda; BM'nin insan hakları konusunda tedbir ve uygulamalarını geliştirmemesi büyük tenkit görmüştür.

• SERBEST DOLAŞIM

AB üyesi ülkeler; AB vatandaşları ve ailelerinin Birlik sınırları içinde serbestçe dolaşma ve yerleşme haklarının AB'nin temel prensiplerinden birisi olduğu konusunda bir ortak karar almıştır. Alınan bu karar; 2004/38/EC sayılı AB Direktifinin uygulanmasına açıklık getirir nitelik taşımaktadır.

• AB DÖNEM BAŞKANLIĞI

Slovenya tarafından yürütülmekte olan AB dönem başkanlığı Haziran ayı sonunda Fransa'ya devredilecektir. Slovenya altı aylık başkanlık döneminde gıyapta yargılama konusuna öncelik tanımıştır. Arabuluculuk Direktifi ile ilgili gelişmeler bu dönemde gerçekleşmiştir. Fransa'nın gündemi açıklanmamış olmakla beraber başkanlık dönemi Lizbon Antlaşması'na doğrultusunda gerçekleşecektir. Önümüzdeki dönem Fransa Çek Cumhuriyeti ve İsveç ile işbirliği içinde çalışacak olup, hazırlanacak olan 18 aylık strateji planında hukuki konular ve girişimler öncelikli olacaktır. Bu doğrultuda Temmuz 2008 itibariyle;

AB Başkanı: Nicolas Sarkozy

Dış İşleri Bakanı: Bernard Kouchner

Avrupa İşleri Bakanı: Jean-Pierre Jouyet

Maliye, Ekonomi ve İstihdam Bakanı: Christine Lagarde

Milli Kimlik, Entegrasyon ve Mülteciler Bakanı: Brice Hortefeux

Adalet Bakanı: Rachida Dati

görev yapacaktır.

• MESLEKİ YETERLİK

AB Komisyonu, 2007 yılında Bulgaristan ve Romanya'nın da Birliğe katılmasını takiben, tüm üye ülkelerin mesleki yeterlikle ilgili Direktifini uygulamasını talep etmişti. Ancak, bu Direktif'i uygulanmadığı ülkeler (Portekiz ve İngiltere) aleyhine Avrupa Adalet Divanı'na başvuruda bulunulmuştur. Bilineceği gibi Direktifin tam olarak uygulanmaması Bulgar ve Romenlerin diğer üye ülkelerde serbestçe faaliyette bulunmasına olanak sağlamaktadır.

• LOBİCİLİK

Avrupa Parlamentosu lobiciler için zorunlu kayıt sisteminin getirilmesi için çalışmaları başlatmıştır. Bilindiği gibi, avukatların menfaatleri korumaktan öte uygulanan politikaları değiştirmeye yönelik faaliyetleri lobicilik kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, lobicilerin sicile kayıtlarıyla ilgili pilot uygulama 23 Haziran 2008 tarihinde başlayacaktır. Konuya ilişkin olarak 28 Mayıs 2008 tarihinde lobiciler için "*Meslek Kuralları*" yayımlanmıştır.

• FİKRİ HAKLAR

AB Komisyonu Avrupa'da "*Patent Mahkemesi*" kurulması konusunda bir öneri getirecektir. Mahkeme, merkezi ve bölgesel mahkemeler ve temyiz mahkemesi şeklinde yapılandırılacaktır. Ayrıca, tahkim ve arabuluculuk merkezleri de oluşturulacaktır. Diğer taraftan, Avrupalı avukatların tarafları anılan mahkemeler nezdinde temsil edebilmeleri için AB Dava Takip Sertifikasına sahip olmaları aranacaktır. Bu önerinin, AB üyesi olmayan ülkelere de açık uluslararası bir anlaşmaya dönüşmesi öngörülmektedir. Başvuru sahipleri başvurularını kendi dillerinde yapabileceklerdir. Ulusal patent dairesi söz konusu başvuruları Avrupa Patent Dairesi'nin resmi dillerinden birine çevirecektir.

• CEZA HUKUKU

Çevrenin korunması kapsamında ceza hukukunda yapılması arzu edilenler oldukça zorlu bir yolda geçmiştir. 2005 yılından beri sürmekte

olan mücadeleler meyvesini vermeye başlamış olup konuyla ilgili olarak Konsey ve Avrupa Parlamentosu anlaşmaya varmıştır. Bu doğrultuda; “yeşil suçlar yasal düzenlemesi” konusunda anlaşmaya varılmıştır. Nitekim Avrupa Parlamentosu’nun 21 Mayıs 2008 tarihli kararı ile çevrenin ceza hukuku ile korunması konusunda bir Direktif teklifi verilmesi kararlaştırılmıştır. Teklif metni benimsenir benimsenmez *Resmi Gazete’* de yayımlanacaktır.

• TÜKETİCİ HUKUKU

Avrupa Parlamentosu, tüketici haklarının artırılmasına yönelik bir kararı kabul etmiş bulunmaktadır. Parlamento, sağlam ve güçlü bir tüketici politikasının iç piyasanın daha iyi işlemesine katkıda bulunacağına işaret etmiştir. Alınan karar tüketici haklarının daha sağlam yasal düzenlemelere bağlanmasını sağlamaya yönelik bulunmaktadır. Bu doğrultuda, Avrupa Tüketici Ombudsmanı’nın kurulması da amaçlanmaktadır. Komisyon’un yapacağı teklif Avrupa genelinde bir çözüm getirmeye yönelik olacak ve tüm tüketicilerin sınır ötesi şikayet ve tazminat taleplerini ileri sürebilmelerini sağlayacaktır.

• ŞİRKETLER HUKUKU

AB Komisyonu kamu denetim kurum ve kuruluşlarının görev ve yetkilerini belirleyen bir tavsiye yayımlamıştır. Tavsiyenin amacı, 2006/43 sayılı direktif doğrultusunda, etkin ve süratli bir kanuni denetim mekanizmasını öngörmektedir. Tavsiyeler ayrıca, kamu adına hizmet veren bu denetim kurumlarının teftiş görevinde aktif rol almasını ve bu görevi yerine getiren kurumların hesap verebilir olmalarını gerekli kılmaktadır. Diğer taraftan, denetim sonuçları itibariyle şeffaflığın şart olduğunu vurgulamaktadır.

• VERGİ MEVZUATI

Katma değer vergisi ile ilgili olarak başlatılması planlanan pilot program konusunda görüş birliği sağlanamamıştır. Bunun sebebi ise bu programın başlatılmasının AB genelinde katma değer vergisi

tahsilatın da engeller oluşacağı idi. Her ne kadar vergi kaçakçılığını engelleyeceği düşünülse de program Ekim ayında görüşülmek üzere askıya alınmıştır.

AVRUPA BAROLAR KONSEYİ CCBB'DEN HABERLER

- Yılda iki defa yapılan CCBE (Avrupa Barolar Konseyi) Genel Kurul toplantılarından bu yılın birinci toplantısı olan 108. Genel Kurul Toplantısı 23-24 Mayıs 2008 tarihleri arasında Budapeşte'de gerçekleşmiştir.
- CCBE Genel Kurul toplantıları bütün üyelerin katılımıyla gerçekleştirilmektedir.
- Bu yılın ikinci Genel Kurul Toplantısı 28-29 Kasım 2008 tarihleri arasında Brüksel'de yapılacaktır.
- CCBE ile TBB arasında imzalanmış bulunan Lisans Sözleşmesi doğrultusunda, Türkiye genelinde, 700 meslektaşımıza CCBE Plastik Kimlik Kartı tahsis edilmiştir.
- AB Konseyi'nin meslek kuruluşları arasındaki ilişkilerin geliştirilmesi amacıyla proje kapsamında verdiği €300.000'lük hibe TBB'ne verilmiştir. Proje TBB ve CCBE (Avusturya, Fransa, İtalya, İngiltere, İspanya ve Polonya Baroları) ile ortaklaşa yürütülecek olup 18 ayda tamamlanması planlanmıştır. Proje konusu; *"Mesleki Eğitim Aracılığı ile Barolar Arası Sivül Diyaloğun Geliştirilmesi"*dir. ABGS- Merkezi Finans Kuruluşu ile TBB arasında sözleşme imzalanır imzalanmaz proje uygulanmasına başlanacaktır.

YARGIDA REFORM İDDİALARI VE GERÇEKLER...

Av. Özdemir ÖZOK*

Bu yazımda sizlerle dost, sevecen, ilkeli, dürüst, kişilikli, bilgili, erdemli, hep gülen, dünyasında kötülük ve karamsarlık olmayan, çevresindekilere, huzur, güven ve sevgi dağıtan doğuştan pozitif elektrik yüklü bir güzel insanı kaybetmenin acısını paylaşacağım. Kendisini tanıyanlar hemen Av. Nedim Aksoy'dan söz ettiğimi anlamışlardır.

Fakülte birinci sınıftan buyana yaklaşık kırk yıllık sıcak-aktif ve verimli dostluk bir anda hatıra oluverdi. Yaşam bu ise çok anlamsız ve çok kısır. Bu iş bu kadar kolay ve acımasız olmamalı. 26 Mayıs 2008'de rahatsızlığını duyduğumuz sevgili arkadaşımızın 29 Mayıs 2008 günü cenaze töreninde bulunmak bizi tarifi imkansız karışık duygu ve acılara gark etti. Özellikle yıllar önce ülkemizin dört bir yanına yayılmış ve yaşam kavgası veren okul arkadaşlarımızın sanki önceden randevulaşmış gibi tüm işlerini bırakarak koşarcasına sevgili Nedim'i son yolculuğunda yalnız bırakmamaları beni çok etkiledi. Kendilerine bizzat teşekkür ettim, ama içinde bulunduğumuz toplumsal çözülme gerçeği karşısında gösterdikleri dostluk ve vefa için bir kez daha teşekkür ediyorum. Kuşkusuz başta İzmir Barosu Başkanı sayın Nevzat Erdemir ve eski başkanlarımızdan Cengiz İlhan, Güneş Atabay, Sabri Kurt, Çetin Turan, Bahattin Acar ve Volkan Alposkay'ın yanında İzmir Barosu'nun duyarlı üyeleri büyük bir incelik ve vefa örneği göstererek meslektaşlarına karşı son görevlerini yerine getirdiler.

Bir İzmir efendisi olan aydınlık yüzlü, güzel insan Nedim'e ne yapılırsa azdır. Çünkü onun ailesine, dostlarına, meslektaşlarına, müvekkillerine karşı sergilediği güzellikler bu yapılanları hakkettiğinin göstergesidir.

Nedim, sadece sevgili bir dost, sevecen bir eş, sorumlu bir baba, iyi bir meslektaş değil, aynı zamanda ülkemizde giderek azalan Cumhuriyetçi ve Atatürkçüler yanında katıksız, kararlı, inançlı ve yürekli bir Atatürkçü, yılmaz bir Cumhuriyetçi, sürekli kendini yenileyen bir devrimciydi.

* Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

başkandan

İzmir’de çok saygın, çok sevgili, çok değerli dostlarım olmasına karşın aydınlık yüzlü, güzel insan sevgili kardeşim Nedim’i yitirdikten sonra İzmir benim için eski İzmir değil. Kendimi daha bir yalnız, daha bir öksüz, daha bir hüznümlü hissediyorum. Sevgili kardeşime Allah’tan rahmet, tüm sevenlerine ve dostlarına sabırlar dilerim. İnsanca yaşamak buysa Nedim önemli bir örnektir. Ruhu şad olsun.

* * *

Sizleri hüznümlendirdiysem özür dilerim. Diğer yandan yaşam devam ediyor, yaşamın gereğini yerine getirmek de bizler için son derece önemlidir. Bu nedenle üzüntülerimizi, kederlerimizi, sıkıntılarımızı, beklentilerimizi kısaca duygularımızı bastırarak görevlerimizi yerine getirmeye çalışıyoruz.

Özellikle sizlerinde izlediğiniz gibi barolarımızla çeşitli yurt ve meslek sorunları nedenleriyle çeşitli toplantılar yapıyoruz. Özellikle çok ilgi uyandıran ve sadece 0-10 meslek yaşındaki meslektaşlarımızın katıldığı “Genç Avukatlar Formu” toplantıları tüm barolarımızca yakından izlenmekte ve büyük bir taleple karşı karşıya bulunmaktadır. İlkini Ankara’da yaptığımız bu etkinlik, Adana, Antalya, Denizli ve Trabzon’da başarılı bir biçimde gerçekleştirilmiştir. Gelecek günlerde başka barolarımızda bu etkinliğimizi sürdüreceğiz.

Bu çalışmalar yanında ülkemizde gündeme oturan yasama/yürütme ve yargı arasındaki tartışmaları da soğukkanlı ve tarafsız bir biçimde izlemekte tüm kesimlere hukuk ve yargıya saygılı olmalarını önermekteyiz. Bu bağlamda 18-20 Haziran tarihlerinde “Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Strateji’ Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu” konu başlıklı bir sempozyum düzenlenmiştir. Belirli kişiler tarafından büyük ilgiyle izlenen bu etkinliğe özlediğimiz, beklediğimiz ve amaçladığımız katılımı sağlayamadık. Bu ve benzeri etkinlikleri kısa bir süre sonra kendi tesislerimizde daha da inat ve inançla yapacağız. Bildiğiniz gibi tüm bu etkinlikler kayda alınmakta ve kısa süre içinde çözümlere kitap haline getirilmektedir.

21.6.2008 günü “Türk Ceza Hukuku” derneğinin düzenlediği “Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 3 Yılı” başlıklı toplantıda yaptığım açış konuşmasının son bölümünü bilgilerinize sunacağım.

“5271 sayılı CMK, 4.12.2004 günü kabul edilmiş ve 1.6.2005 günü yürürlüğe girmiş, yürürlüğe girmesinden itibaren 5328, 5353, 5560 ve 5728 sayılı yasalarla dört kez değişikliğe uğramış ve bu değişikliklerle kırk dört maddesi değiştirilmiştir. Genelde, 3842 sayılı yasanın getirdiği temel ilkeleri korumuş olmakla ve bunlardan en önemlisi iddia ile savunmanın başlaması ilkesine uygun olarak kolluktan başlayarak soruşturmanın her evresinde zanlı ve sanığın avukatını yanında buldurmasına olanak sağlamış olmakla yoğun bir biçimde dillendirilen işkence ve kötü muamele iddialarını bir anda Türkiye’nin gündeminden çıkarmıştır. Yine

başkandan

yasa savcılarının doğrudan yapması gereken işleri artırmış onlara kovuşturma evresinde daha fazla görev ve sorumluluk vermiştir. Bu bağlamda iddianamelerin daha özenli düzenlenmesi amacıyla "İddianamenin İadesi" kurumu getirilmiştir.

CMK tasarısının mecliste görüşüldüğü evede tüm girişim ve uğraşlarımıza karşın eksiksiz ve iyi işleyen bir "Adli Kolluk" sistemini kabul ettiremedik. Ancak, zaman zaman haksız uygulamalarından yakındığımız kolluk güçleri bu gün iyi niyetli bir gayret içindedirler. Son yıllarda insan hakları uygulamaları başta olmak üzere, yapılan çeşitli eğitim çalışmaları olumlu sonuçlar vermektedir. Tüm bu iyi niyetli girişimlere ve yasanın açık hükmüne karşın, getirilen bir çok yeni düzenlemenin genelgeyle, yönetmelikle yada bazı özel yasalarla (Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu gibi) delinmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir. CMK'nın amir hükmüne karşın kolluk güçleri savunma hakkının kullanılmasında avukatların hak ve yetkilerini hala içselleştirememişlerdir. İşin en üzücü yanı bu yaklaşım biçimi zaman zaman savcılık kurumunun da tercihi olabilmektedir. Uygulamada meslektaşlarımızdan dosya incelemesi, dosyadan örnek alınması aşamalarında çok ciddi yakınmalar gelmektedir. Bu temel yakınma yanında CMK'nın getirdiği bir çok yeni düzenleme ve kurumun yeterince uygulanmadığı ya da eksik uygulandığı, bir anlamda yeni yasanın temel esprisinin hala yeterince anlaşılmadığı görülmektedir.

Büyük iddialarla yasalaşan CMK'ya rağmen 1412 sayılı yasa zamanında karşılaşılan sorunların önemli bir bölümü uygulamada hala yaşanmaktadır. "Makul sürede yargılanma hakkı", "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması" ilkeleri tüm çabalara karşın yaşama geçirilememiştir. 2006 yılı Adli istatistik verilerine göre ceza mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 244 gündür. Ancak bu süre CMK 250. maddesi ile görevli ağır ceza mahkemelerinde 352 gün çıkarken fikri ve sınai haklar ceza mahkemelerinde 512 güne yükselmektedir. çocuk ağır ceza mahkemelerinde ortalama yargılama süresi ise 323 gündür. Açılan 2.709. 769 davadan % 58'i yıl içinde karara bağlanabilmiştir. Bu davalardaki sanıklardan % 46'sı hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. Bu oran bilindiği gibi çoğu Avrupa ülkelerinde % 90'ın üzerinde olduğu gibi Japonya'da % 99'u bulmaktadır. Bu sonuç bize "iddianamenin iadesi" kurumuna ve savcılara yeni hak ve yetkiler verilmiş olmasına karşın davaların Cumhuriyet Savcılarınca yetirince etkin bir soruşturma yapılmaksızın açıldığı izlenimi vermektedir."

Üç yıllık uygulamada öne çıkan bazı tespit ve gözlemleri de satır başları halinde sıralamak istiyorum;

Örneğin;

- Cumhuriyet Savcısına kamu davası açmama konusunda takdir hakkı tanıyan CMK 171. maddede verilecek karar konusunda bir açıklık bulunmadığından uygulamada ciddi sorunlar yaşanmaktadır.

- CMK'nın 100. maddesinde tutukluluk halleri çok ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ve yeni ilkeler getirilmiş olmasına karşın, hale mahke-

başkandan

melerimizin çoğunda eski yasadan gelen alışkanlıklarla işlem yapılmaktadır.

- Tutuklama kararlarına karşı yapılan itirazlarda tutuklama kararını veren mercii tutuklama kararını yeniden gözden geçirmesini sağlayan ilkeye uyulmamakta, itirazlar doğrudan yasaya aykırı bir biçimde üst mercie gönderilmektedir.

- Yasanın 109. maddesinde düzenlenen ve ceza usulü hukukumuzda yeni giren “*Adli Kontrol*” sistemi 4. fıkrasındaki istisna hükmüne karşın hemen hemen hiç uygulanmamaktadır. Ayrıca bu konuda yasanın 101/1. maddesinde getirilen temel espri görmezden gelinmektedir.

- Yasanın 147. Maddesinde “*İfade ve Sorgunun Tarzı*” başlığıyla uyu-lacak ilkeler düzenlenmiştir. Bu ilkelerden en önemlisi olan sanığın “*yük-lenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir*” biçimindeki düzenleme sorguyu yapan yetkililerce hiç hatırlatılmadığı gibi avukatlar tarafından böyle bir uyarı yapıldığında büyük tepki gösterilmektedir.

- Yasanın 201. maddesinde düzenlenen “*Doğrudan Soru Yönelme*” il-kesi özellikle avukatlar yönünden eski yargılamadan gelen alışkanlıkların uzantısı olarak sert tepkilerle karşılanmaktadır.

- Yasanın 231. maddesinde ceza hukukumuz için çok yeni olan “*Hük-mün Açıklanmasının Geriye Bırakılması*” kurumu getirilmiş bulunmaktadır. Bence üç yıllık uygulamada en çok tartışılan ve eleştirilen düzenlemeler-den birisi budur. Çağdaş yargılama usulünde gerekli bir kurum olan bu düzenleme yeniden elden geçirilemediği takdirde ceza sistemimiz açısın-dan bir fayda sağlayamayacağı gibi yeni sorunlar yaratacaktır.

- Yine yeni bir kurum olarak yasanın 253. maddesinde düzenlenen “*uzlaşma*” kurumu da yeterince işletilememiş, Adalet Bakanlığı ve savcılıklarca adliyelerde gerekli alt yapı oluşturulamamıştır.

- CMK'nın olanak verdiği ve mahkeme kararına dayalı bile olsa son günlerdeki temel hak ve özgürlüklere aykırı olan iletişimin rıza dışı din-lenilmesinin demokratik düzen ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi kötüye kullanıldığı inanç ve kanısındayım.

- Büyük reklamlarla başlatılan ve ciddi yakınmalara neden olan UYAP uygulaması yanında, duruşma tutanağı düzenlemesinde elektronik kayıt sistemine geçilmemiş olması da önemli eksikliklerden birisidir.

Tüm bu açıklamalara eksik ve yetersiz düzenlemelere karşın CMK önemli kurum ve ilkeleri hukukumuzda kazandırmıştır. Bunların sonucu olarak artık eskisi gibi Türkiye ile ilgili işkence ve kötü muamele yaptığı iddia ve isnatları kalmamıştır.

CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA MAĞDUR HAKLARI

Olgun DEĞİRMENCİ**

“Bir suçlunun elinde mağdur olmak unutulmaz bir kâbustur. Ancak, ceza adaleti sisteminin ellerinde mağdur olmak affedilmez bir olaydır. Bu durum, suçlu ile ceza adaleti sistemini suçun birlikte faili haline getirmektedir.”¹

1. Genel Açıklamalar

Suç olarak düzenlenen bir fiil icra edildiğinde, çıkarları birbirine karşı ve mücadele içinde bulunan iki görüş söz konusu olmaktadır. Birinci görüş uyarınca; toplum, suç oluşturan fiilden dolayı cezalandırma hakkına sahiptir. İkinci görüş ise suçlanan kişinin kendini savunma hakkının yüceliğine dayanmaktadır. Bu görüşlerden biri iddia, diğeri ise savunma olarak nitelendirilebilir. Her iki görüş; gerek beraber gerekse ayrı ayrı incelendiğinde, suçun haklarını ihlal ettiği, eylemi suç haline getiren ceza normu ile hukuki menfaatleri korunan kişinin yani mağdurun dikkate alınmadığı görülmektedir.² Esasen ceza hukukunun gelişiminde, işlenen suçla yönelik mağdurun veya ailesinin

* Dr. Kara Harp Okulu Askeri Ceza Hukuku öğretim görevlisi.

¹ Heather L. Cartwright, “Including Victims in the American Criminal Justice Process”, *UNAFEI Resource Material Series No:56*, December 2000, s. 190.

² Manuel Cancio Meliá, “Victim Behavior and Offender Liability: A European Perspective”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol.:7, No.:2, s. 513.

kişisel tepkisinden, devletin yargılama ve yaptırımını uygulama teke-line geçişin büyük rol oynaması, söz konusu görüşlerin oluşmasında etkili olmuştur.³ Ceza hukukunun kişisellikten koparılmaya süreci, aynı zamanda mağdurdan da bağımsızlaştırma sürecidir.⁴

Her suçun mağdurunun devlet olduğu anlayışı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında güçlü olan devlet karşısında güçsüz olan sanığın korunmasını gerektirmiş ve 20'nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren sanık haklarında gelişmeler yaşanmıştır.⁵ Sanık haklarında yaşanan gelişmeler ne yazık ki, suçun mağduru olan kişiye de aynı oranda yansıtılmamış ve mağdur, ceza hukukunun "unutulan öge"si olarak kalmıştır.⁶

Her suçun mağdurunun öncelikle devlet olduğu yönündeki anlayış günümüzde kabul görmemektedir.⁷ Ceza hukuku, failin kanuni tipe uygun davranışı ile bozulan düzenin yeniden kurulması, toplumsal barışın sağlanmasını temin etmek zorundadır.⁸ Toplum içinde güç kullanma hakkını tekelinde bulunduran devlet, toplumsal barışın sağlanmasında faili olduğu kadar mağduru ve uğradığı zararı da gözönünde bulundurmaya zorundadır. Bu anlamda ceza hukukunun, kişi özgürlüğünü bir ceza olarak sınırlamaktan daha çok, failin sosyal rehabilitasyonu ve mağdurun uğramış olduğu zararın tazminini esas alarak fail ve mağdur arasındaki ilişkinin yeniden kurulması üzerine yoğunlaşması haklı olarak ifade edilmektedir.⁹

³ Meliá, s. 513.

⁴ Meliá, s. 513.

⁵ Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004, s. 141.

⁶ Eberhard Siegmund, "Ancillary (Adhesion) Proceedings in Germany as Shaped By The First Victim Protection Law: An Attempt To Take Stock", *UNAFEI Resource Material Series No.:56*, December 2000, s. 102; Jay S.Albanese, *Criminal Justice*, Third Edition, 2005 Pearson Education, s. 305; Sue Titus Reid, *Crime and Criminology*, Eight Edition, 1997 McGraw-Hill Higher Education Group, s. 437.

⁷ Veli Özer Özbek, "Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004, s. 116 (Özbek, Mağduru Koruma olarak anılacaktır); Koca- Üzülmöz, , s. 140.

⁸ Özbek, Mağduru Koruma, s. 116.

⁹ Adelmo Manna-Enrico Infante, *Criminal Justice Systems in Europe and North America*, The European Institute for Crime Prevention and Control, Affiliated with the United Nations, Helsinki Finland 2000, s. 37.

Her suçun mağdurunun devlet olduğu yönündeki anlayışın değişmesi ile beraber özellikle son yıllarda gerek Avrupa'da gerekse Amerika Birleşik Devletleri'nde, ceza bilimlerinde mağdur ve uğradığı zarar göz önüne alınmaya başlanmış ve deyim yerindeyse mağdur yeniden keşfedilmiştir. Bu yeniden keşif, mağdurun korunmasına yönelik politikalarda kendini göstermektedir.¹⁰

Mağdurun korunması, sosyal devlet ilkesinden kaynaklanmaktadır. Mağdurların, toplumun korunmaya muhtaç bireyleri olduğu, psikolojik, sosyal ve mali açıdan desteğe ihtiyaç bulunduğu açıktır. Mağdurun korunması gerçekleştikçe, başka bir anlatımla mağdur hakları geliştikçe, ceza kovuşturmalarının daha etkili olması sağlanacaktır.¹¹

Ceza adaleti sisteminin iyi işleyebilmesi açısından mağdura ve mağdur haklarına sistemin bakış açısı önemlidir. Mağdurlar, suçu yetkili makamlara bildirmeleri konusunda cesaretlendirilmeli ve bu sayede siyah sayıların azalması sağlanmalıdır.¹² Bu; geniş ölçekte toplumun korunmasına ve adalet sisteminin güçlendirilmesine de yardımcı olacaktır.¹³ Sağlıklı ve güvenli bir toplum için, suç mağdurlarına, zararlarını telafi etmek ve iyileşmelerini sağlamak amacıyla bir takım haklar tanımak ve onları bu yönde desteklemek önemlidir.¹⁴

Çalışma konumuz olan mağdur hakları, 1980'lerden sonra önem kazanmaya başlamıştır. 1980'lerde, mağdurun ceza hukukunda yeterince temsil edilmediğine ilişkin eleştiriler zirve noktasına ulaşmıştır.¹⁵ Bu eleştirilerin sonucu olarak mağdur hakları hareketi gelişmiş ve mağdur haklarına pozitif metinlerde ayrıntılı olarak yer verilmeye başlanmıştır. Mağdur hakları XX. yüzyılın sonlarına doğru ceza adaleti sistemine bakışı da değiştirmiştir. 1996'da Roach, suç kontrolü (crime

¹⁰ Meliá, s. 514; Heinz Schöch, "Mağdurun Korunması-Ceza Usul Hukuku Reformu Düşüncelerinin Sınanması", (Çev.: Ayşe Nuhoglu) *Suç Politikası*, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Ankara 2006, s. 117; Peter-Alexis Albrecht, "The Functionalization of the Victim in the Criminal Justice System", *Buffalo Criminal Law Review*, Vol.:3, 1999, s. 96.

¹¹ Siegismund, s. 102.

¹² Davaların %90'ında, mağdur tarafından sağlanan bilgilerin, davanın sonuca büyük ölçüde etkisi mevcuttur (Siegismund, s. 102); Timur Demirbaş, *Kriminoloji*, Geliştirilmiş 2. Bası, Ankara 2005 (Demirbaş, *Kriminoloji* olarak anılacaktır).

¹³ Cartwright, s. 190; Siegismund, s. 102.

¹⁴ Cartwright, s. 190.

¹⁵ Albanese, s. 307.

kontrol)¹⁶ ve due-process¹⁷ olarak isimlendirilen iki ceza adaleti modelinin yanı sıra üçüncü model olarak mağdur hakları modelini teklif etmiştir. Bu model, gerçek mağdur olduğunu iddia eden kişiye karşı daha duyarlı davranmak, sanığın yargılamasında mağdura daha fazla etkinlik tanımak ve mağdurlar için daha fazla hizmet ve destek sağlamayı içeren kanuni düzenlemeleri gerektirmektedir. Roach, madur hakları modelini cezalandırıcı yaklaşım (punitive approach) ve telafi edici yaklaşım (restorative approach) olarak iki şekilde formüle etmektedir. Cezalandırıcı yaklaşım; kovuşturma, cezalandırma ve ceza kanunlarının tatbiki sonucu suçu önlemeyi amaçlayan suç kontrolü modeline benzemektedir. Telafi edici yaklaşımda ise suç işlendikten sonra suçun zararlarının giderilmesi üzerine yoğunlaşmaktadır.¹⁸

Çalışmamız, öncelikle ceza ve ceza yargılaması hukukunda mağdur haklarını esas almaktadır. Bu kapsamda öncelikle mağdur kavramı tanımlanmakta, mağdur kavramının tarihsel gelişimi açıklanmaya çalışılmaktadır. Daha sonra mağdur hakları, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıklandığı gibi soruşturma evresindeki hakları ve kovuşturma evresindeki hakları olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Çalışmada karşılaştırmalı hukuk ve özellikle mağdur haklarının düzenlenmesinde lider rolü oynayan Amerikan hukuku yer yer nazara alınacaktır.

2. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur

a. Mağdur Kavramı

Arapça asıllı bir kelime olan “mağdur”, “haksızlığa uğramış (kimse), kıygın” olarak tarif edilmektedir.¹⁹ Ceza hukuku bakımından mağdur, suçun maddi unsurlarına ait bir kavram olup,²⁰ suçun maddi konusundan farklıdır.

¹⁶ Suç kontrolü modeli (crime control model), failin etkin bir şekilde yargılamaya tabi tutulup ceza alması sayesinde suçu önlemeyi temel alır. (Frank Schmallegger, *Criminal Justice Today An Introductory Text for the 21 st Century*, Eight Edition, Prentice Hall 2005, s. 25).

¹⁷ Due-process modeli, ceza muhakemesinin tüm aşamalarında bireyin (failin) haklarının korunması üzerine odaklanmaktadır (Schmallegger, s. 25).

¹⁸ Young, s. 14.

¹⁹ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, C.:2, Ankara 1998, s. 1483.

²⁰ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, Üçüncü Baskı, Ankara 2006, s. 218.

Karşılaştırmalı hukukta çoğunlukla İngilizce asıllı “victim” terimi ile ifade edilen mağdur, “bir suçtan dolayı öldürülen, yaralanan veya zarar gören kişi” anlamında kullanılmaktadır.²¹ Ceza hukukunda mağdur dendiğinde, kanunda tanımlanan eylem ile korunan hukuki menfaatin sahibi kişi veya kişiler anlaşılmaktadır.²² Bazı yazarlar tarafından mağdur, suçun pasif süjesi olarak isimlendirilmekte ve bu açıdan suçun maddi konusu ile arasında farklılıklar bulunduğu belirtilmektedir.²³

Öğretide her suçun asli ve zorunlu mağdurunun devlet sayılacağı, ancak başka kişilerin de devletin yanında mağdur sayılabileceğine yönelik görüşler bulunmaktadır.²⁴ Bu görüşler, suçun işlenmesiyle

²¹ John Brian Griffin, “Participation of The Public and Victims in Criminal Justice Administration”, *UNAFEI Resource Material Series No:56*, December 2000, s. 39; Mehrdad Rayejian Asli, “Iranian Criminal Justice System in Light of International Standards Relating to Victims”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 14/2, 2006, s. 18.

²² Mağdur konusundaki tanımlar için bkz. Koca-Üzülmez, s. 141; “mağdur (dar anlamda suçtan zarar gören): suçun maddi unsuruna muhatap olan ve bu nedenle suçla korunan hukuki yararı zedelene kişi suçtan zarar görendir” (Veli Özer Özbek-M.Nihat Kanbur-Pınar Bacaksız-Koray Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi*, Ankara 2007, s. 135); Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yeni Türk Ceza Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna Göre Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2005, s. 461; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2005, s. 95; “suçun pasif süjesi ceza kuralının koruduğu hak veya menfaatin maliki veya bunlar üzerinde tasarruf sahibi olan kişidir” (Faruk Erem-Ahmet Danışman-Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Bası, Ankara 1997, s. 242); “Mağdur, suçun maddi konusunun ait olduğu kimsedir” (Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 2007, s444); Griffin, s. 28; “suçun mağduru suçun konusunun ait olduğu kişidir (Özgenç, s. 218); mağdur kavramının tanımları hakkında geniş bilgi için bkz. Demirbaş, *Kriminoloji*, s. 321; Yücel, suçbilim açısından mağduru “...sosyal normlardan sapma veya suç türü eylemler sonucu etkilenen kişi...” olarak tanımlamaktadır (Mustafa T. Yücel, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, Türkiye Barolar Birliği, 4. Bası, Ankara 2007, s. 38); Centel-Zafer, mağduru bireysel iddia süjesi olarak suçtan zarar gören ve şikayetçi ile birlikte ele almaktadır. Yazarlara göre mağdur, “suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişidir. Başka bir anlatımla mağdur, suçtan korunan hak ve menfaati ihlal edilen kişidir” (Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, İstanbul 2006, s. 53).

²³ Erem-Danışman-Artuk, s. 242; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2998, s. 208.

²⁴ Demirbaş, s. 461; Bahri Öztürk-M.Ruhan Erdem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar)*, Ankara 2007, s. 202; Toroslu, s. 96; “Pasif süje, en geniş anlayış içinde, her suç için, Devlettir. Zira suç devletin koyduğu bir kuralın ihlalidir. Koyduğu kurallara uyulmaması hususundaki çıkarın sahibi olarak devlet pasif süje kabul edilir” (Erem-Danışman-Artuk, s. 242); Çetin Özek, “Suç Mağdurunun Korunması ile İlgili Bazı Sorunlar”, *İÜHFEM*, C.:L, S. 1-4, İstanbul

beraber toplum düzeninin bozulmuş olduğu ve söz konusu düzeni eski haline getirme yükümlülüğünün devlete ait olduğu noktasından hareket etmektedirler.²⁵ Söz konusu görüşler mağdurun dar ve geniş anlamlarından hareket etmekte ve geniş anlamda her suçun mağduru devlet olarak kabul etmektedirler. Ancak mağdurun geniş anlamda devlet olması, tipe uygun eylemin icrasından devlet tüzel kişisinin değil, bireylerin zarar gördüğü gerçeğini, başka bir anlatımla toplumu oluşturan bireylerin menfaatlerini ihmal etmektedir. İkinci görüş kapsamında ise tüm suçlarda toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkesin, dolayısıyla devletin değil toplumu oluşturan tüm bireylerin geniş anlamda mağdur olduğu ifade edilmektedir.²⁶

Suç mağdurunun gerçek kişi haricindeki kişi veya topluluklar olup olmayacağı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre suç mağduru gerçek veya tüzel kişiler olabilir²⁷. Hatta bir topluluk oluşturan kişiler dahi suç mağduru olarak kabul edilebilir.²⁸ Diğer bir görüşe göre ise suçun dar anlamda mağduru ancak gerçek kişiler olabilir.²⁹ Tüzel kişiler ise ancak suçtan zarar gören konumunda bulunabilir.³⁰ Mağduru belirli bir kimse olmayan ve mağdursuz suç (victimless crime) olarak nitelenen suçlarda, aslında toplumu oluşturan herkes mağdur kabul edilmektedir.³¹

Bir kişinin hem fail, hem mağdur olup olamayacağı sorunu konusunda öğretide hâkim görüş, bunun mümkün bulunmadığı yönünde-

1984, s. 14; Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.:273, Ankara 1970, s. 56; Soyaslan, s. 210.

²⁵ Öztürk-Erdem, s. 202; Erem-Danışman-Artuk, s. 242.

²⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s. 445; Özgenç, s. 219, 220.

²⁷ Demirbaş, s. 462; Toroslu, s. 96; Erem-Danışman-Artuk, s. 242; Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 56; Soyaslan, s. 209.

²⁸ Erem-Danışman-Artuk, s. 242; Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 56; Demirbaş, *Kriminoloji*, s. 321.

²⁹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s445; Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 56; Özgenç, s. 219; Ahmet Caner Yenidünya, İnsan Ticareti (TCK m.80), Ankara 2007, s. 173 (Yenidünya, İnsan Ticareti olarak anılacaktır).

³⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s445; Özgenç, s. 219; Yenidünya, İnsan Ticareti, s. 173.

³¹ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s446; mağdursuz suçlarla ilgili Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin kararı için bkz. Olgun Değirmenci, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (Kara Para Aklama Suçu)*, Ankara 2007, s. 303; Yenidünya, İnsan Ticareti, s. 173.

dir.³² Bundan dolayı, intihar, kendi kendini sakatlama veya kendi malına zarar verme gibi eylemler suç olarak nitelendirilemezler. Ancak fail tarafından hem kendine hem de başkasına zarar verilmesi durumunda eylem suç teşkil edebilir. Örneğin sigorta bedelini almak amacıyla kendi malını tahrip etme (TCK m.158/1) veya kendini askerliğe elverişsiz hale getirme (As. CK m.79) eylemleri suç teşkil eder.³³

Mağdur kavramına ilişkin tanımlara uluslararası pozitif metinlerde de rastlanmaktadır. 29 Kasım 1985 tarihinde 40/34 sayılı Genel Kurul Kararı ile kabul edilen Birleşmiş Milletler Deklarasyonu'nun³⁴ 1'inci paragrafında mağdur tanımlanmıştır. Buna göre mağdur, üye ülkelerde yürürlükte olan ceza kanunlarını ihlal eden eylemlerden dolayı fiziksel, ruhsal veya duygusal olarak zarara uğrayan, ekonomik kayba maruz kalan veya temel hakları önemli ölçüde zarar gören kişi veya topluluklardır. Bu tanım incelendiğinde birkaç önemli noktayı içerdiği görülmektedir. Öncelikle mağdur hem gerçek kişi, hem de tüzel kişi olabilecektir. İkinci olarak sadece bireyler mağdur kavramı içinde değerlendirilmemiştir. Bu kapsamda tüzel kişiliğe sahip olmayan topluluklar da mağdur kapsamına dâhil edilmiştir. Son olarak, suç ile menfaatleri doğrudan etkilenen mağdurun yanı sıra yakın aile bireyleri ile yardımına muhtaç kişiler de mağdur olarak kabul edilmiştir.³⁵

Avrupa Birliği Konseyi, 15 Mart 2001 tarih ve 2001/220/JHA sayılı Çerçeve Kararı'nda³⁶ mağduru tanımlamıştır. Kararın "*Tanımlar*" başlıklı 1. maddesinde mağdur "*Üye Devletlerin ceza hukukunu ihlal eden icrai ya da ihmali bir eylemden doğrudan fiziksel, ruhsal veya manevi zarar gören veya ekonomik kayba uğrayan gerçek kişi*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımın, Birleşmiş Milletler Bildirgesi'nde yer alan tanımdan farklılıklar gösterdiği belirtilmelidir. Kararda, "*gerçek kişi*" ibaresi kullanıldığından, tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan topluluklar mağ-

³² Demirbaş, s. 459; Toroslu, s. 95; Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 174; Soyaslan, s. 209.

³³ Toroslu, s. 95; Demirbaş, birincisinde suçun mağdurunun, malvarlığı bir zarar tehlikesine maruz bırakılan sigorta şirketi; ikincisinde ise kişiden askerlik hizmetini yerine getirmesi hususunda talepte bulunma hakkına sahip olan devlet olduğunu belirtmektedir (Demirbaş, s. 459); Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi*, s. 174; Soyaslan, s. 209.

³⁴ Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, bildirge metni için bkz. http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp49.htm, (Erişim: 1 Mayıs 2008)

³⁵ Asli, s. 186.

³⁶ 22.3.2001, OJ L 82, pp. 1-3.

dur kavramına dâhil edilmemektedir. Bu kapsamda; cezai eylemden kaynaklanan bir zarara uğrayan tüzel kişiler ve tüzel kişiliği olmayan topluluklar mağdur kavramı içinde değerlendirilemeyecektir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, mağdur haklarından yararlanabilmek için aranan koşullar, diğer bir anlatımla mağdur kavramının anlamı her eyalette farklı şekilde algılanmaktadır. Örneğin Kolorado'da, cezai bir eyleme muhatap olan herkes mağdur haklarından istifade edebilmektedir. Arizona'da mağdur, kendisine karşı bir suç işlenen kişi olarak tanımlanmıştır. Idaho'da, bir suçun sonucu olarak fiziksel, mali veya manevi açıdan zarar gören veya zarar görme tehlikesi içine giren kişiler mağdur haklarından istifade edebilmektedir. Bununla birlikte mağdur kavramını bazı suç grupları için kısıtlayan eyaletler de bulunmaktadır. Örneğin Arkansas'da, suç mağdurluğu sıfatı; cinsel suçların mağdurları, bir cürümden fiziksel zarar gören kişiler, birinci derece terörist tehdidinin mağdurları ve taciz suçunun mağdurları için kullanılmaktadır. Oregon'da, bir suçun sonucu olarak doğrudan fiziksel, mali veya psikolojik açıdan zarar gördüğü savcı tarafından tespit edilen kişiler mağdur olarak kabul edilmektedir.³⁷ Bazı eyaletler, mağdur haklarını, özellikle de daha kapsamlı ve maliyet getiren hakları şiddet suçlarından etkilenenler ile sınırlamışlardır.³⁸ Mağdur hakları federal düzeyde 1982 yılında kabul edilen düzenleme ile tanınmıştır. Bu düzenlemede, Suç Mağdurları Başkanlık Komisyonu'nun (the President's Task Force on Victims of Crime) raporu esas alınmıştır. Federal düzeydeki düzenlemeden sonra, federe düzeyde birçok eyalet mağdur hakları ile ilgili kapsamlı değişiklikler yapmıştır.³⁹

Amerika Birleşik Devletleri'nde, mağdur haklarından istifade edecek kişiler arasında doğrudan veya dolaylı mağdur ayrımı da yapılmaktadır. Fiziksel zarar gören kişiler genel olarak doğrudan mağdur kabul edilir ve mağdur haklarından istifade ederler. Ancak psikolojik açıdan zarar gören veya travma geçiren kişiler sözkonusu olduğunda bu ayrımı yapmak her zaman kolay değildir. Örneğin bir banka soygununda, mali açıdan zarar gören banka, doğrudan mağdur sayılmaktadır. Soygun anında bankada bulunan veznedar, banka çalışan-

³⁷ Trulson, s. 402.

³⁸ Cartwright, s. 191.

³⁹ Cartwright, s. 191; Peggy M. Tobolowsky, "Victim Participation in the Criminal Justice Process: Fifteen Years After the President's Task Force on Victims of Crime", *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, Vol.:25, Winter 1999, s. 22.

ları ve müşterilerin ise doğrudan mağdur kavramı içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Bu durumda, somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerektiği çoğunlukla ifade edilmektedir. Örneğin, soygun anında fail veznedara ateş eder ve veznedar psikolojik travma geçirirse, fiziksel açıdan zarar görmese bile mağdur haklarından istifade edebilir. Ancak, başka bir odada bulunan banka çalışanının, kişilerin soygun hakkındaki konuşmalarını duyması ve psikolojik travma geçirmesi halinde, mağdur haklarından istifade edemeyeceği belirtilmektedir.⁴⁰

Soruşturma veya kovuşturma konusu olan suç veya başka bir suç ile ilgili olarak kusurlu olan bir kişinin mağdur haklarından yararlanıp yararlanamayacağı hususu Amerikan doktrininde tartışmalıdır. Federal düzenlemelerde bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Amerikan Adalet Bakanlığı, soruşturma veya kovuşturma konusu olan suç ile ilgili olarak kusurlu kişilere mağdur gibi davranılmayacağına karar vermiştir. Bu kararın sonucu olarak; kişi, başka bir suçta fail veya şerik olsa bile mağdur haklarından istifade edebilecektir.⁴¹

İtalyan ceza hukukunda hukuka aykırı eylem ile kendisine karşı suç işlenen kişi (persona offesa dal reato) mağdur olarak tanımlanmaktadır. Bu anlamda mağdur, ihlal edilen cezai hükümle korunan hukuki yararın sahibidir.⁴²

b. Mağdur-Suçtan Zarar Gören Ayrımı

Mağdurun, suç ile korunan hukuki menfaatin ait olduğu kimse olduğunu belirtmiştik. Tanımdan hareket ettiğimizde, suç oluşturan eylem ile mağdurun hukuki menfaati ihlal edilmektedir. Ancak bu, kanuni tipe uygun eylem ile başkalarının da hukuken korunan haklarının ihlal olmadığını göstermez. Bu noktada, mağdur-suçtan zarar gören ayrımı yapılmaktadır. Kural olarak mağdur, aynı zamanda da bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören kişidir.⁴³ Ancak suçtan zarar gören konusunda aynı çıkarımı yapmak mümkün değildir.

⁴⁰ Cartwright, s. 192.

⁴¹ Cartwright, s. 192; Trulson, s. 405.

⁴² Manna-Infante, s. 36, 37.

⁴³ Özgenç, s. 218.

Suçtan zarar gören kavramı gerek ceza kanununda gerekse CMK'da tanımlanmış değildir. Ancak bir tanımın olmayışı, söz konusu kavramın çeşitli görünümde ortaya çıkacağından bahisle yerinde bulunmaktadır.⁴⁴

Suçtan zarar gören kavramı suçun pasif süjesi olarak mağdur kavramından farklıdır. Aslında mağdur kavramı, suçtan zarar gören kavramı ile örtüşebilmekte ancak bu iki kavram bazen uyduğu halde bazen farklılaşabilmektedir. Örneğin adam öldürme suçunda mağdur öldürülen kişidir ancak suçtan zarar görenler, bu kişinin ölmesinden dolayı hukuki menfaatleri zedelenen kişilerdir.⁴⁵ Mağdur suçtan zarar gören ayırımı konusunda, mağdurun ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde, suçtan zarar görenin sadece hukuki ilişkinin tarafı olması ayırıcı bir ölçüt olarak ifade edilmektedir.⁴⁶ Bir diğer fikre göre suçtan doğrudan zarar gören kişiler mağdur, dolaylı zarar gören ya da suçla korunan hak ve menfaatin dışında kalan hakları zarar gören kimseler ise suçtan zarar gören olarak tanımlanmaktadır.⁴⁷

İtalyan ceza hukuku da, mağdur ve suçtan zarar gören arasında ayırım yapmaktadır. Gerek mağdur, gerekse suçtan zarar gören vekil atanmasını isteme, yargılamada şahsi davacı olma, failin soruşturulması ile ilgili savcıyla görüşme, zararından dolayı tazminat isteme, mahkemenin kararına karşı kanun yoluna başvurma hakkına sahipken, sadece mağdur hazırlık soruşturması aşamasında bazı önemli haklara sahiptir. Mağdur, savcıdan, kendisinin de katılacağı bir ön soruşturma başlatmasını isteyebilir. Soruşturmanın bitirilmesi kararının kendisine tebliğ edilmesi gereklidir ve bu karara karşı kanunyollarına başvurabilir.⁴⁸

⁴⁴ "Mevzuat içinde, ister ceza ister ceza yargılama yasalarında olsun, suçtan zarar gören kavramını tanımlayan normlara rastlamak olanağı yoktur. Bunun sonucu olarak bizim yasalarımızda da bir suçtan zarar gören tanımı bulmak olanaksızdır. Bunun nedenini anlamak oldukça kolaydır, çünkü bu kavram ilgili olduğu yakın kavramlar içinde çeşitli görünümde ortaya çıkabilecektir. Örneğin şikayet hakkını kullanacak kişileri saptamak için kabul edilecek suçtan zarar gören kavramının kapsayı ile şahsi davacı veya kamu davasına müdahale bakımından suçtan zarar görene çizilecek kapsam ve sınır farklı olacaktır" (Yurtcan, s. 41).

⁴⁵ Yurtcan, s. 41; Demirbaş, s. 462; Soyaslan, s. 210.

⁴⁶ Demirbaş, s. 462; Erem-Danışman-Artuk, s. 242.

⁴⁷ Centel-Zafer, s. 53.

⁴⁸ Manna-Infante, s. 36, 37.

2. Tarihsel Açıdan Mağdur ve Mağdur Hakları

a. İlkel Ceza Hukuku Döneminde Mağdur ve Mağdur Hakları

Aile ve klan gibi küçük sosyal topluluklar içinde doğan ilkel ceza hukukunda, bu aile ve klanın fertleri tarafından işlenen suçlarda aile veya klanın reisi tarafından faile ceza verilmekteydi.⁴⁹ Ancak failin farklı bir klana mensup olması durumunda, aile veya klanlar arasında bir üstünlük sözkonusu olmadığından öç alma usulü geçerliydi ve mağdur veya suçtan zarar gören olarak ailesi bizzat öç alma hakkına sahipti.⁵⁰ O dönemlerde henüz ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi mevcut olmadığından öç alma hakkı, faile veya failin mensup olduğu aile veya klana karşı kullanılabilmekteydi.⁵¹ Her ne kadar ilkel bir yöntem olsa da, öç alma yönteminde, suça maruz kalan kişi olarak mağdurun ihlal edilen hakkı göz önüne alınmaktaydı. Bu açıdan ilkel ceza hukukunun mağduru ve zararını kısmen de olsa göz önüne aldığını söyleyebiliriz.

Öç alma kurumunun sakıncalarının ortaya çıkması üzerine uzlaşma kurumunun doğduğunu görmekteyiz.⁵² Uzlaşma kurumunun uy-

⁴⁹ Veli Özer Özbek, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gereğçeli-İçtihatlı)*, Güncelleştirilmiş Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2006, s. 74; aynı şekilde bkz. Veli Özer Özbek, *Ceza Hukukunda Mağduriyetin Giderilmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İzmir 1996, s. 17 (Özbek, *Mağduriyetin Giderilmesi* olarak anılacaktır).

⁵⁰ Özbek, *TCK İzmir Şerhi*, s. 74; Özbek, *Mağduriyetin Giderilmesi*, s. 17; bu dönemde mağdur ve suçun kovuşturulmasının birbiri ile özdeş olduğu ifade edilmektedir (Bernd Schünemann, "The Role of the Victim Within the Criminal Justice System: A Three-Tiered Concept", *Buffalo Criminal Law Review* Vol.3, No.:33, 1999, s. 40).

⁵¹ Özbek, *TCK İzmir Şerhi*, s. 74; Özbek, *Mağduriyetin Giderilmesi*, s. 17.

⁵² Özbek, *TCK İzmir Şerhi*, s. 75; Özbek, *Mağduriyetin Giderilmesi*, s. 17; Doktrinde Young, öcalma kurumunun yıkıcı etkilerinin giderilmesine yönelik bir kurnazlığın Norman istilacılar tarafından gerçekleştiğini belirtmektedir. Yazara göre; Norman istilacılar tarafından getirilen Kralın Barışı (King's Peace) kuralına göre Kral'ın Barışı tarafından korunan bir yerde veya bir kişiye verilen zarar, kişiye verilen bir zarar olarak değil kamuya verilen bir zarar olarak algılanacaktır. Bu durum, devletin suçlu ile suçlayıcı arasındaki ihtilafı kontrol etmesine sebep olmuş ve cezanın tazminata dönüşmesini sağlamıştır. Zamanla bu kural, İngiltere'nin her yerine yayılmıştır (Alan N. Young, *The Role of the Victim in the Criminal Process: A Literature Review-1989 to 1999*, Victims of Crime Research Series, August 2001, Canada, s. 6); Schafer, Kral'ın Barışı kuralı sayesinde devletin kendisini, mağdurun aleyhine zenginleştirdiğini belirtmektedir. Bu sayede açgözlü feodal baronlar ile ortaçağın dini güçleri mağdur haklarını büyük ölçüde ihlal ettiler. Failin malvarlığını müsadereye tabi tutmuş ve mağdurun yerine kendilerine mal edinmişlerdir. Ayrıca fail zindanlarda, işkence suretiyle, kazıklarla veya darağacında cezalandırılırken, mağ-

gulamalarından biri olan “diyet” usulünde, öç alma veya kısas hakkına sahip olan kişi, aile veya klan, belli bir mal veya para karşılığında bu hakkından vazgeçmektedir.⁵³ Her ne kadar “diyet” usulünde amaç öç alma işlevinin gerçekleştirilmesi olsa da,⁵⁴ bir bakıma mağdurun uğradığı zararın esas alınmasından dolayı mağdur odaklı olduğu söylenebilir. Ayrıca “diyet” usulü, tarihsel açıdan fail ile mağdur arasındaki ihtilafın çözümü yollarından biri olarak da değerlendirilmektedir.⁵⁵

b. Eski Ceza Hukuku⁵⁶ Döneminde Mağdur ve Mağdur Hakları

Bilinen en eski kanunlardan biri olan “Hammurabi Kanunları”nda kısas ve diyet öngören yaptırımlar bulunmaktadır. Yine Hammurabi Kanunlarında mağdurun mağduriyetinin giderilmesine önem verilmiş, suçtan doğan zararların devlet tarafından tazminine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.⁵⁷ Ayrıca Hammurabi Kanunları’nda, suçtan doğan zararların failin bilinmemesi halinde devlet tarafından tazmin edilmesine ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Hırsızlık suçlarında, mağdurun mallarının çalındığını Tanrı’nın önünde beyan etmesi üzerine site ve eyalet valisinin mağdura malını iade etmesi veya bir adamın öldürülmesi halinde site veya valinin, ölenin ailesine tazminat ödemesine ilişkin kurallar örnek olarak gösterilebilir.⁵⁸

dur gözardı edilmiştir (S. Schafer, *Victimology: The Victim and His Criminal*, Reston Publishing 1977, s. 15, 16 (atfen Young, s. 6); Tobolowsky, s. 23.

⁵³ Özbek, *Mağduriyetin Giderilmesi*, s. 18.

⁵⁴ Özbek, *Mağduriyetin Giderilmesi*, s. 18; “...diyet ve bunun çeşitlerinde tazminat fikri yer almaktaydı” (Erem-Danışman-Artuk, s. 877).

⁵⁵ M. Cherif Bassiouni, “International Recognition of Victims’ Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol.:6, No.:2, 2006, s. 5.

⁵⁶ Seviğ, Devletin cezalandırma yetkisini düzenlediği devri “ikinci devir” olarak isimlendirmektedir. 1789 Fransız Devriminin son verdiği bu devirde, Avrupa’da XVI’ncı, XVII’nci ve XVIII’inci yüzyılların, Türkiye’de ise tanzimattan evvelki devrin hukukunun hâkim olmasından dolayı, bu devire evvelki hukuk anlamına gelen eski hukuk devri denmektedir. Eski hukuk içinde cezaya ilişkin kısımlarda “Eski Ceza Hukuku” başlığı Özbek’in kullanımı da benimsenerek tercih edilmiştir.

⁵⁷ Özbek, *TCK İzmir Şerhi*, s. 76; Özbek, *Mağduriyetin Giderilmesi*, s. 22; Hammurabi Kanunlarının, failin eyleminden kaynaklanan zararını tazmin etmek suretiyle mağdurun mağduriyetinin giderilmesine önem verdiği ve bu açıdan mağdur merkezli bir yaklaşım sergilediği ifade edilmektedir (Chad R.Trulson, “Victims’ Rights and Services: Eligibility, Exclusion, And Victim Worth”, *Reaction Essay*, Vol.:4, Nu.:2, 2005, s. 399); Erem-Danışman-Artuk, s. 878; Hammurabi kanunlarının özellikle failin bilinmediği durumlarda toplumsal tazminat sorumluluğu getirmesi açısından önemli olduğu ifade edilmektedir (Bassiouni, s. 207 dn.13); Tobolowsky, s. 23.

⁵⁸ Özbek, *Mağduriyetin...*, s. 22; Trulson, s. 399; Erem-Danışman-Artuk, s. 878.

Eski ceza hukuku döneminde Asur, Hitit, Çin ve Hint hukuklarında diyete ve mağdurun mağduriyetinin giderilmesine yönelik düzenlemelere rastlanmaktadır.⁵⁹ Moğol kanunlarında da failin bir kusurunun mevcut olmadığı ölüm hallerinde, varislere tazminat ödemek mecburiyeti getirilmişti. Bu tazminat, kanunun önceden belirlediği ve ölç alma usulüne başvurulmasını önleyen bir diyet niteliğinde idi.⁶⁰

Roma hukukunun ilk kanunlaştırma hareketi olan “12 Levha Kanunları”nda ceza hukukunun iki kısma ayrıldığı belirtilmektedir. Kamusal ceza hukukunda, cezaları genellikle ölüm olan ve topluma karşı işlenen suçlar bulunmaktadır. Özel ceza hukuku bölümünde ise toplumsal düzeni ihlal etmediği kabul edilen şahsa ve mala karşı suçlar bulunmaktadır. Özel hukuk suçlarının sosyal düzeni bozmadığı ve sadece mağduru zarara uğrattığı kabul edildiğinden, mağduriyetin giderilmesine yönelik tazminat niteliğinde mali bir ceza öngörülmüştür.⁶¹ Ayrıca bu kanunlar, mağdurun zararının tazmini için iyi düzenlenmiş bir sisteme sahipti ve birçok suç için katı bir para cezası sistemi benimsemişti.⁶²

Diyetin kanuni hale getirilmesinin ardından, devletin kuvvetini artırması ile birlikte ceza artık, mağdurun mağduriyetini gidermek için verilmekten çok kamu düzeninin bozulması ve kamu menfaatinin zarara uğramasından dolayı toplum adına verilmeye başlanmıştır. Bundan sonra ceza, yapılan haksızlığın mağdura ait bedeli olarak verilmemekte, toplumu korumak adına verilmektedir.⁶³ Devletin cezalandırma hakkını tekeline alması ile beraber mağdurun, failin cezalandırılması sürecindeki rolünde değişiklikler meydana gelmiştir.

Modern para cezasının temelini eski ceza hukuku döneminde görülen uzlaştırma bedeli oluşturmaktadır. Tarihsel açıdan uzlaşma ve diyet kurumları, devletin güçlenmesi ile aşama aşama para cezasına dönüşmüştür. Önceleri devlet uzlaşmacı olarak yer almış ve uzlaştır-

⁵⁹ Özbek, *Mağduriyetin Giderilmesi*, s. 22 vd.

⁶⁰ Curt Alinge, “Moğol Kanunları”, (Çev.: Coşkun ÜÇÖK), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1955, C.: XII, S. 1-2, s. 284, 285.

⁶¹ Özbek, *Mağduriyetin Giderilmesi*, s. 28; Erdener Yurtcan, *Şahsi Dava ve Uygulaması*, En Son Değişikliklerle En Yeni Yargıtay Kararlarını İçeren 3. Bası, Ankara 1989, s. 11.

⁶² Bassiouni, s. 207 dn.13.

⁶³ Vasfi Raşid Seviğ, “Cezanın Tarihi Menşei”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1955, C.: XII, S. 3-4, s. 12.

ma bedeli olarak failden belli bir miktar para almıştır. Sonraları alınmaya devam eden bu para, modern para cezasını oluşturmuştur. Belirtelim ki, devletin uzlaştırmacı olduğu dönemlerde mağdura yapılan ve failden alınan paranın bir kısmını oluşturan ödemededen, önce bazı suçlarda daha sonra tamamen vazgeçilmiştir.⁶⁴

c. Modern Ceza Hukuku Döneminde Mağdur ve Mağdur Hakları

Eski ceza hukuku döneminde benimsenen mağdur merkezli yaklaşım 11. yüzyıldan itibaren değişmeye başlamıştır.⁶⁵ Ceza muhakemesinin tamamıyla devletin eline geçmesi ile beraber mağdur, ceza muhakemesi dışına çıkarılmıştır. Daha önce mağduriyetinin giderilmesi esas alınan, faile bazı cezaları uygulayabilen, fail tarafından uğramış olduğu haksızlığın karşısında bir bedel alma hakkı olan mağdur, tanıklıktan öte bir rol sahibi olmamıştır.⁶⁶

İlkel toplulukların ve eski ceza hukuku döneminin kısmen mağdur merkezli anlayışı; krallıkların yetkilerinin genişlemesi, Kilisenin büyümesi ve bu büyüklükle paralel olarak nüfuzunu artırması, mahkemelerin geçirdiği evrim ve ceza kavramının gelişiminden kaynaklanan etkilerden dolayı yerini yeni anlayışa terk etmiştir.⁶⁷ Bu yeni anlayışta savcılık kurumu, suçun mağduru gibi tanımlanmış ve savcılığa mağdurun avukatı gibi rol verilmiştir. Keza cezai eylem, mağdur ile fail arasındaki özel bir anlaşmazlıktan öte, devletle fail arasında cereyan eden sırf kamusal bir uyuşmazlık olarak algılanmıştır.⁶⁸ Savcılık kurumunun getirilmesi ile beraber, devletin suçtan kaynaklanan zarara kendini yabancılaştırdığı ve bu zarardan dolayı kendini kusursuz saydığı bir anlayış da yerleşmiştir.⁶⁹

Amerikan kolonilerinde ceza muhakemesi, hem etkin bir kolluk kuvveti hem de savcı olmadan yürütülmüştür. Mağdur, kendisine karşı işlenmiş olan suçlarda kendi soruşturmasını yürütmüş, iddianamenin hazırlanması ve suçlunun kovuşturulması için kendi avukatını

⁶⁴ Geniş bilgi için bkz. Young, s. 6 vd.

⁶⁵ Trulson, s. 400.

⁶⁶ Özbek, *Mağduriyetin Giderilmesi*, s. 28; Schünemann, s. 140.

⁶⁷ Trulson, s. 400; Young, s. 6.

⁶⁸ Trulson, s. 400.

⁶⁹ Erem-Danışman-Artuk, s. 877; bkz. benzer şekilde Özek, s. 15.

tutmakla yükümlü kılınmıştır. Bu sistemde mağdur, hem yürütülecek ceza muhakemesinden fayda görecek olan şahıs, hem de karar yapım sürecindeki anahtar rolünü oynamıştır. Bununla birlikte XIX. yüzyıl boyunca ceza muhakemesinin amacında aynen tazminden, caydırıcılık ve cezalandırmaya doğru bir kayma yaşanmıştır. Bunun sonucu olarak bireyler arasındaki suçlar ile sosyal düzene karşı işlenen suçlar arasında bir ayırım yapılmıştır. Daha önceden mağdur tarafından yürütülen ceza muhakemesi süreci ve bu süreçteki hak ve yetkiler, toplumun avukatları olan savcılar tarafından üstlenilmiştir.⁷⁰

Eski Alman hukukunda; Cermenler devrinde suçu kovuşturma yetkisi ve hakkı, mağdura veya onun soyuna ait bir yetki iken Franklar döneminde kovuşturma yetkisi devlete geçmeye başlamıştır. Frank devrinde yargılamada; sanık, mağdur tarafından mahkeme önüne davet edilmektedir. Sanığın, mağdur tarafından mahkeme önüne davet edilmesine *mannitio* adı verilirken, devlet tarafından davet edilmesine *bannitio* adı verilmektedir.⁷¹

Savcıların, kamu adına suçları soruşturma ve kovuşturma yetkilerini tekellerine almalarından sonra mağdurların ceza muhakemesine katkıları kovuşturma için tanıklık etme ile sınırlı kalmıştır. Bu noktadan sonra mağdur muhakeme süreci hakkında bilgilendirilmemiş adeta unutulmuş kişi konumuna düşmüştür.⁷²

⁷⁰ Robert C. Davis-Frances Kunreuther-Elizabeth Connick, "Expanding the Victim's Role in The Criminal Court Dispositional Process: The Results of an Experiment", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 75, No. 2, 1984, s. 491; Mağdurun kendi davasını takip etmesine ilişkin anlayış 19'uncu yüzyılda savcılık ve polis teşkilatının kurulması ile değişmiştir. Bu değişime temel olarak pazar ekonomisinin sebebiyet verdiği belirtilmektedir. Hızla büyüyen endüstriyel devlet için şahsi kovuşturma yetersiz kalmaktaydı ve devlet ceza hukuku normlarının etkinliğini sağlamak için kontrolü ele almıştır (Young, s. 6); modern ceza yargılamasında aslında iki önemli değişiklik olmuştur. Öncelikle yargılamanın tarafları temsil edilmeye başlanmıştır. Mağdur olarak adlandırılan bir taraf devletçe temsil edilmeye başlanmış ve bu durum mağduru ceza yargılamasının dışına itmiştir. Mağdurun bu durumda kaybı iki taraflı olmuştur. Birincisi artık fail ile karşı karşıya değildir. İkinci olarak yargılamaya katılımına ilişkin hakları elinden alınmıştır. Bu durum mağdurun davayı devlete karşı kaybetmesine sebebiyet vermiştir (N. Christie, "Conflicts as Property", *British Journal of Criminology*, Vol.1, No.:1, 1977, s. 3,4 (atfen Young, s. 6).

⁷¹ Yurtcan, s. 12, 13.

⁷² Davis-Kunreuther-Connick, s. 492; Asli, s. 185; Trulson, s. 400.

Ceza muhakemesi hukukunda tüm dikkatlerin sanık üzerine yoğunlaştırılması, mağdurun ve mağdur haklarının göz ardı edilmesine neden olmuştur.⁷³ Bununla birlikte, mağdurun rolü ve pozisyonuna gösterilecek daha fazla ilginin, karışık suç olaylarını çözmekte ve hatta suçun önlenmesinde daha fazla etkili olacağına dair kriminolojik bulgular mevcuttur.⁷⁴

1960'lerden günümüze kadar olan dönemde mağdurun, ceza muhakemesinde ihmal edilen veya üçüncü bir taraf olarak kabul edilen rolü değişmeye başlamıştır.⁷⁵ Mağdur haklarına yönelik ilk çalışmaların Amerika Birleşik Devletleri'nde yapıldığını görmekteyiz. 1982 yılında Amerika'da, Suç Mağdurları Başkanlık Komisyonu sonuç raporunda, sanık hakları ile mağdur hakları arasındaki dengesizliğe işaret edilmiştir. Bu dengesizliğin sonucu olarak Amerikan Anayasası'nda değişiklik teklifi yapılmış ve ceza yargılamasının kritik aşamalarında mağdurun temsili ve kendini ifadesinin metne dâhil edilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Değişikliğin kabul edilmemesine karşın Komisyonun sonuç raporu, eyalet düzeyinde mağdur haklarının pozitif hukuka dâhil edilmesini sağlamıştır. 1990'ların başına kadar, yani raporun üzerinden henüz on yıl bile geçmeden tüm eyaletler suç mağdurlarına kanuni düzenlemeler ile bazı haklar tanımış ve hatta birçok eyalette mağdur haklarına yönelik düzenlemeler kanun değil anayasal düzeyde yapılmıştır.⁷⁶

Mağdurun ceza muhakemesindeki rolünü yeniden canlandırmaya yönelik ulusal düzeydeki çalışmalara, uluslar arası düzeyde yapılan çalışmalar da eşlik etmiştir. Bunlardan ilki 24 Aralık 1983 tarihli Avrupa Konseyi tarafından oluşturulan "*Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmini Avrupa Sözleşmesi*"dir.⁷⁷ Sözleşme bölgesel bir hukuki

⁷³ Asli, s. 185.

⁷⁴ Asli, s. 185.

⁷⁵ Trulson, s. 400.

⁷⁶ Dean G. Kilpatrick-Davit Beatty-Susan Smith Howley, "The Rights of Crime Victims – Does Legal Protection Make a Difference", *U.S. Department of Justice Office of Justice Programs National Institute of Justice*, December 1998, s. 1.

⁷⁷ Sözleşme üç ülkenin onaylamasından sonra yürürlüğe girme koşulunu taşımaktadır. Bu koşul 1 Şubat 1988'de gerçekleşmiş ve Sözleşme yürürlüğe girmiştir. Sözleşme toplam 31 ülke tarafından imzalanmış ancak 21 ülke tarafından onaylanmıştır. 24 Nisan 1985 tarihinde Türkiye tarafından da Sözleşme imzalanmış ancak onaylanarak iç hukuka dâhil edilmemiştir. Sözleşme metni için bkz. <http://www.convention.s.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/116.htm> (erişim tarihi : 9 Ocak 2008).

araç olmasına karşılık suç mağdurları ile ilgili evrensel bir dokümanın oluşturulması amacıyla hazırlanmıştır. Bununla birlikte Sözleşme, mağdurların sadece ekonomik açıdan korunması ile ilgili hükümler getirmekte ve sadece şiddet suçlarının mağdurlarını kapsamına almaktadır.⁷⁸

Bu alanda ikinci belge Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca 29 Kasım 1985 tarih ve 40/34 sayılı Kararla kabul edilen "*Nüfuzun Kötüye Kullanılması ve Suç Mağdurları için Temel Adalet İlkeleri Bildirgesi*"dir (Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power).⁷⁹ Bu bildirme, fail ve şüphelinin temel hakları ile mağdurun yararları arasında bir denge oluşturması açısından önemli bir rol oynamaktadır. Bildirgenin temel felsefesi, mağdurun yeterli düzeyde tanınması ve mağdura saygınlığına uygun davranılmasıdır. Bildirme, mağdurun korunması kriterini oluşturmuş ve mağdur ile ilgili uluslararası standartları bölgesel düzeyden evrensel düzeye çekmiştir.⁸⁰

Bildirgenin ardından Ekonomik ve Sosyal Konsey (Konsey) Bildirge'nin uygulanmasına yönelik birçok karar almıştır. 21 Mayıs 1986 tarihinde Konsey, Genel Sekreter'den, Bildirge'nin uygulanması için alınacak önlemleri içeren bir rapor hazırlamasını istemiştir. Konsey, 24 Mayıs 1989 tarih ve 57 sayılı Kararı ile üye ülkelerin hukuk sistemlerinde Bildirgenin kullanılması ve uygulanması için çeşitli tedbirler öngörmüştür.⁸¹

Mağdur hakları konusunda uluslararası çabaların sonucu olarak ulusal hukuklarda da gelişmeler görülmüştür. Örneğin İngiltere'de mağdur haklarına ilişkin düzenlemeler yapılmış, mağdurun ceza muhakemesindeki hakları artırılmış ve menfaatleri korunmuştur. Aynı şekilde Hollanda hukuk sisteminde mağdurları koruyan birçok hükme yer verilmiştir. Ancak mağdur haklarını, Bildirgede yer alan standartlarda koruyan hiçbir ülkeye bu dönemde rastlanmamıştır.⁸²

⁷⁸ Asli, s. 185.

⁷⁹ Bildirgenin İngilizce metni için bkz. http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp49.htm (erişim tarihi: 9 Ocak 2008).

⁸⁰ Asli, s. 185.

⁸¹ Asli, s. 186.

⁸² Asli, s. 186.

d. İslam Ceza Hukukunda Mağdur ve Mağdur Hakları

İslam ceza hukukunda mağdur, başka bir anlatımla suç oluşturan eylem ile ihlal edilen hukuki değerın sahibi veya suçtan doğrudan doğruya zarar gören, kendisine karşı suç işlenen *meçnû aleyh* kavramı ile veya işlenen fiile göre *maktul/katil* (öldürülen), *makzûf* (kazf edilen) veya *mesruku minh* (malı çalınan) olarak isimlendirilmektedir.⁸³

İslam hukukunu esas alan Osmanlı ceza hukukunda kasten adam öldürmenin cezası kısas olarak belirlenmiştir. Kısas cezasının maktul yakınları veya mağdur tarafından yerine getirilmesine ilişkin görüşler bulunmasına rağmen, cezanın infazı maharet gerektirdiğinden özel olarak görevlendirilmiş kimseler marifetiyle yerine getirilirdi. Ancak mağdur tarafın, infazın tamamlanmasına anına kadar kısas hakkında vazgeçmesi mümkündür.⁸⁴

Diğer bir ceza türü olan diyet cezasında, mağdurun mağduriyetinin giderilmesi daha çok ön plandadır. Belli suçlar için mağdura veya mirasçılara ödenen diyet, tazminat kabilinden para cezası olarak nitelendirilmektedir.⁸⁵

İslam hukukunda diyetin tazmin edici, mağdurun zararını giderici özelliği özellikle "akile" ve "kasame" kurumlarında kendini göstermektedir. *Akile*, kasten olmayan fiillerde söz konusudur ve diyetin, suç failinin ailesi tarafından mağdur veya suçtan zarar görene ödenmesi demektir. *Kasame* de ise suç failinin tespit edilemediği kasten öldürme fiillerinde, diyetin cesedin bulunduğu yer halkı tarafından ödenmesi gerekmektedir. Bu sayede objektif ve toplu cezalandırma sisteminin kabul edilmesi ile toplumsal bir işlev yerine getirildiği ifade edilmiştir.⁸⁶ *Kasame* de, mağdur ve suçtan zarar görenin zararının tazmini ön plandadır. Belirtelim ki, İslam hukukunda, cezanın zararın tazminine dönüştürülmesi sadece kişilere karşı işlenen suçlar için söz konusudur. Allah'ın haklarına karşı işlenen suçlarda af ve uzlaşma kabul edilmemiştir.⁸⁷

⁸³ Ünal Yerlikaya, *İslam Ceza Hukukunda Mağdur*, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), Ispart 2006, s. 12.

⁸⁴ Mustafa Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*, İstanbul 2004, s. 82 vd.

⁸⁵ Diyet cezasının hukuki niteliği konusundaki tartışmalar için bkz. Avcı, s. 87 vd.

⁸⁶ Ancak belirtelim ki, bu durum "suçta ve cezada şahsılık ilkesi" ile bağdaşmamaktadır.

⁸⁷ Özek, s. 18, 19.

3. Mağdur Hakları

a. Genel

Devletin önlemekte başarısız olduğu suçun hukuki menfaatlerini zedelediği kişi olarak mağdurun, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında onuruna ve saygınlığına uygun olarak davranılmasını isteme hakkı vardır. Bununla birlikte, hukuki menfaatlerini ihlal eden eylemi gerçekleştiren kişiye karşı uygulanacak yargılama sürecinden haberdar olmak ve bu sürece katılmak da onun temel haklarından. Diğer bir açıdan, mağdur, ceza yargılamasında ve sonrasında güvende bulunmayı talep etmektedir.⁸⁸ Çünkü failin zarar verici bir kişiliğe sahip olduğunu, herhangi bir kimseden daha iyi bilmektedir. Bu talep de, yargılama esnasında failin tutukluğunun kaldırılması, yargılama sonrasında şartla salıverilmesi veya aftan yararlanması, hem yargılama öncesi hem de sonrasında failin ceza veya tutukevinden firar etmesi hallerinde bilgilendirilmeyi gerektirmektedir.

1960'lerden günümüze kadar mağdurun ceza yargılamasındaki rolü konusunda büyük değişimler yaşanmıştır. Suç mağdurları artık ceza yargılamasının unutulmuş veya ihmal edilen tarafı değildir. Ceza yargılaması sistemlerinin daha fazla mağdur merkezli olması esasen iki şekilde sağlanmıştır; (a) suç mağdurlarının duruşmada bulunma, kendini ifade etme haklarının tanınması ve bu durumun ceza yargılamasının karar sürecinde göz önünde bulundurulması, (b) mağdurların zararlarını tazmin eden programlar ve hizmetlerin verilmeye başlaması.⁸⁹

Mağdur hakları konusunda 1998 yılında Amerika'da yapılan bir çalışmada, 1300'den fazla suç mağduruna, mağdur haklarını kendileri açısından önem derecesine göre sıralaması istenmiştir. Çalışmanın sonucuna göre mağdurlar açısından en önemli hak ceza yargılamasına katılma ve özellikle duruşmada kendini ifade etme hakkıdır. Diğer haklar ise bu hakka göre daha tali nitelikli olarak belirtilmiştir.⁹⁰

⁸⁸ Cartwright, s. 191.

⁸⁹ Trulson, s. 400.

⁹⁰ Diğer haklar ise şunlardır; tutuklamadan haberdar olma hakkı, davanın düşürülme kararına iştirak etme, sanığın salıverildiğinden haberdar olma, sanığın salıverilmesi hakkındaki kararda dinlenme hakkı, savcı ile davayı görüşme hakkı, sanığın daha hafif bir suçla ithamında görüşme, cezanın ertelenmesi duruşmasında kendini ifade hakkı, büyük jüri duruşmasında bulunma hakkı, salıverilme duruşmasında bulunma, büyük jüri duruşmasının ertelenmesinden haberdar olma, mahkûmiyet

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren ceza adaleti sistemimizde, mağdurun korunmasına ilişkin ceza hukuku kurumlarının yanı sıra, mağdur haklarını düzenleyen, mağdura kendisine ait hukuki menfaati ihlal eden veya tehlikeye düşüren faile karşı yürütülen ceza yargılamasına katılma hakkı tanıyan usul hükümleri bulunmaktadır.⁹¹ Mağdur hakları Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. maddesinde, soruşturma ve kovuşturma esnasında sahip olunan haklar olmak üzere iki ayırımında düzenlenmiştir.

Mağdur soruşturma esnasında, başka bir anlatımla suç şüphesinin yetkili makamlarca öğrenilmesinden, savcı tarafından hazırlanan iddianamenin mahkeme tarafından kabulüne kadar geçen devrede (CMK m. 2-e);

(a) Delillerin toplanmasını isteme,

(b) Soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet Savcısından belge örneği isteme,

(c) Vekilinin olmaması halinde, kendisine vekil tayin edilmesini isteme,

(d) Vekili aracılığıyla soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme,

(e) Cumhuriyet Savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz etme haklarına sahiptir.

Mağdur, kovuşturma evresinde yani iddianamenin kabulü ile başlayan ve hükmün kesinleşmesine kadar geçen evrede ise (CMK m. 2-f);

(a) Duruşmadan haberdar edilme,

(b) Kamu davasına katılma,

(c) Tutanak ve belgelerden vekili aracılığıyla örnek isteme,

(d) Tanıkların davetini isteme,

kararından önce kendini ifade etme, hangi cezanın verileceğine ilişkin karara iştirak etme hakkıdır (Kilpatrick-Beatty-Howley, s. 4); Amerikan Hukukunda mağdur kavramı ve rolü için bkz. Markus Dirk Dubber, "The Victim in American Penal Law: A Systematic Overview", *Buffalo Criminal Law Review*, Vol.:3, 1999, s. 3 vd.

⁹¹ Koca-Üzülmöz, s. 145; mağdur hakları Ceza Muhakemesi Kanunu ile genişletilmiştir (Centel-Zafer, s. 53).

(e) Vekili olmaması halinde, kendisine vekil tayin edilmesini isteme,

(f) Davaya katılmış olma koşulu ile davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma haklarına sahiptir.

b. Soruşturma Evresindeki Hakları

i. Bilgilendirilme (Aydınlanma) Hakkı

Suç mağdurlarının en temel haklarından biri bilgilendirilme hakkıdır. Diğer hak ve hizmetler, bilgilendirilme hakkının yerine getirilmemesi durumunda anlamsız kalmaktadır.⁹² Hakkında bilgi sahibi olunamayan hakkın, kullanılması da sözkonusu olamayacaktır.⁹³

Bilgilendirilme hakkı genel olarak ikiye ayrılmaktadır. İlk olarak, mağduru, hakları konusunda genel olarak bilgilendirme gelmektedir. Daha sonra bazı suç mağdurlarına tanınan ve ceza yargılaması ve bağlantılı diğer olaylar hakkında bilgilendirme de bu hak kapsamında düşünülmektedir. Genel olarak bilgilendirmenin kapsamına, hukuk sisteminin mağdura tanıdığı haklara göre suç mağdurlarının tazminat hakkı ile ilgili işlemlerin bildirilmesi, mağdur hizmet servisleri hakkında bilgilendirme, yargılamanın işleyişi ile ilgili bilgilendirme ve mağdur hakları ile bilgilendirme girmektedir.⁹⁴

Bazı suç mağdurlarına tanınan diğer bilgilendirme hakkının kapsamına ise devlet tarafından sağlanan ve zaman ve maliyet isteyen ceza yargılamasındaki işlemler ve olaylar hakkında bilgilendirme girmektedir. Bu hak, mağdurun, ceza yargılamasında sadece bir delil olmanın öte bazı haklara sahip olduğunu, ceza yargılaması süreci ve failin hâlihazırdaki hukuki konumu ile ilgili bilgileri öğrenmede menfaati bulunduğunu esas almaktadır. Bu hakkın kapsamına; duruşmadan haberdar edilme, iptal edilen veya yeniden kararlaştırılan duruşma tarihlerinin bildirilmesi, davanın reddi veya düşürülmesinden bilgi sahibi olma, temyizden bilgi sahibi olma, failin salıverilmesinden veya erteleme duruşmasından bilgi sahibi olmak gibi haklar girmektedir.⁹⁵

⁹² Cartwright, s. 193.

⁹³ Koca-Üzülmez, s. 145; Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan, s. 136; Tobolowsky, s. 38.

⁹⁴ Cartwright, s. 193.

⁹⁵ Cartwright, s. 193.

Amerikan federal sisteminde; soruşturmanın durumu, iddianamenin hazırlanması, duruşma gününün belirlenmesi, failin tutuklanması veya salıverilmesi, mahkûmiyet, şartla salıverilme duruşmasının günü, failin herhangi bir şekilde serbest kalması, failin gözaltındayken ölümü mağdura bildirilmektedir.⁹⁶

Avrupa Birliği'nin 15 Mart 2001 tarihli Çerçeve Karar'ın 4. maddesi mağdurun bilgilendirilme hakkını düzenlemektedir. Buna göre; mağdurlara, ilk temas kuran kolluk kuvvetlerince ve mümkün olduğunca anlayabildiği dilde menfaatlerini koruma ile ilgili bilgileri verme konusunda üye devletler yükümlü kılınmıştır. Bu bilgiler en azından (a) yardım için başvurabileceği hizmet ve organizasyonların tipi, (b) edinebileceği yardımın niteliği, (c) suçu nereye ve nasıl bildirebileceği, (ç) suçu bildirmesini müteakip uygulanacak süreç ve bu süreçle ilgili olarak rolü, (d) nasıl ve hangi koşullar altında koruma sağlanabileceği, (e) ne ölçüde ve hangi şartlarla hukuki tavsiye, hukuki yardım ve diğer herhangi bir yardıma ulaşabileceği, (f) tazminata hak kazanmak için gerekli şartlar, (g) başka bir ülkede ikamet ediyorsa, menfaatlerini korumak için bilmesi lazım gelen yabancı hukuka ilişkin diğer herhangi bir düzenlemeyi içermelidir. Ayrıca üye devletler, mağdurun bilgilendirilmesini istemesi halinde; (a) şikâyetinin sonucunu, (b) mahkemenin kararını, (c) ceza yargılamasının gidişatı ile ilgili hususları bildirmek ile yükümlüdür. Mağdura zarar gelme ihtimali mevcutsa hakkında ceza davası devam eden veya hüküm giymiş failin salıverilmesi halinde de mağdura bilgi verilecektir.

Avrupa Konseyi'nin R (85) 11 sayılı kararında; kolluk kuvvetlerinin; alabileceği yardım seçenekleri, hukuki tavsiye, failden alacağı tazminat ile devlet tazminatı konusunda mağduru bilgilendirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca mağdura, polis soruşturmasının sonucu da bildirilecektir. Mağdur, böyle bir bilgiyi istemediğine dair irade beyanında bulunmadığı sürece kovuşturma hakkındaki karardan da bilgilendirilmelidir.

Mağdurun bilgilendirilmesi, başka bir anlatımla haklarından haberdar edilebilmesi için öncelikle mağdurun tespiti gereklidir. Bazı du-

⁹⁶ Bu bildirimler, telefon veya yazı ile yapılmaktadır. Bu kapsamda teknolojik gelişmeler de kullanılmaktadır. Ancak bazı olaylarda mağdur sayısı binlerle ifade edilmektedir. Bu gibi durumlarda mağdurların aydınlanma hakları zaman ve maliyet gerektirmektedir (Cartwright, s. 193, 194).

rumlarda, mağdurun tespitinde sorunlar yaşanabilmektedir. Örneğin internet aracılığıyla dolandırıcılık suçlarında mağdurlar çoğu zaman dolandırıldıklarından habersizdir. Bu durumda, mağdurların isim ve adresleri failerin kayıtlarından çıkarılmakta ve mağdurlar haberdar edilmektedir. Amerikan Federal kanunlarına göre, sanığın dolandırıcılık suçundan mahkûm olması halinde, mahkûmiyet hükmünden mağdurları haberdar edebilmek için mahkeme tarafından 20.000 dolara kadar harcama yapılabilir (18 U.S.C. § 3555).⁹⁷

Türk hukukunda mağdurun bilgilendirilme hakkı; 234. maddede gösterilen hususlarda kendisine açıklama yapılması şeklinde yerine getirilecektir. Mağdura, haklarının kim tarafından ve ne zaman anlatılacağı konusunda maddede bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide, 233. maddenin 1. fıkrasından yola çıkılarak, hakların Cumhuriyet Savcısı veya mahkeme başkanı veya hâkim tarafından anlatılacağı ve ancak çağrı üzerine gelen mağdurlar açısından söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Ayrıca mevcut durum, aydınlanma hakkının uygulanabilirliğini azaltması açısından haklı olarak eleştirilmiştir.⁹⁸

Mağdurun en çok haklarını bilmeye ihtiyaç duyduğu an, suçun işlendiği ana kronolojik olarak en yakın olan andır. Mağdur, suçtan sonra genellikle ilk olarak kolluk kuvvetleri ile temasta bulunmaktadır. Bu kapsamda suç ile mücadelede görevlendirilmiş kolluk kuvvetleri tarafından mağdur haklarının bildirileceğine dair yapılacak bir düzenleme yerinde olacaktır.⁹⁹ Bu aynı zamanda sanık haklarına paralel bir düzenleme de olacaktır.¹⁰⁰ Nitekim, CMK'nın 90. maddesinin 4. fıkrası, yakalanan kişiye kanuni haklarının kolluk tarafından derhal bildirileceği konusunda açık bir düzenlemeye sahipken, aynı açıklık mağdur haklarının düzenlenmesi konusunda mevcut değildir. Bir an için 234. maddenin son fıkrasında yer alan hükmün kolluk tarafından yerine

⁹⁷ Cartwright, s. 194.

⁹⁸ Koca-Üzülmez, s. 145.

⁹⁹ Aynı görüş için bkz. Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan, s. 136.

¹⁰⁰ Miranda hakları olarak da bilinen sanık hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Reid, s. 424; Marving Zalman, *Criminal Procedure Constitution and Society*, 4 th Edition, 2005 Prentice Hall, s. 272; Jefferson L. Ingram, *Criminal Procedure Theory and Practice*, 2005, Prentice Hall, s. 216; mağdurun korunma ve bilgi edinme haklarının genişlemesi ve güçlendirilmesi, sanık ve onun savunma imkânlarının aleyhine, mağdurun ceza yargılamasından tatmini lehine hissedilir bir eğilim değişimi olarak görülmüştür (Schöch, s. 118); Schmallegger, s. 304.

getirileceği düşünülse bile, durumun açık bir şekilde ifade edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Mağdura bilgilendirilme hakkı kapsamında verilecek bilgilerin de Türk hukukunda kapsamlı olarak düzenlenmediği kanaatindeyiz. Yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere mağdura; soruşturma veya kovuşturmanın akıbeti ile failin mahkûmiyetinden salıverilmesine kadar ortaya çıkabilecek değişik kararlar konusunda kapsamlı bir bilgilendirme yapılmalıdır. Bu doğrultuda; mağduriyetinin giderilmesi için başvurabileceği yasal yollar, tehdit veya tehlike mevcut ise koruma tedbirlerinden nasıl yararlanabileceği, mağduriyetinin giderilmesi için alabileceği hizmetler, özellikle şiddet suçlarında failin salıverilmesi veya hapisten kaçmasının bildirilmesi de bilgilendirilme hakkı kapsamında düzenlenmelidir.

ii. Delillerin Toplanması İsteme Hakkı

Delillerin toplanmasını isteme hakkı, mağdurun, yargılamada bir süje olarak kabulünün yansımasıdır. Yargılamada bir delil olarak görülen ve tanık olmaktan öte bir hakkı bulunmadığı dönemde mağdurun, delil toplanmasını isteme hakkı da söz konusu değildir.

Türk Hukukunda delillerin toplanması kural olarak soruşturma aşamasında gerçekleşeceğinden, CMK'nda mağdura tanınan delillerin toplanmasını isteme hakkı soruşturma evresindeki haklardandır. Ancak bu hakkın kovuşturma evresinde kullanılması yönünde bir engel bulunmamaktadır.¹⁰¹ Alman hukukunda da, soruşturma safhasında mağdura delillerin göz önüne alınmasını talep etme hakkının tanındığı görülmektedir.¹⁰²

Mağdur, delillerin toplanmasını isteme talebini kolluğa veya Cumhuriyet Savcısına iletmelidir. Soruşturma aşamasında delil toplamakla görevli Cumhuriyet Savcısı, mağdurun talebi olmasa bile suça ilişkin tüm delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlidir (CMK m. 160/2). Ancak Cumhuriyet Savcısı tarafından haberdar olunmadığı için toplanmayan veya muhafaza altına alınmayan deliller bakımından mağdur, söz konusu delillerin toplanmasını ve muhafaza altına alınmasını isteyebilir. Suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan

¹⁰¹ Koca-Üzülmez, s. 146.

¹⁰² Siegismund, s. 106.

hallerde, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamaması veya Cumhuriyet Savcısının iş gücünü aşması durumunda soruşturma işlemlerinin Sulh Ceza Hâkimi tarafından yürütüldüğü hallerde delillerin toplanması talebi Sulh Ceza Hâkimine iletilecektir.

iii. Dosyayı İnceleme Hakkı

Dosyayı inceleme hakkı iki farklı açıdan düzenlenmektedir.¹⁰³ Öncelikle mağdur veya şikayetçi Cumhuriyet savcısından soruşturma dosyasında bulunan belgelerin örneğini isteyebilir (CMK 234/1-a-2). Ancak bu, mağdura sınırsız bir hak olarak tanınmamıştır. Bu hakkın sınırı, Cumhuriyet Savcısı tarafından belgenin örneğinin mağdura verilmesi durumunda soruşturmanın gizliliğinin ihlal edileceği veya soruşturma ile ulaşılmak istenen amaca artık ulaşılamayacağı tehlikesinin bulunması halidir.

Belgenin verilmesi halinde soruşturmanın gizliliğinin veya ulaşılmak istenen amaca ulaşılma ihtimalinin tehlikeye düşüp düşmeyeceği konusundaki takdir yetkisi Cumhuriyet Savcısına aittir. Savcı, mevcut durumu değerlendirdikten sonra soruşturmanın gizliliği ve amacını bozma tehlikesi bulunmuyorsa belge örneği verecektir. Burada Savcının takdir yetkisini kullanırken hangi ölçütlerden yola çıkacağı konusu belirsizdir. Belge örneğinin verilmemesi durumunda mağdura kanunen tanınan hak ihlal edilmiş olacaktır. Belgenin verilmemesinin diğer bir boyutu ise maddi gerçeğin ortaya çıkarılamaması ihtimalidir. Çünkü suça maruz kalan kişi olarak mağdur, aynı zamanda olayın en yakın tanığıdır ve verilmeyen belgelerdeki tutarsızlıkları da en iyi belirleyecek olan kişidir. Cumhuriyet Savcısının değerlendirmesi sonunda, belgenin verilmesi halinde soruşturmanın gizliliği veya ulaşılmak istenen amaca ulaşılma ihtimalinin tehlikeye düşeceği saptanırsa, Sulh Ceza Hâkiminden yasaklama kararı alınacaktır (CMK m. 153/2).¹⁰⁴ CMK 234. maddede belge örneği isteme hakkı ile ilgili olarak, müdafinin dosyayı inceleme yetkisini düzenleyen 153. maddeye gönderme yapılmamıştır. Dolayısıyla Sulh Ceza Hâkimi tarafından belge örneği isteme yetkisine sınırlama getirilemeyeceği, takdir yetkisinin Cumhuriyet Savcısına ait olduğu gibi bir anlam çıkarılabilir. Ancak, "soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşulu"nu, bu koşul gerçekleştiğinde belge

¹⁰³ Koca-Üzülmez, s. 146, Özbek-Kanbur-Bacaksız-Doğan, s. 136.

¹⁰⁴ Centel-Zafer, s. 53.

örneği alma yetkisinin nasıl sınırlandırılabilceğini CMK M. 153'e paralel olarak, müdafinin dosyayı inceleme yetkisi gibi sonuçlandırmak yerinde bir çözüm olacaktır.

Savcı tarafından belge örneği verme konusunda takdir yetkisi kullanılırken, belgenin içeriğinden üçüncü kişilerin haberdar olup olmadığı hususu bir ölçüt olarak kullanılabilir. Bu açıdan, üçüncü kişilerin içeriğinden haberdar olduğu bilgileri içeren belgelerin mağdura verilmesinden, soruşturmanın gizliliği veya amacı zarar görmeyecektir.¹⁰⁵

Mağdura tanınan belge örneği isteme, 9.10.2003 tarih ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu¹⁰⁶ ile de güvenceye alınmıştır.¹⁰⁷ Kanun'un 4. maddesi herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Bu kapsamda, *"başvurulan kurum ve kuruluşların ellerinde bulunan veya görevleri gereği bulunması gereken bilgi ve belgeler"*, bilgi edinme hakkı kapsamında istenebilecektir (m. 7). Belirtelim ki, Kanun'un 20. maddesinde adli soruşturma veya kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler bazı koşulların varlığı halinde kapsam dışındadır. Maddeye göre; suç işlenmesine yol açacak, suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanuni yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek, yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek, hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlal edecek nitelikteki bilgi ve belgeler Bilgi Edinme Kanunu dışında bırakılmıştır. Ayrıca Bilgi Edinme Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun¹⁰⁸ hükümlerinin saklı olduğunu da belirtmiştir (m. 20). Bu kapsamda her iki Kanun birlikte değerlendirildiğinde; Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre mağdura tanınan belge örneği isteme hakkının engellenemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, CMK'nda düzenlenmeyen konularda, Bilgi Edinme Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan koşulların söz

¹⁰⁵ Koca- Üzülmöz, s. 146.

¹⁰⁶ 24 Ekim 2003 tarih ve 25269 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁰⁷ Centel-Zafer, s. 54.

¹⁰⁸ Bilgi Edinme Kanunu'nun 20'nci maddesi 04.04.1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerinin saklı olduğunu belirtmiştir. Ancak 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun (31.03.2005 tarih ve 25772 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır) 3'üncü maddesinde, mevzuatta yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yapılan yollamaların, Ceza Muhakemesi Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış olduğunu kabul ettiğinden dolayı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.

konusu olmaması halinde, kişilerce adli soruşturma veya kovuşturma belgeleri istenebilecektir.

Dosyayı inceleme hakkının ikinci yönü ise CMK m. 234/1-a-4'de düzenlenmiştir. Buna göre mağdur; vekili aracılığıyla soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceletme hakkına sahiptir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta mağdurun bu yetkisini bizzat değil, sadece vekili aracılığıyla kullanabileceğidir.¹⁰⁹ Soruşturma belgeleri ile el konulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceleme yetkisi, sulh ceza hâkiminin, Cumhuriyet savcısının istemi ile soruşturmanın amacının tehlikeye düşeceği gerekçesiyle inceleme yasağı getirmedeği hallerde söz konusudur.¹¹⁰

iv. Avukat Yardımından Yararlanma Hakkı

Mağdur, vekili yoksa baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteyebilecektir. Bu sanık veya şüpheliye tanınan baro tarafından bir avukat gönderilmesini isteme hakkının (CMK m. 150), paralel olarak mağdura da tanınmasını sağlayan bir düzenlemedir.

Avukat yardımından yararlanma hakkı, soruşturmanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar kullanılacak bir haktır. Haktan istifade edebilmek için iki koşulun bulunması gereklidir. Bunlar; mağdurun talep etmesi ve vekilinin bulunmamasıdır.¹¹¹ CMK m. 234'de, CMK m. 150'ye paralel bir şekilde mağdur için mecburi vekillik düzenlenmiştir. Buna göre mağdurun, 18 yaşını doldurmaması, sağır veya dilsiz ya da meramını anlatamayacak derecede malul olması hallerinde, vekili bulunmazsa, mağdurun istemi aranmaksızın vekil görevlendirilecektir.

v. İtiraz Hakkı

Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına karşı mağdur itiraz yoluna başvurabilecektir. Kendisine suçun işlendiği yönünde bilgi ulaşan savcı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin hakla-

¹⁰⁹ Koca-Üzülmez, s. 146.

¹¹⁰ Centel-Zafer, s. 54.

¹¹¹ Koca-Üzülmez, s. 146.

rını korumakla yükümlüdür (CMK m. 160). Soruşturma aşamasında yeterli şüphe oluşturacak kadar delil edemeyen veya kovuşturma olanağı bulamayan savcı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verecektir. Bu karar, mağdura da bildirilecektir (CMK m. 172/1). Cumhuriyet savcısı ayrıca, mağdura bildirilen kararda, kendi kararına karşı itiraz hakkı, süresi ve itiraz merciini de gösterecektir.

Mağdur, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde itiraz hakkını kullanabilir. İtiraz merci, kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanıdır. Mağdur, itirazı bir dilekçe ile yapacak ve itiraz dilekçesinde, kamu davası açılmasını gerektirecek olay ve delilleri de gösterecektir (CMK m. 173).

c. Kovuşturma Evresindeki Hakları

i. Duruşmadan Haberdar Edilme Hakkı

Savcı tarafından, yeterli suç şüphesinin olduğundan dolayı iddianamenin hazırlanması ve mahkemeye gönderilmesini müteakip iddianamenin mahkeme tarafından kabulünden sonra kamu davası açılmış olmakta ve kovuşturma evresi başlamaktadır (CMK m. 175). Mahkeme iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirler ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri duruşmaya davet eder (CMK m. 175/2). Mahkeme tarafından duruşmaya davet edilecek kişilerden birisi de, CMK m. 254 uyarınca mağdurdur.

Avrupa Konseyi'nin R (85) 11 sayılı kararında da; mağdurun duruşma yeri ve zamanı konusunda bilgilendirilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Birçok ülke kanununda da, duruşmadan haberdar edilme hakkının düzenlendiği görülmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerinden Alaska'da sanığın bulunma hakkı olduğu tüm yargılama süreçlerinin mağdura bildirilmesi (24. Ks., 2. madde); aynı şekilde Arizona'da sanığın bulunma hakkı olduğu tüm yargılama süreçlerine katılma ve bu süreçlerden bilgi sahibi olma hakkı (Kısım 2.1.(A)); Michigan'da, yargılama sürecinden bilgi sahibi olma hakkı; Idaho'da, tüm yargılama sürecine katılma ve dolayısıyla yargılama sürecinden bilgi sahibi olma hakkı düzenlenmiştir.¹¹²

¹¹² Amerika Birleşik Devletleri eyaletlerindeki düzenlemeler için bkz. www.klaaskid.org/victimrights (Erişim: 30 Nisan 2008).

ii. Kamu Davasına Katılma Hakkı

Kamu davasına katılma hakkı mağdurun gözünde önemli bir hak-
tır ve yargılamadan tatminini sağlamaktadır.¹¹³ Bu hak, özellikle mağ-
durun, duruşmada tanık olarak dinlenmesinin de gerektiği durumlar-
da düzenlemeye tabi kılınmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde
eyaletler düzeyinde, mağdurun duruşmaya katılımı ile ilgili farklı
yaklaşımlar mevcuttur. Bazı eyaletler, tüm tanıkları yargılama süre-
cinin dışında tutmaktadırlar. Bu kapsamda tanıklık edecek mağdurlar
da duruşmaya katılmamaktadırlar. Diğer bir uygulamada ise mağ-
dur tanık olsa bile duruşmaya katılmaktadır. Burada sanığın duruş-
mada bulunma hakkı esas alınmakta ve tanık olan mağdura da aynı
hak tanınmaktadır. Bazı eyaletlerde, mağdura, şahitlik yaptıktan son-
ra yargılamaya katılma hakkı tanınmaktadır. Eyaletlerin çoğunda ise
mağdurun yargılamaya katılması hakkında hâkime bir takdir yetkisi
verilmektedir. Hâkim, mağdurun tanık olarak dinlendiği hallerde veya
sanığın adil yargılanma hakkına müdahale teşkil edebilecek durum-
larda, mağdurun duruşmaya katılma hakkını sınırlayabilmektedir.
Federal düzeyde ise mahkeme tarafından, duruşmada diğer tanıkları
duyması halinde tanıklığının etkileneceği kanaatine varılırsa mağdu-
run duruşmaya katılma hakkına sınırlamalar getirilebilir. Ancak 1996
yılında yapılan düzenleme gereği federal yargıç, hüküm duruşmasın-
da tanıklık edecek mağdurun duruşmaya katılmasını sınırlandırama-
maktadır.¹¹⁴ Alman hukukunda da, mağdurun duruşmada hazır bu-
lunma hakkına ilişkin düzenlemeler mevcuttur.¹¹⁵

Mağdurun duruşmaya katılma hakkı lehine ve aleyhine bazı fikir-
ler ifade edilmiştir. Lehine ifade edilen fikirler çoğunlukla faile ceza
verilirken, failin mağdur üzerinde yarattığı zararın gözönüne alınması
gerekliliği ile ilgili iken, aleyhine ifade edilen fikirler çoğunlukla mah-
kemenin tarafsızlığının tartışma konusu olabileceği yönündedir.

Lehe olan fikirleri şu şekilde özetleyebiliriz; mağdurun, duygula-
rını ifade etmesi verilecek kararın etkisini artıracak ve yargılama süre-
ci daha demokratik ve toplumun suça karşı tepkisini yansıtıcı olacak-

¹¹³ Cartwright, s. 195.

¹¹⁴ Oklahoma şehrinin bombalanmasına ilişkin yargılama esnasında, 2000'den fazla
olan mağdurun duruşmaya katılması imkânsız olduğundan Denver şehrinde ya-
pılan yargılama Oklahoma stadyumuna kapalı devre televizyon sistemi ile aktarılmış-
tır (Cartwright, s. 196); Ayrıca bkz. Tobolowsky, s. 48 vd.

¹¹⁵ Siegismund, s. 106; Schünemann, s. 41.

tır.¹¹⁶ Mağdurun duruşmaya katılımı taraf olma durumu ve bireysel saygınlığı yönünden isteklerinin farkına varılmasını sağlayacaktır.¹¹⁷ Mağdurun davaya katılımı; hâkime, jüriye ve savcıya, davanın çözüme kavuşması ile ilgilenen devletin haricinde bir de gerçek kişi olduğunu hatırlacaktır.¹¹⁸ Mağdurun kamu davasına katılımı, mağdurun ceza yargılaması ile işbirliği yapmasını ve dolayısıyla ceza yargılaması sisteminin etkinliğini artıracaktır.¹¹⁹

Aleyhinde olan fikirler ise şunlardır: Mağdurun kamu davasına katılmasına izin verilmesi, mahkemenin kamuoyu baskısından tecridine (dolayısıyla bağımsızlığına) zarar verecektir.¹²⁰ Mağdurun kamu davasına katılımı, mahkeme tarafından esas alınacak objektif bakış açısı yerine mağdurun subjektif bakış açısının olaya uygulanmasına (dolayısıyla tarafsızlığına zarar verilmesine) sebep olacaktır. Mağdurların genellikle affedici değil (özellikle davayı takip ettiği düşünüldüğünde) intikamcı olduğu düşünüldüğünden, kamu davasına katılımı faile farklı davranılmasını ve cezanın şiddetinin artmasını sonuçlayabilecektir.¹²¹

Avrupa ülkelerinin mağdurun davaya katılımı konusunda düzenlemeleri incelendiğinde temel olarak dört model görülmektedir. Bu modeller;

(a) Birinci modelde, herhangi bir suç mağdur tarafından özel olarak kovuşturulabilmektedir. Bu model, İngiltere, Finlandiya ve Kıbrıs Rum Kesimi'ni tarafından uygulanmaktadır.

¹¹⁶ H. Rubel, "Victim Participation in Sentencing Proceedings", *Crim. L. Q.*, Vol.:28, No.:226, 1986 (atfen Young, s. 7); Mağdurun duruşmaya katılımı konusunda lehte ve aleyhte fikirler konusunda geniş bilgi için bkz. Ian Edwards, "Victim Participation in Sentencing: The Problems of Incoherence", *The Howard Journal*, Vol.:40, No.:1, Feb 2001, s. 41.

¹¹⁷ L. Henderson, "The Wrong of Victims' Rights", *Stanford L.R.*, Vol.:37, No.:937, 1985 (atfen Young, s. 7).

¹¹⁸ D.P. Kelly, "Victims", *Wayne L.R.*, Vol.:34, No:69, 1987 (atfen Young, s. 7).

¹¹⁹ M. McLeod, "Victim Participation at Sentencing", *Criminal Law Bulletin*, Vol.:22, No:501, 1986 (atfen Young, s. 7).

¹²⁰ H. Rubel, "Victim Participation in Sentencing Proceedings", *Crim. L. Q.*, Vol.:28, No.:226, 1986 (atfen Young, s. 7).

¹²¹ D. Hall, "Victims' Voices in Criminal Court: The Need for Restraint", *Am. Crim. L.Rev.*, Vol.:28, No.:233, 1991; H. Rubel, "Victim Participation in Sentencing Proceedings", *Crim. L. Q.*, Vol.:28, No.:226, 1986 (atfen Young, s. 7).

(b) İkinci modelde, mağdurun suçu özel olarak kovuşturabilme hakkı sadece bazı hafif suçlara (petty offences) tanınmıştır. Bu model, Avusturya, Danimarka, Almanya ve Polonya'da uygulanmaktadır.

(c) Üçüncü modelde mağdura tali kovuşturma hakkı tanınmıştır. Mağdur tarafından bu hak, ancak savcının soruşturma veya kovuşturmayı devam ettirmemesi halinde sözkonusudur. Bu model, Avusturya, Norveç ve İsveç'te uygulanmaktadır.

(ç) Son modelde mağdur, savcıya yardımcı olarak ceza yargılamasında rol almaktadır. Bu model de, Avusturya, Almanya, Polonya ve İsveç'te uygulanmaktadır.¹²²

Türk hukukunda, mağdura kamu davasına katılma hakkı tanınmıştır. Bu hak, CMK m. 237/2'ye uygun olarak kullanılacaktır. Buna göre mağdur, ilk derece mahkemesinin kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduğunu bildirerek kamu davasına katılabilecektir. Katılma; yazılı veya sözlü olarak gerçekleştirilebilecektir. Yazılı olarak yapılması kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye verilecek bir dilekçe ile gerçekleştirilecektir (CMK m. 238). Sözlü olarak yapılması ise katılma isteğini belirten ifadenin duruşma tutanağına geçirilmesi ile olacaktır. Ayrıca duruşma sırasında şikâyeti belirten herhangi bir ifade kullanılması halinde, davaya katılmak isteyip istemediği mahkeme tarafından sorulacaktır (CMK m. 238).

Katılma davayı durdurmayacaktır. Tarihi daha önceden belirlenmiş olan duruşma ve yargılama işlemleri vakit darlığından katılana bildirilemese bile gününde yapılacaktır (CMK m. 240). Katılmadan önce verilen kararlar, katılana tebliğ edilmeyecektir. Ancak katılan bu kararlara karşı kanun yoluna, Cumhuriyet Savcısı için öngörülen süre geçmemiş ise başvurabilecektir (CMK m. 241). Katılan, kanun yollarına Cumhuriyet savcısına bağlı olmaksızın başvurabilecektir (CMK m. 242). Katılanın kanun yoluna başvurmasından dolayı karar bozulursa, Cumhuriyet savcısı kanun yoluna başvurmuş olmasa bile işi takip etmek zorundadır (CMK m. 242/2). Son olarak, katılanın ölümü veya vazgeçmesi halinde katılma hükümsüz kalır ancak katılanın mirasçılardan istersenlerse davaya devam edebilirler (CMK m. 243).

¹²² Young, s. 48.

Mağdurun tanık olarak dinlenmesi ile ilgili bir sınırlama CMK m. 236'da bulunmaktadır. Buna göre; maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olmadıkça işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak ancak bir kez dinlenebilecektir. Bu kişilerin dinlenmesi esnasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulunacaktır. Bu düzenlemenin, mağdurun ceza adaleti sistemi tarafından ikinci kez mağduriyetini önleyici bir düzenleme olarak yerinde bulmaktayız.¹²³

iii. Davada Yazılı veya Sözlü Olarak Kendini İfade Etme Hakkı¹²⁴

Davada yazılı veya sözlü olarak Mahkemeye bildirimde bulunabilme hakkı, mağdurun etken haklarından birisidir. Bu hak, özellikle hüküm duruşmasında önem kazanmaktadır.¹²⁵

Bu hakkın karşılaştırmalı hukukta birçok ülkede düzenlendiğini görmekteyiz. Alman hukukuna göre mağdur, duruşmada kendini ifade etme hakkına sahiptir.¹²⁶

Amerika'da, 1995 yılından beri tüm eyaletler, gerek rapora yazmak gerekse de yazılı veya sözlü olarak ifade suretiyle mağdurun hüküm duruşmasında kendini ifade etmesine imkân tanımaktadır. Eyaletlerin birçoğu, mağdur tarafından verilen ifadeyi, cezanın belirlenmesinde göz önüne almasını mahkemeden istemektedirler. Federal kanunlar,

¹²³ Ceza adaleti sistemi ile irtibata geçen mağdurun, suçun yarattığı psikolojik travmayı tekrar yaşadığı araştırmalarla ispatlanmıştır. İkincil mağdurlaştırma (secondary victimization) olarak ifade edilen bu durum, mağdur haklarının birincil ihlaline ek olarak gerçekleştirilmektedir. Yapılan bir çalışmada, çalışmaya katılanların % 81'i, ceza adalet sistemi ile temasın, tecavüz mağdurları için psikolojik etkileri olduğuna inanmaktadır (Uli Orth, "Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings", *Social Justice Research*, Vol.:15, No.:4, December 2002, s. 314).

¹²⁴ "Victim Impact Statement" kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır. Kavram tam olarak "hükümden önce, zararın sonuçları hakkında hâkime mağdur tarafından verilen ifadeyi anlatmaktadır (Albanese, s. 307), kavramın diğer bir özelliği ise bu ifadelerin hüküm verilirken hâkim tarafından dikkate alınmasıdır. Başka bir tanım için bkz. Schmallegger, s. 453.

¹²⁵ Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Payne v. Tennessee* davasında; tanıkların, sanığın iyi eylemlerini, kişiliğini ve geçmişi ile ilgili hususları övebileceğini ancak mağdura verilen zarar ve niteliği hakkında bir şey söylenmemesini insanlığın uygar üyeleri için küçük düşürücü bir olay olduğunu belirtmiştir (Cartwright, s. 196).

¹²⁶ Siegismund, s. 106.

şartla salıverme görevlilerinin hazırladıkları raporda, suç mağdurunun bakış açısının ayrı bir bölüm halinde yer almasını zorunluluk haline getirmiştir.¹²⁷

1988 yılında Kanada Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikle mağdura mahkemede kendini ifade etme hakkı verilmiştir.¹²⁸ Kanada'da profesyonel hukukçular tarafından mağdurun kendini ifade etme hakkı açıkça eleştirilmiştir. Eleştirilerin temeli, mağdurun kendini ifade etme hakkını kullanması suretiyle, tarafsız olması gereken cezalandırma sürecinin mağdurun intikam duygusu ile tarafsızlığının zedeleneceği noktasındadır. Bu konuda British Columbia Temyiz Mahkemesi 1992 yılında vermiş olduğu R. v. Sweeney kararında, mağdurun kendini ifade etme hakkının, ceza mahkemesi nezdinde sanık aleyhine bir yaklaşım doğurmayacağını; suç oluşturan eylem için adil yargılama kurallarına uygun bir süreç sonunda kusurla orantılı bir karşılık verileceğini ve ceza adaleti sisteminin mağdurun acılarını dindirmek için oluşturulmadığını ve niyetinin de bu olmadığını belirtmiştir.¹²⁹

Mağdurun kendini ifade etme hakkı Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1987'de verdiği *Booth v. Maryland* kararı ile sınırlandırılmıştır. Bu kararda; mağdurun hüküm duruşmasında; suçun ailesinin üzerine yaptığı psikolojik etki, kendisinin kişiliği, aile üyelerinin suç ve suçlu hakkındaki görüşleri, failin ve suçun niteliği gibi bilgileri dile getirmesinin, failin anayasal haklarını ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Özellikle ölüm cezasını gerektiren suçlarda bu endişe zirve noktasına ulaşmıştır.¹³⁰ Ancak 1991 yılında, Amerikan Temyiz Mahkemesi tarafından *Payne v. Tennessee* kararı ile yargıç ve jüriye, hüküm duruşmasında mağdurun ifadelerini göz önünde bulundurma yetkisi verilmiştir. Bu tarihten önce hüküm duruşmasında mağdurun ifadeleri dikkate alınmamaktaydı.¹³¹

¹²⁷ Cartwright, s. 196, 197.

¹²⁸ Young, s. 8; Karen-Lee Miller, "Investigating the Victim Impact Statement in the Cases of Sexual Assault in Nova Scotia: Notes on Methods and Some Preliminary Observations", *Research and Statistics Division*, 2007, Issue No.:14, s. 5; Julian V. Roberts-Allen Edgar, "Victim Impact Statements at Sentencing: Judicial Experiences and Perceptions-A Survey of Three Jurisdictions", *Research and Statistics Division*, 2007, Issue No.:14, s. 14.

¹²⁹ Young, s. 8.

¹³⁰ Reid, s. 437.

¹³¹ Albanese, s. 307; Reid, s. 437.

İngiltere’de mağdurun kendini ifade etme hakkı köklerini 1990 Victim’s Charter ve 1991 Citizen’s Charter’da bulmaktadır. 1996 tarihli Victim’s Charter’da söz konusu hak genişletilmiş ve kolluk kuvvetlerine, savcılara ve hâkimlere kararlarını verirken mağdur tarafından verilen ifadelerin göz önünde bulundurulması önerilmiştir.¹³² 2001 yılında mağdurun kendini ifade etme hakkı tüm ülke geneline yaygınlaştırılmış ve mağdurun yanı sıra adam öldürme suçlarında akrabalar, eşler ile çocukların aileleri de söz konusu hakkı kullanmaya başlamıştır. Bu hak, mağdur ve adam öldürme suçlarında mağdur yakınları tarafından, suçun hayatlarını nasıl etkilediğine dair kolluk kuvvetlerine kendi ifadeleriyle bilgi vermesi ve bu ifadelerin ceza yargılaması boyunca göz önünde bulundurulması suretiyle kullanılmaktadır.¹³³

Mağdura duruşmada kendini ifade etme hakkı tanımayan hukuk sistemleri de mevcuttur. İtalyan ceza hukukunda mağdur çok etkin olmayan bir role sahiptir. Özellikle cezanın belirlenmesi sürecinde söz konusu rolün etkisi fark edilebilir şekilde azalmaktadır. İtalya’da, mağdurdan suçun etkin sonuçları ve uygun cezanın belirlenmesinde hâkime yardımcı olmak amacıyla bilgi vermesi istenmemektedir.¹³⁴

Türk hukukunda, katılanın mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla sanığa, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere soru sorma hakkı ve suç ortağının, tanıkların veya bilirkişinin dinlenmesinden veya bir belgenin okunmasından sonra diyeceğinin bulunup bulunmadığının mahkeme tarafından sorulması yükümü olduğu halde (CMK m. 201), karşılaştırmalı hukukta yer alan içeriği ile mağdura kendini ifade hakkı tanınmamaktadır.

Türk hukukunda, CMK m. 216’da ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada söz sırası düzenlenmiştir. Ayrıca katılan veya vekilinin, sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcilerinin açıklamalarına cevap verebileceği açıkça ifade edilmiştir. Ancak burada yer alan ve katılan sıfatıyla mağdura tanınan haklar özellikli bir duruma aittir ve sadece delillerin değerlendirilmesi ile sınırlıdır. Son sözün sanığa verilmesinden önce, katılan sıfatıyla mağdura, suçun sonuçları hakkında kendini

¹³² Ralph Henham-Grazio Mannozi, “Victim Participation and Sentencing in England and Italy: A Legal and Policy Analysis”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.:11/3, 2003, s. 281, 282.

¹³³ Henham-Mannozi, s. 283.

¹³⁴ Henham-Mannozi, s. 288.

ifade etme hakkının verilmesinin, ceza adaleti sistemiyle mağdurun tatmini açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

iv. Savcı ile Görüşmek Hakkı

Amerika'da, Suç Mağdurları Başkanlık Komisyonu, kovuşturmanın çeşitli aşamaları boyunca savcının, mağdur ile sürekli irtibatta olmasını önermiştir. Savcı, eylemi nitelerken daha hafif bir ceza içermesi halinde, davanın düşmesi halinde, yargılama öncesi uzlaşma halinde, mağdura kendi görüşünü önerme imkânı tanıyacaktır.¹³⁵

Amerika Birleşik Devletleri'nde eyalet bazında da mağdurlara, savcı ile görüşme hakkı tanındığı görülmektedir. Bu eyaletlerin başlıcası Alaska ve Arizonadır. Belirtelim ki, savcı ile görüşme hakkı savcıya şikâyetini iletmek veya ceza yargılaması konusunda kendisinden bilgi almak değildir. Bu hak ile ifade edilen, soruşturma veya kovuşturma konusu eylem ile hukuki menfaatleri ihlal edilen kişi olarak mağdurun, ceza yargılamasında yürütülecek strateji veya faile teklif edilecek seçeneklerde söz sahibi olması, savcının kararını etkilemesi ve bazen de savcı ile birlikte karar almasıdır.

Türk hukukunda, mağdurun savcı ile görüşmesi genel kurallara tabidir. Suçun, hukuki menfaatlerini ihlal ettiği ve ceza adaletinin bu ihlali gidermek zorunda olduğu kişi sıfatıyla mağdura, savcıyla görüşme için bir ayrıcalık verilmemiştir. Ayrıca mağdurun, ceza yargılamasının süjesi olarak savcı tarafından verilecek *"kovuşturmaya yer olmadığı"* kararlarına (CMK m. 172) veya *"kamu davasını açmada takdir yetkisi"*ne etkisi söz konusu değildir.

Türk hukukuna CMK ile getirilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi müessesesi, savcı ile mağdur arasında işbirliğini gerektiren ve mağdurun zararının tazminini esas alan müesseselerden birisidir. Buna göre Cumhuriyet Savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Kamu davasının ertelenmesine karar verilebilmesi için istenen şartlardan birisi de, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı

¹³⁵ Cartwright, s. 197.

zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir (CMK m. 171).

v. Tutanak ve Belgelerden Vekili Aracılığı ile Örnek Alma Hakkı

Yukarıda incelendiği üzere soruşturma aşamasında mağdurun savcıdan bizzat belge örneği isteme hakkı bulunmasına karşın, kovuşturma aşamasında bu hak ancak vekil aracılığıyla kullanılabilir. Vekili bulunmayan mağdur dosyadan belge örneği alamayacaktır. Ancak bu durum eleştirilmekte ve vekili olmayan mağdurların dosyadan doğrudan örnek almasına imkân tanınması gerektiği belirtilmektedir.¹³⁶ Kanaatimizce de vekile tanınan bir hakkın, vekilin olmaması durumunda asile tanınmamasının yerinde bir izahı bulunmamaktadır. Vekil talebinde bulunmayan mağdurun, ceza yargılamasındaki haklarını takip edebilmesi açısından dosyadan belge örneği alma hakkı bulunması gereklidir. Alman hukukunda da mağdurun, dosyayı inceleme hakkının mevcut olduğu görülmektedir.¹³⁷

vi. Duruşmada Delil Gösterme Hakkı

Duruşmada delil gösterme kapsamında Türk hukukunda, tanıkların davetini isteme hakkı düzenlenmiştir. Mağdur, CMK m.234 gereğince duruşmada dinlenmek üzere tanık davet edilmesini mahkemeden isteyebilir. Ancak mahkeme, mağdur tarafından yapılan bu isteği gerçekleştirmek ve daveti istenen tanıkları davet etmek zorunda değildir. Mahkeme tarafından tanık davet edilmesine yönelik talebi reddedilen mağdurun, söz konusu tanıkları duruşma günü getirebilme ve duruşmada dinletebilme yönünde bir yetkisinin bulunup bulunmadığı açık değildir.

CMK m. 178’de katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçenin mahkeme başkanı veya hâkimi tarafından reddedildiğinde, katılanın o kişileri mahkemeye getirebileceği ve bu kişilerin mahkemede dinleneceği belirtilmektedir. Aynı düzenlemenin CMK m. 234’de yer almamasından dolayı genel olarak mağdu-

¹³⁶ Koca-Üzülmez, s. 148.

¹³⁷ Schünemann, s. 41.

run, mahkeme tarafından davet edilmeyen tanıkları mahkemeye getiremeyeceği ve dinletemeyeceği yorum yoluyla çıkarılmaktadır.

CMK m. 178 ile CMK m. 234 incelendiğinde, her iki madde arasında bir çelişki varmış gibi görünmektedir. Ancak CMK m. 178 katılanın tanık daveti hakkını, CMK m. 234 ise mağdurun tanık gösterme hakkını düzenlemektedir. Dolayısıyla katılan sıfatını alan mağdur hakkında CMK m.178 uygulanması, mağdurun katılan sıfatını almaması durumunda CMK m. 234'ün uygulanması gerektiği yönündeki düşünceye katılmaktayız.¹³⁸

Türk hukukunda, katılanın mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla sanığa, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere soru sorma hakkı da (CMK m. 201) bulunmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta da mağdurun, tanıklara soru sorabilmesine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Alman hukukunda mağdur, tanıklara soru sorma hakkına sahiptir (Alman Ceza Usul Kanunu m. 240).¹³⁹ Ayrıca sanığın sorgulanmasından ve her bir delilin ele alınmasından sonra görüşlerini bildirme hakkına sahiptir (Alman Ceza Usul Kanunu m. 257).¹⁴⁰ Rusya'da, mağdurun duruşmaya aktif olarak katılmasına izin verilmektedir. Rusya'da mağdurlar, tanık dinlenmesi esnasında yorumda bulunabilmekte ve tanığa soru sorabilmektedirler.¹⁴¹

Fransız Hukukunda bulunan "*partie civile*" usulünde, mağdur medeni hukuka ilişkin iddiasını ceza yargılamasında ileri sürebilir ve duruşmaya katılabilir. Bu usül, Napolyon kanunlarının bir parçası olarak yapıldığından, birçok Avrupa ülkesinde de kısmen uygulanmaktadır. Bu usulde mağdurun hakları; hukuki olarak temsil edilme, sanık veya tanıklara soru sorabilme, yeminsiz delil verme, delillerden sonra kendi görüşünü ifade etme olarak belirtilebilir.¹⁴²

vii. Vekil Atanmasını Talep Etme Hakkı

Mağdura soruşturma aşamasında tanınan vekil atanmasını talep etme hakkı, kovuşturma aşamasında da ayrıca tanınmıştır. Bu düzen-

¹³⁸ Koca-Üzülmez, s. 148.

¹³⁹ Siegismund, s. 106.

¹⁴⁰ Siegismund, s. 106.

¹⁴¹ Young, s. 48.

¹⁴² Young, s. 48.

leme ile sanık ile mağdur arasındaki denge sağlanmıştır.¹⁴³

viii. Kanun Yoluna Başvurma Hakkı

Katılan sıfatı alan mağdur, davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yoluna başvurabilecektir (CMK m. 234). Kanun yoluna başvurunun usul ve yöntemleri çalışmanın konusu dışında kaldığından ayrıca açıklanmayacaktır. Karşılaştırmalı hukukta inceleme imkânı bulduğumuz Alman hukukunda da mağdur, mahkeme başkanının kararlarına karşı itiraz hakkına sahiptir (Alman Ceza Usul Kanunu m.238/2). Ayrıca belirtmelidir ki, katılan sıfatıyla mağdur, on yıl veya daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümlerde, Yargıtay'da temyiz aşamasının duruşmalı yapılmasını da isteyebilir (CMK m.299/1).¹⁴⁴

ix. Zararının Tazmin Edilmesini İsteme Hakkı

Mağdurun zararının basit ve hızlı bir yargılama ile tazmin edilmesi, mağdura maddi ve kişisel açıdan bir tatmin sağlamaktadır.¹⁴⁵ Çalışmalar, tazminatın, mağdurun ceza yargılaması sürecinden tatminini etkileyen en önemli faktör olduğunu göstermektedir.¹⁴⁶ Ceza adaletinin tarihsel sürecine bakıldığında, mağdur girişimiyle başlayan ceza yargılamasının adım adım devletleştirildiği, buna karşılık yargılama

¹⁴³ Koca-Üzülmez, s. 148.

¹⁴⁴ Zekeriya Yılmaz, *Tüm Değişikliklerle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler ve Yargılama Sistemi*, Ankara 2005, s. 74.

¹⁴⁵ Matthias Koller, "Mediation of Conflicts and Reparation of Damages in Criminal Law Practice in Europe", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.:13/2 2005, s. 179; mağdurun zararının tazmini konusunda 1829'da Bentham, tazminatın mağduru ceza kadar tatmin edeceğini, bu tazminatı karşılamak için tüm suçluların mallarından ve çalışarak kazanacakları paralardan bir fon oluşturulmasını, eğer bu mümkün olmazsa tazminatın devlet veya özel sigortalarca karşılanması fikrini ortaya atmıştır. Bonneville de Marsangy 1847'de benzer şekilde, tazminat miktarını mahkemelerin tayin etmesini, tazminatın suçlunun malları üzerinde imtiyazlı alacak sayılmasını, suçtan meydana gelen zararlar tazmin edilmedikçe suçlunun af edilmemesini, suçlunun cezaevindeki çalışmasından elde edeceği kazancın bir kısmının mağdura ait olması gerektiğini ifade etmiştir (Erem-Danışman-Artuk, s. 878; Demirbaş, s. 464).

¹⁴⁶ Cartwright, s. 199; "Mağdurun çok defa suçlunun cezalandırılmasından ziyade zararlarının tazmin edilmesini beklediği görülmüştür" (Erem-Danışman-Artuk, s. 877).

konusu suç ile oluşan zararın tazmini konusunun ise daha büyük bir hızla devletleştirildiği görülmektedir.¹⁴⁷

“Klasik Okul”un taraftarlarının suçtan iki davanın doğduğunu, bunların ceza ve hukuk davası olduklarını ve her ikisinin kesin surette birbirinden ayrı olduğunu savunmaları, mağdurun zararını tazmin fikrini zayıflatmıştır. Buna karşılık “Pozitivist Okul”, zararın tazminini ceza adaletinin merkezine yerleştirmiştir. Ferri, mağduru derhal tatmin etmenin devletin görevi olduğunu ve devletin öncelikle bu görevi yerine getirmesi, daha sonra kendi alacağının tahsilini düşünmesi gerektiğini belirtmiştir. Garofalo ise suçtan kaynaklanan zararların tazmininin suçlunun hiçbir şekilde kurtulma imkânı bulamayacağı bir borç haline getirilmesi halinde ancak suçun bir karşılığı sayılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.¹⁴⁸

Mağdurun zararını tazmine yönelik girişimlerin temelde iki grupta toplandığı görülmektedir. Mağdurun zararının tazminini sağlayacak hukuki veya fiili imkânların kendisine sağlanması veya zararın bizzat devlet tarafından karşılanmasıdır. Prins, 1891’de zararın devlet tarafından karşılanması konusunda “bu fikrin yeniliğinden korkulmamalıdır. Esasen bu fikir eski kanunlara dönüşten ibarettir” demiştir. Zararın devlet tarafından karşılanması konusunda lehte ve aleyhte düşünceler vardır. Devlet tarafından tazmini kabul etmeyen görüşlere göre devletin her an bir bireyin, diğer bir bireye karşı işleyeceği suçu önleme veya başka bir anlatımla mağduru koruma gibi bir görevi yoktur. Böyle bir görevin kabul edilmesi her suçta tazmini gerektirmektedir ki, bu da devlete altından kalkamayacağı bir yük yüklenmesine sebep olacaktır. Lehte olan fikirler ise devletin suça karşı vatandaşını yeterince koruyamadığını, sosyal devlet ilkesi gereğince mağduru koruması gerektiğini belirtmektedir.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Erem-Danışman-Artuk, s. 878; Vecchio, bir hareketin başkasına haksız bir zarar vermesi halinde tazmin mecburiyetinin doğacağından bahsetmektedir. Yazar, cezanın esas meşruiyetinin ihlal edilen hakkı tazmin ve iade fonksiyonunda bulunacağını belirttiikten sonra meydana gelen zararın mümkün olduğu ölçüde fail tarafından tazmin edilmesi gerektiğini, adaletin gereğinin bu olduğunu belirtmiştir (Girorgio Del Vecchio, “Ceza Adaleti ve Zararın Tazminine Dair Deneme”, *İÜHFM*, C.:XXI, S. 1-4, İstanbul 1957, s. 398 vd).

¹⁴⁸ Erem-Danışman-Artuk, s. 880.

¹⁴⁹ Erem-Danışman-Artuk, s. 884; Özek, bu konuda daha kapsamlı şekilde şu gerekçelere dayanmaktadır;

a. Mağdurun da suç olgusunun bir ögesi olmasından dolayı, devletin de

Zararın tazmininde mağdura hukuki imkân sağlanmasına yönelik girişimlerde öncelikle genel hukuk sistemi içerisinde mağdurun zararını tazmin etmesine olanak sağlanmıştır. Bu durumda zararın tespiti ve hükme bağlanması her ne kadar adli organların kararlarına bağlı ise de, hükme bağlanan hakları takip etmek tamamıyla mağdurun kişisel sorunu olarak kalmaktadır. Devletin, mağdurun zararını tazmin konusunda kamusal bir fonksiyon üstlenmekten kaçınmasından dolayı mağdurun zararının tazmini yollarını zorlaması konusu yetersiz kalmıştır.¹⁵⁰ Bu yetersizlik, mağdurun zararının dolaylı tazminine yönelik tedbirleri gerektirmiştir.¹⁵¹

onunla ilgili yükümlülükleri bulunmaktadır,

- b. Devlet, mağdurla ilgili yükümlülükleri bulunduğu için dolaylı mağdurun zararlarını gidermek zorundadır,
- c. Tüm öcalma davranışlarını yasaklayan devletin önlediği davranışların karşılığı olarak mağdurun zararlarını karşılaması gerekmektedir. Suçlu-yu para cezasına çarptırmak veya cezaevinde az da olsa onun kazanç sağlanmasına imkân tanımak suretiyle mağdurun zararlarını gidermelidir,
- d. Devlet, mağdura destek göstermez ise toplumda toplumsal dayanışma ve eşitlik zedelenecektir,
- e. Mağdurun zararlarının devlet tarafından giderilmesi, toplumda kişilere güven sağlayacak, adalet olmadığı, mağdurun toplumda kendi başına bırakılmadığı duygusunu ortadan kaldıracaktır (Özek, s. 38, 39).

¹⁵⁰ Bu yetersizlikler şu şekilde belirtilmektedir;

- a. Çoğunlukla suç faili saptanamamakta veya saptansa bile bulunamamaktadır,
- b. Suçlu bulunsa bile zararı tazmin edecek ekonomik varlığı bulunmamaktadır,
- c. Özel hukuk yargılaması çok uzun sürmekte ve mağdurun zararını tazmin için birçok yükümlülüğe katlanmak zorunda kalmaktadır,
- d. Mağdur, gerek bilgiden yoksunluktan gerekse de hak aramanın maliyetinden dolayı hukuki yollara başvuramamaktadır,
- e. Bazı durumlarda mağdur sadece maddi değil, toplumsal yardım ve zarar giderilmesine de muhtaçtır,
- f. Bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması, zararın giderilmesinin suç olmasına bağlayan usullerin de uygulanamamasına neden olmaktadır,
- g. Cezaların ferdileştirilmesinde mağdur hakları göz önünde bulundurulmamaktadır,
- h. Ceza hâkiminin çoğunlukla hukuki tazminatların halledilmesi konusunu kendi uğraşı dışında görmesi (Özek, s. 32).

¹⁵¹ Dolaylı zarar giderim yolları şu şekilde belirtilmektedir;

- a. Cezanın tecili ve şartla salıverilme gibi kurumların mağdurun zararlarının karşılanmasına bağlanması,
- b. Ceza ve tedbire hükmedilmesinde mağdurun zararlarını giderici hesapların yapılması,
- c. Zararların ödenmesine asıl veya ek ceza olarak hükmedilmesi,

Mağdurun zararını tazmine yönelik kanunların son zamanlarda arttığı ve zararın tazmini konusunda zorunluluk getirdiği görülmektedir. Zaman içinde hem tazminat alabilecek kişilerin niteliği hem de tazmin edilecek zararlar genişlemiştir. Tazmin edilecek zararların içine psikolojik tedavi masrafları, iyileştirme masrafları, kazanç kaybı, ikametgâh değiştirme ve gıda masrafları, dava ile bağlantılı seyahat giderleri de dâhil olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nde birçok eyalette tazminat, ceza yargılamasının zorunlu bir parçası haline gelmiştir. Bu durumun, mağdurların zararının karşılanması gibi bir faydasının yanı sıra sanıklar üzerinde önleyici etkisi de mevcuttur.¹⁵²

Mağdurun zararının, failin rızası ile tazmin edilmesi toplumsal barışın yeniden tesis edilmesi ve fail ile mağdur arasındaki ihtilafın ortadan kaldırılması açısından önemlidir. Mukayeseli hukuka bakıldığında birçok ülke, mağdurun zararının fail tarafından gönüllü olarak tazmin edilmesi halinde faile verilecek cezada indirim gittikleri görülmektedir. Bu ülkelere örnek olarak, Almanya, Yunanistan, Hollanda, Polonya ve İsveç gösterilebilir. Almanya ve Yunanistan'da,¹⁵³ eylemden sonra fail tarafından zararın giderilmesine yönelik olumlu hareketler fail için şartla salıverme hakkından yararlanma olanağını elde edebilme şansı olarak düzenlenmiştir.¹⁵⁴

İngiliz hukuku mağdura uğramış olduğu zararlarını ceza mahkemesinde doğrudan talep etme hakkını tanımamasına rağmen, mahkemeler kendi insiyatifleri ile mağdurun zararının tazmin edilmesi konusunu göz önüne alma yetkisine sahiptirler. Eğer mağdurun zararının tazmin edilmesi gerektiği kanaatine varırlarsa, ceza yargılaması

-
- d. Mahkemenin, mala karşı işlenen fiillerde malın iadesine ceza olarak hükmetmesi,
 - e. Para cezasının tamamen veya kısmen mağdura ödenmesi,
 - f. Suçlunun cezaevinde veya dışarıdaki kazancının, mağdurun zararını giderecek oranda haczedilmesi,
 - g. Tazminatın ödenmemesi durumunda para cezası veya hapis cezası ile tazyik usulünün kabul edilmesidir (Özek, s. 34).

¹⁵² Cartwright, s. 199.

¹⁵³ Yunan Ceza Kanunu'na göre, "hükümlünün şartla salıverilmesi için; ceza infaz kurumunda iyi hal göstermesi, mahkeme tarafından tespit edilen mağdurun zararlarını imkânları ölçüsünde yerine getirmesi ve önceki hayatının incelenmesinden genel şahsi ve sosyal ilişkileri ve karakterine göre, ileride kendisinden onurlu bir hayat geçirmesinin beklenebilmesi gerekir (m.106/1)" (Ahmet Caner Yenidünya, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme, İstanbul 2002, s. 144).

¹⁵⁴ Koller, s. 183.

sonucunda verilen cezadan ayrı olmak üzere sanığı tazmine mahkûm edebilirler. Eğer sanık tarafından bir ödeme yapılmazsa tutuklama kararı verilebilir veya 12 aya kadar tazyik hapsi uygulanabilir. Zararın miktarının 20.000 Euroyu aşması halinde verilecek tazyik hapsi cezasının süresi 12 ayı geçebilecektir.¹⁵⁵ Ayrıca İngiltere’de şiddet suçu mağdurları Suç Zararlarını Tazmin Birimi’ne (the Criminal Injuries Compensation Authority) başvurabilir ve şiddet suçunun yarattığı fiziki veya psikolojik zararlarını, kazanç kayıplarını, 1.600 ile 800.000 Euro arasında olmak üzere tazmin edebilirler.¹⁵⁶ İngiltere’de suç zararlarının devlet tarafından karşılanması sistemi eleştirilmiş ve zararların fail tarafından karşılanması gerektiği belirtilmiştir. Bu tazmin; çalınan ve iade edilmeyen malların yerine bedelinin tazmin edilmesi, maddi ve manevi zararlar için tazminat verilmesi olabileceği gibi mağdur için fail tarafından yapılacak çalışma (direct reparation) veya diğer failer tarafından mağdur için yapılacak çalışma (indirect reparation) olabilir.¹⁵⁷ Kanaatimizce bu görüş ileri sürülürken aslen *Garofalo* tarafından belirtilen suçlunun zararın tazmini için çalışmaya mecbur tutulmasına yönelik düşünceden¹⁵⁸ geniş oranda etkilenilmiştir.

Hollanda hukukunda ceza hâkimi mağdura tazminat olarak kendi tarafından belirlenen bir miktarı ödemesi konusunda faile yükümlülük getirebilir. Miktarın ödenmemesi durumunda hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanabilir.¹⁵⁹ Polonya hukukuna göre mağdur suçtan doğan özel hukuka ilişkin taleplerini ceza yargılamasında ileri sürebilir.¹⁶⁰ İsveç’te, suçun niteliğine ve failin bilinip bilinmemesine bakılmaksızın tüm mağdurlar Suç Mağdurları Birimi’ne (Brottsoffermyndigheten) tazminat talebi ile başvurabilmektedir. Birim, fiziksel zararların yanı sıra psikolojik zararları da tazmin etmektedir.¹⁶¹

¹⁵⁵ Koller, s. 186.

¹⁵⁶ Koller, s. 187.

¹⁵⁷ Williams, *Textbook on Criminology*, 5 th Edition, 2004 Oxford University Press, s. 108; İngiltere’de 1972 tarihli Ceza Adaleti Kanunu ile mahkeme tarafından cezanın yanı sıra maddi veya manevi zararlar için tazminata da hükmedilmeye başlanmıştır (bu hüküm Ceza Mahkemeleri Yetkileri Kanunu-Powers of Criminal Court- m.130-134’de bulunmaktadır). 1982 tarihli Ceza Adaleti Kanunu ile de tazminat, cezanın yerine uygulanmaya başlanmıştır (Williams, s. 108, 109).

¹⁵⁸ Erem-Danışman-Artuk, s. 883.

¹⁵⁹ Koller, s. 187.

¹⁶⁰ Koller, s. 188.

¹⁶¹ Koller, s. 191.

Almanya'da 18 Aralık 1986 tarihli Mağdur Koruma Kanunu (Opferschutzgesetz) ile değiştirilen düzenlemelere göre mağdur, şüphelinin/sanığın rızasına gerek kalmaksızın, suçtan kaynaklanan malvarlığı iddialarını ileri sürebilir (Alman Ceza Usul Kanunu m. 403/1). Bu iddialara; çalınan malın geri alınması, maddi tazminat, cenaze masraflarının istenmesi, haksız zenginleşmeden doğan iddialar dâhildir.¹⁶² Alman kanun koyucusu mağdurun tazminat hakkını garanti altına almak için bir adım ileri giderek, hükümlünün mahkeme masrafları ve para cezasını ödemesi, mahkeme tarafından hükmedilen mağdurun zararını tazminini tehlikeye düşürecekse, para cezasının infazında bu durumun dikkate alınacağını ve sanığa kolaylıklar sağlanacağını belirtmiştir.¹⁶³

Kaliforniya'da, tipe uygun eylem sonucunda zarara uğrayan herkese tazminat hakkı tanınmaktadır. Federal düzeyde ise 1982 tarihli Mağdur ve Tanık Koruma Kanunu ile mağdurlara mali açıdan tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Mağdurlara ödenen tazminat iki mali kaynaktan sağlanmaktadır. Bunlardan biri hükümetin tazminat programları, diğeri ise failin kendisidir. Failin, federal mahkemede mahkûm edilmesi halinde, hükmü veren hâkim tarafından aynı zamanda mağdurun zararını tazmine dair yaptırım uygulanabilir. 1995 yılına kadar federal hükümlüler tarafından Federal Suç Mağdurları Fonu'na bir milyar dolar katkıda bulunulmuş ve bu miktar ile yıllık iki milyon mağdura yardım yapılmıştır.¹⁶⁴

Mağdurun zararının tazmini konusunda Türk hukuku incelendiğinde; mağdurun zararının fail tarafından tazminine ilişkin birkaç hüküm dışında, devlet tarafından karşılanmasına yönelik bir tedbirin bulunmadığı görülmektedir. Mağdurun zararının tazminini amaçlayan hükümler; cezanın ertelenmesinin mağdurun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlanabileceğini belirten TCK m. 51/2; mal aleyhine işlenen suçlarda mağdurun zararının aynen iade veya tazmin edilmesini etkin pişmanlık olarak belirten ve daha az cezaya hükmedilmesine imkân sağlayan TCK m. 168; hâkime, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yerine aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmine hük-

¹⁶² Siegismund, s. 104; Schünemann, s. 41.

¹⁶³ Siegismund, s. 105.

¹⁶⁴ Reid, s. 438.

medebilme yetkisi veren TCK m.50/1'dir.¹⁶⁵ Eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda mevcut bulunan "*şahsi hak davası*", yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na alınmamıştır. Şahsi hak davası, CMK 237. maddede gerekçesinde açıklandığı üzere "*özel hukuka giren bir konu*" olması nedeniyle kaldırılmıştır.¹⁶⁶ Belirtelim ki, yukarıda da detaylı açıklandığı üzere, mağdurun ceza yargılamasından tatminini sağlamak için özel hukuka ilişkin taleplerini ceza yargılamasında ileri sürmesi hakkı karşılaştırmalı hukukta birçok ülke mevzuatında düzenlenmiştir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, mağdurun zararının tazmini konusunda dolaylı bir düzenlemeye TCK'nın "*kazanç müsadere*" başlıklı 55. maddesinde rastlamaktayız. Buna göre; "*suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere*" menfaatlerin suçun mağdura iade edilememesi koşuluyla karar verilebilecektir. Kanun koyucu bu hükümde, mağdurun zararını esas almış ve verilebilecek bir müsadere kararı ile daha fazla mağdur olmasını önlemek istemiştir.

d. Diğer Hakları

i. Onur ve Saygınlığına Uygun Davranılmasını İsteme Hakkı

Mağdur, fail tarafından işlenen suçun yıkıcı etkilerini bizzat yaşamış olan kişidir. Bu kapsamda mağdur, devletin koruma yükümlülüğünü ihlal etmesinden dolayı zarara uğramıştır. Mağdur suçun faili, iştirakçisi, tanığı, delili veya sadece maddi konusu değildir.

Suçun ihbar edilmesinden veya kolluk kuvvetlerince suça müdahale edilmesinden, hükmün verilmesine kadar olan tüm aşamalarda mağdurun kişisel onur ve saygınlığına uygun davranılmalıdır. Mağdur ile irtibata geçen kolluk kuvvetleri, mağdura suç delili veya suçun konusu gibi muamele etmemelidir.

Uluslararası düzeyde Avrupa Birliği'nin 15 Mart 2001 tarihli Çerçeve Kararı'nın 2. maddesinde mağdura onur ve saygınlığına uygun davranılması gerektiği belirtilmiştir. Avrupa Konseyi'nin R (85) 11 sayılı kararında, soruşturma aşamasında kolluk kuvvetlerinin mağdura sıcağanlık, yapıcı ve güven verici bir yaklaşım göstermesi gerektiği

¹⁶⁵ Demirbaş, s. 466.

¹⁶⁶ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 96.

ifade edilmiştir. Ayrıca yargılamanın diğer aşamalarında ve özellikle mağdurun ifade veya sorgusunda kişisel durumunun, haklarının ve onurunun gözönüne alınması gerektiği belirtilmiştir.

Mağdurun onur ve saygınlığına uygun davranma, yargılamanın tüm aşamalarında mağdur ile irtibata geçen kişiler için bir yükümlülüktür. Bu; mağdurun çağrılmasından, tanık-mağdurlar için dinlenmesine, yargılamanın aşamaları hakkında bilgilendirmeden, haklarının izah edilmesine kadar mağdur haklarının kullanılmasında temel alınacak bir yükümlülüktür. Yükümlülüğün iki boyutu vardır; mağdurun onur saygınlığına uygun davranmayı düzenleyen kanuni düzenlemelerin pozitif hukuka aktarılması ve ceza adaleti sisteminde herhangi bir şekilde mağdur ile irtibata geçen personelin, mağdurun onur ve saygınlığına uygun davranma konusunda eğitimidir.

Mağdur hakları ile ilgili düzenlemelerini özenle yapan Amerika Birleşik Devletleri'nde eyalet bazında, mağdurun onur ve saygınlığına saygı gösterilmesi ile ilgili ifadelere hukuki metinlerde yer verilmiştir. İnceleme fırsatı bulduğumuz elli eyaletteki düzenlemelerde, mağdurun onur ve saygınlığına uygun davranılması hakkının çoğunlukla ilk maddede yer aldığı dikkati çekmektedir. Bu durum, eyalet düzeyinde kanun koyucuların mağdurun onur ve saygınlığına verdiği öneme işaret etmektedir. Dikkat çeken ikinci bir özellik ise mağdurun onur ve saygınlığına uygun davranma hakkının ceza adaletinde herhangi bir şekilde görev alan kolluk kuvvetinden hâkime kadar herkese karşı ileri sürülebilmesi ve herkesin de bu hakka riayet ile yükümlü olmasıdır. İnceleme fırsatı bulduğumuz eyaletlerden mağdurun onur ve saygınlığına ilişkin pozitif hukuklarında düzenleme bulunanlar; Alaska, Arizona, Kaliforniya, Idaho, Illionis, Indiana, Maryland, Michigan, Mississippi, New Jersey, New Mexico, Ohio, Rhode Island, Güney Karolina, Texas, Utah, Virginia, Washington, Wisconsin'dir.¹⁶⁷

Türk Hukukunda mağdurların onur ve saygınlığına ilişkin dolaylı bir düzenleme 9 Haziran 2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun¹⁶⁸ 21. maddesinde bulunmaktadır. Maddede, madde numaraları belirtilmek suretiyle sayılan suçların mağdurları ile on sekiz yaşından küçük

¹⁶⁷ Eyaletlere ilişkin kanun metinleri için bkz. <http://www.klaaskid.s.org/vright.s.htm>, (Erişim: 2 Nisan 2008).

¹⁶⁸ 24 Haziran 2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

fail veya mağdurların kimliklerini açıklayacak veya tanınmalarını sağlayacak şekilde yayın yapanlara ceza öngörülmüştür.

CMK'ya göre, mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler mağdur için de uygulanacaktır (m. 236). Bu durumda, çağrı üzerine gelmeyen mağdurun zorla getirilmesine karar verilebilecek (m. 43/I, 44) ve gelmemelerinin sebep olduğu zararlar kendisine ödettilerilebilecektir (m. 44). Yukarıda belirttiğimiz üzere mağdur, ceza muhakemesinin sadece tanığı veya suçun maddi konusu değildir. Mağdur, ceza muhakemesine konu olan fiilden dolayı hakları zarara uğrayan kişidir ve mağduriyetinin giderilmesi gereken ceza muhakemesinde ayrıca zorla getirilmesine karar verilmesi veya sebep olduğu zararların ödettilerilmesi, mağdurun onur ve saygınlığına uygun davranılmasını isteme hakkı ile bağdaşmamaktadır. Bu kapsamda, mağdur-tanıklar için zorla getirilme veya sebep olduğu zararların ödettilerilmesi hükümlerinin uygulanmaması yerinde olacaktır.

ii. Uzlaşmaya iştirak

Fail-mağdur arasındaki ihtilafın çözümlenmesine ilişkin teorik tartışmalar 1960'ların sonunda başlamıştır. Bu dönemde birçok Avrupa ülkesinde somut öneriler getirilmiştir. Avrupa'daki teorik tartışmalar, Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970'lerin ortalarında fail-mağdur uzlaşmasının pozitif hukukta düzenlenmesinde etkili olmuştur. Avrupa ülkelerinde fail-mağdur uzlaşmasına ilişkin girişimleri ancak 1980'lerde görebilmekteyiz.¹⁶⁹

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi usullerinden biri olan fail-mağdur uzlaşması (Diversion, Taeter-Opfer-Ausgleich),¹⁷⁰ fail ve mağdur arasındaki ihtilafın barışçı yollarla çözümü ile beraber mağdurun mağduriyetinin de tazminini amaçlamaktadır.¹⁷¹ Bazı durumlarda mağdur açısından mağduriyetinin giderilmesi, failin cezalandırılma-

¹⁶⁹ Ivo Aertsen-Jolien Willemsens, "The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice", *European Journal on Criminal Policy and Research*, Vol.:9, 2001, s. 291.

¹⁷⁰ Özbek, *Mağdurun Korunması*, s. 117, 118; Detlev Frehsee, "Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications", *Buffalo Criminal Law Review*, Vol.:3, 1999, s. 235, 236.

¹⁷¹ Özbek, *Mağdurun Korunması*, s. 117, 118.

sından daha fazla önem kazanmaktadır.¹⁷² Ayrıca yargılama sürecinin olumsuz etkilerini de uzlaşma yönteminde mağdur hissetmemektedir.¹⁷³

Fail-mağdur uzlaşmasının, mağdurun çıkarlarına daha iyi hizmet ettiğini düşünen yazarlara göre mağdurlar çoğunlukla kişisel zararlarından dolayı tazminat talep etmek istemekte ve bu güdü ile suçu kolluk kuvvetlerine bildirmektedirler. Birçok suçta mağdur, failin cezalandırılması ile ilgilenmemektedir. Başka bir anlatımla, mağdurun zararının giderilmemesi durumunda, mağdurun bakış açısından failin cezalandırılması bir amaca hizmet etmemektedir. Ayrıca ceza yargılamasına mağdurun katılması oldukça rahatsız edici bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Fail ile mağdur, ceza yargılamasında farklı çıkarları temsil eden konumları ile aralarındaki uyumsuzluğu daha da derinleştirmektedir. Ceza yargılaması, suçun sonucu olan ve mağdurun uğradığı psikolojik zararları giderecek araçlara sahip değildir.¹⁷⁴

Uzlaşma, ceza yargılamasının yükünü azaltması, toplumsal barışın yeniden tesisi, suçtan kaynaklanan mağduriyetin giderilmesi, fail açısından ceza yargılaması sürecine tabi olmaması gibi faydalarının yanı sıra, çalışma konumuz açısından mağdurun yargılama sürecinin başlayıp başlamaması veya başlayan sürecin sona erip ermemesine olan etkisi açısından mağdur hakkı olarak değerlendirilebilir.

Uzlaşma, mağdur ile fail arasında bir uzlaşmacı eşliğinde veya uzlaşmacı olmaksızın yapılan görüşmeler ile sonuca gitmeye çalışmaktadır.

Türk hukukunda uzlaşma CMK'nın 253. maddesinde düzenlenmiştir. Daha önce TCK'nda yer alan uzlaşma kurumu, 6 Aralık 2006 tarih ve 5560 sayılı kanunun 24. maddesi ile CMK'na alınmıştır. Uzlaşmada esas mağdurun zararının giderilmesi suretiyle taraflar arasındaki ihtilafın sona erdirilmesidir.¹⁷⁵ Uzlaştırma kurumunun, mağdurun özgür iradesine dayanması, birden fazla mağdurun bulunduğu durumlarda uzlaşma için mağdurların hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi

¹⁷² Hamide Zafer, "Türk Ceza Hukukunda Fail-Mağdur Uzlaşması (TCK m.73/8)", *T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006/2, İstanbul 2006, s. 118.

¹⁷³ Zafer, s. 118.

¹⁷⁴ Frehsee, s. 235, 236.

¹⁷⁵ Serdar Mermut, "Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma", *Av.Dr.Şükrü Alpaslan Armağam*, İstanbul 2007, s. 512.

ve mağdurun zararının giderilmesini amaçlamasından dolayı mağdurun suçtan doğan mağduriyetlerinin giderilmesi amacına hizmet ettiği söylenebilir.

iii. Failden Korunma Hakkı

Mağdur, kanuni tipte tanımlanan eylemi gerçekleştiren kişi olarak failin, kamu düzenini bozan fiilinin etkilerini bizzat hissetmiş kişidir. Hem yaşadığı psikolojik travmanın tekrarlanmaması, hem de tipik eylemin tanığı olarak mağdurun korunması önem arz etmektedir.

Uluslararası düzeydeki düzenlemelerde mağdurun korunmasına önem verildiği görülmektedir. Bu açıdan Avrupa Birliği'nin 15 Mart 2001 tarihli Çerçeve Kararı'nın 8. maddesi mağdurun korunmasına ayrılmıştır. Bu kapsamda üye devletlere, mağdur için uygun düzeyde bir koruma sağlanması gerekliliği tavsiye edilmiştir. Mağdurlara tanınan korunma hakkı, uygun olduğu takdirde aileleri veya benzer durumdaki kişiler için de sağlanmalıdır. Koruma hakkının kapsamına mağdurların veya ailelerinin fiziksel korunması girdiği gibi mahrumiyetlerinin ve fotoğraflarının ifşa edilmemesi için gerekli tedbirlerin alınması da girmektedir. Ayrıca yargılama süreci içerisinde, yargılamanın mağdur ile failin irtibatını gerektirmediği sürece, failin mağdur ile irtibat kurmasını önleyecek tedbirlerin üye devletlerce alınması gerektiği kararda bildirilmiştir. Bu kapsamda, duruşma esnasında mağdurun, failden ayrı özel bir alanda bulunması da tavsiye edilmiştir.

Avrupa Konseyi'nin R (85) 11 sayılı kararında da, gerektiği durumlarda ve özellikle organize suçlarda, mağdurun ve ailesinin, failden korunması için etkin bir koruma sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

Mağdurların kendini güvende hissetmeleri ile failerin kovuşturulması konusunda yetkililerle işbirliği yapmak yönündeki istekleri arasında bağlantı olduğu savcılar ve mağdur avukatları tarafından ifade edilmektedir. Amerika'da birçok eyalet mağdurlara, failden korunma hakkı tanımaktadır. Mahkemelerde ayrı ve güvenli bir alanın mağdurlara tahsisi veya mağdur veya toplum açısından tehlike arz etmesi halinde kefaletle salıverilme isteğinin reddine ilişkin düzenlemelerde failden korunma hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Cartwright, s. 200.

Mağdurun ikametgâhunun değiştirilmesi de devlet tarafından sağlanacak koruma tedbirlerinden birisidir. Amerika'da ikametgâhın değiştirilmesi önlemi üç kategoride değerlendirilmektedir; uzun vadeli, kısa vadeli ve acil. Uzun vadeli yaklaşımda mağdurun ikametgâhı kalıcı olarak değiştirilmektedir. Yeni ikametgâh mağdurun hâlihazırda ki ikametgâhından uzakta seçilmekte ve mağdur eski ikametgâhına dönememektedir. Kısa vadeli ikametgâh değişikliklerinde ise mağdur soruşturma veya kovuşturma süresince bir otele, şehir dışında bir akrabasının veya arkadaşının yanına yerleştirilmektedir. Acil ikametgâh değişikliğinde ise mağdur, kalıcı bir yer ayarlanana kadar güvenli bir yer veya otel odasına yerleştirilmektedir. Bu yer değişiklikleri bireye veya tehdidin niteliğine göre ayarlanmaktadır.¹⁷⁷

Karşılaştırmalı hukukta mağdurun, ceza yargılamasında yer alan görevliler, kolluk kuvvetleri ve her ne nam altında olursa olsun ceza yargılaması sürecine katılanların korunmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin Litvanya'da adli yargı görevlileri, kolluk kuvvetleri, ceza yargılamasına katılanların korunmasına ilişkin 13 Şubat 1996 gün ve I-1202 sayılı kanun kabul edilmiştir.¹⁷⁸ Kanununun 3. maddesi, mağduru ceza yargılamasına katılan olarak tanımlamakta ve koruma altına almaktadır. Koruma uygulanabilmesi için kişinin yaşamına veya sağlığına, anayasal hak ve özgürlüklerine karşı bir tehdit olacak ve kişisel malvarlığının zarar görme ihtimali bulunacaktır (m. 4). Koruma araçları; kişinin fiziksel açıdan korunmasından, geçici olarak ikametgâhının değiştirilmesi, kişisel verilerinin değiştirilmesi ve görünümünün değiştirilmesine kadar geniş bir perspektif sunmaktadır (m. 5). Moldova'nın 28 Ocak 1998 tarih ve 1458-XIII sayılı Mağdur, Tanıklar ve Ceza Yargılamasına İştirak Eden Diğer Personelin Korunması Kanunu,¹⁷⁹ ceza yargılamasına iştirak eden mağdurlar, yakın akrabaları (eş, ebeveynler, çocuklar, kardeşler, büyük ebeveyn ve torunları) ve onların hukuki temsilcilerini de koruma kapsamına almıştır (m. 2). Koruma için kişinin güvenliğine yönelik bir tehditin bulunması

¹⁷⁷ Cartwright, s. 200.

¹⁷⁸ Law on The Protection From Criminal Influence of the Participants of the Criminal Proceeding and Clandestine Activities Officers of the Law Enforcement and Justice Administration, kanun metni için bkz. <http://www.legislationline.org/legislation.php?tid=185&lid=1047&less=false>, (Erişim: 1 Nisan 2008).

¹⁷⁹ Law on State Protection of the Victim, of Witnesses and Other Persons Who Provide Assistance in the Criminal Proceedings, kanun metni için bkz. <http://www.legislationline.org/legislation.php?tid=185&lid=7665&less=false>, (Erişim: 1 Nisan 2008).

gereklidir. Tehdit, kişinin kendisi veya yakınlarının vücut bütünlüğüne yönelik olabileceği gibi malvarlığına karşı da olabilir. Tehdidi, kişi bildirebileceği gibi koruma uygulayacak birimler tarafından toplanan bilgilerin böyle bir tehdidi işaret ettiği zamanlarda da koruma uygulanabilecektir (m. 5). Koruma; kişinin şahsının, konutunun veya malvarlığının korunması, geçici olarak güvenli bir yere nakledilmesi, korunan kişi ile bilgilerin ifşa edilmemesi, kimliğinin değiştirilmesi şeklinde uygulanabilir (m. 8). Romanya'da 27 Mayıs 2004 tarih ve 211 sayılı Suç Mağdurlarının Korunması Kanunu, mağdurun korunmasının yanı sıra mağdur hakları ile ilgili önemli düzenlemeler içeren bir kanundur.¹⁸⁰

Türk hukukunda 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu¹⁸¹ ile Kanun'da düzenlenen suçların yargılmasında tanık olarak dinlenen kişilere koruma sağlanmıştır. Yayımlı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girecek (m. 26) söz konusu Kanun'un kapsamına tanık olarak dinlenen mağdurlar da girmektedir. Ancak tanık olarak dinlenmeyen mağdurlar için koruma içeren herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Tanık Koruma Kanunu'nun 22. maddesinde yer alan "*suçun aydınlatılmasında yardımcı olanlar*" kavramı altında mağdurların da korumadan yararlanabileceği ifade edilse bile, söz konusu kavrama tüm mağdurların dâhil edilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda, mağdurun özellikle failden korunmasına ilişkin özel düzenlemelerin Ceza Muhakemesi Kanunu'na ithal edilmesi, uluslararası düzenlemelerle uygunluk sağlanması açısından yerinde olacaktır.

Tanık Koruma Kanunu gereğince alınacak tanık koruma tedbirleri, Kanun'un 5. maddesinde¹⁸² yer almaktadır. Uygulanacak tedbirin

¹⁸⁰ Law on Certain Measures to Ensure the Protection of Victims of Crime, kanun metni için bkz. <http://www.legislationline.org/legislation.php?tid=185&lid=7592&les=false>, (Erişim: 1 Nisan 2008).

¹⁸¹ 05 Ocak 2008 tarih ve 26747 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁸² Tanık Koruma Tedbirleri

Madde 5- (1) Bu Kanun kapsamında bulunanlar hakkında uygulanabilecek tanık koruma tedbirleri şunlardır:

- a) Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi.
- b) Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi.
- c) Tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi.
- ç) Fiziki koruma sağlanması.

niteliğine göre tedbiri uygulayacak makam da değişmektedir. Madenin (a) ile (ç) bentlerinde sayılan tedbirlere, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından, kovuşturma evresinde ise tanığın istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilecektir (m. 6/1). Ancak fiziki koruma sağlanmasına ilişkin tedbir, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, tanığın istemi bulunması koşuluyla Cumhuriyet savcısından karar alınıncaya kadar, kolluk amirinin yazılı emriyle geçici olarak uygulanabilecektir (m. 6/2). 5. maddenin (d) ile (h) bentlerinde sayılan tanık koruma tedbirlerine ilişkin kararlara ise kovuşturma evresinde tanıklık görevinin yapılmasından sonra tanığın istemi üzerine Tanık Koruma Kurulu tarafından karar verilecektir (m.6/3)

6. Sonuç

Mağdur hakları veya başka bir anlatımla ceza yargılamasında mağdurun rolünün tarihsel açıdan bir geri dönüş yaşadığı söylenebilir. İlkel ceza hukuku döneminde, fail üzerinde bir takım haklara sahip olan mağdur, güç kullanımının devletin eline geçmesi ve bu güç tekelinin sonucu olarak tüm suçların devlete karşı işlendiği anlayışının gelişmesi üzerine ceza yargılaması dışına itilmiştir. Ceza yargılamasının dışına itilmek aynı zamanda mağdur haklarının ortadan kaldırılmasına veya en azından gelişmemesine neden olmuştur.

d) Kimlik ile ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi:

1) Adli sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi.

2) Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmi belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi.

3) Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması.

e) Geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddi yardımda bulunulması.

f) Çalışan kişinin iş yerinin ya da iş alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi.

g) Yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması.

ğ) Uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması.

h) Fizyolojik görünümünün estetik cerrahi yoluyla veya estetik cerrahi gerektirmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi.

(2) Bu maddede yazılı olan tedbirlerden biri veya birkaçı aynı anda uygulanabilir. Bununla birlikte aynı sonuç daha hafif bir tedbir ile elde edilebiliyor ise bu durum da göz önünde tutulur.

(3) Bu madde hükümlerine göre uygulanacak koruma tedbirlerinin esas ve usulleri yönetmelikte gösterilir.

Mağdur 1980'lerden itibaren yeniden keşfedilmiştir. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nde başlayan mağdur hakları hareketi kısa sürede diğer ülkelere yayılmıştır. Aynı dönemde başlatılan uluslar arası girişimlerle de mağdurun ceza yargılamasındaki rolü güçlendirilmiş, hakları pozitif metinlere dâhil edilmiştir.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni ceza adaleti sistemimizde mağdur haklarına önem verilmeye başlanmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu mağdur haklarını 234. maddesinde düzenlemiştir. Madde esas olarak mağdur haklarını ceza yargılamasının evrelerini temel alarak düzenlemiştir. Buna göre mağdur hakları; soruşturma evresindeki hakları ve kovuşturma evresindeki hakları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Mağdurun soruşturma evresindeki hakları; bilgilendirilme hakkı, delillerin toplanmasını isteme hakkı, dosyayı inceleme hakkı, avukat yardımından yararlanma hakkı ve itiraz hakkıdır. Bu haklardan bilgilendirilme hakkı, diğer mağdur haklarının zeminini oluşturması açısından önemlidir. Karşılaştırmalı hukukta detaylı düzenlemeler bulunan bilgilendirilme hakkı kapsamında Türk hukukunda, mağdura verilecek bilgiler ve kimlerin bu bilgileri vereceği konusunda düzenlemeler yetersizdir.

Dosyayı inceleme konusunda yetkinin sadece mağdur vekiline tanınmış olması, vekili olmayan mağdurun bu haktan mahrum edilmesi kanaatimizce yerinde olmayan bir düzenlemedir.

Avukat yardımından yararlanma hakkının, sanık haklarına paralel olarak düzenlemesi hem uluslar arası standartlara uygunluğu sağlamış hem de sanık-mağdur arasındaki dengesizliği önlemiştir.

Mağdurun kovuşturma evresindeki hakları; duruşmadan haberdar edilme hakkı, kamu davasına katılma hakkı, davada yazılı veya sözlü olarak kendini ifade hakkı, savcı ile görüşme hakkı, tutanak ve belgelerden vekili aracılığıyla örnek alma hakkı, duruşmada delil gösterme hakkı, vekil atanmasını talep hakkı, kanun yoluna başvurma hakkı, zararının tazmin edilmesini isteme hakkıdır.

Kovuşturma evresindeki haklardan üzerinde durmak istediklerimiz şunlardır: davada yazılı veya sözlü olarak kendini ifade hakkı (victim impact statement), karşılaştırmalı hukukta birçok ülke kanunda düzenleme yeri bulan bir haktır. Mağdur bu sayede sadece mahkeme

önünde suçtan dolayı uğradığı üzüntü ve zararları ifade etmemekte, aynı zamanda bu ifadeler mahkeme tarafından hüküm de dikkate alınmaktadır. Türk hukukunda, katılan olarak mağdura duruşma aşamasında delillere veya tanıklara bir diyeceğinin olup olmadığı sorulmasına rağmen, bu düzenlemenin karşılaştırmalı hukuktaki mağdurun kendini ifade hakkını kapsamadığı düşüncesindeyiz. Mağdurun, kendini ifade hakkının, ceza yargılamasından tatmini açısından önemli bir hak olduğu kanatındeyiz.

Savcı ile görüşme hakkı kapsamında mağdurun, kendisine karşı işlenen fiile karşı kamu adına soruşturmayı yürüten savcı ile yakın işbirliği içinde olması gerektiğini değerlendirmekteyiz. Savcı, kovuşturmaya yer olmadığı veya kamu davası açmadaki takdir yetkisini kullanırken mağdurun görüşüne yer vermelidir.

Tutanak ve belgelerden örnek alma hakkının mağdur vekiline tanınması ancak mağdura tanınmaması eksik bir düzenlemedir. Vekile tanınan hakkın, vekil olmadığı durumda asil tarafından kullanılamaması izah edilemez bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Duruşmada delil gösterme hakkı kapsamında, davaya katılmayan mağdurun tanık dinletme isteğinin hâkim tarafından reddedilmesi halinde, tanığının duruşmaya getirip dinletme imkânı bulunmalıdır. Katılan mağdura verilen bu olanağın, davaya katılmayan mağdura da tanınması gereklidir.

Mağdurun zararının tazmini, mağdurun bakış açısından ceza yargılamasından beklentilerinden biri, bazen ilkidir. Mağdurun zararının tazmininin özel hukuk meselesi olarak algılanması ve ceza yargılamasının dışında tutulması kanaatimizce yanlış bir yaklaşımın ürünüdür. Mağdur hakları kapsamında, mağdura ceza yargılaması esnasında verilen bir takım haklarla zararının tazminine imkân sağlanmıştır. Türk hukukunda da, mağdurun zararının tazminini esas alan düzenlemeler bulunduğu halde, kanaatimizce yetersizdir. Ayrıca mağdurun zararının fail tarafından karşılanması imkânı olmadığı durumlarda, zararın devlet tarafından karşılanmasına ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır.

Mağdurun, hem soruşturma ve hem de kovuşturma esnasındaki hakları diğer haklar kapsamında incelenmiştir. Öncelikle onur ve saygınlığına uygun davranılması hakkı, diğer mağdur haklarının temeli olan bir haktır. Ceza adaleti sisteminde görevliler tarafından dikka-

te alınması gereken bu hak, mağdura, suça maruz kalmış kişi olarak onur ve saygınlığı içinde davranılmasını gerektirir. Bu, mağdurun duruşmaya davetinden, olay hakkındaki bilgisinin alınmasına kadar her aşamada kendisine onur ve saygınlığına uygun davranış içinde bulunulması demektir. Mağdur; suçun iştirakçisi, delili, tanığı veya sadece maddi konusu değildir. O, devletin koruma görevini yerine getirmemesi sonucunda hukuki menfaatleri ihlal edilmiş kişidir. Türk hukukunda, mağdura onur ve saygınlığına uygun davranılmasını gerektiren pozitif bir düzenleme yoktur. Kolluk kuvvetlerinden, yargılama organlarına kadar ceza adaleti sistemindeki herkesi kapsayan ve mağdura onur ve saygınlığına uygun davranılmasını zorunlu kılan bir düzenleme acil olarak yapılmalıdır.

Mağdurun korunması ile ilgili düzenlemelere karşılaştırmalı hukukta yer verildiğini görmekteyiz. Hukukumuzda ise sadece tanık olan mağdurlar Tanık Koruma Kanunu kapsamında korumadan istifade edebilmektedir. Söz konusu Kanun'daki korumanın kapsamının, tüm mağdurları veya belli bir ağırlıkta cezayı gerektiren suç mağdurlarını içerecek şekilde genişletilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak ifade etmeliyiz ki; yukarıda belirttiğimiz mağdur haklarının, her suçun mağduruna tanınması zaten ağır işleyen adalet sisteminde tıkanıklıklara yol açabilecektir. Bu açıdan, karşılaştırmalı hukukta da örnekleri görüldüğü gibi, mağdur haklarının hangilerinin hangi suç mağdurlarına tanınacağı yönünde bir düzenleme yapılması hem hakların tanınması durumunda ceza adaleti sistemine olumsuz etkilerini önleyecek hem de uluslar arası düzeydeki mağdur haklarının iç hukuka aktarılmasını sağlayacaktır.

ELEKTRONİK SÖZLEŞMELER VE ELEKTRONİK SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Gamze TURAN*

Giriş

Teknolojideki hızlı gelişmeler, beraberinde farklı iletişim araçlarının kullanımını hayata geçirmiştir. Bu anlamda özellikle bilgisayar teknolojisindeki gelişmeler, internetin bireyler arasındaki hukuki ilişkilerin kurulmasında bir araç olarak kullanılmaya başlanmasını beraberinde getirmiştir. Bireyler arasındaki hukuki ilişkilerin internet vasıtasıyla kurulması neticesinde, elektronik ticaret ve bu ticari ilişkilerin gerçekleştirilmesinin aracı olarak elektronik sözleşme kavramaları ortaya çıkmıştır.

İnternetin dünyanın her yerinden erişilebilen uluslararası bir ağ olması, internet üzerinden uluslararası nitelikli sözleşmelerin kurulmasını daha kolay hale getirmektedir. Zira internet, uluslararası sınırları ortadan kaldırarak, birçok farklı ülke vatandaşları arasında sözleşmesel ilişkiler kurulmasına imkân vermektedir.

İnternet üzerinden kurulan elektronik sözleşmelerin birden çok ülkeyi ilgilendirir nitelikte olması halinde, bu sözleşmelere hangi ülke hukukunun uygulanacağı hususu gündeme gelmektedir.

* Ar. Gör., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

I. Elektronik Ticaret (E-Ticaret) ve Elektronik Sözleşmeler

A. Elektronik Ticaret (E-Ticaret) Kavramı

1. Genel Olarak

Elektronik sözleşmeler, elektronik ticaret ile ilgili hukuki ilişkilerin gerçekleştirilmesinin bir aracı olduklarından, elektronik sözleşmeleri incelemeye geçmeden önce genel hatları ile elektronik ticaret kavramı üzerinde durulacaktır.

Elektronik ticaret, mal veya hizmetlerin elektronik ortamda, üretimine, pazarlanmasına, satımına ve dağıtımına yönelik gerçekleştirilen ticari işlemlerin bütünü olarak tanımlanabilir.¹

Yukarıda yapılan tanımdan da anlaşıldığı üzere elektronik ticaret kavramı, “elektronik ortam” ve “ticari işlem” olmak üzere iki unsur ihtiva etmektedir.

Elektronik ortam, telefon, teleks, faks, elektronik posta gibi tüm elektronik iletişim araçlarını kapsayacak kadar geniş bir kavramdır. Ancak söz konusu olan elektronik ticaret olduğunda, uzun zamandan beri kullanmakta olduğumuz faks, telefon, teleks gibi iletişim araçlarını da, internetin doğumu ile birlikte hukuk hayatına giren elektronik ticaretin içinde saymak gerekir mi, sorusu akla gelmektedir. Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu tarafından yapılan elektronik ticaret tanımında, telefon, faks, televizyon, bilgisayar, EDI² ve internet gibi ticari işlemleri kolaylaştıran her türlü teknolojik ürünlerin elektronik ticaretin gerçekleştirilmesinde araç olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir.³ Ancak elektronik ticaret kavramı, internetin ticari işlemlerde kullanılmasıyla birlikte ortaya çıktığından ve esas olarak internet üzerinde yapılan ticari işlemleri ifade etmek üzere kullanıldığından, her türlü iletişim aracıyla değil, yalnızca bilgisayar ağları aracılığıyla ku-

¹ Kocasakal Özdemir, Hatice, Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003, s. 5; Güngör, Gülin, “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”. AÜHFD, 2002, C. 51, Sy. 1, s. 19; Altınışık, Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, Ankara, 2003, s. 25; Sözer, Bülent, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul, 2002, s. 21.

² EDI hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., s. 6.

³ <http://www.e-ticaret.gov.tr/tanim/tanim.htm>, (E.T: 15.01.2008).

ruhan ticari ilişkilerin elektronik ticaret adı altında incelenmesi yerinde olacaktır.⁴

Elektronik ticaret kavramı bünyesinde yer alan ticari işlemlerin kapsamının belirlenmesinde görüş farklılıkları bulunmaktadır. Ticari işlem ve faaliyetleri dar yorumlayan bir görüş, yalnızca elektronik yoldan perakende satış ve teslim ile ilgili işlemlerin bu kapsamda olduğunu kabul etmektedir.⁵ Ancak elektronik ticareti yalnızca tüketicilere yönelik satışlar olan perakende satış işlemleri ile sınırlamak bu kavramın kapsamını çok daraltacaktır. Nitekim elektronik ticaret kapsamında her iki tarafın tacir ya da tüketici olduğu ticari işlemler de bulunmaktadır. Dolayısıyla mal satışının yanında, mal veya hizmetlerin gelir elde etmek üzere el değiştirmesine yönelik üretim, pazarlama, reklâm gibi faaliyetlerin de ticari işlem olarak kabul edilmesi gerekmektedir.⁶

2. Elektronik Ticaret Türleri

Elektronik ticaretin türleri, elektronik ticarete konu olan ürünlerin niteliği ve elektronik ticarete taraf olan kişilerin sıfatı dikkate alınarak tasnife tabi tutulabilir.

a. Elektronik Ticarete Konu Olan Ürünlerin Niteliği Bakımından

Giyim, gıda, mobilya, kitap, kaset, film, bilgisayar programları, belirli konularda danışmanlık hizmetleri gibi her türlü ürün ve hizmetlerin elektronik ticarete konu olması mümkündür. Bu ürün ve hizmetlerin niteliğine bağlı olarak ifalarının internet ortamında gerçekleşip gerçekleşmemesine göre doğrudan ve dolaylı elektronik ticaret ayrımı söz konusu olmaktadır.⁷

⁴ Altınışık, s. 25-26; Kocasakal Özdemir, s. 12; Gezder, Ümit, Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul, 2004, s. 9.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 6.

⁶ Kocasakal Özdemir, s. 8-9.

⁷ Altınışık, s. 26; Kocasakal Özdemir, s. 25.

aa. Dolaylı Ticaret

Dolaylı ticaret, sözleşmenin kuruluşunun internet ortamında gerçekleştiği, ancak sözleşmeden doğan mal veya hizmet teminine ilişkin edimlerin fiziksel ortamda ifa edildiği ticari işlemlerdir.⁸

Elektronik ticaretin konusunun, cep telefonu, kitap, kaset, gibi fiziksel (maddi) bir ürün olması halinde dolaylı ticaret söz konusu olacaktır.⁹ Dolayısıyla bu ürünlerin alıcıya teslimine kadar olan aşamaların internet ortamında gerçekleşmesi mümkün iken, teslim işleminin internet ortamında gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.

bb. Doğrudan Ticaret

Doğrudan ticaret, sözleşmenin hem kuruluşunun, hem de sözleşmeden doğan, mal veya hizmet teslimine ilişkin edimlerin ifasının internet ortamında gerçekleştirildiği ticari işlemlerdir.¹⁰

Doğrudan ticaretin konusunu, bilgisayar programları gibi dijital hale getirilerek dünya çapında dağıtılabilen, yüklenebilen, kullanılabilen, kopya edilebilen ürünler ile belirli konularda danışmanlık yapılması veya bilgi verilmesi hizmetleri gibi maddi olmayan ve buna bağlı olarak fiziksel bir temas olmadan internet ortamında ifa edilmeye elverişli mal veya hizmetler oluşturmaktadır.¹¹

b. Ticari İlişkinin Tarafları Açısından

Elektronik ticaret, ticari ilişkiye taraf olanların sıfatına göre; tacirler arası işlemler (business to business, B2B), tacirlerle tüketiciler arası

⁸ Kırca, Çiğdem, "İnternette Sözleşme Kurulması", *BATIDER*, 2000, C.XX, Sy. 4, s. 101; Güngör, Elektronik Akitlerin Kuruluşu, s. 21; Kocasakal Özdemir, s. 26; Altınışık, s. 26; Sözer, s. 21; Özel, Sibel, "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *MHB*, 2002, S. 2, s. 610.

⁹ Kocasakal Özdemir, s. 26; Elektronik Ticaret Hukuk Çalışma Grubu Raporu (<http://www.e-ticaret.gov.tr/raporlar/hukuk.htm>, E.T: 17.01.2008).

¹⁰ Kırca, s. 100-101; Rüssmann, Helmut, "İnternette Hukuki İşlemler: Hukuki Geçerliliği ve İspat(Alman Hukukuna Göre)", (Çev. Özekes, Muhammet), Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu- 2001, İzmir, 2002, s. 326; Kocasakal Özdemir, s. 27; Sözer, s. 21.

¹¹ Kocasakal Özdemir, s. 26; Rüssmann, s. 326; Kırca, s. 100-101.

işlemler (business to consumer, B2C), tüketiciler arası işlemler (consumer to consumer, C2C) tacirlerle idare arası işlemler (business to administration, B2A) gibi ayrıma tabi tutulmaktadır.¹²

aa. Tacirler Arası İşlemler

Tacirler arası işlemler, internet üzerinde gerçekleştirilebileceği gibi, genellikle aralarında sürekli iş ilişkisi olan, dolayısıyla birbirini tanıyan taraflar arasında kurulan kapalı ağ (intranet) sistemi üzerinde de gerçekleştirilebilir.¹³

Tacirler arası işlemlerle, bir ürünün imalatçısı veya toptancısı tarafından hazırlanan kataloglarının sanal ortamda incelenmesi, ürünün siparişi ve ödeme işlemlerinin gerçekleştirilmesi mümkündür.¹⁴

Tacirler arası işlemler hem EDI (elektronik veri değişimi, electronic data interchange) sisteminde hem de elektronik pazar yerlerinde gerçekleştirilebilir. EDI bilgi ve belgelerin, insan faktörü olmaksızın, bilgisayar ağları yardımıyla bilgisayarlar arasında otomatik olarak değişimine imkân sağlayan bir sistemdir.¹⁵ Elektronik pazaryerleri ise, çeşitli işletmelerin, mal veya hizmetlerini tanıtmalarına ve bunları satmalarına, ihtiyaç duydukları ürünleri satın almalarına imkân veren ve web sitesi şeklinde oluşturulmuş sanal ticaret merkezleridir.¹⁶

bb. Tacirler ile Tüketiciler Arasındaki İşlemler

Tüketici işlemleri, kişisel veya ailevi ihtiyaçları karşılamak üzere yapılan mal ve hizmet teminine ilişkin işlemlerdir.¹⁷ Tüketiciler bu işlemleri internet üzerinde de yapabilir. Bu amaçla internet ortamında sipariş verebilir, satın alabilir ve ödeme yapabilirler. Örneğin, bir mağazanın sunduğu ürünleri o mağazanın web sitesi üzerinden satın alabilirler.

¹² Altınışık, s. 30; Kocasakal Özdemir, s. 27.

¹³ Kocasakal Özdemir, s. 28.

¹⁴ Güngör, Elektronik Akitlerin Kuruluşu, s. 20; Altınışık, s. 31.

¹⁵ Gezder, s. 11; Kocasakal Özdemir, s. 29; Altınışık, s. 30; Sözer, s. 90; Özel, s. 613.

¹⁶ Kocasakal Özdemir, s. 31.

¹⁷ Kocasakal Özdemir, s. 32. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununda tüketici işlemi, mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem olarak tanımlanmıştır(m. 3/h).

cc. Tüketiciler Arası İşlemler

Tüketiciler arası ticari işlemler uygulamada en çok internet ortamında gerçekleştirilen açık artırmalar şeklinde görülür.¹⁸ Bu uygulama ilk olarak bazı arama motorları tarafından başlatılmış, daha sonra bu amaca hizmet edecek özel web siteleri kurulmuştur. Örneğin, www.ebay.com, www.gittigidiyor.com bu amaçla faaliyet gösteren sitelerdir.

dd. Taraflardan Birinin İdare Olduğu İşlemler

E- devlet projesinin hayata geçirilmesi ile birlikte resmi bir takım işlemler internet aracılığıyla gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin, tapu, nüfus, vergi idareleri gibi resmi kurumların işlemlerinin büyük çoğunluğu internet üzerinden yapılmaktadır. Bu işlemler ticari nitelikte olmadığından bu konu kapsamında incelenmeyecektir.

B. Elektronik Sözleşmeler

1. Elektronik Sözleşme Kavramı ve Türleri

Elektronik sözleşmeler, elektronik ortamda internet araçları kullanılarak yapılan sözleşmeler olarak ifade edilebilir.¹⁹ Elektronik sözleşme kavramında yer alan elektronik deyimini, sözleşmenin kuruluşu ve/veya ifasında kullanılan araçları ifade eder. Dolayısıyla sırf bu özelliği nedeniyle elektronik sözleşmeler şeklinde ayrı ve kendine özgü bir sözleşme kategorisi yaratıp, bu sözleşmelere uygulanacak özel kurallar oluşturulmasına ihtiyaç yoktur. Borçlar Hukuku'nda yer alan, sözleşmelerin kuruluşuna, geçerliliğine ve ifasına ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde elektronik sözleşmelere de uygulanabilecektir.²⁰

Konusu bakımından elektronik sözleşmeler, mal satımına, dijital ürün satımına ve hizmet sunumuna yönelik elektronik sözleşmeler olarak ayrıma tabi tutulmaktadır.²¹

¹⁸ Kocasakal Özdemir, s. 33.

¹⁹ Sözer, s. 89; Altınışık, s. 33.

²⁰ Kocasakal Özdemir, s. 37.

²¹ Altınışık, s. 33-34; Kırca, s. 100-101.

Mal satımına yönelik sözleşmelerde, kitap, oyuncak, giysi gibi her çeşit malın satımı söz konusudur. Bu sözleşme türünde, sözleşme internette kurulmakta, ancak sözleşmenin ifası posta veya kurye gibi alışagelmış yöntemlerle yapılmaktadır.²²

Dijital ürün satımına yönelik sözleşmelerde, sözleşmenin hem kuruluş hem de ifası internet üzerinde gerçekleşmektedir. İnternet veri bankası sözleşmesi olarak da nitelendirilen²³ bu sözleşmelerin konusu yazılım, melodi, film, makale, kitap gibi elektronik ortamdaki ürünlerin veri bankasından alınıp, alıcının bilgisayarına yüklenmesine ilişkindir.²⁴

Hizmet sunumuna yönelik sözleşmeler, konusu bir hizmetin yerine getirilmesi olan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde hizmet edimi internet ortamında ifa edilmektedir.²⁵ Örneğin, uçak, konser, sinema bileti temini, otel rezervasyonu yapılması, bankacılık hizmetleri gibi.

2. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşu

a. Genel Olarak

Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamaları ile kurulur. Klasik sözleşmelerde olduğu gibi, elektronik sözleşmelerin de kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekmektedir.

Tarafların fiziksel olarak bir arada bulunduğu durumlarda, taraflar sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanlarını birbirlerinin yüzüne karşı açıkladıkları için, tarafların iradelerini birbirine iletmesini sağlayacak araçlara ihtiyaç duyulmaz. Ancak tarafların bir arada bulunmadığı durumlarda tarafların sözleşmenin kuruluşuna yönelik iradelerinin birbirlerine iletmesini sağlayacak araçlara ihtiyaç vardır. Teknolojik gelişmelere paralel olarak, önce telefon, telgraf, daha sonra teleks ve faks hazır olmayanlar arasında sözleşmelerin kuruluşunda kullanılmıştır. Bu gün artık bilgisayar teknolojisinin gelişmesi neticesinde

²² Kırca, s. 101; Altınışık, s. 33.

²³ Kırca, s. 100.

²⁴ Altınışık, s. 33; Kırca, s. 100.

²⁵ Kırca, s. 101; Altınışık, s. 34.

internet aracılığıyla da sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanların iletilmesi mümkün hale gelmiştir.

Elektronik sözleşmeler her ne kadar yeni bir takım iletişim araçları kullanılarak kurulsada, Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşmenin kuruluşuna ilişkin kurallar uygun düştüğü ölçüde elektronik sözleşmeler için de uygulama alanı bulacaktır.²⁶

b. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluş Aşamasında Gösterdiği Özellikler

Sözleşmeler, iradenin açıklanması ile karşı tarafa ulaşması arasında bir zaman aralığı bulunup bulunmamasına göre, hazırlar arası ve hazır olmayanlar arası sözleşmeler olarak farklı gruplara ayrılabilir.

Hazırlar arası sözleşmeler, tarafların sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanlarını birbirinin yüzüne karşı açıkladıkları sözleşmelerdir. Hazır olmayanlar arası sözleşmeler ise, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin iradelerin açıklanması ile bunların muhatabına ulaşması arasında bir zaman aralığının olduğu sözleşmelerdir.²⁷

Sözleşmelerin hazırlar arasında yapılıp yapılmadığını belirleyen unsur tarafların fiziksel olarak bir arada bulunmaları değil, tarafların karşılıklı olarak birbirlerinin beyanlarını anında öğrenme ve buna karşı cevap verme imkânlarının bulunup bulunmadığıdır.²⁸

Elektronik sözleşmelerin hazırlar veya hazır olmayanlar arası sözleşme olarak nitelendirilmesi, bu sözleşmelerin kuruluşunda kullanılan araçlara bağlı olarak değişmektedir. Kullanılan araçlar, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin beyanların anında karşı tarafa ulaşmasına imkân veriyorsa hazırlar arası bir elektronik sözleşme söz konusudur. Örneğin, internet ses telefonu ile veya video konferans aracılığıyla yapılan sözleşmeler hazırlar arası elektronik sözleşmelerdir. Buna karşılık kullanılan araçlar tarafların irade beyanlarının belirli bir zaman aralığından sonra muhataba ulaşması sonucu doğuruyorsa hazır olmayanlar

²⁶ Öngören, Gürsel, İnternet Hukuku, İstanbul, 2006, s. 94; Kocasakal Özdemir, s. 39.

²⁷ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. bs., İstanbul, 2000, s. 57; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. bs., İstanbul, 2003, s. 123.

²⁸ Oğuzman/Öz, s. 57.

arası bir elektronik sözleşmeden söz edilir. Örneğin, elektronik posta ile yapılan sözleşmeler bu niteliktedir.²⁹

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da mesafeli sözleşmeler, "yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmeler" şeklinde tanımlanmak suretiyle, elektronik sözleşmeler bir anlamda mesafeli sözleşme kapsamına da alınmıştır.

Elektronik sözleşmelerin bir kısmı kuruluş şekli bakımından iltihakî (katılmalı) sözleşme niteliği taşımaktadır. İltihakî sözleşmelerde, sözleşme şartlarının bir kısmını ya da tamamını taraflardan biri önceden belirlemiş olup, diğer tarafın sözleşmeyi bu şartlar altında yapmak veya sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmekten başka seçeneği bulunmamaktadır. Bu tür sözleşmelerde taraflar sözleşmenin içeriği ve şartları üzerine görüşüp müzakere etmezler.³⁰ Elektronik sözleşmelerden ise özellikle web sitesi üzerinden kurulan sözleşmelerde, sözleşme şartları sitenin sahibi tarafından tek taraflı olarak hazırlanmakta ve muhataba bu şartlar üzerinde müzakere etme imkânı tanınmamaktadır. Genel işlem şartları olarak nitelendirilen bu şartlar karşısında, muhatabın iki seçeneği vardır: Ya sözleşmeyi bu şartlar altında yapmak ya da bu sözleşmeyi yapmaktan vazgeçmek.³¹

c. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin Beyanlar

aa. İcap ve Kabul

Bir sözleşmenin yapılması için açıklanması gereken ilk irade beyanı icap, diğeri ise kabuldür. İcap, sözleşme yapma teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanıdır.³²

²⁹ Kırca, s. 108-109; Rüssmann, s. 329; Öngören, s. 95; Gezder, s. 113-114; Özsunay, Ergun, "Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları", Uluslararası İnternet Sempozyumu-2001, İzmir, 2002, s. 131; Şenocak, Zarife, "İnternette Kurulan Açık Artırma İle Satım Sözleşmesi", AÜHFD, 2001, C. 50, Sy. 3, s. 105.

³⁰ Eren, s. 197.

³¹ Güngör, *Elektronik Akitlerin Kuruluşu*, s. 34-35; Sözer, s. 115-116.

³² Oğuzman/Öz, s. 49; Eren, 219,228; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 5.bs., İstanbul, 1985, s. 108.

Bir irade beyanının icap sayılabilmesi için, karşı tarafın kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasına imkân verecek nitelikte olmalıdır. Dolayısıyla sözleşmenin bütün esaslı unsurlarını içermesi gerekir. Sözleşmenin esaslı unsurlarını içermeyen bir teklif icaba davet olarak nitelendirilebilir. Nitekim bu halde karşı tarafın kabul beyanı sözleşmenin kurulmasını sağlamaya yetmeyecektir.³³

İcabın varlığı için gerekli unsurlardan bir diğeri, icabı yapanın icabı ile bağlı kalmak niyetinde olmasıdır. İcabı yapanın icabı ile bağlı olmak niyetinde olmadığı anlaşılıyorsa, yine icaba davet söz konusu olacaktır.³⁴

Son olarak sözleşme yapmaya yönelik irade beyanının icap niteliği taşıyabilmesi için, karşı tarafa yöneltilmiş olması gerekir. İcap, belirli bir veya birkaç kişiye yöneltilebileceği gibi (bireysel icap), herkese yöneltilmiş de olabilir (umumi icap).³⁵

İnternet aracılığıyla mal ve hizmetlerinin tanıtımını yapmak ve bunlarla ilgili sözleşme yapmak isteyen kişilerin icapta bulunurken yararlanabilecekleri çeşitli yöntemler ve araçlar bulunmaktadır. Sözleşme yapma teklifinin açıklanmasında kullanılan araçlar ve yöntemler ne olursa olsun, bu teklifin hukuken geçerli bir icap sayılabilmesi için, yukarıda belirtilen şartları taşıması gerekir.

Sözleşmenin kurulabilmesi için, muhatabın, kendisine yapılan icabı kabul etmesi ve kabule ilişkin irade beyanının icabı yapana ulaşması gerekir.

Bir beyanın kabul beyanı sayılabilmesi için, icapta yer alan şartlara uygun olması gerekmektedir. İcapta yer alan şartları değiştiren veya yeni şartlar ilave eden beyanlar kabul beyanı değil, yeni bir icap olarak değerlendirilir.³⁶

İnternet üzerinden yapılan sözleşmelerde kabul beyanı, web sayfasında ilan edilen genel şartların altında yer alan "*kabul ediyorum*" butonunun tıklanması suretiyle açıklanabileceği gibi,³⁷ elektronik postay-

³³ Oğuzman/Öz, s. 54; Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. bs., İstanbul 1999, s. 53; Eren, s. 220; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 108.

³⁴ Oğuzman/Öz, s. 55; Reisoğlu, s. 54; Eren, s. 221; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 109.

³⁵ Eren, s. 220; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 110; Reisoğlu, s. 53.

³⁶ Oğuzman/Öz, s. 60; Eren, s. 229; Reisoğlu, s. 57.

³⁷ Genel şartların altında yer alan kabul butonuna basılarak kurulan sözleşmelere

la gönderilen icaba, yine elektronik posta yoluyla açıkça kabul beyanının gönderilmesi yoluyla da açıklanabilir.³⁸

bb. Elektronik Sözleşmelerde İcabin Yapılmasında Kullanılan Araçlar

aaa. Web Siteleri

Mal veya hizmetlerini internet aracılığıyla halka sunmak isteyen tacirler bu amaçla kendilerine bir web sitesi oluştururlar. Web siteleri, hem satışa sunulan ürünlerle ilgili katalogların görülmesi, hem de bu ürünlerle ilgili siparişlerin verilmesi için kullanılmaktadır.³⁹

Web sitelerinde yer alan bilgilere, internet ağına bağlanabilen herkesin ulaşabileceğinden, web sitesi aracılığıyla yapılan icaplar umumi icap niteliğindedir.

Web sitesinde satışa sunulan ürünlerle ilgili bilgilerin icap mı, yoksa icaba davet mi olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüş, bu bilgilerin icap değil, icaba davet olarak kabul edilmesi yönündedir. Bu görüşe göre, web sitelerinde yer alan bilgileri açıklayan kişiler, bu bilgiler çerçevesinde sözleşmeyi kurma iradesinde değildirler. Ürünle ilişkin bilgileri sunan kişi, sözleşme yapmadan önce muhatabın ödeme gücü hakkında bilgi sahibi olması ve talep edilen ürünün stoklarında bulunup bulunmadığını kontrol etmesi gerekmektedir. Eğer web sitelerindeki bilgiler icap olarak kabul edilirse, satıcı bu sitenin ulaştığı her yerden gelen kabul cevabı ile sözleşmeyi kurmak zorunda kalacaktır. Böylece bir yandan stoklarında kalmamış ürünleri satmak ve teslim etmek yükümlülüğü altına girmiş olacak bir yandan da muhatabın ödeme gücü hakkında araştırma yapma imkânı bulamayacaktır. Bu itibarla icap, ancak internet kullanıcısının web sitesinde yer alan sipariş formunu doldurarak internet üzerinden göndermesi ile yapılmış olacağı kabul edilmektedir.⁴⁰

click-wrap sözleşmeler denilmektedir (Kocasakal Özdemir, s. 76); Altınışik, s. 46.

³⁸ Özsunay, s. 132; Altınışik, s. 46.

³⁹ Kocasakal Özdemir, s. 56.

⁴⁰ Kırca, s. 103-104; Özsunay, s. 130; Özel, s. 612.

Bu görüşü savunan yazarlar, görüşlerini Borçlar Kanunu'nun 7/II. maddesine dayandırmaktadırlar. Buna göre, web sitelerinde yer alan mal ve hizmetlere yönelik açıklamalar, tarife ve fiyat listesi gönderilmesine benzetilerek, Borçlar Kanunu'nun 7/II. maddesinden hareketle icaba davet olarak nitelendirilmiştir.⁴¹

Bu görüşte olan yazarlar, doğrudan ticarete konu olan dijital ürünlerin web sitelerinde sergilenmelerini ise, icap olarak kabul etmektedirler. Şöyle ki, bu ürünler bir bilgisayar tuşuna basmak suretiyle çok fazla sayıda kopya edilmeye ve yüklenmeye elverişlidir. Dolayısıyla bu ürünler bakımında stokların kontrol edilmesine ihtiyaç yoktur. Ayrıca müşteri kredi kartı ile ödeme yaptığından müşterinin ödeme gücünün araştırılması da gerekmemektedir.⁴²

Bir diğer görüşe göre ise, web sitesinde yer alan bilgilerin icap mı, icaba davet mi olduğu tam olarak anlaşılmadığından, aksine bir açıklama olmadığı takdirde, web sitesinde yer alan bilgileri icap olarak kabul etmek gerekir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, eğer satıcı veya sağlayıcı teklifi ile bağlı olmadığını göstermek üzere *"teklifimiz stoklarımızla sınırlıdır"* veya *"bağlayıcı değildir"* şeklinde ifadelerle yer vermişse, web sitesinde ilan edilen bilgiler icap değil, icaba davet olarak nitelendirilir.⁴³

Web sitelerinde yer alan bilgiler, mal veya hizmetlerin fiyatı, ürünlerin temel özellikleri gibi sözleşmenin objektif bakımdan esaslı unsurlarını içermesi ve satıcı veya hizmet sunan tarafın yapmış olduğu teklifi ile bağlı olmadığını gösteren bir ifadeyi içermemesi halinde, icap olarak kabul edilmelidir.⁴⁴

⁴¹ Kırca, s. 103; Özsunay, s. 130.

⁴² Kırca, s. 104.

⁴³ Mehring, Josef, *"Vertragsabschluss im Internet, Eine neue Herausforderung für das alte BGB"*, MMR, 1998, s. 32; Widmer Ursula/Baehler, Konrad, *Rechtsfragen beim electronic Commerce, Sichere Geschäftstransaktionen im Internet*, Zürich, 1997, s. 150 (naklen, Kırca, s. 103).

⁴⁴ Kocasakal Özdemir, s. 63; Sözer, s. 96-97.

bbb. Elektronik Posta

aaaa. Bireysel Elektronik Posta

Elektronik posta ile yapılan icaplar, hukuki açıdan mektupla yapılan icaplara benzemektedir.⁴⁵ Normal posta ile gönderilen mektuplar gibi, elektronik posta ile gönderilen mesajlar da, sözleşmenin kuruluşuna yönelik icapların açıklanmasında bir araç olarak kullanılabilirler.⁴⁶

Web siteleri aracılığıyla yapılan icaplar, umumi icap niteliğinde iken, bireysel elektronik posta ile yapılan icaplar bireysel icap niteliği taşırlar. Nitekim elektronik posta ile icap yapan kişi, bunu belirli bir veya birkaç kişiye göndermektedir.

bbbb. Spamming

Spamming, *“genellikle ticari amaçlı elektronik postaların, çok fazla sayıda ve bazen de tekrarlanarak, bu konuda herhangi bir talepte bulunmayan ve göndericinin hiçbir ilişkisi olmayan kişilere gönderilmesidir.”*⁴⁷

Spamming yoluyla gönderilen icapların bireysel icap mı, umumi icap mı olduğunu tespit ederken elektronik postanın ismen gönderilmiş olup olmadığı dikkate alınmıştır. Elektronik postalar ismen gönderilmemiş ise umumi icap söz konusudur. Çok sayıda kişiye ismen elektronik posta gönderilmesi halinde ise bireysel icap söz konusudur.⁴⁸

Esas olarak elektronik posta ile çok sayıda kişiye aynı anda mesaj gönderilmesi suretiyle yapılan icaplar açısından böyle bir ayrıma gitmeye ihtiyaç yoktur. Nitekim elektronik posta gönderen kişi, hazırladığı mesajı muhatapların elektronik posta adreslerine ayrı ayrı göndereceğinden, muhatapların her biri açısından bireysel olarak bir icapta bulunmuş olur. Dolayısıyla mesajın üst kısmına muhatabın isminin yazılmış olup olmaması önemli değildir. Zaten mesajı alan kişi

⁴⁵ Rüssmann, s. 328; Öngören, s. 95; Özel, s. 611.

⁴⁶ Kocasakal Özdemir, s. 67; Sözer, elektronik postanın klasik haberleşme yöntemlerinin elektronik ortamda uygulanmasından ibaret olduğunu ve dolayısıyla elektronik posta ile yapılan sözleşmelerin elektronik sözleşme olmadığını ileri sürmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözer, s. 92).

⁴⁷ Öngören, s. 136.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 69.

bu mesajın başka kişilere de gönderilip gönderilmediğini bilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, mesaj gönderilen her bir muhatap kendisine yapılan icabı kabul ederek sözleşmenin kurulmasını sağlayabilir. Mesajı gönderen kişi buna engel olmak için mesajını icap değil, icaba davet şeklinde gönderebilir.⁴⁹

d. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluş Anının Tespiti

Sözleşmenin kuruluş anının tespiti, söz konusu sözleşmenin hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında olmasına göre farklılık göstermektedir.

Hazırlar arasında yapılan sözleşmeler, muhatapın kabul beyanını açıklaması ile kurulur ve hükümlerini doğurmaya başlar.⁵⁰ Hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kuruluş anını belirleyen çeşitli teoriler ileri sürülmektedir.⁵¹ Borçlar Kanunu hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin, kabul haberinin gönderildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacağını belirtmekle birlikte (m. 10/I), bu sözleşmelerin hangi andan itibaren kurulmuş sayılacağına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, bu sözleşmelerin kabul haberinin muhataba ulaştığı andan itibaren kurulmuş sayılacağı yönündedir.⁵² Burada kabul beyanının ulaşmasıyla kast edilen, kabul beyanının muhatapın hâkimiyet alanına girmesidir.⁵³

Elektronik posta ile yapılan sözleşmeler bakımından da sözleşmenin, kabul beyanının muhatapın hâkimiyet alanına girdiği anda kurulduğu kabul edilmelidir. Ancak elektronik posta yoluyla yapılan

⁴⁹ Kocasakal Özdemir, s. 70.

⁵⁰ Oğuzman/Öz, s. 67; Eren, s. 235; Reisoğlu, s. 57.

⁵¹ 1. Açıklama (İzhar) Teorisi: Bu teoriye göre, irade açıklandığı anda hukuki etkisini göstermeye başlar.

2. Gönderme (İrsal) Teorisi: Bu teoriye göre, irade muhataba gönderildiği anda hukuki etkisini göstermeye başlar.

3. Varma (Vüsul) Teorisi: Bu teoriye göre, irade karşı tarafa vardığı andan itibaren hukuki etkisini göstermeye başlar.

4. Öğrenme (İttıla) Teorisi: Bu teoriye göre, irade muhatap tarafından fiilen öğrenildiği tarihten itibaren hukuki etkisini göstermeye başlar (Eren, s. 234-235; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 125).

⁵² Eren, s. 235; Reisoğlu, s. 58; farklı görüş için bkz. Oğuzman/Öz, s. 68.

⁵³ Eren, s. 234.

sözleşmeler serverlar⁵⁴ aracılığıyla gerçekleştirildiğinden, kabul beyanının ne zaman muhatabın hâkimiyet alanına girmiş sayılacağına tespiti önemlidir.⁵⁵

Bir görüş, kabul beyanı, elektronik postanın servera ulaştığı anda, bir diğer bir görüş ise elektronik postanın muhatabın bilgisayarına aktarıldığı anda ulaşılmış sayılacağı yönündedir.⁵⁶

Burada esas olan muhatabın hâkimiyet alanının tespitidir. Server muhatabın hâkimiyet alanı kapsamında yer almadığından kabul beyanı ancak muhatabın kendi bilgisayarına aktarıldığı anda ulaşılmış sayılır. Bir başka ifade ile muhatap, başka kişilerin müdahalesi olmaksızın, sadece elektronik posta kutusuna girmek suretiyle kabul beyanını içeren elektronik posta mesajını görebiliyorsa, kabul beyanı ulaşılmış sayılır.⁵⁷

Web sitesi üzerinden ilan edilen genel şartların kabul edilmesi suretiyle kurulan sözleşmelerin (click-wrap) kuruluş anı, kabul beyanının icabı yapana ulaştığı an olarak kabul edilmelidir.⁵⁸

İnternet aracılığı ile yapılan sözleşmelerde irade beyanının varmış sayılması için, muhatabın bu beyanı öğrenme imkânına sahip olması da aranmaktadır. Ticari ilişkilerde elektronik yoldan iletilen irade beyanlarında öğrenme imkânının bulunduğu an olarak, normal iş saatleri içinde herhangi bir an kabul edilmektedir. Elektronik posta adresini ticari ilişkilerinde kullanılmak üzere herkese duyurmayan kişilerin, elektronik posta kutularını her gün kontrol etme yükümü olmadığından hareketle, bunların kendilerine gönderilen irade açıklamasını fiilen öğrendikleri anın varma anı olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık elektronik posta adresini başkalarına bildirerek bu yolla iletişim kurma yöntemini seçenlerin ise, elektronik posta kutusunu her gün kontrol etmeleri gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak bu halde elektronik posta kutusunun devamlı olarak kontrol edilmesi bekleneme-

⁵⁴ Server, belli kapasitesi olan ve diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bilgisayarlara denilmektedir. Server aynı zamanda dijital belgelerin saklandığı bir manyetik ortam olarak, kendisine veya başka bilgisayara ait verileri depolamakta ve bu verileri diğer bilgisayar kullanıcılarının erişimine sunmaktadır (Sözer, s. 101).

⁵⁵ Kocasakal Özdemir, s. 82-83; Kırca, s. 109.

⁵⁶ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, s. 110; Sözer, s. 102; Özsunay, s. 131.

⁵⁷ Kocasakal Özdemir, s. 83; Sözer, s. 102; Gezder, s. 122.

⁵⁸ Kırca, s. 110; Altınışık, s. 53; Sözer, s. 100.

yeceği ve dolayısıyla irade beyanının ertesi gün kişiye ulaştığı kabul edilmektedir.⁵⁹

e. Elektronik Sözleşmelerin Kuruluş Yerinin Tespiti

Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin kurulduğu yer tespit etmeye yarayacak özel bir düzenleme yoktur. Ancak bu konuda sözleşmenin kuruluş anı dikkate alınarak sözleşmenin kurulduğu yerin tespit edilebileceği kabul edilmektedir.⁶⁰ Buna göre, hazırlar arasındaki sözleşmeler, kabul beyanının muhataba yöneltilmesi ile kurulduğundan, bu sırada muhatabın bulunduğu yer sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilmelidir. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmeler ise, kabul cevabının icabı yapana ulaştığı anda kurulduğu kabul edildiğinden, bu anda icabı yapan kişinin bulunduğu yer sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilmelidir.

Elektronik sözleşmelerin kurulduğu yerin belirlenmesi hususunda da yukarıda kabul edilen yöntem izlenebilir. Ancak özellikle taşınabilir bilgisayarlar aracılığıyla işlem yapılması halinde, taraflar sözleşmenin kurulduğu sırada dünyanın her hangi bir yerinde olabilirler. Bu durum taraflar arasında öngörülebilirliği zedeleyecektir. İşte internet aracılığı ile yapılan sözleşmelerde taraflar arasında öngörülebilirliğin sağlanabilmesi açısından, aksi öngörülmedikçe, icabı yapanın veya muhatabın bulunduğu yer olarak, bu kişilerin belirli bir anda fiilen buldukları yerin değil, tacir iseler işyerlerinin, tacir değilse ika-metgâhlarının bulunduğu yerin esas alınması daha uygun olacaktır.⁶¹

f. Elektronik Sözleşmelerde İfa Yeri

Sözleşmeden doğan, mal veya hizmet teslimine ilişkin edimlerin ifasının internet ortamında gerçekleştirildiği doğrudan ticarete ilişkin sözleşmelerde, ifa yerinin tespitine ilişkin farklı ihtimaller vardır.

⁵⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, *İnternette Kurulan Satım Sözleşmesi*, s. 105 vd.

⁶⁰ Birsen, Kemaleddin, *Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri*, 4.bs., İstanbul, 1967, s. 53.

⁶¹ Kocasakal Özdemir, s. 89.

Bu ihtimallerin ilkinde, ifa yeri olarak, yüklenecek bilgileri temin etmekle yükümlü olan tarafın ikametgâhının kabul edilmesi söz konusudur. Doğrudan ticarete ilişkin sözleşmelerde her ne kadar ifa sanal ortamda gerçekleştiriliyor olsa da, ifa için ihtiyaç duyulan bir takım faaliyetler fiziksel ortamda gerçekleşmektedir. Şöyle ki, bilgileri temin etmekle yükümlü olan taraf, bu bilgilere erişimi sağlamak üzere servera yerleştirme işlemini genellikle kendi ikametgâhının bulunduğu yerde gerçekleştirdiğinden, ifa yeri bilgiyi temin etmekle yükümlü olan tarafın ikametgâhıdır.⁶²

Bir diğer ihtimal, yüklenecek veriler veya temin edilecek bilgiler, ondan yararlanacak olan tarafın serverı aracılığı ile alındığından, ifa yeri olarak, programı yükleyecek veya hizmetten yararlanacak olan tarafın serverının bulunduğu yerin kabul edilmesi yönündedir.⁶³

Son ihtimal ise, doğrudan ticarete ilişkin sözleşmelerde, ifa yerinin, alıcının sözleşme konusu ürüne veya hizmete ulaştığı yer olduğu yönündedir. Söz konusu ürüne veya hizmete bilgisayar vasıtasıyla erişildiğinden, ifa yeri, alıcının bilgisayarının bulunduğu yerdir.⁶⁴

Ancak fiziksel olarak bilgisayarın bulunduğu yerin ifa yeri olarak kabul edilmesi bazı hallerde tesadüfi ve buna bağlı olarak öngörülebilirliği ortadan kaldıracak sonuçlar doğuracaktır. Örneğin, Türkiye’de ikâmet eden bir Türk vatandaşı, seyahati süresince tesadüfen Londra’da bulunduğu sırada bilgisayar programını yüklemesi halinde, ifa yerinin Londra olarak kabul edilmesi gerekecektir. Ancak böyle bir durum, her iki taraf açısından öngörülebilirliği zedeleyecektir.⁶⁵

Doğrudan ticarete ilişkin sözleşmelerde ifa yerinin tespitinde ortaya çıkacak sakıncaları ortadan kaldırmak için, mal veya hizmet teminine ilişkin edimlerin ifa yerinin, aksi ispatlanmadığı sürece, bunlardan yararlanacak olan kişinin mutad meskeni, bu kişinin tacir olması halinde ise işyeri olduğu kabul edilmelidir.⁶⁶

Dolaylı ticarete ilişkin sözleşmelerde ise, edimlerin ifası fiziksel ortamda gerçekleştirildiğinden, Borçlar Kanunu’nun 73. maddesi bu sözleşmelerin ifa yerinin tespitinde de uygulanabilir. Buna göre, ta-

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 104.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 104.

⁶⁴ Sözer, s. 157.

⁶⁵ Kocasakal Özdemir, s. 105.

⁶⁶ Kocasakal Özdemir, s. 106.

raflar ifa yerini açıkça veya zımnen kararlaştırabilirler. Sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde, parça borçlarında sözleşme konusu malın sözleşmenin kurulduğu esnada bulunduğu yer; cins borçlarında borcun doğumu esnasında borçlunun ikamet ettiği yer ifa yeridir.

g. Elektronik Sözleşmelerde İfa Zamanı

İfa zamanı açısından elektronik sözleşmelerde özellik arz eden bir husus söz konusu değildir. Bu nedenle, Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi elektronik sözleşmeler açısından da uygulama alanı bulacaktır.⁶⁷ Bu düzenlemeye göre, taraflar, sözleşmeden doğan edimlerin ne zaman ifa edileceğini açıkça öngörebilirler. Sözleşmede, edimlerin ifa edileceği belirli bir tarih öngörülmediği takdirde, işin niteliği de ifanın belirli bir tarihte yapılmasını gerektirmiyorsa, borç doğduğu anda hemen ifa edilebilir ve alacaklı da ifayı hemen talep edebilir.

Dolaylı ticarete konu olan sözleşmelerde, satıcının sözleşme konusu malı, sözleşme yapıldığı sırada derhal teslim etmesi mümkün değildir. Buna karşılık doğrudan ticarete konu olan sözleşmelerden özellikle dijital ürün satımına ilişkin sözleşmelerde satıcı veya sağlayıcının edimi derhal ifa edilir. Örneğin, program yüklenmesine ilişkin sözleşmelerde yükleme butonuna basılması ile birlikte yükleme işlemi başlar ve yükleme bitince edim ifa edilmiş olur.

h. Elektronik Sözleşmelerde Hukuki Güvenliğin Sağlanması Bakımından Dijital İmza

Elektronik sözleşmeler konusu incelenirken, internet üzerinden sözleşmelerin kurulmasında hukuki güvenliği sağlamaya yönelik olarak ortaya çıkan dijital imzanın genel hatlarıyla ele alınması faydalı olacaktır.

Dijital imza elektronik imza türlerinden biridir. Bir üst kavram olan elektronik imza Elektronik İmza Kanunu'nda, *"başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriler"* şeklinde tanımlanmıştır

⁶⁷ Kocasakal Özdemir, s. 110.

(m. 3/b). Elektronik imza en basitten en karmaşığa kadar birbirinden farklı teknikler kullanılarak oluşturulabilir. Örneğin, kişinin el yazısı ile attığı imzanın tarayıcıda okutularak bilgisayar ortamına aktarılması ve hazırlanan metinler veya mesajların altına eklenmesi en basit elektronik imza tekniğidir. Yine kişinin parmak izi, avuç içi, ses, retina gibi vücut özelliklerinin kullanılmasıyla elde edilen biyometrik yöntem bir diğer elektronik imza tekniğidir.⁶⁸

Hukuki açıdan el yazısı imzanın fonksiyonlarını yerine getirebilecek elektronik imza yöntemi dijital imzadır. Dijital imza, elektronik olarak yaratılan ve gönderilen belgelerin çift anahtarlı şifreleme tekniği ile şiflenmesi esasına dayanmaktadır.⁶⁹

Dijital imza yönteminde, imzalayan kişinin, aralarında matematiksel bir bağlantı olan ve fonksiyonel olarak bir birlik arz eden, açık ve gizli olmak üzere iki anahtarı bulunmaktadır. Sadece imzalayan kişi tarafından bilinen gizli anahtar, hazırlanan bir metni şifrelemek yani imzalamak için kullanılır. Herkes tarafından bilinen açık anahtar ise, gizli anahtar ile oluşturulan imzanın okunması, bir başka ifade ile imzalayan kişiye ait olup olmadığını tespit etmek için kullanılır.⁷⁰

Dijital imza yönteminde, şifreleme programı yardımıyla, elektronik bir metin üzerinde uygulanan iki aşamalı bir prosedür söz konusudur. İlk aşamada, gönderilecek elektronik metnin tamamı seçilmekte ve şifreleme programı ile bu metne hash⁷¹ algoritması tatbik edilerek, metin harf ve rakamlardan oluşan bir mesaj özetine, diğer bir deyimle hash değerine çevrilmektedir. Daha sonra yine şifreleme programı yardımıyla, elde edilen bu mesaj özeti göndericinin gizli anahtarı ile şifrelenmekte ve elektronik metne eklenerek muhataba gönderilmek-

⁶⁸ Şenocak, Zarife, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", *AÜHFD*, 2001, C. 50, Sy. 2, s. 98-99; Altınışık, s. 78-79; Öngören, s. 87.

⁶⁹ Şenocak, *Dijital İmza*, s. 99; Kocasakal Özdemir, s. 99; Sözer, s. 127; Keser Berber, Leyla, "İmzalıyorum O Halde Varım", *Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, TBB*, 2000, S. II, s. 503.

⁷⁰ Şenocak, *Dijital İmza*, s. 101; Altınışık, s. 82.

⁷¹ Bilgisayar terminolojisinde "hash (öz)" yazılan bir metnin kısaltılmış şeklini ifade etmektedir (Keser Berber, s. 524).

tedir.⁷² Sonuç olarak dijital imzanın, göndericinin gizli anahtarı ile şifrelenmiş mesaj özetinden ibaret olduğu söylenebilir.⁷³

İkinci aşamada, muhatap, öncelikle gelen mesajın hash değerini hesaplar. Daha sonra açık anahtarla elektronik belgedeki dijital imzayı deşifre ederek orijinal metnin hash değerini elde eder. Muhatap bu şekilde elde ettiği hash değeri (mesaj özeti) ile ilk elde ettiği hash değerini (mesaj özetini) karşılaştırır. Bu iki değer birbiriyle örtüşüyorsa, metnin göndericinin gizli anahtarı ile imzalanmış olduğu ve elektronik belgenin metninin, gönderme esnasında veya sonradan üçüncü kişiler tarafından değiştirilmemiş olduğu doğrulanmış olur.⁷⁴

Netice itibariyle dijital imza, bir taraftan elektronik belgeyi gönderen kişinin kimliğinin tespit edilmesini sağlarken, diğer taraftan elektronik belgenin orijinal şekli ile muhataba ulaşmasını sağlamaktadır.

II. Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti

A. Genel Olarak

Elektronik sözleşmeler yabancılık unsuru içermesi halinde, bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti hususu gündeme gelmektedir. Bu bağlamda bir sözleşmenin hangi hallerde yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme haline geleceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, yabancılık unsuru çok geniş yorumlanmakta ve tarafların ikametgâhı, vatandaşlığı, sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri gibi sözleşme ile ilgili unsurlardan herhangi birinin yabancı bir ülke ile bağlantılı olması halinde, sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme haline geleceği kabul edilmektedir.⁷⁵

⁷² Şenocak, *Dijital İmza*, s. 100.

⁷³ Şenocak, *Dijital İmza*, s. 100; Erol, Hüseyin/Akçayol, M. Ali, "Türkiye'de Elektronik İmza Uygulamalarında Durum Analizi ve Önerileri", *Türk Hukuk Dünyası*, 2007, Sy. 3, s. 159.

⁷⁴ Şenocak, *Dijital İmza*, s. 101; Kocasakal Özdemir, s. 100; Erol/Akçayol, s. 159; Altınışık, s. 83-84.

⁷⁵ Tekinalp, Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları*, 7. bs., İstanbul, 2002, s. 282; Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal, *Devletler Hususi Hukuku*, 12. bs., İstanbul, 2003, s. 5.

Bir diğerk görüş ise, bir sözleşme uluslararası ticareti ilgilendirdiği hallerde yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme haline geleceği yönündedir.⁷⁶ Bir sözleşmenin uluslararası ticareti ilgilendirmesi ise, o sözleşmenin, mal, emek veya sermaye gibi parasal değer taşıyan unsurların ülkeler arası transferine yol açması halinde söz konusu olacaktır. Böyle bir sözleşme, yapıldığı yere, tarafların vatandaşlığına veya ikametgâhına bakılmaksızın yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olarak kabul edilir.⁷⁷

Tüketici sözleşmelerinde zayıf konumda olan tüketicinin korunması amacıyla, bu sözleşmeler açısından yabancılık unsurunun belirlenmesinde tüketicinin mutad meskenin bulunduğu yer esas alınmıştır. Buna göre, bir tüketici sözleşmesinin yabancılık unsuru taşıması için, sözleşmenin yapıldığı yer veya edimlerin ifa yeri gibi unsurların tüketicinin mutad meskenin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede bulunması gerekmektedir. İnternet aracılığı ile kurulan tüketici sözleşmeleri açısından da bu kriter esas alınmalıdır.⁷⁸

B. Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespitinde Başvurulan Yöntemler

İnternet niteliği gereği, dünyanın hemen hemen her yerinden erişimi mümkün olan uluslararası bir ağ olduğundan, uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelerin internet vasıtasıyla kurulması, diğer iletişim araçlarına oranla çok daha kolay olmaktadır.

Uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde kanunlar ihtilafı yöntemi ve yabancı unsurlu ilişkiyi doğrudan düzenleyen maddi nitelikli kuralların uygulanması yöntemi söz konusu olmaktadır.⁷⁹ İnternet aracılığı ile kurulan elektronik sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde de bu yöntemler esas alınarak bir çözüm bulunacaktır.

⁷⁶ Çelikel, Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. bs., İstanbul, 2000, s. 256; Kocasakal Özdemir, s. 116.

⁷⁷ Kocasakal Özdemir, s. 116.

⁷⁸ Güngör, Gülin, "İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", AÜHFD, 1997, Sy. 1-4, s. 107; Kocasakal Özdemir, s. 117.

⁷⁹ Tekinalp, s. 41-43.

1. Kanunlar İhtilafı Yöntemine Göre Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

İnternet elektronik sözleşmelerin kurulmasında sadece bir araçtır. Dolayısıyla bir sözleşmenin internet aracılığı ile kurulmuş olması onun hukuki niteliğini değiştirmeyecektir. O halde, mevcut kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukuku belirlemek için kullandığı kriterler, elektronik sözleşmeler bakımından da uygulanabilecektir.⁸⁰

Türk hukuku açısından, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK'nun 24. maddesinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralı elektronik sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

MÖHUK'nun 24. maddesinde eski kanunda olduğu gibi, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde subjektif ve objektif iki grup bağlama kuralı öngörülmüştür.⁸¹

a. Subjektif Bağlama Kuralı Uyarınca Uygulanacak Hukukun Tespiti (Hukuk Seçimi)

MÖHUK'nun 24/1. maddesinde düzenlenen subjektif bağlama kuralına göre, taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku kendileri seçebilirler. Hiç şüphesiz bu hüküm elektronik sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Doktrinde hukuk seçiminin, tarafların eşit konumda oldukları ve buna bağlı olarak sözleşmenin şartları üzerinde eşit bir şekilde müzakere etme imkânına sahip oldukları sözleşmeler açısından geçerli olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla taraflardan birinin diğerine nazaran daha güçlü konumda olduğu sözleşmelerde hukuk seçiminin ya hiç kabul edilmemesi ya da zayıf tarafı koruyacak şekilde sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmektedir.⁸²

Elektronik ticaret çerçevesinde kurulan sözleşmelerde de, hukuk seçiminin geçerli olarak yapıp yapılamayacağı belirlenirken, sözleşmenin taraflarının birbirleri karşısındaki konumunun esas alınması

⁸⁰ Kocasakal Özdemir, s. 124.

⁸¹ Tekinalp, s. 279; Aybay, Rona/Dardağan, Esra, *Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul 2001, s. 216-217.

⁸² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, s. 308; Doğan, Vahit, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara 1996, s. 43.

gerektiği kabul edilmektedir.⁸³ Buna göre, tarafların her ikisinin de tacir olduğu sözleşmelerde, taraflar sözleşmenin şartları üzerinde müzakere etme bakımından eşit konumda olduklarından, bu tür sözleşmelerde hukuk seçimi geçerli olarak yapılabilir.⁸⁴ Taraflardan birinin tacir diğerinin tüketici olduğu elektronik sözleşmelerde ise, tüketici konumunda olan taraf, diğer tarafa nazaran daha zayıf konumda olduğundan, sözleşmenin şartları üzerinde eşit olarak müzakere etme imkânına sahip değildir. Bu nedenle, bu tip elektronik sözleşmelerde seçilen hukukun sözleşmeye objektif olarak uygulanması gereken hukuka oranla tüketicinin daha lehine hükümler içermesi halinde geçerli olacağı kabul edilmektedir.⁸⁵

MÖHUK'nun 24. maddesinde yer alan genel hükümden böyle bir sonuca varmak mümkün değildir. Ancak yeni MÖHUK'nun tüketici sözleşmelerine ilişkin 26/1. maddesinde bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbi olacaktır (m. 26/1).⁸⁶

Elektronik sözleşmelerde hukuk seçiminin nasıl yapılacağı sözleşmenin kuruluşunda kullanılan araçlara göre değişmektedir. Örneğin, elektronik posta vasıtasıyla yapılan sözleşmelerde, elektronik postaya tarafların hukuk seçimine ilişkin iradesi de eklenebilir. Sözleşme, tarafların bilgisayarları arasında otomatik olarak iletilen mesajlar aracılığı ile kurulduğu hallerde (EDI gibi), bu mesajlarda tarafların hukuk seçimine ilişkin hükümlere yer verilebilir. Web sayfasında ilan edilen genel şartların altında yer alan “*kabul ediyorum*” butonunun tıklanması suretiyle kurulan click-wrap sözleşmelerde ise, hukuk seçimine ilişkin

⁸³ Kocasakal Özdemir, s. 125.

⁸⁴ Özsunay, s. 131; Kocasakal Özdemir, s. 125.

⁸⁵ Kocasakal Özdemir, s. 126. Güngör, böyle bir sınırlamanın sadece satıcının elektronik posta, reklâm, ilan gibi yollarla tüketiciye yönelmesi üzerine yapılmış elektronik tüketici sözleşmelerinde söz konusu olacağını, buna karşılık tüketicinin satıcıya yöneldiği, yani tüketicinin satıcıyı kendisinin bulduğu elektronik tüketici sözleşmeleri bakımından böyle bir sınırlamanın olmadığını kabul etmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, *Elektronik Tüketici Akitleri*, s. 105 vd.).

⁸⁶ Benzer düzenleme Sözleşmelere Uygulanması Gereken Hukuk Hakkında AT Roma Konvansiyonu'nda da yer almaktadır, Ekşi, Nuray, “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon”, *MHB*, İstanbul, 1997-1998, S. 1-2, s. 167.

hüküm genel şartlar içinde yer almaktadır.⁸⁷ Clik-wrap sözleşmelerde genel şartlar arasında yer alan uygulanacak hukuka ilişkin hükmün, sözleşmenin bu şekilde kurulması ile muhatap tarafından açıkça kabul edilmiş sayılıp sayılmayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, click-wrap sözleşmelerde, tarafların sözleşmenin genel şartları üzerinde müzakere etme imkânı bulunmadığı için, esas sözleşme geçerli sayılsa bile, hukuk seçimine ilişkin anlaşma geçerli olmayacaktır.⁸⁸

Bir diğer görüşe göre, hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için, buna ilişkin hükmün muhatabın açıkça dikkatini çekecek şekilde yazılmış olması ve muhatabın bu şartı kolay bir şekilde öğrenebilmesinin sağlanmış olması gerekir.⁸⁹

Üçüncü bir görüş ise, muhatabın kimliğine göre bir ayırım yapılması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, muhatabın tacir olduğu ve tacir sıfatı ile hareket ettiği sözleşmelerde, muhatabın “*kabul ediyorum*” butonunu tıklaması ile sözleşme, hukuk seçimine ilişkin hükümler de dâhil olmak üzere genel şartlarda yer alan tüm hükümler çerçevesinde kurulmuş olur. Muhatabın tacir olmadığı durumlarda ise, kabul butonunun tıklanması ile diğer şartlarla birlikte hukuk seçimine ilişkin hükmün de açıkça onaylandığının kabul edilmesi her zaman mümkün değildir. Dolayısıyla özellikle zayıf konumda olan ve korunması gereken tüketicilerin taraf olduğu sözleşmeler bakımından, hukuk seçimine ilişkin şartın, genel şartlardan ayrı bir butonun tıklanması halinde geçerli sayılması gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁰

b. Objektif Bağlama Kuralı Uyarınca Uygulanacak Hukukun Tespiti

aa. Genel Olarak

MÖHUK'nın 24/4. maddesinde tarafların açık bir hukuk seçimi yapmamış olması halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti-

⁸⁷ Kocasakal Özdemir, s. 127-128; Sözer, s. 106.

⁸⁸ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 128; Güngör, Elektronik Akitlerin Kuruluşu, s. 37.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 129.

⁹⁰ Kocasakal Özdemir, s. 130.

de esas alınacak objektif bağlama kuralı öngörülmüştür.⁹¹ Bu düzenlemeye göre, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda, sözleşmeden doğan ilişkiye sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu yer hukuku uygulanır. Sıkı ilişkili hukukun ise, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasında mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku olduğu kabul edilmiştir.⁹² Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tâbi olacaktır.

Eski MÖHUK'tan farklı olarak, yeni MÖHUK'ta objektif bağlama kuralı olarak, karakteristik edimin ifa yeri yerine, karakteristik edim yükümlüsünün mutad meskeninin bulunduğu yer kriterinin esas alınması, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde öngörülebilirliği sağlayacak nitelikte bir düzenleme olmuştur.

Sonuç olarak, yeni MÖHUK ile getirilen düzenleme ile birlikte, objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukuk belirlenirken, öncelikle borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden, bir başka ifade ile sözleşmeyi karakterize eden edim borçlusunun sözleşmenin kurulduğu sırada mutad meskeninin bulunduğu yer tespit edilir ve bu yer hukuku sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanır. Örneğin, bilgisayar programlarının, müzik veya sinema eserlerinin ya da bilimsel bir yayının ücret karşılığı yüklenilmesine ilişkin sözleşmelerde karakteristik edim, söz konusu programları veya eserleri sağlamakla yükümlü olan tarafın edimidir. Dolayısıyla bu tip elektronik sözleşmelerde hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde, söz konusu ürünleri sağlamakla yükümlü olan tarafın mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulama alanı bulacaktır.

bb. Tüketici Sözleşmeleri Açısından

Karşılaştırmalı hukukta, tüketici sözleşmeleri gibi, taraflardan birinin diğerine nazaran zayıf konumda olduğu sözleşmeler bakımından

⁹¹ Tekinalp, s. 290; Nomer/Şanlı, s. 296-297; Çelikel, s. 257; Aybay/Dardağan, s. 217-218.

⁹² Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Roma Konvansiyonu da, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda, sözleşmenin en yakın bağlantılara sahip olduğu ülke hukukunun uygulanmasını öngörmekte (m. 4/I) ve bu yerin, karakteristik edim yükümlüsünün mutad meskeni veya idare merkezinin bulunduğu yer olduğuna dair bir karineye yer vermektedir (m. 4/II) (Ekşi, s. 167).

uygulanacak hukukun tespitine yönelik ayrı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde, genellikle objektif bağlama kuralı olarak, tüketicinin sürekli olarak yaşadığı ve kendisini koruyucu hükümlerini daha iyi bildiği kabul edilen, mutad meskenin bulunduğu yer hukuku esas alınmaktadır.⁹³

Sözleşmelere uygulanacak hukuk hakkında Roma Konvansiyonu'nda ve buna paralel olarak yeni MÖHUK'da da tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden tüketici sözleşmeleri bakımından, tüketicinin mutad meskeni kriterinin, uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Kanunda (m.26) ve Roma Konvansiyonu'nda (m. 5)⁹⁴ tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanması aşağıdaki şartlardan birinin gerçekleşmesine bağlanmıştır:

i- Tacirin bu ülkeye yönelik aktif bir faaliyette bulunması: Sözleşme, tacirin, kendi ürünlerini veya hizmetlerini satmak amacıyla tüketicinin mutad meskenin bulunduğu ülkede, özel olarak bu ülkeye yönelik yapılmış bir teklif veya reklâm sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gereken işlemlerin bu ülkede yapılmış olması gerekir.⁹⁵

Elektronik ortamda gerçekleştirilen tüketici sözleşmelerinde bu şartın, satıcı veya sağlayıcı tarafından, tüketicinin herhangi bir talebi olmadan e-mail gönderilmek suretiyle (spamming) yapılan teklifler ve reklamlar açısından gerçekleştiği kabul edilmektedir.⁹⁶

Web siteleri üzerinden yapılan tüketici sözleşmelerinde bu şartın gerçekleşmiş olması için, web sitelerinin oluşturularak internet ortamında bu sitelere erişimin sağlanması yeterli olmayıp, sitenin içeriğinin tüketicinin bulunduğu ülkeye yönelik olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir.⁹⁷

Bu şartın gerçekleşmesi için, ayrıca tüketici, sözleşmenin kurulması için gerekli olan işlemleri mutad meskeninin bulunduğu ülkede

⁹³ Doğan, s. 43; Güngör, Elektronik Tüketici Akitleri, s. 103.

⁹⁴ Ekşi, s. 167 vd.

⁹⁵ Güngör, Elektronik Tüketici Akitleri, s. 107-108; Kocasakal Özdemir, s. 136-137.

⁹⁶ Kocasakal Özdemir, s. 137.

⁹⁷ Güngör, Elektronik Tüketici Akitleri, s. 107-108; Kocasakal Özdemir, s. 140.

yapmış olmalıdır. İnternet vasıtasıyla kurulan tüketici sözleşmelerinde, tüketici bu işlemleri taşınabilir bilgisayar ile başka bir ülkede gerçekleştirmesi mümkündür. Dolayısıyla burada, aksi ispat edilinceye kadar tüketicinin bu işlemleri mutad meskeninin bulunduğu yerde yaptığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁹⁸

ii- Tüketicinin siparişinin bu ülkede alınmış olması: Bu şartın gerçekleşmesi için, siparişin, satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede alınmış olması gerekmektedir. Mal veya hizmet sağlayan tarafın, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye gidip siparişi orda alması gerektiğinden, siparişin internet üzerinden verildiği hallerde bu şartın gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.

iii- Sözleşmenin özel olarak düzenlenen gezi sırasında yapılması: Bu şartın gerçekleşmesi için, tüketici, satıcının düzenlediği ve tüketiciyi sözleşme yapmaya teşvik etmek amacı taşıyan yolculuk sonucu mutad meskenin bulunduğu ülkeden diğer bir ülkeye gitmiş ve orada sipariş vermiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla internet aracılığıyla yapılan sözleşmeler açısından bu şartın uygulanması mümkün değildir.

c. Kamu Düzenin Müdahalesi

Kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen hukukun somut olayla ilgili hükümlerinin uygulanması halinde ortaya çıkan sonuç, Türk kamu düzenin temel prensiplerine açıkça aykırı olması halinde bu hükümler uygulanmayıp; gerekli görüldüğü hallerde Türk Hukuku uygulanarak uyuşmazlık çözümlenir (MÖHUK m. 5).

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi elektronik sözleşmeler açısından da kamu düzenin müdahalesi söz konusu olacaktır. Ancak elektronik ticaretin gelişebilmesi ve tarafların elektronik ticaretten beklentilerinin elde edilebilmesi için, kamu düzeni kavramının dar yorumlanması ve tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemiş olmaları halinde, mümkün olduğu ölçüde bu hukukun uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.⁹⁹

⁹⁸ Kocasakal Özdemir, s. 141.

⁹⁹ Kocasakal Özdemir, s. 145.

d. Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Haller

Uygulanacak hukukun kapsamı dışında kalan hallerden ilki tarafların ehliyetidir. MÖHUK'nun 9/1. maddesinde hak ve fiil ehliyetinin ilgilinin milli hukukuna tabi olduğu açıkça hüküm altına alınarak bu husus uygulanacak hukukun kapsamı dışında bırakılmıştır.

MÖHUK'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasında, milli hukukuna göre ehil olmayan kişilerin, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil olmaları halinde, yaptığı hukuki işlemle bağlı oldukları düzenlenmiştir.

Uygulanacak hukukun kapsamı dışında kalan bir diğer hal, elektronik sözleşmelerin şeklidir. MÖHUK'nun 7. maddesi uyarınca, sözleşme, yapıldığı yer hukukunun veya sözleşmenin esasına uygulanması gereken hukukun öngördüğü şekil kurallarına uygun olarak yapıldığı takdirde geçerlidir.

Elektronik sözleşmelerin şekil bakımından geçerliliği, özellikle elektronik imza konusunda önem arz etmektedir. MÖHUK'nun 7. maddesinden hareketle, sözleşmenin yapıldığı veya sözleşmenin yapıldığı sırada tarafların buldukları ülke hukuku elektronik imzayı geçerli kabul etmese dahi, taraflarca seçilen hukukun elektronik imzayı geçerli kabul etmesi halinde sözleşme şekil bakımından geçerli olacaktır. Aynı şekilde, tarafların seçtikleri hukukun elektronik imzayı geçerli kabul etmemesine rağmen, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku buna imkân tanıyorsa sözleşme bu halde de şekil bakımından geçerli olacaktır.

2. Elektronik Sözleşmelere Özgü

Maddi Özel Hukuk Kuralları (Lex Electronica)

a. Genel Olarak

Doktrinde, uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelere uygulanacak kuralların tespitinde başvuru kanunlar ihtilafı yönteminin, elektronik sözleşmeler bakımından uygun bir yöntem olmadığı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, kanunlar ihtilafı kuralları, uluslararası nitelikli hukuki ilişkilere, bu ilişkilerle bağlantılı ülkelerin iç hukuk kurallarının uygulanmasını öngörmektedir. Ancak iç hukuk ilişkilerinden farklı bir takım özellikler taşıyan uluslararası nitelikli ilişkilere, tamamen iç hukuk ilişkileri için öngörülmuş kuralların uygulanması

her zaman yeterli ve uygun olmayabilir. Bu nedenle uluslararası nitelikli elektronik sözleşmelere, *lex electronica* olarak isimlendirilen ve bu sözleşmelere özgü olan kurallar uygulanmalıdır.¹⁰⁰

Ancak şunu belirtmek gerekir ki, *lex electronica*, belirli bir alanda faaliyet gösteren kişilerin karşılaştıkları belirli problemlere çözüm bulmak üzere düzenledikleri kurallar olduğundan, bunların elektronik sözleşmelerden doğan bütün hukuki uyumsuzluklara uygulanacak kuralları kapsamaması mümkün değildir. Dolayısıyla uluslararası nitelikli elektronik sözleşmelere *lex electronica*'nın yanında, kanunlar ihtilafı kuralları da uygulanmalıdır.

b. Lex Electronicanın Kaynakları

Bu kuralların bir bölümü, bizzat elektronik ticaret ile uğraşan kişilerin yaşayarak, benzer olaylar karşısında benzer şekilde davranarak zamanla ortaya koydukları kurallar iken; bir bölümü ise, birçok uluslararası kuruluş tarafından elektronik ticareti geliştirmek amacı ile tespit edilen kurallardır.¹⁰¹

aa. Autoregulation (Autoreglemention)

Autoregulation, belirli bir alandaki düzenlemelerin, bizzat bu alanda faaliyet gösteren kişiler tarafından hazırlanması ve bu kurallara uyulmasının da yine bu kişilerce sağlanmasıdır. Bu yöntem neticesinde belirlenen kurallar, örf ve adet kuralı olarak nitelendirilmiştir.¹⁰² Ancak bu kuralların örf ve adet kuralı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü örf ve adet kuralı olmanın bir şartı olan, kendiliğinden meydana gelme şartı bu kurallar bakımından gerçekleşmemiştir.

Elektronik ticaret ve elektronik sözleşmeler, yeni bir alan olduğundan, henüz bu sözleşmelere özgü, yerleşmiş, uygulamadan kaynaklanan davranış kuralları bütünü mevcut değildir. Ancak, gerek elektronik ticaret kullanımının yaygınlaşması ve gerekse davranış kurallarının oluşturulmasına yönelik teşvik edici uygulamalar neticesin-

¹⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocasakal Özdemir, s. 167-168.

¹⁰¹ Kocasakal Özdemir, s. 168.

¹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz., Kocasakal Özdemir, s. 168.

de, elektronik sözleşmelere özgü bu tür kuralların oluşması mümkün olabilecektir.¹⁰³

bb. Uluslararası Kuruluşlarca Oluşturulan Kurallar

Bilgisayar teknolojisinin ve buna bağlı olarak elektronik ticaretin hızla ilerlemesi, Avrupa Konseyi, UNCITRAL, Dünya Ticaret Örgütü (WTO), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) gibi bazı uluslararası kuruluşların bu alanı düzenlemeye yönelik kurallar oluşturmalarına yol açmıştır. Bu kurallar başlangıçta tavsiyeler, tip sözleşmeler gibi sadece sözleşmesel değeri olan hukuki araçlar olarak ortaya çıkmalarına karşın, daha sonra zorlayıcı gücü olan hukuki şekillere bürünmüşlerdir.¹⁰⁴

SONUÇ

Elektronik sözleşme kavramı, genel olarak, sözleşmenin kurulmasında ve bazen de ifasında internetin kullanıldığı sözleşmeleri ifade etmektedir. Bundan da anlaşıldığı üzere internet elektronik sözleşmelerin kurulmasında yalnızca bir araçtır. Dolayısıyla sözleşmelerin kurulması, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı an konusunda Borçlar Kanunu'nda yer alan kurallar uygun düştüğü ölçüde elektronik sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Elektronik sözleşmelerde icabın yapılmasında, klasik iletişim araçlarından farklı olarak, web sitesi veya elektronik posta gibi araçlar kullanılmaktadır. İcabın yapılmasında farklı araçlar kullanılmış olsa dahi, bir beyanın icap niteliği taşıması için aranan şartlar, web sitesi veya elektronik posta aracılığıyla açıklanan irade beyanları için de geçerli olacaktır. Dolayısıyla web sitelerinde yer alan bilgiler, sözleşmenin objektif bakımdan esaslı unsurlarını içermesi ve satıcı veya hizmet sunan tarafın yapmış olduğu teklifi ile bağlı olmadığını gösteren bir ifadeyi içermemesi halinde icap olarak nitelendirilebilir.

Elektronik sözleşmeler, bu sözleşmelerin kullanımında kullanılan araçlara bağlı olarak hazırlar arası ve hazır olmayanlar arası elektronik sözleşmeler olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Elektronik sözleşmeler,

¹⁰³ Kocasakal Özdemir, s. 171.

¹⁰⁴ Kocasakal Özdemir, s. 172.

kuruluşlarında kullanılan araca bağılı olarak bazı hallerde katılmalı (iltihaki) sözleşme niteliği de kazanabilmektedir.

Ayrıca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise mesafeli sözleşme olarak nitelendirilmiştir.

Elektronik sözleşmelerin uluslararası nitelik taşıması halinde, bu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti hususunda özel olarak hazırlanmış kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değildir. Dolayısıyla mevcut kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukuku belirlemek için kullandığı kriterler, elektronik sözleşmeler bakımından da uygulanacaktır.

Yeni MÖHUK'nun 24/4. maddesi ile ifa yeri kriterinin kaldırılarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskenin bulunduğu yerin esas alınması, diğer sözleşmelerde olduğu gibi elektronik sözleşmelerde de uygulanacak hukukun tespitinde ortaya çıkabilecek belirsizlikleri ortadan kaldıracaktır.

Uluslararası nitelikli elektronik sözleşmelere, *lex electronica* olarak adlandırılan ve bu sözleşmelere özgü olan kuralların uygulanması öngörülmektedir. Ancak *lex electronica*, belirli bir alanda faaliyet gösteren kişilerin karşılaştıkları belirli problemlere çözüm bulmak üzere düzenledikleri kurallar olduğundan, bunların elektronik sözleşmelerden doğan bütün hukuki uyumsuzlıklara uygulanacak kuralları kapsamaması mümkün değildir. Dolayısıyla uluslararası nitelikli elektronik sözleşmelere *lex electronica*nın yanında, kanunlar ihtilafı kuralları da uygulanmalıdır.

KAYNAKLAR¹⁰⁵

Altınışık, Ulvi; Elektronik Sözleşmeler, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.

Aybay, Rona/Dardağan, Esra; Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul, Aybay Yayınları, 2001.

Birsen, Kemaleddin; Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri, 4. Bası, İstanbul 1967.

¹⁰⁵ Birden fazla eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içinde belirtilmiştir.

- Çelikel, Aysel; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.
- Doğan, Vahit; *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- Ekşi, Nuray; "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul, 1997-1998, Sayı 1-2, s. 163-181.
- Eren, Fikret; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2003.
- Erol, Hüseyin/Akçayol, M.Ali, "Türkiye'de Elektronik İmza Uygulamalarında Durum Analizi ve Önerileri", *Türk Hukuk Dünyası*, 2007, Sayı 3, s. 157-174.
- Gezder, Ümit; *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- Güngör, Gülin; "İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akitleri ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997, Sayı 1-4, s. 101-120 (Elektronik Tüketici Akitleri).
- Güngör, Gülin; "Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Cilt 51, Sayı 1, s. 19-42 (Elektronik Akitlerin Kuruluşu).
- Keser Berber, Leyla; "İmzalıyorum O Halde Varım" Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2000, Sayı II, s. 503-556.
- Kırca, Çiğdem; "İnternette Sözleşme Kurulması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2000, Cilt XX, Sayı 4, s.99-119.
- Kocasakal Özdemir Hatice; *Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003.
- Mehring, Josef; "Vertragsabschluss im Internet, Eine neue Herausforderung für das alte BGB", *Multimedia und Recht*, 1998, s. 30 vd.

Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal; *Devletler Hususi Hukuku*, 12. Bası, İstanbul Beta Yayınları, 2003.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, İstanbul, Filiz Yayınları, 2000.

Öngören, Gürsel; *İnternet Hukuku*, İstanbul, Öngören Yayınları, 2006.

Özel, Sibel; "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II' de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2002, Sayı 2, s. 577-617.

Özsunay, Ergun; "Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları", *Uluslararası İnternet Sempozyumu-2001*, İzmir 2002, s. 121-143.

Reisoğlu, Safa; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 1999.

Rüssmann, Helmut; " İnternette Hukuki İşlemler: Hukuki Geçerliliği ve İspat (Alman Hukukuna Göre)", (Çev. Özekes, Muhammett), *Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu-2001*, İzmir 2002, s. 325-353.

Sözer, Bülent; *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul, Beta Yayınları, 2002.

Şenocak, Zariye; "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 50, Sayı 2, s. 97-135 (Dijital İmza).

Şenocak, Zariye; "İnternette Kurulan Açık Artırma İle Satım Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt, 50, Sayı 3, s. 93-114 (İnternette Kurulan Satım Sözleşmesi).

Tekinalp, Gülören; *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları*, 7. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2002.

Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt 1, 5. Bası, İstanbul 1985.

Widmer Ursula/Baehler, Konrad; *Rechtsfragen beim elektronisch Commerce, Sichere Geschäftstransaktionen im Internet*, Zürich 1997.

www.e-ticaret.gov.tr.

TÜRKİYE SĞINMA SİSTEMİNİN SOSYAL BOYUTU

Sema BUZ*

Giriş

Türkiye çeşitli göç kategorilerini barındırması nedeniyle, göç çeşitliliği açısından zengin birikime sahip bir ülkedir. Türkiye, kendi içinde pek çok göç hareketine sahne olmanın yanı sıra hem göç alan hem de göç veren bir ülke olmuştur. Ancak bu çalışmada Türkiye'ye göçün bir türü olan sığınmacı ve mültecilere ilişkin ulusal göç ve iltica sisteminin sosyal boyutu açısından bir değerlendirmesi yapılacaktır. Çünkü Türkiye diğer ülkelerden farklı olarak topraklarına sığınanlara ilişkin coğrafi kısıtlamasını sürdürmektedir. Bu kapsamda sığınmacılar ülkemizde geçici olarak yaşamakta ve üçüncü bir ülkeye gitmeyi beklemektedirler. Bu anlamda Türkiye bir "geçiş" ülkesidir. Buna göre mülteci statüsü verme süreçlerinden başlayarak sığınmacı ve mültecilerin gereksinimlerinin ve ihtiyaç duydukları hizmetlerin farklılaştığını söylemek mümkündür. Ancak Türkiye'nin AB Müktesebatı gereği coğrafi kısıtlamasını kaldıracağını taahhüt etmesi gelecekteki sığınma politikasında büyük bir değişime yol açacaktır. Bu çalışmada sığınma alanında günümüzde var olan durum ve AB sürecinin getirdiği yeniliklerin yansımaları çerçevesinde Türkiye sığınma sisteminin sosyal boyutu tartışılmakta ve irdelenmektedir.

Uluslararası hukukta kabul gören mülteci tanımı, 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nde yapılmıştır. Bu sözleşmeye göre mülteci "1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar

* Dr., Hacettepe Üniversitesi İİBF Sosyal Hizmet Bölümü öğretim görevlisi.

sonucunda ırkı, dini, milliyeti, belli bir sosyal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulüm göreceği konusunda haklı bir korku taşıyan ve bu yüzden ülkesinden ayrılan ve korkusu nedeniyle geri dönemeyen veya dönmek istemeyen kişi" olarak tanımlanmıştır (Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, 1998: 64). 1967 yılında imzalanan New York Protokolü ile bu tanım geçerliliğini korumuş ancak coğrafya (Avrupa) ve tarih (1951'den önce meydana gelen olaylar) sınırlandırmasından vazgeçilmiştir. Sığınmacı ise 1951 sözleşmesinde geçen beş ölçüt (ırk, din, milliyet, belli bir sosyal gruba üyelik veya politik düşünceleri) nedeniyle zulüm görmekten haklı bir korku duyduğu için kendi ülkesinden ayrılan ve başka bir ülkeye sığınan ve mülteci olarak kalıcı yerleşimi bekleme sürecindeki kişileri ifade etmekte kullanılır.

Türkiye, her iki belgeyi imzalamıştır ve bu belgeleri temel alarak 1994 yılında kendi ulusal sığınma sürecine ilişkin "Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği" kabul ederek, uygulamalarını buna göre yürütmeyi seçmiştir. Bu yönetmelikte Türkiye coğrafi sınırlamasını korumayı seçerek, Avrupa dışından gelenleri "sığınmacı" olarak kabul etmekte ve üçüncü bir ülkeye göçmeleri konusunda geçici ikamet vermektedir. Avrupa'dan gelenler ise "mülteci" olarak kabul edilmektedir.

Türkiye'ye farklı ülkelerden kitlesel sığınmacıların gelişleri söz konusu olmaktadır. Bu gelişlerden ilki 1979'da İran'da Şah rejiminin devrilip, Humeyni rejiminin kurulmasının ve İran-İrak Savaşı'nın ardından yaklaşık bir milyon İranlı'nın Türkiye'ye gelişi. 1991 yılında ise Körfez Savaşı sırasında ve sonrasında yaklaşık 500.000 Kürt Irak'tan gelerek Türkiye'ye sığınmıştır. Bu sığınmacıların çoğu geri dönmeye rağmen, Irak'tan Türkiye'ye sığınmacı göçü azalan rakamlarla da olsa devam etmiştir. Benzer şekilde İran'dan da sığınmacı göçü bireysel düzeylerde sürmektedir. Öte yandan, 1980'li yılların sonunda Türkiye'ye Türk kökenli 300.000 Bulgaristan göçmeni sığınmacı olarak gelmiş bunların yarısından fazlası sonradan Bulgaristan'a geri dönmüştür. Daha sonra 1990'lı yılların sonunda yaklaşık 25.000 Bosnalı Türkiye'ye sığınmış, bunların da çoğu Dayton Antlaşması'ndan sonra ülkelerine geri dönmüştür. 1997 yılının sonuna gelindiğinde ise Bosna Hersek, İran ve Irak'tan 2.400 mültecinin ve 2.200 sığınmacının ülkede kaldığı

belirtilmektedir (İçduygu ve Toktaş 2005). Sayıları bu kadar olmamakla birlikte Somali, Afganistan, Sri Lanka ve Filistin'den de sığınmacılar bireysel olarak gelmektedir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği 2007 yılı verilerine göre Türkiye'nin farklı uydu illerinde ikamet etmekte olan mülteci olarak kabul edilenler ve sığınmacılar 12.086 kişidir (<http://www.unhcr.org.tr/MEP/index.aspx?pageId=118>).

1. Türkiye'deki Sığınmacılar için Gündelik Yaşam

Türkiye'ye çoğunlukla İran ve Irak'tan bireysel gelişler olmaktadır. Bu kişiler Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından gösterilen yaklaşık 30 ilde ikamet etmekte ve iltica talebi uygun bulunanlar Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği¹ tarafından üçüncü bir ülkeye yerleştirilmeyi beklemektedirler.

Kendi başlarına günlük yaşamlarını devam ettirmekte zorlanan sığınmacı ve mülteciler özellikle Türkiye'de bekleme süresinin uzamasıyla birlikte pek çok sorunla karşılaşmaktadırlar. Bu sorunlar, eğitim sorunları, psikososyal sorunlar, dil konusundaki güçlükler, sağlık sorunları, uyum sorunları, sosyal ilişki kurma sorunları, ekonomik sorunlar olarak sınıflandırılabilir. Bunlara kişinin evinden, ülkesinden ayrılmak zorunda kalarak başka bir ülkeye sığınması, yanında birikimlerini getirememesi, ülkesinde sahip olduğu statü ve kaynaklar kadar sosyal destek sistemleri denen aile, akraba, komşu gibi ilişki ağlarının yokluğu da eklendiğinde gündelik yaşamın sığınmacı ve mülteciler için ne kadar zorluklarla dolu olduğu daha iyi anlaşılabilir (Buz 2002).

Sığınmacıların Türkiye'de yaşadıkları sorunları Türkiye'ye geliş ve sığınma talebinde bulunulması ile başlayan sorunlar, bekleme sürecinde günlük yaşamda karşılaşılan sorunlar ve sığınma talebinin olumlu ya da olumsuz şekilde sonuçlanması ile ilgili sorunlar olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür (Buz 2002).

Türkiye'ye gelişlerinde ülkelerinde ve kaçış sırasında travmatik deneyimler yaşamışlardır. Kimlik yokluğu, sığınma başvurusu yapmada gecikme gibi durumlarla karşılaşabilirler (Angelis 1998).

¹ Bundan sonra metinde kısaltılmış hali olan BMMYK kullanılacaktır.

Bekleme sürecinde gündelik yaşamda karşılaştıkları sorunlar ise çeşitlilik göstermektedir. Tüm sığınmacı ve mülteciler için geçerli olan barınma, beslenme, giyim, psikososyal yardım, dil öğrenme gibi temel gereksinimlerin (Padilla 1997); anksiyete, depresyon, somatizasyon, uyku düzensizliği, dikkat eksikliği, Post Travmatik Stres Bozukluğu (PTSB) gibi durumların (Rado 1997; Summerfield 1991) Türkiye'deki sığınmacılar için de geçerli olduğu görülmektedir.

Sığınma talebinin kabul edilmesi sığınmacı için olumlu bir durumdur. Kabul edilenler üçüncü bir ülkeye yerleştirilmeyle bağlantılı kaygılar ve korkular yaşamaktadırlar. Ancak kabul edilmeyenlerin durumu çok güçleşmektedir. Bu durumda her ne kadar insani gerekçelerle kalmalarına bir süre daha izin verilse dahi, artık BMMYK'nın ilgi alanından çıkmakta ve dolayısıyla Türkiye'de kaçak olarak kalma-ya devam etmektedirler. Bu grubun yaşayabileceği korku, kaygı ve gelecek ile ilgili belirsizliği tahmin etmek hiç zor değildir.

2. Türkiye'deki Sığınmacıların Gereksinimlerine Yönelik Mevcut Hizmetler

Sığınmacı ve mültecilerin yaşadıkları sorunların çözümüne yönelik olarak Türkiye'de sistematik ve sürdürülebilir bir hizmetler ağı bulunmamaktadır. Sığınmacılara yönelik hizmetler kamu kuruluşları, uluslararası kuruluşlar, yerel yönetimler ve sivil toplum örgütleri tarafından yürütülmektedir ancak bu hizmetlerin sistematik sunulduğunu ve sürekli olduğunu söylemek mümkün değildir. Sığınmacı ve mültecilerin gereksinimlerinin karşılanmasında kamu kuruluşları tarafından sunulan sağlık ve eğitim hizmetlerinin yanı sıra sivil toplum örgütlerinin geliştirdiği projeler kapsamında sunulan destek ve danışmanlık hizmetleri (ör: BMMYK ve İKGV ortaklığında yürütülen Mültecilere Yönelik Psikososyal Destek Projesi) öne çıkmaktadır. Ancak özellikle sivil toplum örgütleri kaynak bulma ve yaratma konusundaki sıkıntıları nedeniyle hizmetlerinin sürdürülebilirliği konusunda pek çok sorun yaşamaktadırlar. Buradaki temel sorun Türkiye'nin coğrafi kısıtlamayı sürdürmesi nedeniyle sığınmacılar için Türkiye'nin geçiş ülkesi olmasından kaynaklanmaktadır. Geçici olarak ülkemizde kalan bu gruba ilişkin sistematik, bütüncül ve kapsayıcı bir hizmetler ağı kurulamamıştır. Verilen hizmetler dağınık, sürdürülebilirlik problemleri

olan ve çoğu zaman da bu alanda çalışan kişilerin iyi niyetlerine dayalı olarak yürütülen çalışmalar biçimindedir.

Sığınmacılara yönelik hizmetlere ilişkin olarak köken ülkeden kaçışlarına neden olan olaylardan başlayarak, kaçış sırasında yaşadıkları travmalar, aile bölünmesi, tehlikeli yolculuk ve Türkiye'deki gündelik yaşamda karşılaştıkları sorunlar dikkate alınarak hizmetlerin bu bütünlük içinde planlanması gereklidir (Buz 2004). Türkiye açısından bakıldığında "geçiş ülkesi" olma özelliğinin bu bütünlüklü ele alışı uygun olmadığı görülmektedir. Çünkü Türkiye'ye gelenler içinde Ortadoğu ülkelerinden gelenler büyük bir orandadır ve coğrafi kısıtlama nedeniyle zaten yasal olarak Türkiye'de yerleşmemektedirler.

Türkiye'deki sığınmacı ve mültecilere yönelik hizmetlerde bu grubun sahip olduğu haklar noktasından hareket edilerek bütünlüklü bir hizmet sisteminin geliştirilmesi gereklidir. Sığınma hakkı İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 14. maddesinde bir hak olarak düzenlenmiştir. Sığınmacı ve mülteciler için ortak birtakım haklar bulunmaktadır. Bu haklar;

1. Düşünce, ifade ve toplantı hakkı,
2. Alıkonma (gözaltı) ya karşı korunma hakkı
3. Adil yargılanma hakkı,
4. Seyahat özgürlüğü,
5. Çalışma hakkı,
6. Irk ayrımcılığına karşı sığınmacıları koruyan standartlar,
7. Mültecilerin zulüm görme riski bulunan yerlere gönderilmeme hakları (Altınışık ve Yıldırım 2002: 113-138).

Bu haklar perspektifine dayalı bir yaklaşıma göre örgütlenmiş hizmetler ağına büyük ihtiyaç bulunmaktadır. Bu ele alışı AB üyelik süreciyle bağlantılı gelişmeler büyük bir olanak yaratmaktadır.

3. Türkiye'deki Sığınma Sisteminin Geliştirilmesi Konusundaki Güncel Gelişmeler

Güncel gelişmeler konusunda AB sürecinin büyük katkısı olmuştur. Türkiye imzaladığı AB Katılım Ortaklığı Belgesi ile;

Kısa vadede: Yasadışı göçle mücadelelerin güçlendirilmesi, Avrupa Komisyonu ile bir geri kabul anlaşmasının imzalanması kararlaştırılmıştır.

Orta vadede: Sığınma alanında AB mevzuatına uyum sağlanması, 1951 Cenevre Sözleşmesi'yle getirilen coğrafi kısıtlamanın kaldırılmasıyla ilgili çalışmalara başlanması, sığınma başvuruları sisteminin güçlendirilmesi, sığınmacılar ve mülteciler için konaklama birimleri ve sosyal destek sağlanması konuları görüşülmüştür.

Coğrafi kısıtlamanın kaldırılacağına taahhüt edilmesi çok önemli bir gelişmedir. Ancak coğrafi kısıtlamanın kaldırılması için Türkiye iki koşul ileri sürmüştür: doğrudan bir mülteci akınına teşvik etmeyecek şekilde gerekli altyapı ve mevzuat değişikliklerinin gerçekleştirilmesi, diğeri ise Avrupa Birliği ülkelerinin külfet paylaşımı konusunda gerekli hassasiyeti göstermesidir (Odman 2006).

Türkiye'deki sığınma sisteminin geliştirilmesinde AB müktesebatının temelini oluşturan 1999 tarihli Amsterdam Antlaşması'nın büyük etkisi bulunmaktadır. Bu antlaşma, birliğin, özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü ilkeleri üzerine kurulmuştur. Bu çerçevede, ortak ilkeler temelinde uluslararası korumadan yararlanmak isteyen yabancılara (üçüncü ülke vatandaşlarına) uygun bir statü sunmak ve geri göndermeme (*non-refoulement*) ilkesine uygun davranmak amacıyla mülteci koruması, ikincil koruma ve geçici koruma konularında ortak politika geliştirilmesi ve uygulamalarının uyumlaştırılması istenmektedir. Bunun yanı sıra, söz konusu kişilerin insani ihtiyaçlarına cevap verme kabiliyetine sahip olunması ve bu kişilerin buldukları ülkenin toplumu ile bütünleşmesini sağlamaya yönelik düzenlemelerin yapılması konuları üye ülkeler için bir zorunluluk olarak ortaya konmaktadır (İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Genelgesi 2006).

İlgili düzenlemelerde söz konusu kişilere, AB vatandaşlarına sağlanan haklara yakın bir dizi tek tip haklar (örneğin: ikamet hakkı, öğrenim görme hakkı ve ücretli veya serbest meslek sahibi olarak çalışma hakkı gibi) ve yükümlülükler verilmesi ve Birlik vatandaşlarına uygulandığı şekliyle hakkaniyetli muamele gösterilmesi gerektiği vurgulanmakta, ayrıca iltica ve göç müktesebatı uygulanırken ekonomik, sosyal ve kültürel hayatta ayrımcılık, ırkçılık ve yabancı düşmanlığına

karşı tedbirlerin geliştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir (İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Genelgesi 2006).

Bu süreç beraberinde AB çapında birtakım ortak standartların Türkiye açısından kabulünü de beraberinde getirmektedir. Bu gelişmelerden birisi de 2003 tarihinde çıkarılan “*Sığınmacıların Ülkeye Kabulüne İlişkin Asgari Standartları Belirleyen Konsey Yönergesi*” olarak adlandırılan AB Konseyi Kabul Koşulları Yönergesi’dir. Bu yönerge iltica/sığınma başvurusu yapanlara, onurlu bir yaşam standardı ve uygun yaşam koşulları sağlamak açısından normal şartlarda yeterli olacak asgari ülkeye kabul standartlarını ortaya koymakta ve tüm AB üye devletlerinde ulusal mevzuata yansıtılması gereken hükümlere dikkat çekmektedir. Yönergenin temel vurgusu:

– Sığınmacılara, iltica talepleri incelenirken insan onuruna yakışır yaşam koşulları sağlaması,

– Üye devletler açısından ülkeye kabul ile ilgili standartlar geliştirilmesidir (Tokcan 2005).

Bu yönerge kapsamındakiler 1951 sözleşmesine göre iltica başvurusunda bulunanlar olarak tanımlanmış ancak başka sebeplerden (tıbbi ve farklı nedenler) koruma arayanlara devletlerin isterlerse bu hakları tanıyabilecekleri belirtilmiştir.

Yönergede özellikle yer alan konular:

- Refakatsiz küçükler, yaşlılar, yanlarında küçük çocuklar bulunan bekar ebeveynler, hamile kadınlar, özürlüler, işkence, tecavüz diğer ciddi psikolojik, fiziksel ya da cinsel şiddete maruz kalmış kişiler olmak üzere hassas durumdaki kişiler ve özel ihtiyaçları bulunan grupların ihtiyaçlarına cevap verecek tedbirler,

- Sağlık, bakım, eğitim, kimlik belgelerinin sağlanması ve hukuki yardım da dahil olmak üzere sığınma prosedürlerine ilişkin önemli konular,

- Kabul ve konaklama merkezlerinin kurulması, sığınmacılar ile yetkili makamlar arasında uygun bir koordinasyonun teşvik edilmesi,

- Yardım sağlayan kuruluş ya da gruplarla irtibat kurma imkanı sağlanması konuları yer almaktadır (AB Konseyi Kabul Koşulları Yönergesi 2005).

Sığınma sisteminin sosyal boyutuyla ilgili önemli bir diğer gelişme Türkiye'nin 2004 yılında tamamlanan "*İltica ve Göç Ulusal Eylem Planı*"dır. Bu eylem planı sığınma süreciyle ilgili Türkiye'nin AB Müktesebatıyla uyumlulaştırılması perspektifiyle hazırlanmıştır. Eylem Planına göre öncelikle iltica ve göçle ilgili bir ihtisas biriminin oluşturulması, sığınmacı kabul, barınma merkezleri kurulması, hızlandırılmış usuller, iltica kararına itiraz usulleri, geri göndermeme ve geri kabul antlaşmalarıyla ilgili bir hukuksal süreçle ilgili düzenlemeleri ve bunlardan sorumlu kuruluşları belirtmektedir. Eylem planının diğer yönü ise sığınma konusuyla ilgili sosyal alanda öngörülen düzenlemelerdir. Sosyal boyutla ilgili yabancıların çalışma izinleri, iş piyasasına erişim, ikamet konusu, entegrasyon sisteminin kurulması, eğitim programları, dil eğitimi, hassas gruplara yönelik hizmetler, sağlık olanakları, sosyal yardımlar, sosyal, ekonomik ve kültürel haklara erişim, toplumun bilinçlendirilmesi gibi düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerde ise ilgili bakanlıklar ve sivil toplum örgütlerinin birlikte çalışması vurgusu bulunmaktadır (İltica ve Göç Ulusal Eylem Planı 2005). Tüm bunlar sığınma ve göç alanında yeni bir gündemin oluşumu için uygun bir zemin sunabilecek niteliktedir.

AB Konseyi Kabul Koşulları Yönergesi ve Türkiye İltica ve Göç Eylem Ulusal Eylem Planı, Türkiye'de sığınmacı ve mültecilere yönelik olarak yürütülen hizmetlerin sistematik hale getirilmesi ve sığınma konusunda ön plana çıkan "güvenlik" bakışı dışında sığınma olgusunun "sosyal" niteliğine de vurgu yapması boyutunda oldukça önemlidir. Sığınma olgusunun, köken ve varış ülkesi açısından politik, ekonomik, kültürel ve sosyal çıktıları olduğu açıktır. Sığınma sürecinin genellikle travmatik olarak gerçekleşmesi sosyal boyutta yapılması gerekenlerin önemini arttırmaktadır.

AB sürecinin yarattığı bu güncel gelişmelerin sunduğu önemli bir fırsat çok yönlü olarak adlandırabileceğimiz sığınma olgusuna multidisipliner çalışmalarla müdahale etmeye olanak sağlamasıdır. Burada temel konu sığınma konusunun sosyal boyutunun ihmal edilmeden insan haklarına dayalı bir bakış açısıyla gündeme getirilmesidir. Bu anlamda sığınmacının ülkeye kabulünden başlanarak statü belirleme süreci, uyum süreci, gündelik yaşamının düzenlenmesi ve yaşamla bütünleştirilmesi anlamında pek çok disiplinin bir arada çalışması gerekliliğine uygun bir olanak sunacak niteliktedir. Bu alanda hizmet ve-

ren sorumlu kuruluşlar boyutunda da kamu ve sivil toplumun birlikte çalışmasına özel önem verildiği görülmektedir.

Sonuç

Türkiye'deki sığınma sistemine ilişkin, mülteci statüsü tanıma noktasında Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ve İçişleri Bakanlığı tarafından yürütülen sığınma prosedürü düşünüldüğünde statü tanıma sürecinin uzunluğu en temel eleştiri olarak ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra sığınmacıların günlük yaşamlarında karşılaştıkları sorunların çözümüne yönelik olarak verilen hizmetlerin oldukça dağınık, sürdürülebilirliği olmayan ve projeler bazında yürütülen hizmetlerden oluştuğu görülmektedir. Sığınmacıların gereksinimlerinin karşılanması ve insan onuruna yaraşır bir yaşam standardına sahip olmaları Türkiye'nin sığınmacı ve mülteciler için geçiş ülkesi konumunu sürdürmesi nedeniyle olanaklı görülmemekteydi. Ancak AB müktesebatı ve göçle ilgili ulusal mekanizmalar oluşturma ve coğrafi kısıtlamanın kaldırılmasını da içeren düzenlemeler, sığınmacı ve mülteciler için Türkiye'deki yaşamları açısından olumlu gelişmeleri içinde barındırmaktadır. AB süreciyle birlikte Konsey Kabul Koşulları Yönergesi ve Türkiye Göç ve İltica Ulusal Eylem Planı bir anlamda Türkiye'deki sığınma sisteminin eksik olan sosyal boyutuna ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Sığınma sürecindeki uygulamalarda da sosyal boyutun güvenlik boyutu ve hukuksal boyut gibi göz önünde tutulması gerekmektedir.

Sığınma sistemine ilişkin bu yeni yapılanmada, sosyal boyutun düzenlenmesi ve hassas gruplar başta olmak üzere sığınma sürecinin insan onuruna yakışır bir standarda kavuşturulmasıyla ilgili vurgu dikkati çekmektedir. Bu sosyal boyutun ulusal göç ve iltica sisteminin tüm aşamaları içinde yer alması gerekmektedir. Sosyal boyutun içeriğini sığınmacı ve mültecilerin temel gereksinimlerinin tespiti, bu gereksinimlere yönelik kaynakların artırılması ve sürekli kılınması, tüm politika ve hizmetlerde sığınmacıların katılımının sağlanması, incinebilir grupların gözden kaçırılmaması olarak tanımlamak mümkün görünmektedir. Bu düzenlemelerin haklar perspektifine dayalı olarak sunulması büyük önem taşımaktadır.

Sosyal boyut, temel gereksinimlerin karşılanması, sığınmacıların uyumunu sağlama ve bekleme sürecinin mümkün olduğu ölçüde iyi bir şekilde atlatılması, kişinin stresten uzak gündelik yaşamını sürdürmesine odaklanmalıdır. Bu süreçte aynı etnik gruptan kişilerin kültürel kimliklerini sürdürebilmeleri için ulaşılabilir yakınlıkta oturmalarını sağlayan konut ve yerleşim olanakları, dil öğretimi, kariyer danışmanlığı, meslek eğitimi, sosyal izolasyon duygusunu azaltmak için eğlence ve sosyal etkinlikler, kendine yardım grupları oluşturulması, sağlık hizmetleri, gelir getirici olanaklar, aynı etnik gruptan yardımcı meslek elemanlarının yetiştirilmesi, çevirmenlik hizmetleri, danışmanlık hizmetleri, aile bütünlüğünün sağlanması politikası doğrultusunda yakınlarının gelmesine izin verilmesi ve halk eğitimi programları gibi çok geniş yelpazede sunulması gereken bir hizmet ağı yapılanmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu hizmetler, Türkiye'nin coğrafi kısıtlamasını kaldıracağı ve kalıcı mülteci yerleşimlerine uygun hale geleceğini taahhüt ettiği AB süreci açısından da önemlidir. Böyle bir sistemin hayata geçmesi ise Türkiye iltica ve göç sistemine hukuksal, siyasal ve sosyal tüm boyutlardan bakmayı gerekli kılmaktadır. Sığınma alanındaki uygulamanın da evrensel hukuk normları ve AB ortak prosedürleriyle eş bir şekilde yürütülmesi açısından bu alanda çalışan nitelikli personelin yetiştirilmesi ve istihdamı önemli bir konudur ve bu konuyla ilgili eğitim çalışmaları hızlı bir şekilde sürmektedir. Ortak standart oluşturma ve var olan sığınma sistemini güçlendirmek uzun vadeli, kalıcı ve sürekliliği hedefleyen çabalarla mümkün olabilir ve süreç içi değerlendirmeler ve izleme mekanizmalarının işletilmesi bu anlamda büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKLAR

- AB Konseyi Kabul Koşulları Yönergesi, *İltica ve Göç Mevzuatı*. BMMYK ve İçişleri Bakanlığı ortak yayını, Ankara 2005.
- Altınışik, Ç./M. Ş. Yıldırım, *Mülteci Haklarının Korunması*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2002.
- Angelis, D. Furio "Bu Benim Başıma Gelir Miydi? Mülteci Sorunu ve Uluslararası Toplumun Buna Yanıtı", *Umuda Doğru Dergisi Sığınmacılar ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği Yayını*, Yıl 2, Sayı 4, 1998.

- Sığınma ve Mülteci Konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler, *Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Yayınları*, Ankara 1998.
- BMMYK 2007 Yılı Türkiye İstatistikleri 13.01.2008, <http://www.unhcr.org.tr/MEP/index.aspx?pageId=118>.
- Buz, Sema, "Türkiye'deki Sığınmacıların Üçüncü Bir Ülkeye Gidiş İçin Bekleme Sürecinde Karşılaştıkları Sorunlar" Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Hizmet Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002.
- Buz, Sema, *Zorunlu Çıkış Zorlu Kabul Mültecilik*, Sığınmacılar ve Göçmenlerle Dayanışma Derneği Yayınları No: 5, Ankara 2004.
- İçduygu, A./İ. Sirkeci, "Cumhuriyet Dönemi Türkiye'sinde Göç Hareketleri", *75 Yılda Köylerden Şehirlere*, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul 1999.
- İçduygu, A./Ş. Toktaş, Yurtdışından Gelenlerin Nicelik ve Niteliklerinin Tespitinde Sorunlar, *TUBA Raporları*, Sayı 12, Ankara 2005.
- İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Göç ve İltica Genelgesi, 2006.
- Odman, M. Tevfik, "Mülteci Hukuku Türk Mülteci Politikası ve Uygulaması", *Güncel Hukuk Dergisi*, Sayı 26, 2006.
- Padilla, C. Yolanda, "Immigrant Policy: Issues for Social Work Practice", *Social Work Journal of the National Association of Social Workers*, 42 (6), 1997.
- Rado, Ted, "Psychoreactive Depression: Refugees and Alcohol Abuse", *Migration World Magazine*, 25 (5), 1997.
- Summerfield, Derek, "Mental Health of Refugees and Displaced Person", *The Lancet*, 338 (8), 1991.
- Tokcan, Işıl, "AB Konseyi Kabul Koşulları Yönergesi", Sığınmacıların Kabul Koşullarına Dair İstişareler Toplantısı, Ankara 2005.
- İltica ve Göç Ulusal Eylem Planı, *İltica ve Göç Mevzuatı*, BMMYK ve İçişleri Bakanlığı ortak yayını, Ankara 2005.

ULUSLARARASI HUKUK BOYUTUYLA P E T R O L *

- I -

Serkan AĞAR**

"Bitmiş bir dünya başlıyor artık..."

Paul Valery, Regards sur le monde actual

I. Giriş

Yakın bir zamana kadar dünya, sonsuz ve tükenmeyecek bir yer olarak görülmekte idi; fakat bugün insanoğlunun keşfedilmemiş ve ulaşılamamış hiçbir noktası bulunmayan bu gezegenden başka yaşayacak başka bir yerinin olmadığı anlaşılmıştır.¹ İşte "petrol", insanoğlunun durmadan tüketmeye devam ettiği yenilenemeyen kaynaklardan belki de en önemlisidir.

Günümüzde, toplam enerji kaynaklarının %90'ını fosil kaynaklı yakıtlar oluşturmakta ve bunların %45'i petrole dayanmaktadır. Petrolün fosil kaynaklı yakıtlar içindeki payının artması ve 2030 yılına gelindiğinde %58'e çıkması beklenmektedir.²

* Çalışmanın, derginin hacmi dikkate alınarak, iki bölüm halinde yayımlanması uygun görülmüştür.

** Av., Ankara Barosu, Ankara Ü. SB Ens. Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

¹ Jacquard, A., *Dünya Kaynakları Bize Yetecek mi?*, Le Monde Diplomatique-Vatan, 04-10 Nisan 2004, s. 6.

² Fosil kaynaklı yakıtların kullanımının giderek artması, "küresel ısınma" sorununu gündeme getirmektedir. Fosil kaynaklı yakıtların kullanımı ile küresel ısınmanın ortaya çıkması sorunu Hollywood'a da ilham vermiş ve küresel ısınmanın ardından dünyanın tekrar buz çağını yaşamasını konu edinen fantastik felaket filmi "The Day After Tomorrow" Mayıs 2004'te gösterime girmiştir.

Özellikle sanayileşme ve büyüme ile birlikte tüketimi artan petrol, Ortadoğu ülkelerinin elinde bulunmakta ve petrol fiyatları yine Ortadoğu ülkelerinin çoğunlukta bulunduğu bir kartel (OPEC) tarafından belirlenmektedir. Bu olgu, farklı ekonomik ve kültürel yapılardaki ülkeleri birbirine bağımlı hale getirmekte ve petrol piyasasına spekülasyon bir yapı vermektedir. Bu özelliği ile petrol, bir yeraltı zenginliği olmasının ötesinde uluslararası siyasi ve ekonomik stratejilerin biçimlenmesinde önemli bir rol üstlenmektedir.

Bu çalışmada, önce petrolün bir kaynak olarak özellikleri üzerinde durulacak, ardından bir meta olarak üretimi, tüketimi ve ticareti konularına değinilecektir. Günümüzde petrol fiyatları önemli bir siyasi ve ekonomik araç niteliğini taşıdığından bu konu tarihi perspektiften kısaca irdelenmeye çalışılacaktır. Daha sonra petrolün gemi ve boru hatları marifetiyle taşınması konusu çeşitli yönleri ile incelenecektir. Ardından önemli petrol tedarikçisi ülkeler ile teşkilatlar inceleme konusu yapılacak ve genel bir değerlendirme ile çalışma noktalanacaktır.

II. Petrol?

Birbirinden farklı birçok alanda yoğun olarak kullanılan petrol, adını, Yunanca ve Latince'de "taş" anlamına gelen "petra" ile "yağ" anlamına gelen "oleum" sözcüklerinden almaktadır (Petroleum).³

Petrol koyu renkli, yapışkan ve yanıcı bir sıvıdır ve metan, etan, propan, butan gibi bir takım hidrokarbonların karışımından oluşmaktadır. Özel bir kimyasal bileşimi bulunmayan petrolün, bünyesinde taşıdığı değişik kimyasal bileşimlere sahip hidrokarbonlar nedeniyle farklı tipleri bulunmaktadır.

Ham petrol sıvı halinde genellikle kahverengi, koyu yeşil ya da siyah renktedir. Yoğunluğu, kimyasal bileşimine ve viskozitesine (yapışkanlık) göre değişmektedir.⁴ Bugün petrol endüstrisinde petrolün özgül ağırlığı yerine, bununla ters orantılı "API gravite derecesi" kullanılmaktadır. Gravite derecesi büyüdükçe petrolün yoğunluğu kü-

³ Petrol yer altında "rezervuar" denen kumtaşları ya da kireçtaşları içerisinde bulunduğu için bu biçimde adlandırılmıştır.

⁴ Örneğin en hafif olarak bilinen Rus petrolünün özgül ağırlığı 0.650 gr/cm³ ve en ağır olarak bilinen Meksika petrolünün özgül ağırlığı ise 1.080 gr/cm³ tür.

çölmekte, kalitesi yükselmektedir. Viskozite değeri yüksek olan petrol ise, boru hattı içerisinde kolayca akmamaktadır.⁵

Ham petrolün rafine edilmesi ile daha değerli ürünler elde edilmektedir. Üretim sırası ile bunlar; rafineri yakıt gazı, sıvılaştırılmış petrol gazı (LPG), nafta, normal benzin, süper benzin, kurşunsuz benzin, solvent, jet yakıtı, gazyağı, motorin, kalorifer yakıtı, fuel oil, asfalt, ve madeni yağdır.

Yağlar ve asfalt gibi ürünler ham petrolün rafine edilmesi ile elde edilen yakıtlar dışındaki ürünler arasındadır. Ham petrolün arıtımı ile parfüm ve böcek ilaçları gibi çeşitli ikincil ürünler de elde edilmektedir. Ayrıca sayılan ürünlerin bir kısmı petrokimya endüstrisinde girdi ya da destek ürün olarak kullanılmaktadır. Temel petrokimya ürünleri; etil, propilen, benzen, amonyak, metanol vb. olarak sayılmakta ise de, bunlar dışında 4.000'in üzerinde petrokimya ürünü bulunmaktadır. Petrokimya endüstrisinin nihai ürünleri, genel olarak, plastik, sentetik lifler, sentetik kauçuk, deterjan ve kimyasal gübreler olarak sınıflandırılabilir.⁶

Ham petrol, ilk kez 19'uncu yüzyılda ABD'de geniş çaplı olarak ticari amaçla piyasaya sürüldüğünde tahta variller içinde tutulduğu için varil ile ölçülmeye başlanmıştır.⁷ Bugünkü rezervler ile yıllık üretim ve tüketim miktarları dikkate alındığında petrolün 40 yıl, doğalgazın 62 yıl ve kömürün ise 216 yıl sonra tükeneceği öngörülmektedir. Petrolün tüketimindeki artış üretimindeki artıştan hızlı olup, yeni rezerv arayışları hız kazanmaktadır. Günümüzde fosil kaynaklı yakıtlar toplam enerji kaynaklarının %90'ını oluşturmakta, bunların da ticaretinin %45'i petrole dayanmaktadır.⁸

⁵ <http://www.pmo.org.tr/>

⁶ <http://www.opec.org/>

⁷ 1 varil, 159 litre ve 42 ABD galonuna; 1 ton ise, 7,33 varile denk gelmektedir.

⁸ 2030 yılına gelindiğinde, petrolün fosil kaynaklı yakıt ticareti içindeki yerinin %58'e yükselmesi beklenmektedir. 30 yıl sonra, toplam petrol talebi 120 milyon varili geçecek ve en yüksek petrol talebi %64 ile taşımacılık sektöründen gelecektir. Sanayi kaynaklı talep, toplamın %16'sını ve elektrik kaynaklı talep %6'sını oluştururken, diğer sektörlerin enerji talebi toplamın %14'ünde kalacaktır.

III. Petrolün Tanımı, Üretim ve Tüketimi

A. Petrol Rezervleri ve Dağılımı

Günümüzde kesinleşmiş petrol rezervlerine 40 yıl, doğalgaz rezervlerine ise 62 yıl ömür biçilmektedir. 1980 yılından bu yana, net petrol rezervleri %60 ve doğalgaz rezervleri %109 artmıştır.⁹ 11 trilyon varilin üzerinde olan dünya üzerindeki petrol rezervlerinin %78'i OPEC ülkelerinde, %16'sı OPEC üyesi olmayan ülkelerde (eski SSCB ülkeleri hariç) yer almaktadır. OECD ülkelerinde yer alan petrol rezervleri %8'lik bir payı oluşturmaktadır.

Dünya ham petrol rezervlerine bakıldığında ise dünyada toplam ham petrol rezervi 1 trilyon 208 milyar varil düzeyinde bulunmaktadır. Bu miktarın %61,4'ü Ortadoğu'da, %11,9'u Avrupa ve Avrasya'da, %9,7'si Afrika'da, %8,5'i Orta ve Güney Amerika'da, %4,9'u Kuzey Amerika'da, %3,35'i Asya ve Uzakdoğu'da bulunmaktadır.

Ülke bazında bakıldığında ise Suudi Arabistan'da bilinen 264.3 milyar varil, İran'da 137.5 milyar varil,¹⁰ Irak'ta 115 milyar varil, Kuveyt'te 101.5 milyar varil, Birleşik Arap Emirlikleri'nde 97.8 milyar varil, Venezüella'da 80 milyar varil, Rusya'da 79.5 milyar varil, Libya'da 41.5 milyar varil, Kazakistan'da ise 39.8 milyar varil ham petrol rezervi bulunmaktadır.

ABD, Meksika ve Kanada'da da önemli petrol rezervleri bulunmaktadır. Meksika, OPEC üyesi olmayan önemli bir petrol üreticisi konumundadır. Kaynakların yoğun kullanımı sonucu Meksika rezerv-

⁹ Petrolde yeni rezerv arayışları, teknolojik ve ekonomik gelişmelere koşut olarak hız kazanmıştır. Rusya'nın doğu sahilindeki Sakalin Adası'nda, Kuzey Denizi'nde ve Hazar Denizi'nin Rusya kesiminde büyük petrol rezervlerinin olduğu sanılmaktadır. Ayrıca Kazakistan'ın Kaşagan yöresinde 22 milyar varil petrol kapasitesi bulunduğu tahmin edilmektedir. Sovyetler Birliği'nden ayrılan diğer ülkelerde de Hazar Denizi tabanında yapılacak araştırmalar sonucu Kuzey Denizi'ndekine eşdeğer miktarda petrol rezervine ulaşılabileceği beklenmektedir, bu konuda bkz. Telhami, S., Hill, F., Al-Othman, A. A., Tahmassebi, H. C., *Does Saudi Arabia Still Matter?*, Foreign Affairs, Y. 81, S. 6, s. 167-178.

¹⁰ İran, Washington'ın ambargo baskılarına karşın son olarak petrol alanında Çin'le 2 milyar ABD Dolar'lık yeni bir anlaşmaya imza atmıştır. Anlaşma uyarınca Çin'in Sinopec şirketi, İran'daki Yadaveran petrol yatağının geliştirilmesi için yatırım yapacaktır. Yadaveran'dan günde 300 bin varil ham petrol çıkarılması hedeflenmektedir, <http://www.ntvmsnbc.com/news/429120.asp>, 11.12.2007.

leri özellikle 1990'lı yıllarda %45 oranında (23 milyar varil) azalmıştır.¹¹

Öte yandan, halen 113 milyar varillik petrol rezervi olan Irak'ta petrol rezerv araştırmaları İran-İrak Savaşı ile Körfez Savaşı'ndan dolayı tamamlanamamıştır. Ülkedeki petrol rezervlerinin büyük kısmı hiç araştırılmamış Batı Çölü'nde bulunmakta ve Irak'ın petrol rezervlerinin ABD'nin 100 yıllık ihtiyacını karşılayacak boyutta olduğu tahmin edilmektedir.

B. Üretimi

1974 yılında dünya petrol üretiminin yaklaşık %38'i Ortadoğu'dan karşılanmakta iken, 2001 yılına gelindiğinde bu oran %30'a düşmüştür. 1973 yılında dünya petrol üretiminin %53'ünü karşılayan OPEC ülkelerinin payı ise 2001 yılında %41 olarak gerçekleşmiştir.

OPEC ülkeleri bugün, üretimlerinin yaklaşık %20'sini yine kendileri tüketmektedir. İran'da bu oran %30'a çıkmakta, İran petrol üretiminin ancak %70'i ihraç edilmektedir. Petrol geliri artarak zenginleşen ülkelerde dahili tüketim giderek artmaktadır.¹² Ortadoğu'dan sonra %18,3 ile dünya petrol üretiminde ikinci sırada yer alan Kuzey Amerika içinde Kanada ve Meksika'nın payı artarken, en büyük bileşen olan ABD'nin üretimi 1985 yılından bu yana azalan bir gösterge takip etmektedir.¹³ OPEC ülkeleri ve Rusya dışındaki bölgelerde petrol üretimi ihracat amaçlı değil, iç tüketimi karşılama amacına yöneliktir.

Rusya'nın üretiminde, 2000 ve 2001 yılları boyunca ortalama günlük 878 bin varil artış gerçekleşmiştir. Bu büyük artış, Rusya'nın eski SSCB dönemindeki enerji sektöründeki ihtişamlı günlerini anımsatmıştır.¹⁴ 2001 yılında dünya petrol üretimi içinde Suudi Arabistan %11,8 ve ABD %9,8 pay almış, Rusya %9,7 pay ile bu ülkeleri izlemiştir. Eski

¹¹ Yıldırım, S., *Dünyada ve Türkiye'de Petrol*, T. C. Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı Ekonomik Araştırmalar ve Değerlendirme Genel Müdürlüğü, Ankara, Ağustos, 2003, s. 10

¹² Bkz Adelman, M. A., *World Oil Production & Prices (1947/2000)*, the Quarterly Review of Economics and Finance, S. 42, 169 - 191.

¹³ Yıldırım, s. 13.

¹⁴ Gerçekten Sovyetler Birliği'nin 1987 yılında ulaştığı günlük 12.6 milyon varil petrol üretimi, bugüne kadar tüm ülkeler içerisinde ulaşılan en yüksek üretim düzeyi olmuştur.

Sovyetler Birliği ülkeleri toplamına bakıldığında ise Suudi Arabistan'a eşdeğer miktarda üretim yapıldığı görülmektedir.

Irak'ta 1972 yılında devletleştirilen petrol sektörü, en yüksek üretim rakamlarına günlük 3.5 milyon varil ile 1979 yılında ulaşmıştır. İran Savaşı ve ardından gelen uluslararası yaptırımlar nedeniyle bir daha eski üretim rakamları yakalanamamıştır. 1989 yılında 2.8 milyon varil olan günlük petrol üretimi, 1991 yılında Körfez Savaşı'nın başlamasından sonra günde 279 bin varile kadar gerilemiştir. Rezervleri bakımından ikinci sırada yer alan Irak, bugün dünyanın toplam üretiminin ancak %3'ünü karşılamaktadır. Saddam sonrası Irak'taki petrol sektörüne ilişkin araştırma yapan Stratejik Araştırmalar Enstitüsü (Center For Strategic and International Studies-CSIS), savaş sonrasında Irak'ın günlük petrol üretiminin kısa vadede 3.2 milyon, 2010 yılı itibariyle de 4 milyon varile çıkabileceğini düşünmektedir. 2010 yılı günlük petrol üretimi için 5.5-6 milyon varil gibi iyimser tahminler de yapılmaktadır.¹⁵

Irak'ta saptanmış 73 petrol havzasından yalnızca 15 tanesi işletilmektedir, geri kalan yatakların işletilmesi için 30 milyar ABD Doları değerinde kaynak gerekmektedir. Öte yandan, 5 ya da 7 milyar ABD Doları miktarında yatırım ile Irak'ın petrol üretimi de 2010 yılında iki katına çıkarılabilecektir.¹⁶

Uluslararası Enerji Ajansı'nın 2006 yılı dünya enerji istatistikleri ile Petrol İşleri Genel Müdürlüğü ve BP Dünya Enerji İstatistikleri 2007 Raporu'ndan bir derleme yapıldığında, dünya genelinde 3 milyar 914 milyon ton ham petrol üretildiği görülmektedir. 2006 yılında toplam üretimin %31,2'si Ortadoğu, %21,6'sı Avrupa ve Avrasya'da, %16,5'i Kuzey Amerika'da, %12,1'i Afrika'da, %9,7'si Asya ve Uzakdoğu'da, %8,3'ü Orta ve Güney Amerika'da gerçekleştirilmiştir. Bugün itibariyle dünya ham petrol üretiminin %13,2'sini Suudi Arabistan, %12'sini Rusya, %7,8'sini ise ABD karşılamaktadır. Buna göre, Suudi Arabistan 519 milyon ton, Rusya 470 milyon ton, ABD ise 311.8 milyon ton ham petrol üretimi gerçekleştirmektedir. ABD'yi 205 milyon ton ile İran, 188 milyon ton ile Meksika, 183 milyon ton ile Çin, 162 milyon ton ile Venezüella, 143 milyon ton ile Kanada, 139 milyon ton ile Norveç ve 133 milyon ton ile Nijerya izlemektedir.

¹⁵ <http://www.ntvmsnbc.com.tr>, 22.01.2003.

¹⁶ Bkz Gürlelel, C. F., *Irak Harekatının Perde Arkası- Petrol*, Vizyon, S. 2, s. 20-29.

2000 yılında 352.6 milyon ton ham petrol üreten ABD, 2001 yılında 349.2 milyon ton, 2002 yılında 346.9 milyon ton, 2003 yılında 338.4 milyon ton, 2004 yılında 329.8 milyon ton, 2005 yılında 313.3 milyon ton ham petrol üretmiştir.

C. Tüketimi

1998 yılı dışında 1997-2001 yılları arasında tüketim üretimin üzerinde gerçekleşmiştir. 1997-2001 yılları arasında %3,9 oranında artan günlük ham petrol tüketimi, 2001 yılında günlük 75 milyon varil düzeyinde gerçekleşmiştir. Üretimin bu beş sene içindeki artışı ise %3,7'de kalmıştır.¹⁷

Bugün 77 milyon varile ulaşan günlük petrol tüketiminin 2001 yılı itibariyle %26'sı sadece ABD tarafından gerçekleştirilmiştir. Avrupa'nın toplam tüketimi ise genel toplamın %22'sini oluşturmaktadır. ABD, "kara altın" olarak bilinen ve dalgalanan fiyatları ile dünya piyasalarını sarsan ham petrole, halen tam anlamı ile "bağımlı"dır.

Küresel enerji talebi 1975-1990 yılları arasında dünya gayrisafi yurtiçi hasılasındaki artışa koşut olarak yıllık ortalama %2,3 oranında artmıştır. 1990 yılında, küresel tüketimin %18'i eski Sovyetler Birliği ülkelerinden gelmekte idi. Ayrıca, eski Sovyetler Birliği'nin tüketimi ABD'nin tüketiminin %75'ine ulaşmakta ve küresel talebi doğrudan etkilemekteydi. 1991 yılında Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından, bu bölgedeki ülkelerin kişi başına enerji tüketimi Avrupa düzeylerine kadar düşmüş ve bunun etkisi ile küresel enerji tüketimindeki artış yıllık %1,44'e gerilemiştir. 2001 yılına gelindiğinde eski SSCB ülkelerinin küresel tüketimdeki payı %10'a, Rusya'nın payı ise %3,5'a düşmüştür. Böylece, bölgenin küresel enerji talebini belirleyici etkisi azalmıştır.¹⁸

2002'de dünya enerji tüketimini etkileyen ülke profili büyük ölçüde değişmiştir. 2002 yılında enerji tüketimi %20 artan Çin'in etkisi ile küresel enerji tüketimi %2,6 oranında artmıştır. Aynı yıl, dünyanın

¹⁷ Yıldırım, s. 15.

¹⁸ http://www.bp.com/investor_centre/private_inv/ord_share/stock_inarket/energy_markets.asp

diğer kesimlerinde devam eden ekonomik resesyon nedeniyle Çin dışında kalan dünya enerji tüketiminin artışı %1'in altında kalmıştır.¹⁹

Bugün, ABD'den sonra en yüksek ham petrol tüketimi Japonya tarafından gerçekleştirilmekte iken, bugün ikinci sırada Çin'de vardır. Uzakdoğu Asya ülkelerinin toplam petrol tüketimi ise, ABD'nin tüketimini geçmektedir.²⁰

Petrol tüketimi ile gayrisafi yurtiçi hasıla birbirine koşut olarak artmaktadır. OPEC analizlerine göre, petrol tüketiminde ikinci ülke konumundaki Çin'in, daha önce Mançurya'daki petrol rezervleri sayesinde kendine yeterli olması, 1993 yılından bu yana ise net ithalatçı konumuna geçmesi dikkat çekicidir.²¹

Uluslararası Enerji Ajansı'nın 2006 yılı dünya enerji istatistikleri ile Petrol İşleri Genel Müdürlüğü ve BP Dünya Enerji İstatistikleri 2007 Raporu'ndan bir derleme yapıldığında, 2000 yılında 897.6 milyon ton ham petrol tüketen ABD'nin, 2001 yılında 896.1 milyon ton, 2002 yılında 897.4 milyon ton, 2003 yılında 912.3 milyon ton, 2004 yılında 937.6 milyon ton, 2005 yılında 951.4 milyon ton, 2006 yılında ise 938.8 milyon ton ham petrol tükettiği görülmektedir. ABD, dünyada toplam petrol üretiminde yaklaşık %8'lik pay (311.8 milyon ton yıllık üretim) ile ağırlıklı bir konumda bulunsa da, ürettiği petrol, tüketimine yetmemektedir. 2006 yılında dünyada ham petrol tüketimi toplam 3 milyar 889 milyon tonu bulurken, bu miktarın %24,1'ini tek başına ABD tüketmiştir. Söz konusu dönemde ABD, 938.8 milyon ton ham petrol tüketirken, 349.8 milyon tonluk ham petrol tüketimi ile Çin ikinci sırada, 235 milyon tonluk ham petrol tüketimi ile Japonya üçüncü sırada, 128.5 milyon tonluk tüketimi ile Rusya dördüncü sırada, 123.5 milyon

¹⁹ <http://www.bp.com/centres/energy/2002inreview.asp>

²⁰ Önümüzdeki dönemde ABD, Avrupa ve Japonya'nın petrol tüketiminde önemli bir artış beklenmezken, Hindistan ve Çin gibi gelişmekte olan Uzakdoğu Asya ülkelerinin, dünya günlük petrol tüketiminden önemli bir pay alacakları tahmin edilmektedir.

²¹ Stratejik Araştırmalar Enstitüsü (CSIS) tarafından hazırlanan "Dünya Enerji Raporu 2002" dikkat çekicidir. Şöyle ki; dünyanın 2030 yılına kadarki enerji profili çıkarılmış ve petrol talebinin gelecek 30 yıl içinde %30 büyüyeceği ve toplam talebin %62'sinin gelişmekte olan ülkelerden geleceği belirtilmiştir. 2030 yılına kadar, gelişmekte olan ülkelerin toplam enerji talebi içindeki payının %13'lük artışla %43'e çıkacağı savunulmuş ve bunun nedenleri gelişmekte olan ülkelerdeki sanayileşme, büyük şehirlere ilginin artışı ve ticari yakıtlara olan yatkınlığın artması olarak açıklanmıştır.

tonluk ham petrol tüketimi ile de Almanya beşinci sırada yer almıştır. Türkiye ise 2006 yılında 28.5 milyon ton ham petrol tüketerek, dünya toplam tüketiminden binde 7,3 pay almıştır.

D. Ticareti

1. Dünya Petrol İthalatı

Petrol ithal eden başlıca ülkeler ABD, Japonya ve Çin'dir. Yine, Avrupa ve Uzakdoğu ülkelerinin petrol ithalatı yüksek seviyelerdedir. Petrol ithalatında ABD, Avrupa ve Japonya dışında kalan ülkelerin payı 1993 yılında %28 iken, 2001 yılına gelindiğinde %35,2 olmuştur. Bu artışın temel nedeni Çin, Hindistan ve diğer gelişmekte olan ülkelerin yıllık %7 civarındaki büyüme oranlarına koşut olarak artan petrol tüketimleridir. 2001 yılında günlük 5.2 milyon varil petrol ithal eden Japonya'ya karşılık, Çin'in günlük petrol ithalatı 1.8 milyon varil ve diğer Uzakdoğu ülkelerinin toplamı 8.6 milyon varil olmuştur. Japonya'nın petrol ithalatı 1997 yılından bu yana yaklaşık %9 azalmıştır.

Uluslararası Enerji Ajansı'nın 2006 yılı dünya enerji istatistiklerine göre, petrol ithalatında 577 milyon ton ile ABD ilk sıradadır. ABD'yi 206 milyon ton ile Japonya, 123 milyon ton ile Çin, 114 milyon ton ile Kore, 110 milyon ton ile Almanya, 96 milyon ton ile Hindistan izlemektedir. AB ülkelerinden İtalya 93 milyon ton, Fransa 85 milyon ton, İngiltere 63 milyon ton, Hollanda da 60 milyon ton ham petrol ithal etmektedir.²²

2. Dünya Petrol İhracatı

2001 yılı itibariyle, 1.684 milyon ton/yıl (günde 33.8 milyon varil) seviyesine ulaşan toplam ham petrol ihracatının 839 milyonu (günde 16.8 milyon varil) ve 475 milyon ton/yıl (günde 9.9 milyon varil) olan petrol ürünleri ticaretinin 108 milyonu (günde 2.2 milyon varil) Ortadoğu ülkeleri tarafından gerçekleştirilmiştir. Böylece, dünya üzerindeki toplam ham petrol ihracatının yarısı ve petrol ürünleri ihracatının dörtte birine yakını Ortadoğu ülkelerinden gelmiştir. 1995 yılından bu

²² <http://www.ntvmsnbc.com/news/387344.asp>, 09.10.2006.

yana Ortadoğu ülkelerinin petrol ve petrol ürünleri pazarındaki payı düşerken, eski SSCB ülkelerinin payı yükselmiştir.²³

Uluslararası Enerji Ajansı'nın 2006 yılı dünya enerji istatistiklerine göre, petrol ihracatında 346 milyon ton ile Suudi Arabistan ilk sıradadır. İhracatta Suudi Arabistan'ı 258 milyon ton ile Rusya, 132 milyon ton ile Norveç, 123 milyon ton ile Nijerya, 122 milyon ton ile İran, 105 milyon ton ile Meksika takip etmektedir. Birleşik Arap Emirlikleri 95 milyon ton, Venezüella 94 milyon ton, Kanada 87 milyon ton, Irak ise 75 milyon ton petrol ihraç etmektedir.

Petrol tedarikçisi önemli ülkelerden biri olan İran, petrol satışı için ortak banka ve ortak döviz önerisinde bulunmuş ve petrol satışında kullanılacak para biriminin uluslararası para piyasalarında geçerliliği yüksek bir döviz olması gerektiğini ve petrol üreticilerinin ABD Doları'ndan vazgeçerek başka bir döviz kullanmasının doğru olacağını belirtmiştir. İran, 2006 yılından bu yana uluslararası ticarete ABD Doları kullanmamaktadır. Tahran'ın petrol ihracatı büyük oranda Euro para birimine dayanmaktadır.^{24, 25}

Petrol üretimindeki payını, son yıllarda, siyasi etkileri olan ekonomik bir güç olarak kullanmaya başlayan İran, 21 Mart 2007-20 Şubat 2008 tarihlerini kapsayan 11 aylık dönemde, 70 milyar ABD Doları tutarında petrol ve petrol ürünü ihraç etmiştir. Söz konusu dönemde ham petrolün ortalama varil fiyatının 74 ABD Doları olduğu dikkate alınacak olursa, İran bu dönemde OPEC kararları doğrultusunda günlük 2.5 milyon varil ham petrol ihraç etmiştir. İran'ın geçen yılki petrol geliri 60 milyar ABD Doları olarak açıklanmıştı. Dünya ülkeleri arasında dördüncü, OPEC'in ise Suudi Arabistan'dan sonra ikinci büyük petrol üreticisi konumundaki İran, günlük 4.2 milyon varil ham petrol üretmektedir. Günlük 2.5 milyon varil ham petrol ihraç eden

²³ Yıldırım, s. 19-20.

²⁴ İran, Aralık 2007'den bu yana petrol satışında ABD Doları kullanmamaktadır. İran Petrol Bakanı Gulamhüseyn Nozeri, petrol satışını ABD Doları üzerinden yapmayı tamamen durduklarını belirterek "Değer kaybı ve petrol ihracatçılarının uğradığı zarar göz önüne alınınca dolar güvenilmez bir para birimi oldu" demiştir, <http://www.ntvmsnbc.com/news/429120.asp>, 11.12.2007.

²⁵ İran Cumhurbaşkanı Ahmedinejad, 2007 yılında Suudi Arabistan'daki OPEC zirvesinde yaptığı konuşmada, ABD Doları'ndan "değersiz bir kağıt parçası" olarak söz etmiştir, <http://www.ntvmsnbc.com/news/441974.asp>, 08.04.2008.

İran, OPEC'in petrol üretim miktarının da azaltılması gerektiğini savunmaktadır.²⁶

IV. Petrol Fiyatları

A. Genel Olarak

Asya ile Avustralya'da kömürün bir enerji kaynağı olarak hakim durumda bulunmasının yanı sıra eski SSCB ülkelerinde doğal gaz diğer önemli bir enerji kaynağıdır.^{27, 28} Sayılan ülkelerin dışında diğer tüm bölgelerde temel enerji kaynağı petroldür ve günümüzde petrol küresel enerji ihtiyacının %40'ını karşılamaktadır.²⁹

Petrolün arz yönünde birincil belirleyici ve yönlendirici, 1960 yılında kurulan ve bugün dünyanın en önemli organizasyonlarından biri konumundaki 11 üyeli "Petrol İhraç Eden Ülkeler Örgütü (OPEC)"dür. Dünya piyasalarını etkileme gücüne sahip bulunan pet-

²⁶ İran Milli Petrol Şirketi Uluslararası İlişkiler Direktörü Hüccetullah Ganimiferd'in verdiği bilgilerden derlenmiştir, <http://www.ntvmsnbc.com/news/437211.asp>, 28.02.2008.

²⁷ Günümüzde doğal gaz kullanımı petrol aleyhine gittikçe gelişmektedir. Doğal santrallerinin diğerleri ile kıyaslandığında çevreye daha duyarlı ve daha ekonomik olması bunun ana nedeni olarak gösterilebilir; ancak petrolün temel (hakim) enerji kaynağı olma konumunu önümüzdeki yıllarda da sürdürmesi muhakkaktır.

²⁸ ABD Enerji İdaresi (EIA) tarafından hazırlanan rapora göre, üretim ve tüketimi hızla artan doğal gaz 2025'te dünyanın en önemli enerji kaynaklarından biri durumuna gelecektir. Aynı dönemde kömür talebinin, Avrupa dışında tüm bölgelerde artması beklenmektedir. Dünya elektrik gereksinimi ise, özellikle gelişmekte olan ülkelerden gelen tüketici talebi nedeniyle yıllık %3,5 oranında yükselecektir. Nükleer enerji santrallerinin verimliliğinin artması ve bu tip santrallerin gelişmekte olan ülkelerde yaygınlaşması ile nükleer enerji de yıllık %4,1'lik bir artış gösterecektir, <http://www.ntvmsnbc.com/>, 14.04.2004.

²⁹ 1998 itibarıyla; Kuzey Amerika yaklaşık %31'lik payıyla petrol tüketiminde birinci sırada yer almaktadır, Avrupalı OECD ülkelerinin payı yaklaşık %21, tüm OECD ülkelerinin payı ise yaklaşık %63,5 olarak gerçekleşmiştir. Günümüzde, gelişmekte olan ülkelerin petrol tüketiminin ve aynı zamanda alternatif enerji kaynaklarının kullanımının artması nedeniyle OECD'nin payında düşme görülmektedir. ABD, dünyanın en büyük ikinci petrol tedarikçisi olmasına karşın, yurtiçi üretiminin düşük ve günlük 18.8 milyon varil (%25,4) gibi yüksek bir tüketime sahip olmasından dolayı dünyanın en çok petrol ithal eden ülkesi konumundadır. 1998 yılında Japon ekonomisinin %2,9 daralması petrol tüketiminin Japonya'da %4,2 gerilemesine neden olmuştur. Aynı yıl Güney Kore'de petrol tüketimindeki azalma %15,4 olarak gerçekleşmiştir.

rol fiyatlarını belirlemede OPEC, yedi tür ham petrolden oluşan bir sepet kullanmaktadır.³⁰

B. Tarihi Perspektiften Petrol Fiyatları

II. Dünya Savaşı öncesinde hemen hemen tüm petrol üretim ve tüketimi ABD’de gerçekleşmekte idi; ancak 1970’li yıllardan itibaren önemli dalgalanmalar gösteren petrol fiyatlarının küresel ekonomideki ağırlığı giderek artmaya başlamıştır.

1950’li yıllar boyunca ilan edilen fiyatlar göstermelik olmaktan öteye gidememiş, petrol fiyatları sürekli pazarlıklara konu olmuştur. 1947-1970 boyunca düşen fiyatlar aslında petrol üreticilerinin hiçbirinin isteği doğrultusunda oluşmamakta idi. Düşük fiyatlar, çokuluslu entegre şirketlerin karlarını düşürürken Avrupa’daki kömür fiyatlarını ve ABD’nin iç pazarındaki petrol fiyatlarını da aşağı çekmekte idi.

1959 yılına kadar çokuluslu imalat şirketleri bildirilen fiyatları sabit tutup piyasa fiyatlarında indirimler yapmışlardır. Petrol rezervine sahip ülkeler, vergiyi ilan edilen varil fiyatı üzerinden aldıkları için bu dönemde indirimlere kayıtsız kalmışlardır; ancak 1959-1960 döneminde pek çok şirketin ilan ettiği fiyatları düşürmesi üzerine vergi gelirleri düşen petrol ihracatçısı ülkelerden İran, Irak, Kuveyt, Suudi Arabistan ve Venezüella tarafından OPEC (Organization of the Petroleum Exporting Countries) kurulmuştur. 1960’lı yıllar boyunca piyasa fiyatlarının düşmeye devam etmesine karşın OPEC, ilan edilen fiyatların düşürülmemesinde başarılı olmuş ve böylece OPEC ülkeleri varil başına sabit bir geliri korumuşlardır.

1971-1973 döneminde, OPEC ülkeleri birkaç kez vergilerini arttırmış ve tüketim fiyatlara karşı esnek olmadığı için şirketler vergileri piyasa fiyatına yansıtmuşlardır. Böylece vergiler, aynı zamanda petrol piyasasında taban fiyat işlevi görmüştür.

1973 yılının Ekim ayında, Arap ülkelerinin Altı Gün Savaşı’nda kaybettikleri toprakları İsrail’den geri almak amacıyla başlattıkları Yom Kippur Savaşı’ndan önce OPEC, daha sıkı bir işbirliği ve daha

³⁰ 1998 yılında söz konusu bu sepetin fiyatı, varili 12.68 ABD Doları ile en düşük seviyeye inmiş, Brent türü petrol ise yaklaşık üçte bir oranında değer kaybederek 10.00 ABD Doları’nın altına düşmüştür.

büyük bir vergi artırımına karar vermiştir. Aynı yıl, savaşın başlamasının ardından, Irak dışındaki tüm petrol üreticisi Arap ülkeleri, ABD ve Hollanda'ya ambargo ilan etmiş ve üretimlerini kısmışlardır. Yalnızca iki ay süren kesinti, OECD stoklarından rahatça karşılanmış ve ambargo amacına ulaşamamıştır; ancak bu olay, tüketicilerin herhangi bir üretim kısıtlamasına karşı stoklamaya gitmesine neden olmuş, gelecek için tedirginlik yaratmış ve stoklama amaçlı talebi artırmıştır. Bunun sonucu olarak, 1973 yılının Eylül ayında 2.90 ABD Doları olan petrolün varil fiyatı, savaştan sonra Aralık ayında 11.65 ABD Doları'na fırlamıştır.³¹ 1974 yılında OPEC ülkeleri vergi yoluyla fiyatları artırmaya devam etmişler, ayrıca artan atıl kapasiteye karşın üretimi kısmışlardır. Bu gelişmeler sırasında petrol kıtlığı ve üretimi giderek daha fazla hissedilmeye başlanmıştır. 1975-1978 döneminde boyunca OPEC vergi artırma politikasına devam etmişse de, önceki büyük artışların ardından gelen bu küçük çaplı fiyat artışları tüm dünyada kendini gösteren enflasyonist etki tarafından süpürülmüştür.³²

1979-1980 yıllarında bu kez İran Devrimi nedeniyle üretim azalmış, Suudi Arabistan ve diğer OPEC ülkelerinin İran üretiminin açığını kapatmayı reddetmesi ile OPEC, devam eden fazla kapasiteye karşın üretimi talebin altında bırakmış ve fiyatlar yeniden tavan yapmıştır ve üretimde kısıtlamalar 1981 yılına kadar devam etmiştir. 1981'de ise petrol fiyatları OPEC ülkelerinin net gelirini düşürecek kadar yükselmiştir.

Petrol talebinin yüksek fiyatlara tepkisi, birim gelir başına petrol tüketimini düşürmek biçiminde gerçekleşmiştir. Bunun sonucu olarak ABD'de 1974 yılında gayrisafi yurtiçi hasılanın her doları başına tüketilen petrolün günümüzde ancak yarısı tüketilmektedir. Yavaş yavaş değişen tüketim kalıpları 1978 yılında kendisini iyice hissettirmiş, 1980 yılından sonra düşen fiyatlara karşın etkisini tamamen yitirmemiştir. 1973-1979 arasında küresel tüketimdeki azalmayı Avrupa ve Japonya'da özellikle gazyağı üzerine konan tüketim vergileri perçinlemiştir.

1970'li yıllarda yaşanan petrol şokları, tüketimi olduğu gibi, üretimi de derinden etkilemiş ve üretimde kullanılan enerji kaynakları ara-

³¹ Daha önce 1956 ve 1967 yıllarında da üretim kısılmış, ancak piyasa koşullarının hemen tepki vermesiyle fiyat değişiklikleri yıllık istatistiklere bile yansımamıştır.

³² Yıldırım, s. 22.

sında petrolün payı düşmüştür. Ayrıca 1973 yılında %53 olan OPEC'in dünya petrol üretimindeki payı, yüksek fiyat politikasından dolayı, 1985 yılına kadar sürekli azalmış ve %29'a düşmüştür.³³

OPEC, 1982-1985 yıllarında satış fiyatlarını doğrudan ayarlama ve petrol kotaları koymaya başlamıştır. Suudi Arabistan, üretimi dizginleyen faktör olarak toplam OPEC kısıntısını üstlenmeyi kabul etmiştir. Üstlendiği ağır sorumluluk nedeni ile 1985 yılının ortalarında diğer petrol üreticilerinin neredeyse tümü üretim kotalarının dışına çıktığında, hemen hemen hiç petrol ihraç edemez duruma gelmiştir. 1986 yılının Ağustos ayında yapılan yeni bir anlaşmanın ardından 10 sene boyunca petrol fiyatları nispeten istikrar kazanmıştır.

1996-1998 dönemine gelindiğinde, kış mevsiminin ılık geçmesinin ve Güneydoğu Asya krizinin de etkisiyle petrol tüketiminin artışı yaşanmış, üretim artışı tüketimin biraz üzerinde kalmıştır. Arz talep dengesini sağlamak için gereken küçük çaplı bir üretim kısıtlamasını OPEC ancak 3 yılda gerçekleştirebilmiş, bu arada stoklar birikmiş ve petrol fiyatları 1997 yılından 1999'a gelindiğinde yandan fazla düşmüştür.

1998 yılında OPEC'in kontrolü dışında gelişen ve talebi arzın altında bırakan faktörleri olarak, çok önemli bir pazar olan Güneydoğu Asya'daki ekonomik kriz ve bu ülkelerin dolar bazlı borçlanmalarını zorlaştıran devalüasyonlar; Kuzey Amerika, Avrupa ve Japonya'da kış mevsiminin çok ılık geçmesi; Ağustos ayında ekonomik krizin sıçradığı Rusya'nın finansal gereksinimlerini karşılayabilmek için petrol ihracatını 1998 yılının son üç ayında 600-800 bin varil artırması ile kurların düzeyini koruyabilmek için Çin'in petrol ithalatını 1998 sonuna doğru kısması görülmektedir.³⁴

1998 yılında OPEC gelirleri, 1980 yılındaki zirveden sonra en düşük değerine inmiş, 1997'ye göre 54 milyar ABD Doları azalarak 100 milyar ABD Doları olarak gerçekleşmiştir. 1999'da özellikle Suudi Arabistan'ın girişimleri ile ve OPEC dışındaki petrol üreticilerinden de destek sağlanarak sıkı bir üretim kısıma politikasına gidilmiştir.³⁵

³³ A. g. e., s. 23.

³⁴ Bkz. Kohl, W. L., OPEC Behavior, 1998-2001, *The Quarterly Review of Economics and Finance*, S. 42, s. 209-233.

³⁵ Yıldırım, s. 24.

1999 yılının Mart ayında yapılan OPEC toplantısında üretim kısıtlaması kararı alınarak bir varil petrolün fiyatının 18-20 ABD Doları aralığında olması hedeflenmiştir. 2001 yılı başlarında ise bu hedef revize edilerek 25-30 ABD Doları aralığına yükseltilmiştir. Böylece, 1986-1996 dönemi boyunca ortalama 17 ABD Doları olarak gerçekleşen bir varil petrolün fiyatı yaklaşık %50 artmış ve 25 ABD Doları seviyesine çıkmıştır. Bu dönemde, aynı zamanda hareketlenen ekonomi ile beraber petrol talebi artış göstermiş ve petrol fiyatları 30 ABD Doları'nın üzerine çıkmıştır.

2000 yılında ortalama 27,60 ABD Doları olan ve 2000 yılının üçüncü çeyreğinde 33 ABD Doları'na yaklaşan OPEC sepet fiyatı, 2001 yılında³⁶ ortalama 23,12 ABD Doları'na ve 2002 yılının başında 19 ABD Doları'nın altına düşmüştür.

2002 yılının Aralık ayında bir araya gelen OPEC ülkeleri, petrol üretimini 2003 yılı Ocak ayından itibaren artırma kararı almışlardır. Şubat 2003'te kotalar tekrar yükseltilmiş; ancak fiyatlar Mart ayına gelindiğinde bile 30 ABD Doları'nın üzerinde kalmıştır. 38 ABD Doları'na kadar çıkan fiyatlar, 1991 yılındaki Körfez Krizi'nden bu yana en yüksek düzeyine ulaşmıştır.

Aralık 2002 - Mart 2003 döneminde ham petrol fiyatlarının yükselmesinde asıl etken, Irak'a yönelik askeri operasyon öncesi belirsizlik olmuştur. Bunun yanı sıra, OECD ülkelerinde ham petrol stoklarının düşük düzeyde seyretmesi ve Venezüella'da 02.12.2002'de başlayan grevden dolayı üretimin düşmesi, mevsimsel etkenlerden dolayı artan petrol ürünleri tüketimi, bakımları sona eren rafinerilerin yeniden ham petrol taleplerini artırmaları da fiyatlar üzerinde yukarıya doğru baskı oluşturmuştur.³⁷

Ham petrol fiyatları 2003 yılının ikinci çeyreğinde, Uluslararası Petrol Borsası'nda (International Petroleum Exchange) oluşan vadeli fiyatlara göre, 2004 yılının Ocak ayında beklenen 26.62 ABD Doları

³⁶ 2001 yılı başlarında fiyatlar ilan edilen 22-28 dolar bandına geri çekilmiş, ancak bu kez de küresel ekonomik resesyon fiyatları aşağı doğru fazlasıyla çekmiştir. 2002 yılı başındaki dip noktasının ardından, Irak dışındaki OPEC üyesi ülkeler, üretim kotalarını altı ay boyunca 1,5 mbd azaltma kararı almışlardır. Böylece, gerçekleşen üretim çoğu kez kotaların üzerine çıksa da, fiyatlar yaklaşık 7 dolar artarak 26 dolar düzeyine çıkmıştır.

³⁷ Yıldırım, s. 27.

düzeşinin altına inmiştir. Nisan ayının başlarından itibaren düşen petrol fiyatları tekrar hedeflenen 24-28 ABD Doları bandında dolaşmaya başlamış, beklentiler bu bandında altında 22 ABD Doları düzeyinde seyretmeye başlamıştır. Irak harekatı öncesinde ve sırasında, OPEC ve özellikle Suudi Arabistan'ın olası bir arz krizine karşılık üretimini büyük oranda artırması, fiyatların tekrar düşmesine neden olmuştur.³⁸

Irak petrol üretimi için yapılan iyimser tahminler, Rusya'nın alternatif tedarikçi konumuna gelmesi ve OPEC dışı üreticilerin ağırlığının artması, fiyatlar üzerinde aşağı doğru baskı yapmaktadır. OPEC, bu gelişmelere karşı üretimi kısma kararı almışsa da fiyatlardaki düşüşü engelleyememiştir.

Ham petrol fiyatları Mart 2004'ün hemen başında geçmiş bir yılın en yüksek düzeyine çıkmış ve Nisan vadeli brent tipi petrolün varil fiyatı Londra'daki işlemlerde %1,2 artarak Irak Savaşı öncesinden bu yana en yüksek düzey olan 32,61 ABD Doları'na yükselmiştir. Söz konusu fiyat artışının temel nedeni olarak, ABD petrol stoklarının zayıf olduğu bir ortamda ABD ve Çin'den gelen petrol talebinin artması gösterilmektedir.

Aynı dönemde Suudi Arabistan'da bulunan bir petrol tesisine düzenlenen saldırı, petrolün varil fiyatını 83 sent artırarak 38,21 ABD Doları'na tırmandırmıştır. Gerçekleşen bu değer, son 13 yılın³⁹ en yüksek düzeyidir. Suudi Arabistan'daki şiddet olayları⁴⁰ ile Irak'ta devam eden istikrarsızlık petrol fiyatlarını giderek yükseltmektedir.⁴¹

Ham petrol fiyatları, dünya petrol rezervinin üçte ikisini elinde bulunduran Ortadoğu'daki şiddet olayları ve olası sabotaj saldırıları ile ABD'deki petrol stoklarının azalması nedenleri ile yükselmeye devam etmiştir. Son dönemde petrol fiyatlarının belirleyicisi, OPEC üyesi olmayan üreticiler değil, Irak'tır. OPEC sepet fiyatları, Irak'ta

³⁸ <http://www.economist.com/>, 26.04.2003.

³⁹ Petrol fiyatlarının bu düzeyi gördüğü son tarih Irak ordusunun Kuveyt'i işgal ettiği 1990 yılının Ekim ayıdır. 1990 yılında Irak'ın Kuveyt'i işgal etmesiyle ham petrolün fiyatı 41,15 ABD Doları'na ulaşmıştır.

⁴⁰ Özellikle Suudi Arabistan'ın hedef seçildiği saldırılar dünya petrol fiyatlarını yükseltmektedir.

⁴¹ O günlerde, OPEC Başkanı Purnomo Yusgiantoro, dünyanın en fazla petrol ihraç eden petrol ülkesi konumundaki Suudi Arabistan'ın talepleri çerçevesinde üretimin günlük 9 milyon varilden 25 milyon varile çıkarılabileceğini açıklamıştır, www.ntvmsnbc.com, 01.06.2004.

yeniden yapılandırma süreci tamamlandığında dünya piyasalarında normal kabul edilen seviyelere düşebilecektir; bölgede güvenliğin ve istikrarın sağlanması ve gerekli yatırımların yapılması petrol piyasasının istikrarı için ön koşul olarak gözükmektedir. Bu nedenle petrol fiyatlarında kısa vadede dramatik düşüşler beklenmemektedir.

03.06.2004 tarihinde Lübnan'ın başkenti Beyrut'ta yaptığı toplantıda OPEC, terör saldırılarının yoğunlaşacağı endişesi ile ham petrol fiyatlarının varil basma 40 ABD Doları'nı aşarak son 21 yılın en üst düzeyine çıkmasının ardından 01.07.2004'ten itibaren uygulanmak üzere günlük üretimi 2 milyon varil artırarak 25.5 milyon varile çıkarmayı kararlaştırmıştır.

Ağustos 2006 itibariyle petrolün varil fiyatı 78,65 ABD Doları'na çıkarak 2002'den bu yana üçe katlanmıştır. Petrol fiyatlarındaki hızlı yükselişte, küresel ekonomik büyümedeki hızlanma sonucunda petrole olan talebin artması başrol oynamıştır. Yüksek petrol talebi fazla üretim kapasitesinin sonuna kadar kullanılmasına yol açarken, rafineriler talebi karşılamakta zorlanmıştır. Buna rağmen Reuters'ın anketinde, ABD ham petrolünün fiyatının 2007'de ortalama 64,42 ABD Doları'na, 2008'de ise ortalama 56,11 ABD Doları'na düşeceği tahmin edilmiştir. Reuters'ın anketine katılan uzmanlar, petrol fiyatlarındaki yükselişin 2006 yılı itibariyle sona ereceğini, yüksek fiyatların talebi düşürmesi ve Batı Afrika ve Ortadoğu'da üretimin artmasına bağlı olarak düşeceğini ve 2005 yılında varili ortalama 57,60 ABD Doları olan ABD ham petrolünün ortalama fiyatının 2006 yılında 68,37 ABD Doları, 2010'a kadar ise 2006'ya göre 20 dolar civarında düşerek 48,33 ABD Doları olacağını belirtmişlerdir.⁴²

Doların uluslararası piyasalarda sert biçimde değer kaybetmesi petrol fiyatlarını rekora taşımış ve 27 Şubat 2008 itibariyle ABD ham petrolü 102 ABD Doları ile tarihindeki en yüksek düzeye çıkmıştır. Brent petrolü ise 101,50 dolarla yine rekor kırmıştır. ABD ham petrolünün reel olarak rekor kırması için ise, 102,53 dolara ulaşması gerekmektedir; zira fiyatlar enflasyona göre ayarlandığında, ABD ham

⁴² 2006'da küresel petrol talebinin düşme sinyalleri görülmüştür. Örneğin OPEC, 2006 yılı Ağustos ayı petrol raporunda, günlük küresel petrol talebi artış tahminini geçen aya göre 800 bin varil düşürerek 1 milyon 300 bin varile indirdiğini açıklamıştır. OPEC, OECD ülkelerinde ikinci çeyrekte petrole olan talebin beklenmedik bir şekilde düşmesi sonucunda, küresel petrol talebi artış tahminini düşürdüğünü kaydetmiştir, <http://www.ntvmsnbc.com/news/382631.asp>, 16.08.2006.

petrolü Nisan 1980’de bu düzeyi görmüştür. Petrol fiyatlarındaki artışın nedenleri olarak dolardaki düşüş; büyük fonların, kârlı olması nedeniyle petrole olan yatırımları; petrole olan yüksek talep; OPEC’in üretim kotasındaki düşüş; yetersiz rafineri kapasitesi; Nijerya’daki iç olaylar ve Irak’ta özellikle Kerkük-Yumurtalık petrol boru hattının düzgün bir şekilde çalışmaması gösterilebilir. Doların değer kaybedip petrol fiyatlarının yükselmesi altın fiyatlarının da rekor kırmasına neden olmuştur; spot altın 27 Şubat 2008 itibariyle 964,70 ABD Doları ile tarihinin en yüksek düzeyine yükselmiştir.⁴³

Görünen o ki, yaşanan son gelişmeler sonucunda dünya ekonomisinin petrol şoklarına olan dayanıklılığı giderek azalmaktadır. International Herald Tribune’de yer alan bir habere göre, başta Çin olmak üzere gelişen ülkelerin artan petrol talebi ve küreselleşme çerçevesinde ulaşımın giderek önem kazanması, küresel ekonominin petrole olan hassasiyetini artırmaktadır. Öte yandan, OPEC’in petrol fiyatlarının yüksek tutulmasında daha koordineli bir politika izlediği görülmektedir. Günümüzde petrolün fiyatı, ekonomik konjonktürü belirleyen en önemli unsurdur. Dünya ekonomisinde son 30 yılda yaşanan dört büyük durgunluğun öncesinde petrol fiyatlarının yükselmesi, bu iddiayı güçlendiren en önemli göstergedir.⁴⁴

Uluslararası Enerji Ajansı (IEA) tarafından küresel petrol talebinin yavaşladığı, daha dengeli bir piyasaya doğru gidildiği ifade edilmiş ve talebin azalmasıyla ve stokların artmasıyla fiyatın düşeceği savunulmuştur. 10 Nisan 2008 itibariyle ABD ham petrolü 112,21, brent petrolü 109,50 ABD Doları ile tarihin en yüksek seviyesine çıkmıştır.⁴⁵

Petrol fiyatlarında yaşanan yükseliş, yeni zirveleri de gündeme getirmektedir. Son olarak Goldman Sachs analisti Arjun Murti⁴⁶ tarafın-

⁴³ <http://www.ntvmsnbc.com/news/437201.asp>, 27.02.2008.

⁴⁴ “Dünya piyasalarını birkaç haftadır petrol fiyatları yönlendiriyor (...) Petrol fiyatlarının daha da tırmanması, dünyada topyekun ekonomik durgunluk ve daha yüksek enflasyon olarak algılanıyor. Dolayısıyla, piyasa kendine yeni bir kılavuz buldu. Petrol haberleri piyasaları yönlendirmeye başladı. OPEC toplantıları önemli hale geldi. FED (ABD Merkez Bankası) Başkanı’nun yerini OPEC Başkanı aldı.”, Kumcu, E., “Piyasaları Petrol Fiyatı Yönlendiriyor”, *Hürriyet*, 27.05.2004.

⁴⁵ Uluslararası Enerji Ajansı (IEA) İcra Kurulu Başkanı Nobuo Tanaka’nın Paris’te bir konferans sırasında yaptığı açıklama, <http://www.ntvmsnbc.com/news/442400.asp>, 11.10.2008.

⁴⁶ Aslında her gün petrolle ilgili yeni tahminler yayınlanmaktadır ama Goldman Sachs’ın analisti Murti’nin burada farklı bir yeri vardır; Murti’nin ciddiye alınma-

dan yayınlanan raporda, fiyatların bir yıl içerisinde 200 ABD Doları'na kadar yükselebileceği ifade edilmiştir.⁴⁷

Petrolde son yıllarda yaşanan yükselişin temelinde Ortadoğu kaynaklı gelişmeler ve petrol arzının talebe yetişemeyeceğine yönelik endişeler önemli yer tutsa da spekülasyonların etkisi de bulunmaktadır. Özellikle dolardaki düşüşü fırsat bilen fonların petrol ve diğer emtialara hücum etmesi fiyatların suni bir şekilde artmasına neden olmuştur. Petrolün, 100 ABD Doları'ndan sonraki yükselişinde piyasadaki spekülasyonların ve hedge fonlarının büyük etkisi vardır.

Gelinen noktada, petrol fiyatlarındaki yükselişin sonsuza dek süreceği de iddia edilmekte,⁴⁸ küresel büyümedeki yavaşlamanın petrol fiyatlarına yansıtacağı ve 2008'de petrol fiyatlarının ortalama 80-85 ABD Doları civarında olacağı da öngörülmektedir.⁴⁹

ABD Enerji İdaresi'nin hazırladığı rapora göre, küresel enerji talebi 2025 yılına kadar %54 artacak, varil fiyatı ise nominal 51 ABD Doları olarak gerçekleşecektir ve petrol ile diğer enerji kaynaklarına olan talep genel olarak gelişmekte olan ülkelerden gelecektir. Anılan raporda, küresel olarak artan gereksinime koşut olarak enerji tüketiminin 2025'e kadar %54 artacağı belirtilmiştir. Çin ve Hindistan gibi gelişmekte olan ülkelerde ileri sanayileşme ile yükselecek küresel petrol talebinin %91 artması beklenmektedir. Aynı raporda, ileri sanayileşmiş toplumlarda nüfus artışının yavaşlaması ve petrole dayalı sanayinin yerini servis sektörüne bırakması nedeniyle petrol ihtiyacının görece olarak yavaş artacağı belirtilmiştir. ABD Enerji İdaresi raporuna göre,

sını gerektiren en önemli neden, önceki uçuk tahmininin tutmuş olmasıdır. Arjun Murti, 2006 yılının Mart ayında, yani petrol fiyatları henüz 60 ABD Doları seviyesindeyken ortaya çıkıp fiyatların 105 ABD Doları'na kadar yükseleceğini öngörmüştür. Piyasanın büyük bölümü tarafından fazla ciddiye alınmayan bu raporun fazlası bile olduğu gelinen noktada ortaya çıkmıştır; petrol yıllardır hızla artarken, 06 Mayıs 2008 itibariyle tarihinde ilk kez 120 ABD Doları'na ulaşmıştır. Arjun Murti, yeni raporuyla şimdi petrol için daha yüksek bir seviyeyi işaret etmektedir. Murti'ye göre ham petrolün varil fiyatı, arz eksikliği ve piyasadaki belirsizlikler nedeniyle iki yıl içerisinde 150-200 ABD Doları bandına oturacaktır, Güler, E., <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr:80/goster/haber.aspx?id=8878050&p=2>, 07.05.2008.

⁴⁷ Aynı yer.

⁴⁸ Suudi Arabistan'ın Cidde kentinde bir yatırım konferansında konuşan ABD Merkez Bankası'nın (FED) eski Başkanı Alan Greenspan'ın açıklaması, <http://www.ntvmsnbc.com/news/436883.asp>, 26.02.2008.

⁴⁹ Cambridge Energy Research Associates (CERA) Yönetim Kurulu Başkanı Daniel Yergin'in açıklaması, <http://www.ntvmsnbc.com/news/432708.asp>, 28.01.2008.

2004 yılında 81 milyon varil olan küresel petrol talebi 2025 yılında 121 milyon varile çıkacak ve bunun %60'ı ABD ve 2025'te dünyanın ikinci en büyük ekonomisi olacak olan Çin arasında paylaşılacaktır. Rapor, söz konusu talebi karşılaması için halen günlük 27 milyon varil üretim kapasitesi olan OPEC'in 2025'te bunu yaklaşık iki misli artırarak günlük 56 milyon varile çıkarması gerektiğini vurgulamıştır.

Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan "Dünya Enerji Teknolojisine Bakış-2050" raporunda halen 10 milyar ton petrole eşdeğer olan enerji tüketiminin 2050 yılında 22 milyar tona yükseleceği belirtilmektedir. Raporda, 2050 yılında dünya nüfusunun 8.9 milyara ulaşması ve kişi başına düşen gelir ortalamasının da 17 bin 100 ABD Doları'na yükselmesi öngörülmektedir. Yine rapora göre, 2050 yılındaki 22 milyar tonluk enerji tüketiminin %70'i kömür, petrol, doğalgaz gibi fosil yakıtlardan elde edilecek, %30'u ise neredeyse eşit olarak yenilenebilir ve nükleer enerjiyle karşılanacaktır. Dünya ekonomisinin 2050 yılına kadar ABD doları bazında yaklaşık 3 kat büyüyeceği tahmin edilen raporda, enerji tüketimindeki artışın büyüme hızının gerisinde kalması, verimlilikle ve enerji fiyatlarındaki artışla açıklanmaktadır. Buna göre halen uluslararası borsalarda 60 ABD Doları seviyesinin altında gezinen petrolün varili 2050 yılında 110 dolara çıkacaktır.⁵⁰

Petrol fiyatlarındaki düşüşü dizginlemek için Kasım 2006'dan Şubat 2007'ye kadar üretimi toplam 1.7 milyon varil kısan OPEC tarafından petrol fiyatlarının 60 ABD Doları civarında dengelenmesi beklenmiş;⁵¹ petrolün varil fiyatı 80 ABD Doları'nı aşınca bu durumun ekonomik bir temeli bulunmadığı ve bu fiyatların geçici bir nitelik arz ettiği savunulmuş;⁵² ancak petrol fiyatları önu alınamaz biçimde yükselmiştir. Bunun üzerine OPEC Genel Sekreteri Abdullah al Badri, trajikomik bir biçimde, ham petrol fiyatlarının uygun ve adil olduğunu, aynı zamanda piyasada gereğinden fazla petrol bulunduğunu savunmuştur.⁵³ Oysa aynı Genel Sekreter, daha önce petrol fiyatları 60 ABD Doları seviyesindeyken Endonezya'nın başkenti Cakarta'da yaptığı açıklamada, fiyatların arz ve talep ile stoklar çerçevesinde be-

⁵⁰ <http://www.ntvmsnbc.com/news/396368.asp>, 10.01.2007.

⁵¹ <http://www.ntvmsnbc.com/news/399361.asp>, 16.02.2007.

⁵² <http://www.ntvmsnbc.com/news/420014.asp>, 17.09.2007.

⁵³ <http://www.ntvmsnbc.com/news/442074.asp>, 09.04.2008.

lirlendiğini; ancak mevcut fiyat düzeyinin yüksek olduğu görüşünde olmadığını söylemiştir.⁵⁴

BP'nin grev nedeniyle İngiltere'deki üretiminin %40'ını taşıyan Kuzey Denizi'ndeki boru hattını kapatması ve Nijerya'nın en büyük petrol tesisini koruyan polisler tarafından yapılan saldırı, petrol fiyatlarını 120 ABD Doları'na yükseltmiştir. Mevcut karışık ortamda petrolün 120 ABD Doları'na kadar yükselmesi sürpriz değildir, özellikle dünyanın en büyük üreticilerinden olan Nijerya'daki saldırılar büyük tedirginlik yaratmaktadır. Yüksek kaliteli olan Nijerya petrolünün %10-15'lik bölümünü ABD ithal etmektedir.

Petrol fiyatları, 2007 yılının Nisan ayına göre %82 artmıştır. Bu artışın neredeyse dörtte biri de 2008 yılı içerisinde gerçekleşmiştir. Yükselen petrol fiyatları, her alanda kendini hissettirmekte ve bu etki küresel sorunları da beraberinde getirmektedir. Örneğin; bugün, dünyanın aç kitlelerini beslemenin maliyeti, yükselen gıda ve petrol fiyatlarının etkisiyle %40 artmıştır.⁵⁵

Reuters'ın anketine göre, ABD ham petrolünün 2008'deki ortalama fiyatının 77,62 ABD Doları olacağı tahmin edilmiştir. Bu konuda en yüksek tahmin 95,48 ABD Doları ile Goldman Sachs'tan gelmiştir. Goldman Sachs, ABD ham petrolünün 2008 sonuna kadar 105 ABD Doları'nı aşacağını öngörmüştür. ABD ham petrolünün 2007 ortalaması, yaklaşık 72 ABD Doları olarak gerçekleşmiştir. Ankette, Brent petrolünün ise 2008'de ortalama 76,49 ABD Doları olacağı öngörülmüştür.⁵⁶

Artan petrol fiyatları Türkiye ekonomisini de olumsuz etkilemektedir. Öyle ki, Türkiye'nin enerji faturasındaki artış nedeniyle cari açık artış gösterirken, enerji faturasının cari açığa etkisi, GSMH temelinde %4 oranındadır. Ham petrol fiyatlarındaki ortalama 1 ABD Doları artış, Türkiye'nin cari açığını 350 milyon ABD Doları artırmaktadır. Ham petrol fiyatındaki 1 ABD Doları artışın Türkiye'ye faturası ise ortalama 200 milyon ABD Doları olurken, bu fiyat artışının, diğer enerji ürünleri fiyatlarına toplam etkisi ise 500 milyon ABD Doları'nı geçmektedir. Petrol fiyatlarındaki rekor yükselişin, yıllık TÜFE'ye ortalama etkisi de

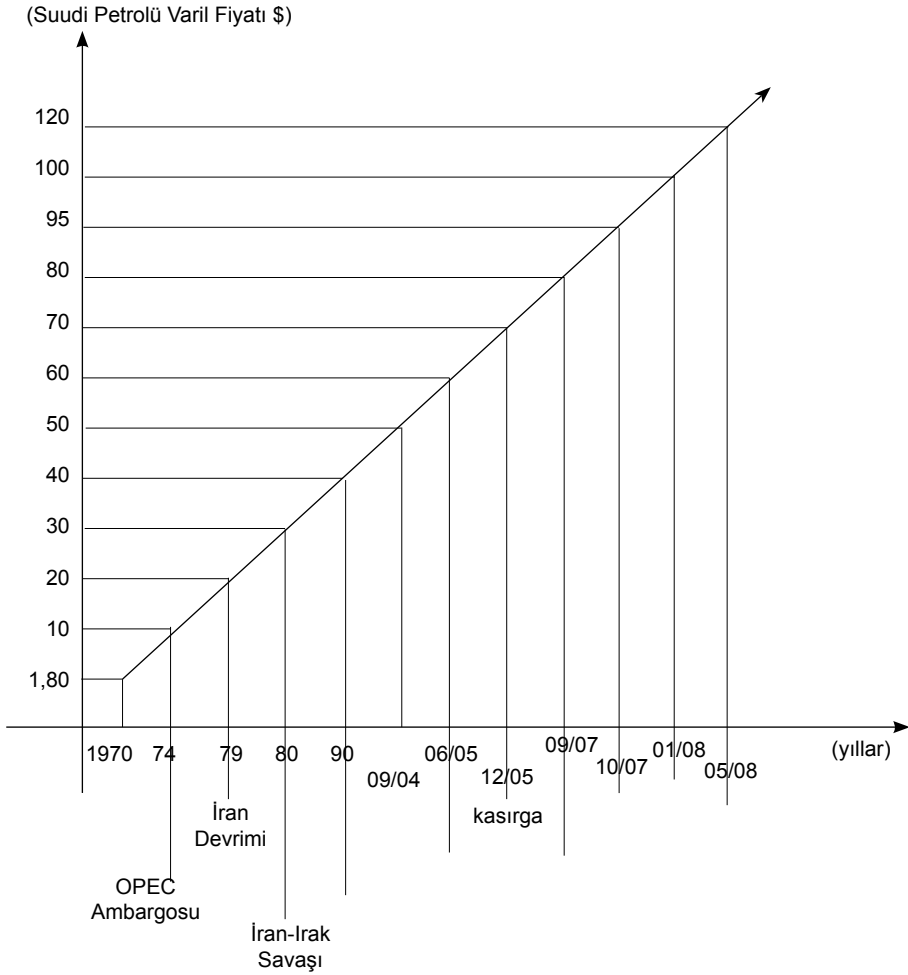
⁵⁴ <http://www.ntvmsnbc.com/news/408195.asp>, 17.05.2007.

⁵⁵ Birleşmiş Milletler'e bağlı Dünya Gıda Programı (WFP) yöneticisi Josette Sheeran'ın açıklaması, <http://www.ntvmsnbc.com/news/444081.asp>, 25.04.2008.

⁵⁶ <http://www.ntvmsnbc.com/news/430507.asp>, 25.12.2007.

en az 2 puandır. Enflasyonun artışıyla, tüketimin düşmesi, tasarruf ve yatırım eğiliminin yükselmesi ise ekonomik büyümeyi olumsuz etkilemektedir. Türkiye, yüksek ham petrol fiyatları nedeniyle, milli gelirinin, her yıl %1.5-2'sini, petrol ve doğalgaz üreten ülkelere transfer etmek zorunda kalmaktadır. Türkiye, toplam enerji ihtiyacının %70'ini, petrol ihtiyacının da %90'dan fazlasını ithalat ile karşılamaktadır.

Şekil: Yıllara Göre Petrol Fiyatlarındaki Artış



Şekil de göstermektedir ki, günümüzde petrol fiyatları, geçmiş yıllara göre çok daha kırılığandır. Fiyatları etkileyen nedenler çeşitlenmiştir; küçük ölçekli olaylar dahi fiyatların yükselmesine neden olabilmektedir.

V. Petrol Taşımacılığı

Petrol, genellikle, taşındığı yerde işlenmektedir. Bu nedenle petrolün çıkarılması kadar taşınması da önem arz etmektedir. Petrolün taşınması ya gemiler ya da boru hatları marifetiyle gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan petrol taşımacılığı konusunda, özellikle deniz alanlarının hukuki durumlarının ortaya konulması gerekmektedir.

A. Uluslararası Deniz Alanları ve Petrol Taşımacılığı

1. Devlet Ülkesinin Bir Parçasını Oluşturan Deniz Alanları ve Petrol Taşımacılığı

a. Karasuları

Karasuları (territorial sea/territorial water; mer territoriale/eau territoriale), bir kıyı devletinin kara ülkesini çevreleyen, uluslararası hukuka uygun olarak açıklara doğru belirli bir genişliğe kadar uzanan ve kıyı devletinin ülkesinin bir parçası kabul edilen deniz kuşağıdır (1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 2/1). 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 3. maddesinde, her devletin karasularının genişliğini Sözleşme'ye uygun olarak belirlenen esas hatlardan itibaren 12 deniz milini aşmayacak bir sınıra kadar saptama hakkı⁵⁷ olduğu hükme bağlanmıştır;⁵⁸ ancak bu hükümle kıyı devletine tanınan takdir hakkı, do-

⁵⁷ Bir an için tüm devletlerin karasularının genişliğini 12 mile çıkardığı düşünüldüğünde, bunun sonucu, açık deniz alanının 2,5 milyon km² daralması olacaktır, Kutluk, D., *Deniz Hukukunda Zararsız Geçiş ve Transit Geçiş Hakları*, Ankara, 1987, s. 126.

⁵⁸ 20.05.1982 tarih ve 2674 sayılı Karasuları Kanunu (RG, 29.05.1982, 17708), Türk karasularının genişliğini, ilke olarak, 6 mil olarak belirlemiş, ancak bu konuda Bakanlar Kurulu'na, belirli denizler için, o denizlerle ilgili bütün özellikleri ve durumları gözönünde bulundurmak ve hakkaniyet ilkesine uygun olmak koşuluyla, 6 deniz milinin üzerinde karasuları genişliği belirleme yetkisi vermiştir; Bakanlar Kurulu, söz konusu yetkiye dayanarak, 29.05.1982 tarih ve 8/4742 sayılı kararı ile Akdeniz ve Karadeniz'de mevcut durumun (12 deniz mili) sürdürülmesine karar vermiştir, RG, 29.05.1982, mükerrer 17708.

ğal/coğrafi ya da hukuki nedenlere bağlı olarak, kimi sınırlamalara tabi olabilmektedir ve bu konuda özellikle 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin kıyıları karşı karşıya ya da yan yana olan devletler arasında karasularının sınırlandırılmasına ilişkin 15. maddesi ile iyi niyet ve hakkın kötüye kullanılmaması ilkesine ilişkin 300. maddesi dikkate alınacaktır.

Karasuları, dünyanın birçok bölgesinde ya ulaşım için alternatifsiz bir geçiş yolu oluşturması ya da ulaşımına daha uygun koşullara sahip olması nedeni ile uluslararası deniz ulaşımı bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, deniz yolu ile petrol taşımacılığı konusunda karasularından zararsız geçiş hakkı ile bunun hukuki niteliğinin tartışılması gerekmektedir.

Zararsız geçiş hakkı (innocent passage; passage inoffensif), deniz ulaşımının serbestçe gerçekleştirilmesini, fakat bunun kıyı devletine zarar vermemesini sağlamaya yönelik olarak ortaya çıkmış bir ilkedir. Uluslararası hukuk, denize kıyısı bulunan ve bulunmayan bütün devletlerin gemilerine, karasularından zararsız geçiş hakkı tanımaktadır.⁵⁹

Karasularından zararsız geçiş hakkının, kamu yetkileri kullanan devlet gemileri (özellikle harp gemileri) için bir hak niteliğinde olup olmadığı evrensel bir kural ile saptanmış değilse de, ticaret gemileri ile ticari amaçlı devlet gemilerinin karasularından zararsız geçiş hakkının bulunduğu tartışmasızdır.

1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin⁶⁰ 14. maddesi ile 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin m. 18/1 hükmü muvacehesinde karasularından geçiş iki biçimde olanaklıdır; bunlardan ilki, açık denizden ya da bir komşu devletin karasularından bir devletin iç sularına ulaşmak ve bir devletin içsularından açık denize ya da bir komşu devletin karasularına ulaşmak biçiminde gerçekleşmekte iken diğeri, içsulara hiç girmeden açık denizden ya da bir komşu devletin karasularından ilgili kıyı devletinin karasularına girip, açık denize ya da bir komşu devletin karasularına ulaşmak biçiminde olabilmektedir. Değinen biçimlerde gerçekleşen geçişler, ilke olarak,

⁵⁹ 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 2, 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 17.

⁶⁰ Türkiye'nin taraf olmadığı bu Sözleşme, 10.09.1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

kesintisiz ve çabuk olmak zorundadır; ancak arıza, tehlike, olağan deniz ulaşımının aksaması, zorlayıcı neden ya da kazaya uğramış kişi, gemi ve uçaklara yardım gerekçesi ile gemilerin durması ve demirlemesi olanağı bulunmaktadır.⁶¹

Zararsızlık kavramı ile anlatılmak istenen ise geçişin, kıyı devletinin barışına, düzenine ya da güvenliğine zarar vermemesidir.⁶²⁻⁶³ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin m. 19/2 hükmü, zararsız geçiş hakkını ortadan kaldıran ve geçişi zararlı kılan faaliyetlerin neler olduğunu ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Günümüzde ticaret gemilerinin karasularından geçişleri sırasında zarar verebilme özellikleri incelendiğinde, en önemli sorun alanı olarak "kirlenme" göze çarpmaktadır. Özellikle petrol taşımacılığı faaliyeti sırasında gerçekleşen ve facia boyutunda çevreyi tehdit eden olaylar, konuyu daha da önemsenmesi gereken bir boyuta getirmektedir. Petrol taşımacılığının bünyesinde barındırdığı söz konusu risk göz önünde bulundurulduğunda, anılan maddenin (h) bendi⁶⁴ hükmünün uygulanması olasılığı düşünülebilmektedir. Kıyı devleti karasularında seyrüsefer (ulaştırma) güvenliği, seyrüsefer kolaylık ve sistemlerinin ve diğer sistem ve tesislerin korunması, kablo ve boru hatlarının korunması, çevre kirliliğinin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi, gümrük, maliye, muhacerat ya da sağlıkla ilgili kanun ve düzenlemelerin ihlal edilmesinin önlenmesi konularında düzenleme yapma yetkisine sahip bulunmaktadır.⁶⁵ Ayrıca anılan maddede, karasularında çatmaların da uluslararası kurallara göre düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

⁶¹ 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 14/3, 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 18/2.

⁶² 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 14/4; 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 19/1.

⁶³ Zarar objektif niteliklidir; 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 17'nci maddesine göre, zararsız geçiş hakkının kullanılması sırasında gemilerin, kıyı devletinin uluslararası hukuka uygun olarak koyduğu kanunlara ve yönetmeliklere uyması gerekmektedir.

⁶⁴ "İşbu sözleşmeye aykırı olarak, bilerek ve isteyerek ağır kirlenmeye sebebiyet veren fillerde bulunulması."

⁶⁵ "Sözleşmede yalnızca anılan konuların sayılmış olması, (...) kıyı devletinin yetkilerinin sayılan konularla sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir. Zira, uygulanan uluslararası hukukta devletlerin egemenlik yetkisini kısıtlayan antlaşma hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği bugün genellikle kabul edilmektedir.", Pazarcı, H., Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara, 1998, s. 196- 197.

Kıyı devletinin, zararsız geçiş hakkının kullanımını kısıtlayıcı yükümlülükler getirmesi ve özellikle yük gemileri arasında ayırım yapması yasaklanmıştır.⁶⁶ Ancak kıyı devleti, eğer geçiş zararlı faaliyetleri içermekte ise, kanunların öngördüğü önlemleri alabilmekte ve ceza uygulayabilmektedir.

Bir yabancı ticaret gemisi, herhangi bir nedenle karasularında duruyorsa ya da kıyı devletinin içsularından çıkarak karasularından geçiyorsa, bu hallerde kıyı devletinin anılan gemi üzerinde hukuki yargılama yetkisini kullanması ve her türlü icra ve ihtiyati tedbir işlemlerine başvurması hakkı bulunmaktadır.⁶⁷

Kıyı devletinin hukuki yargılama yetkisini kullanması, açık deniz ya da başka devletlerin karasularından geçiş yapan yabancı ticaret gemileri ile ilgili olarak, yalnızca geminin karasularından bu geçişi sırasında ya da geçiş amacı ile yüklenmiş bulunduğu yükümlülükler ve sorumluluklar için kabul edilmekte⁶⁸ ve kılavuzluk ücreti, kurtarma ve yardım ücreti ya da çatmadan doğan tazminat ücreti ve borçları nedeni ile kıyı devletinin gemi ile ilgili olarak hukuki yargılama yetkisi bulunmaktadır.

b. Boğazlar

Boğazlar (straits; détroits), coğrafi bakımdan kara parçaları arasından iki deniz alanını birleştiren doğal ve genellikle dar deniz yollarıdır.⁶⁹ Boğazlar, ulusal ve uluslararası olmak üzere iki temel gruba ayrılmaktadır; bu ayrıma göre ulusal boğaz, genellikle tek bir devletin kıyıdaşı bulunduğu ya da bir kapalı denize bağlanan dar deniz yolu olarak tanımlanırken^{70,71} uluslararası boğazlar, ulusal boğazlar ile aynı niteliklere

⁶⁶ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 24/1,a ve b.

⁶⁷ 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 20/3; 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 28/3.

⁶⁸ 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 20/2; 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 28/2.

⁶⁹ Anılan türdeki deniz yollarına boğaz, kanal vb. çeşitli adlar verilmesi, bunların boğaz niteliğini etkilememektedir.

⁷⁰ Örneğin, Azak Denizi'ni Karadeniz'e bağlayan Kerç Boğazı.

⁷¹ Uluslararası hukuk belgelerinde bu terimin yerine, "uluslararası ulaşımında yararlanan boğazlar" deyişi tercih edilmektedir, örn. bkz 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 16/4; 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi III. Bölüm.

sahip oldukları halde, tümüyle uluslararası hukuka bağlı olmayı değil, uluslararası ulaşımda yararlanılmayı ifade etmektedir.^{72, 73}

Uluslararası boğazlara ilişkin genel nitelikli kurallar, sadece anılan su yollarından geçiş düzenine ilişkin olup,⁷⁴ kıyı devletlerinin ülkesel egemenlik haklarını ya da su yollarına ilişkin genel hukuksal düzeni etkilememektedir.⁷⁵ Bir uluslararası boğaz sularının rejiminin geçiş düzeni dışında içsular, karasuları ya da açık deniz düzenlerinden hangisine bağlı olacağı sorunu, uluslararası hukukun bu konudaki kuralları içinde çözümlenmektedir; örneğin, bir uluslararası boğaz sularının bir liman içinde kalması ya da uluslararası hukuka uygun körfezleri içermesi durumunda, anılan bölgeler kıyı devletinin içsuları rejimine tabi olmaktadır.^{76, 77}

⁷² Pazarıcı, II. Kitap, s. 369, bir su yolunun uluslararası boğaz statüsünde olup olmadığı konusunda, Uluslararası Adalet Divanı'nın 09.04.1949 tarihli Korfu Kanalı davası kararında belirtildiği, coğrafi durum belirleyici öge olmaktadır, Korfu Kanalı davasında Divan'ın kararı için bkz Gündüz, A., *Milletlerarası Hukuk*, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, 4. Baskı, İstanbul, 2000, s. 550-555.

⁷³ Boğazlar konusunda Yunanistan'ın 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne koyduğu yorum beyanı dikkat çekicidir: "Fiilen aynı milletlerarası ulaştırma yolu hizmeti gören ve birbirinin alternatifi olan birçok boğaz oluşturan dağınık durumdaki sayısız adamın olduğu yerlerde, Yunan hükümetinin anlayışına göre üçüncü devletlerin gemi ve uçaklarının bir yandan milletlerarası ulaştırma ve uçuş gereklerini karşılayacak, öte yandan da hem gemi ve uçakların hem de kıyı devletlerinin asgari güvenlik gereksinimlerinin karşılanacağı bir tarzda yukarıda anılan boğazlarda transit geçiş rejimine göre geçebileceği yol veya yolları tayin etmek sorumluluğu ilgili kıyı devletindedir.", Gündüz, s. 354.

⁷⁴ Uluslararası boğazlardan genel geçiş rejimi bakımından temel kural, "geçiş özgürlüğü"dür; ancak 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi'nin 16/4 hükmüne göre, uluslar arası boğazlardan geçiş zararsız geçiş niteliğinde olup ertelenememekte, 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi ise bu konuda ikili bir ayırma giderek; iki açık deniz ya da münhasır ekonomik bölgeyi bağlayan uluslararası boğazlar bakımından geçiş düzeninde temel kuralın (kıyı devletince askıya alınmayan, m. 44) "transit geçiş (m. 38)", bir devletin karasuları ile bir açık deniz ya da münhasır ekonomik bölge arasında yer alan uluslararası boğazlara ilişkin temel kuralın (karasularında uygulanan, ancak kıyı devletince askıya alınmayan) "zararsız geçiş (m. 45/1,b)" olduğunu belirtmektedir.

⁷⁵ 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 34.

⁷⁶ Pazarıcı, II. Kitap, s. 370.

⁷⁷ Uluslararası boğazlara ilişkin genel nitelikli kurallar, ayrı bir antlaşma konusu oluşturan boğazların özel hukuksal düzenini etkilememektedir (1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 35/c). Anılan nitelikteki boğazlarda, ad hoc geçiş hakkı olarak ifade edilebilecek özel bir geçiş rejimi uygulanmaktadır. Örneğin, Türk Boğazları, 1936 tarihli Montreux Sözleşmesi uyarınca bu tip bir ad hoc geçiş rejimine bağlı bulunmaktadır, Pazarıcı, II. Kitap, s. 371-373.

aa.Türk Boğazları

Dünyada, uluslararası boğaz niteliğindeki kimi su yolları, uluslararası hukuk metinlerinde öngörülen genel kuralların yanında, özel düzenlemelere konu olmaktadır;⁷⁸ anılan türdeki uluslararası boğazların en önemlileri arasında “*Türk Boğazları*” olarak nitelenen İstanbul ve Çanakkale boğazları da bulunmaktadır.

Türk boğazlar bölgesi; İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı’ndan oluşan toplam 326 km’lik bir deniz alanını ifade etmektedir. Söz konusu bu alanda, trafik yoğunluğu ve seyir güçlükleri açısından İstanbul Boğazı özellik arz etmektedir. Marmara Denizi’nde seyir açısından bir güçlük bulunmadığı gibi, Çanakkale Boğazı’nda da Kepez-Akbaş arasındaki 10 millik mesafe dışında, İstanbul Boğazı ile kıyaslanacak nitelikte risk taşıyan bir seyir güçlüğü ya da trafik yoğunluğundan söz etmek olanaklı bulunmamaktadır. Bu nedenle, taşıdığı özellikler ve trafik yoğunluğu bakımından özellikle İstanbul Boğazı’nın incelenmesi gerekmektedir.

İstanbul Boğazı’nın uzunluğu orta hatta 17 mil, Anadolu yakası kıyı kenar çizgisinde 19 mil, Avrupa yakası kıyı kenar çizgisinde ise 30 mildir. İstanbul Boğazı’nda zaman zaman sis nedeni ile görüş uzaklığının 20-30 metreye kadar düştüğü de dikkate alındığında, genişliğinin gemilerin güvenli seyri bakımından ciddi riskler taşıdığı ortadadır. Ayrıca, İstanbul Boğazı’nda kuzey-güney ya da güney-kuzey yönlü boğazı tümüyle kat eden bir trafik ile doğu-batı ya da batı-doğu yönlerinde karşıdan karşıya bir lokal trafik olduğu ve bu biçimde aynı anda dört yönlü bir trafiğin oluştuğu da hesaba katıldığında, riskin boyutları daha kolay anlaşılmaktadır.

İstanbul Boğazı’ndan 2007 yılında 10 bin 54’ü tanker⁷⁹ olmak üzere 56 bin 606 gemi geçiş yapmıştır. 2000 yılında bu sayı yılda 48.079

⁷⁸ Örneğin Fransa ve İngiltere arasında 08.04.1904’te imzalanan bir bildiri ve 27.11.1912’de Fransa ile İspanya arasında imzalanan bir anlaşma ile Cebelitarık Boğazı; 23.07.1881’de imzalanan Buenos Aires Anlaşması ile Magellan Boğazı ve 14.03.1857’de imzalanan Kopenhag Anlaşması ile Danimarka Boğazları ticaret ve savaş gemileri bakımından serbest geçiş rejimine tabi kılınmıştır, Toluner, S., *Limni Adasının Hukuki Statüsü ve Montreux Boğazlar Konvansiyonu*, İstanbul, 1987, s. 153-154.

⁷⁹ Önümüzdeki dönemde, Hazar ve Orta Asya petrollerinden kaynaklanacak ilave bir tanker trafiğinin oluşması beklenmektedir. 2010 yılına dek bu bölgede günlük 4 milyon varile yakın bir üretim olacağı ve bu miktarın %70’inin ihraç edileceği, ma-

olarak gerçekleşmiştir. Geçiş yapan tankerler, başta petrol olmak üzere 143 milyon 939 bin 432 ton tehlikeli madde taşımıştır. Tüm bunlar göstermektedir ki, Türk boğazları bugün deniz trafiği kökenli ciddi bir tehditle karşı karşıya bulunmaktadır.⁸⁰

Türk boğazları yolunu kullanan yabancı ülkeler ile denizcilik kuruluşları, Montreux Sözleşmesi'nin ilk iki maddesini gerekçe göstererek mutlak bir serbest geçiş hakkına sahip bulduklarını belirtmektedirler; ancak serbest geçişin zararsız ve güvenli geçişten ayrı düşünülemeyeceği de bir gerçektir.⁸¹

bb. Montreux Boğazlar Sözleşmesi ve Türk Boğazlar Rejimi ⁸²

Coğrafi bakımdan İstanbul Boğazı, Marmara Denizi ve Çanakkale Boğazı'ndan oluşan bir su şeridini ifade eden Türk Boğazları'nın tamamı Türk toprakları ile çevrilidir; ancak iki açık denizi (Karadeniz-Akdeniz) birbirine bağladığı için Türk boğazları uluslararası bir su yolu niteliğini taşımaktadır. Bu itibarla Türk boğazlarından geçiş uluslararası düzenlemelere bağlı kılınmıştır.

Türk boğazlarından geçiş rejimini düzenleyen temel metin, bugün itibarıyla, "*Montreux Boğazlar Sözleşmesi*"dir.⁸³ Söz konusu Sözleşme, 24.07.1923 tarihinde Lozan'da imzalanan "*Boğazların Tabii Olacağı Usule Dair Mukavelename*"nin⁸⁴ kısmen yerine geçmek üzere im-

liyet ve güvenlik unsurları bakımından en uygun yolun Boğazlar olduğu dikkate alındığında, Boğazlar'ı bugünkünden çok daha ciddi bir riskin beklediği anlaşılmaktadır. Tanker inşa siparişleri, değinilen gerçeği netleştirmektedir.

⁸⁰ Türk boğazlarının sabit ve seyrek engel fiziki yapısı ile olumsuz meteorolojik ve oşinografik koşullara karşın daha çok ve daha büyük gemi (özellikle petrol yüklü tanker) geçirilmesi baskısı sorunun temelini oluşturmaktadır.

⁸¹ Öte yandan, Montreux Sözleşmesi'nin belirtilen maddeleri IMO konvansiyonları (örn. SOLAS, MARPOL, STWC, COLREG) ile çelişmez ve bunları yok sayamaz.

⁸² Bu konuda bkz. İnan, Y., *Türk Boğazlarının Siyasal ve Hukuksal Rejimi*, 2. Baskı, Ankara, 1995; Rozakis, C. L., Stagos, P. N., *The Turkish Straits, Dordrecht*, 1987; Pazarıcı, H., "*Boğazlar Rejimine İlişkin Türk Dış Politikası ve Karşılaşılan Kimi Sorunlar*", *Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan*, Ankara, 1986, s. 849-880.

⁸³ Montreux Boğazlar Sözleşmesi, 29 maddelik bir ana metin, bu ana metne dört ek ve bir protokolden oluşmaktadır.

⁸⁴ Mukavelename'ye Türkiye ile birlikte Britanya İmparatorluğu, Fransa, İtalya, Japonya, Bulgaristan, Yunanistan, Romanya, Rusya, Sırp-Hırvat-Sloven devleti taraf olmuştur.

zalanmıştır. Montreux Sözleşmesi,⁸⁵ 22.06.1936'da toplanan Montreux Konferansı'nda 20.07.1936 tarihinde imzalanmış ve ekleri ile birlikte 31.07.1936'da TBMM'nde oybirliği ile kabul edilmiş⁸⁶ ve altı devletin onayının gerçekleşmesini (m. 26) takiben 09.11.1936 tarihinde yürürlüğe girmiştir.^{87, 88}

Montreux Sözleşmesi ile kabul edilen geçiş rejimi, ilke olarak, serbestliktir⁸⁹ (m. 1); ticaret gemileri, barış ve savaş zamanında ve Türkiye tarafsızsa, (transit ve sağlık denetimi dışında herhangi bir denetime bağlı olmadan)⁹⁰ tam serbest geçiş hakkına sahip bulunmaktadır⁹¹ (m. 2-4).

Montreux Sözleşmesi'nin 2. maddesi, ticaret gemilerinin Türk boğazlarından geçiş koşulları ile ilgili olarak temel koşulları belirlemektedir; anılan hüküm dışında, Türkiye'nin geçiş yapan ticaret gemileri üzerinde ülkesel egemenliğinden kaynaklanan geçiş düzenleme yetkisi varlığını sürdürmektedir.⁹² Böylece Türkiye, Montreux Sözleşmesi'nde düzenlenmeyen geçiş rejimine ek düzenlemelere gitme ve özellikle

⁸⁵ Sözleşme'ye Türkiye ile birlikte Bulgaristan, Fransa, Büyük Britanya, Yunanistan, İtalya, Japonya, Romanya, SSCB ve Yugoslavya taraf olmuştur.

⁸⁶ RG, 05.08.1936, 3374.

⁸⁷ Ökçün, A. G., Ökçün, A. R, *Türk Antlaşmaları Rehberi*, Ankara, 1973, s. 509.

⁸⁸ Montreux Sözleşmesi'ni, Lozan Boğazlar Sözleşmesi'nin bütün imzacı devletleri kısa bir sürede onayladığı halde İtalya söz konusu onayı 03.05.1938 tarihinde gerçekleştirmiştir. Öte yandan Japonya, II. Dünya Savaşı sonrasında, 08.09.1951'de müttefik kuvvetleriyle imzaladığı San Francisco Antlaşması ile Sözleşme'den doğan bütün haklarından feragat etmiştir, RG, 17.05.1952, 8112.

⁸⁹ Montreux Sözleşmesi, ilke olarak, 20 yıllık bir süre için yapılmıştır (m. 28/1); ancak 1. maddede hükme bağlanan geçiş serbestliği ilkesinin süresi sonsuz olarak belirlenmiştir (m. 28/2). Sözleşme m. 28/3'e göre, tayin edilen 20 yıllık süreden 2 yıl önce (1954), taraflardan birinin bir ön bildirimde bulunması durumunda, Sözleşmenin iki yıl sonra bütün taraflar için sona ermesi gerektiği halde (1956), bu yönde bir ön bildirimde bulunulmadığından Montreux Sözleşmesi halen yürürlükte bulunmaktadır; ancak, bundan sonra taraf devletlerden herhangi birinin herhangi bir zamanda ön bildirimde bulunması durumunda Sözleşmenin iki yıl içerisinde sona ermesi olasılığı her an mevcuttur.

⁹⁰ Bu bağlamda, geçiş yapan gemilerin kılavuz kaptan almaları da zorunlu değildir (m. 2/3).

⁹¹ Türkiye kendisini yakın bir savaş tehlikesi tehdidi altında saydığı anda ticaret gemileri, barış zamanındaki koşullar çerçevesinde, yalnızca gündüzleri geçiş yapabileceklerdir (m. 6). Savaş zamanında, Türkiye savaşan devlet konumunda ise, Türkiye ile savaşta olmayan devletlerin ticaret gemileri, düşmana hiçbir biçimde yardım etmemek koşulu ile, yine sadece gündüz geçebileceklerdir (m. 5).

⁹² Pazarıcı, II. Kitap, s. 382.

ulaştırma güvenliğini sağlama ve deniz trafiğini düzenleme yetkisine sahip bulunmaktadır.⁹³

Denizde Çarpışmayı Önleme Tüzüğü'nün (COLREG) 10'uncu maddesi uyarınca, gemilerin geçişlerinde uymakla yükümlü olacakları trafik ayırım şemalarının (traffic Separation schemes-TSS) seyir ve çevre güvenliğinin sağlanması amacıyla Türk boğazlarında da tesis edilmesi 1995 yılında Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün (IMO) 9'uncu Genel Kurul Toplantısı'nda onaylanmıştır.

Öte yandan, IMO Deniz Güvenliği Komitesi'nin (MSC) 1999 yılının Mayıs ayında yapılan 71. Dönem Toplantısı'nda alınan karara göre, Türk boğazlarında uygulanan trafik sistemi seyir güvenliğinin güçlendirilmesinde "*etkin ve başarılı*" bulunmuştur.

Gelinen noktada, Türk boğazları geçiş rejimi ile ilgili olarak Türk Boğazları Deniz Trafik Düzeni Tüzüğü'ne⁹⁴ değinmek yararlı olacaktır.⁹⁵ Anılan Tüzük, Türk boğazlarında seyir, can, mal ve çevre güvenliğini sağlamak amacıyla deniz trafik düzenlemesini gerçekleştirmek için hazırlanmış olup Türk boğazlarında seyredecek tüm gemileri kapsamaktadır (m. 1). Tüzük'e göre Türk boğazları; "*İstanbul Boğazı, Çanakkale Boğazı ve Marmara Denizi'nden gemilerin geçiş alanı ile bu alanı çevreleyen kıyı şeridi*" olarak tanımlanmıştır (m. 2).

Tüzük, kısa adı TÜBRAP olan "*Türk Boğazları'nda Rapor Sistemi*"ni düzenlemekte ve tehlikeli yük (özellikle petrol ve türevleri) taşıyan gemilerle 500 GT ve daha büyük gemilerin kaptan, donatan ya da acenatlarının, İstanbul Boğazı ya da Çanakkale Boğazı'na girişten en az 24 saat önce Trafik Kontrol Merkezi'ne yazılı olarak, şekli IMO standartlarına göre Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı (İdare) tarafından belirlenmiş bulunan Seyir Planı-I'i vereceklerini hükme bağlamıştır (m. 6). Trafik ayırım şeritleri içinde seyretme güçlüğü olan gemilerin ise bu yükümlülüğü, boylarına göre en az 48 ya da 72 saat önceden yerine getirmeleri koşulu öngörülmüştür.

Anılan Tüzük'e göre İdare, belli durumlarda Türk boğazlarında deniz trafiğini geçici olarak durdurabilecektir (m. 20). Bunlar; mücbir

⁹³ Aynı yer.

⁹⁴ RG, 06.11.1998, mükerrer 23515.

⁹⁵ Anılan Tüzük ile 23.11.1993 tarih ve 1993/5061 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan "*Boğazlar ve Marmara Bölgesi Deniz Trafik Düzeni Hakkındaki Tüzük*" yürürlükten kaldırılmıştır (m. 52).

sebeplerin yanı sıra çatma, karaya oturma, yangın, kamu güvenliği, çevre kirlenmesi gibi tehlikeli durumlar ile geçiş trafiğini askıya almayı gerektiren ciddi ve beklenmedik seyrüsefer tehlikeleri gibi durumlardır.

Türk Boğazları Trafik Kontrol Merkezi, trafik ayırım şeridinde seyretme güçlüğü olan gemiler⁹⁶ ile tehlikeli yük (örn. petrol ve türevleri) taşıyan gemilerin⁹⁷ güvenli geçiş yapmasını sağlamak üzere gerekli tedbirleri almakta, hatta gerekli gördüğü durumlarda belli bir bölgede trafik ayırım şeritleri içinde seyretme kuralını askıya alabilmektedir (m. 25/c).

Tüzük, Türk boğazlarından uğraksız geçiş yapacak gemilere Trafik Kontrol Merkezi tarafından can, mal, seyir ve çevre güvenliği açısından kılavuz kaptan almalarının tavsiye edileceğini hükme bağlamıştır (m. 27); kılavuz kaptan almak uğraksız geçiş yapan gemiler için bir zorunluluk değildir.⁹⁸ Tüzük, Türk boğazlarından geçen gemileri çevre kirlenmesine karşı mevzuatla saptanmış bütün önlemleri eksiksiz almakla yükümlü tutmuştur (m. 29).

Öte yandan, boğazlarda alınmakta olan ek teknik önlemler içinde, trafiğin elektronik ortamda denetlenmesini sağlayacak Gemi Trafik Bilgi Sistemi'nin (VTMIS) kurulması önemli bir gelişmedir. Projenin yapımına 2000 yılında başlanmış ve 30 milyon ABD Doları'na mal olmuştur.

En dar noktasında ancak yarım mil genişliğinde olan İstanbul Boğazı dünyanın en yoğun deniz trafiğine sahip bölgelerinden biri olup,

⁹⁶ Boyları 150-200 metre ve/veya su çekimleri 10-15 metre olan gemiler; boylan 200-300 metre ve/veya su çekimleri 15 metreden daha büyük olan gemiler ile boyları 300 metre ve daha büyük olan gemiler.

⁹⁷ Tehlikeli ve/veya zararlı yük ya da atık taşıyan gemiler, seferlerinin planlanması aşamasında ve 72 saatten az olmamak koşuluyla ilgili mevzuat uyarınca İdare'ye taşıdıkları yük hakkında bilgi verecek, geminin IMO standartları ve ilgili diğer uluslararası anlaşmalarda öngörülen kurallara uygun nitelikte olduğunu ve yükün uygun biçimde taşındığını göstermek üzere bayrak devleti tarafından düzenlenen belgeleri iletceklerdir (m.26/c).

⁹⁸ Tüzük'ün bugün yürürlükte bulunmayan 50. maddesi kılavuz kaptan alma konusunu bir zorunluluk olarak öngörmüştü: "Türk Boğazları'ndan uğraksız geçiş yapan gemiler Montreux Sözleşmesi'nin öngördüğü özgür geçiş hakkından yararlanırlar; bunlar dışındaki gemiler masum geçiş hakkından yararlanan gemiler statüsünde olup, Türk mevzuatında öngörülen kılavuz kaptan alma zorunluluğu dahil tüm zorunluluklara uymakla yükümlüdürler."

seyrüseferi zor bir deniz yoludur. Yılda 5.500'ü petrol tankeri olmak üzere yaklaşık 50.000 deniz taşıtı boğazlardan geçiş yapmaktadır. Sovyetler Birliği'nin 1991 yılında dağılmasının ardından Rusya'nın boğazları kullanarak yaptığı ihracatında artış görülmüştür. Yeni petrol hattı projelerinin boğazların trafiğini olumsuz yönde etkileyeceği açıktır. Türkiye, çevre için de büyük bir tehdit oluşturan ilave tanker trafiğini boğazların kaldıramayacağını ileri sürmektedir. Uluslararası Enerji Ajansı'nın (IEA) 2000 yılında yaptığı tahmine göre Karadeniz yoluyla yapılacak petrol ihracatının günlük 2.3 milyon varile çıkması beklenirken, boğazların ancak günlük 1.8 milyon varillik bir geçişi kaldırabileceği ifade edilmektedir.

Uluslararası deniz alanını oluşturmakla birlikte, kıyı devletlerinin belirli bir takım egemen haklara sahip olduğu alanlar bulunmaktadır. Bunlar; bitişik bölge, balıkçılık bölgesi, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge olmak üzere dört bölümde incelenmektedir. Anılan deniz alanlarından bitişik bölge, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge konu ile ilgili çerçevesinde değerlendirilecektir.

2. Devlet Ülkesinin Kimi Egemen Haklara Sahip Bulunduğu Deniz Alanları ve Petrol Taşımacılığı

a. Bitişik Bölge

Bitişik bölge (contiguous zone), karasularına bitişik olan ve kıyı devletinin belirli bir uzaklığa kadar bir takım denetleme yetkileri kullandığı deniz alanını belirtmektedir. Bitişik bölgenin iç sınırını, karasularının dış sınırını oluşturmaktadır.⁹⁹

Bir kıyı devletinin bitişik bölgeye sahip olması, ancak böyle bir bölge üzerinde yetki kullanacağına karar vermesi ve bunu ilan etmesi ile olanaklıdır;¹⁰⁰ geleneksel olarak kıyı devleti yalnızca gümrük, maliye, sağlık ve göç konularında denetleme ve cezalandırma yetkilerini kullanma hakkına sahip bulunmaktadır.^{101, 102}

⁹⁹ 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi bitişik bölge genişliğini karasularının ölçüldüğü esas çizgiden başlayarak en çok 12 mil olarak belirlerken (m. 24/2), 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi söz konusu bu genişliği 24 mil olarak düzenlemiştir (m. 33/2).

¹⁰⁰ Pazarıcı, II. Kitap, s. 386.

¹⁰¹ 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 24/a,l.

¹⁰² 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi, kıyı devletlerinin arkeolojik ve tarihsel

Bitişik bölgede kullanılan yetkilerin konusu, kıyı devletinin kara ülkesi, iç suları ve karasularında işlenen suçlar olup, burada bir ülkesel yetkinin kullanımının ülke dışına uzanması söz konusudur; dolayısıyla geleneksel olarak bitişik bölgede kullanılan yetkilerin kaynağı kıyı devletinin ülkesinde işlenen suçlar olmaktadır.¹⁰³

b. Kıta Sahanlığı¹⁰⁴

Kıta sahanlığı (continental shelf; plateau continental), kıyı devletinin kara ülkesinin denizin altında süren doğal uzantısına verilen isimdir.¹⁰⁵ 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 76. maddesine göre kıta sahanlığı, bir devlet ülkesinin doğal uzantısı kabul edilmekte ve ilke olarak kıta kenarının uç noktasına kadar devam etmektedir.

Kıta sahanlığı kıyı devletine, karasularının ötesinden, fakat kıyıya bitişik sualtı alanlarının yatağı ve toprak altını araştırma ve kaynaklarını işletme konusunda münhasır egemen haklar vermektedir.¹⁰⁶

1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin¹⁰⁷ 2. maddesi ve 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 77. maddesi bir arada değerlendirildiğinde, kıyı devletinin kıta sahanlığı üzerinde egemen haklara sahip olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.¹⁰⁸ Kıyı devletinin, bu hakkını kullanırken kıta sahanlığı üzerinde yapay adalar, çeşitli nitelikte tesisler ve araç-gereçler yerleştirmek ya da yerleştirilmesine izin vermek yetkisi bulunmaktadır;¹⁰⁹ bunların kıta sahanlığına yerleştirilmesi durumunda

zenginlikler konusunda da bitişik bölge ilan edebileceğini kabul ederek bitişik bölge kavramının geleneksel tanımını genişletmiştir (m. 303).

¹⁰³ Pazarıcı, II. Kitap, s. 387.

¹⁰⁴ Kıta sahanlığı kavramı, bugünkü hukuki anlamı ile ilk kez 28.09.1945'te ABD Başkanı H. S. Truman'ın bir bildirisinde kullanılmıştır, orijinal metin için bkz Bishop, W. W., *International Law, Cases and Materials*, 1953, s. 412.

¹⁰⁵ Pazarıcı, II. Kitap, s. 392.

¹⁰⁶ Gündüz, s. 336.

¹⁰⁷ Türkiye'nin taraf olmadığı bu Sözleşme, 10.06.1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2000 yılı itibarıyla taraf devlet sayısı 57, imzacı devlet sayısı 44'tür.

¹⁰⁸ Bu hakkın üç özelliği bulunmaktadır; kıyı devleti bu hakka doğal olarak (ipso facto) sahiptir; bu hak münhasıran kıyı devletine aittir ve sadece doğal kaynaklardan (madenler ve öteki cansız kaynaklar ile deniz yatağı ve toprak altı ile sürekli fiziksel dokunma durumunda bulunan canlılar) yararlanma amacına yöneliktir, Pazarıcı, II. Kitap, s. 395 - 396.

¹⁰⁹ 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m. 5; 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 80.

tesisler üzerinde kıta sahanlığı devletinin yönetsel ve yargısal yetkileri bulunmakta ve kıta sahanlığı devleti bunların çevresinde 500 metreye kadar varabilecek güvenlik kordonu kurma yetkisine sahip bulunmaktadır. Ancak, kıta sahanlığı üzerinde sözü edilen hakların kullanımını kıta sahanlığı üzerinde bulunan su alanının ve onun üzerinde yer alan hava sahasının rejimini hiçbir biçimde değiştirmemektedir.¹¹⁰ Öte yandan, üçüncü devletler bir devletin kıta sahanlığı üzerine, kıyı devletinin kimi bakımlardan isteklerini de dikkate alarak, petrol ya da gaz taşıyan boru hatları yerleştirme hakkına sahip bulunmaktadır.¹¹¹ Ayrıca, üçüncü devletlerin gemicilik bakımından bu su alanından tam yararlanma özgürlükleri vardır.

Türkiye ile Yunanistan arasında, kimi zaman şiddetlenen ve halen nihai çözüme kavuşturulamayan Ege kıta sahanlığı¹¹² sorunu bulunmaktadır.¹¹³ 1972-1973 yıllarında ortaya çıkan bu uyuşmazlığın kaynağı, Yunanistan'ın Ege Denizi'nde petrol araştırılması konusunda aldığı kimi kararlara karşı, Türkiye'nin de 18.10.1973 tarihinde Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı'na (TPAO) Ege kıta sahanlığı üzerinde petrol arama ruhsatı vermesi ile başlamıştır; Ege Denizi'nde petrol bulunup bulunmadığı tartışılardursun, Ege kıta sahanlığı sorununun temelinde petrol bulunmaktadır. Karşılıklı protestolar ve Türkiye'nin TPAO'ya yeni petrol arama ruhsatları vermesi ile sorun giderek büyümüştür.¹¹⁴

¹¹⁰ 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m. 3; 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 87/1.

¹¹¹ 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi m. 4; 1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 79.

¹¹² Türk kıta sahanlığı ve Ege kıta sahanlığı uyuşmazlığı ile ilgili olarak bkz Pazarıcı, H., *Kıta Sahanlığı Kavramı ve Ege Kıta Sahanlığı Sorunu*, Prof. Dr. Aziz Köklü'ye Armağan, Ankara, 1984, 395-421; Kabaalioğlu, H. A., *Ege Kıta Sahanlığı Uyuşmazlığında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar ve Lahey'de Savunulan Yunan Görüşleri*, Danıştay Dergisi, 1979, S. 34-35, s. 89-117; Yolga, N. K., *Ege Kıta Sahanlığı Sorunu*, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. LXIII, S. 3-4, s. 163-172.

¹¹³ Aralık 1999'da toplanan Helsinki Zirvesi'nde varılan mutabakatla, Türkiye ve Yunanistan arasındaki Ege kıta sahanlığına ilişkin uyuşmazlıkların 2004'e kadar ikili görüşmeler yoluyla çözümlenmesi, aksi takdirde sorunun Lahey Uluslararası Adalet Divanı'na götürülmesi kararlaştırılmıştır. Kıta sahanlığı sorunu, aynı zamanda, karasuları ve üzerindeki hava sahası ile de ilgili bulunmaktadır.

¹¹⁴ Ege kıta sahanlığı sorunu, Türkiye'nin 1976'da Ege Denizi'nde sismik araştırmalar yapmaya başlaması ile gerginleşmiş ve Yunanistan BM Güvenlik Konseyi'ne ve (tek taraflı olarak) Uluslararası Adalet Divanı'na başvurmuştur. Bunu, BM Güvenlik Konseyi'nin tavsiye kararı ve Uluslararası Adalet Divanı'nın Yunanistan'ın başvurusunu (Divan'ın bu konuda yetkisiz olduğuna karar vermesi ile) reddetmesi izlemiştir.

Uzun bir süre soğumaya bırakılan sorun, Yunanistan'ın Ege Denizi'nde kimi araştırmalar yapmaya başlaması ve bunun üzerine Türkiye'nin 26.03.1987 tarihinde TPAO'ya Ege Denizi'nde yeni bir petrol araştırma ruhsatı vermesi ile yeniden alevlenmiştir. Daha sonra gerginleşen ilişkileri yumuşatmak amacıyla girişilen diplomatik faaliyetlerden de herhangi bir sonuç alınamamış, ardından 28.01.1996'da zirve noktasına ulaşan "Kardak Kayalıkları Krizi"¹¹⁵ Ege'de nispeten durulan suları hepten dalgalandırmış; sorun, kayalıklara Türk bayrağının dikilmesi ile çözümlenmiş;¹¹⁶ ancak bu kez de kayalıklardaki keçilerin hangi ülkeye ait olduğu sorusu gündemi uzun bir süre işgal etmiştir(!)

¹¹⁵ Kardak Kayalıkları Krizi ile ilgili olarak bkz İnan, Y., Başeren, S. H., *Status of Kardak Rocks*, Ankara, 1997; The Kardak Dispute, <http://www.mfa.gov.tr/grupa/ad/ade/aded/default.htm>, 15.05.2008.

¹¹⁶ Ege Denizi'nde halen aidiyeti tespit edilmemiş çok sayıda ada, adacık ve kayalık bulunmaktadır.

AVRUPA KONSEYİ VE İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İLİŞKİLERİ

Hasan Kemal ELBAN*

Giriş

Bu yazının amacı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (Mahkeme) Avrupa Konseyi kurumları ile karşılıklı etkileşimi üzerinden karar verme siyasetini irdelemek ve bu etkileşimin hem Mahkeme hem de Avrupa Konseyi kurumlarının üretimleri üzerindeki somut sonuçlara okuyucunun dikkatini çekmektir. Söz konusu amacı gerçekleştirmek adına, yazının sınırlı çerçevesi içinde ve zorunlu olduğu ve mümkün olduğu ölçüde, Mahkeme'ye oranla daha az dikkate değer buldukları, dolayısıyla daha az tanındıkları için Avrupa Konseyi'nin kurumsal yapısı ve işleyişi de ayrıntılı olarak ele alınmaya çalışılacaktır.

1. Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İlişkilerinin Arka Planı

II. Dünya Savaşı'nın hemen ertesinde Avrupa Konseyi'nin kuruluşu ile ilgili çalışmalar yürütülürken insan haklarına saygı, çoğulcu demokrasi ile birlikte Avrupa Konseyi'nin temelini oluşturan iki sütundan biri olarak belirlemiştir. Yarım yüzyıl gibi bir sürede iki dünya savaşının çıkmasına neden olan Avrupa devletleri, özellikle ağır ve yaygın insan hakları ihlallerinin yaşandığı II. Dünya Savaşı'ndan sonra bir daha böylesi bir yıkımın yaşanmaması için çareler aramaya başladılar. Ancak bunun için öncelikle II. Dünya Savaşı'nın nedenleri ve sorumluları belirlenmeli; ondan sonra bu rahatsızlığın tedavisine

* Av., İstanbul Barosu.

girişilmeliydi. Öyle de oldu. II. Dünya Savaşı'nın ertesinde özellikle Batı Avrupa'da totaliter rejimler birbiri ardına yerlerini demokratik cumhuriyetlere bıraktılar. Başını Batı Almanya, Fransa, İtalya ve Avusturya'nın çektiği bu totaliter ve otoriter rejimlerdeki dönüşüm, çoğulcu demokrasi ve insan haklarına dayalı anayasaların kabulü ile taçlandırıldı. Aslında yaşanan sürecin sonunda gelinen noktada bütün bu felaketlerden çıkarılan ders, demokratik ve çoğulcu bir siyasi yapının Kıtaya egemen olmasının bir daha böylesi bir savaşın yaşanmaması için olmazsa olmaz koşul olduğuydu.

Demokrasi ve onu oluşturan çoğulcu bir siyasi yapının varlığı ise, ancak bireylerin insan hakları korunarak ve güçlendirilerek güvence altına alınabilirdi. II. Dünya Savaşı sonrasında gelişen bu anlayış, Avrupa Kıtası çapında bir uluslararası yapılanmanın oluşturulması gereğini de kendisine dayatmaktaydı. Gerçekten de Avrupa Konseyi üç sütunlu bir platform üzerinde inşa edildiği sıklıkla yinelenir: insan hakları, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi.¹ Ancak üzerinde en çok durulan diğer ikisinin varlığının anlaşılabilmesi için turnusol kağıdı niteliğindeki insan hakları olmuştur.

1948 yılında Lahey'de toplanan Avrupa Kongresi, bir daha II. Dünya Savaşı gibi etkileri dünyayı saran savaş ve yıkımın yaşanmaması için bir birlik ya da federasyon oluşturulmasına; kurulacak bu birliğin demokratik bir şekilde yönetilen ve oluşturulacak bir *İnsan Hakları Şartı*'na saygıyı taahhüt eden bütün Avrupa uluslarına açık olması gerektiğine karar verildiği ilan edilmekteydi. Aynı karar metninde, böyle bir Şartın taslağını hazırlayacak bir Komisyon kurulmasına da karar verildiği ifade ediliyordu.²

Avrupa Konseyi Statüsü'ne bir göz atılırsa, bu kararın yansıması üçüncü maddesinde açıkça görülecektir. Ancak insan haklarına ilişkin tek atıf *Statünün* üçüncü maddesi ile sınırlı değildir. Statünün diğer pek çok maddesinde insan haklarına ilişkin vurgular dikkat çekmektedir. Hatta sekizinci maddesinde ciddi insan hakları ihlallerinin üye

¹ Bkz. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Başkanı Jean-Paul Costa'nın 25 Ocak 2008 tarihli Adli Yıl Açılışına ilişkin toplantıdaki konuşmasına aşağıdaki internet adresinden ulaşılabilir: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8DF60BE2-2382-4CDA-BD35-E16D7C42D087/0/Discours ProgrammeEchangeJuges_7fevrier2008.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8DF60BE2-2382-4CDA-BD35-E16D7C42D087/0/Discours%20ProgrammeEchangeJuges_7fevrier2008.pdf)

² Bkz. Donna Gomien, *Short Guide to the European Convention on Human Rights*, Avrupa Konseyi Yayınları, Third Edition, Strazburg 2005, s.11.

devletin Konsey'deki üyeliğinin askıya alınması ya da çıkarılma sebebi olduğu öngörülmüştür.

Avrupa Konseyi Statüsü, Lahey Kongresi'nden bir yıl sonra 5 Mayıs 1949 tarihinde imzalandı. Bir *İnsan Hakları Şartı* hazırlanmasını kuru-cu on devlet, yeni kurulan Avrupa Konseyi'nin temel önceliği olarak ortaya koyduklarından, Konsey'in kuruluşunun üzerinden daha bir buçuk yıl geçmeden 4 Kasım 1950 tarihinde *İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi*'ni Roma'da imzaladılar. İmzalanılan bu Sözleşme görece kısa bir süre sonra, 3 Eylül 1953 tarihinde, yürürlüğe girdi.

Aslında *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi* («Sözleşme») kendisinden önce *İnsan Hakları Eorensel Bildirisi* ile *Amerikan İnsanın Hak ve Görevleri Bildirisinin* izinden gitmişti. Bununla birlikte Sözleşme, bu uluslararası insan hakları belgelerini aşan bağlayıcı bir hukuki metin olarak öne çıkmaktadır. Ama daha da önemlisi, devlet başvuruları ya da bireysel başvuruların ele alınması yoluyla çalışan *İnsan Hakları Avrupa Komisyonu* ve *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi* adı altında ikili mekanizmadan oluşan bir denetim organı³ da öngörmekteydi. Bu haliyle Mahkeme, Avrupa Konseyi'nin Avrupa'da barışı tesis etmek ve koruma görevini yerine getirirken kullandığı asli araçlardan biri olmayı sürdürmektedir.

2. Mahkeme-Konsey İlişkilerinin Kurumsal Niteliği

Bir ürünü olmasına karşın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Avrupa Konseyi'nin bir organı değildir. Mahkeme, doğrudan Sözleşme'nin kendisinin oluşturduğu bir organdır ve ilke olarak Avrupa Konseyi'nden ve organlarından bağımsız olarak çalışır. Ancak, Mahkeme, gerçekte Konsey'in amaçlarını gerçekleştirmesi açısından hepsi birlikte organik bir bütünlük oluşturan temel araçlarından biri olarak tasarlanmıştır ve doğası gereği Avrupa Konseyi'nin diğer organların-

³ Bu ikili mekanizma 11 No'lu Protokol'ün 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, Komisyon ortadan kaldırılarak, Mahkeme tam zamanlı çalışan bir yapıya dönüştürülmüştür. Ama daha da önemlisi, bireysel başvuru hakkının tanınması taraf devletler için zorunlu hale getirilerek, gerçek bir mahkeme kimliği kazanmıştır.

dan bağımsız, ama karşılıklı etkileşim ve iletişim içinde yargısal işlevini yerine getirmektedir.

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Parlamenterler Meclisi, Bakanlar Komitesi gibi Avrupa Konseyi'nin temel organları, Mahkeme'nin yapılması ve işlevini yerine getirirken karşı karşıya kaldığı sorunlara son derece duyarlıdır. Konsey'in yukarıda sayılanlar ve onların dışındaki diğer organları, Mahkeme'nin kararlarını ve ayrıca bu kararlarda ortaya koyduğu ilkeleri yakından izlemekte ve çalışmalarında kendilerine rehber olarak almaktadırlar. Öte taraftan Mahkeme de Konsey'in diğer organlarının çalışmalarını yakından izlemekte ve kararlarını oluştururken bu çalışmalardan geniş ölçüde yararlanmaktadır.

Mahkeme'de yaşanan gelişmeler, Konsey'in neredeyse bütün temel organları tarafından yakından izlemekte ve Mahkeme'nin karşılaştığı sorunların üstesinden gelebilmesi için gerekli donanımı ve yapısal araçları sağlamak için bu organlar tarafından azami çaba harcanmaktadır.

Özellikle "*Soğuk Savaş*" sonrası Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin Sözleşme sistemine dahil olmalarının bir sonucu olarak, Mahkeme'nin iş yükünün, kapasitesinin çok üzerinde artmaya başlamasıyla bu olgu son derece yaşamsal bir önem kazanmış görünmektedir.⁴ Mahkeme'nin etkili bir şekilde çalışmalarını yürütebilmesini sağlamak adına gösterilen çabalar, Mahkeme'nin daha etkili çalışmasını amaçlayan Sözleşme'ye ek protokollerin imzaya açılması ve yürürlüğe girmesinde somut olarak kendini göstermekle birlikte⁵, bunun gerisinde çok daha uzun soluklu bir izleme, tartışma ve çözüm önerilerini de içeren raporlama süreçleri söz konusudur.

⁴ Bu yazı hazırlandığı sıralarda, Mahkeme Başkanı, 2007 yılı sonu itibariyle Mahkeme önünde karar verilmesini bekleyen başvuru sayısının 80 bine dayandığını açıklamıştır. 2007 yılının bütünü içinde sadece Mahkeme'ye yapılan başvuru sayısı 41.700 olmuştur. Mahkeme'nin geçen yıl kabuledilebilirlik ve kayıttan düşme dahil 28.792 adet karar verdiği göz önüne alınırsa çok ciddi bir iş yükünün Mahkeme'nin önünde sonuçlandırılmayı beklediği görülecektir.

⁵ 11 No'lu Protokol ve Rusya Federasyonu'nun onaylamaması yüzünden henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte 14 No'lu Protokol son on yılda Mahkeme'nin karşı karşıya kaldığı sorunlara Avrupa Konseyi'nin verdiği yanıt olarak gösterilebilir. Ancak, 14 No'lu Protokol daha imzaya açılmadan, Mahkeme Eski Başkanı Yargıç Luzius Wildhaber, 14 No'lu Protokol'ün Mahkeme'nin iş yükünü karşılamakta yetersiz kalacağını itiraf etmekteydi. Mahkeme Başkanı'nun röportaj metni için bkz. *Gümüşği Aylık Hukuk Dergisi*, İstanbul, Haziran 2004, Sayı 16, s.46-47.

Parlamente Meclisi'nin, komisyonları aracılığıyla, Konsey'e üye devletlerin insan hakları durumuna ilişkin olarak insan haklarının değişik boyutlarını dikkate alan çok sayıda rapor, üye devletlerin insan haklarına yönelik taahhütlerinin gözlenmesi görevinin bir parçası olarak, Genel Kurul oturumlarında tartışılır ve kabul edilirler. Yine Avrupa Konseyi'nin bir organı olan ve ileride daha ayrıntılı olarak ele alınacak olan *İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi* (CPT), *İnsan Hakları Komiserliği* ya da *Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu* (ECRI) tarafından üretilen raporlardan da Mahkeme, kararlarında geniş ölçüde yararlanılmaktadır. Tersine durum da aynı derecede doğrudur. Avrupa Konseyi'nin adı geçen bu organları da sıklıkla raporlarında Mahkeme kararlarına atıflarda bulunmakta ve onun ortaya koyduğu ilkelerden yola çıkarak ilgi alanlarına ilişkin çözümlenmelerde bulunmaktadırlar.

Söz konusu raporların büyük çoğunluğu, belirli bir ülkeye ve somut duruma ilişkin tanıklıklar, yerinde tespitler ile genel ya da özel değerlendirmeler ya da tavsiyeler içerirler. Diğer taraftan *Bakanlar Komitesinin* de Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca üstlendiği Mahkeme içtihatlarının infazına ilişkin olarak aldığı çok sayıda karar söz konusudur. Ayrıca *Bakanlar Komitesi*, bugüne kadar insan haklarını ilgilendiren çok sayıda tavsiye kararını da kabul etmiş ve yayınlamıştır. Tavsiye kararlarının üye devletleri bağlayıcı bir niteliği olmamakla birlikte, özellikle Sözleşme'nin yorumlanmasında yol gösterici olması bakımından önemli bir yeri bulunmaktadır.

Dolayısıyla Mahkeme'ye başvuruda bulunacakların ya da onların hukuki temsilcileri olan uygulamacıların bu etkileşimin ve Konsey organlarının çalışma mekanizmalarının farkında olmaları, Mahkeme önünde başarı şanslarını artırmaları bakımından oldukça önem taşımaktadır.

Bu noktadan sonra, bu karşılıklı etkileşim ve uyumlu çalışmanın nasıl işlediğine daha yakından bakabiliriz.⁶

⁶ Bu çalışmanın boyutlarını fazlasıyla aştığından ve ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturması gerektiğini düşündüğümüzden Avrupa Sosyal Şartı ve onun yargısal organı Sosyal Haklar Avrupa Komitesi ile Avrupa Konseyi Yerel ve Bölgesel Yetkililer Kongresi hakkında herhangi bir açıklamada bulunulmayacaktır.

3. Avrupa Konseyi Kurumlarının Oluşum, İşleyiş ve Mahkeme ile Etkileşimleri

a. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Şubat 2008 itibariyle 47 üye devletin ulusal parlamento örgütlerinden gelen 318 asil ve 318 yedek parlamenterden oluşmaktadır.⁷ Parlamenterler Meclisi yılda dört defa ana konuları görüşmek ve Avrupa hükümetlerinden girişimde bulunmaları ya da geri-bildirimde bulunmalarını istemek üzere toplanmaktadır. Bu parlamenterler kendilerini seçen 800 milyon Avrupalı adına konuşmaktadırlar. Parlamenterler, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nde temsil edilen Avrupa ülkelerinin hükümetlerine diledikleri konuda sorular yöneltebilirler ve hükümetler bu soruları yanıtlamak zorundadır.

Parlamenterler Meclisi, çalışmaya başladığı 1949 yılından beri İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi dâhil Avrupa Konseyi tarafından kaleme alınan pek çok uluslararası sözleşmenin arkasındaki itici güç olmuştur. *Parlamenterler Meclisi*, *Avrupa Konseyi Genel Sekreteri* ile *Sekreter Yardımcısı'nın* yanında İnsan Hakları Mahkemesi yargıçları ile İnsan Hakları Yüksek Komiseri'ni de seçmektedir.

Parlamenterler Meclisi, ayrıca üye devletlerin durumlarını gözlemlemekte ve yükümlülüklerini yerine getirmelerine yardımcı olmaktadır. Eğer bir devlet, yükümlülüklerini yerine getirmekte başarısız olursa, bu durumda Meclis, ülkenin ulusal delegasyonunu kabul belgelerini geri çekebilir ya da onaylamayı reddedebilir. Son çare olarak, o ülkenin Avrupa Konseyi üyeliğinin askıya alınmasını Bakanlar Komitesine önerebilir.

⁷ Ekim 2007 itibariyle Avrupa Konseyi'ne üye 47 ülkenin ulusal parlamentolarından nüfuslarına göre katılan parlamenterden oluşmaktadır. Üye ülkeler ve Parlamenterler Konseyine gönderdikleri üye sayıları aşağıdadır: Arnavutluk (4) Andora (2) Ermenistan (4) Avusturya (6) Azerbaycan (6) Belçika (7) Bosna Hersek (5) Bulgaristan (6) Hırvatistan (5) Güney Kıbrıs (3) Çek Cumhuriyeti (7) Danimarka (5) Estonya (3) Finlandiya (5) Fransa (18) Gürcistan (5) Almanya (18) Yunanistan (7) Macaristan (7) İzlanda (3) İrlanda (4) İtalya (18) Letonya (3) Lihtenştayn (2) Litvanya (4) Lüksemburg (3) Malta (3) Moldova (5) Monako (2) Karadağ (3) Hollanda (7) Norveç (5) Polonya (12) Portekiz (7) Romanya (10) Rusya Federasyonu (18) San Marino (2) Sırbistan (7) Slovakya (5) Slovenya (3) İspanya (12) İsveç (6) İsviçre (6) Makedonya (3) Türkiye (12) Ukrayna (12) Birleşik Krallık (18)

Meclis'in çalışmaları on komite, Meclis Başkanı, 20 Başkan Yardımcısı ve beş siyasal grubun temsilcilerinden oluşan bir büro tarafından hazırlanır. Parlamenterler Meclisi üç tip belge tartışır ve kabul eder: tavsiyeler (*Bakanlar Komitesi'ne*), kararlar (*Meclis'in bir konu hakkında kendi bakış açısını bütün Avrupa kamuoyuna bildirir*) ve son olarak da görüşler (*bu grup belgeler ise üyelik başvuruları, antlaşma taslakları ve Bakanlar Komitesi tarafından sunulmuş olan diğer belgeler hakkındaki görüşleri içerir*).

Meclis halen aşağıdaki konuları temel ilgi alanı olarak kabul etmektedir:

- İnsan hakları ve demokrasinin korunması ve desteklenmesi;
- Üye devletlerin yükümlülük ve taahhütlerinin yerine getirip getirmediğinin izlenmesi;
- İnsan haklarına saygı gösterilirken terörizmin sona erdirilmesi;
- Bölgesel krizler;
- Mülteci ve göçmelerin durumu;
- Kültürler ve dinler arası diyalog;
- Sosyal uyum;

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, temsilcileri aracılığıyla yukarıda belirtilen temel konularla ilgili olarak Avrupa çapında planlı ya da *ad hoc*⁸ ziyaretler yoluyla toplanan bilgilerden rapor taslakları hazırlar. Bu raporlar daha sonra ilgili komitelerde görüşülür ve en son olarak Meclis'te görüşülerek karara bağlanır. Bu çerçevede, özellikle insan haklarının korunması ve desteklenmesi başlığı altında Parlamenterler Meclisi'nin görüştüğü tavsiye, karar ve raporların önemli bir kanıt değeri ve ağırlığı olabilmektedir.

Örneğin 1994 tarihinde köylerinden güvenlik güçleri tarafından zorla çıkarılan bir grup Tunceli köylüsünün köylerine dönmek için yaptıkları başvuruya ilişkin olarak Mahkeme, hükümetin sorumluluğunu belirlerken, özellikle köylerinden koparılan köylülere ilişkin her-

⁸ Yalnızca bir olayda, bir defalık, Bkz. Ejder Yılmaz, "Hukuk Sözlüğü", Yetkin Yayınları, Ankara 1996. Ayrıca programlanmamış, program dışı anlamına da geldiği eklenmelidir.

hangi bir tazmin sürecinin işletilmediğini, herhangi bir ciddi destek programı olmaksızın çok ağır koşullarda büyük kentlerin varoşlarında yaşam savaşı verdiklerini tespit etmiştir. Bu tespitini yaparken Mahkeme, diğerlerinin yanında, önemli ölçüde Parlamenterler Meclisinin bu konudaki raporlarından yararlanmıştı.⁹

b. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi

Bakanlar Komitesi Avrupa Konseyi'nin karar organıdır. Bütün üye devletlerin dışişleri bakanlarından ya da onların Strazburg'taki daimi diplomatik temsilcilerinden oluşur. Bakanlar Komitesi, öncelikle Avrupa toplumunun karşılaştığı sorunlara ulusal yaklaşımların eşitlik temelinde tartışıldığı ve bu tür sorunlara Avrupa çapında çözümler ürettiği ortak bir forum olarak çalışmaktadır. Ayrıca Bakanlar Komitesi, Parlamenterler Meclisi'nin de katkısıyla, Konsey'in temel değerlerinin bekçisi ve üye devletlerin taahhütlerine uygun davranıp davranmadıklarının gözleyicisi olarak da işlev görmektedir.

Bakanlar Komitesi, işlevini aşağıdaki iki şekilde yerine getirir:

- Avrupa toplumlarının karşı karşıya kaldıkları sorunlara ulusal yaklaşımları hükümetlerin görüşlerini eşitlik temelinde dile getirdikleri ve sorunun çözümünün Avrupalıların ortak iradesiyle bulunduğu bir forum olarak;
- Parlamenterler Meclisinin yanı sıra Avrupa Konseyi'nin varlık nedeni olan değerlerin bekçisi olarak.

Bakanlar Komitesinin görevleri, diğerlerinin yanında, aşağıdaki başlıkları kapsamaktadır:

- Siyasal diyalog,
- Parlamenterler Meclisi ile iletişim

⁹ Bkz. 29 Haziran 2004 tarihli *Doğan ve Diğerleri v. Türkiye* kararı, § 55 v.d. Bu davada Mahkeme, Parlamenterler Meclisi'nin kabul ettiği 1563 (2002) sayılı *Tavsiyenin* temelini oluşturan *Göç, Mülteciler ve Demografi Komitesi'nin* hazırladığı "*Türkiye'deki yerinden edilmiş Kürt nüfusun durumu*" başlıklı rapora önemli bir ağırlık atfetmiştir. Ayrıca *inter alia* bkz. 16 Kasım 2004 tarihli *Ünal Tekeli v. Türkiye* kararı, § 18 v.d.; 16 Haziran 2007 tarihli *Cobzaru v. Romanya* kararı, § 44; 6 Ekim 2006 tarihli *Kurtuluş Ordusu Moskova Şubesi v. Rusya* kararı, § 47 v.d.

Bakanlar Komitesi Parlamenterler Meclisi ile arasındaki ilişkiler aşağıdaki biçimlerde gerçekleştirmektedir:

- *Bakanlar Komitesinin Yasal raporları;*
- *Meclis görüşü talepleri;*
- *Meclis tavsiyelerini izlemek;*
- *Sözlü ve yazılı soruları yanıtlamak;*
- *Ortak Komite toplantıları*
- Yeni üye Devletleri kabul etmek

Bakanlar Komitesi, Avrupalı Devletleri Avrupa Konseyi'ne üye olmak için davet etme yetkisine sahiptir.¹⁰ Bakanlar Komitesi, aynı zamanda bir üye devletin üyeliğini askıya almak ve üyelikten atma yetkisine sahiptir.

Üyeliğe davet usulü ilgili devletin başvurusu üzerine başlar. Bakanlar Komitesi üyeliğe davet ve kabule ilişkin olarak Parlamenterler Meclisi'ne danışma ve üyeliğe kabul edilecek devletin Meclis'teki sandalye sayısını ve Konsey bütçesine katkısını belirleme gibi usulleri izleme yükümlülüğü bulunmaktadır.¹¹ Son dönemde başvuru devletlere demokratik reformların gerçekleştirilmesi konusunda ek koşullar getirilmiştir. Bu koşullar arasında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne taraf olma zorunluluğu da bulunmaktadır.

- Üye devletlerin taahhütlerine saygı gösterip göstermediklerinin izlemek;

Avrupa Konseyi Statüsü'nün 15.a maddesi Bakanlar Komitesi'nin Sözleşme ve antlaşmalar dahil Avrupa Konseyi'nin amacının gerektirdiği girişimleri göz önüne alacağını belirtmektedir. Bakanlar Komitesi bugüne kadar 190'ın üzerinde antlaşmayı imzaya açmıştır. İçlerinde en bilineni ise İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'dir.

Herhangi bir antlaşmanın metni Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmeden önce Parlamenterler Meclisi'ne görüş için gönderilir. Parlamenterler Meclisi görüşünü konunun tartışıldığı bir oturumda oluşturur ve varsa değişiklik teklifleri ile birlikte Bakanlar Komitesi'ne

¹⁰ Avrupa Konseyi Statüsünün 4, 5 ve 6. maddeleri.

¹¹ Statü, madde 6.

gönderir. Ancak bu konuda son karar Bakanlar Komitesi'ne aittir. Antlaşma metni Bakanlar Komitesi tarafından kabul edildiği zaman son şeklini almış olur. Komite ayrıca antlaşmanın imzaya açılacağı tarihi de belirler.

Diğer taraftan Kasım 1994 tarihindeki 519. oturumunda Bakanlar Komitesi, oylama usulünün daha esnek olmasına ve tavsiye kararları konusunda oybirliği kuralının uygulanmaması konusunda bir “*centilmenlik anlaşması*” yapmaya karar vermişlerdir. Böylece o tarihten bu yana tavsiye kararları için oyçokluğu yeterli olmaktadır. Tavsiye kararları üye devletler için bağlayıcı olmamaktadır. Ancak, Statü'nün 15.b maddesi Komite'ye tavsiye kararlarına ilişkin olarak üye devletlere aldıkları tedbirler ile ilgili olarak bilgi vermesini isteme izni vermektedir. Komite, 1987 tarihli 405. toplantısında kendisine bağlı olarak çalışan *yürütme komitesi* ve *uzmanlar komitesi* gibi uluslararası komitelere tavsiye ve kararlarının uygulanmasına ilişkin izleme faaliyetlerini iyileştirmeye çağırın bir kararı kabul etmiştir.

Diğer taraftan doğrudan Mahkeme'yi ilgilendiren genel nitelikli tavsiye kararları da zaman zaman Bakanlar Komitesi tarafından yayınlanmaktadır. Bunların içinde özellikle üye ülkelerde iç hukuk yollarının iyileştirilmesine ilişkin tavsiye kararı¹² üzerinde durulmasını gerektirmektedir. Bu tavsiye kararında *Bakanlar Komitesi*, Mahkeme'ye özellikle bir ülkede birbirinin tekrarı niteliğinde çok sayıda başvuruya yol açan yapısal bir sorundan kaynaklanan davalarla başa çıkabilmesi için “*pilot karar*” usulünü yürürlüğe sokmasını tavsiye etmiştir. Mahkeme bu tavsiye kararının hemen ertesinde söz konusu pilot karar usulünü *Broniowski v. Polonya* kararıyla uygulamaya sokmuştur.¹³ Ancak yine de bu usulün içeriği ve hangi durumda hangi amaçları gütmek üzere kullanılacağı konusu belirsizliğini sürdürmektedir.¹⁴

¹² Bkz. Bakanlar Komitesi'nin 12 Mayıs 2004 tarih ve *Rec(2004)6* sayılı tavsiye kararı.

¹³ Bkz. 22 Haziran 2004 tarihli *Broniowski v. Polonya (esas hakkında)* kararı, § 189 v.d.; ayrıca 28 Eylül 2005 tarihli *Broniowski v. Polonya (dostane çözüm)* kararı, § 34 v.d.; ayrıca bakınız, Büyük Daire'nin 1 Mart 2006 tarihli *Sejdovic v. İtalya* kararı, § 108 v.d..

¹⁴ Broniowski kararındaki olgularla çok büyük oranda benzerlik içermesine karşın Mahkeme, Doğan ve Diğerleri kararında söz konusu kararı “pilot karar” olarak nitelemek yerine “ilkesel karar” olarak nitelemeyi yeğlemiştir. Bu tanım farklılaştırmasına neden gittiği ise halen pek belirgin değildir. Bkz. Costas Paraskeva: “*Human Rights Protection Begins and Ends at Home: The 'Pilot Judgment Procedure' developed by the European Court of Human Rights*”, London Metropolitan University “Human Rights Law Commentary”, Vol. 3, 2007.

- Konsey bütçesinin kabulü;
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararlarının infazının gözetilmesi

Sözleşme'nin 11 No'lu Protokolü ile değişik 46. maddesi, Bakanlar Komitesi'ne İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararlarının infazını gözetme görevini vermektedir. Bu görev, Bakanlar Komitesi tarafından her yıl dört defa yapılan düzenli toplantılarla sağlanır. Bu konuda Bakanlar Komitesi'nin temel işlevi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararlarına üye devletlerin uymasını sağlamaktır. Komite her vakayı nihai kararını vermekle sonuçlandırır. Bazı vakalarda, geçici kararlar verilebilir.¹⁵

Bu nedenle, başvuru sahiplerinin ve avukatlarının özellikle yapısal bir eksiklikle bağlantılı çok sayıda başvurucuyu ilgilendiren başvurular ya da bu tür yapısal eksikliklerle ilgili Mahkeme kararlarının infazına ilişkin olarak *Bakanlar Komitesi*'nin tavsiyelerinin ya da kararlarının farkında olmasında büyük yarar bulunmaktadır.

c. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri

Avrupa Konseyi *Genel Sekreteri*, Parlamenterler Meclisi tarafından beş yıl için atanır. Genel Sekreter'in İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme'yi de ilgilendiren bir dizi görevi bulunmaktadır.

Öncelikle her Yüksek Sözleşmeci Tarafın Sözleşme'ye taraf olduğunu *Genel Sekreter'e* bildirme (*depo etme*) yükümlülüğü bulunmaktadır.¹⁶ Aynı şekilde ilgili taraf devletin Sözleşme'den çekildiğini *Genel Sekreter'e* bildirmesi de zorunludur.¹⁷

Bunun dışında Sözleşme'nin 52. maddesi, Genel Sekreter'e, Sözleşme'nin uygulanmasını üye devletler nezdinde gözetme yetkisi vermektedir. Bu maddeye göre, Genel Sekreter'in talebi halinde ilgili taraf devlet, Sözleşme'nin kendi iç hukukunda etkili bir şekilde uygulanmasının nasıl güvence altına alındığına ilişkin açıklama yapma yükümlülüğü altındadır.

¹⁵ Bütün bu kararlar Bakanlar Komitesi'nin internet sitesinde yayınlanır.

¹⁶ Sözleşme'nin 59. maddesi.

¹⁷ Ags. 58. madde.

Genel Sekreter, bugüne kadar, Sözleşme'nin 52. maddesindeki yetkisini hiçbir sözleşmeci devlet için kullanmamıştır. Ancak, bu yetkinin Genel Sekreter tarafından kullanılmamasının nedeninin 52. maddenin Genel Sekreter'e söz konusu taraf devletten aldığı bilgiye ilişkin olarak harekete geçme yetkisi tanımaması olması kuvvetle muhtemeldir.

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin ve Sekreter Yardımcısı'nın da Mahkeme'nin ihtiyaçlarına ilişkin olarak yakın ilgisi söz konusudur. Zaman zaman Mahkeme'nin etkililiğinin artırılması, geleceğe ilişkin dava yükü, bütçe, personel, teknolojik yeniliklere dönük ihtiyaçlarının belirlenmesi hakkında projeksiyonlar hazırlanması, Mahkeme'nin mevcut örgütlenme yapısında iyileştirmelere gidilmesi gibi konularda raporlar hazırlanması için komisyonlar oluşturmakta ve bu raporlar bazı durumlarda kamuya açılarak yayınlanmaktadır.¹⁸

d. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Avrupa Konseyi içinde bağımsız bir kurumdur. Görevi, bütün üye devletlerde insan hakları bilincini ve insan haklarına saygıyı desteklemektir.

İnsan Hakları Komiserliği fikri ilk olarak Ekim 1997 tarihinde Strazburg'ta toplanan *İkinci Avrupa Konseyi Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesinde* ortaya atılmıştır. Adı geçen zirvede bu konuda bir girişim başlatılmasına karar verilmiş, 7 Mayıs 1999 tarihinde de *Bakanlar Komitesi*, komiserliğin kurulması ve görev alanının belirlenmesine ilişkin bir kararı kabul etmiştir. İlk Komiser Alvaro Gil-Robles, 1999-2006 yılları arasında görev yaptıktan sonra 1 Nisan 2006 tarihinde yerini halen bu görevi yürüten Thomas Hammarberg'e devretmiştir.

İnsan Hakları Komiseri'nin temel amaçları Bakanlar Komitesi'nin kararında öngörülmüştür.¹⁹ Bu karara göre Komiser'in görevleri:

¹⁸ Lord Woolf'un başkanlığındaki bir komisyon tarafından hazırlanan Aralık 2005 tarihli rapor için bkz. <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Other+reports/>

¹⁹ Bkz. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 7 Mayıs 1999 tarihli 104. oturumunda kabul edilen Resolution (99)50 on the Council of Europe Commissioner for Human Rights adlı kararı. Karara aşağıdaki internet adresinden ulaşılabilir: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=458513&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>

İnsan haklarının etkili bir şekilde gözlenmesi ve Avrupa Konseyi insan hakları standartlarının yerine getirilmesinde üye devletlere yardım sağlamak;

Avrupa Konseyi üye devletlerinde insan hakları eğitimi ve farkındalığının desteklenmesi;

İnsan haklarına ilişkin hukuk ve uygulamaya ilişkin olası eksikliklerin tespit edilmesi;

Ulusal ombudsmanlıkların ve diğer insan hakları yapılarının etkinliklerinin kolaylaştırılması ve

Bütün bölgede insan haklarının korunmasına ilişkin danışma ve bilgi sağlamak.

Bu nedenle Komiser'in çalışması, insan haklarının desteklenmesi ve korunması alanında anlamlı bir iyileşme sağlamak için reform tedbirlerini desteklemeye odaklanmıştır. Yargısal olmayan bir kurum olarak, Komiserlik, bireysel şikâyetler üzerine harekete geçemez; ancak bireylerin maruz kaldığı insan hakları ihlallerine ilişkin güvenilir bilgi temelinde sonuçlar çıkarabilir ve daha geniş bir çaba içine girebilir.

Komiser, insan hakları izleme mekanizmalarının yanında, geniş bir alanda ulusal ve uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapmaktadır. Komiserliğin en önemli Hükümetler arası ortakları Birleşmiş Milletler ve onun ilgili uzmanlık kuruluşları, Avrupa Birliği ve AGİT'tir. Komiserlik aynı zamanda önde gelen Hükümet dışı kuruluşlar, üniversiteler ve düşünce kuruluşlarıyla da yakın işbirliği içindedir.

İnsan Hakları Komiseri görevini aşağıdaki etkinliklerde bulunarak yerine getirir:

Hükümetlerle Diyalog ve Ülke Ziyaretleri

Komiser, insan hakları durumunu kapsamlı bir şekilde değerlendirebilmek için Avrupa Konseyi üye devletleri ile sürekli diyalogla geçer ve ülke ziyaretleri gerçekleştirir. Bu ziyaretlerde, İnsan Hakları Komiseri, insan hakları ve sivil toplum kuruluşların temsilcilerinin yanında, yüksek düzeyde hükümet, parlamento ve yargı yerlerinin temsilcileri ile toplantılar yapar. Komiser, ziyaretinin sonucunda o ülkedeki insan hakları uygulamalarının analizini ve olası iyileşme yolları hakkında ayrıntılı tavsiyeleri içeren bir rapor yayınlar. Bu rapor Bakanlar Komisi-

tesine sunulur ve yayınlanarak karar vericiler, HDÖler ve medyada yaygın bir şekilde dağıtılır.

Bir ülkeye resmi ziyaretin üzerinden birkaç yıl geçtikten sonra, Komiser ya da Komiserlik bürosu tavsiyelerin yerine getirilmesi konusunda gerçekleşen gelişmeyi izlemek üzere bir ziyaret daha yapar. Bu ziyaretin sonucu olarak bir izleme raporu yayınlar. Bu raporun da yaygın olarak dağıtımını yapar. Ancak Komiser'in çabaları bu raporla sona ermez. Komiser o ülkedeki gelişmeleri izlemeyi ve ülkedeki yetkililerle yakın ilişkisini sürdürür. Ancak bu defa, genel raporların yayınlamaksızın da olsa, bir ya da bir dizi sorun alanı üzerinde çalışmalarını yoğunlaştırır.

Tematik Tavsiyeler ve Bilinç Yükseltme

İnsan Hakları Komiseri, aynı zamanda insan haklarının korunması ve insan hakları ihlallerinin önlenmesi için bilgi ve danışma sağlamakla görevlidir. Komiser uygun olduğunu düşünürse, Komiserlik bürosu tek ya da birden fazla üye devlet hakkında belirli bir insan hakları konusunda tavsiyeler yayınlayabilir. Ya ulusal organların talebi üzerine ya da kendi girişimiyle, Komiser ayrıca yasa taslakları ve belirli uygulamalar hakkında görüş verebilir.

Komiser'in ayrıca Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde insan hakları bilincini yükseltme görevi de vardır. Bunun için Komiserlik bürosu değişik insan hakları temalarını içeren seminer ve toplantılar düzenler ya da düzenlenmesine yardımcı olur; Hükümetler, STK'lar ve eğitim kurumlarında Avrupa Konseyi insan hakları standartları bilincini iyileştirmek için sürekli diyaloga ilgilenir.

Ulusal İnsan Hakları Yapılarının Geliştirilmesini Desteklemek

İnsan Hakları Komiseri ulusal Ombudsmanlar, Ulusal İnsan Hakları Kurumları ve insan haklarını korumakla görevlendirilen diğer yapılarla yakın işbirliği içinde olur. Bu kurumların olmadığı ülkelerde Komiserlik güçlü bir şekilde bu kuruluşların geliştirilmesi için destek ve etkili bir uygulama desteği verir.

Yukarıda belirtilen görevlerin içinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bakımından önemli olan, Komiser'in ziyaretleri sonucu yayınladığı raporlar ve izleme raporlarıdır. Söz konusu raporlar, belirli bir dönem ve insan hakları sorununa yoğunlaştığı ve ayrıntılı gözlem ve

analizleri içerdiğinden önemli bir kanıt değeri bulunmaktadır. Mahkeme, bu raporları değişik kararlarında kanıt olarak kullanmıştır.²⁰

İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi

İşkence'nin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi, 26 Kasım 1987 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından imzaya açılmış ve 1 Şubat 1989 tarihinde de 7 üye ülkenin Sözleşme'yi onaylamasıyla birlikte yürürlüğe girmiştir. Türkiye İşkencenin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi'ni 11 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 26 Şubat 1988 tarihinde de Sözleşme'yi resmen onaylamıştır. Bu yazının amaçları bakımından önemi nedeniyle İşkencenin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi ve İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi (CPT) konusunda diğer Avrupa Konseyi organlarından daha fazla ayrıntı verilecektir.

e. a. İşkencenin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi'nin Kabul ve Yürürlük Süreci

Parlamenteerler Meclisi, Ocak 1981'de işkencenin önlenmesi ile ilgili olarak, Birleşmiş Milletler bünyesinde konuyla ilgili yapılan çalışmalara atıfta bulunarak 9091981 sayılı tavsiye kararını kabul etmiştir. Bu kararda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nca işkenceye karşı hazırlanan Sözleşme tasarısının kabulü ve uygulanması amacıyla, Bakanlar Komitesi'nin üye ülke yetkililerini davet etmesi önerilmiştir.

Mart 1981'de, biri Parlamenteerler Meclisi üyesi Parlamenteer Lidbom (Doc. 4718 rev.), diğeri Parlamenteer Jadger (Doc. 4730) tarafından hazırlanan Avrupa Konseyi üyesi ülkelerdeki işkence olayı ile ilgili iki karar teklifi, Parlamenteerler Meclisi'nin görüşüne sunulmuştur. Bu teklifler daha sonra, üzerinde beraberce çalışılmak üzere Hukuki İşler Komitesi'ne gönderilmiştir.

Hukuki İşler Komitesi, konuya ilişkin görüşlerini bir raporla açıklamış (Doc. 5099) ve bu rapor, Raportör Parlamenteer Berrier tarafından Komite adına kaleme alındıktan sonra 30 Haziran 1983'de kabul edilmiştir. İşkenceye Karşı Avrupa Sözleşmesi Taslağı'nı da içeren bu

²⁰ 5 Nisan 2005 tarihli *Neumerzhitsky v. Ukrayna* kararı, § 60 vd.; 8 Temmuz 2004 tarihli *İlaşcu ve Diğlerleri v. Moldova ve Rusya* kararı, § 288; 4 Temmuz 2006 tarihli *Ramirez Sanchez v. Fransa* kararı, 85; 13 Haziran 2002 tarihli *Anguelova v. Bulgaristan* kararı, Yargıç Bonello'nun karşı oy şerhi.

rapor, Raportörün isteği üzerine Uluslararası Adalet Komisyonu ve İşkenceye Karşı İsveç Komitesi'nce incelenmiştir.

Siyasi İşler Komitesi'nin rapora ilişkin görüşleri Eylül 1983'de Parlamenter Dejaridin tarafından açıklanmıştır (Doc. 5123). Parlamenterler Meclisi'nin 971 sayılı Tavsiye Kararı'nın kabulünün ardından, Bakanlar Komitesi, İnsan Hakları İzleme Komitesi'nin (CDDH) aşağıdaki konulardaki görüşlerini, Ocak 1984 tarihindeki 366. oturumunda görüşmüştür.

Bu çerçevede CDDH'nin bir alt kuruluşu olarak, onun yetkisi altında çalışacak ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki hakların genişletilmesi için, bir Uzmanlar Komitesi oluşturulmuştur (DH-EX) (Mart 1984, 15. Oturum).

Çalışmaları süresince, DH-EX'in, Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Mahkemesi'yle görüş alış verişinde bulunma fırsatı olmuştur. Aynı zamanda Uluslararası Adalet Komisyonu, İşkenceye karşı İsviçre Komitesi'nin ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin temsilcileriyle de bir oturum düzenlemiştir. Diğer oturumlar iki uzman psikiyatrisin de katılımlarıyla gerçekleşmiştir. DHEX, bu sözleşme tasarısını Haziran 1986'da CDDH'ye göndermeden önce, Avrupa Hukuk İşbirliği Komitesi'nin (CDJC) ve daha önceden CDDH'nin görüşünü istediği Avrupa Suç Sorunları Komitesi'nin (CDPC) sunuşlarını da dikkate almıştır.

CDDH, CDJC ve CDPC'nin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi'yle de görüş alış verişinde bulunmuştur. İşkencenin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi taslağı CDDH'nin Kasım 1986'daki 2. görüşmesi sırasında sonuçlandırılmış ve Bakanlar Komitesi'ne gönderilmiştir.

Bakanlar Komitesi, Parlamenterler Meclisi'nin görüşünü aldıktan sonra (Karar No:133, 27 Mart 1987) Sözleşme'nin metni 27 Haziran 1987'de kabul edilmiştir. Sözleşme 26 Kasım 1987'de Avrupa Konseyi üyesi devletlerin imzasına açılmıştır. Sözleşme üye devletler tarafından hızla onaylanarak 1989 yılında yürürlüğe girmiştir. Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaları Önleme Komitesi (CPT) ilk toplantısını aynı yıl içinde yapmış ve üye devletlere ilk denetim ziyaretlerini 1990 yılında başlatmıştır. Kısa sürede etkili

bir kurum olarak kendisini ispatlamıştır. Birleşmiş Milletler de benzer bir modeli küresel düzeyde uygulamaya koymuştur.

e. b. İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi'nin (CPT) Görevi ve İşleyişi

Sözleşme, gözetim altındaki kişilerin korunması amacıyla yargı dışı bir önleme mekanizması sağlamaktadır. Söz konusu mekanizma, İşkencenin Önlenmesi Avrupa Komitesi (CPT) tarafından ilgili sözleşmeciler devletlere denetim ziyaretleri düzenlenmesi sistemine dayanmaktadır. Bu sistem Mahkeme ya da Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Komite gibi reaktif bir yapı oluşturmaktan çok, proaktif, yani ihlalin meydana gelmesini önleme amacıyla uyumlu bir yapı sergilemektedir.²¹ CPT Sekreteryası, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü'ne bağlı olarak çalışan bir birimdir.

e.c. CPT'nin Görev ve Yetki Alanı

Komite'nin amacı, özgürlüklerinden yoksun bırakılmış kişilerin işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezalara karşı daha güçlü bir şekilde korunmasını sağlamaktır. Bu amacı gerçekleştirmek üzere, gözetim yerlerine denetim ziyaretleri düzenler ve bunu takiben raporunu düzenleyerek ilgili hükümet birimine iletir. Bu raporlara ilişkin devletlerin verdiği cevaplar ya da uygulamada ortaya çıkan tabloya dayalı olarak, CPT, ilgili devletlerle sürekli bir diyalog kurar.

CPT bir yargı organı değildir. Bununla birlikte, denetim ziyaretleri sırasında uygulamak üzere geliştirdiği bir dizi standartla mevcut uygulamaları değerlendirir ve devletleri oluşturduğu ölçütleri yerine getirmeleri konusunda teşvik eder. Bu standartların çoğu, diğer uluslararası yükümlülüklerde rastlananlardan çok daha ayrıntılı ve ağırdır. Dahası, standartların saptanması sürekli gelişen bir süreçtir: CPT'nin çalışmaları geliştikçe yepyeni endişe kaynakları keşfedilmekte ve bunlar Komite'yi yeni tavsiyeler ileri sürmeye, devletleri yeni yasal, idari

²¹ CPT'nin yapısının Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Komite'nin yapısı ile karşılaştırıldığı daha ayrıntılı yazı için bkz. Hasan Kemal Elban; "İşkenceye Karşı Uluslararası Önleme Mekanizmaları"; *Açık Sayfa Hukuk Dergisi*, Sayı 22-23, s.29.

ve örgütlenme yapılarına ilişkin reformlar yapmaları için cesaretlendirmektedir.

e. d. İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin Bileşimi

CPT'nin üyeleri, çeşitli mesleklerden gelen bağımsız ve tarafsız uzmanlardır. CPT'nin gücü, kendisini oluşturan üyelerin beraberinde getirdikleri çok geniş bilgi ve beceri yelpazesinde yatmaktadır. Komite'nin, çalışmalarında gerçek bir multidisipliner yaklaşımı sağlayabilmek için, üyeleri arasında doğru denge bulunması gerekir. Ağır hak hukuk uzmanlarında olmasına rağmen, birçok üye de tıp alanındaki deneyimleriyle CPT'nin çalışmalarına katkıda bulunmaktadır. Kimileri de kendi ülkelerinde cezaevi veya polisle ilgili konularda hizmet vermiş kişilerdir.

Gözetim yerlerine düzenlenen denetim ziyaretlerinde Komite, kendi dışından gelen uzman ve tercümanların yardımına da başvurabilir.

Komite üyeleri, Avrupa Konseyi'nin karar alma organı olan Bakanlar Komitesi tarafından dört yıllık bir görev süresi için seçilirler ve iki kez yeniden seçilebilme olanakları bulunmaktadır. Sözleşme'ye taraf olan her ülke adına bir üye seçilir. Komite üyeliği halen yarı zamanlı bir sorumluluk olmasına rağmen, uygulamada Komite üyelerinin çoğu zamanlarının büyük kısmını CPT işleriyle geçirmektedir.

e.e. Denetim Ziyaretleri Sistemi

CPT'nin görevi, gözetim altında tutulan belirli bir kişiye yönelik muamelenin resmi olarak kınanmasından ziyade, işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaları bütünlüklü bir yaklaşım içinde önlemektir. Bu ihlal oluşturabilecek yapısal unsurların ulusal sistemlerden ayıklanmasına ve ortadan kaldırılmasına yönelik amaç, onu diğer uluslararası denetim mekanizmalarından kalın çizgilerle ayırır. CPT, bu görevini gözetim yerlerine düzenlenen denetim ziyaretleri yoluyla yerine getirir. CPT ziyaretleri sırasında ziyaret ettiği yerlerin gözaltı ve tutma koşullarını değerlendirir ve mevcut prosedür ve uygulamalar hakkında bilgi toplar.

CPT, Sözleşme'yi onaylamış bulunan devletlerde insanların yetkili bir kamu makamınca özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı veya

birakılabileceği tüm yerleri denetlemeye yetkilidir. Bunların arasında ceza ve ıslahevleri, polis karakolları, yabancı uyruklu göçmenlerin bulunduğu yerler, psikiyatri hastaneleri ile yaşlılar ve özürllüer yurtları sayılabilir.

CPT'nin denetim ziyaretleri periyodik veya ad hoc (belirli bir programa bağılı olmaksızın) olabilir. Periyodik denetim ziyaretleri, CPT'nin yıllık olarak belirlenen bir program çerçevesinde düzenli aralıklarla Devletleri denetlemesine imkan verir. Başlangıçta CPT denetimlerinin tümü periyodik ziyaretler şeklinde olmuştur. Sözleşme'ye yeni taraf olmuş ülkeler, Sözleşme'nin bağlayıcılığını kabul ettikten kısa bir süre sonra CPT tarafından denetlenmeyi bekleyebilirler. Koşullar gerektirdiği takdirde ad hoc denetim ziyaretleri de yapılabilir. Bu sayede belli bir konu veya gözetim yeri hakkında acil girişimde bulunulması yolunda bilgi aldığıında CPT derhal devreye girebilir. Ayrıca, ad hoc denetimler yoluyla Komite, önceden yapmış olduğu önerilerin ne ölçüde yerine getirildiğini saptayabilir. Son yıllarda kısa süreli ve kesin hedefli programsız (*ad hoc*) denetimler CPT tarafından giderek daha sık uygulanmaya başlamıştır. Bazı durumlarda ad hoc denetimler biz-zat ilgili Devletin talebi üzerine yapıldığı da olmaktadır.²²

e.f. Tutma Yerlerine Sınırsız Erişim

Sözleşme gereği, devletler yetki alanına giren ve kişilerin bir kamu makamınca özgürlüklerinden yoksun tutuldukları herhangi bir yere girmek ve burada serbestçe dolaşmak üzere CPT denetim heyetlerine izin vereceklerdir. Ayrıca, İşkencenin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi, Komite'ye özgürlüklerinden yoksun tutulan kişilerle ve ilgilendikleri konuda kendisine bilgi verebilecek diğer kimselerle özel görüşmeler-

²² Örneğin, 2000 yılının Aralık ayında Türkiye'de F tipi cezaevleri ile ilgili olayların patlak vermesinden kısa bir süre önce o dönemin Hükümet yetkililerinin talebi üzerine F-tipi Cezaevlerine ilişkin Komite bir denetim ziyareti yaparak F-tipi Cezaevi koşullarının işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve ceza yasağına uygunluğunu denetlemiştir (Bu ziyarete ilişkin 8 Kasım 2001 tarih ve CPT/Inf (2001) 25 sayılı rapor için bkz. <http://www.cpt.coe.int/documents/tur/2001-25-inf-eng.pdf>).

Benzer bir davet daha önce de 27 Temmuz 1996 tarihinde kitlesel ölüm oruçlarının ardından *Çiller Hükümeti* tarafından Eskişehir Özel Tıp Cezaevi için CPT'ye yapılmış ve CPT 19-23 Ağustos 1996 tarihinde bu cezaevine bir ziyaret gerçekleştirmiştir. Bu ziyarete ilişkin rapor için bkz. <http://www.cpt.coe.int/documents/tur/2007-09-inf-eng.pdf>.

de bulunmak hakkını da tanımıştır. Bunun yanı sıra, CPT'nin görevini yaparken gerekli göreceği başka her türlü bilgiyi de Komite'ye sağlamak konusunda devletlerin genel bir yükümlülüğü vardır.

CPT, bilgilere erişme hakkını kullanırken “ulusal hukuk ve mesleki ahlak kurallarını gözetmek” sorumluluğu altındadır. Ancak, bu yükümlülük CPT'nin amacı olan kötü muamelenin önlenmesi ile tutarlı bir şekilde yorumlanmalıdır. Ulusal makamlar istenilen bilgilerin sağlanmasını bazı koşullara bağlamak isteyebilirler. Bununla birlikte, söz konusu bilgilere erişimi reddedemezler veya bilgilere erişimi reddetmek ile eşit anlama gelecek koşullara bağlayamazlar.

e.g. CPT Raporları

CPT her denetim ziyaretinden sonra bir rapor hazırlar ve saptadığı bulgular ile özgürlüğünden yoksun tutulan kişilerin durumunu iyileştirmek için gerekli gördüğü tavsiyelerini belirtir. Bu gizli rapor ilgili devlete gönderilir. Raporla birlikte ilgili devletten CPT'nin tavsiyelerinin yerine getirilmesi için alınacak önlemleri açıklayan, ileri sürülen görüşlere ilişkin tepkileri belirten ve bilgi istenilen konuları yanıtlayan yazılı bir cevap istenir.

İki istisna dışında CPT raporları gizlidir. İlgili devlet raporu ve bu rapora verilen cevabi görüşleri yayınlamak isteyebilir veya eğer ilgili devlet işbirliği yapmayı veya özgürlüğünden yoksun tutulan kişilerin durumunu CPT'nin tavsiyeleri ışığında iyileştirmeyi reddederse, Komite (üyelerinin üçte ikisinin onayı ve ilgili devlete görüş bildirme fırsatını verdikten sonra) bu konuda bir kamu açıklaması yapma kararını alabilir.

Başlangıçta gizlilik ilkesinin devletlerin işbirliği yapmalarını sağlama ve CPT'nin etkinliğini arttırma açısından önemli olduğu düşünülmüşse de, devletler, Komite ile yaptıkları görüşmelerin büyük çoğunluğunu kamuoyuna yansıtmaya hazır ve istekli olmuşlardır. Gerçekten de, CPT'nin ziyaret ettiği devletlerin çoğunluğu CPT raporlarının ve bunlara verilen cevapların yayınlanmasına izin vermişlerdir.²³

²³ İlgili bütün raporlara CPT'nin internet sitesi adresi www.cpt.coe.int adresinden ulaşılabilir.

e.h. CPT ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İlişkisi

CPT görevi gereği, amacıyla sınırlı olarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ilgi alanına giren konularla ilgilenmektedir.²⁴ Bu çerçevede CPT'nin denetlediği gözaltı merkezleri ya da tutma yerlerindeki koşullara ya da gözaltındaki kişilere yönelik genel bir uygulamaya ilişkin yayınladıkları raporlar, buralarda tutulan kişilerin ihlal iddialarıyla bağlantılı olarak iddialarını temellendirirken başvurabilecekleri destekleyici kanıtların başında gelmektedir. CPT'nin raporlarıyla bağlantılı konularla ilgili olarak Mahkeme önüne gelmiş ve sonuçlandırılmış çok sayıda dava söz konusudur.²⁵

Diğer taraftan, CPT de kendi standartlarını oluştururken Mahkeme'nin kararlarını yakından izlemektedir. Bu çerçevede, örnek olması bakımından, havaalanlarının transit bölgelerinde ülkeye girişlerine izin verilmeden tutulan kişilerle ilgili olarak, ilgili ülkelerin, bu kişilerin tutulmadıkları, sadece ülkeye girişlerine izin verilmediği, istedikleri herhangi bir anda diledikleri ülkeye giden bir uçağa binip ülkeden ayrılacakları itirazına karşı bu itirazın geçerli olmadığı savını geliştirirken, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 25 Haziran 1996 tarihli *Amuur v. Fransa* kararına göndermede bulunmuş ve Mahkeme'nin gerekçelerini aynen kullanmıştır.²⁶

Yukarıda ifadesini bulan yakın bir etkileşimin varlığı açıkça görülmekle birlikte, hali hazırda bu yeterli bir derinliğe ulaşmış değildir. Mahkeme ve CPT'nin işkencenin önlenmesinde yakın işbirliği içinde olmaları avukatların bu ilişkinin öneminin ve yaratacağı fırsatların farkında olmasına bağlı olduğu bir gerçektir.

²⁴ Bu karşılıklı ilgi örtüşmesinin özellikle Sözleşme'nin 2, 3, 5, 6 ve 8. maddeleri çerçevesinde şekillendiğini belirtelim.

²⁵ Bkz. diğer pek çok kararın yanında, 11 Haziran 2006 tarihli *Jalloh v. Almanya* kararı, § 55; 6 Haziran 2006 tarihli *Baybaşın v. Hollanda* kararı, § 46 vd.; 12 Nisan 2005 tarihli *Shamayev ve Diğerleri Gürcistan ve Rusya* kararı, §§ 267 ve 329; 18 Ekim 2007 tarihli *Babushkin v. Rusya* kararı, § 38; 13 Kasım 2003 tarihli *Elçi v. Türkiye* kararı, § 596 v.d.; 18 Haziran 2002 tarihli *Orhan v. Türkiye* kararı, § 34; 6 Mart 2002 tarihli *Dougoz v. Yunanistan* kararı, § 46; 19 Nisan 2001 tarihli *Peers v. Yunanistan* kararı, § 61 v.d.

²⁶ Bkz. CPT'nin yayınladığı "*CPT Standartları*" adlı kitapçık, CPT/Inf/E(2002)1 Türkçe, s. 40. Adı geçen kitapçığa CPT'nin yukarıda verilen internet sitesinden ulaşılabilir.

f. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu

İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI), 9 Ekim 1993 tarihinde Viyana'da toplanan "Avrupa Konseyi Devlet ve Hükümet Başkanları I. Zirvesi"nde kurulmuştur. ECRI'nin kuruluş kararı I. Zirve toplantısında kabul edilen zirve bildirisinde ifadesini bulmaktadır. Ekim 2000 yılında Strazburg'ta toplanan Irkçılığa Karşı Avrupa Konferansı'nda ECRI'nin işlevini daha güçlendirmesi çağrısı yapılmış, bunun üzerine 13 Haziran 2002 tarihinde Bakanlar Komitesi ECRI'nin yeni statüsünü kabul etmiştir. Bu yeni statü ECRI'nin bağımsız bir insan hakları izleme organı olarak ırkçılık ve ırk ayrımcılığına ilişkin konularda rolünü sağlamlaştırmaktadır.

ECRI'nin üyeleri bağımsızdır ve sadece kendi vicdani kanılarına göre hareket ederler. ECRI'nin amacı Avrupa çapında ve insan haklarının korunması perspektifinden ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve anti-semitizmin ortadan kaldırılmasıdır. ECRI'nin etkinlikleri özellikle ırk, renk, dil, din, uyruklu, ulusal ya da etnik kökene dayanan ayrımcılık ya da önyargılarla karşı karşıya kalan kişi ya da kişi gruplarının mağduriyetlerine son vermek için gerekli bütün tedbirlerin alınmasını kapsar. ECRI'nin statüsünden kaynaklanan etkinlikleri üye ülkelere ilişkin izleme, ayrıntılı genel politika tavsiyelerinde bulunmak²⁷ ve sivil toplumla ilişkiler kurmak ve geliştirmektir.

ECRI, ülkeler bazında yaptığı araştırmaların sonucu düzenlediği raporlarını düzenli olarak yayınlamaktadır. ECRI'nin faaliyet konusuna ilişkin Türkiye hakkında da yayınlanmış raporları bulunmaktadır. Türkiye'ye ilişkin raporların önemli bir kısmı Türkçeye çevrilmiş olarak yayınlanmıştır.²⁸

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de ECRI raporlarından özellikle ayrımcılık temelli ihlal vakalarına ilişkin kararlarında yararlanmaktadır.²⁹

²⁷ Bkz. özellikle 4 Ekim 2007 tarihinde yayınlanan ve Komisyon'un 29 Haziran 2007 tarihinde kabul ettiği "Siyasette Irkçılık ve Irk Ayrımcılığını Yok Etmek üzerine 11 No'lu Genel Politika Tavsiyeleri" Avrupa çapında gelişen siyasetin milliyetçi ve dini hissiyatı istismarına karşı son derece önemli sonuçları olabilecek bir karşı ilk adım gibi görünmektedir.

²⁸Söz konusu raporlara, Avrupa Konseyi'nin internet portalında bulunan aşağıdaki linkten ulaşılabilir: http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/4-publications/1default.asp#P26_307.

²⁹ 9 Ekim 2007 tarihli *Hasan ve Eylem Zengin v. Türkiye* kararı, §§ 28-29; 10 Kasım 2005

ECRI'nin raporları Türkiye'de özellikle eğitim hakkıyla ilişkili din ve vicdan özgürlüğü ihlali iddialarından kaynaklanan davalarda öne çıkmaktadır. Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri bakımından ise özellikle Roman topluluklara yönelik ırk ayrımcılığı sorunuyla bağlantılı işkence, yaşam hakkı, adil yargılanma ve kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin ihlal iddialarıyla bağlantılı davalarda öne çıktığı gözlenmektedir. Ancak ECRI'nin raporlarının gerek Türkiye ve gerekse Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde yukarıda sayılan çerçeveyi fazlasıyla aşan bir vizyonu ve raporlama anlayışının bulunduğunu ve bu çerçevede söz konusu raporların daha geniş bir bakış açısıyla incelenmeyi hak ettiğini burada belirtmekte fayda var.

Sonuç

Yukarıda bir bütün içinde ve mümkün olduğunca ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışıldığı gibi Avrupa Konseyi'nin varlık nedenlerinin başında Avrupa çapında insan haklarına saygının korunması ve geliştirilmesi gelmektedir. Söz konusu amaç, sağlıklı işleyen demokrasiler, hukuk devletine saygılı hükümetler ve insan haklarının güvence altında olduğu toplumlar yoluyla Avrupa'da barışın bir daha kaybedilmeksizin kalıcılaştırılması hedefinin önkoşuludur. İşte böylesi kapsamlı ve zor bir görevin başarılması konusunda, Avrupa Konseyi, olası en etkili araçlardan biri olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve onun denetim organı olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ni yaratmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, yukarıdaki paragraflarda sıklıkla belirtilmeye çalışıldığı gibi bağlayıcı yargısal kararlar alma yetkisine sahip denetim organı olarak Avrupa Konseyi'nin amaç ve hedeflerine hizmet etmektedir; ancak tabii ki Mahkeme'nin Avrupa Konseyi'nin amaç ve hedeflerine hizmet etmek gibi bir görevi ve amacı bulunmamaktadır. Bu durum Sözleşme'nin amaçlarıyla Konsey'in amaçlarının birbiriyle tam uyum içinde olmasından kaynaklanmaktadır.

Avrupa Konseyi dahil her türlü kurum ve kuruluştan bağımsız olarak hareket eden Mahkeme, Konsey'in çeşitli organlarıyla etkileşim içinde ve önündeki somut davayla bağlantılı olarak Konsey'in ilgili

tarifli *Leyla Şahin v. Türkiye* kararı, *Yargıç Tulkens*'in karşı oy şerhi; 12 Nisan 2007 tarihli *Ivanova v. Bulgaristan* kararı, §§ 65-66; 13 Aralık 2005 tarihli *Bekos ve Koutropoulos v. Yunanistan* kararı, § 33 vd.

organlarının ortaya koyduğu pek çok çalışmayı göz önüne alarak kararlarını vermektedir. Buna karşın Konsey'in, Bakanlar Komitesi, Parlamenterler Meclisi gibi asli organları da Mahkeme'nin işlevini etkili ve herhangi bir sorunla karşılaşmadan yerine getirebilmesi için azami çaba harcamaktadır. Bütün bu çabanın altındaki itici güç, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ve onun denetim organı olan Mahkeme'nin işlevini gerektirdiği gibi etkili bir şekilde yerine getirebilmesinin önkoşulunun Mahkeme'nin yapısının sürekli gözetim altında olmasını gerektirdiğinin bilincinde olunmasıdır.

Evet, Sözleşme ve Mahkeme, insan haklarının korunmasında mükemmel işleyen araçlar değildir; ancak bugüne kadar, insan haklarının korunması konusunda Mahkeme'nin başarılı ve etkili bir sonuçlar aldığı genel kabul gören bir görüştür. Bütün bu karşılıklı etkileşimin farkında olmaksızın Mahkeme'nin bugünkü yapısı, kararlarının altında yatan felsefi temel; Mahkeme'nin geleceği ve karşı karşıya kaldığı zorluklar ile bunlarla ne şekilde başa çıkmaya çalışıldığı anlaşılabilir. Mahkeme'nin karşı karşıya olduğu zorluklar ve bunlarla başa çıkma çabaları, olası sonuçları itibarıyla başvurucuların davalarını da yakından ilgilendirmekte ve Mahkeme'nin kararlarında da bir dereceye kadar etkili olmaktadır.

Mahkeme önünde hak aramayı planlayan başvurucular ya da onların hukuki temsilcilerinin, bağımsız bir yapısı olmakla birlikte Mahkeme'nin, Avrupa Konseyi'nin bir parçası olduğu gerçeğinin farkında olarak başvurularını yapmalarında büyük yarar bulunmaktadır.

YASAMA DÖNEMİ VE YASAMA DÖNEMİ İLE İLGİLİ SORUNLAR

Faruk BİLİR*

GİRİŞ

Bir ülkenin siyasi sisteminin demokratik olup olmadığını belirleme konusunda göz önünde tutulan kıstasların başında, her vatandaşın yalnızca bir oya sahip olduğu genel oy hakkı ile katılacağı seçimler yoluyla iktidarın halkın elinde olması ve en az iki büyük partinin, belirle aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde adaylarını ve programlarını halkın onayına sunması gelmektedir.¹ Seçim, demokratik bir toplumun varlığı için zorunlu bir unsurdur ancak, başlı başına yeterli bir unsur değildir. Seçimin yapılacağı ortamı, demokratik bir rejimin diğer zorunlu unsurlarından olan temel hak ve hürriyetlerden soyutlamak da mümkün değildir. Demokratik seçimlerden söz edilebilmesi için, toplumdaki değişik düşüncelerin açıklanabilmesi ve bu düşüncelerin siyasi partiler aracılığıyla örgütlenerek, iktidar yarışı için siyasi rekabetin serbestçe uygulanabilmesi gerekir.²

Yasama meclisleri, günümüzde bazı istisnalar dışında, halk tarafından belirli bir süre için seçilen temsilcilerden oluşmaktadır. Bu süre ülkeden ülkeye değişmektedir.³ Genelde parlamentolar görev süreleri

* Doç. Dr., S.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Lipson, Leslie, *Demokratik Uygurluk*, (Çev. Haldun Güllalp / Türkan Alkan), Ankara 1984, s. 236.

² Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul 2003, s. 240.

³ Onar, Erdal, "1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi," *Anayasa Yargısı* (14) Ankara 1997, s. 387; İtalya'da yasama dönemi 5 yıl (İtalyan Anayasası madde 60), İspanya'da 4 yıl (İspanya Anayasası madde 68-69), Güney Afrika'da Ulusal Meclis'in yasama dönemi 5 yıl, (Güney Afrika Anayasası madde 49), Brezilya'da yasama dönemi 4 yıl (Brezilya Anayasası madde 44), Çin'de yasama dönemi 5 yıl

içerisinde faaliyette bulunmaktadırlar. Başka bir ifadeyle parlamantolar yasama dönemi boyunca görevlerini sürdürmektedirler. Ancak parlamentoların görev süreleri yasama dönemi dolmadan da sona ermektedir. Parlamentolar, bu süre dolmadan seçimin yenilenmesine karar verebileceği gibi, belli şartlar altında parlamenter sistemlerde devlet başkanı da parlamentoyu fesh edebilir.

Meşrutiyet Dönemi içerisinde parlamento, Meclis-i Ayan ve Meclis-i Mebusan olmak üzere iki yapılıdır. Yönetimdeki değişmelere göre her iki meclisin yapılarında ve kendi aralarındaki ilişkilerde değişmeler olmuştur.⁴ 1876 Anayasası'na göre Ayan Meclisi üyeleri ömür boyu görev yapmak üzere padişah tarafından atanıyor, Mebusan Meclisi üyeleri ise dört yıllık bir süre için halk tarafından seçiliyordu. 1921 Anayasası ile tek meclisli sisteme geçilmiş, yasama döneminin de iki yıl olması öngörülmüştür. 1924 Anayasası da tek meclisli sistemi benimsemekle birlikte, yasama dönemi bu Anayasa ile dört yıla çıkarılmıştır. 1961 Anayasası ile iki kanatlı parlamentoya geçildiği görülmektedir. Bunlardan Millet Meclisi üyeleri dört yıllığına, Senato üyeleri ise altı yıllığına seçilmektedir. 1982 Anayasası ile Parlamento yeniden tek meclisli sisteme dönüştürülmüş ve Meclis'in görev süresi 5 yıla çıkarılmıştır.

Parlamentoların seçim dönemleri genelde ülkelerin siyasi tercihlerine göre belirlenmektedir. Bu belirlemede hiç şüphesiz ülkenin kendine özgü şartları da önemli rol oynamaktadır. Parlamentoların seçim dönemleri ülkeler arasında farklılıklar göstermekle birlikte bu sürelerin genellikle 4 veya 5 yıl olduğu gözlenmektedir. Özellikle 4 yıllık süre dünya genelinde yaygın olarak uygulanmaktadır. Başka bir ifadeyle 4 yıllık süre genel kabul gören bir süre olarak çoğu ülkede uygulanmaktadır. Bunun dışında 2, 5, 6 ve 9 yıllık sürelerin de uygulandığı ülkeler vardır.

GENEL SEÇİM

5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddele-

(Çin Anayasası madde 60) ve Şili'de yasama dönemi 4 yıldır (Şili Anayasası madde 43).

⁴ Tunaya, Tarık Zafer, Türkiye'de Siyasal Partiler, 2.B, C.1 (II.Meşrutiyet Dönemi), İstanbul, 1998, s.39

rinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la⁵ Anayasa'nun birçok maddesinde değişiklik yapılmıştır. 5678 sayılı kanunun 1. maddesiyle, Anayasa'nın 77. maddesinin birinci fıkrasında geçen "beş" ibaresi "dört" olarak değiştirilmiştir.⁶ Bu değişiklikle milletvekili seçimi dönemi beş yıldan dört yıla indirilmiştir. Kuşkusuz bu değişikliğe paralel olarak 2839 sayılı kanunun 6. maddesi⁷ bu doğrultuda değiştirilmeli-

⁵ Kanun no: 5678, Kabul tarihi: 31.05.2007, *Resmî Gazete*: 16.06.2007/26554.

⁶ Bu kanunla yapılan diğer değişiklikler şunlardır: Bu Kanun'un 2. maddesiyle, Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasında geçen "seçim tutanaklarını" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve Cumhurbaşkanlığı seçimi tutanaklarını" ibaresi; son fıkrasında geçen "halkoyuna sunulması" ibaresinden sonra gelmek üzere ", Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi" ibaresi eklenmiştir. Kanun'un 3. maddesiyle Anayasa'nın 96. maddesinin birinci fıkrası şu şekilde değiştirilmiştir: "Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa'da başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz". Kanunun 4. maddesiyle Cumhurbaşkanı seçilme yeterliliği, halk tarafından seçilmesi görev süresi ve aday gösterilmesi yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, "Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir. Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir. Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden veya Meclis dışından aday gösterilebilmesi yirmi milletvekilinin yazılı teklifi ile mümkündür. Ayrıca, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu geçen siyasi partiler ortak aday gösterebilir. Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer". Kanunun 5. maddesiyle, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilme usulü düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, "Cumhurbaşkanı seçimi, Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde; makamın herhangi bir sebeple boşalması halinde ise boşalmayı takip eden altmış gün içinde tamamlanır. Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış bulunan iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Cumhurbaşkanı göreve başlayınca kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder. Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir".

⁷ Bu maddeye göre, "Türkiye Büyük Millet Meclisinin seçimleri beş yılda bir yapılır. Her seçim döneminin son toplantı yılının 20 Temmuz günü seçimin başlangıç tarihidir ve Kasım ayının ilk Pazar günü oy verilir. Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkân görülmezse, Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçimlerin bir yıl

dir. Ayrıca bu değişiklikten sonra ara seçim takviminde de değişiklik yapılması kaçınılmazdır. Anayasa'nın Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin geriye bırakılması ve ara seçimleri düzenleyen 78. maddesine göre, *"Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına imkan görülmezse, Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir. Geri bırakma sebebi ortadan kalkmamışsa, erteleme kararındaki usule göre bu işlem tekrarlanabilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinde boşalma olması halinde, ara seçime gidilir. Ara seçim, her seçim döneminde bir defa yapılır ve genel seçimden otuz ay geçmedikçe ara seçime gidilemez. Ancak, boşalan üyeliklerin sayısı, üye tamsayısının yüzde beşini bulduğu hallerde, ara seçimlerinin üç ay içinde yapılmasına karar verilir. Genel seçimlere bir yıl kala, ara seçimi yapılamaz. Yukarıda yazılı hallerden ayrı olarak, bir ilin veya seçim çevresinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinde üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan gündün sonraki ilk Pazar günü ara seçim yapılır. Bu fıkra gereği yapılacak seçimlerde Anayasa'nın 127 nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uygulanmaz"*. Yine bu değişiklik çerçevesinde, Anayasa'nın 127. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"Mahallî idarelerin seçimleri, 67 nci maddedeki esaslara göre beş yılda bir yapılır"* hükmünün de değiştirilmesi gerekir.

Seçimlerin önceden belli dönemlerde ve makul aralıklarla yapılması ilkesi demokratik bir güvencedir. Türkiye'de çok partili döneme geçildikten sonra bu ilke yerleşmiş olup, seçimden kaçmak şeklinde bir alışkanlığa rastlanmamıştır.⁸ Demokrasilerde temsilciler belli bir süre için görev yaparlar. Temsili demokrasilerde seçimlerin belirli aralıklarla yapıldığı zaman dilimine seçim dönemi veya yasama dönemi denir.⁹ Seçimlere katılmayan ya da katıldığı halde seçilemeyenlerin görevleri bu sürenin dolmasıyla sona erer. İki genel seçim arasındaki bu süreye yasama dönemi adı verilmektedir (TBMM İçtüzük m. 1). Yasama döneminin başlangıcı genel seçimler sonrası Meclis'in yaptığı ilk toplantıdır. TBMM İçtüzük'ünün 3. maddesinin 1. fıkrasına göre, *"Milletvekili genel seçimi kesin sonuçlarının Yüksek Seçim Kurulunca Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu kanallarında ilânını takip eden beşinci*

geriye bırakılmasına karar verebilir. Geri bırakma sebebi ortadan kalkmamışsa, erteleme kararındaki usule göre bu işlem tekrarlanabilir".

⁸ Tanör, Bülent, "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri", http://www.tusid-ad.org/turkish/rapor/demokratik_tur/demoktur.pdf. (10.09.2006).

⁹ Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2001, s. 199.

gün saat 15.00'te Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu çağrısız olarak toplanır. Bu birleşimde, önce milletekilerinin andiçme töreni yapılır". Yasama dönemi normal şartlarda dördüncü yasama yılının sonunda yani yeni Meclisin seçilmesi ile sona erer.¹⁰ Son değişikliklerle birlikte Anayasa'ya göre uzatılmadığı veya erken seçim kararı alınmadığı sürece bu süre 4 yıldır. Anayasa'nın 78. maddesine göre, "Savaş sebebiyle yeni seçimlerin yapılmasına inkân görülmezse, Türkiye Büyük Millet Meclisi, seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına karar verebilir. Geri bırakma sebebi ortadan kalkmamışsa, erteleme kararındaki usule göre bu işlem tekrarlanabilir". Ayrıca seçimlerin dört yıldan daha kısa sürede yapılmasını gerektiren durumlar da vardır. Anayasa'nın 77. maddesine göre, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin seçimleri dört yılda bir yapılır. Meclis, bu süre dolmadan seçimin yenilenmesine karar verebileceği gibi, Anayasa'da belirtilen şartlar altında Cumhurbaşkanınca verilecek karara göre de seçimler yenilenir. Süresi biten milletekili yeniden seçilebilir. Yenilenmesine karar verilen Meclisin yetkileri, yeni Meclis'in seçilmesine kadar sürer". Görüldüğü gibi bu maddede hükmüne göre de, dört yıllık süre dolmadan da seçime gidebilmek mümkündür. Dört yıllık süre dolmadan Meclis alacağı bir erken seçim kararıyla, seçime gidebileceği gibi, Anayasa'nın 116. maddesi gereğince Cumhurbaşkanı tarafından Meclis seçimlerinin yenilenmesi halinde de seçime gidilebilir.¹¹ Ayrıca, 1982 Anayasası'nın 77. maddesine göre

¹⁰ Bozkurt, Rauf / İba, Şeref, 100 Soruda Parlamento, Ankara 2004, s. 40

¹¹ Anayasa'nın 102. maddesi gereğince Cumhurbaşkanının seçilememesi halinde de seçime gidilmekteydi. Anayasa'nın 102. maddesi göre, "Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantı halinde değişle hemen toplantıya çağrılır. Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanır ve seçime başlama tarihinden itibaren otuz gün içinde sonuçlandırılır. Bu sürenin ilk on günü içinde adayların Meclis Başkanlık Divanına bildirilmesi ve kalan yirmi gün içinde de seçimin tamamlanması gerekir. En az üçer gün ara ile yapılacak oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamadığı takdirde üçüncü oylamada da üye tam sayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir. Seçilen yeni Cumhurbaşkanı göreve başlayınca kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder". 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilme usulü benimsenmiştir. Dolayısıyla artık bu nedenden dolayı seçimlere gidilmesi imkanı ortadan

“yenilenmesine karar verilen Meclis’in yetkileri, yeni Meclis’in seçilmesine kadar devam eder”. Meclis’in sürekliliği ya da istimrarı adı verilen bu ilke, 1921 Anayasası’ndan bu yana süregelen ve daha sonraki bütün anayasalarda da tekrarlanan temel bir ilkedir. Kökleri Milli Mücadele döneminde olan bu ilke ile, ülkenin bir an için bile olsa, Meclis’siz kalmamasını amaçlamaktadır. Hukuki varlığı yeni Meclis’in seçilmesine kadar devam edecek olan Meclis’in, bu süre içinde Anayasa ile kendisine verilen tüm yetkileri eksiksiz olarak kullanabileceğini söylemek mümkündür.¹²

Cumhurbaşkanının seçimleri yenileme yetkisi 1982 Anayasası’nın 116. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “Bakanlar Kurulunun, 110 uncu maddede belirtilen güvenoyunu alamaması ve 99 uncu veya 111 inci maddeler uyarınca güvensizlik oyuyla düşürülmesi hallerinde; kırkbeş gün içinde yeni Bakanlar Kurulu kurulmadığı veya kurulduğu halde güvenoyu alamadığı takdirde Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına danışarak, seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Başbakanın güvensizlik oyu ile düşürülmeden istifa etmesi üzerine kırkbeş gün içinde veya yeni seçilen Türkiye Büyük Millet Meclisinde Başkanlık Divanı seçiminden sonra yine kırkbeş gün içinde Bakanlar Kurulunun kurulmaması hallerinde de Cumhurbaşkanı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına danışarak seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Yenilenme kararı Resmi Gazete’de yayımlanır ve seçime gidilir”.

1982 Anayasası, 1961 Anayasası’ndan farklı olarak, Cumhurbaşkanının seçimleri yenileme yetkisini kullanabileceği halleri hem genişletmiş, hem de Cumhurbaşkanının bu yetkiyi kullanabilmesi için aranan Başbakanın teklifi şartını kaldırmıştır.¹³

Cumhurbaşkanının seçimleri yenileme kararı verebilmesi için aşağıdaki şartlardan birisinin mevcut olması gerekir:

Seçimlerden sonra kurulan hükümetin güvenoyu alamaması ve kırkbeş gün içinde yeni hükümet kurulmaması veya kurulduğu halde güvenoyu alamaması.

kaldırılmıştır.

¹² Özbudun, Ergun, “Etrafta Uçuşan Anayasa Senaryoları (Yorum)”, *Zaman Gazetesi*, 29.05. 2007.

¹³ Öztürk, N. Kemal, “Türkiye’ de Cumhurbaşkanlığı Geleneği ve 1982 Anayasası’ndaki Düzenlemenin Parlamenter Sistemle Uyumu”, *Amme İdaresi Dergisi*, C. 25, Sayı:1, Mart 1992, 87.

Hükümetin Anayasa'nın 99. maddesine göre, gensoru sonucunda düşürülmesi ve kırkbeş gün içinde yeni hükümetin kurulamaması veya kurulduğu halde güvenoyu alamaması.

Başbakanın Anayasa'nın 111. maddesi hükmüne uygun olarak TBMM'den güvenoyu istemesi ve güvensizlik oyuyla düşürülmesi, kırkbeş gün içinde de yeni hükümetin kurulamaması veya kurulan hükümetin güvenoyu alamaması.

Başbakanın güvensizlik oyu ile düşürülmeden istifa etmesi ve kırkbeş gün içinde yeni hükümetin kurulamaması.

Genel seçimlerden sonra TBMM Başkanlık Divanı'nın seçiminden itibaren kırkbeş gün içinde yeni hükümetin kurulamaması.

Buna göre Cumhurbaşkanı, yukarıdaki şartlardan birinin gerçekleşmesi halinde TBMM Başkanına danışarak seçimlerin yenilenmesine karar verebilecektir. Ancak, Cumhurbaşkanı bu kararı alırken TBMM Başkanı'nun görüşü ile bağlı değildir; yetkisini kullanıp kullanmama da tamamen serbesttir. Belirtmek gerekir ki yukarıdaki şartlardan biri oluşsa dahi, Cumhurbaşkanı, Meclis çatısı altında güvenoyu alabilecek bir hükümet çıkabileceği kanaatine varırsa, bu yetkisini kullanmayabilir ve yeni bir Başbakan atayarak hükümeti kurma görevini ona verebilir. Bir başka ifadeyle seçimlerin yenilenmesine karar vermek, Cumhurbaşkanı'nun takdirine bırakılmıştır. Ancak, Anayasa'nın 116. maddesinde yazılı şartlar oluşmadan seçimlerin yenilenmesine karar veremez.¹⁴

ERKEN SEÇİM

Meclisin alacağı bir kararla seçime gidilmesine, uygulamada "erken seçim kararı" denmektedir. Meclis'in erken seçim kararı, kendi iradesiyle kendisini yenilemesidir. Yasama dönemi sona ermeden yapılan erken seçimler, seçmenlerin hükümet politikalarını etkileme yollarından birini oluşturmaktadır.¹⁵ 1982 Anayasası dönemindeki beş seçimde bu yoldan gidilmiştir.¹⁶ Meclis alacağı bu kararda seçim tarihini de

¹⁴ Karamustafaoğlu, Tuncer, *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, Ankara 1982, s. 212.; Erdoğan, Mustafa, 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Hukuki Durumu, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 1987, s. 91-92.

¹⁵ Teziç, s. 226.

¹⁶ Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 200.

tespit eder.¹⁷ 1982 Anayasası'nda erken seçim kararının nasıl alınacağına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İçtüzük'ün 95. maddesinde, *“Seçimlerin yenilenmesine dair önergeler Anayasa Komisyonunda görüşülür ve Anayasa Komisyonu raporu Genel Kurulda gündemdeki bütün konulardan önce görüşüldükten sonra açık oya sunulur”* hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'da ve İçtüzük'te seçimlerin yenilenmesi kararının nasıl alınacağına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı için, meclis bu kararı genel kural olan Anayasa'nın 96. maddesini uygulamak suretiyle gerçekleştirecektir. Anayasa'nın 96. maddesine göre, *“Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz”*.

Meclis erken seçim kararını, Meclis kararıyla alabilmektedir. Bunun için bir kanuna gerek yoktur.¹⁸ Seçimlerin yenilenmesi için Meclis

¹⁷ Anayasa Mahkemesi seçim tarihini belirleme konusunda Meclis'in geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, *“Yasama Organının demokratik yöntemlerle gerçekleştirilen genel seçimlerle oluşması demokrasinin en doğal gereğidir. Siyasal haklar demokrasinin dayandığı temel öğelerden biri olduğuna göre Anayasa'nın 66-74. maddelerinde düzenlenen bu hakların zedelenmesi demokratik devlet ilkesine de zarar verecektir. Kamusal yetkilerin temelini oluşturan anayasal ilkelere uyulmaması da demokratik devlet ilkesini zedeleyecektir. Dava konusu maddenin böyle bir durum yarattığının kabul edilebilmesi için seçimlerin yenilenmesine ilişkin Anayasa'nın 77. maddesine aykırılık taşıdığına saptanması gerekir. Anayasa'nın söz konusu maddesi, seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi durumunda belli bir seçim takvimi öngörmektedir. Bu maddede göre, yenileme kararı verildiğinde seçim tarihinin TBMM'ce saptanmasına anayasal bir engel bulunmamaktadır. Çok partili rejimlerde çoğunluk partileri karşısında muhalefet için bir güvence niteliğinde olan, seçimin yenilenmesine karar verilmesiyle seçim yasalarında öngörülen sürelerle kendiliğinden işleyen bir seçim takviminin devreye girmesi biçimindeki klasik sistemin daha iyi olduğu görüşlerinde gerçek payı bulunmamakla birlikte, bir yasanın daha iyi olmaması ve kimi sakıncalı durumlara yol açması olasılığının bulunması, Anayasa'ya aykırı olduğu anlamına gelmez. Her ülkenin seçimlerinin yenilenmesine ilişkin kuralları ayırır. Batılı ülkelerdeki uygulama değişiklikleri bunu göstermektedir. Anayasa'nın 77. maddesi yasama organına geniş takdir yetkisi verdiğinden dava konusu kuralı Anayasa'ya aykırı bulmak olanaksızdır. Bu düzenleme yalnızca seçim tarihine ilişkin olup, siyasal haklarla ilgisi bulunmadığına göre Anayasa'nın özgürlükçü demokrasi, demokratik hukuk devleti ilkeleriyle demokrasiyi koruma amacına aykırılık savı yerinde görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir”, AYM, E. 1987/23, K. 1987/27, k. t. 9.10.1987, AMKD., Sayı: 23, Ankara 1989, s. 387.*

¹⁸ *“Hukuk sistemimize göre, kanun koyucu, Anayasa'ya uygun olmak şartı ile ka-*

kararının yeterli olmasının en önemli sonucu, bu kararlara ilişkin olarak kanunlar hakkında öngörülen usullerin uygulanmamasıdır. Ayrıca bu karar, Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen Anayasa yargısının denetim alanı dışındadır.¹⁹ Nitekim Anayasa Mahkemesi 1977 tarihli bir kararında erken seçim kararıyla ilgili şu görüşlere yer vermiştir: “Millet Meclisi seçimlerinin süresi dolmadan yenilenmesi Millet Meclisi Genel Kurulunun yetkilerindedir ve Millet Meclisi bu yetkisini karar vermek yoluyla kullanır. Millet Meclisinin bu yetkisini kullanırken aldığı kararı, ... şekli veya maddi bakımdan kanun ya da bu nitelikte bir yasama tasarrufu saymaya yahut da bir İcüzük hükmü olarak nitelendirmeye olanak yoktur”.²⁰ Anayasa Mahkemesi 1987 tarihli bir kararında da seçim tarihinin TBMM'nin siyasal tercihine ilişkin bir konu olduğuna karar vermiştir.²¹

Seçimlerin yenilenmesi halinde, uygulanacak usul 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu kanunun 8. maddesine göre, “Seçim dönemi bitmeden önce, seçimin yenilenmesine Türkiye Büyük Millet Meclisi veya Cumhurbaşkanınca karar verilmesi halinde, durum Bakanlar Kurulu tarafından kırksekiz saat içinde ilan olunur. Yenileme kararı Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından verilmişse Meclis, seçimin yapılacağı tarihi de belirler”. Erken seçim kararı alındığı tarih ile seçimlerin yapılacağı tarih arasındaki süreyle ilgili olarak Anayasa ve kanunlarımızda düzenlenen bir alt veya üst sınır yoktur. Dolayısıyla hukukumuzda baskın erken seçim yapılması ihtimal dahilindedir (Seçim kararı ile erken seçim tarihi arasında doksan gün bulunması şartı, TBMM'nin aldığı erken seçim kararı için değil, Cumhurbaşkanı tarafından alınan TBMM seçimlerinin yenilenmesi kararı için geçerlidir). Ancak erken seçim kararının alınmasından itibaren derhal (bir iki hafta) sonra seçim yapılması da pratikte mümkün değildir. Çünkü seçimden önce Yüksek Seçim Kurulu'nun yapacağı hazırlıkların bir iki

nunla, her alanda her çeşit düzenlemeyi yapabilir. Yasamanın düzenleme alanı sınırsızdır. Yasama organı, Anayasa'nın kararla düzenleneceğini öngördüğü konularda dahi kanunla düzenlemeler yapabilir. Buna Anayasa açısından bir engel yoktur. Karar konusunun kanunla düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık veya yasanın o konuda yetkisizliği sonucunu doğurmaz. Zira, kanunun sebep unsuru, bazı istisnalar dışında tamamen yasama organının takdirine bırakılmıştır”, AYM, E. 1987/23, K. 1987/27, k. t. 9.10.1987.

¹⁹ Türk, Hikmet Sami, *Seçim Hukukunun Temel Sorunları ve Çözüm Önerileri*, Ankara 1997, s. 76.

²⁰ E. 1977/61, K. 1977/47, k. t. 21.4.1977, AMKD, Sayı: 15, Ankara 1978, s. 311.

²¹ AYM, E. 1987/23, K. 1987/27, k. t. 9.10.1987.

haftaya sığdırılması zordur. Bu durumda, 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu, YSK'na kanunların seçimlere ilişkin olarak tespit ettiği süreleri kısaltarak uygulayabilme yetkisini vermektedir. Erken seçim kararının alınması ile seçim tarihi arasındaki sürenin bir üst sınırı da düzenlenmemiştir. Erken seçim kararı alındıktan aylar sonra erken seçim yapılması ihtimali vardır. Nitekim TBMM aldığı bir karar ile, erken seçimlerin 10 aydan daha fazla bir süre sonra 18 Nisan 1999 Pazar günü yapılmasına karar vermiştir.²² Yenileme kararının Cumhurbaşkanınca verilmesi halinde, bu kararın verildiği günden sonra gelen doksanıncı günü takip eden ilk Pazar günü oy verilir.

Anayasa'daki bu değişiklikten sonra, seçim takvimine belirginlik kazandırılmak suretiyle Anayasa hükümleri doğrultusunda 2839 sayılı kanunun 7. ve 8. maddelerinde yapılacak değişikliklerle, derhal ara seçime gidilmesi, seçimlerin Cumhurbaşkanınca yenilenmesine karar verilmesi ya da TBMM'ce erken seçim kararı alınması hallerinde, "45 günden önce olmamak ve 90 günü aşmamak kaydıyla seçim yapılmasını" ön gören bir düzenleme getirilmelidir. Böylece, erken seçimle bağdaşmayan uygulamalar da önlenmiş olacaktır.²³

YASAMA DÖNEMİ

Yasama dönemin belirlenmesinde iki kıstas uygulanmaktadır. Bunlardan birincisi, iki genel seçim arasındaki süre, ikincisi de belirlenmiş yıl sayısıdır. Yıl sayısı kıstasının kullanıldığı durumlarda, seçimlerin yenilenmesi halinde, yıl sayısının dönemi belirlemede esas alınmayacağı istisnası getirilmektedir. TBMM İçtüzüğü, ayrıca, "Anayasa uyarınca uzatılmadığı" istisnasını getirmektedir. Yasama organının yasama dönemi, anayasalar tarafından belirlenmiştir. 1921, 1924, 1961 ve 1982 anayasalarında yasama dönemi, yıl olarak açıkça belirlenmiştir. Dört anayasa döneminde, süreler dört kez değişmiştir. Bu sürelerin içtüzüklerde de sayısal olarak belirlenmesi, her anayasa değişikliğinde, içtüzük değişimini de gerekli hale getirecektir. Aksi durumda içtüzük

²² Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2007, s. 240- 241.

²³ TÜGİAD'ın "Siyasi Partiler ve Milletvekili Seçimi Kanunlarına İlişkin Görüşler" Raporu, <http://www.tugiad.org.tr/tugiad.php?sayfa=raporlar>. (23.04.2006); seçimin yapılma süresi İtalyan Anayasası'nın 61. maddesinde yer aldığı gibi erken seçimi de kapsayacak şekilde düzenlenebilir. İtalyan Anayasası'nın 61. maddesine göre, yeni parlamentonun seçimi eskisinin dağılmasından itibaren 70 gün içinde gerçekleştirilmelidir.

ile anayasa çelişkili olacaktır. Oysa yasama döneminin, iki milletvekili genel seçimi arasındaki süre olduğunun belirtilmesiyle yetinilmesi durumunda, hem böyle muhtemel bir çelişkiye imkan tanınmamış olacak, hem de, 'Anayasa gereğince uzatılmadığı', 'seçimler yenilenmediği' gibi tekrarlardan kaçınılmış olacaktır. Bütün bu sakıncaları önlemek açısından, dönemin iki milletvekili genel seçimi arasındaki süre olarak tanımlanması daha uygun olacaktır.²⁴

Türkiye'de 1921 Anayasası'nda seçim dönemi 2 yıl, 1924 ve 1961 anayasalarında seçim dönemi dört yıl olarak kabul edilmişti.²⁵ Bu doğrultuda, 1957 seçimleri hariç seçimler dört yılda bir yapılmıştır. Ancak 1961 Anayasası'nda dört yıllık süre Millet Meclisine ilişkindir. Cumhuriyet Senatosu'nun hem oluşumu hem de seçim dönemi Millet Meclisi'nden farklıdır. Senato'nun tabii üyeleri dışındaki üyelerin dönem süresi altı yıldır ve üyelerin 1/3'ü iki yılda bir yenilenirdi. 1982 Anayasası ise seçim dönemini beş yıl²⁶ olarak kabul etmiştir. Bunun nedenleri arasında, genel seçimlerden çıkan iktidara programını gerçekleştirilebilmesi için daha fazla süre tanıma ve ülkeyi daha fazla seçim atmosferine sokmama amacının yanında anayasa yapan kurucu iktidarın askeri kanadına hakim depolitizasyon anlayışının da etkisi vardır.²⁷ Başka bir ifadeyle, bu tercihte 1982 Anayasası'nı yapanların halkı siyasetten uzak tutma ya da daha az demokrasi anlayışının bir uzantısıdır.²⁸ 1961 Anayasası'nda dört yıl olan sürenin, 1982 Anayasası'yla beş yıla çıkarılmasında, bu Anayasa'nın, yasama faaliyetlerindeki is-

²⁴ Bakırcı, Fahri, *TBMM'nin Çalışma Yöntemi*, Ankara 2000, s. 74- 75.

²⁵ Bakırcı, s. 74; Cumhuriyet Senatosu üyelerinin (tabii üyeler,dışındakiler) görev süresi ise altı yıldır (m.73). Ancak Cumhuriyet Senatosu seçimleri altı yılda bir değil, iki yılda bir yapılmaktaydı. Her seçimde, Cumhuriyet Senatosu üyelerinin üçte biri yenilenmekteydi. (m. 73).

²⁶ Gözler'e göre, "Anayasa seçimlerin beş yıllık bir süre sonunda yapılmasını değil, beş yılda bir yapılmasını öngörmektedir. 2839 sayılı kanunun 6. maddesi TBMM'nin beşinci toplantı yılının 20 Temmuzunda Kasım ayının ilk Pazar günü aynı tarihe rastlamazsa TBMM'nin seçim dönemi tam beş yıl değil, beş yıldan bir iki gün eksik veya fazla olur. Keza mevcut TBMM erken seçimle oluşmuş ise, seçim döneminin sona ermesi nedeniyle TBMM'nin yeni geçimleri 5yıl sonar değil, 5 yıldan bir kaç ay önce yapılır. Mühim olan seçim takviminin beşinci yasama yılına rastlayan Temmuz ayının 20'sinde başlaması ve izleyen Kasım ayının ilk Pazar günü oy kullanılmasıdır", Gözler, s. 240.

²⁷ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 2005, s. 66; Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 199; Gözübüyük, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Ankara 2006, s. 191.

²⁸ Kaboğlu, İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul 2005, s. 110, 19 nolu dipnot.

tikrarsızlığı önlemek düşüncesinin etkili olduğunu söyleyebiliriz. Ancak yasama dönemini uzatmak siyasal istikrarı sağlamakta yeterli olmamıştır. Belirtmek gerekir ki, dört yıllık süre genel seçimlerden sonra çıkan iktidara programını gerçekleştirebilmesi için yeterli bir süredir. Ayrıca bu süre, halkın belirli aralıklarla sandık başına gitmesi açısından da kısa bir süre değildir. TBMM, her yasama döneminde, doğal olarak -hem milletvekilleri, hem de parlamentoda temsil olanağını bulan partiler açısından- önemli ölçüde yenilenmelere sahne olmaktadır. Böyle bir yenilenme, yenilerin dinamizmini bir araya getirirken, mevcut birikimlerin yeni kadrolara aktarılmasını sağlayan bir mekanizmayı da işletmiş oluyor. Düşük bir değişim oranı, yeni kadroların kendilerine yer bulamamasına neden olacaktır. Büyük oranlı değişimlerin de siyasal istikrar açısından sakıncalar doğurması kaçınılmazdır. O nedenle parlamentodaki değişim oranları, aynı zamanda rejimin işleyişi açısından anlam taşıyan bir gösterge oluşturmaktadır.²⁹

Belirtmek gerekir ki, son genel seçimler dahil, 1982 Anayasası döneminde yapılan milletvekili genel seçimleri, 5 yıllık süre tamamlanmadan yapılmıştır.³⁰ Bütün seçimler ortalama 3-4 yıl içerisinde yenilenmiştir. Bu durum, seçmen ve temsilcisiyle Türk siyasal hayatının dört yılda bir genel seçime alıştığını ya da uyarlandığını açıkça göstermektedir.³¹ Siyasal yaşamda istisna teşkil eden erken seçimler kural haline gelmiştir. Dolayısıyla seçim dönemi uygulamada 4 yıl olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, beş yıllık sürenin uzun olduğu ve seçim döneminin 4 yıl olarak kabul edilmesi konusunda geniş bir uzlaşmanın olduğu-

²⁹ Tuncer, Erol, *Parlamentodaki Değişimin Boyutları*, <http://www.radikal.com.tr/1999/03/06/yazarlar/erotun.html.21.022003>.

³⁰ 1983 seçimleriyle göreve gelen parlamentonun görev süresi 4 yıl 1 ay, 1987 seçimleriyle göreve gelen parlamentonun görev süresi 3 yıl 11 ay, 1991 seçimleriyle göreve gelen parlamentonun görev süresi 4 yıl 2 ay, 1995 seçimleriyle göreve gelen parlamentonun görev süresi 3 yıl 4 ay, 1999 seçimleriyle göreve gelen parlamentonun görev süresi 3 yıl 6.5ay, 2002 seçimleriyle göreve gelen parlamentonun görev süresi 4 yıl 8 ay olmuştur, Tuncer, Erol, *Osmanlı'dan Günümüze Seçimler (1877- 2002)*, Ankara 2003, s. 76.

³¹ TÜGIAD'ın "Siyasi Partiler ve Milletvekili Seçimi Kanunlarına İlişkin Görüşler" Raporu, <http://www.tugiad.org.tr/tugiad.php?sayfa=raporlar>. (23.04.2006); 1982 Anayasası döneminde, 1988 yılında yapılması gereken seçimler, 1987 yılında, 1992 yılında yapılması gereken seçimler 1991 yılında, 1996 yılında yapılması gereken seçimler 1995 yılında, 2000 yılında yapılması gereken seçimler 1999 yılında, 2004 yılında yapılması gereken seçimler 2002 yılında ve 2007 yılı Kasım ayında yapılması gereken seçimler 2007 yılı Temmuz ayında yapılmıştır, Tanör / Yüzbaşıoğlu, s. 199, 18 nolu dipnot.

nu söyleyebiliriz. Ayrıca, bu düzenleme, vatandaşların başlıca siyasi katılım aracı olan ve toplumdaki uzlaştırma yollarından en önemlisi sayılan seçimlerin süresini uzattığı için ciddi eleştirilere uğramakta ve halkın siyasi sürece katılımını azaltmak şeklinde yorumlanmaktaydı. Beş yıllık sürenin uzun olduğu yaşanan olaylardan da anlaşılmaktadır. Dünyadaki ve Türkiye'deki siyasal ve toplumsal değişmelerin çok hızlanmış olmasının da bunda etkili olduğu şüphesizdir. Ülkedeki siyasal dağılma ve parçalanma ile, buna paralel olarak yaşanan siyasal istikrarsızlıkların da erken seçim olgusunu beslediği de bir gerçektir. Bu nedenle, hukuki durumu siyasal ve pratik gerçeklere uygun hale getirmek bakımından, gerek ulusal gerekse yerel seçimlerin dört yılda bir yapılması daha yararlı olacaktır.³²

Seçimlerin 5 yıl gibi uzun bir süre yerine daha kısa aralıklarla yapılması siyasi gelişmelerin ve toplumsal değişimlerin parlamentoya daha erken yansımaları sağlayacaktır. Sürenin uzun olması halinde bu yansıma da geç olacaktır. Ayrıca, sürenin uzun olması halinde parlamento ve hükümet performansında düşüş görülebilecektir. En azından görev başlangıcındaki veya görev süresinin ilk yıllarındaki etkinliklerine göre bir düşüş görülebilecektir. Yine sürenin uzun olması erken seçim ihtimalini artırabilmektedir. Sürenin kısa olması halinde sık sık seçim atmosferine girilmeyecektir.

Ancak sürenin 2 yıl gibi çok kısa olması halinde seçimin maliyeti artacak ve seçmenlerin seçime olan ilgisi azalacaktır. ABD'de seçimlerin sıklığı seçimlere katılımı olumsuz yönde etkilemektedir. ABD'de seçimlerin sayısı çok yüksek ve çok siktir. Genellikle iki yılda bir, yaygın bir seçim dalgası yaşanmaktadır. Başkanlık seçimlerinde bile seçimlere katılma oranı % 50 dolaylarındadır. Yerel yönetim seçimlerinde bu oran % 15'e kadar düşebilmektedir.³³ Dolayısıyla 4 yıllık sürenin seçimler için makul bir süre olduğunu söylemek mümkündür. Şüphesiz 4 yıllık sürenin getireceği avantajlar, dezavantajlardan daha fazladır. 4 yıllık sürenin bazı avantajlarını şu şekilde sıralamak mümkündür: Toplumun sık sık seçim atmosferine girmesini önlemek, orta ve uzun dönemli yatırımlara fırsat sağlaması, seçim maliyetini azaltması, ara seçim yapma imkanını azaltması ve seçimlerin zamanında yapılmasını

³² Tanör, Bülent, "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri", http://www.tusiad.org/turkish/rapor/demokratik_tur/demoktur.pdf. (10.09.2006).

³³ Eroğul, Cem, *Çağdaş Devlet Düzenleri*, Ankara 2005, s. 127- 128.

sağlaması, siyasi gelişmelerin ve toplumsal değişimlerin parlamento-ya daha erken yansımaları sağlaması.³⁴

Değişik ülkelere baktığımızda bu sürenin ülkelere göre değiştiğini görmekteyiz. Örneğin, ABD’de Temsilciler Meclisi iki yıllığına, Senato altı yıllığına; Avustralya’da ve Yeni Zelanda’da Temsilciler Meclisi üç yıllığına seçilmektedir.³⁵ Avusturya’da; Temsilciler Meclisi’nde milletvekillerinin görev süresi dört yıldır. Senato’da ise vekillerin görev süresi eyaletlere bağlı olarak beş veya altı yıl arasında değişmektedir. Çek Cumhuriyeti’nde milletvekillerinin görev süresi Temsilciler Meclisi için dört yıl, Senato için ise altı yıldır. Bu süreler, Fransa’da Temsilciler Meclisi için beş yıl, Senato için ise dokuz yıldır. Yine Fransa’da Senato üyelerinin üçte biri her üç yılda bir yenilenmektedir. Almanya’da milletvekillerinin görev süresi Temsilciler Meclisi’nde dört yıldır, Senato’da ise sabit görev süresi yoktur. İrlanda, Lüksembourg ve İtalya’da milletvekillerinin görev süreleri hem Temsilciler Meclisi için hem de Senato için beş yıl iken Belçika, Polonya, Hollanda, İspanya, Hırvatistan ve Romanya gibi ülkelerde bu süre her iki meclis için de dört yıldır. İngiltere, Avam Kamarası’nda beş yıl, Lordlar Kamarası’nda ömür boyudur. Rusya Temsilciler Meclisi’nde 4 yıldır. Tek meclisli parlamento-ya sahip olan Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, Portekiz, İsveç, Bulgaristan, Estonya, Macaristan, Litvanya, Letonya, Slovakya, Slovenya, Arnavutluk, Andora, Ermenistan, Makedonya, Gürcistan, İzlanda, Lihtenştayn (Liechtenstein), Moldova, Ukrayna gibi ülkelerde milletvekillerinin görev süreleri dört yıldır. Azerbaycan, San Marino ve Kıbrıs’ta ise yine tek meclisli bir parlamento söz konusudur ve meclislerin görev süreleri beş yıldır.³⁶

Çift meclisli parlamentolarda, ikinci meclisin görev süreleri daha uzun tutulmakta ve üyelerinin belli bir oranının kısa süreli aralıklarla yenilenmesi öngörülmektedir. Kısa süreli aralıklarla yenilenme iki bakımdan önem taşımaktadır. Birincisi halkın iradesini sık sık açık-

³⁴ Buran, Hasan, *Seçim Sistemleri ve Türkiye İçin Yeni Bir Seçim Sistemi Önerisi*, Ankara 2005, s. 187- 189.

³⁵ *Parliaments of the World*, Volume I, Der: The International Centre For Parliamentary Documentation of the Inter Parliamentary Union, England 1986, s. 24-63.

³⁶ Electoral Systems in Europe: An Overview, <https://ecprd.secure.europarl.europa.eu/ecprd/getfile.do?jsessionid=0D8214277403556EB95B2350346AB87D?id=5063.15.04.2008>.

layabilmesini sağlamak. İkincisi de her iki meclis arasındaki siyasal çoğunluğun çakışmasının önüne geçmektir.³⁷

Belirtmek gerekir ki, gerek Ergun Özbudun başkanlığında hazırlanan “Anayasa Taslağı”nda gerekse Türkiye Barolar Birliği’nin hazırladığı Anayasa önerilerinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin seçimleri dört yılda bir yapılması öngörülmektedir. “Bilim Kurulu”nun hazırladığı Anayasa Taslağı’nda Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin seçimleri dört yılda bir yapılması öngörülmektedir (taslak m. 52) bu maddenin gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir: “...Seçimlerin beş yılda bir yerine dört yılda bir yapılmasının öngörülmesinin sebebi, Anayasada beş yıllık bir seçim döneminin öngörülmesine karşılık, son dönem dışında, uygulamada seçimlerin genellikle dört yılda bir yapılmasıdır”.

Türkiye Barolar Birliği Anayasa Önerisi’nde de Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin seçimleri dört yılda bir yapılması öngörülmektedir (m. 89). Bu maddenin gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir: “Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin 5 yıl yerine 4 yılda bir yapılmasının daha gerçekçi olacağı düşünülmüştür. 1982 Anayasası, seçim dönemini 5 yıl olarak öngördüğü halde, 1983’ten itibaren hiçbir yasama dönemi dört yılı geçememiş olup her dönemde erken seçime gidilmiştir. Bu nedenle yasama organının seçim dönemi, 1961 Anayasası’nda olduğu gibi dört yıla indirilmiştir. Türkiye’de siyasal kurumların işleyişi, dört yılda bir seçimlerin yapılmasının demokrasi açısından makul bir süre olduğunu doğrulamış bulunuyor”.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ek 1 nolu Protokol’ün 3. maddesinde serbest seçim hakkı düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler”. Bu madde yasama organının süresi ile ilgili olarak “makul aralıklar” kistasını koymaktadır. Makul aralıklar kistasıyla, seçmenlerin kanaatinin ve tercihinin değişmesi her zaman mümkün olduğu için buna imkan hazırlamak istenmiştir.³⁸ AİHM kararlarında seçimlere ilişkin başlıca şu ölçütlerin öne çıktığı görülür: Seçimler makul aralıklarla yapılmalıdır Uygulamada bu sürenin genellikle dört veya beş yıl olduğu gözlenmektedir. Gizli oy ilkesi, seçimlerin özgür bir biçimde yapılabilmesinin, yani herhangi bir etki

³⁷ Kaboğlu, s. 110.

³⁸ Gözübüyük, Şeref / Gölcüklü, A. Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2005, s. 438.

altında kalmaksızın yapılabilmesinin güvencesidir. Bu amaçla sözleşmecî devletlere gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Herkesin, temsilciyi belirlemede eşit oy hakkı bulunmalıdır. AİHM'ye göre, artık oyları tamamen ortadan kaldıracabilecek bir seçim sistemi yoktur.³⁹

Süre ilgili devletin egemenlik anlayışına göre de değişebilmektedir. Halk egemenliği anlayışında yasama organı seçimleri için millet egemenliği anlayışına göre daha kısa süreler öngörülebilir. Bizde egemenlik anlayışında herhangi bir değişikliğe gidilmediği halde 1961 ve 1982 Anayasalarında farklı süreler öngörülmüştür.⁴⁰

ARA SEÇİM

Yukarıda belirttiğimiz gibi, TBMM seçim döneminin dört yıla indirilmesiyle ara seçim takviminde de değişiklik yapılması kaçınılmazdır. Ara seçim, yasama organı üyeliklerinde boşalma olması halinde bu boşlukların doldurulması için başvurulan yöntemlerden biridir.⁴¹ Başka bir ifadeyle, Yasama meclisi üyeliklerinde boşalma meydana gelmesi halinde, boşalan üyeliklerin genel seçimlerden önce giderilmesinde başvurulan yöntemlerden en bilineni ve en yaygın olanı ara seçimdir. Ara seçim yasama meclisi üyeliklerinde yasama dönemi içinde meydana gelen boşalmaların yeni üyeler belirlenmesi yoluyla giderilmesine yönelik olarak yapılan seçimleri ifade eder.⁴²

Belirtmek gerekir ki seçilenlerin sayısında ortaya çıkan eksilmeyi gidermenin tek yolu ara seçim değildir. Yasama meclisi üyeliğinde ortaya çıkan eksilmeleri gidermek üzere "liste sırası yöntemi" ve "yedek milletvekilliği yöntemi" ile ara seçim ve diğer yöntemlerin birden fazlasını bir araya getiren karma yöntemler de uygulanmaktadır. Kaldı ki ara seçim yönteminin temsil adaletinin sağlanması açısından kusursuz olduğu söylenemez.⁴³

³⁹ Koçak, Mustafa, "Seçim Sistemleri ve Demokrasi Karşılaştırmalı Analiz: İHAM ve AB Ölçütleri", *Anayasa Yargısı*, 23, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 126.

⁴⁰ Kaboğlu, s. 110.

⁴¹ Onar, Erdal / Gönenç, Levent, "1982 Anayasası'na Göre Ara Seçim", *AÜHF Dergisi*, C. 51, Sayı: 4, Yıl: 2002, s. 1.

⁴² Türk, s. 236.

⁴³ Onar / Gönenç, s. 2.

Anayasa'nın 78. maddesindeki ara seçimle ilgili temel kural, "TBMM üyeliklerinde boşalma olması halinde ara seçime gidilir" şeklindedir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, burada emredici bir kural söz konusudur. TBMM üyeliklerinde boşalma olması durumunda, ara seçime gidilebilmesi için diğer şartlarda varsa ara seçime gidilmesi zorunludur. TBMM'nin böyle bir durumda ara seçime gidip gitmemede takdir hakkı yoktur. TBMM'nin takdir hakkı, sadece ara seçim tarihinin belirlenmesi bakımından kısmen mevcuttur.⁴⁴ Anayasa'nın 78. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, TBMM üyeliklerinde boşalma olması durumunda ara seçime gidilir. Ara seçim yapılmasının temel şartı, TBMM genel seçimlerinin yapılmasından önce TBMM üyeliklerinde boşalma olmasıdır. Aksi takdirde, bir sonraki genel seçime kadar ara seçim yapılması söz konusu olmaz. Boşalmanın ne surette olacağı, Anayasa'da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, milletvekilinin ölmesi, kısıtlanması, seçilmeye engel bir suçtan hüküm giymesi, istifa etmesi gibi sebeplerle TBMM üyeliğinin boşalacağı kabul edilmektedir.⁴⁵ Ara seçim yapılabilmesi açısından TBMM üyeliklerindeki boşalmanın belli bir sayı veya orana ulaşması, kural olarak aranmamıştır. Buna göre TBMM üyeliklerinin bir tanesi bile boşalmış olsa diğer şartlarında varlığı durumunda, ara seçim yapılabilecektir. Öte yandan, anayasa koyucu TBMM üyeliklerindeki muhtemel boşalmaların belli bir yoğunluğa ulaşmasından sonra ara seçim yapılabilmesini sağlamak amacıyla genel seçimden 30 ay geçmedikçe ara seçim yapılamayacağını öngörmüştür. Ancak, bu sürenin geçmesinden sonra, sadece bir üyelik boşalmış olsa bile ara seçim yapılabilecektir. Anayasa'da, TBMM üyeliklerindeki boşalmanın üye tamsayısının yüzde beşine ulaşması durumunda, ara seçimlerin üç ay içinde yapılmasına karar verileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme bu orandaki üyeliğin boşalmasının seçmen iradesine aykırı şekilde iktidar değişikliğine yol açabilme ihtimali bulunduğu düşüncesine dayanmaktadır.⁴⁶ Ara seçim yapılabilmesi açısından, TBMM üyeliklerindeki boşalmaların hangi seçim bölgelelerinde gerçekleştiğinin bir önemi yoktur. Öte yandan, Anayasa'nın 78. maddesinin son fıkrası hükmü gereğince bir ilin veya seçim bölgesinin TBMM'de üyesinin kalmaması durumunda, boşalmayı takip eden

⁴⁴ Onar / Gönenç, s. 13.

⁴⁵ Türk, s. 239.

⁴⁶ Onar / Gönenç, s. 14.

doksan günden sonraki ilk Pazar günü, ara seçim yapılması zorunlu hale gelir.

Anayasa'ya göre kural olarak, genel seçimlerin yapılmasından otuz aylık süre geçmeden ve bir sonraki genel seçime bir yıl kalması durumunda ara seçim yapılamaz. Buna göre, ara seçim normal olarak genel seçimden otuz ay geçmesinden sonraki onsekiz aylık dönemde yapılabilecektir.⁴⁷ Ancak bu süre 5 yıllık seçim dönemine göre uyarlanmıştır. 4 yıllık bir süre için bunun 24 ay geçmesinden sonraki 12 aylık dönemde yapılabileceğini söylemek mümkündür.

TBMM üyeliklerinde üye tamsayısının yüzde beşlik kısmının boşalması durumunda, süre şartı kısmen ortadan kalkar. Başka bir ifadeyle bu durumda genel seçimden itibaren otuz aylık sürenin geçmesinin aranmayacağını söylemek mümkündür. Öte yandan, genel seçime bir yıl kala ara seçim yapılamayacağına ilişkin kural, bu durumda da geçerlidir. Buna göre TBMM üyeliklerinden üye tamsayısının yüzde beşi veya daha fazlası boşalmış olsa bile bir sonraki genel seçime bir yıl kala, ara seçim yapılamayacaktır.⁴⁸

Anayasada ara seçimin yapılabileceği zaman dilimi bakımından getirilen sınırlamalar, ara seçime bir dönemde bir defa başvurulabileceğine dair kurala paralellik gösterir. Zira, böyle bir kural konmasa idi TBMM üyeliklerinde ilk boşalmanın olduğu tarihten hemen sonra seçim yapılması, bu surette bir sonraki genel seçime kadar ne oranda boşalma olursa olsun ara seçim yapılmasının önüne geçilmesi mümkün olabilecekti. Nitekim, Anayasa'nın ara seçimi düzenleyen 78. maddesinin gerekçesinde, bu konuyla ilgili olarak, beş yıllık seçim döneminin yarısı olan otuz aylık sürenin geçmesinden önce ara seçim yapılmasının uygun görülmediği belirtilmiştir.⁴⁹

Anayasa'nın 78. maddesine 4777 sayılı kanun ile eklenen son fıkra ile genel seçime bir yıl veya daha az süre kala ara seçim yapılamayacağına dair kurala, bir istisna getirilmiştir. Burada, bir ilin veya seçim çevresinin, TBMM'nde üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk Pazar günü ara seçim yapılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre bir ilin veya seçim bölgesinin TBMM'de

⁴⁷ Onar / Gönenç, s. 15.

⁴⁸ Onar / Gönenç, s. 16.

⁴⁹ Onar / Gönenç, s. 14.

üyesinin kalmaması durumunda, genel seçime ne kadar süre kaldığına bakılmaksızın, ara seçim yapılabilir. Bu, aynı zamanda genel seçimin üzerinden otuz aylık süre geçmedikçe ara seçim yapılamayacağına dair kuralın, (üyeliklerde yüzde beşlik boşalma olması durumu gibi), bir istisnasıdır. Öte yandan, bu düzenleme gereği yapılacak olan ara seçim için öngörülen doksan günlük süre dolmadan önce genel seçim yapılması durumunda, artık ara seçim yapılmasına gerek kalmaz.

Anayasa'nın 78. maddesinde, bir seçim döneminde bir defa ara seçim yapılabilmesi hükmüne bağlanmıştır. Bu düzenlemenin amacı, ülkenin sık sık seçim atmosferine sokulmak istenmemesidir.⁵⁰ Buna göre ara seçim yapılabilmesi için kural olarak aynı dönemde daha önceden bir ara seçim yapılmamış olması gerekir. Ara seçime bir dönemde bir defa başvurulabilmesi, Anayasa'daki somut düzenlemeden kaynaklanmakta olup, ara seçim kurumunun olmazsa olmaz bir özelliği değildir. Nitekim, söz konusu maddede, bu kuralın istisnalarına da yer verilmiştir.

Ara seçime bir defa başvurulabileceğinin öngörüldüğü düzenlemedeki "*seçim dönemi*" ibaresi yapılan bir genel seçimden başlayarak bundan sonraki ilk genel seçime kadar olan süreyi ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bu seçimlerden birinin veya her ikisinin erken genel seçim olması bu sonucu değiştirmez.

Ara seçimin bir dönemde bir defa yapılabilmesini öngören 78. maddenin 3. fıkrasının son cümlesi "*Ancak, boşalan üyeliklerin sayısı, üye tam sayısının yüzde beşini bulduğu hallerde, ara seçimlerinin üç ay içerisinde yapılmasına karar verilir*" şeklindedir. Buna göre, bir dönem içinde bir defa ara seçim yapıldıktan sonra boşalan üyeliklerin sayısı meclisin üye tam sayısının yüzde beşine ulaştığı durumda, yeni bir ara seçim daha yapılabilir.⁵¹

TBMM'nin şartların varlığına rağmen ara seçime gidilmesi yönünde karar almaması durumunda, bu yönde zorlayıcı bir mekanizma düzenlenmemiştir. Her ne kadar, şartların varlığına rağmen TBMM'nin ara seçim kararı almaması durumunda Yüksek Seçim Kurulu'nun resen ara seçim sürecini başlatabileceği savunulmuş ise de bunun anayasa koyucunun iradesiyle bağdaştırılması söylenemez. Zira, Anayasa'da

⁵⁰ Özbudun, s. 260.

⁵¹ Onar / Gönenç, s. 14.

78. madde ile aynı bölümde ve “*yasama*” başlığı altında yer alan 77. maddede ve 78. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında seçimlerin yenilenmesine ve geri bırakılmasına ilişkin kararların TBMM tarafından alınacağı öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki, anayasa koyucu ara seçim ile ilgili olarak gereksiz bir tekrardan kaçınma amacıyla, ara seçim kararının TBMM tarafından alınacağını açıkça belirtmemiştir. Kaldı ki, 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu’nun ara seçimi düzenleyen 7. maddesinde, ara seçim yapılmasına TBMM tarafından karar verileceği hükme bağlanmıştır.⁵²

Anayasa’nın 78. maddesine sonradan eklenen son fıkra ara seçimin şartları, önceki fıkra hükümlerinden bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, ara seçimin genel düzenlemesi bakımından farklı hükümlere yer vermektedir. Fıkranın başında yer alan “*Yukarıda yazılı hallerden ayrı olarak...*” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, burada ara seçim yapılması için öngörülen şartların varlığı durumunda, artık diğer sayılan şartların varlığının araştırılmasına gerek yoktur. Diğer bir deyişle, bu fıkrada sayılan şartlar, diğer ara seçim şartlarının alternatifi değildir. Anayasa’nın 78. maddesinin son fıkrası ara seçim yapılabilmesi için bir il veya seçim çevresinin TBMM’de hiç üyeliğinin kalmaması şartının gerçekleşmesini, ara seçim için yeterli saymaktadır. Ara seçim süre yönünden bir sınırlama getirmemekte; ayrıca ara seçim için aynı dönemde daha evvel ara seçim yapılmamış olması şartını aramakta ve ara seçim yapılması yönünde TBMM’nin bir karar almasını öngörmemektedir. Öte yandan, madde hükmü ara seçimin temel şartı olan TBMM üyeliklerinde bir boşalma olması şartını ağırlaştırmıştır. Buna göre ara seçim için herhangi bir TBMM üyeliğinin boşalması yeterli olmayıp bir il veya seçim çevresinin TBMM’de hiç üyesinin kalmaması gerekmektedir. Burada söz konusu olan bir il veya seçim bölgesinin üyeliğinin kalmaması durumu, son genel seçimdeki şartlara göre değerlendirilmelidir. Şöyle ki sonradan seçim çevrelerinin sınırlarının değiştirilmesi veya bir il kurulması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, seçim çevrelerinin sınırlarının değiştirilmesi sonucunda yeni belirlenen bir seçim çevresinin TBMM üyeliğinin kalmaması veya yeni kurulan bir ilin TBMM üyeliğinin bulunmaması bu hüküm gereğince ara seçime gidilmesini zorunlu kılmaz. Keza, seçim çevresinin veya ilin TBMM’deki tüm üyeliklerinin boşalmasından sonra il veya

⁵² Onar / Gönenç, s. 16- 18.

seçim çevresinin sınırlarının değiştirilmesi suretiyle, ara seçim yapma zorunluluğu ortadan kaldırılmamalıdır.

Anayasa'nın 78. maddesinin son fıkrası gereğince yapılacak ara seçimler bakımından TBMM veya başka bir kurum tarafından ara seçim kararı alınması öngörülmemiştir. Anayasa koyucu, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk Pazar günü ara seçimin yapılacağını hükme bağlamıştır. Buna göre, bir il veya seçim çevresinin TBMM'de hiç üyeliğinin kalmadığını tespit eden Yüksek Seçim Kurulu'nun bu hüküm doğrultusunda belirlenecek tarihte ara seçim yapmak için resen harekete geçmesi gerekir. Ancak bu tarihten önce bir genel seçim yapılacak olması veya yapılan bir ara seçimle ilgili il veya seçim çevresinden TBMM'ye bir üye seçilmesi durumunda, anılan düzenleme gereğince ara seçim yapılması zorunluluğu ortadan kalkar. Belirtmek gerekir ki, ara seçim yürürlükteki metinde karmaşık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyi ana hatlarıyla şu şekilde belirtmek mümkündür:

1. TBMM üyeliklerinde boşalma olması durumunda ara seçime gidilir.
2. TBMM üyeliklerindeki boşalmanın üye tamsayısının yüzde beşine ulaşmaması durumunda 30 ay geçmedikçe ara seçim yapılamaz.
3. TBMM üyeliklerindeki boşalmanın üye tamsayısının yüzde beşine ulaşması durumunda 30 aylık süre aranmaz. Bu durumda ara seçimlerin üç ay içinde yapılmasına karar verilir.
4. Genel seçime bir yıl kala ara seçim yapılamaz. Bu durum TBMM üyeliklerindeki boşalmanın üye tamsayısının yüzde beşine ulaşması durumunda da geçerlidir.
5. Ara seçime bir seçim döneminde bir defa başvurulabilir.
6. Bir il veya seçim çevresinin TBMM'de hiç üyeliğinin kalmaması şartının gerçekleşmesi durumunda, ara seçim herhangi bir şartla bağlı olmaksızın yapılacaktır. Burada ara seçim yapılması için öngörülen şartların varlığı durumunda, artık diğer sayılan şartların varlığının araştırılmasına gerek yoktur. Diğer bir deyişle, bu fıkra da sayılan şartlar, diğer ara seçim şartlarının alternatifidir.

Ara seçimi yürürlükteki metinde olduğu gibi karmaşık bir takvime bağlamak yerine, milletvekilliklerinde belirli sayıda boşalma olma-

sı halinde, derhal ara seçime gidilmesi şeklindeki bir düzenleme daha uygun olacaktır. Burada belirli sayı olarak, yürürlükteki metinde yer alan, “TBMM üye tam sayısının yüzde beşinin boşalması” hali benimsenebilir. Bu durumda, boşalan milletvekilliği sayısı yüzde beşi bulmadığı sürece ara seçim yapılmayacaktır. Boşalan milletvekilliği sayısı yüzde beşi bulduğu takdirde herhangi bir süreyle bağlı olmaksızın ara seçiminde yapılması gerekir. Dolayısıyla Anayasa’nın 78. maddesinin bu yönde değiştirilmesi gerekir.⁵³ Bir ilin veya seçim çevresinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde üyesinin kalmaması halinde, ara seçim yapılacağına ilişkin hükümde gerçekçi değildir. Uygulama kabiliyeti son derece sınırlıdır. Ayrıca bu hüküm, Anayasa’nın 80. maddesinde yer alan, TBMM üyelerinin seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün milleti temsil edecekleri yolundaki hükümle de uyumlu değildir. Çünkü, zaten bütün milletvekilleri görevlerinin coğrafi kapsamı bakımından Türkiye milletvekilidirler. Yine bu değişiklik kapsamında “genel seçimlere bir yıl kala, ara seçimi yapılamaz” hükmünde korunması gerekir. Ayrıca, ara seçimin, her seçim döneminde bir defa yapılması gerekir. Ara seçimlerin sayısının bir seçim dönemi için bir defa ile sınırlanması ülkenin sürekli bir seçim atmosferi içinde yaşamasını amaçlamaktadır.⁵⁴

SONUÇ

Yasama döneminin 1982 Anayasası’nda 5 yıl olarak öngörülmesinde, Anayasa’nın, yasama faaliyetlerindeki istikrarsızlığı önlemek düşüncesinin etkili olduğunu söyleyebiliriz. Ancak yasama dönemini uzatmak siyasal istikrarı sağlamakta yeterli olmamıştır. Dört yıllık süre de genel seçimlerden sonra çıkan iktidara programını gerçekleştirebilmesi için yeterli bir süredir. Son genel seçimler dahil, 1982 Anayasası döneminde yapılan milletvekili genel seçimleri, 5 yıllık süre tamamlanmadan yapılmıştır. Bütün seçimler ortalama 3-4 yıl içerisinde yenilenmiştir. Bu durum, seçmen ve temsilcisiyle Türk siyasal hayatının dört yılda bir genel seçime alıştığını ya da uyarlandığını açıkça göstermektedir. Siyasal yaşamda istisna teşkil eden erken seçimler kural haline gelmiştir. Dolayısıyla seçim dönemi uygulamada 4 yıl olarak kabul

⁵³ TÜGİAD’nin “Siyasi Partiler ve Milletvekili Seçimi Kanunlarına İlişkin Görüşler” Raporu, <http://www.tugiad.org.tr/tugiad.php?sayfa=raporlar>. (23.04.2006).

⁵⁴ Özbudun, *Anayasa Hukuku*, s. 260.

edilmiştir. Ayrıca, beş yıllık sürenin uzun olduğu ve seçim döneminin 4 yıl olarak kabul edilmesi konusunda geniş bir uzlaşmanın olduğunu söyleyebiliriz.

Seçimlerin 5 yıl gibi uzun bir süre yerine daha kısa aralıklarla yapılması siyasi gelişmelerin ve toplumsal değişimlerin parlamento ya daha erken yansımaları sağlayacaktır. Sürenin uzun olması halinde bu yansıma da geç olacaktır. Ayrıca, sürenin uzun olması halinde parlamento ve hükümet performansında düşüş görülebilecektir. En azından görev başlangıcındaki veya görev süresinin ilk yıllarındaki etkinliklerine göre bir düşüş görülebilecektir. Yine sürenin uzun olması erken seçim ihtimalini artırabilmektedir. Sürenin kısa olması halinde sık sık seçim atmosferine girilmeyecektir. Ancak sürenin 2 yıl gibi çok kısa olması halinde seçimin maliyeti artacak ve seçmenlerin seçimlere olan ilgisi azalacaktır. Dolayısıyla 4 yıllık sürenin seçimler için makul bir süre olduğunu söylemek mümkündür.

ADALET TEORİLERİ PERSPEKTİFİNDEN 1982 ANAYASAMIZ

Mahmut GÖKPINAR*

GİRİŞ

Adalet kelime olarak adil olma tutumu demektir. Adil olma ise hakkı gözetme, haksızlık yapmama, herkese hakkını verme anlamına gelmektedir. Bu üç terimde ortak olan hak kavramıdır. Bunun ise iki anlamı bulunmaktadır. Birincisi doğruluk ve dürüstlüğü ifade eder. O zamanda adalet doğruluğu gösterme, doğruluktan ayrılmama anlamına gelir. Bu durumda adaletin birinci buyruğu herkesin başkaları ile olan ilişkilerinde doğru olanı yapması ve başkalarına yanlış yapmamasıdır. Bu doğruluğun özünde bütün kişilerin insani değerlerini tanıma ve hiçbir zaman onlara araç muamelesi yapmama vardır.¹

Sosyal haklar, toplumsal yaşantıda sosyal guruplar içinde bulunan bireylerin diğerlerine göre zayıf olan yönlerinin giderilmesine yönelik belli araçların talep edilebilmesini içerir. Sağlam sosyal ve ekonomik haklar olmaksızın, devlet karşısında pratik olarak haklara sahip çıkılamaz ve güç, servet, statü eşitsizlikleri sistematik olarak toplumsal ve ekonomik özgürlüklerin hayata geçirilmesini engeller. Bu özellikleri nedeni ile sosyal ve ekonomik haklar insan haklarında önemli aşamayı temsil eder. Sosyal ve ekonomik yaşamda bireyin yerini alabilmesi, bunun sağlanmasında kamu otoritelerinin sorumluluk üstlenmeleri ve sosyal guruplar arasında dengeleyici politikaların benimsenmesi gibi

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora öğrencisi.

¹ Erdoğan Mustafa, *Özgürlük adalet ve Refah*, Siyasal Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 1998, s. 154.

bir dizi somut düzenlemeyi içeren sosyal haklar, diğer sosyal hak ve özgürlüklerin uygulanabilir kılınmasını da sağlar.²

A. ADALETİN ÇEŞİTLİ AÇILARDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doğruluğun bir başka yanı da başkalarının hakkına saygı göstermektir ki bu noktada hak kavramının diğer anlamına geliniyor. Adalet çerçevesinde başkalarının saygı duyulması gereken hakları nelerdir? Bunların hakikati nedir. Adaletin özü olarak hakların zorunlu çekirdeği insan haklarıdır ki bu da hukuk ötesi bir kategoridir. Ayrıca pozitif hukukun tanımış olduğu haklar da saygı gösterilmesi gereken haklardandır.³ Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin niteliklerinden birinin, insan haklarına saygılı olma olduğu hüküm altına alınmıştır. Kişi güvenliği insan haklarının en başında yer alan temel bir haktır ve kişinin işkencenin her türüne karşı korunmasını, konut dokunulmazlığını, tabi hakim ilkesini, haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğini, ceza kurallarının suç ve verilecek cezalar bakımından geriye yürümemesini gerektirir⁴ ve bütün bu haklar Anayasamızda güvence altına alınmıştır.

Adalet idesi insanlar arasında ayırım yapmamayı da buyurur. Bu demektir ki insanlara insan olarak, kişilere kişi olarak, yurttaşlara yurttaş olarak eşit davranılmalıdır. Birincisi en geniş kapsamda evrensellik gerektirirken diğerleri evrensellikten çok genellikle ilgilidir. Yani benzer durumda olanların oluşturduğu kategorilere girenler arası eşitlikte eşit davranma gereğinin ve ayrımcılık yasağının işlerliği ise herkese tarafsız insan hakları çerçevesinde muamele etmektir, böylelikle sağlanabilir.⁵ Eşitlik ilkesi Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi olarak hüküm altına alınmıştır ve herkesin çeşitli kriterler önemli olmaksızın (etnik, cinsiyet vb.) kanun önünde eşit olduğu vurgulanmıştır.

Adalet genellikle sanıldığı gibi sadece zayıfların değil, herkesin durumu ile ilgili bir ilkedir. Sadece zayıfların durumuna bakarak (

² Alkan Haluk / Taban Sami, "Sosyal Haklar Boyutuyla Avrupa Birliği Ve Baskı Grupları", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, 2002-2003, Ş. 15, s. 1.

³ Erdoğan, a.g.e., s. 154.

⁴ Hatemi Hüseyin, "Anayasa- kişi Hak Ve Hürriyetleri", Hak İş Anayasa Kurultayı'nda (28 Şubat 1992) sunmuş olduğu bildiri, s.465

⁵ Erdoğan, a.g.e., s. 154.

nitel ve nicel olarak) bir toplumun adil olup olmadığına karar verilemez. Adalet bakımından önemli olan toplumda genel kurallı süreçlerin egemen olup olmadığıdır. Adaletin tecelli etmesindeki en önemli araçlardan biri de devletin bir hukuk devleti olmasıdır. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, devletin işlem ve eylemlerinin hukuka dayandırılması, bütün işlem ve eylemlerine hukukun egemen olmasıdır. 1982 Anayasası hüküm altına aldığı çeşitli maddeleriyle hukuk devletin varlığını garanti altına almaya özen göstermiştir. Bunlara birkaç örnek verecek olursak, kuvvetler ayırımına ilişkin hükümler, yasaların Anayasa'ya aykırı olmayacağı kuralı, temel hak ve özgürlüklerin ancak yasa ile sınırlandırabileceği, tüzüklerin yasalara aykırı olamayacağı, idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olacağı, hakimlerin vicdani kanaatlerine göre karar verebilecekleri, Anayasa yargısına ilişkin kurallar vb.⁶

Adalet daima bir öznenin eylemiyle ilgilidir. Gerek adaletsizlik gerekse adil olma onu yaratan bir öznenin varlığını ima eder. Öznesi olmayan soyut bir adaletsizlikten bahsedilemez. Bu nedenle iradi ve kasti yaratılmış olmayan öyle olmaması ya da olması irade sahibi bir öznenin varlığına bağlı olmayan yalın durumlara adaletsizlik izafe etmek yanlıştır. Örneğin bir toplumun uğradığı doğal afet gerçekten sırf doğal nedenlerden ileri gelmişse burada beşeri bir adalet sorunu yoktur. Hatta doğuştan sakat olan birinin durumuna üzülme insani bir duygudur ama kınadığımız tanrı değilse o kişinin sakatlığının adaletsizlik olduğunu söyleyemeyiz. Adaletsizlikte daima kendisine kusur atfedilebileceğimiz bir özne olmalıdır.

Adaletin Aristoteles'ten bu yana kabul edilmiş everensel bir anlamı da geçmişteki bir haksızlığı düzeltme ile ilgilidir. Haksızlığın düzeltilmesi başkalarına verilen zararın telafisi ile olur. Bu çerçevede düzeltici adaletin gerçekleşmesinin yerleşik kurumları tazminat ve cezadır. Burada da vurgu, düzeltme ile ilgili kişinin üzerindedir. Yani adaletsizliğe neden olan kişinin davranışdır ve dolayısıyla telafi ile yükümlü olan kişi de o kişidir. Adaletin bu özelliğini toplumsal süreçler ve amaç durumlar ayırımından yararlanılarak açıklanabilir. Şöyle ki adalet, ulaşılmak istenen toplumsal durumlarla ilgili değil fakat toplumsal süreçlerle ilgilidir. Toplumsal ilişkilerin adil toplumsal süreçler

⁶ Gören Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir.1997, s. 131, 135

çerçevesinde işlemesi şartıyla toplumsal ilişkilerin şu ya da bu şekilde ortaya çıkması adalet ile ilgili değildir. Tam tersine toplumsal ilişkilerin, gerçekleşmesini arzu ettiğimiz belli özellikler taşıyan durumlara ulaşmak üzere yönlendirilmesi adalete aykırıdır. Gerçi adil kurallar çerçevesinde yürüyen toplumsal ilişkiler sonucunda hoşumuza gitmeyen, insani duygularımızı rahatsız eden durumlar ortaya çıkabilir. Ama bunlar bilinçli bir iradenin doğrudan yarattığı sonuçlar olmadığı sürece kavramasal olarak adalet sorunu olarak nitelendirilemez.⁷

Genel anlamda ahlakilik ve adalet, daha teknik anlamda ise iyilik kavrayışları ile adalet arasında ilişki kurulması gerekli hatta zorunlu bulunmaktadır. Çünkü adalet kavramı diğer tüm ahlaki değer ve kavrayışlardan -iyilik, doğruluk, haktanırlık, yardım severlik vs- ayrı düşünebilme imkânı yoktur. Bu anlamda ele alındığında adalet kavramı, dünyayı bütünsel açıdan ele alan her kapsayıcı ahlak, felsefi veya doktrinin tamamlayıcı parçası olarak görmek ve onu bu dünya görüşlerinin bütünsel tutarlılığı çerçevesinde diğer ahlaki ve siyasal değer etkileşimleri bağlamında anlamaya çalışmak gerekir. Çünkü her ahlaki, felsefi ya da siyasal görüş aslında özünde aynı olan ahlaki değerlerin farklı bir dizilişinden oluşmaktadır. Birinde mutlak eşitlik diğerinde toplumsal fayda bir başkasında özgürlük değeri bu hiyerarşinin en tepesinde yer almaktadır.⁸

B. ADALET VE TOPLUM

Ülkemizde adaletten çok, yaygın olarak kullanılan bir özdeyiş vardır: “*Adalet mülkün temelidir.*” Tam olarak ne anlama geldiği tartışmalı olmakla birlikte sözcüklerin taşıdığı çeşitli anlamlar dikkate alınarak yapılan yorumlar adaletin, devletin ve toplumun diğer bir ifade ile, birlikte yaşamın vazgeçilemez bir ögesi olduğu, adaletsizliğin hakim olduğu bir yerde tüm varlıklar için güvenli bir yaşam olanağının kalmayacağı görüşüne yönelik bulunmaktadır. Kant “*Adalet güneşi batarsa insanlar için yeryüzünde yaşamının anlamı kalmayacaktır*” der. Bir Alman atasözü “*Ülkeler yalnız adalet ile sonsuzlaşır ve adaletsizlikle yıkılır.*” derken hep aynı şey anlatılmaktadır. Canlılar için hava, su neyse adalet de toplumsal yaşamın olmazsa olmaz koşuludur. Toplumsal yaşam adaletli yaşam demektir. Adalet olmadan insanlar arası olumlu ilişkilerin

⁷ Erdoğan, a.g.e., s. 155, 116, 156

⁸ Balı Ali Şafak, *Çok kültürlülük ve Sosyal Adalet*, Çizgi Kitapevi, Konya 2001, s. 38.

var olabileceğini tasarlamak güçtür. Adil olmayan veya adil olduğuna inanılmayan bir sistemin başarı şansı yoktur.⁹

Her toplumda hem tek tek bireyler olarak insanların tutum ve davranışlarını, hem de özel ve kamusal kişi ve kurumların faaliyetlerini bu faaliyetler sonucu ortaya çıkan durumu nitelemek için adalet terimi çok yaygın olarak kullanılır. Örneğin aile içi ilişkilerde, işçi işveren ilişkilerinde, kamu yönetiminde, ast üst ilişkilerinde, emekle ücret arasında ya da satın alınan malla ücreti arasındaki dengenin nitelenmesinde hep adaletle atıfta bulunulur. Aile fertlerinin birbirlerine ve çocuklarına karşı ilişkilerindeki tavırlarını, işverenin işçilerine karşı eşitliğe aykırı, hakkaniyet ve liyakati esas almayan davranışlarını nitelemek için adalet tabirini kullanırız. Mahkeme kararlarını, kanunlar ve daha geniş anlamda hukuk sistemlerinin, ekonomik sistemlerin adaletli ya da adaletsiz olduğunu söyleriz. Ayrıca zaman zaman toplumsal düzeninin bütününe, devletin ve devlet organlarının işleyişinin, faaliyetlerinin adaletli ya da adaletsiz olduğunu söyleriz.¹⁰

Adalet kavramına atfettiğimiz her bir değer aslında kavrama bir ideolojinin, bir değerler sisteminin yüklenmesi anlamına gelmekte ve onu bir kavram olmaktan çıkarıp bir kavrayışa dönüştürmektedir. Liberal adalet anlayışı, Marksist adalet anlayışı gibi. Bu bir bakıma bu ön yargılardan hareketle bir adalet kavrayışına ulaşmak anlamına gelir. Perelman, Patrick Day'a atıfla buna tutucu ön yargılar adını veriyor. Onun deyimiyle " *Liberal ön yargı özgürlüklerin her kısıtlanışına meşru bir gerekçe arar*" Diğer yandan sosyalist ön yargı eşitsizliklerin gerekçelendirilmesini gerekli kılar.¹¹ Burada sözü edilen ön yargılar, liberal ideolojinin özgürlük, sosyalist ideolojinin eşitliği temel saymasına ilişkin yaklaşımlardır.

Adalet ve düzeni ele alan Welch, adaletin düzen sağlamak ve toplumdaki çatışmaları çözmek fonksiyonuna sahip olduğunu işaret etmekle birlikte bu düzenin herhangi bir düzen olmadığına işaret etmektedir. Ona göre güç kullanımı ya da hile ile bir düzen sağlamak mümkündür. Örneğin ahlaki bir meşruluğa sahip olmasa da iyi işleyen

⁹ Yayla Atilla, *Adalet Teorilerine Bakış, Liberal Bakışlar*, Liberte Yayınları, 3. baskı, Ankara 2000, s.69

¹⁰ Balı, *a.g.e.*, s.38

¹¹ Perelman, C., *Yeniden Soruşturulan Adalet*, (çeviren M. Önderman), Ökçesiz Hayrettin, *Hukuk Felsefesi Ve Sosyolojisi Arşivi*, İstanbul 1993 den nakleden Balı, *a.g.e.*, s. 42.

ve çatışmaları önleyen bir hegemonya düzenini kurmak mümkündür. Ancak bu düzen neyin adil olduğu konusundaki şikâyetleri çözümlenemeyeceği için egemenliği elinde bulunduranın bunu sürdürme imkânına sahip olduğu sürece ayakta kalabilir. Dolayısıyla kısa ömürlü ve istikrarsız olacaktır.¹²

Adalet olmaksızın düzenin sağlanıp korunması zor olduğu gibi düzen olmaksızın adaletin sağlanması da zor olacaktır. Buradan hareketle adaletin güç ile eş anlamlı değil tam tersine güç ile bir karşıtlık ilişkisi içinde olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu anlamda adalet kaba gücün alternatifi niteliğinde bir meşruiyet aracı olarak algılanabilir. Özellikle adaleti ön yargı ve kaygılardan uzak tutacak şekilde çağdaş devlete ve onun hukuk sistemine meşruiyet kazandıran etik değer olarak da algılanabilir.

Osmanlı adalet anlayışı adaleti tam tersi anlamda zulmün reddedilmesi ve önlenmesi olarak, yine XX. yüzyıl adalet anlayışı onu adaletsizliğin bulunmadığı durumlar olarak açıklamaktadır. Çağımızda halen aynı adalet anlayışını benimseyenler vardır. Ökçesiz adalet düşüncesi için emin olunacak iki öğeden birisinin direnme hakkı olduğunu belirtmekte, adalet düşüncesinin adaletsizlikler üzerine kurulabileceğine işaret etmektedir.¹³ Bu durumda adaletin insanlarda adaletsizlik duygularını doğuran nedenleri ortadan kaldırmak olarak tanımlanabilir.¹⁴

Bizim kültürümüzde adalet kavramı Arap ve İslam kültürünün ötesinde, kendine özgü bir anlam ve içerik kazandığını söylemek yanlış olmaz. Tarihimiz incelendiğinde Türk Milleti'nin zulme boyun eğmeme, devlete itaat etme gibi bazı önemli hasletlere sahip olduğunu müsaade ederiz. Halk arasında bu gün hala “*Şeriatın kestiği parmak acımaz.*” Sözü adaletin itaat boyutu, “*Mazlumun ahı yerde kalmaz*” sözü ile ise zulme boyun eğmeme boyutu ile ilişkilendirilir. Ahlak sözlüğünde adaleti, zulmün zıddı ve her hakkı hak edene vermek istek ve iradesi belirtilmiştir.¹⁵

¹² Welch, D. A. (1995) *Justice and Geneis of War*, Cambridge,1995,s193 den çeviri, Balı,e.g.e,s.48

¹³ Ökçesiz, Hayrettin, “Hukuk Ve Adalet Üstüne Duygular”, *Doğu Batı Dergisi*, Yıl4, S.13, Kasım- Aralık-Ocak 2000, s.227 den; Balı, a.g.e., s. 53.

¹⁴ Balı, a.g.e., s. 53.

¹⁵ Erdoğan, a.g.e., s. 157.

C. SOSYAL ADALET

Ülkemizde geçen yıllarda çok ciddi bir ekonomik kriz yaşanmıştır. Ancak sorun sadece ekonomik eşitsizlikler, istikrasızlıklar, krizlerden ibaret değildir. Ekonomik hayatın yanı sıra sosyo-kültürel ve politik hayata uzanan pek çok sorunla Türk Halkı karşı karşıya kalmıştır. Yine insan hakları ihlallerinden, demokrasiye geçiş sıkıntılarından, düşünce ve düşünceyi ifade etme özgürlüğünün bulunmayışından, siyasal katılma yollarının kapalı oluşundan, sivil toplum örgütlerinin etkisizliğinden, yargının bağımsız olmayışına uzanan pek çok sorunla karşı karşıyadır.

Bütün bu sorunlar bir demokrasi, barış ve güven sorunu olmanın yanı sıra bir sosyal adalet sorunu olarak da algılanabilir. Çünkü sosyal adalet Barry'nin ifadesi ile "*Ahlaki bakımdan daha iyi durumların yaratılmasına fırsat verecek şekilde toplumun yeniden düzenlenmesini talep eder.*"¹⁶ Özetle her toplumsal adalet projesi, aynı zamanda adil bir toplum projesidir. Adil bir toplum düzen oluşturmak kimin görevidir? Bu soruya devlet diye cevap vermek gelenek halini almışsa da bu doğru bir saptama değildir. Sosyal adalet, toplumun gerek ekonomik gerekse siyasal alanda yeniden yapılanmasında göz önüne alınması gereken bir sosyal ideale karşılık geldiği söylenebilir.

1. SOSYAL ADALET VE DEVLETİN ROLÜ

Sosyal adaleti gerçekleştirmek için atılan adımlarda devletini rolü ne olacaktır. Çağdaş devlet, vatandaşlarının refahı için ya da kaynakların yeniden dağılımı için ekonomik hayata, üretim araçlarının kontrolü başta olmak üzere kamusal alanın tümüne müdahale etmelidir? Sosyal adalet sosyal devletin bir ürünü değildir. Tam aksine sosyal devlet, sosyal adaletin araçlarından, uygulama modellerinden birisidir. Yine sosyal adalet gerçekleşebilmek için mutlaka sosyal devlete ihtiyaç duymaz. Yine sosyal devletin fonksiyonu olarak görülen hak ve özgürlüklerin tümünün aktif olarak sağlanması bizatihi devletin görevi olarak algılanmamalıdır. Ayrıca sosyal adaleti bu tür hak ve özgürlüklerin sağlanmasından ibaret görülmemelidir. Bir toplumun adil sayılabilmesi için o toplumda kamusal diyebileceğimiz bütün fa-

¹⁶ Barry, N. (1997) *Komünizm Sonrası Dönemde Klasik Liberalizm*, Çeviren: M. Erdoğan, Ankara 1997, s. 84'ten Bahı, *a.g.e.*, s. 18.

aliyetlerin devlet eliyle yürütülmesi gerekmez. Bu bağlamda liberal sisteminde kendine özgü bir sosyal adalet anlayışına sahip olabileceği, bu sistemin iyi işlemesi halinde, liberal çerçevede adil ve dinamik işleyen bir toplumsal yapının ortaya çıkabileceği söylenebilir. Böyle bir sistemde devletin rolü, oyunun kurallarını koymak, monopolları engellemek, özgürlüklerin korunmasına özen göstermekle sınırlı olmakla birlikte bu sayede zayıflar güçlülere karşı korunacağından sosyal adaleti yansıtan bir toplumsal yapı kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Sosyal adalet denince sadece ekonomik değerlere haiz olan zenginliklerin devlet eliyle dağıtılması ile sınırlı bir paylaşım ilkesi anlaşılmalı, bunun ötesinde insan hak ve özgürlüklerinin güvencesi olan, insanların toplumsal hayatın her aşamasında ve her anında toplumdandan ve birbirlerinden talep edebilecekleri haklarını tespit eden ilke ve prensipler bütünü olarak anlaşılmalıdır. Bu anlamda ele alındığında sosyal adaletin başkalarının haklarının ihlal edilmemesi koşulu ile bireysel özgürlüğü temel ilke sayan liberal teori ile de bağdaşabileceği söylenebilir. Çağdaş siyaset felsefesi incelemelerinin pek çoğunda sosyal adalet, siyasi ya da hukuki adalet türlerinden sadece birisi olarak açıklanmak yerine bunları kapsayan genel adalet ilke ve prensipler bütünü olarak algılanmalıdır. Sosyal adalet ile hukuki adalet arasında ilişkiyi inceleyen Sadurski'ye göre sosyal adalete ilişkin önceden kabul edilmiş bir takım ilkeler olmazsa hukuki adalet ilkelerinin ayakta kalması mümkün değildir¹⁷.

2. FARKLI İDEOLOJİLER VE SOSYAL ADALET

Salt bir varsayım olarak liberallerden oluşan bir toplumda bireysel özgürlükler temelinde kurulmuş ya da piyasa ekonomisinin hakim kılınması ile gerçekleştirilen, sosyalistlerden oluşmuş bir toplumda eşitlik ilkesi üzerine temellendirilmiş bir toplumsal yapı sosyal adaleti yansıtan yapı olarak görülebilir. Sosyal adalet salt toplumdaki nimet ve külfetlerin dağıtımına ilişkin ilke veya ilkeleri belirleyen yeniden dağıtımcı bir adalet türü değildir. Aynı zamanda hukuki zeminin oluşturulması ve değerlendirilmesinde ekonomik sistemin işleyişine ha-

¹⁷ Sadurski, W. (1985), *Giving Desert Its Due: Social Justice and Legal*, Tehery, Boston 1985, s. 261'den çeviri, Balı, a.g.e., s. 24.

kim olan ilklerin tespitinde, siyasal yaşamın yeniden şekillenmesinde kendisinden yaralanılabilecek adalet ilke ve idealidir.¹⁸

3. SOSYAL ADALET KAVRAMININ ELEŞTİRİLMESİ

Günümüzde sosyal adalet kavramının bizatihi adalet kavramından daha fazla bir çekiciliği bulunmaktadır. Bunun nedenlerinden biri onun sıfatı genel olarak onun insanlar tarafından her türlü iyiliğin kaynağı olarak algılanmaktadır. Bu nedenle günümüzde “*sosyal*” sıfatı artık olgusal bir gerçekliğin adı olmaktan çıkmış, kendi başına iyiyi temsil eden bir değer, değer yargısı haline gelmiştir. Hatta o kadar ki en bencil ve hoyrat talepler bile bu adla takdim edildiğinde eleştiriden masun kalmaktadır. Kişi veya grupların normal olarak kendi çıkarlarını artırmak üzere ileri sürümleri haline yadırganacak talepler bir kere toplumsal diye nitelenince normal olarak onlara karşı çıkması beklenenler nazarında bile birden bire meşruluk kazanmaktadır. Hayek’in ifadesiyle “*Eğer belirli bir tedbirin sosyal adaletin gereği olduğu ortaya konabilirse ona olan muhalefet hızla zayıflayacaktır.*” Başka bir ifadeyle ‘*sosyal*’ sıfatı bencillik ve bizcilik birdenbire diğergamlık ve hayıghakığa dönüşmektedir.

Ne var ki burada adalet adına ürkütücü olan bir şey vardır. Eğer onu bir erdem olarak kabul etmek için önüne sosyal sıfatının getirilmesine gerek duyuyorsak, kendi başına adaleti bir insani iyi olarak görmüyoruz demektir. Gerçekte ise adalet, özgürlük, barış, insan hakkı gibi temel insani iyilerden biridir, bir amaç değerdir. Öte yandan kişiler ve toplumsal ilişkiler bakımından toplumsallık zaten vardır. Bu durumda adalet yerine sosyal adalet demeyi tercih edenler aslında başka bir şeyler ifade etmek istemektedirler.¹⁹

4. SOSYAL DEVLET

Sosyal devletin temel değerleri, yaşama güvenliği, tam istihdam ve çalışma gücünün korunmasıdır. Sosyal devletin amacı, bireyi devlet ve toplum aracılığıyla korumaktır. Sosyal devlet, devlet müdahalesini gerekli gören ve gerekli kılan devlettir. Bu nedenle hukuk devleti

¹⁸ Balı, *a.g.e.*, s. 19, 21, 22, 27.

¹⁹ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 156.

yandaşlarının, devleti her türlü müdahaleden elini çekmiş, kendisini savunma, eğitim görevleri ile sınırlı bir bekçi konumuna indirme isteklerinin sosyal devlet idesine sahiplenilenlerin karşılıklı ilişkisi içinde oldukları açıktır. Öyle ki sosyal devlet fikrinin pek çok savunucusu için hukuk devleti, özellikle ekonomide devre dışı bırakmak isteyen burjuvazinin çıkarlarına hizmet eden bir araç olmaktan ancak sosyal devlet sayesinde çıkabilir.²⁰

5. SOSYAL DEVLET İLE HUKUK DEVLETİ KARŞITLIĞI

Bu karşılığın temelinde devlete biçilen rollerin farklılığı yatmaktadır. Devlet kapitalist ekonomiyi, özgür girişimciliği koruyan ve teşvik eden ama kendisi ekonomiye hiçbir müdahalede bulunmayan bir bekçi işlevi gören, bir hukuk devleti olarak mı kalacaktır. Yoksa o, sosyal sorumluluk temel ilkesi eşitsizliklerin asgariye indirgenmesi amacıyla sosyal bir devlet mi olacaktır. Sorun devletin egemenliğinin niteliği ve sorumluluğunun sınırları olarak ortaya konabilir. Açıktır ki hukuk devleti örtük ya da açık veya örtük özgür girişimciliğe ve Pazar ekonomisine dayalı, bir sosyo-ekonomik düzeni veri kabul ederken, sosyal devlet böyle bir sosyo -ekonomik düzenin yol açtığını bildiğimiz eşitsizliklerin giderilmesi amacıyla bu düzene sınırlamalar getirmek ister.²¹ Ancak 1982 Anayasası bu iki zıt kavramı birleştirerek Türkiye Cumhuriyetinin sosyal hukuk devleti olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi' de 1988 yılında vermiş olduğu bir kararda *sosyal hukuk devletin, güçsüzleri güçlülere karşı koruyan, böylelikle gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlayan devlet* demek olduğunu karar altına almıştır.²²

6. SOSYAL ADALET ÇERÇEVESİNDE YENİDEN DAĞITIMCI ADALET

Dağıtımci adaletin, Aristoteles'e kadar giden uzun bir tarihi vardır. Klasik felsefenin büyük temsilcisi Nicomachan iki tür adaleti birbirinden ayırmaktadır; dağıtımci ve düzeltici adalet. Dağıtımci adalet zenginlik, şeref ve değerlerin dağıtımında uygulanan bir ilke olup, topluluğun

²⁰ Doğan Özlem, "Sosyal Devlet Üzerine", *Doğu Batı Dergisi*, S. 4, s. 21.

²¹ Doğan, a.g.m, s. 22.

²² 1988/19 E, 1988/33 K, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, S. 24, s. 451, 452.

üyelerine eşit veya farklı pay verilmesini gerektirir. J. Keley modern toplumda devlet düzenlemesinin söz konusu olması bakımından teşrii adalet denilebileceğini belirtmektedir. Dağıtıcı adalet kavramın eşitle-re eşit, eşit olmayanlara farklı muamele edilmesi, adaletsizliğin nispet-sizlik demek olduğu gibi bazı önermelerden kaynaklanmaktadır.²³

7. SOSYAL ADALETİN AMACI OLARAK REFAH

Siyasal düşüncede, refah fikri, bugün genellikle sanıldığı gibi modern refah devleti ile ortaya çıkmış değildir. Bu bakımdan çağdaş refah devletini eleştirmek, refah fikrini ret etmek anlamına gelmez. Önemli olan refah devletinin kurumsal düzenlemeleri değil, bu dü-zenlemelerin arkasında yatan neden, ilkeler veya değerlerdir. Refah düşüncesinin, tarihsel olarak bakıldığında adalet kavramıyla yakın ilişkisi olduğu görülmektedir. Bu görüşe göre adalet, adil usul kural-larının izlenmesinin bir sonucu olmayıp, özel mülkiyeti ve piyasanın mantığını aşan, bazı hak edişlere ve ihtiyaçlara dayanan karmaşık bir kurumsal düzenleme ile ilgilidir.²⁴

8. SOSYAL ADALET TEORİLERİ

Soysal adalet teorileri, prosedürel adalet teorisinden farklı olarak kurallar değil bireylere ve sosyal tabakalara, sınıflara somut olarak ne sağladığı ile ilgilidir. Bu açıdan sosyal adalet teorilerine göre kurallara dayalı adalet, biçimsel ya da sözlü adalettir. Bireylerin soyut olarak hak ve özgürlüklere sahip olmasının bir anlamı bulunmadığını, gerekli ve yeterli olanakları bulunmayan bireylerin özgür olamayacağını ve formel hakları kullanmayacaklarını savunurlar.²⁵

a. Radikal Soysal Adalet Teorileri

Hiç kuşkusuz sosyal adaletin en radikal biçimini Markisizimde buluruz. Marx'da adalet kavramı ile meşgul olarak iki sosyal adalet tipi ayırt eder. Adalet teorisinde burjuva mülkiyeti ve sömürü ortadan kaldırılır. Herkes soysal hâsiladan, ona yaptığı işgücü katsayısı ora-nında pay alır. Ancak sosyalizm safhasında özellikle kapital birikimin-

²³ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 76.

²⁴ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 84.

²⁵ Yayla, *a.g.e.*, s. 81.

de ki büyük artış sayesinde büyük toplumsal ve ekonomik ilerlemeler sağlanır. Son derece meşhur ve kimine göre gayet adil bir reformu yansıtan bir formül ile komünist bir toplumda herkesten yeteneğine göre alınır, herkese ihtiyacına göre verilir.²⁶

b. Refah Devletçi Sosyal Adalet Teorileri

Sosyal adalet teorileri, özetlenen radikal versiyonlarından ibaret değildir. Rawls' da o nu yeniden dağıtımcı yapan bir üretim dağıtımının da ima edildiği görülür. Adaletin başta gelen konusu, belli bazı sosyal kurumların temel hak ve görevleri dağıtma ve sosyal işbirliğinden doğan yarar ve kazançların bölüşümünü belirleme tarzıdır derken yeniden dağıtımcı eğilimi açıkça sezilir. Bir taraftan marjinal verimlilik ilkesinin ücretlerin belirlenmesinde kullanılmasını öbür taraftan klasik liberalizme çok aykırı gelecek şekilde pazar kıstaslarının adalet ilkeleri tarafında kontrol edilmesini ister.²⁷

D. SOSYAL ADALET İLKELERİ

1. HERKES İÇİN MİNİMUM İYİLİK ALANI VE BU ALANA ÖZGÜ ADALET İLKESİ

Adalet her şeyden önce bütün insanlarda ortak olan ve onları insan yapan niteliklerin sürekli korunması talebini içermek zorundadır. Adaletin bu niteliği tüm adalet anlayışlarının içermesi gereken ahlaki bir nitelik olarak algılanması gerekir. Siyasal hakların kullanılışı, devlet memurluğu, sağlık, adalet hizmetlerinden yararlanmak bakımından toplumun bireyleri arasında kültürel farklılıklara dayanan ayrımlar yapılmamalıdır. Bu alan için sosyal adaletin gereği farklı sosyal grupların çatışan değerleri arasında bir uzlaşma zemini bulmak eğer bu mümkün olmazsa bu kültürleri kendi iç bütünselliği içinde özerk kabul etmektir. Burada ki sosyal adalet ilkesi grup kimliğinin muhafazasını sağlayacak, grup değerleri ile çoğunluk değerlerinin çatışması halinde grubun varlığını sağlamaya olanak sağlayacak bir ilke olmalıdır. Belirlenecek ilke kültürel özellikleri muhafaza edecek bir kalıp bulmak olacaktır. Bu ilke kısaca kültürel özerklik olarak belirti-

²⁶ Yayla, a.g.e., s. 81.

²⁷ Yayla, a.g.e., s. 84.

lir. Bu alandaki taleplerin bazılarını özellikle çoğunluk kültürünün ya da onlara paralel olanlarının karşılanılırken diğerlerinin görmezden gelip yok saymak adaletle bağdaşmaz. Yani aynı toplumda çoğunluk kültürüne sahip bir aile içinde doğan bir çocuk ile azınlık kültürüne sahip aile içinde doğan karşı komşusu çocuk arasında doğumundan ölümüne toplumsal hayatın nimetlerinden yararlanmak bakımından bir fark olmamalıdır.²⁸

2. VATANDAŞ OLARAK BİREYLERİN İYİLİK ALANI VE BU ALANA ÖZGÜ ADALET İLKESİ

Bu alan toplumsal iyilik alanı olarak da adlandırılır. Bu alanda toplumun üyeleri artık sadece biyolojik ve sosyal varlıkların olmalarının ötesinde aynı zamanda siyasal varlıklar olarak değerlendirilir. İnsanın toplumsallığı olgusu, ancak siyasal bir toplumda yaşamak, belli bir siyasal sistemin hakim olduğu toplumun üyesi olmakla mümkündür. Burada ki bireysel kimlik siyasal nitelik taşımakta ve vatandaşlık statüsü olarak somutlaşmaktadır. Vatandaş olmak bakımından her bireyin bu alanda eşit hak ve özgürlüklere sahip olması sosyal adaletin bir gereğidir. Çok kültürlü bir toplumda devlet sadece bazı insani hedefleri sağlamak, örneğin herkes için belli ekonomik refah düzeyi ya da belli ahlaki hedefleri garanti etmekle yetinemez. Aynı zamanda hem otonom olarak hem de kültürel grupların üyesi olarak çok farklı türdeki hedef ve değerleri elde etmek üzere hareket etme imkânına sahip olmalıdır. Plant'ında dediği gibi siyasal teoride ağırlık merkezi, devletin meşruluğu, onun insanlar için bazı temel hedefleri (refah, eşitlik, insan haklarını) koruyup koruyamadığı meselesinden, bireylerin kendi iyiliklerini kendi bildikleri yoldan elde etmelerine imkân verecek şartları hazırlayıp hazırlayamadığını aramaya dönüşmüştür.²⁹ Örneğin çok kültürlü bir toplumda eğitim sistemi bireyleri homojen bir kültürle sosyalleştirerek vatandaşlığa hazırlayacak şekilde düzenlenmelidir. Bu sosyal adaletin gereğidir. Ayrıca sosyal adaletin gereği toplumu tüm kurum ve kuralları ile her bir moral kimliğe kendi amaç

²⁸ Plant, R, (1991), *Modern Political Thought*, Oxford 1991, s. 253'ten çeviren Balı, a.g.e., s. 278.

²⁹ Plant, R, (1991), *Modern Political Thought*, Oxford 1991, s. 253'ten çeviren Balı, a.g.e., s. 278.

ve çıkarlarını elde etmeleri konusunda eşit şans ve fırsat tanıyacak şekilde organize etmektir.³⁰

3. TOPLULUK ÜYESİ OLARAK BİREYLERİN İYİLİK ALANI VE BU ALANA ÖZGÜ ADALET İLKESİ

Bu alan bütün insanlardaki benzerliklere ilişkin bir alan olarak değil farklı toplulukların üyesi olarak, farklı dini, ahlaki ve felsefi görüşlere sahip bireylerin farklılıklarına ilişkin bir alan olarak düşünülmüştür. Yukarıdaki açıklananlar paralelinde söylemek gerekirse, bu alan insan yaşamının kültürel unsurlar tarafından belirlenen özelliklerine ilişkin bir alandır denilebilir. Daha teknik bir ifadeyle, bu alan farklı insan gruplarının benimsemiş oldukları adalet anlayışlarındaki diğerlerinden farklı ve onlarla çelişen muhtevaların gerçekleşmesini olanaklı kılacak bir toplumsal alan olarak tasavvur edilmiştir. Bu toplumsal yaşam alanı, insanın çevreyle olan ilişkisinden ziyade, toplumdaki diğer insanlarla olan ilişkisine özgü bir alandır. Dolayısıyla bu alan kapsamında ele alınacak insana özgü fonksiyonel kapasite ilk alanda belirlenenlerden farklı olarak sadece toplum içerisinde geliştirilebilecek, insanın hayatını belli biçimde organize etmesine imkan veren ve rasyonel teorilerden çok, içinde yaşadığı kültüre özgü belli norm ve uygulamalar (ahlaki ya da dini ya da felsefi düşünceler, inançlar, gelenek ve görenekler) tarafından belirlenen özelliklere ilişkin bulunmaktadır. Daha öncede tartışıldığı gibi, insanoğlu sadece doğal ya da biyolojik bir varlık değildir. Aynı zamanda sosyal ve kültürel bir varlıktır da. Bu niteliği gereği, bir topluluk içerisinde yaşamak ve yaşamını anlamlı kılacak bazı faaliyetlerde bulunmak ihtiyacı içerindedir.³¹

E. SOSYAL VE EKONOMİK HAKLAR

1. EKONOMİK HAKLAR

Ekonomik haklar, içerik ve konum olarak ekonomi ile ilgilidir. Devletin ekonomik alana müdahalesine paralel olarak, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra bazı kurum ve ilkelerin anayasalarda yer almaya başladığı gözlenmektedir. Özellikle mülkiyet, çalışma ve söz-

³⁰ Balı, *a.g.e.*, s. 268, 275, 279.

³¹ Balı, *a.g.e.*, s. 262, 264.

leşme hürriyeti, devletleştirme ve planlama konularına yer verilmesi bu gelişmelere paralel olmuştur. Bu kavramlar artık, adı geçen ülkelerin hukuk sistemlerinin ayrılmaz parçası olmuştur.³² Bunlar hukuk öznelrinin ekonomik ve sosyal ilişkilerindeki hak ve özgürlüklerini, liberal ekonomi felsefesine uygun olarak düzenlemekte ve güvence altına almaktadır. 1982 Anayasası da ise mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü, devletin bunlara müdahalesine ve ekonomik hayatı düzenlemesine ilişkin hükümler vardır. Kamulaştırma m. 46, devletleştirme m. 47, planlama, tekelleşme yasağı, doğal kaynakların işletilmesi...

2. SOSYAL HAKLAR

Anayasa'mız sosyal devlet ilkesini benimsiyor. Devletin temel amaç ve görevleri arasına kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal ve ekonomik engelleri kaldırmaya insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı katıyordu. Sosyal haklar bu amaç ve görevlerin yerine getirmenin araçlarından. Sosyal hak özneleri, çalışanlar, emekçiler, işçiler, köylüler, işsizler, dul ve yetimler, sakatlar, yaşlılar, korunmaya muhtaç çocuklar, yurt dışında çalışan işçiler şeklinde örneklenir. Bazı sosyal haklar ise herkes için ilan edilmiştir. Sosyal güvenlik, sağlık gibi sosyal haklar bölümü dışında bazı hükümler belli kesimlerin korunması görevini devlete yükler.³³

F. 1982 ANAYASASI'NDA SOSYAL VE EKONOMİK HAKLARIN ÜST BAŞLIKLARI VE HÜKÜM ALTINA ALINDIKLARI MADDELER

Ailenin korunması m. 41, eğitim ve öğrenim hakkı m. 42, toprak mülkiyeti m. 44, tarım ve hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması m. 45, kamulaştırma m. 46, devletleştirme ve özelleştirme m. 47, çalışma ve sözleşme hürriyeti m. 48, çalışma hakkı ve ödevi m. 49, çalışma ve dinlenme hakları m. 50, sendika kurma hakkı m. 51, sendikal faaliyetler m. 52, toplu iş sözleşmesi hakkı m. 53, grev hakkı ve lokavt m. 54, ücrette adaletin sağlanması m. 55, sağlık çevre

³² Tan Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No. 210, Ankara 1994, s. 27, 28.

³³ Tanör Bülent / Yüzbaşıoğlu Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 1. Basım, 2001, s. 176, 178.

ve konut m. 56,57, gençliğin korunması m. 58, sporun geliştirilmesi m. 59, sosyal güvenlik hakkı m. 60, sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler m. 61, yabancı ülkelerdeki Türk Vatandaşları, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması m. 63, sanat ve sanatçının korunması m. 64, sosyal ve ekonomik hakların sınırı³⁴

G. 1982 ANAYASASI'NDA YER ALAN SOSYAL VE EKONOMİK HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ADALET-SOSYAL ADALET KAVRAMLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1982 Anayasası tıpkı 1961 Anayasası gibi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra yapılan anayasalardaki eğilime uyarak, toplumsal hayatta gerek ekonomik gerekse sosyal bakımından zayıf ve güçsüz durumda bulunan kitleleri korumak amacıyla "*Sosyal Ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı, ekonomik ve sosyal hakları hüküm altına alan ayrı bir bölüme yer vermiştir.³⁵

Kamulaştırma m. 46 tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projelerinin gerçekleştirilmesi, iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amacı ile yapılan kamulaştırmalar sosyal amaçlı kamulaştırmalardır. Anayasa bunların karşılıklarını peşin ödenmesi şartı koymayarak bu tür kamulaştırmaları daha olanaklı hale getirmiştir. Ancak taksitlendirme süresini 5 yıla indirmesi, devlet borçlarına uygulanan en yüksek faizi ön görmesi nedeni ile de bu imkânı sınırlamıştır. Ayrıca devlet gücünün kullanılmasını gerektiren kamulaştırmanın kanuna dayanarak yapılacağını ön görerek adalet bakımından çok önemli olan toplumda genel kurallı süreçlerin egemen olmasını sağlamıştır.

Servet ve gelir eşitsizliklerini azaltmanın diğer bir yolu da vergidir. Sosyal adaleti sağlamak bakımından devletin elindeki önemli araçlardan biri de vergi politikasıdır ve Anayasa'nın 73. maddesinde vergi adaleti başlığı altında hüküm altına alınmıştır. Yüksek geliri olandan fazla, düşük geliri olandan daha az ya da vergi dışı bırakmak gerekir, bu eşitsizlikleri azaltmayı amaçlar. Bu ilkeye uygun olarak elde edilen mali kaynakların, sosyal amaçlı kamu harcamalarında

³⁴ Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Gözden geçirilmiş 4. baskı, 1995 Ankara, s. 105.

³⁵ Tunç Hasan, *Makaleler (Anayasa Hukukuna Giriş)*, Cemre Yayınları, Konya 1998, s. 65.

kullanılması ile bir ölçüde de olsa ulusal gelirin yeniden dağıtılmasını amaçlanır. Servet ve gelir eşitsizliklerini azaltmanın Anayasada ön görülen bir diğer yolu da topraksız olan ya da yeterli miktarda olmayan, çiftçilikle uğraşan köylülere toprak sağlanmasıdır. Toprak dağılımında, eşitsizlikler görülen bir ülkede gelir dağılımının eşitsiz olacaktır. Anayasa bu konuda devletin çeşitli önlemler almasını ön görmüştür.³⁶

Devletleştirme ve özelleştirme ile ilgili olarak da Anayasamız kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüsler, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilir şeklinde hüküm sevk etmiştir. Özelleştirme için ilk şart, teşebbüsün kamu hizmeti niteliği taşımasıdır. Kamu hizmeti ise tatminin de kamu yararı bulunan her türlü faaliyettir. Aynı şekilde bu tür teşebbüslerin kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebileceği ön görülerek yine kamu yararına vurgu yapılmıştır. Adalet tarihsel süreç içerisinde çeşitli görünümlere bürünmüş, bunlardan birisi de faydadır. Anayasa böylelikle adaletin çeşitli görünümlerinden biri olan, toplumsal faydayı sağlamak istemiştir. Ancak taksitli ödemeyi ön görmediğinden bu imkânı sınırlamıştır. Ayrıca gerek kamulaştırma gerekse devletleştirme devletin kendi gücüyle kolaylıkla başarabileceği durumlar olmasına rağmen bunlara ilişkin esas ve usullerin kanunla konulacağını söyleyerek güce alternatif düzenleme ortaya koymuştur. Böylelikle devlete çağdaş bir nitelik kazandırmış, kanunun genel nitelikte olmasıyla meşruiyet kazanmıştır.

Çalışma hakkı ve ödevi ile ilgili olarak da, sosyal adaletin temel ilkelerinden biri herkese insan haysiyetine yakışır asgari bir hayat sağlamak, bireylerin fiziki ve psikolojik sağlıklarını muhafaza etmek -herkes için minimum iyilik alanı- olduğuna şüphe yoktur Bunun yolları arasında herkese çalışma hakkı sağlamak, işsizliği önlemeye elverişli ortamların sağlanması, çalışma ve sözleşme hürriyeti sağlamak, çalışanların insanca yaşayabilecekleri adaletli bir ücret almalarını sağlamak, ücretli yıllık izin hakları tanımak yer almaktadır.

Sosyal adaletin gereklerinden biri olarak bilinen dini ve kültürel etkinlikleri yerine getirmek bağlamında ücretli bayram tatili ön görmüş m. 50 ve ayrıca sosyal güvenlik, yaratmış olduğu gelecek güvenesiyle kişilerin mutluluğuna hizmet etmekte, sosyal adaletin bireyler için minimum iyilik alanı olarak tabir edilen kısmı gerçekleşmekte Sos-

³⁶ Sabuncu Yavuz, *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayıncılık, 7. bası, Ankara 2001, s. 116, 118.

yal Güvenlik Hakkı m. 60 ve 61 de hüküm altına alınmıştır.³⁷ Böylelikle yoksul ve fakir insanlara devletçe yardım edilerek, onlara asgari bir düzey sağlanmış olmaktadır. Bu genel hükümden sonra 61. maddesinde sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler sıralanmıştır. 62. maddesinde ise yurt dışında yaşayan Türk Vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması için gerekli tedbirlerin alınmasını ön görmektedir.³⁸

Adaletin özde ise sosyal adaletin gereklerinden biri de kişinin kendini gerçekleştirme imkânlarına sahip olması, bu konuda toplumdan talep haklarının mevcut olmasıdır. Ayrıca zayıfların güçlülere karşı korunmasında orta yerdedir. Bütün bunlar eğitim ve öğrenim hakkı ile sağlanır. Anayasa'nın 42. maddesi kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz diyerek bu hakkı herkese tanımıştır. Ayrıca devlet okullarının da parasız olduğunu belirterek bu hakkın kullanılmasını yaygınlaştırıp kolaylaştırmıştır. Maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrenciler, burslar ve başka maddi imkânlarla desteklenmesini devlete ödev vererek, bu alanda fırsat eşitliğini gerçekleştirme anlayışıyla hareket ettiğini ortaya koymuştur.

Anayasa birbiriyle bağlantılı bir hak üçgenini oluşturan sendikal hakları hüküm altına alarak, ilk başta çalışan ve işverenleri ilgilendiriyor gibi gözükse, ancak kullanımları tüm toplumu ilgilendiren bu haklar sayesinde ekonomik bakımından güçsüz olan toplumsal kesimleri iş yerinden başlayarak yasama organına uzanan bir çerçevede etkili olmalarını sağlamıştır. 1982 Anayasası'nın ilginç bir özelliği lokavtı grev hakkı ile eşit düzeyde düzenlemiş olmasıdır. İşçilerin topluca iş yerinden uzaklaştırmaları anlamına gelen lokavtın hüküm altına alınarak sosyal adaletin güçsüzlerden yana olma niteliğiyle çatışan bir anlayış ortaya koymuştur.

Anayasa'mızın ailenin korunmasını hüküm altına aldığı 41. maddesinde ailenin eşler arasındaki eşitliğe dayandığını, değişik 4709 sayılı kanunla hüküm altına alarak adaletin bir gereği olan eşitlik ilkesini, toplumun çekirdeği olan aileye hakim kılmıştır. Sosyal adaletin bir gereği olan ve herkes için minimum iyilik alanı olarak bilinen, insanın temel özelliklerinin asgari oranda sağlandığı, sürekli bir düzenin yaratılmasını şart koşan ilkesi gereğince insanın fiziki ve psikolojik

³⁷ Özbudun, *a.g.e.*, s. 104, 105.

³⁸ Sabuncu, *a.g.e.*, s. 116.

yapısının bütünlüğü korunmalı, her insanın barınma ihtiyacı karşılanmalıdır. Anayasa'nın 57. maddesinde devletin konut ihtiyacını karşılayacak tedbirler almasını öngörülmekte, 56. maddesinde sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek sosyal adaletin bu yönünün gerçekleşmesi için devlete ödevler yüklenmektedir. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmaktadır. Mülkiyet alanında, sosyal devletin özel bir fonksiyonu ve görevi vardır. Bu bağlamda mülkiyet, zayıf ve güçsüz sosyal tabakaların sosyal ihtiyaçlarının karşılanmasında kullanılır. Yine bu çerçevede bu hak topluma karşı kötüye kullanılamaz. Sosyal devlette, bazı sosyal ödevlerin yerine getirilmesinde, örneğin sosyal amaçlı konut yapımı için arazi temininde, özel mülkiyet konusu bir kısım taşınmazların kamulaştırılması ki bu durum Anayasamızda kamulaştırma başlığı altında hüküm altına alınarak Cumhuriyetin sosyal devlet yanı güçlendirilmeye çalışılmıştır.³⁹

H. SOSYAL VE EKONOMİK HAKLARIN ANAYASA'NIN 65. MADDESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa m. 5, devleti, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak biçimde sınırlayan. Engelleri kaldırmakla ödevlendirmiştir. Bununla birlikte Anayasa m. 65, sosyal ve ekonomik alanlarda devletin üstlenmiş olduğu görevleri, mali kaynaklarının ölçüsü ile sınırlamıştır. Bu maddenin gerekçesinde maddenin hiç kimseye devletten sosyal ve ekonomik hakların gerçekleşmesini isteme hakkı vermediği, bu hakların devlete yüklenen ödevlerden oluştuğu belirtilmektedir. Ancak Anayasa m. 11 Anayasa hükümlerinin bütün kurumları bağlayıcı olduğunu belirtmiştir. Bu anlamda Anayasamızda, madde 11'in kesinlik taşıyan ifadesi karşılığında tavsiye niteliğinde, hukuksal açıdan herhangi bir bağlayıcılığı olmayan kurallar bulunmamaktadır. Bu durumda sosyal ve ekonomik hakların dava hakkı tanıyıp tanımadığı sorusu gündeme gelecektir. Sosyal ve ekonomik haklar herhangi bir yasada düzenlenmemiş, en üst hukuk normu sayılan Anayasa ile hüküm altına alınmışlardır. Bu nedenle vatandaşlara bu alanda dava hakkı tanınmadığı ileri sürülemez. Her ne kadar bu haklar soyut olarak düzenlenmişlerse de bütün temel haklar

³⁹ Gören, *a.g.e.*, s. 120.

soyut bir şekilde kaleme alınmışlardır. Diğer temel haklar örneğın nasıl ki konut dokunulmazlığı hakkının ihlali bir dava hakkı veriyor, bir davaya konu olabiliyorsa, davaya konu olabilme hakkı bakımından aralarında fark olmaması gerekir. Anayasa ile güvence altına alınmış bulunan sosyal hakların gerçekleştirilmeleri için özellikle de Türkiye gibi gelişmekte olan bir ülkede çok büyük mali kaynağa gereksinim olduğu, belirli bir süreç içerisinde gerçekleştirilebileceği reel bir gerçekliktir. Anayasa m. 65 işte bu reel gerçekliği yansıtmaktadır. Ayrıca bu madde reel bu durumun anayasal hüküm altına alınması gereksiz bir olgudur. Ancak bu hüküm yasama organına kimi zaman mali kaynakların yetersizliği gerekçesini ileri sürerek pasif kalma imkânını vermektedir. Ancak bu durum sosyal ve ekonomik hakların güvence altına alınmış olması ve m. 11'in bağlayıcı ve kesin hükmüyle Anayasa kurallarının bağlayıcılığının ilan edilmiş olması gerçeği karşısında bir çelişik ve Anayasaya aykırı bir durumdur. Mali kaynakların yetersizliği göz önüne alındığında yasama organının takdirinin bu hakların gerçekleştirip gerçekleştirilmeme bakımından değil, ne ölçüde gerçekleştirileceği konusunda olacağı açıktır.⁴⁰

SONUÇ

Toplumsal gerçekliğin değişik yönleri ile bağdaşamayan, halk kitlelerinin gereksinimlerini karşılamayan hukuk sistemlerinin kurulması çok zor olduğu gibi, uzun ömürlü yaşayabilmeleri de çok güçtür. Nerede bir toplum varsa orda bir hukuk olduğu varsayıldığına göre, toplumsal gerçeklik dışımda bir hukuk sistemi ve anayasa düşünülemez. Toplumun tüm kesimlerini ilgilendiren ilkelerin bir özeti niteliğinde olan anayasaların ve bu anayasalarda önemsiz gibi görülen yapılan değişikliklerin, suya atılan taş gibi giderek yayılan ve büyüyen zincirleme tepkiler doğurabilir. Kendi iç dinamiğini taşımayan ve onun bilincine varamayan toplumların yönetimi aksadığı gibi, yönetim adına getirilen hukuk sistemleri ve anayasal düzenlerden de beklenen yarar sağlanamaz. Anayasaların ve hukuk sistemlerinin fonksiyonelliklerini sağlama hususundaki şartlar, 1982 Anayasası'nda ne ölçüde karşılanabilmiştir. Gerek oluşumunda ki şartlar gerekse esasen çağın gerisinde kalmış bir anlayışla kaleme alınmış bulunan, 1982 Anayasası, bir anayasa için uzun sayılmayacak yaklaşık yirmi yıllık dönemde, pek çok

⁴⁰ Gören, *a.g.e.*, s. 129, 130.

kere değişikliğe uğramış, buna rağmen, toplumun geniş kesimlerinin benimsediği bir anayasa olmayı başaramamıştır.⁴¹

Herhangi bir devlet, toplumun bütün kesimlerine, adaleti, bütün yönleriyle hakim kıldığı sürece devlet daha doğrusu bir hukuk devleti olabilecektir. Yoksa herhangi bir anayasaya hatta iyi bir anayasaya sahip olmak yeterli değildir. Hukuka, anayasaya bağlılık tek başlarına yeterli değildir.⁴² 1982 Anayasası liberal bir sosyal adalet anlayışı ortaya koymuştur. Şöyle ki, liberal hukuk devleti ve adalet anlayışında önemli olan gerek haklardan yararlanma gerekse kanun önünde eşitlik bakımından önemli olan bunların şekli olarak sağlanmasıdır. Hatta daha da ileri giderek söylemek gerekirse bunların yasaklanmamış olması yeterlidir. Oysaki sosyal hukuk devletinde sosyal adaletin gerçekleşmesi eşitliğin, özgürlüklerin ve hakların şekli anlamda mevcut olmasıyla değil bütün bunların sosyal realitede gerçekleşmesiyle sağlanacaktır. Yani hakların, özgürlüklerin yalnızca mevcut olması değil gerçekten sosyal bakımdan zayıf ve güçsüz durumda bulunan kitlelerin bunlardan yararlanıp yaralanmadığı önemli ve belirleyicidir. Örneğin anayasada sadece çalışma hakkının olması ya da toplu iş sözleşmesi ve toplu görüşme hakkının olması yeterli değildir. Devletin işverenle yapılacak pazarlıklarda asgari çalışma koşullarını belirlemesi, bağlayıcılığı olan iş koruması normlarının ortaya konmasının sağlayacak anayasa hükümleri olmalıdır.⁴³ Oysaki 1982 Anayasası'nda, gerek kanun önünde eşitliğin gerekse haklardan yararlanma konusunda eşitliğin ve herkesin bu hakka sahip olduğunun belirtilmesine karşın bunların gerçekte yaşama geçirilme kabiliyetinin olup olmamasıyla ilgili bir hüküm vazetmemiştir. Örneğin herkesin eğitim, seyahat, sosyal güvenlik vs haklarına sahip olduğu belirtilmiş ama yaşama geçirilmesi konusunda hükümler sevk edilmemiştir. Özellikle de Anayasa'nın 65. maddesi göz önüne alındığında ki bu madde de sosyal ve ekonomik hakların yerine getirilmesini mali imkânlarla bağlamış, bir bakıma Türkiye gibi gelişmekte olan bir ülkede zayıf ve güçsüz toplumsal kesimlerin sosyal ve ekonomik haklardan reel anlamda pek de yaygın ve etkili olarak yararlanamayacaklarını üstü kapalı bir şekilde kabul etmiş, ortaya koymuş, şekli eşitlikle yetinmiştir. Bütün bunlardan sonra 1982

⁴¹ Niray Nasır, "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak Ve Özgürlüklere Yansımaları", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Şubat-Nisan 2003, Yıl 4, S. 16, s. 2.

⁴² Hatemi, a.g.y., s. 463.

⁴³ Gören, a.g.e., s.105, 106.

Anayasasının sosyal hukuk devletinde yaşam bulan sosyal adaletçi değil, liberal bir adalet anlayışına sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

KAYNAKLAR

- Alkan Haluk/ Taban Sami, "Sosyal Haklar Boyutuyla Avrupa Birliği ve Baskı Grupları", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, 2002-2003.
- Balı Ali Şafak, *Çok kültürlülük ve Sosyal Adalet*, Çizgi Kitapevi, Konya 2001.
- Doğan Özlem, "sosyal devlet üzerine", *Doğu Batı Dergisi*, S. 4.
- Erdoğan Mustafa, *Özgürlük adalet ve Refah*, Siyasal Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 1998.
- Hatemi Hüseyin, "Anayasa- Kişi Hak ve Hürriyetleri", Hak-İş Anayasa Kurultayı, Hak-İş Eğitim Yayınları, Yayın No:15.
- Gören Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir 1997.
- Niray Nasır, "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak Ve Özgürlüklere Yansıması", *Akademik Araştırmalar Dergisi*, Şubat-Nisan 2003, Yıl4, S.16.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Gözden geçirilmiş 4. baskı, Ankara 1995.
- Sabuncu Yavuz, *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayıncılık, 7.bası, Ankara 2001,
- TAN Turgut, *Ekonomik Kamu Hukuku, Türkiye Ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No:210*, Ankara 1984
- Tanör Bülent/ Yüzbaşıoğlu Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 1. Basım
- Tuç Hasan, *Makaleler, Anayasa Hukukuna Giriş*, Cemre Yayınları, Konya, 1998.
- Yayla Atilla, *Liberal Bakışlar*, Liberte Yayınları, 3. baskı, Ankara 2000.

HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK HUKUKTA RIZA

Carlotta CASSANİ*
İtalyanca aslından çevirenler.:
Muharrem ÖZEN**
Mustafa ÖZEN***

I. GİRİŞ

Bir suçun pasif süjesinin hukuk tarafından korunan menfaatinin tehlikeye atılmasında veya zarara sokulmasında pasif süjesinin rızası, suçun varlığı için kabul edilen görüşe göre, önem arz etmektedir. Eğer suç; tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklinde üç temel unsurdan oluşur görüşü kabul edilecek olursa, rıza; ya hukuka uygunluk nedeni ya da tipiklik konusunda ele alınacak unsur olarak düşünülebilir. Rıza, özel bir hukuksal durumun yapı taşı olarak, örneğin, rızaya dayalı insan öldürme durumu, dolandırıcılık ve ırza geçme(cinsel saldırı) olaylarında olduğu gibi kanun tarafından açıkça düzenlendiği takdirde, ifsat edilmiş bir irade olarak kabul edilmektedir.¹ Pasif süjenin içinde bulunduğu korku haline bağlı durumda, örneğin, konut dokunulmazlığını ihlalde açık rıza açıklaması, özel yaşamın gizliliğini ihlalde örtülü rıza açıklaması durumlarında olduğu gibi pasif süjenin rızasını örtülü ya da açık şekilde açıklaması, yukarıda belirtilen ifsat edilmiş irade kategori girer.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı öğretim üyesi.

** Ar. Gör., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.

*** Makalenin İtalyanca aslında Giriş kelimesine yer verilmemiş olmakla birlikte, sistematik açıdan gerekli olduğu düşüncesiyle makalenin esasına dokunulmaksızın bu başlık konulmuş, yeri geldikçe bazı eklemeler ile numaralandırmalar yapılmıştır.

¹ Gallisai Pilo, M. G, *Consensus dell'avente diritto, un Digesto delle discipline penali*, III, UTET, Torino, 1989, s. 72; Romano, M., *Consensus dell'avente diritto, in Commentario sistematico del Codice Penale, I*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 448-449.

Hukuka aykırı rıza konusunda görüş ileri süren bazı yazarlara göre, rıza açıklaması, hukuka uygun yapılmadığı zaman bir hareketi suç kapsamına sokabilme durumuna sahip olduğu için, hukuka uygun şekilde gösterilen rıza, hukuk normları çerçevesinde hareketi hukuka uygun hale getirir. Hukuk alanında rıza, ceza kanununun (İtalyan Ceza Kanunu) 50. maddesinde yer aldığı üzere hukuka uygunluk nedenidir.² Bu hükme göre, '*Hukuka uygun şekilde rızasını açıklayan kişinin rızasına dayanarak bir hakkı ihlal eden kişi cezalandırılmaz*'. Yukarıda açıklandığı gibi suçu üçlü yapıya ayırarak (tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk) incelediğimizde aslında bu üçlü yapının iki ana unsurdan oluştuğunu görürüz. Bunlardan biri objektif unsur diğeri sübjektif unsurdur. Hukuka uygunluk sebebi olarak rıza, tipik maddi fiilin negatif bir unsuru olarak düşünülür.

Suçun oluşumuna ilişkin görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin, ceza sorumluluğunu kaldıran neden olarak da adlandırılan hukuka uygunluk nedenlerinde, zıt durumdaki çatışır durumdaki menfaatlerin hangisinin hukuken korunmaya değer olduğunun ortaya konulması istenir. Sorun, gerek yasa koyucu ve gerekse uygulayıcı açısından bakılsın, özel hukuk alanına ilişkin kanunlarda yapılan düzenlemelerde, korunan hukuki değerlerde karşılıklı çıkarların göz önünde tutulması gerekmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri arasında yer alan rıza konusunda üç görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir.³ Birinci görüşe göre, bir hareket, çıkarların karşılıklı değerlendirilmesinde, haklılık lehinde bir sonuç doğurur ise ve aynı hareket, rıza konusuna ilişkin olarak, ceza kanununda yer alan çıkarların karşılıklı değerlendirilmesinde de haklılık lehinde sonuç doğurur ise, rızaya dayalı bu hareket, hukuka uygunluk nedenidir.⁴ İkinci görüşe göre, ceza kanununda yer alan birçok rıza, hukuka uygunluk nedeni değildir. Rıza açıklamaya ehil kişi rızasını açıkladığı zaman, hakkını hukukun korumasına bırakmıştır.⁵ Bu görüş çok az taraftar toplamaktadır. Çünkü İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin düzenlemiş olduğu normatif bir değeri görmezlikten gelmesi nedeniyle kabul edilemez.

² Pedrazzi, C., *Consensus dell'avente diritto in Enciclopedia del diritto*, IX, Giuffrè, Milano, 1961, s. 146.

³ Albegiani, F., *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Giuffrè, Milano, 1995, s. 26.

⁴ Romano, a. g. e., s. 450.

⁵ Albegiani, a. g. e., s. 29 vd.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesi rızayı; ceza kanununda öngörülen diğer ceza sorumluluğunu kaldıran nedenleri içinde kabul etmektedir. Oysa bu görüş taraftarlarına göre rıza açıklaması, tipik fiilin oluşumunu engellemektedir. Son olarak üçüncü bir görüşe göre ise, hukuktaki rıza, diğer hukuka uygunluk sebepleriyle birleştirilmelidir. Bu görüşe göre, birbirleriyle çatışan çıkarların bir kar zarar hesabının yapılmasında, taraflardan birinin çıkarının korunması, diğerinin ise özgürlüğünün korunması konusunda, özgürlüğün korunmasının üstün tutulması gerekir. Ancak bu görüş, konuyu yeterinde açıklayamadığı için eleştirilmiştir.⁶ Rıza konusunu kişi özgürlüğü ile bağlantılı düzenleyen durum bir yana bırakılırsa, menfaatler (çıklarlar), her zaman hukuk düzeni tarafından korunmazlar. Bazen, rıza, özgürlüğün temelinde yer alabilir. Rıza, bir menfaatin korunmasında önemli bir kilit görevi gördüğü ve rızaya aykırı yapılan hareket, korunan hukuki menfaatlere zarar verebildiği için, ceza kanunu bu tür menfaatlere saldırıyı cezalandırmaktadır. Bu durumda rıza, bir hukuksal düzenlemede kişinin kendi kendisini ifade etme özgürlüğüdür.

Yasama faaliyetini ilgilendiren konuda olan ya da olmayan özel hukuka ait bir menfaat, yasa koyucu tarafından düzenlenirken çatışan menfaatler, açıkça değerlendirilir. Eğer, bu zıt menfaatler açıkça konuşulur ve rızanın önemi vurgulanırsa, bir kişinin tehlikeye atılması ya da yaralanmasına, ilgili kişinin rıza göstermesi, hukuka uygunluk nedeni içinde yer alır.

Her ne kadar rızanın hukuksal yapısıyla ilgili karşıt fikirler bir arada bulunsa da, bazı yazarlar rızayı, karşılıklı görüşmeye dayanan bir anlaşma olarak görmekte ve böylece rızayı, 'hukuki işlem' olarak kabul etmektedirler. Çünkü hukuki menfaatlerin düzenlendiği normlarda, failin özgür iradesi korunmaktadır. Bununla birlikte, böyle bir hukuksal fikre önem verilecek olursa, rıza gösteren kişi tarafından açıklanan rıza açıklamasının bağlayıcı olmadığı söylenebilir. Hukuki işlemde, hukuki işlemin yapılmak zorunda olduğu gibi yapıp karşı tarafa ulaştırılması ve işlemin sonuç doğurması her zaman kolay ve basit şekilde olmamaktadır. Eğer gerçek ve tam bir rızaya dayalı görüşme yapılacaksa, o zaman öğretide bir kısım yazarlar rıza açıklamasını, dar anlamda hukuki fiil olarak nitelemektedirler.⁷ Oysa diğer

⁶ Albeggiani, *a. g. e.*, s.40 vd.

⁷ Antolisei, F., *Manuale diritto penale*, Parte generale, 12. baskı, a cura di Conti, L.,

yazarlar, rızayı ceza hukukunun özerk bir hukuksal kurumu olarak nitelendirmektedir.⁸ Bu özerk hukuksal durumda, kişi, hukuki koruma altında olduğu rızasını, özel bir durumda, basit bir açıklama ile kendi isteği doğrultusunda geri alabilir. Öğretide bir kısım yazarlara göre, eğer bir hukuki menfaati tehlikeye atacak veya ona zarar verecek bir durumda, rızanın muhatabı kişinin isteğine bağlı bir teklif sunulursa, muhatap kişi, rızasını açıklayan kişinin rızasıyla bağlı değildir.⁹ Kişiler, bir hakkın kullanımını nedeniyle cezalandırılmayan bir eylem gerçekleştirdikleri takdirde, bu davranışları İtalyan Ceza Kanunu'nun 51. maddesi içerisinde değerlendirilmelidir. İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesi ile 51. maddesi karşılaştırıldığında istenirse, 51. maddenin normatif bir temel olduğunu söylenebilir.¹⁰ Çünkü failin davranışını cezalandıran norma göre, normların çoğunluğu, cezalandırma yetkisini kendisinde toplamaktadır. 51. madde gibi hukuk düzenindeki bir normun varlığı karşısında, kişinin özel hukuka ait bir hakkı korunmakta, fakat kişi, doğrudan korumanın konusu olarak görülmemektedir. Bu durum, hukukta iradenin korunmasından basitçe çıkarılabilir. Bir kere, kişi bir normda kendi rızasını açıklamada yetkili kılınmıştır. Böyle bir düşüncede, kişilere yetki vermeyi düzenleyebilecek normların incelenmesi söz konusu olduğunda İtalyan Medeni Kanun'un 5. maddesine atıf yapılabilir. İtalyan Medeni Kanunu'nun 5. maddesi, kendi içinde, düzenlenen işlemlerin tamamlanmasını ister. Rıza konusuna ilişkin her zaman kişinin fiziksel bütünlüğünün zaafa uğraması sonucu çıkarılmaz. Sağlar arası organ ve doku ile kadavralardaki doku nakline ilişkin rıza açıklamaları konusunda son zamanlardaki konulara da atıfta bulunmak gerekecektir. Gerçekten, mağdurun rızasının göz önüne alındığı durumların karmaşıklığı (çok yönlülüğü) dikkate alınırsa, rıza açıklamasının bütün değişik nitelikleri, her bir olayda, hukuksal düzenlemelere ve ahlaka uygunluğu göz önünde tutulur.

Giuffre, Milano, 1991, s. 253; Montovani, F., *Diritto penale, Parte generale*, 3. baskı, CEDAM, Padova, 1992, s. 231.

⁸ Romano, *a. g. e.*, s. 455; Pedrazzi, *a. g. e.*, s. 145.

⁹ Gallisai Pilo, *a. g. e.*, s. 73 - 74.

¹⁰ Fiandaca, G., Musco, E., *Diritto Penale, Parte generale* 3. baskı, Zanichelli, Bologna, 1995, s. 235; Gallisai Pilo, M.G., *a. g. e.*, s. 74.

II. RIZANIN KONUSU VE SINIRLARI: OLAN VEYA OLMAYAN HUKUKİ MENFAATLER

Rıza, eyleme dönüştürülerek yapılacağı için, hukuk normları tarafından düzenlenen hukuksal bir değere sahip olması gerekir. Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesi, '*... geçerli bir şekilde rızasını açıklayan kişi*' demektir. Bu unsur, hukuki menfaatin kapsamı içinde düzenlenen kişinin özgürlüğünü kabul etmenin önemini ifade etme açısından oldukça önemlidir. Pozitif hukuk, rıza konusunda sınırlamalar getirmiş olsa da, hukuk düzeni bazen menfaatlerin doğrudan doğruya koruyucusudur. Diğer taraftan kişinin kendi isteği doğrultusunda hareket etmesi açısından rıza açıklamasının yapılabilirliğini ilgili kişiye bırakılmaktadır. Gerçekten, eğer yaralama fiili gerçekleşikten sonra rıza açıklanırsa, bu durum, fail için önceden belirlenmiş olan cezanın uygulanması engel olmaz. Kişinin açıklamış olduğu rıza iradesinin etkisi konusunda, bu rızaya dayanılarak işlem yapan kişinin davranışının cezai nitelikteki sonucu, hukuka uygunluk açısından bir değer taşımaz. Buna karşın tipik fiilden önce, rıza açıklaması yapılırsa, suç olan bu fiil, artık cezalandırılmaz. Bu durum dolayısıyla, rıza açıklamasıyla hukuka uygun hale gelen yaralama fiili veya hukuki menfaati tehlikeye atan hareket, hukuksal bir bakış açısından değil, sadece olaysal bir bakış açısından değerlendirilebilir.¹¹ Öğretide ve uygulamada bu konuya ilişkin tek bir bakış açısı yoktur. Kanunda var olan bir hukuksal durumun tanımı konusundaki değerlendirme, eğer aksi bir durum yoksa sırf hukuk düzenindeki normlarda tekrar gözden geçirme yapıldığı zaman gerçekleştirilecekse, rızaya ilişkin sorun aydınlığa kavuşturulamaz. Eğer, var olan hukuktaki tanımlama, somut durumun değerlendirmesinde de daha uygun bir şekilde geliştirilemezse, hukuki sorun çözülemez. Esas itibarıyla 'rıza açıklamasının ceza muafiyeti kapsamına girmesi için açık bir yasal norma başvurulmasına gerek yoktur' görüşü bize uygun gelmektedir. Aksi takdirde, 50. madde anlamsız hale gelir. Çünkü bir hukuksal menfaatin tehlikeye atılması veya zarara uğratılmasında, rıza açıklamasına yer veren tüm mevzuat, failin davranışlarıyla ilişkisi olmayan cezai yaptırımların uygulanması söz konusu olabilir. Dolayısıyla açık bir şekilde, hukuka aykırılık sorunu düzenlenemez, fakat tipiklik içinde düzenlenebilir. Bu görüş kabul edildiği takdirde, rızaya ilişkin görüş, diğer hukuka uygunluk neden-

¹¹ Pedrazzi, *a. g. e.*, s. 140-141.

lerinin varlığı nedeniyle oluşan menfaatlerin karşılıklı değerlendirilmesi görüşüne katılmamayacağı anlamını taşır. Nitekim öğretilerde bir kısım görüş, cezai sorumluluktan kurtulabilmek için de, öyle bir düşüncenin varlığının gerekli olduğu yönünde fikir beyan etmektedir. Bu görüş, gerçekten, hukuk alanındaki rızayı, ceza kanununun önceden hukuka uygunluk sebepleri arasında öngördüğünü ileri süremez. Aynı doğrultuda düşünüldüğünde, hukuk düzeninde, normlar tarafından kabul edilen rızanın konusunu oluşturan hakkın kullanılabilirliği veya kullanılamazlığı bağlamında, kişisel olarak koruma altına alınmayan devlet menfaati olarak hukuki korumanın konusunu oluşturabilir. Örneğin, kamu güvenliği gibi haklar, kişisel koruma altında değil, fakat hukuki koruma altındadır. Çünkü toplumsal sağduyu örneğinde olduğu gibi, bir kişi tarafından oluşturulmadığı için kişiselleştirilemez.¹² Bir tehlikeye maruz kaldıkları veya zarar gördükleri zaman cezalandırılan ve ceza hukuku tarafından korunan hakları ihlal edici fiil, ihlal edici fiil sahiplerinin rızasından bağımsız olarak cezalandırılırlar.¹³ Bu duruma İtalyan Ceza Kanunu'nun 579. maddesinde düzenlenen yaşamın korunmasına dair 'rıza gösteren kişinin öldürülmesini suç sayıp cezalandırılması'na ve kişinin kendi kendine iftira atması (m. 369) veya kendi malını yakması (m. 423 yangın) gibi düzenlemeler örnek gösterilebilir. Kişinin kendi iradesiyle rıza açıklaması halinde, suçlanabileceğine ya da zarara uğrayabileceğine yönelik düzenleme yapılamaz. Oysa özel hayatın gizliliği, ahlaki özgürlük, cinsellik, yaşam hakkı (ötenazi) ve şeref gibi haklar ile kişiliğe ait haklar ve mal varlığı haklarında, rıza açıklamasına hukuksal sonuç bağlanabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, öğretilerde, kişiye baskı uygulanması yoluyla hukuksal menfaatin zarar görmesine, genel ahlak, kamu düzeni veya suç teşkil edecek hareketler konusundan rıza açıklamasının kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir.¹⁴ Soyut veya somut hukuksal menfaatler arasında belirli bir farkı ortaya koyabilmenin zor olmadığı durumlar vardır. Somut olayda, her duruma göre değerlendirme yapmak gerekir.¹⁵ Rıza açıklamasının hukuka uygunluk nedeninin kapsamına girip girmeyeceğinin saptanması gerekir. Hukuk düzeni bakımından, rıza açıklamasının, diğer hukuka uygunluk nedenleri örnek

¹² Pedrazzi, *a. g. e.*, s. 142 – 143; Albeggini, *a. g. e.*, s. 52-53.

¹³ Albeggini, *a. g. e.*, s. 51 vd.

¹⁴ Fiandaca, Musco, *a. g. e.*, s. 231; Pedrazzi, *a. g. e.*, s. 143.

¹⁵ Albeggini, *a. g. e.*, s. 53- 54.

gösterilerek değil, kendi içinde değerlendirilerek, rıza açıklaması yoluyla gerçekleştirilen eylemin, hukuka uygunluk etkisi gösterebileceği kabul edilebilir.¹⁶ Rıza açıklamasının yapılacağı haklar arasına, kişisel özgürlüğü de dâhil edebiliriz. Rıza açıklama hakkına sahip kişi tarafından hukuka uygun biçimde, özgürce, olumlu veya olumsuz yönde rıza açıklamasına, hak sahibi olmayan üçüncü kişiler tarafından sınırlamalar getirilemez. Diğer taraftan fiziksel bütünlük, kişinin rızasıyla önceden sınırlanamaz. Ancak istisnaen Medeni Kanunu'nun 5. maddesinde belirtildiği gibi, daha önceden kişi, kendi fiziksel bütünlüğünün sınırlanmasını, önceden gösterebileceği rızayla sınırlayabilir. Fiziksel bütünlüğün işlevlerini sürekli azaltacak şekilde zarar veren veya genel ahlak ya da kamu düzenini ihlal eder nitelikte rıza açıklaması yasaklanabilir. İtalyan Ceza Kanunu'nun rızaya ilişkin düzenlemesi, Kanun, Anayasa'nın 32. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve sağlık haklarını koruyan düzenlemeyle uyumlu olmalıdır. Gerçekten, 32. maddenin birinci fıkrası '*Devlet, kişi haklarının temeli ve toplumun menfaatleri olarak sağlığı korur*' denilmektedir. Bu düzenleme ile toplum adına tek bir kişiye tekrar şapka giydiren bir durumdan söz edilebilir. Yani, bir kişi sınırsız bir şekilde kendi sağlığı üzerinde özgür şekilde tasarrufta bulunamaz. Çünkü kişinin menfaati toplumun menfaatidir.¹⁷ Kişiler için fiziksel bütünlüğün düzenlenebilmesinin sınırları, iki farklı görüş söz bulunmaktadır. Bunlardan biri, davranışın ihlal ediciliği, ikincisi, bu ihlal edici nitelikteki davranışın özelliği ile ilgilidir. Kişinin sağlığı için olumsuz bir duruma neden olabilecek bir fiile yönelik rızanın, örneğin, fiziksel bütünlüğün sürekli zaafa uğramasına neden olabilecek şekilde kişinin vücuduna dövme yaptırmasında, rıza açıklaması hukuka uygun değildir. Üçüncü kişilerde, örneğin, çehrenin yaralanmasına yönelik rıza; ahlak, kamu düzeni ve kanunda bu duruma ilişkin olumsuz bir ifadeyle sınırlanabilir. Kişinin sağlığına yönelik faydalı bir durumu daha da zenginleştiren bir eyleme dönük rıza hukuka uygun kabul edilir. Örneğin, bir tümörün yayılmasını durdurmak için bir kadının rahminin aldırılması amacıyla kadının rıza açıklaması durumunda veya sağlık koşullarını iyileştirmek için tedavi edici bir muamelede gösterilecek rızada durum söz konusudur. Sonuçta, bu konuda üçüncü kişi lehine fayda sağlayan bir duruma yönelik rıza, cesetteki veya yaşayan kişideki doku naklini ilgilendiren

¹⁶ Albergiani, *a. g. e.*, s. 54.

¹⁷ RIZ, R., *Il consenso dell'avente diritto CEDAM*, Padova, 1979, s. 96.

normlar ışığında değerlendirilecektir. Fiziksel bütünlüğün kısıtlanmasında rıza konusuna girildiğinde, rıza; haysiyet, cinsel ve kişisel özgürlük gibi menfaatlerin düzenlenmesinde tekrar ele alınıp anlamlandırılmalıdır.¹⁸ Bununla birlikte, bu tip düzenlemeler konusunda eleştiri yok değildir. 5. maddenin düzenleniş şeklinin iyi olmadığı konusunda görüşler ileri sürülebilir. 5. maddenin yazılış şekli, organ nakli gibi bir eylemin yapılmasına engel teşkil edebilir ki, bu tip hareketler son zamanlarda sağlık için yararlı kabul edilmektedir. Bu itibarla hukuk normları ışığında yasaya uygun fiiller sınırlandırılmaz. Fakat ne olursa olsun, İtalyan Ceza Kanunu tarafından korunan ve Anayasa'nın 32. maddesinde yer alan sağlığa ilişkin menfaatlerin tehlikeye atılması ya da zarar görmesi durumunu doğurabilecek şekilde kişi için tehlike arz eden fiiller, hukuka uygun kabul edilemez. Bunun için, günlük toplumsal bilincin oluş yönü ve kanun dışındaki toplumsal değerleri göz önüne alan Medeni Kanun'un 5. maddesi göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁹ 5. maddenin daha daraltıcı tarzda uygulanabileceği de söylenmektedir. 5. madde tarafından yasaklanan davranışa, bir kişinin vücudunun bir parçasını ya da tamamını başka bir kişi lehine bağışlaması durumuna imkân verecek şekilde yorum getiren görüş bu tür sözleşmelere hayat verir. Bu gibi durumlarda, kişinin vücudunun bir kısmını veya tamamını bağışlamasına imkân verilmemesini ya da kabul edilmemesini sağlamak için sözleşme göz ardı edildiği zaman, somut durumda çatışan menfaatlerin bir dengelenmesi gerektiğine inanan öğretideki çoğunluk görüşüne göre, Ceza Kanunu'nun 50. maddesine yollama yapmak gerekecektir. Sözü edilen normu göz önüne alan baskın görüş, her zaman doğrulanabilir. Çünkü ilgili hareketler ahlakla, kamu düzeniyle ve kanunla çelişmez yasal durum olarak düşünülmektedir. Bu durum, hukuk düzenin içyapısıyla uygunluk gösteren ilkeyi inceleme gerekliliği nedeniyle ceza hukuku alanında da etkinlik gösterir. Bu hususu, fiile hukukun bir dalında rıza gösterilirse, hukukun bütün alanlarında o konudaki fiile rıza gösterilmesinin gerekliliğini ortaya koyar. Hukuk kuralı haline getirilecek yaşam ve vücut bütünlüğü değerlerinin kapsamının belirlenmesi, bu değerler arasında karşılaştırma yapma imkânını vermektedir. Ancak bu değerlendirmede, çoğu zaman, somut gerçeklik, soyut değerlendirme kadar basit olmamaktadır. Cerrahi müdahalede, müdahale edilecek kişinin gönüllü

¹⁸ Montavani, *a. g. e.*, s. 263.

¹⁹ Albeggiani, *a. g. e.*, s.68-69.

isteği ve şiddet içeren sportif faaliyetlerde, kişilerin fiziksel yönden zarar görmeleri tehlikesini oluşturan her iki davranış, hatta ciddi derecede zarar görme tehlikesine neden olabilecek bu davranışlar, hukuka uygunluk sebebi olarak rıza açıklamasına atf yapılarak açıklanabilir. Diğer taraftan, var olan menfaatlerin sınırlarını belirlemek için, kendisine başvurulabilecek rızaya ilişkin norm düzeyinde bir düzenlemenin bulunmadığı söylenebilir.²⁰ Hukuk düzenindeki normlarda yer alan genel ilkelere ve doğrudan doğruya veya dolaylı olarak hukukun diğer bütün kaynaklarına tekrar başvurulabilecektir. Hukuk normlarındaki genel ilkelerden kastedilen, İtalya’da uygulanan normlardır. Oysaki diğer kaynaklar, doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan kanunlar olabilir, örf ve adet hukukunu göz önünde tutmak gerekebilir. Belirtilim ki, ceza kanununa aykırı yeni görüş yaratma düşüncesi içinde olsa da, örf ve adet asla ceza hukukunun kaynakları arasında yer almaz. Ceza hukukunda kanunilik ilkesi geçerlidir, fakat belirli bir hukuksal menfaatin sınırlarını belirlemek için atf yoluyla örf ve adet hukuksal bir kaynak olarak göz önünde bulundurulabilir.²¹ Her şeyden önce, şiddet içeren sportif hareketler veya cerrahi müdahale gibi yapılan hareketlerde, rızanın bir cezasızlık nedeni olması ya da olmaması istenirse ve bu değerlendirmeye tabi tutulursa, rıza açıklamasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu sonucunu çıkaracak bir normatif ifadenin bulunmadığı hukuksal alanda, bazı yazarlara göre, örf ve adet hukuku göz önüne alınabilir.²² Diğer bir kısım yazarlar, bu düzenlemeye karşı çıkarak, ‘*mademki rıza açıklaması, Medeni Kanun’un 5. maddesinde düzenlenen fiziksel bütünlüğün sürekli azalması konusunda bir kural olduğuna göre ve kanun hükmüne örf ve adet dahil edilemeyeceğine göre, bu durumunda, örf ve adet yolama yapılamaz*’ görüşünü ileri sürmektedirler.²³ Bu görüşte olan yazarlar, örf ve adet kurallarının, genel ahlak kuralları gibi daha geniş ve daha genel bakış açısıyla sınırları değiştirebileceği, incelenen somut durumda, konunun sosyal bilincini tekrar hissettirebileceğini ileri sürmektedirler. Bu yazarların düşüncelerine karşı ileri sürülen bir diğer karşı görüşe göre, rıza; yasal bir düzenleme ile korunan hukuki menfaatin eksiksiz korunması için, başvuru bir unsurdur. Başka bir ifadeyle, korunan hukuki menfaatin bir şekilde ihlalini önle-

²⁰ Rız, a. g. e., s. 90 vd.

²¹ Pedrazzi, a. g. e., s. 141.

²² Rız, a. g. e., s. 90 vd.

²³ Albeggiani, a. g. e., s. 75 - 76, dip not 51.

mek için getirilmiştir. Diğer taraftan fiziksel bütünlük gibi, Anayasa tarafından hüküm altına alınan bir hukuksal menfaatin zarara uğratılmasında rızanın bulunmasını kabul ederken, başka hukuki menfaatlarda kabul etmemenin haklılık payı yoktur. Sportif faaliyette, kişinin kendisini tehlikeye atması halinde, hukuksal açıdan çatışan menfaatlerin kıyaslanması şeklinde bir dengeleme söz konusu olamaz. 5. maddenin öngördüğü sınırların genişletilmesine temel dayanak olarak, örf ve adet hukuku alınamaz. Ancak, hukuk kurallarının temel ilkeleri alınabilir. Bu sorun, her durumda, diğer tıbbi tedavi amaçlı hareketlere ve şiddet içeren sportif hareketlere yayılabilir. Tarihsel ve sosyal içerikli konulardaki bir veride, örneğin, tedavi amaçlı olsun, bilimsel amaçlı olsun, rızanın bulunduğuna yönelik genel görüş, ancak, insan üzerinde yapılacak denemelerin sınırlarının açıkça belirtildiği durumlarda kabul edilebilir.

III. ZAMAN VE GEÇERLİLİĞİN KALKMASI

Rıza, davranışın sonucunda meydana gelen neticeden önce açıklanması gerekir. Açıklanan rıza, neticeden sonra olursa, cezasızlık nedeninden yararlanamaz. Bir kısım yazarlara göre, bu durumda rıza açıklamasından bahsedilemez. Kuşkusuz bu şekildeki rıza açıklaması, hukuksal bir etkiye sahip değildir ve davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.²⁴ Bu yüzden, fiilin tamamlandığı süre zarfında rıza açıklaması kabul edilebilir. Ancak bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, rıza açıklamasının geçerli olabilmesi için, neticenin meydana gelmemiş olması yeterlidir. Başka bir görüşe göre ise, tamamlanmış bir hareketten sonra açıklanan rıza, netice gerçekleşmiş olsa bile cezasızlık nedenidir.²⁵ Hukuksal menfaatin sahibi, kendisini tehlikeye atan veya kendisine zarar veren durumun, sözleşmeye göre açıklamış olduğu rızasına uymadığını düşündüğü zaman, rızasını kaldırabilir.²⁶ Geçersiz kılma, fiilin tamamlanmasından sonra da mümkündür, yeter ki, netice gerçekleşmeden önce rızasından vazgeçmiş olsun. Eğer rıza açıklamasından vazgeçme, rıza açıklamasına dayanılarak işlem yapacak kişilerin, icrai veya ihmali hareketlerine başladıktan sonra olursa, bu kişiler, hareketlerini durdurmak zorundadırlar. Rıza

²⁴ Pedrazzi, *a. g. e.* s. 145.

²⁵ Rız, *a. g. e.*, s. 178 vd.; Romano, *a. g. e.* s. 81.

²⁶ Rız, *a. g. e.*, s. 178 vd; Gallisai Pilo, *a. g. e.* s. 81.

açıklamasından vazgeçildiği ana kadar ki hareketler hukuka uygundur. Fiil yasal olduğu için, davranışları durdurmak mümkün değildir. Böylece kişi, cezalandırılmadığı gibi, vazgeçme, neticenin gerçekleşmesine engel olmaz, yeter ki, neticenin gerçekleşmemesini isteyen kanun olmasın. Bazen, kişisel haklar ve kişisel haklarla ilgili olmayan haklar arasında, vazgeçmenin her zaman mümkün olabilirliliği ile ilgili olarak bir ayırım da yapılabilir. Bu ayırım, maddi anlamda ceza kanunu dışında yürürlükte olan normlarda olur.²⁷ Vazgeçme, rıza açıklamasının yapılış biçimi gibi, açık veya zımni irade açıklamasıyla olabilir. Gerçekten, zımni şekilde rıza açıklamasından, açık şekilde vazgeçme mümkün olabildiği gibi, açık şekilde rıza açıklamadan, zımni şekilde vazgeçme de mümkün olabilir. Eğer rıza, belirsiz koşullarda ya da belirli bir olaya ilişkin açıklanmışsa, zımni vazgeçmenin bulunup bulunmadığı konusunda, bilirkişi görüşü istenir. Zımni vazgeçme ne bir ifade açıklamasıyla ne de tek anlama gelen nesnel bir davranışla yapılabilir. Şayet ele alınan rıza konusundaki koşullarda eksiklik olursa, genel kabul gören çözüm olumlu düşüncedir. Fiili koşulların değişimi, rızanın açıklanmasının temeli olan iradesinin oluşumunu engelleme-yeceği kabul edilir.²⁸

IV. AÇIK VE ZİMNİ RIZA AÇIKLAMASI

Rızanın sonuç doğurması için, özel bir açıklanış biçime gerek yoktur. Rıza konusunda, doğrudan doğruya rızaya yönelik iradenin açıklanması gerektiğini benimseyen görüşe göre, kişinin rıza yönünde iradesi yeterlidir. İradenin mutlaka dışarıya yansıtılmasına gerek olmayıp, kişinin bilincinde olması yeterlidir.²⁹ Burada önemli olan, rıza iradesinin, rıza iradesini açıklamaya yetkili kişi tarafından açıklanmış olmasıdır. Sorun, usule ilişkin bir temele oturtulabilir. Sadece rızanın varlığının olmadığını kanıtlamak gerektiğinde, bu kanıtlamanın yapılacağı zamanda bile rızanın varlığı konusuna değinilir. Rıza iradesinin etkisini gösterebileceği zaman, rızanın ispatının yapılacağı zaman olarak düşünülür. Fiilin gerçekleştiği zamanda, rızanın kabul edilebilecek açık bir biçimde ifade edilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu amaçla, ansızın oluşan durumlarda, hukuksal menfaati teh-

²⁷ Gallisai Pilo, *a. g. e.*, s. 81.

²⁸ Rız, *a. g. e.* s. 457.

²⁹ *A. g. e.* s. 171; Pedrazzi, *a. g. e.* s. 149.

likeye atılan veya zarar gören kişinin, bu ansızın oluşan durumlarda rızasının var olduğunun ispatlanabilir olması, göz önüne alınıp değerlendirilmelidir. Aynı sonuç, bir rıza açıklaması varsa da çıkarılabilir. Fakat gerçekte, kişinin davranışlarından veya diğer unsurlardan rızanın bulunmadığı sonucuna varılırsa, rıza açıklaması bir yanlılık sonucunda olduğu kabul edilir. Yani, kişinin isteyerek gerçekleştirdiği irade, gerçeğin tam tersidir. Bu görüş desteklendiğinde, rıza; irade beyanının nesnel bir davranışta somutlaşması halidir. Bu durumda, rıza, kişinin içsel dünyasını ilgilendirmektedir. Rıza ile hareket arasında zıtlığın bulunması durumunda, korunan hukuki menfaatin tehlikeye atılmasına veya zarar görmesine imkân vermeyen rıza açıklamasının, iradeye uygun yapıldığı söylenebilir. Rıza konusuna suçu üç unsura ayırarak bakılacak olursa, rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak, iki unsura ayırarak bakılacak olursa, objektif unsur yokluğu şeklinde ele alınabilir. Rızanın objektif önemi, etkilerini kişi tarafından yapılan bir beyanattan bağımsız olarak da gösterebileceği şeklinde belirtilir. Rızanın, objektif olarak da anlaşılabilmesi fikrini savunanlar bulunmaktadır.³⁰ Bu görüşe göre, kişinin içindeki iradesinin ispatı yeterli değildir. Bu iradenin bulunduğu objektif unsurlarla da desteklenmelidir. Rızanın varlığı, sözleşme mantığı içinde, bir iradesi açıklaması şeklinde, tanımlanabilir.³¹

Temsilciye rıza, sözle açıklandığında veya açığa vurulduğunda, bu durum, doğrudan doğruya bir üçüncü kişi vasıtasıyla, bir iletişim yazısıyla veya isteği etkili bir şekilde gösteren bir fiille yapıldığı zaman, *'açıklama tarzında'* rızadan bahsedilir.³² Oysa zımni rıza, zıt ilkelere çıkarılabilir. Bir başka ifadeyle, hukuk alanında tek anlama gelen objektif bir davranıştan oluşan fiili bir durumla olası uyuşmazlık karşılaştırıldığında, rızanın var olduğu düşünülür. Bu durumdan, hukuksal menfaat sahibi kişinin, rıza açıklamada istekli olduğu sonucu çıkarılır.³³

³⁰ Romano, *a. g. e.*, s. 456.

³¹ Delogu, *a. g. e.*, s. 276.

³² Rız, *a. g. e.*, s. 174 -175.

³³ Delogu, *a. g. e.*, s. 281.

V. RIZA AÇIKLAMASININ SEBEBİ VE KONUSU

Üzerinde rıza açıklaması yapılacak sözleşmenin türü, rıza açıklanamayacak bir konuya ilişkin ise, rızayı kabul etmeme bir sebebe dayanmak zorunda değildir. Yani, rızanın bir sosyo-ekonomik işleve sahip olması gerekmez. Suçsuzluk kapsamına girmesi için kişinin isteği yeterlidir.³⁴ Rıza gösteren kişinin amacıyla ilgili olarak, rıza gösterilen konunun ahlaka, kamu düzenine ve kanuna aykırı olması halinde, rıza açıklamasının kabul edilmemesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir.³⁵ Medeni Kanun'un 5. maddesine bu açıdan bakılamaz. Rıza açıklamasının yapıldığı konu; kanuna, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmaması gerektiği, eğer aykırı olduğu zaman, cezai sorumluluğun doğacağı düşüncesinin kabulü için, normun yazılışına bakmak gerekecektir. 5. maddeyle zıt bir düzenleme geçersiz ve etkisiz olacaktır. Yani, sonuç doğurucu nitelikte değildir. Çoğunlukla yasaklama, kişinin işlediği fiillerin ahlaka, kamu düzenine ve kanuna aykırı olduğu durumlardır. Buradaki yasaya aykırılıktan maksat, hukuksal düzenlemeye göre, geçersiz rıza açıklamasıdır. Medeni Kanun'un 5. maddesinde belirtilen sınırlar, sonuçta, rıza konusu menfaatin mevcudiyetiyle ilgilidir. Bu yüzden, 5. maddenin sınırladığı konular, failin önceden tasarladığı gizli amaçlar veya insanların ahlaki görünüşlerinin altında yatan düşünce değildir.

³⁴ RIZ, *a. g. e.*, s. 55; Pedrazzi, *a. g. e.* s. 148 -149.

³⁵ Pedrazzi, *a. g. e.*, s. 148 -149.

ÜLKEMİZDE VE MUKAYESELİ HUKUKTA MAĞDURA YARDIM

Vehbi Kadri KAMER*

I. Giriş

1980'li yılların başında, Amerika'da ve Avrupa'da suç oranlarının artması, ceza adalet sistemindeki yetersizlikler ve suçun mağdurlar üzerine olan olumsuz etkilerine karşı mağdur hareketleri gelişmiştir. Amerikan yaklaşımı "*mağdur hakları*" ekseninde gelişirken Avrupa'daki yaklaşım "*mağdur hizmetleri*" yönünde olmuştur.¹

II. Dünya Savaşı sonrasında, Japonlar ile Amerikalılar, mağdura yardım konusunda çalışmalara başlamışlardır. Bu çalışmalar sonunda, mağdur bilimi adıyla yeni bir kavram ortaya çıkmıştır. Bu bilim, kriminal psikolojinin bir bölümünü oluşturmaktadır.²

Avrupa'da ise mağdura yardım konusundaki çalışmaların otuz yıl önce başladığı görülmektedir. Bu çalışmalar başlamadan önce mağdurlar sadece mahkemelerde tanık veya taraf sıfatıyla bulunmaktaydı. Yapılan çalışmalar ile artık mağdur, hukuki destek ile psiko-sosyal destek alabilmektedir.

Son yıllarda ceza hukukunda mağdurun korunması konusu, hukuk alanında ön plana çıkmış, bu konu üzerinde çok sayıda çalışma yapılarak özel kanunlar çıkarılmıştır. Ceza hukuku alanında mağdurun korunması denildiğinde; başta mağdurun bilgi alma hakkı olmak

* Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanı

¹ Bahar, İbrahim, Halil, Mağduriyet Bilimi, Mağduriyetin Etkisi ve Mağduriyete Yönelik Çalışmalar, *Suç Mağdurları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006, s. 2.

² Kamer, Vehbi Kadri, 26-29 Şubat 2008 Tarihleri Arasında Avusturya'ya Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, 28 Şubat 2008 tarihinde emekli hakim, Weisser Ring Başkanı Jesionek ile yapılan görüşme, rapor yayımlanmamıştır.

üzere, kişiliğinin korunması, suçtan doğan mağduriyetinin giderilmesi anlaşılmaktadır.³

Bu açıklamalar kapsamında suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi konusunda iki yöntem benimsenmiştir. *Birinci yöntem*, yargılama dışı fail mağdur uzlaşma yöntemidir. Uzlaşma yöntemi ile mağdurun manevi ve maddi zararı karşılanmakta, ihtilafın yargı dışında çözümü sağlanmakta, fail açısından fiilin haksızlığını ve sonuçlarını görebilme olanağı vermektedir. *İkinci yöntem ise*, ceza muhakemesi çerçevesinde mağduriyetin giderilmesidir. Bu yöntemde klasik ceza muhakemesi söz konusu olup, failin suçtan zarar görenin mağduriyeti ortadan kaldırdığı ölçüde hüküm açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının ertelenmesi gibi haklara sahip olmaktadır.⁴

Bu makalede; ceza adalet sistemi bakımından çok önemli bir alan olan mağdura yardım konusu, mağdur ve suçtan zarar gören kavramı, mağdura yardım konusunda uluslar arası çalışmalar, Ülkemizde mağdura yardım, mukayeseli hukukta mağdura yardım, Avrupa ülkelerinde mağdura yardım ve maliyeti konusunda istatistikî bilgiler ve değerlendirme başlıkları altında açıklanacaktır.

II. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Kavramı

Suçtan zarar gören ve suç mağduru ifadeleri öğretide farklı kavramlar olarak kabul görmektedir. *Suçtan zarar gören*, suç sayılan eylem sonucunda, hukuk düzeni tarafından korunan yararı, zararı ya da tehlikeye uğratılan kişiyi belirtmektedir. *Suç mağduru*, suç sayılan eylem kimin üzerinde yapılmış ise o kişiyi ifade etmektedir. Suçtan zarar gören kavramı, suç mağduru kavramını içine almaktadır.⁵

Milana'do toplanan Suçluların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine 7. Birleşmiş Milletler Kongresi tarafından kabul edilen ve Genel

³ Özbek, Veli Özer, *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Doktora Tezi, Danişman Öztürk, Bahri, İzmir, 1995, s. 21, <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm>, 17 Mart 2007, saat:16:54.

⁴ a. g. e., s. 28.

⁵ Dönmez, Sulhi, Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt:2, İstanbul, 1986, s. 461, aktaran, Uruşak, Uğur, *Suç Mağdurunun Korunması*, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992, s. 2. aktaran, Kamer, Vehbi Kadri, *Denetimli Serbestlik Kararlarının İnfazı*, Adalet yayınevi, Ankara, 2007, s. 661.

Kurul'un 29 Kasım 1985 tarihli ve 40/34 kararında ifade edilen mağdur kavramı; "yürürlükte bulunan ceza kanunlarının eylem veya ihmâl yoluyla ihlâl edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dahil olmak üzere manevî acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları esaslı bir biçimde zayıflayan ve bu surette zarar gören kimse" olarak tanımlanmıştır.⁶

III. Mağdurlara Yardım Korusunda Uluslararası Çalışmalar

Mağdura yardım konusundaki uluslararası dört başlık altında inceleyebiliriz.

A. Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkındaki Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 27 Sayılı Tavsiye Kararı⁷

"Avrupa Konseyi'nin 1977 tarihli tavsiye kararında, suçtan zarar görenin herhangi bir şekilde yardım alamaması halinde Devlet;

- a. Suç sonucu bedenen ciddi olarak yaralanan kişiye,
- b. Böyle bir suç dolayısı ile ölen kişinin bakmakla yükümlü olduğu kimselere,

tazminat ödenmesinde katkıda bulunmalıdır.

Bedensel yaralanmaya yol açan suçlarla ilgili olarak kasten işlenen suçlar dolayısı ile sanık hakkında kamu adına takibat yapılmasa dahi mağdurun en azından tazminat alması sağlanmalıdır."

⁶ Bacanlı, Mehmet Rifat, Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunması, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, master tezi, Ankara, 2007, s. 5, <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm>, 17 Mart 2007, saat:16:54.

⁷ Özbek, Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Doktora Tezi, Danışman Öztürk, Bahri, İzmir, 1995, s. 77, <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm>, 17 Mart 2007, saat:16:54.

B. Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁸

Onüç maddeden oluşan ve 1983 tarihinde kabul edilen Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi, devletlerin başka kaynaklarından tazminat ödemesinin mümkün olmadığı durumlarda, kasıtlı bir şiddet suçu nedeniyle bedenen ciddi olarak yaralanmış veya sağlıkları bozulmuş mağdurlara ve bu suçlar nedeni ile ölen kişilerin bakmakla yükümlü oldukları kişilere tazminat ödenmesine yardımcı olması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Bu halde tazminatın olayın niteliğine göre;

- a. Kazanç kaybını,
- b. Bakım ve hastahane masrafları, cenaze masraflarını,
- c. Ölen kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişilerin bakım masraflarını

karşılıamaktadır. Ancak tazminat talebinde bulunan kişinin mali durumuna göre; tazminatın miktarı azaltılabilmekte veya talep kabul edilmeyebilmektedir.

Mağdurun veya tazminat talebinde bulunan kişinin; suçun işlenmesinden önceki, sırasındaki veya sonrasındaki davranışları, örgütlü suçla ilişkisi, hakkaniyet veya kamu düzenine aykırılık halleri dikkate alınarak tazminatın miktarı azaltılabilmekte veya talep kabul edilmeyebilmektedir.

⁸ Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi, <http://www.avrupakonseyi.org.tr/>, 8 Mart 2008, saat:20;24.

**C. Ceza Muhakemesi Hukukunda
Mağdurun Hukuki Durumunun İyileştirilmesine İlişkin
Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin
11 Sayılı Tavsiye Kararı⁹**

11 numaralı tavsiye kararı üye ülkelere altı ayrı alanda aşağıda belirtilen ölçülere göre uygulamalarını gözden geçirmelerini tavsiye etmektedir. Bunlar;

Polis'in; mağdurlara yaklaşımı konusunda eğitimi, mağdurun polisten yardım alabilmesi, hukuki mevzuat konusunda bilgi alması,

Kovuşturma aşamasında; mağdur aksını beyan etmedikçe kovuşturma ile ilgili nihai karar hakkında bilgilendirilmesi,

Mağdurun ifadesinin alınmasında; her aşamada kişisel durumunun ve haklarının göz önünde bulundurulması,

Dava aşamasında; duruşmanın tarihi, yeri ile davanın sonucunun bildirilmesi,

Uygulama aşamasında; cezai yaptırımın tazminat olması halinde mağdura tahsilâta yardımcı olunması,

Mahremiyetin korunmasında; soruşturma ve kovuşturma ile ilgili bilgilendirme, aşırı bir biçimde özel hayatını etkileyecek şekilde aleniyetten korunması,

Mağdurun özel korunmasında; gerekli hallerde mağdurun ve ailesinin suçludan korunması sağlanmalıdır.

⁹ Ceza Yargılamasında İşbirliğinin Geliştirilmesi, EGM Katalog No: 339, Asayiş Daire Başkanlığı Yayın No: 11, Ankara, 2005, s. 250-252, aktaran, Yılmaz Zekeriya, Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları, Davaya Katılma, Yargılama Giderleri İle Mağdurun veya Suçtan Zarar Hukuk Muhakemelerinde Açabileceği Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 29.

D. Mağdura Yardım Edilmesi ve Mağduriyetin Önlenmesi Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 21 Sayılı Tavsiye Kararı¹⁰

"Bu kararda;

- a. Mağduru koruma programları ve bu konuda yapılacak araştırmaları desteklemek,*
- b. Mağdurun korunması ve ihtiyaçları hakkında kamuoyunu bilinçlendirmek,*
- c. Mağdura yardım edebilecek kamu ve özel hizmetleri tanımlamak,*
- d. Özellikle savunması durumda olan mağdur ve aileleri için faile karşı koruma, tıbbi, psikolojik, sosyal ve maddi yardım sağlamak,*
- e. Fail ve mağdur arasındaki uzlaşmayı sağlamaya ilişkin projeleri teşvik etmek*

tavsiye edilmiştir."

E. Birleşmiş Milletler Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Deklarasyonu¹¹

26 Ağustos ile 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da toplanan Suçluların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine 7. Birleşmiş Milletler Kongresi tarafından kabul edilmesi tavsiye edilen ve Genel Kurulu'nun 29 Kasım 1985 tarihli 40/34 sayılı kararıyla kabul edilen mağdur hakları dört başlık altında incelenebilir. Bunlar;

- a. Ceza muhakemesinde adil işlem hakkı,
- b. Meydana gelen zararlı durumun eski hale iadesi hakkı,
- c. Meydana gelen zararın tazmini hakkı,
- d. Yardım ve uygun tedavi hakkıdır.

¹⁰ Özbek, Veli Özer, *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Doktora Tezi, Danışman Öztürk, Bahri, İzmir, 1995, s. 83, <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm>, 17 Mart 2007, saat:16:54.

¹¹ Bacanlı, Mehmet Rifat, *Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunması*, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Master Tezi, Ankara, 2007, s. 61, <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm>, 17 Mart 2007, saat:16:54.

IV. Ülkemizde Mağdura Yardım

Ülkemizde mağdura yardım konusunu; soruşturma ve kovuşturma aşamasında mağdura hakları ile koruma kurullarınca mağdura yapılan yardım olmak üzere iki başlıkta inceleyebiliriz.

A. Soruşturma ve Kovuşturma Aşamasında Mağdura Hakları

Soruşturma ve kovuşturma aşamasında mağdura hakları on sekiz başlık altında açıklanabilir. Bu haklar;

a. El koyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilmektedir.

b. Suçtan zarar görenin vekili, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilmekte ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilmektedir. İddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilmekte; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilmektedir.

c. Adli kontrol tedbiri olarak, Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine hakim tarafından miktarı ve ödeme süreleri belirlenecek paranın suç mağdurunun haklarının güvence altına alınması amacıyla ayrı veya kişisel güvenceye bağlanabilmektedir.

d. Cumhuriyet Savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde *“kovuşturmayaya yer olmadığına”* karar verilmesi halinde bu karar suçtan zarar görene bildirilmektedir.

e. Mahkemece tanık veya bilirkişilerin dinlenmesi için belirlenen gün, suçtan zarar görene ve vekiline bildirilmektedir.

f. Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilmektedir.

g. Duruşma sırasında şikâyeti belirten ifade üzerine, suçtan zarar görenden davaya katılmak isteyip istemediği sorulmaktadır.

h. Mağdur veya suçtan zarar gören, davaya katıldığında, mahkemen istemesi halinde baro tarafından bir avukat görevlendirilmektedir. Mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmamaktadır.

i. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 271. maddesinde belirtilen suçlarda, mağdur veya suçtan zarar gören uzlaşma yoluna gidebilmektedir.

j. Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda, kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar görenin vazgeçmesi davayı düşürmektedir.

k. Hapis cezasının ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilmektedir.

l. Keşif yapılması sırasında, mağdur ve vekili hazır bulunabilmektedir.

m. Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam olunmaktadır.

n. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir.

o. Mağdurun, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmemesi halinde mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilmektedir.

p. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir.

q. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması durumu hariç olmak üzere, işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilmektedir. İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan di-

ğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulmaktadır.

r. Denetimli serbestlik ve yardım ile koruma hizmetlerinde görev alanlar; suçtan zarar gören ve ailesi hakkında öğrenmiş olduğu bilgilerin gizliliğini korumak zorundadır.

B. Koruma Kurullarınca Mağdurlara Yapılan Yardım

Koruma kurullarınca mağdurlara yapılan yardım konusu üç başlık altında incelenebilir.

1. Koruma Kurullarının Kuruluşu

20 Temmuz 2005 tarihli ve 25881 sayılı *Resmî Gazete'* de yayımlanarak yürürlüğe giren 3 Temmuz 2005 tarihli ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren 18 Nisan 2007 tarihli ve 26497 sayılı Resmî Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Yönetmeliği 133 adalet komisyonunun bulunduğu yerde koruma kurulları oluşturulmuştur.¹²

2. Koruma Kurulu Üyelerinin Oluşumu

Koruma kurulları; Cumhuriyet Başsavcısının veya görevlendireceği Cumhuriyet Başsavcı vekili ya da Cumhuriyet Savcısının başkanlığında oluşturulmuştur. Koruma kurulu üyelerinin; bir kısmı 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu gereğince bulunması zorunlu üyelerden, diğer bir kısmı da Cumhuriyet Başsavcısının takdirine bağlı olarak kurula kabul edilebilecek üyelerden oluşmaktadır.¹³

Gerek 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu, gerekse Cumhuriyet Başsavcısının takdirine bağlı olarak koruma kurullarında görev alacak üyeler dışında Cumhuriyet Başsavcısının onayı ile kişi veya kurumların temsilcileri koruma kurulu toplantılarına katılımcı olarak davet edilebilecek veya

¹² Kamer, Vehbi Kadri, *Denetimli Serbestlik Kararlarının İnfazı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, Birinci Baskı, s. 663.

¹³ a. g. e., s. 650.

katılımcı olarak katılmayı isteyenlerin talepleri kabul edilebilecektir. Amaç toplumun desteğini en üst seviyede alabilmektedir.¹⁴

133 merkezde kurulan koruma kurullarında 2.224 üye görev yapmaktadır. Üyelerin, 1.384'ü kamu kurumlarında, 843'ü sivil toplum kurumlarında görev yapmaktadır.

3. Koruma Kurulunun Görevleri

Denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü veya bürosu tarafından koruma kurulluna iletilen;

a. Suçtan zarar gören kişilerin suç nedeniyle karşılaştıkları, sosyal, ekonomik ve psikolojik sorunların çözümünde yardımcı olmak.

b. Ceza infaz kurumlarından salıverilen hükümlülerin;

aa. Meslek veya sanat edinmelerinde,

bb. İş bulmalarında,

cc. Sanat sahibi olanlar ile tarım işletmeciliği yapmak isteyenlere araç ve kredi sağlanmasında,

dd. İşyeri açmak isteyenlere yardım edilmesinde ve karşılaştıkları diğer güçlüklerin çözümünde

yardımcı olmak.

c. Ceza infaz kurumundan salıverilen çocuk ve genç hükümlülerin, öğrenimlerine devam etmelerini sağlamaya yönelik her türlü tedbiri almak; salıverilen diğer hükümlülere de bu konuda yardımcı olmak.

d. Suçtan zarar gören veya ceza infaz kurumundan salıverilen hükümlülere öğrenimlerine devam etmelerini sağlamaya yönelik denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü tarafından hazırlanan projeleri görüşmek ve karara bağlamak.

e. Mevzuatla verilen diğer görevleri yapmak.

4. Koruma Kurullarının Çalışma Usul ve Esasları

Koruma kurullarına; suçtan zarar görenlerin kendisi ya da kanunî temsilcisi veya avukatları başvurabilecektir. İlgililer başvurularını,

¹⁴ a. g. e., s. 650.

yerleşim yerindeki denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğü veya bürosuna yapmalıdır. Dilekçeye, başvuru konusu ile ilgili belgeler eklenmelidir.

Başvuru, koruma kurulları defterine kaydedilmektedir. Başvuruda; başvuruyu yapan kişinin kimlik bilgilerini gösterir belge, yerleşim yeri belgesi, suçtan zarar gören kişiler bakımından kesinleşmiş mahkeme kararı veya soruşturma veya kovuşturma evresinde ilgili merciin yazısı, talep konusu dikkate alınarak ekonomik durumunu gösteren belgeler ile denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğünce gerekli görülen diğer belgeler istenmektedir.

Talep sahibi ile yüz yüze görüşme yapılarak ihtiyaç duyduğu yardım belirlenmektedir. Bu kapsamda, denetleme memuru tarafından koruma kurulu başvuru değerlendirme formu düzenlenmektedir. Form doldurulduktan sonra ilgili adına dosya açılmakta ve bu dosya en yakın koruma kurulu toplantı gündemine alınmaktadır. Koruma kurulu toplantısında suçtan zarar görene yapılacak yardım belirlenmektedir.

V. Mukayeseli Hukukta Mağdura Yardım

Amerika Birleşik Devletleri'nde tüm eyaletler, suçlu tarafından mağdura zarar tazminatı verilmesini ve ceza mahkemelerince hüküm altına alınmasını sağlayan yasaları kabul etmişlerdir.¹⁵ Bu kapsamda, Restitution ve Diversion uygulamaları yapılmaktadır. *Restitution* mağdurun zararının fail tarafından tazmin edilmesi esasına dayanmaktadır. *Diversion*, suçun kovuşturulmasında polis veya savcının takdir hakkını kullanarak eylemi ceza sisteminin dışına çıkarması anlamına gelmektedir.¹⁶

İngiltere'de, ceza davaları ile birlikte mağdurun zararlarının gideriminin hüküm altına alınması olanaklıdır. "*Criminal Justice Act*" ile

¹⁵ Joutsen, Matti, Shapland, Joanna, *Report On An Hoc Working Group Meeting*, Heuni Publucation Series No:16, Helsinki, 1989, s. 4-5, aktaran, Uruşak, Uğur, *Suç Mağdurunun Korunması*, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992, s. 2.

¹⁶ Bacanlı, Mehmet Rifat, *Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunması*, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Master Tezi, Ankara, 2007, s. 75, <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm>, 17 Mart 2007, saat:16:54.

mağdurun zararlarının suçludan alınmasının para cezaları gibi karar altına alınması sağlanmış, ayrıca ceza mahkemesi mağdurun zararlarının suçlu tarafından karşılanması konusunda karar vermemişse, bunun gerekçelerinin kararda belirtilmesi zorunlu duruma getirilmiştir.¹⁷

Fransa'da, 1977 yılında yürürlüğe giren bir kanun ile suçtan zarar gören mağdurlara devletin tazminat ödemesi kabul edilmiştir. Ödemelerde, kasden işlenen eylemlerden doğan zararlar ve mağdurun durumu dikkate alınmaktadır.¹⁸

Almanya'da, Alman Ceza Kanunu'nun "*Fail ve Mağdur Arasında Arabuluculuk, Verilen Zararın Tazmini*" başlıklı 46 (a) maddesinde:¹⁹

"Fail;

1. Uzlaşmak için samimi bir çaba harcayarak, işlemiş olduğu suçun neticelerini tamamen veya büyük ölçüde tazmin ederse ya da tazmin etmek için ciddî olarak gayret ederse,

2. Çok fazla kişisel çaba gösterilmesinin ya da bazı fedakârlıklar yapılmasının gerekli olduğu durumlarda, mevcut zararı tamamen veya büyük ölçüde giderirse,

3. Mahkeme 49. maddenin 1. paragrafına dayanarak cezayı hafifletebilir ya da bir yıla kadar olan hapis cezalarında veya üç yüz altmış günlük çalışma ücretine kadar para cezalarında ceza vermekten imtina edebilir" hükmü bulunmaktadır.

2001 yılında kurulan ve merkezi Stuttgart olan "*Landesstiftung Opferschutz-Weissen Ring*" isimli dernek, mağdurların haklarını korumak,

¹⁷ Shapland, Joanna, *Producing Change For Victims In The Criminal Justice System The U.K Experience*, Heuni Publication Series No:16, Helsinki, 1989, s. 171., aktaran, Uruşak, Uğur, *Suç Mağdurunun Korunması*, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992, s. 14.

¹⁸ Akdemir, Süleyman, *Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması*, İzmir, 1988, s. 7, Uruşak, Uğur, *Suç Mağdurunun Korunması*, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992, s. 20.

¹⁹ German Penal Code § 46a (<http://www.iuscomp.org/gla/index.html>), aktaran, Özbek, Mustafa, *Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması*, <http://www.google.com.tr/search?hl=tr&q=%22Denetimli+Serbestlik+%28+Probation%29%22ta>, 2 Kasım 2006, saat 07:17.

savunmak ve danışmanlık hizmeti vermek amacıyla faaliyete geçmiştir. Derneğin faaliyetleri arasında²⁰:

- a. Mağdurun zararının derecesine göre maddi finanssal destek sağlamak.
 - b. Mağdura ücretsiz olarak hukuki danışmanlık yapmak,
 - c. Ücretsiz olarak tanık ve mağdura avukat temin etmek,
 - d. Zarar uğramış olan mağdur ve tanıklara, ücretsiz olarak psikolojik destek sağlamak,
 - e. Mağdur ve tanıkların duruşmalarında destek vermek üzere gönüllü olarak katılmak,
 - f. Mahkeme aşamasının nasıl seyredeceği hakkında danışmanlık hizmeti vermek,
 - g. Zarar gören mağdurun aynı zamanda ceza alması durumunda, geride kalan eş, çocuk ve yakınlarına yardımcı olmak,
 - h. Sağlık Sigortası olmayan mağdura yönelik maddi yardım sağlamak,
 - i. Mağdurlara yönelik www.landesstiftug-opferschutz.de web adresi üzerinden hukuki yardımda bulunmak
- yer almaktadır.

Finlandiya'da, mağdurların çok güçlü bir konumda bulunduğu olduğu görülmektedir.²¹ Suç failinin yakalanamadığı veya yargının önüne çıkarılamadığı durumlarda, mağdurun tazminat elde edememesi nedeniyle zarara uğramaması amacıyla, Finlandiya, Avrupa'da ilk olarak 1973 yılında bir özel yasa çıkarmış ve böyle durumlarda mağdura devlet tarafından tazminat ödenmesi esasını benimsemiştir. Fin Mağdur Koruma Yasası, bu konuda dünyadaki en ayrıntılı ve kapsamlı yasalardan biri olarak dikkat çekicidir. Yasa, herhangi bir suçtan doğan bütün bedensel yaralanma durumlarını kapsamaktadır. Bedensel

²⁰ http://www.isbpmio.edu.tr/makale_re_02.asp, 2.3.2008, saat:17:40.

²¹ Joutsen, Matti/Lahti, Raima, Finland Criminal Justice Systems in Europe and North America (HEUNİ; European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nation), Helsinki 1997. (9. Plan AHÖİK raporundan naklen.) aktaran ÖZOK, Özdemir, 2006-2007 Yargı Yılı Açılış Konuşması, Yargıtay Dergisi, Ekim 2006, Cilt:32, Sayı:4, s. 504.

zarar gören kişiler, tıbbî tedavi ve ilgili diğer giderlerini, sakatlanmasını ve iş göremezliğini; hatta gözlük ve giyim eşyası gibi zati eşyaya verilen zararlarının da tazminini devletten isteme hakkına sahiptirler. Bunun yanında, işveren, bedensel zarara uğramış olan çalışanına, işine gelemediği günler karşılığında yapmış olduğu ödemeleri, devletten isteyebilir. Herhangi bir kurum veya kuruluş mensubu kişi tarafından verilen malvarlığı zararları veya bu zararların mağdur üzerinde büyük bir yük doğurduğu durumlar da Mağdur Koruma Yasası'nın kapsamına alınmıştır.²²

Fin Mağdur Koruma Yasası'nın uygulama alanına, mağdur veya suç failinin uyuşuna bakılmaksızın Finlandiya'da işlenen her türlü suç girmektedir. Yine, suç mağduru, Finlandiya'da bir yerleşim yeri olduğu takdirde, yurt dışında işlenen suçlardan dolayı çektiği bedensel zararı devletten isteme hakkına sahiptir.²³

Avusturya'da, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesinin (g) bendinde;

“Eğer sanık, suçun (filin) sorumluluğunu üstlenmeye ve bunun nedenlerini etraflıca incelemeye razı ise, eğer suçun sonuçları varsa bu sonuçları duruma uygun şekilde telafi eder ve özellikle suçtan kaynaklanan zararı telafi eder veya başka şekilde suçun sonuçlarının telafisine katkıda bulunursa ve suça neden olmuş davranışlarda gelecekte bulunmamaya razı olduğunu belirten yükümlülükleri gerekirse üstlenirse, savcı 90a numaralı maddenin koşulları gereğince o suçun takibinden vazgeçebilir.

Mağdur (zarara veya haksızlığa uğramış olan) buna razı ise, suç konusunda mahkeme dışı bir uzlaşma teşebbüsüne dahil edilmelidir. Bir uzlaşmanın yapılması – ceza davasında göz önünde bulundurulması gerekmeyen nedenlerden dolayı rızasını vermeyi reddetmedikçe – mağduru rızasına bağlıdır. Haklı olan menfaatleri mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. (madde 90i)

Savcı, mağdura ve sanığa suç konusunda bir mahkeme dışı uzlaşma yapılabileceği hakkında ve 90i ile 90j maddelerinin anlamına göre bilgi vermesini ve böyle bir uzlaşmaya varma için teşebbüslerinde onlara yol göstermesini ve onları desteklemesini bir uzlaştıricıdan talep edebilir (Topluma Uyum Sağlama Yardımı Yasasınının 29a maddesi).

²² Özok, Özdemir, “2006-2007 Yargı Yılı Açılış Konuşması”, *Yargıtay Dergisi*, Ekim 2006, Cilt:32, Sayı:4, s. 504.

²³ a.g.e., s. 505.

Uzlaştırıcı, uzlaşma şartlarını savcılığa bildirmeli ve bu şartların yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmelidir. Sanık yükümlülüklerini en azından -diğer davranışları da göz önünde bulundurunca- uzlaşma şartlarına gelecekte de uyacağı beklentisini mümkün kılacak derecede yerine getirdiği zaman veya bir uzlaşma yapılacağını beklemenin artık yersiz olduğu zaman uzlaştırıcı, bir sonuç raporu yazmalıdır.”

hükmü getirilmiştir.

Avusturya’da mağdurlara yardım birkaç kurumun işbirliği içinde yapılmaktadır. Anayasaya göre, mahkemelerce verilen mahkûmiyet kararlarının uygulanmasında Adalet Bakanlığı tek başına sorumlu bulunmamaktadır. Adalet Bakanlığı, ceza kanununun uygulanmasında, İçişleri Bakanlığı önleyici kolluk hizmetlerinde, Kadınlar Bakanlığı kadınlara karşı, uygulanan şiddet konusunda çalışmalar yapmaktadır. Bu bakanlıklar, yılda iki defa toplanarak ortak kararlar almaktadırlar.²⁴

Mağdura yardım hizmetleri Avusturya’da, suç duyurusunun yapıldığı andan itibaren verilmektedir. Bu kapsamda, polis mağdura haklarını hatırlatmaktadır. Mağdura yardım konusunda, iki durum ön plana çıkmaktadır. Bunlardan birinci; davada mağdura refakat edilmesi, ikincisi; mağdura psiko-sosyal yardım yapılmasıdır.

Ceza davalarında mağdura refakat edilmesi, 2007 yılında uygulanmaya başlanmıştır. 2008 yılında kapsamlı bir reform yapılmış ve mağdurun sahip olduğu haklar genişletilmiştir. Refakat, avukat yardımını kapsamaktadır. Bu hizmetler ücretsiz olarak verilmektedir. Avukat mağduru mahkemede temsil etmektedir.

Psiko-sosyal yardım, kasıtlı suçlardan mağdur olanlara yapılmaktadır. Şiddet, ağır tehdit mağdurları ile cinsel saldırı mağdurlarına psiko-sosyal destek verilmektedir. Ancak hırsızlık, mala zarar verme ve trafik suçları mağdurlarına bu destek sağlanmamaktadır.

Psiko-sosyal destek;

a. İlk danışma hizmetlerini,

²⁴ Kamer, Vehbi Kadri, 26-29 Şubat 2008 Tarihleri Arasında Avusturya’ya Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, 27 Şubat 2008 tarihinde Avusturya Adalet Bakanlığında Mağdurlara Yardım Bölüm Daire Başkan Yardımcısı Başsavcı Andreas SACHS ile yapılan görüşme, rapor yayımlanmamıştır.

- b. Suç ihbarı için dilekçenin hazırlanması ve suç duyurusunun yapılmasını,
 - c. Poliste ifade verme sırasında mağdurun yanında hazır olunmasını,
 - d. Mahkeme dışı uzlaşma görüşmeleri sırasında mağdurun yanında bulunulmasını,
 - e. Mahkeme sırasında mağdurun yanında bulunulmasını,
 - f. Yaralama halinde tıbbi süreçte mağdurun yanında bulunulmasını,
 - g. Ceza yargılaması sırasında mağdurun yanında bulunulmasını,
 - h. Temyiz incelemesi sırasında mağdurun yanında bulunulmasını,
 - i. İlgili kurumlar ile yapılacak koordinasyon çalışmalarında yardımda bulunulmasını,
- kapsamaktadır.

Psiko-sosyal yardım, psikolog ve sosyal hizmet uzmanı unvanındaki meslek mensupları tarafından yapılmaktadır. Bu kapsamda mağdura, psikoterapi hizmetleri verilmektedir. Ayrıca, mağdurun yargılama sırasında sanık ile karşı karşıya gelmesinden kaynaklanan psikolojik sıkıntı giderilmeye çalışılmalıdır. Mağdura, ifade vermeden önce destek sağlanmakta, bu destek yargılama süresince devam etmektedir. Terapi, işlenen suç ile sınırlı yapılmaktadır.

Bu yardımın verilebilmesi için, mağdurun beyanı yeterli olup, ayrıca mahkeme kararı gerekmemektedir. Yine bu yardım için davanın mahkûmiyetle sonuçlanması gerekmemektedir.²⁵ Mağdurun ölmesi halinde, yakınları bu sayılan olanaklardan yararlanmaktadır.

2006 yılında ceza mevzuatında yapılan değişikliklerde, mağdurun tanımı yapılmıştır. Mağdur, suç nedeniyle doğrudan zarar gören kişidir. Mağdurun bizzat başvuru yapması gerekmektedir. Bu hakkın

²⁵ Ancak mahkûmiyet halinde, sanıktan masraflar alınmaktadır. Mahkeme masrafları konusunda yapılan araştırmada dar gelirli olanlardan, ceza infaz kurumunda bulunanlardan mahkeme masrafı alnamamaktadır. İstatistiklere bakıldığında, mahkûm olan sanıkların, %10'unun mahkeme masraflarını ödediği görülmektedir.

kötüye kullanılması halinde, bu eylem suç olarak düzenlenmiştir. Aile içi şiddette, bu yardım çocuklara da yapılmaktadır.

Mağdura yardım sadece sivil toplum kuruluşları aracılığı ile yapılmaktadır. Bu kapsamda, sivil toplum kuruluşları ile sözleşme imzalanmaktadır. Sözleşmede, psiko-sosyal destek ile mahkeme refakati konusunda verilecek hizmetlerin kapsamı belirlenmektedir.

2008 yılında kırk altı sivil toplum kuruluşuyla sözleşme yapılmıştır. Bu sivil toplum kuruluşları, farklı alanlarda ve farklı bölgelerde hizmet vermektedir. Örneğin; bazı sivil toplum kuruluşları çocuklarda, bazıları kadınlara verilecek hizmetlerden sorumludur. Erkeklerle, bu hizmetleri veren bir sivil toplum kuruluşu bulunmakta olup sadece Viyana'da hizmet vermektedir.

Kırk altı sivil toplum kuruluşuna, 4.500.000 Avro'luk bütçe tahsis edilmiştir. Geçen yılki bütçe, iki milyon 500.000 Avro idi. Yıllara göre baktığımızda 2004 yılında dört sivil toplum kuruluşu ile sözleşme yapılmış, 17.500 Avro bütçe sağlanmış iken, 2005 yılında sivil toplum kuruluşu sayısı otuz dörde bütçe 1.000.000 Avro'ya çıkmıştır.

Sözleşme yapılan sivil toplum kuruluşları belirli bir standartta olmasına dikkat edilmektedir. Bakanlıklar arasında yapılan görüşmelerde bu standart belirlenmektedir.

Sözleşmeler, bir yıllık yapılmaktadır. İstenilen seviyede hizmet alınamaması halinde bir yılın sonunda sözleşme uzatılmamaktadır. Bütçeler, sivil toplum kuruluşlarına azami bir miktar üzerinden dağıtılmaktadır. Ayrıca, üç ayda bir yapılan harcamalar kontrol edilmektedir. Örneğin; Viyana'daki kadın derneğine 450.000 Euro bütçe sağlanmıştır.

Sözleşme ekinde sivil toplum kuruluşunun hizmet vereceği alanlar ile ilgili katalog bulunmaktadır. Bu kapsamda sözleşme dışı yapılan harcamaların ispat edilmesi halinde örneğin tercüme giderleri gibi bunlar karşılanmaktadır. Ancak mağdurların mahkemeye gidip gelmelerindeki yol giderleri karşılanmamaktadır. Sivil toplum kuruluşlarına ödemeler saat karşılığı olarak yapılmaktadır. Örneğin sosyal çalışmacılar bir saat karşılığı net 63 Euro ücret almaktadır. Psiko-terapi halinde bu ücret 71 Euro, avukatlık hizmetleri için 78 Euro ödenmektedir.

Avusturya'da avukatlar sürekli bir iş olması nedeniyle sivil toplum kuruluşları içinde mağdura yardım konusunda çalışmaktadırlar.

Sivil toplum kuruluşlarınca yapılan harcamalar federal kapsamında Sayıştay, eyalet kapsamında kontrol dairelerince denetlenmektedir. 2008 yılında 2.606 mağdura yardım yapılmıştır.²⁶

Adalet Bakanlığı'nda mağdurlara yardım konusunda bir bölüm bulunmaktadır. Bu bölüm doğrudan Genel Müdüre bağlıdır.²⁷

Avusturya'da herkes sosyal güvenlik şemsiyesi altında olması sebebiyle işlenen bir suç nedeniyle kişinin gözlüğünün kırılması gibi maddi bir kayba uğraması halinde bu kayıplar Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından karşılanmaktadır. Yine bu kapsamda çalışılmaması halinde işsizlik sigortası ve daha sonra muhtaçlık yardımı yapılmaktadır. Mağdura yardım konusunda Avusturya sınırları içinde hiçbir sınırlama olmaksızın bütün mağdurları kapsamaktadır. Avrupa Birliği üyeleri veya Avusturya'da oturma hakkına sahip mağdurlara yardım yapılmaktadır. Ancak Avusturya vatandaşlarının bu ülkenin dışında suçtan zarar görmeleri halinde bu mağdurlara yardım yapılamamaktadır.

Mağdura yardımın kapsamı konusunda Avusturya'da tartışmalı iki görüş bulunmaktadır. *Bir görüşe göre*, suçtan zarar görenin ekonomik durumu gözetilmeden kendisine yardım edilmesidir. Avusturya Adalet Bakanlığı'nın görüşü bu yöndedir. *İkinci görüş*, mağdurun ekonomik durumunun araştırılarak iyi olması halinde yardım yapılmaması yönündedir. Uygulamada mağdura yardım konusunda birinci görüş kabul görmektedir. Gerekçe olarak da suçtan zarar gören kendi hareketiyle neden olmadığı bir fiilden dolayı zarar görmesi nedeniyle bu kişiye yardım konusunda ekonomik durumunun araştırılmaması gerektiridir.

Bu açıklamalar kapsamında mağdura yardım kapsamı sınırlıdır. Bu kapsamda yardımın kapsamının genişletilmesi konusunda çalış-

²⁶ Tehdit, Avusturya ceza hukukunda zaman içinde farklı yorumlanmaya başlanmıştır. Özellikle, eyleme dönüşmemesi nedeniyle boşanma davalarında telefonla tehdit suç değildi. Ancak artık suç olarak düzenlenmiştir. Geçen yıl bu konuda 4 bin başvuru olmuştur. Ceza hukukunda, sanığın savunması kadar önemli olan mağdurun yargılamanın tüm süreçlerinde yanında birisinin olmasıdır. Mağdura yalnız olmadığını hissettirmektedir.

²⁷ Adalet Bakanlığı Avusturya'daki bakanlıklar arasında en küçük bakanlıktır. Merkezde 200 taşrada ise 11.000 çalışanı bulunmaktadır. Bakanın özel kaleminde yedi kişi çalışmaktadır. Adalet Bakanlığında beş genel müdürlük bulunmaktadır. Genel Müdürlükler doğrudan Bakana bağlıdır.

malar başlatılmıştır. Örneğin Medeni Kanun kapsamına giren eylemler nedeniyle yardım yapılıp yapılamayacağı araştırılmaktadır. Örneğin arabanın içinde oturan bir kişinin aracın camı kırılarak yaralanması halinde kişinin uğradığı yaralanma nedeniyle zararı karşılanmakta ancak aracın zararı karşılanmamaktadır.

Sivil toplum kuruluşlarının Adalet Bakanlığı'na mağdura yardım konusunda sözleşme yapmak için başvurduğunda;

- a. Personelin listesi,
 - b. Hizmet veren alanları gösteren tüzüğü,
 - c. Personeline verdiği ve vereceği eğitimleri,
 - d. İlgili kurumlar ile yaptığı işbirliği çalışmaları,
- hakkında belgeleri eklemek durumundadır.

Mağdura yardımın sivil toplum kuruluşları tarafından yapılmasının nedeni, kaliteli hizmet almak ve bütçeden tasarruf etmektir. Bu kuruluşların ağır ve katı yönetim anlayışına sahip olmadıkları görülmektedir. Avusturya'daki bütün sivil toplum kuruluşları üst bir kurum altında birleşmiştir.²⁸

Avusturya'da mağdura yardım Weisser Ring isimli bir sivil toplum kuruluşu tarafından yapılmaktadır. Bu kuruluşun yirmi dört saat hizmet veren telefon hattı bulunmaktadır. Tüm Avusturya'dan aramalar ücretsiz yapılmaktadır. Telefonlarda psikologlar danışmanlık hizmeti vermektedir. Yardım isteyen kişinin kadın veya çocuk olması halinde ilgili grup hakkında kendilerine bilgi verilmektedir. Ücretsiz telefon hattında başvuran kişinin, isim ve kimlik bildirmesi zorunlu değildir.

Weisser Ring kuruluşunun bütçesi 750.000 Avro'dur. 4.000 davaya refakat hizmeti yapmaktadır. Dört personel çalışmaktadır. Giderlerin bir kısmı üyelik aidatlarından sağlanmaktadır.

Weisser Ring'in Avusturya'nın dokuz eyaletinde şubesi bulunmaktadır. Merkezi Viyana'dadır. Bu sivil toplum kuruluşunun üç yüz

²⁸ Kamer, Vehbi Kadri, 26-29 Şubat 2008 Tarihleri Arasında Avusturya'ya Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, 28 Şubat 2008 tarihinde emekli hakim, Weisser Ring Başkanı Jesionek ile yapılan görüşme, rapor yayınlanmamıştır.

gönüllü çalışanı bulunmaktadır. Personel yapısına bakıldığında üç ayrı çalışanın olduğu görülmektedir. Bunlar;

- a. Psikolog, sosyal hizmet uzmanı ile doktorlar,
- b. Hukukçular,
- c. Emniyet görevlileridir. Örneğin; Viyana Emniyet Müdür Yardımcısı bu sivil toplum kuruluşunun başkan yardımcısıdır.

Mağdurların resmi kurumlara, başvuruda zorluk çekmeleri nedeniyle öncelikle bu konuda kendilerine yardımcı dokunmaktadır.

Mağdurun polise başvurması halinde emniyet mensupları tarafından bu sivil toplum kuruluşu hakkında kendilerine bilgi verilmektedir.

İçişleri Bakanlığı'nca alınan bir karar ile ilgili olarak, polisler kendilerine başvuran mağdurlara Weisser Ring'e başvuru yapıp yapmadıklarını sormakta, başvuru yapmayanlar hakkında mağdurun kimlik ve iletişim bilgilerinin bu kuruma verilir verilemeyeceği sorulmaktadır. Ancak aile şiddet söz konusu olduğunda polis bu bilgileri mağdura sormadan doğrudan ilgili sivil toplum kuruluşuna vermektedir.

Bu sivil toplum kuruluşu, parlamentoda lobi çalışmalarında bulunmaktadır. Bu çalışmalar sonunda Ocak 2008 yılında yürürlüğe giren bir kanun yapılmıştır. Bu kanunun en büyük özelliği duruşma sırasında her mağdurun hukukî yardım talep edebilmesidir. Ayrıca, bütün mahkemelerde, bütün ifade alınan yerlerde tercüman talep edilebilecektir. Mağdurlara, hakları konusunda bilgi vermek zorunludur. Polis veya hakim mağduru bu konuda bilgilendirmemesi halinde sorumluluk altına girmektedir. Bu kanun hukuk çevresinde çok geniş yankı yaratmıştır. Ayrıca İçişleri Bakanlığı yayınladığı bir genelge ile kolluk tarafından mağdurlara bu konuda bilgi verilmesini istemiştir.

Mağdura yardım konusunda ekonomik durumu kötü olanlara destek sağlanmaktadır. Bu destek doğrudan para yardımı şeklinde olmamaktadır. Ancak, Weisser Ring'in özel ve kamu tüm kurumlarla ilişkileri nedeniyle bu destek ilgili kurumlar aracılığı ile sağlanmaktadır. Örneğin; sigortası olmayan yaralıya tedavi hizmetleri, mali gücü yerinde olmayanlara alış-veriş kuponları verilmektedir.

Mağdura yardım kapsamında, cenaze giderleri karşılanmaktadır. Bu giderler, ortalama 2.200 Avro tutmaktadır. Bu para, derhal ilgiye

yapılmakta daha sonra sivil toplum kuruluşu tarafından devletten alınmaktadır.

Yine ekonomik durumu iyi olmayan ve sürekli korku yaşayan kadınlara bir telefon firmasının bu sivil toplum kuruluşuna verdiği hediye telefonlar dağıtılmaktadır.

Weisser Ring'in bulunduğu aşamaya gelmesi, otuz yılı bulmuştur. Şu anda bu kurum bilimsel çalışmalar ve araştırmalar yapmaktadır. Mağdurlara anketler düzenlenmektedir.

Weisser Ring'in denetimli serbestlik hizmetleri ile birleşmesi önerisi, Adalet Bakanlığınca kabul edilmemiştir. Mağdurların, suçlular ile aynı kurumdan hizmet alması uygun bulunmamıştır. Ayrıca bu konuda yapılan bilimsel araştırmalar, aynı sonucu vermiştir.

Avusturya'da aile içi şiddet mağdurlarına yardım önem taşımaktadır. Evde, eşleri ve arkadaşları tarafından şiddete uğrayan kadınların durumu, özel değil kamu alanını ilgilendiren bir durumdur. Bu kapsamda, şiddete uğrayan kadınlara mahkemelerde refakat edilmekte, psiko-sosyal alanda destek verilmektedir. Ayrıca, çocuklara özel önem verilmektedir. Aile içi şiddet nedeniyle, mağdur ve sanığın çoğu zaman aynı ortamı paylaşmaları uygun olmamaktadır. Bu durumda, sanık evden uzaklaştırılmaktadır. Kanun ilk yürürlüğe girdiğinde toplumsal bir direnç oluşmuştur. Ancak şu anda, şiddet uygulayan kişinin yani sanığın, evden uzaklaştırılmasına karar verilmektedir.²⁹

Bu konuda önemli olan şiddete maruz kalan kadınların zarar görmekten çekinmeleri nedeniyle, zamanında şikâyetçi olmadıkları görülmektedir. Bu kapsamda, kendileri motive edilmektedir.

Şiddete uğrayan kadınlar ve çocuklarına terapi hizmetleri verilmektedir.

Kadın sığınma evlerinde yapılan araştırmada, bu evlerde bulunan daha önce aile içinde şiddet görmüş kadınların %25'inin eve geri döndükleri belirlenmiştir.

Avusturya'da ceza hukukunda uzlaşma kurulunun aile içi şiddet suçlarında uygulanmaması gerektiği değerlendirilmektedir. Bunun

²⁹ Kamer, Vehbi Kadri, 26-29 Şubat 2008 Tarihleri Arasında Avusturya'ya Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, 28 Şubat 2008 tarihinde Andrea Brem, Kadın Savunma Evleri Başkanı ile yapılan görüşme, rapor yayınlanmamıştır.

çeşitli nedenleri bulunmaktadır. *Bir yönüyle*, uzlaşmayı kabul etmeyen kadının yargılama aşamasındaki durumu olumsuz değerlendirilmekte, *ikinci yönüyle* uzlaşmanın kabul edilmesi halinde aile içi şiddetin özel alanı ilgilendiren bir konu olarak değerlendirilmesi sağlanmaktadır. Sonuç olarak aile içi sorunların konusu mali ise uzlaşma kapsamında olmalı, şiddet varsa bu kapsamda olmamalıdır. Ancak bunun bir başka sonucu da aile içi şiddetin uzlaşma kapsamında olmaması halinde taraflardan biri ceza infaz kurumuna girmekte, yaralama varsa tedavi ve rehabilitasyon giderleri yüksek olması nedeniyle aile ekonomik olarak sıkıntıya girmektedir.

Avusturya'da 164 kapasiteli, dört kadın sığınma evi bulunmaktadır. Bunun dışında ailesine dönmeyecek kadınlar için on ev bulunmaktadır. Bu evler tarafından yılda 600 kadına barınma hizmeti verilmekte ayrıca 6.000 üzerindeki kadına danışma hizmeti verilmektedir.

Evden uzaklaşma cezaları 20 günlük süre içinde verilmektedir. Mahkemenin bu süreyi uzatma yetkisi bulunmaktadır.

Polislerin eğitiminde, mağdura yardım konusunda ders verilmektedir. Ayrıca paneller düzenlenmektedir.

Kadın sığınma evlerinin bütçesi 4.000.000 Avro'dur. 80 kişi çalışmaktadır. Bu bütçe, belediyelerin kadın bölümünden alınmaktadır.

2006 yılında, 11.601 kadına destek sağlanmıştır. 7.235 kişi hakkında polis evden uzaklaştırma cezası infaz etmiştir.

1957 yılında Neu Start kurulmuştur. *Kar amacı gütmeyen bir sivil toplum kuruluşu olup, Avusturya'da denetimli serbestlik hizmetleri ve uzlaşma bu kurum tarafından yerine getirilmektedir.* Avusturya'da uzlaşma hizmetleri kabul önce, suç işleyen gençlerin büyük bir bölümünün yargılaması tutuklu olarak yapılıyordu. Tutuklu gençlerin bir kısmı ceza infaz kurumlarında disiplini bozan hareketlerde bulunuyor, bu hareketler polis tarafından çok sert bastırılıyordu. Gençlerin ülkenin geleceği kabul edilmesi nedeniyle bu konuda çalışmalar yapılmıştır.³⁰

Neu Start tarafından, 40 bin gence hizmet verilmektedir. 606 sosyal hizmet uzmanı ile 775 gönüllü çalışan bu kurumda çalışmaktadır.

³⁰ Kamer, Vehbi Kadri, 26-29 Şubat 2008 Tarihleri Arasında Avusturya'ya Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, 28 Şubat 2008 tarihinde Neu Start, Dr. Christoph KOSS ile yapılan görüşme, rapor yayınlanmamıştır.

Adalet Bakanlığı tarafından 34 milyon 500 Avro'luk bir bütçe sağlanmaktadır.

Bütçenin %88'ini Adalet Bakanlığı sağlamaktadır. Kar amacı gütmeyen bir dernektir.

Neu Start, görevleri dokuz başlık altında incelenebilir. Bunlar;

- a. Mahkemelerce verilen denetimli serbestlik kararlarını yerine getirmek,
- b. Cumhuriyet savcılığınca gönderilen uzlaşma dosyalarını infaz etmek,
- c. Uyuşturucu madde rehabilitasyonu konusunda çalışmalar yapmak,
- d. Gençler ile ilgili programlar düzenlemek,
- e. Barınma evi hizmeti vermektir.

Yukarıda sayılan çalışmaların hangi kurum ya da kuruluş tarafından yerine getirileceği, Avrupa'da uzun yıllar tartışılmıştır. Ancak genel kanaat, bu hizmetlerin devlet tarafından yerine getirilmesi doğrudur. Ancak Avusturya, Hollanda ve İsviçre'deki bazı kantonlar farklı uygulamalar yapılmaktadır.

Bu konuda, ikinci tartışma konusunun verilen hizmetlerin profesyoneller tarafından mı yoksa gönüllü çalışanlar tarafından mı yerine getirileceğidir. Avusturya'da kabul gören görüş, hizmetlerin büyük bir kısmının profesyoneller tarafından yerine getirilmesi ancak gönüllü çalışanlardan da destek alınması yönündedir. Bu noktada, gönüllü çalışanlar toplumda kabul edilmemiz için lobi faaliyetleri yürütmektedir.

Son olarak, verilen hizmetlerin bir kurum tarafından mı yoksa birden fazla kurum tarafından mı yerine getirileceğidir. Avusturya'da uzlaşma hizmetleri tek kurumda yani Neu Start tarafından yerine getirilmektedir.

Neu Start'ın vizyonu, kriminal sorunların üzerine giderek sorunu büyütmeden çözmektir. Her suçlu için Neu Start bir şanstır. Parolası, yardımımız emniyettir.

2007 yılında, Avusturya'da 229.968 kişi hakkında soruşturma yapılmıştır. Bu kişilerden 104.161'i hakkında dava açılmıştır. 43.414 kişi

yargılanmış, 51.801 sanığın yargılanmasına ara verilmiş, 30.592 kişi hüküm almıştır.

2006 yılında, mahkeme kararlarının sonucuna bakıldığında, davaların %18'i olan 9.360 dava arabuluculuk ile sonuçlandırılmıştır. %5'i olan 2.508 dava ücretsiz çalışma cezası, %4'ü olan 2.035 dava hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile sonuçlanmıştır. Cumhuriyet Savcılığına baktığımızda, soruşturmaların %45'i olan 23.150 dosya para cezası, %28'i olan 14.748 dosya kamuya davasının açılmasının ertelenmesi kararıyla bitirilmiştir.

Avusturya'da uzlaşmanın gerçekleşebilmesi için;

- a. Sanığın ağır bir suç işlememesi,
- b. Yetişkinlerde beş yılı, gençlerde³¹ on yılı geçmeyen bir suç olması,
- c. Ölüm olayının gerçekleşmemiş olması, gerekmektedir.

Arabuluculuk hizmetlerine baktığımızda, sanığın suçu kabul etmesi ve zararı tanzim etmek istemesinin ön şart olduğu görülmektedir. Ayrıca, mutlaka sanık ile mağdur arasında bir suç olmalıdır. Örneğin, aracı hasar gören bir kişinin zararı sigortadan tanzim etmesi halinde mağdurun şikayetçi olmaması durumunda bu arada arabuluculuk söz konusu olmamaktadır.

Arabuluculuk hizmetlerinde üniversite mezunu sosyal hizmet uzmanlarından yararlanılmaktadır. Bazı hallerde, psikologlar, hukukçular veya pedagoglar devreye girmektedir. Önemli olan görevlinin sosyal alanda tecrübeli olması ve iyi bir eğitimden geçmesidir.

Avusturya'da, arabuluculuk okulu bulunmaktadır. Bu okulu bitiren ve Neu Start'da göreve başlayan personel, bir yıl tecrübeli personel ile birlikte çalışmaktadır. Okulda eğitim iki yıl ile üç yıl arasında devam etmektedir.

Yılda, uzlaşma kapsamında 9.000 davaya bakılmakta ayrıca Avusturya'da yılda 17.000 kişi mağdur olmaktadır.

³¹ Ceza sorumluluğu olarak konuyu değerlendirdiğimizde, 14-18 yaş grubu genç, 18-21 yaş grubu yetişkin olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda, 14 yaşın altındaki çocukların ceza sorumluluğu bulunmamaktadır.

Avusturya'da uzlaşma kurumu 1985 yılında sadece gençler için başlatılmıştır. Bu tarihten bugüne kadar 200 bin kişi uzlaşmadan yararlanmıştır. Başarı oranlarına bakıldığında yetişkinlerde %72, çocuklarda %84 tür. Uzlaşmanın sağlanabilmesi için 2.000.000 Avro harcanmıştır.

En fazla yaralama olaylarında uzlaşma karşımıza çıkmaktadır. Bu suçun uzlaşma içindeki oranı %65'dir. Viyana Üniversitesi tarafından yapılan bir araştırmada başarılı uzlaşma ile sonuçlanan davalarda sanıkların son üç yıl içinde sadece %10'unun yeniden suç işlediği görülmüştür. Bu kapsamda, mahkemeler tarafından ceza verilenlerin yeniden suç işleme oranının %22 olduğu belirlenmiştir.

Neu Start sadece suç konusunda değil, suça neden olan olaylar konusunda çalışmaktadır. Bu kapsamda,

- a. İkili ilişkilerde ortaya çıkan şiddet,
 - b. Aile ve akrabalar arasındaki uyuşmazlık,
 - c. Komşular arasındaki anlaşmazlık,
 - d. Okul, üniversite ve işyerlerindeki uyuşmazlık,
 - e. Kahve, lokal ve lokanta gibi yerlerdeki uyuşmazlık,
 - f. Okullar, gruplar arasındaki uyuşmazlık,
 - g. Birbirini daha önce tanımayan yani tesadüfen aynı alanda bulunanlar arasındaki uyuşmazlık
- üzerinde çalışılmaktadır.

Mağdurlarla yapılan anketlerde, mağdurların %75'inin tekrar uzlaşmaya gideceklerini, %10'unun gitmeyeceğini, %15'inin kararsız olduğu belirlenmiştir. Bu oranlar içinde uzlaşma işlemleri olumsuz sonuçlananlarda bulunmaktadır. Uzlaşma kapsamını her dosya ayrı ayrı değerlendirilerek belirlenmekte; %95'i savcı %5'i hakim tarafından karar verilmektedir. Uzlaşma üç ay içinde sonuçlandırılmalıdır. Bu sürecin sonuçlandırılmaması durumunda üç aylık ek süre istenebilmektedir.

Uzlaşma masraflarının büyük bir kısmı, sanık tarafından karşılanmaktadır. Yaklaşık bu miktar 250 Avro civarındadır. Bu para mahkemeye ödenmektedir.

Neu Start'ın oniki merkezi bulunmaktadır. Uzman başına düşen dava sayısı 170'tir. Bazı davalarda mağdur kabul etse dahi uzman uzlaşmayı uygun görmeyebilmektedir.

Avusturya'da mağdur ile ilgili Weiser Ring, Neu Start dışında Ludwig Boltmann İstitüt isimli kuruluş çalışma yapmaktadır. Bu kuruluş 1992 yılında kurulmuştur. Üniversiteleri de çok yoğun çalışmalar yapmaktadır. Bugün geldiği noktaya baktığımızda Avusturya'nın en büyük ve saygın insan hakları kurumudur.³²

Ludwig Boltmann İstitüt'de 40 kişi çalışmaktadır. Bu kurumun amacı bilimsel çalışma ile uygulama arasında köprü kurmaktır. Ayrıca, sürekli güncel sorunlar ile ilgili araştırma yapılmaktadır. Yapılan araştırmalar sonunda ilgili kurumlara mevzuat önerileri sunulmaktadır. Bu çalışmalar devam ederken bir yandan da toplumun bilgilendirilme çalışmalarına özel önem verilmektedir.³³

Çok geniş alanda yapılan çalışmalar sırasında birçok ülkenin sivil toplum kurum ve devlet kuruluşlarıyla işbirliği yapılmaktadır. İnsan hakları, mağduru koruması gibi konularda yayınlar yapılmaktadır.

İnsan hakları ve gelişmekte olan ülkelerdeki insan hakları, işverenlerin insan hakları konusundaki ihlalleri mülteciler, kadın ve çocukların durumu gibi konularda çalışmalar yapılmaktadır. Bugüne kadar Avrupa Birliği üyeleri ile aday ülkeler arasında on dört projeye katılmıştır. Bunlardan on tanesi de liderlik, dördünde ortaklık görevinde bulunmuştur. Bu projelerden ikisi Türkiye'de gerçekleşmiştir. Birincisi; polislin ifade alma usulleri, ikincisi; insan ticareti ile mücadelelerdir.³⁴

³² Kamer, Vehbi Kadri, 26-29 Şubat 2008 Tarihleri Arasında Avusturya'ya Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, 29 Şubat 2008 tarihinde Ludwig Boltmann İstitüt'de Prof. Dr. Hannes Tretter ile yapılan görüşme, rapor yayınlanmamıştır.

³³ Kamer, Vehbi Kadri, 26-29 Şubat 2008 Tarihleri Arasında Avusturya'ya Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, 29 Şubat 2008 tarihinde Ludwig Boltmann İstitüt'de Susanne Fraczek ile yapılan görüşme, rapor yayınlanmamıştır.

³⁴ Birinci proje Emniyet Genel Müdürlüğü ile gerçekleştirilmiştir. Ayrıca bu projede ortağımız, Alman Uluslar arası İnsan Hakları Vakfı idi. Projenin amacı, kolluğun araştırılmasının geliştirilmesi idi. Sonuçta, Avrupa'da kolluğun ifade alma odalarına benzer 30 ifade alma odası Türkiye'de yapılmıştır. Projenin iki bileşeni bulunmaktadır. Birinci bileşen; polislin teknik imkânlarının geliştirilmesi, ikincisi ise; ilgili kurumlar ile ilgili çalışmalardır. Eğitim çalışmaları kapsamında, 30 kolluk görevlisi eğitimcilerin eğitimi konusunda eğitimini tamamladıktan sonra, 200 kolluk görevlisi eğitimci olarak eğitim aldı. Bu eğitimciler tarafından 2 bin polis eğitildi.

Avusturya'da aile içi şiddet konusunda bir kanun bulunmaktadır. Bu kanunda, mağdurun sanığa karşı birçok hakkı vardır. Ancak bu kanuna rağmen birçok sorun çözülememiştir.³⁵

Avusturya'da mağdur profili incelendiğinde, en fazla mağdurun aile içinde kadın ve çocuklar olduğu görülmektedir. Kanunun en zayıf olduğu nokta burada kendini göstermektedir. Çünkü kanunun hedefinin yetişkinler olduğu, çocuklar için özel imkanlar getirmediği görülmektedir. Kanunun en önemli getirdiği yenilik, şiddete uğrayan kişinin başvurması halinde şiddet uygulayan kişinin evden uzaklaştırılmasıdır. Bu halde, ilgili on gün süreyle evden uzaklaştırılmaktadır. On gün sonunda tekrar şiddet uygulama ihtimali var ise mahkeme kararıyla bu süre uzatılmaktadır.

Bu yetki, kanun ile çocuklara da verilmiştir. Ancak hangi çocukların, bu başvuru hakkını kullanacağı konusunda tereddütler bulunmaktadır.

Çocuğun şiddete uğraması halinde, Gençlik Dairesi tarafından çocuk ailesinden alınmakta ve bir kuruma verilmektedir.

Yasada, şiddete uğrayan kişilerin Avusturya'da yasal oturma izni olmaması halinde yapılacak işlemler bakımından eksiklikler bulunmaktadır.

Yine suçtan zarar görenlere ceza mahkemelerinde refakat sözü konusu olduğu halde, hukuk davalarında böyle bir uygulamanın olmaması kanunun eksikliğidir. Yine kanunun başka bir eksikliği, aile içi şiddet nedeniyle yapılan başvuruların %75'inin uzlaşma için ilgili kuruma gönderildiği anlaşılmaktadır. Bu fiilin özelliği gereği uzlaşma kapsamı dışında kalması gerekmektedir. Ancak burada başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. Mahkemece, aile içi şiddet nedeniyle para cezasına hükmedilmesi halinde bu cezada daha değişik sorunlara yol açmaktadır.

Başka bir uygulamada, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile birlikte deneme süresi verilmesidir. Deneme süresinde, sanıkların devam etmesi gereken programlar, kurslar belirlenmektedir.

³⁵ Kamer, Vehbi Kadri, 26-29 Şubat 2008 Tarihleri Arasında Avusturya'ya Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu, 29 Şubat 2008 tarihinde Ludwig Boltmann Institut'de Helmut SAX ile yapılan görüşme, rapor yayınlanmamıştır.

Aile içi şiddet konusunda, mağdurların ve bunların haklarını koruyan derneklerin karar sürecinde olması ve görüşlerinin alınması çok önemlidir.

Bu konuda, sadece kolluğun duyarlı olması değil, savcılarının ve hâkimlerin aynı duyarlılıkla aile içi şiddete yaklaşımları ve şiddetin meydana geliş nedenlerini iyi araştırmaları gerekmektedir. Aksi takdirde, para cezası gibi etkin olmayan cezalar verilmektedir.

Kollukta ve mahkemelerde suçtan zarar görenlere danışmanlık hizmetini avukat stajyerleri ile hukuk bilgisi olanlar vermektedir.

VI. Avrupa Ülkelerinde Mağdura Yardım ve Maliyeti Konusunda İstatistikler

2006 yılında;

Avusturya'da; 962 mağdura, 4 personel ve 240 gönüllü çalışan tarafından 500.000 Avroluk,

Belçika'da; 9887 mağdura, 61 personel ve 150 gönüllü çalışan tarafından 3.070.000 Avroluk,

Çek Cumhuriyetinde; 8.492 (1.009'u yüzyüze, 7.483'üne telefon yoluyla) mağdura, 6 personel ve 180 gönüllü çalışan tarafından 496.453 Avroluk,

Danimarka'da; 6.000 mağdura, 300 gönüllü çalışan tarafından 250.000 Avroluk,

İngiltere ve Galler'de; 1.386.915 mağdura, 375.000 tanık ve 12.000 telefon görüşmesi, 2.000 personel ve 9.000 gönüllü çalışan tarafından 60.000 Avroluk,

Estonya'da; 4.394 mağdura, 6 personel ve 110 gönüllü çalışan tarafından 32.000 Avroluk,

Filandiya'da; 4.500 mağdura, 16 personel ve 315 gönüllü çalışan tarafından 900.000 Avroluk,

Almanya'da; 9.919 mağdura, 88 personel ve 3.000 gönüllü çalışan tarafından 4.889.075 Avroluk,

Macaristan'da; 648 mağdura, 15 personel ve 36 gönüllü çalışan tarafından 34.000 Avroluk,

Malta'da; 64 mağdura, 1 personel ve 33 gönüllü çalışan tarafından 24.000 Avroluk,

Hollanda'da; 101.760 mağdura, 300 personel ve 1.500 gönüllü çalışan tarafından 15.500.000 Avroluk,

Norveç'te; 1.232 mağdura, 18 personel tarafından 730.459 Avroluk,

Portekiz'de; 13.500 mağdura, 44 personel (26'sı tam gün, 18'i yarım gün) ve 200 gönüllü çalışan tarafından,

İskoçya'da; 95.000 mağdura, 75.000 tanığa, 180 personel ve 1.000 gönüllü çalışan tarafından 6.300.000 Avroluk,

Slovakya'da; 1.978 mağdura, 56 personel (5'i tam gün, 51'i yarım gün) ve 7 gönüllü çalışan tarafından 106.000 Avroluk,

Slovenya'da; 148 mağdura (52 bayan, 64 çocuk, 32 erkek), 7 personel ve 7 gönüllü çalışan tarafından 250.000 Avroluk,

İsveç'te; 49.000 tanık ve mağdura, 58 personel ve 2.000 gönüllü çalışan tarafından 1.500.000 Avroluk, yardım yapılmıştır.³⁶

VII. Değerlendirme

Mağdur merkezli yaklaşım ve programların yedi amacı bulunmaktadır. Bunlar;

- a. Suçun önlenmesi ve bu yolla suç mağduriyetinin ortadan kalkması,
- b. Suçla ilgili endişe ve kaygıların ve suç mağduru olma korkusunun ortadan kalması,
- c. Suç mağduriyetiyle mücadele konusunda vatandaşların kendini koruma dürtüsünün ve toplumsal sorumluluk bilincinin geliştirilmesi,
- d. Suçun mağdurlar üzerinde meydana getirebileceği olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması veya en az seviyeye indirilmesi,

³⁶ Victim Support In Europe, *Avrupa'da Mağdur Destekleri*, www.victimsupportsc.org.uk/object/download.cfm, 18 Mart 2007, saat 21:00.

- e. Suçun mağdurlarına; sosyal, psikolojik, ekonomik ve hukuki yardımlarda bulunulması,
- f. Suç mağdurlarının toplum hayatına kazandırılması,
- g. Toplumsal barışın sağlanmasıdır.³⁷

Mağdurlara yardım konusunda dünyada yapılan çalışmalara paralel olarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda soruşturma ve kovuşturma aşamasında mağdura önemli haklar verilmiştir.

Bu yasal düzenlemelere paralel olarak 3 Temmuz 2005 tarihli ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu ile mağdurlara yardım kurumsal bir yapıya sahip olmuştur. Anılar Kanun gereğince Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü bünyesinde 15 Ağustos 2005 tarihinde Denetimli Serbestlik ve Yardım Hizmetlerinden Sorumlu Daire Başkanlığı kurulmuş ve Daire Başkanlığı'na bağlı *Koruma ve Yardım Şubesi* çalışmalarına başlamıştır.³⁸

Merkez teşkilatın dışında Ocak 2006 yılında 133 merkezde kurulan denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüklerinde koruma ve yardım birimi oluşturulmuştur. Mağdurların yardım talepleri bu birim tarafından incelenmeye ve değerlendirilmek üzere koruma kuruluna iletmeye başlanmıştır.

Koruma kurullarınca yapılan değerlendirme sonunda mağdura en uygun yardım yapılmaktadır.

Yapılan bu çalışmalar ile birlikte, mağdurlar ile yapılan çalışmaları geliştirmek amacıyla Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nce hazırlanan "*Türk Denetimli Serbestlik Hizmetlerinde Çocuklar ve Mağdurlarla İlgili Çalışmaların Geliştirilmesi*" Projesi hazırlanarak 16 Mart 2007 tarihinde Avrupa Komisyonu Türkiye Delegasyonu'na sunulmuştur.

³⁷ AYTEKİN, GELERİ, Türkiye'deki Suç Mağdurlarına Yardım ve Destek Mekanizmaları, *Suç Mağdurları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006, s. 194.

³⁸ Ülkemizde kurulan denetimli serbestlik sistemi ile ilgili ayrıntılı bilgi <http://www.cte-dsm.adalet.gov.tr/> adresinden alınabilir. Son derece güncel bilgiler bulunan bu web sayfasını 8 Aralık 2006 tarihinden bugüne 122.000 kişi ziyaret etmiştir. Yine aylık elektronik ortamda çıkan denetimli serbestlik dergisinde denetimli serbestlik hizmetleri ile ilgili bilgi verilmektedir. Bu derginin 18 Mart 2007 tarihi itibarıyla ilk üç sayısını 11.000 kişi incelemiştir.

2008 yılında başlaması ve yirmi dört ay sürmesi planlanan iki milyon avroluk proje kabul edilmiştir.

Proje kapsamında önce suçtan zarar görenler ile ilgili analiz çalışması yapılacaktır. Analiz sonunda öncelikle denetimli serbestlik personeline mağdurlara çalışma konusunda “temel eğitim” verilecektir. Ayrıca mağdurlarla ilgili programlar oluşturulacak ve bu programların eğitimi personele verilecektir. Eğitimlere konularında deneyimli yabancı uzmanlar katılacak ayrıca personelimiz yurt dışına çalışma ziyareti gerçekleştirerek uygulamaları yerinde görme imkanına sahip olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akdemir, Süleyman, *Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması*, İzmir, 1988, s.7, Uruşak, Uğur, *Suç Mağdurunun Korunması*, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992.
- Aytekin, Geleri, Türkiye’deki Suç Mağdurlarına Yardım ve Destek Mekanizmaları, Suç Mağdurları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.
- Bacanlı, Mehmet Rifat, *Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunması*, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Master Tezi, Ankara, 2007, s.75, <http://tez2.yok.gov.tr/tezjic/tez.htm>, 17 Mart 2007, saat:16:54.
- Bahar, İbrahim, Halil, *Mağduriyet Bilimi, Mağduriyetin Etkisi ve Mağduriyete Yönelik Çalışmalar*, Suç Mağdurları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.
- Dönmez, Sulhi, Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt:2, İstanbul, 1986.
- Joutsen, Matti, Shapland, Joanna, *Report On An Hoc Working Group Meeting*, Heuni Publucation Series No:16, Helsinki, 1989.
- Joutsen, Matti/Lahti, Raima, *Finland Criminal Justice Systems in Europe and North America* (HEUNİ; European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nation), Helsinki 1997.
- Kamer, Vehbi Kadri, *26-29 Şubat 2008 Tarihleri Arasında Avusturya’ya Yapılan Çalışma Ziyareti Raporu*,
- Kamer, Vehbi Kadri, *Denetimli Serbestlik Kararlarının İnfazı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, Birinci Baskı.
- Özbek, Mustafa, *Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması*, <http://www.google.com.tr/search?hl=tr&q=%22Denetimli+Serbestlik+%28+Probation%29%22ta>, 2 Kasım 2006, saat 07:17.

- Özbek, Veli Özer, *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, Doktora Tezi, Danışman Öztürk, Bahri, İzmir, 1995.
- Özok, Özdemir, *2006-2007 Yargı Yılı Açılış Konuşması*, Yargıtay Dergisi, Ekim 2006, Cilt:32, Sayı:4.
- Shapland, Joanna, *Producing Change For Victims In The Criminal Justice System The U.K Experience*, Heuni Publucation Series No:16, Helsinki, 1989.
- Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Ödenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi, <http://www.avrupakonseyi.org.tr/>, 8 Mart 2008, saat:20;24.
- Victim Support In Europe, *Avrupa'da Mağdur Destekleri*, www.victimsupports-co.org.uk/object/download.cfm, 18 Mart 2007, saat 21:00.
- Yılmaz Zekeriya, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları, Davaya Katılma, Yargılama Giderleri İle Mağdurun veya Suçtan Zarar Hukuk Muhakemelerinde Açabileceği Maddi ve Manevi Tazminat Davaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

ŞİKAYETE TABİ SUÇLARIN ÖZELLİKLERİ VE BU SUÇLARA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR*

Mustafa ALBAYRAK**

Bazı suçlardan zarar görenlerin, ceza kovuşturmasının muhtemel sakıncalarına karşı korunmaları amacı ile bu suçlardan dolayı ceza soruşturması ve dolayısıyla ceza muhakemesi yapılabilmesi için kanunla konulmuş bir engelin kaldırılması şart koşulmuş ve bu engeli kaldırma işlemine şikâyet adı verilmiştir.¹ Yeni Türk Ceza Kanunu'nda şikâyet ile ilgili düzenleme genel hükümler kısmında 73. maddesinde yapılmıştır.²

* Bu yazının başlığı "Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Yargıtay Kararları ve Bilimsel Görüşler Işığında Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar" olarak düşünülmüş, ancak uzun olduğu kanaati olduğundan yukarıdaki şekilde kısaltılmıştır.

** Yargıtay Tetkik Hâkimi, mustafaalbayrak61@hotmail.com.

¹ Nurullah Kunter, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1981, s.63

Bazı suçların şikâyete tabi tutulmasının belli başlı amaçlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

a. Kişiler arasındaki her türlü olumsuz ilişkiyi dava konusu yapıp kişilerin özel alanlarına müdahale etmemek.

b. Mağdurun zararının karşılanmış olması (mala zarar verme suçlarında zararın fail tarafından karşılanması).

c. Bazı suçlar bakımından devletin müdahalesi ile olayın daha çok kimse tarafından duyulmasını önlemek ve mağdurun çevresine karşı onurunun daha fazla zedelenmesine yol açmamak (cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, m. 102/1,2. 104/1. 105/1).

c-Fail ile şikâyetçi arasında yakın akrabalık bağı bulunması (m. 167).

² Soruşturulması ve Kovuşturulması Şikâyete Bağlı Suçlar.

Madde 73 -(1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.-(2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

Kanun şikâyet hakkı ile ilgili genel ilkelerini 73. maddesinde detaylı olarak belirtmesine karşılık yargılama yasasında da şikâyete tabi suçlara birçok sonuç bağlayarak adeta yeni ilkeler getirmiştir. Bu yazımızda hem TCK ve hem de CMK'daki düzenlemeler, Yargıtay uygulaması ile doktrinde genel kabul görmüş görüşler birlikte ele alınıp şikâyete bağlı suçların özellikleri ve bu suçlara bağlanan hukuki sonuçlar üzerinde durulacaktır.

Şikâyete tabi suçların özellikleri ve bu suçlara bağlanan sonuçlar:

I. Kanunda Suçun Şikâyete Tabi Olduğu Yazılı Olmalı

Hukukumuzda genel olarak suçlar resen soruşturulur ve kovuşturulur. Bununla beraber bazı suçlar bakımından bu resen takipten ayrılarak soruşturma ve kovuşturma için suçtan zarar görenin müracaatı, şikâyeti aranmıştır. Bu nedenle kanunda şikâyete tabi suçlar açıkça gösterilmiştir. Bir suç hakkında ilgili kanunda şikâyetle ilgili bir düzenleme yoksa o suçun resen takibi gereken suç olduğu anlaşılır. Bir suçun temel şeklinin şikâyete tabi olması, aynı suçun nitelikli hallerinin de şikâyete tabi olduğu anlamına gelmez.³

- (3) Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez. - (4) Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz. - (5) İştirak hâlinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar. - (6) Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez. - (7) Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz.

³ "Görüldüğü gibi, zorla ırza tasaddi suçunun soruşturulması, 765 sayılı TCK döneminde şikâyete tabi tutulmamış, bu suçun kamu adına kovuşturulması gereken suçlardan sayılmıştır. 5237 sayılı TCK'nın 102/1. maddesinde ise, suçun basit hali şikâyete tabi olarak düzenlenmiştir. Ancak, maddenin diğer fıkralarında suçun nitelikli hallerine yer verilmiş, bunlar arasında yer alan suçun evlilik birliği içinde işlenmesi hali şikâyet koşuluna bağlanmıştır, diğer nitelikli hallerde ise suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olup olmadığı konusunda her hangi bir hüküm serdedilmemiştir. Bir suçun basit halinin soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi olması, nitelikli hallerinin de şikâyete tabi olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi olan suç türlerinin soruşturulması ve kovuşturulmasının kamu adına yapılacağı kabulü zorunludur. Yasa koyucunun iradesinin bu doğrultuda değerlendirilmesi yasa oluşturma biçimine uygun düşer." (Yargıtay CGK.3.10.2006/193-203)

Şikâyetin ceza hukuku kurumu olduğunun kabulü halinde zaman bakımından uygulama kuralları şikâyet konusunda da uygulanacaktır. Suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulunan yasa, suçun şikâyete bağlı olduğunu kabul etmiş, sonradan yürürlüğe giren yasa şikâyet koşulunu kaldırmış ise önceki yasa lehe olup şikâyet koşulu aranacaktır. Şikâyet, yargılama hukuku kurumu olarak kabul edildiğinde, derhal uygulama kuralı uyarınca yürürlükte olan yasanın uygulanması gerektiğinden, şikâyet süresi ve koşulu aranmaksızın sonraki yasa uygulanacaktır. Uygulamada lehe olan yasa tatbik edilmektedir.⁴

Türk Ceza Kanununda Şikâyete Tabi Suçların Bulunduğu Maddeler:

1. Bir Türk vatandaşının 13. madde de yazılı suçlar dışında, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğinin bulunması ve zarar görenin şikâyetçi olması hali (m. 11/2),

2. Bir yabancıнын 13. madde de yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması, failin Türkiye’de bulunması ve suçtan zarar görenin şikâyetçi olması hali (m. 12/2),

3. Basit yaralama (m. 86/2),

4. Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (m. 88). Yaralamanın 86/2. madde kapsamında kalması,

5. Taksirle yaralama (m. 89/1).

6. Taksirle yaralama (m. 89/2, 3, 4). Bilinçli taksir hariç.

7. Cinsel saldırı (m. 102/1).

8. Cinsel saldırı (m. 102/2. ikinci cümle).

9. Reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104/1).

10. Cinsel taciz (m. 105/1).

⁴ Sedat Bakıcı, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007. s.1327.

11. Tehdit (m. 106/1 ikinci cümle).
12. Konut dokunulmazlığını ihlal (m. 116/1, 2, 4).
13. İş ve çalışma hürriyetini ihlal (m. 117/1).
14. Kişilerin huzur ve sükununu bozma (m. 123/1).
15. Hakaret (m. 125/1, 2, 3). Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hariç.
16. Kişinin hatırasına hakaret (m. 130/1, 2). Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hariç.
17. Haberleşmenin gizliliğini ihlal (m. 132/1, 2, 3).
18. Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (m. 133/1, 2, 3).
19. Özel hayatın gizliliğini ihlal (m. 134/1, 2).
20. Hırsızlık (m. 141). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin aleyhine işlenmesi halinde.
21. Nitelikli hırsızlık (m. 142/1, 2, 3). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin aleyhine işlenmesi halinde.
22. Hırsızlık suçlarında daha az cezayı gerektiren haller (m. 144/1).
23. Kullanma hırsızlığı (m. 146/1).
24. Mala zarar verme (m. 151/1, 2).
25. Mala zarar vermenin nitelikli halleri (m. 152/1,2). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.
26. İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme (m. 153/1). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.
27. Hakkı olmayan yere tecavüz (m. 154/1, 2, 3). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.
28. Güveni kötüye kullanma (m. 155/1, 2).
29. Bedelsiz senedi kullanma (m. 156/1).
30. Dolandırıcılık (m. 157/1). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.

31. Nitelikli dolandırıcılık (m. 158/1,2). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.

32. Dolandırıcılıkta daha az cezayı gerektiren hal (m. 159/1).

33. Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (m. 160/1).

34. Hileli iflas (m. 161/1). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.

35. Taksirli iflas (m. 162/1). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.

36. Karşılıksız yararlanma (m. 163/1,2). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.

37. Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi (m. 164/1). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.

38. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (m. 165/1). Kanunun 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.

39. Bilgi vermeme (m. 166/1). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.

40. Açığa imzanın kötüye kullanılması (m. 209/1).

41. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (m. 233/1).

42. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m. 234/3).

43. Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (m. 239/1, 2, 3).

44. Yabancı devlet başkanına karşı suç (m. 340/2).

45. Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret (m. 341/2).

46. Yabancı devlet temsilcilerine karşı hakaret (m. 342/2) (Karşılıklılık koşulu aranır).

Özel kanunlardaki şikâyete tabi suçların bulunduğu maddeler:

47. 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu, madde 12'de düzenlenen suç.

48. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, madde 80/2'deki suç.

49. 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesindeki suç.

50. 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabancılarının Aşılattırılması Hakkında Kanun'un 14/3. maddesindeki suç.

51. 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun'un 66. maddesi (a) ve (b) bentlerinde düzenlenen suçlar.

52. 5147 sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun'un 39. maddesinde düzenlenen suç.

53. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 71 ve 72. maddelerinde düzenlenen suçlar.

54. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 64/2, 1469 ve 1470 maddelerdeki suçlar.

55. 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'nın 73/A maddesindeki suç.

56. 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'nın 48/A maddesindeki suç.

57. 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK'nın 24/A maddesindeki suç.

58. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 61/A maddesindeki suç.

II. Şikâyet Suçtan Zarar Görene Aittir

Şikâyet suçtan zarar gören tarafından yapılır. Şikâyet hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır.⁵ Mirasçılara geçmez.⁶ Suçtan zarar

⁵ "Şikâyet hakkı kişiye sıkı surette bağlı haklardan olup, mağdurenin de sanığın kendisini yaralamasından sonra yasal süresi içinde 06.05.2003 tarihinde savcılıkta verdiği ifadesinde sanıktan şikâyetçi olduğu anlaşıldığı halde, yazılı şekilde mağdurenin vasi tayinine kadar şikâyet hakkını kullanmadığından bahisle davanın düşürülmesine karar verilmesi." (2.CD. 30.03.2006/6954-6207)

⁶ "Sanıkların eylemlerinin 765 sayılı yasanın 456/4. maddesindeki suçu oluşturduğu, bu suçun şikâyete tabi suçlardan olduğu ve maktulün olay yerinde ölmesi nedeniyle şikâyet hak-

gören küçük ise kanuni temsilcisi şikâyet hakkını kullanır.⁷ Şikâyet hakkını kullanacak kişinin reşit olması aranmasa da temyiz kudretine sahip olması gerekir. Şikâyetçi şikâyetin anlam ve sonuçlarını anlayabilir durumda olmalıdır. Suçtan zarar görenin kanuni temsilcisi varsa şikâyeti o yapar. Kanuni temsilciden hem vasi hem de vekalet ilişkisine dayanan vekilliği anlamak gerekir. Tüzel kişilerde şikâyette bulunabilir. Yasa koyucu suçtan zarar gören yerine yetkili kimse terimini kabul ederek bu olasılığı göz önünde bulundurmuştur.⁸ Şikâyet beyanının karakolda yapılması yeterli olup ayrıca Cumhuriyet savcısına da yapılması gerekmez.

Küçük olan mağdurun yargılama sırasında reşit olması halinde, velinin bu aşamadan sonra vazgeçmesi sonuca etkili olmayacaktır. Zira reşit olan mağdur şikâyet hakkına sahip olup, şikâyetçi olup olmadığı sorularak sonucuna göre karar verilmelidir.⁹

kını kullanamadığı tüm dosya kapsamından anlaşılma, şikâyet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeniyle, ölenin sağlığında kullanmadığı şikâyet hakkını ölümünden sonra müdahil kullanmayacağından... CMK'nın 223/8. maddesi gereğince Düşürülmesi-ne." (1.CD.07.07.2006/115-3032)

"...hakaret suçuna ilişkin soruşturmanın suçtan zarar görenin şikâyetine bağlı olduğu, somut olayımızda şikâyet hakkının mağdur müşteki Fatma İşbilir'e ait olduğu, ancak 16.08.2004 tarihinde işlenen telefonla hakaret suçundan dolayı müşteki Fatma İşbilir'in adına kocası Mehmet İşbilir'in şikâyette bulunduğu, şikâyet hakkı bulunmayan kişinin süresi geçtikten sonra 22.11.2005 tarihinde yapılan duruşmada şikâyetçi olup davaya katılmasının geçersiz olduğu gözetilmeden sanık hakkında açılan kamu davasının şikâyet yokluğu nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 73/1. maddesi uyarınca düşürülmesine kara verilmesi yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması." (8.CD.21.06.2006/6120-12291)

Şikâyet hakkının mirasçılara geçmeyeceğinin kanunumuzdaki istisnası 131/2. maddedeki hakaretle ilgili suçlar için düzenlenmiştir. Buna göre "Mağdur, şikâyet etmeden önce ölürse veya suç ölmüş olan kişinin hatrasına karşı işlenmiş ise; ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoy, eş veya kardeşleri tarafından şikâyette bulunulabilir."

⁷ "Medeni Kanununun 16. maddesinde, mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarını kanuni mümessillerin rızasına ihtiyaç duymadan kullanacaklarının açıklanmış bulunmasına göre 11.07.1990 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşından küçük olan mağdurenin mümeyyiz olup olmadığı raporla saptanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken." (2.CD.27.04.2006/10943-8813)

⁸ Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, (Genel Hükümler) Ankara 2005. s.637.

⁹ Bakıcı, a. g. e. s. 1332.

"Saniğin eylemine uyan 765 sayılı TCK'nın 456/4. maddesinde ve 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde düzenlenen basit yaralama suçu her iki kanuna göre de şikâyete tabi olup... Ayrıca mağdure Kübra Alten 01.06.1987 doğumlu olup hüküm verilen celsede 18 yaşını doldurduğu ve şikâyetten vazgeçme hakkını kendisi kullanması gerektiği halde babası olan Adem Alten'in vazgeçmesi nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmesi yerinde değildir." (2.CD.4.7.2006/6344-12921)

Kovuşturma evresine geçtikten sonra suçun şikâyeteye tabi olduğu anlaşılırsa, mağdur açıkça şikâyetinden vazgeçmemiş ise yargılamaya devam olunacaktır.¹⁰ 16, 17 ve 18 yaşındakiler işledikleri fiillerin anlam ve sonuçların algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yetenekleri bulunduğundan şikâyet hakkını kullanırlar. 13, 14 ve 15 yaşındakiler ayırt etme gücüne (temyiz kudretine) sahip olduklarının anlaşılması halinde (doktor raporu ile) şikâyet haklarını kullanırlar.¹¹ Mümeyyiz küçükler (13, 14 ve 15 yaşındakiler) şikâyet konusunda suskun kalırlarsa kanuni temsilcileri (veli-vasi-kayyım) onlar adına bu hakkı kullanırlar.¹² Mağdur ile kanuni temsilci arasında menfaat çatışması bulunması halinde MK'nın 16, 426/2. maddeleri gereğince mağdura kayyum atanır.¹³

III. Şikâyet Belli Bir Sürede Yapılmalıdır

Şikâyet süresi altı ay olarak kabul edilmiştir. Bu altı aylık sürenin başlangıcı suçtan zarar görenin "*fiil ve faili*" öğrendiği günden başlar. Bundan çıkan sonuca göre şikâyet hakkı olan sadece fiilin öğrenmesi halinde süre henüz işlemeye başlamamıştır. Sürenin başlaması için hem failin, hem de fiilin öğrenilmesi aranmıştır.¹⁴ Şikâyet hakkının o suç için kanunda öngörülen zamanaşımı süresi içinde kullanılması gerekir.

Faillerin birden fazla olması halinde bunlardan birisinin öğrenilmesi sürenin başlangıcı için yeterlidir. Kusuru olmaksızın bu sürenin

¹⁰ CMK.158/6.

¹¹ "Mağdurenin aşamalarda; sarkıntılık suçundan dolayı sanıktan şikâyetçi olduğu anlaşılma ile birlikte babasının şikâyetçi olmadığı, bu nedenle mağdurenin nüfus kaydı getirilip, mağdure 15 yaşını bitirmemişse, mağdurenin mümeyyiz olup olmadığı doktor raporuyla tespit edilip mümeyyiz ise şikâyetinin geçerli sayılacağı, mümeyyiz değilse geçerli sayılmayacağına gözetilmemesi." (5.CD. 12.04.2006/4358-3112)

¹² 15.04.1942.14/9 İBK.

¹³ "Velayeti kendinden olan çocuğu dövmekten sanık annenin kanuni mümessil olarak mağduru temsil etmesi nedeniyle belirlenen çıkar çatışması dolayısıyla sulh hakiminden bu dava için kayyum atanması sağlanmalı ve husumet izni alındıktan sonra şikâyet hakkının kullanılması hususu beklenmelidir." (2 CD. 20.12.2005/24169-30095)

¹⁴ "Bedelsiz kalan senedi tahsile koymak suçunun takibinin şikâyeteye bağlı olup şikâyetçilerin ödeme emrinin tebliğ edildiği 22.08.2000 günü suçu öğrenmelerine karşın 6 aylık süre geçtikten sonra 03.10.2001 günü şikâyetinde buldukları gözetilmeden kamu davasının düşürülmesi yerine yazılı şekilde sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmesi." (11.CD. 02.2006/1723-607)

geçirilmesi halinde eski hale getirmeden yararlanılarak bu hak kullanılabilir.¹⁵ Şikâyet hakkı olanlardan birisi bu süreyi geçirse bile diğerleri kendileri bakımından işleyen sürede bu haklarını kullanabilirler.

Şikâyet süresi içinde kamu davasına katılma talebi aynı zamanda süresinde şikâyet olarak da kabul edilir.¹⁶

IV. Şikâyet Hakkı, Kanun'un Öngördüğü İlgili Makamlara Yapılmalıdır

Şikâyetin yapılması ile ilgili düzenleme yeni CMK'nın "ihbar ve şikâyet" başlıklı 158. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığı'na veya kolluk makamlarına yapılabilir. Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilir. İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. Şikâyet için belli kalıpların kullanılması aranmamakta, "şikâyetçiyim", "davacıyım", "cezalandırılmasını istiyorum" beyanları yeterlidir. Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.

Kanun'un öngördüğü makamların¹⁷ dışındaki bir mercie yapılan şikâyetler geçerli bir makama yapılmadığından, bu kurumlar tarafın-

¹⁵ CMK madde 40- (1) Kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi, eski hale getirme isteminde bulunabilir.

¹⁶ "Suç tarihinde 14 yaşında bulunan mağdure ile anne babasının usulüne uygun şikâyetleri olmadığı gibi süresi içinde kamu davasına katılma istemleri de bulunmadığından kamu davasının düşmesi yerine mağdureden bir yaş büyük ablasının şikâyetine dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması." (5.CD. 11.05.2006/7364-4151)

¹⁷ Kanun şikâyet için şu makamları yetkili ve görevli saymış ve bunlara yapılan bir bildirim geçerli bir şikâyet olduğunu kabul etmiştir.

Bunlar:

- a. Cumhuriyet Başsavcılığı.
- b. Kolluk makamları (Polis, Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı).
- c. Valilik.
- d. Kaymakamlık.
- e. Mahkemeler.
- f. Yurt dışı Türk konsoloslukları.
- g. Yurt dışındaki Tür elçilikler.

dan yetkili makamlara gönderilmemişse kanunun öngördüğü makalara usulüne uygun olarak yeniden şikâyet yapılmalıdır.¹⁸

V. Şikâyet Fiile Yöneliktir

Şikâyetin sadece fiil belirtilerek de yapılması yeterlidir. Faili bildirme zorunluluğu yoktur. Şikâyetin fiile yönelik olmasının sonuçları şunlardır:

a. Suçtan zarar görenin, suç faili olarak belirli bir kimseyi göstermek zorunda olmaması ve hatta failer konusunda yanılığının önemli bulunmaması.

b. Şikâyet edenin fiil hakkındaki nitelendirmesinin herhangi bir önemi yoktur. Şikâyet eden fiili şikâyet eder, fiili vasıflandırması mümkün olmayabilir. Bu hâkimin görevidir.

c. Şikâyetin bölünememesi. Şikâyet edilen husus bir fiil olduğundan, fiili işleyenler birden fazla ise şikâyet bölünerek birkaç kişi şikâyet edilerek bir kaç hâric tutulamaz. Şikâyet diğer şeriklere kendiliğinden sirayet eder.^{19, 20}

VI. Şikâyet Bir Hak Olup Bu Haktan Her Zaman Vazgeçilebilir

Şikâyet hakkını kullanan kişi bu hakkından her zaman vazgeçebilir. Vazgeçme²¹ dava aşamasında ise (kovuşturma) kanun karşı tarafın, yani sanığın vazgeçmeyi kabule bağladığı durumlarda sanık vazgeçmeyi kabul etmezse davaya devam edilecek ve yargılama sonunda sanığın suçu işlemediği anlaşılırsa sanığın beraatine, suçun sübuta erdiği anlaşılırsa vazgeçme nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilecektir. Kanun hangi suçlarda vazgeçmeyi sanığın muvafakatına

¹⁸ "Şikâyetçiler... İlköğretim Okulu müdürlüğüne verdikleri dilekçeler ve muhakkike ifade verirken şikâyetçi olduklarını söylemeleri ile 765 sayılı TCK'nın 108, 5237 sayılı yeni TCK'nın 73/1. maddesi uyarınca altı aylık hak düşürücü süreden sonra 08.05.2001 günlü oturumda tutanağa geçirilen beyanların hukuki sonuç doğurmayacağı cihetle CMK'nın 223/8. maddesi gereğince açılan kamu davasının düşürülmesi yerine yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (5.CD. 26.09.2005/8074-20226)

¹⁹ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler; Ankara 2007, s.91.

²⁰ Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler; Ankara 2005, s.193.

²¹ Şikâyetten vazgeçme: Önceden yapılmış olan şikâyetin geri alınması ve geçersiz sayılmasının istenmesidir.

bağladığını açıkça belirtmemiştir. 765 sayılı TCK zamanında bunlar uygulama ile oluşturulmuş idi ki kabule bağlı olmayanlar 456/4 (basit yaralama), 482 (hakaret) çocuk K (m. 24), kabule bağlı olanlar ise 421 (söz atma), 516/ilk (nası ızzar), 508 (emniyeti suiistimal) suçları idi. Yeni kanun bakımından da kıyasen bu uygulama devam ettirilebilir. Kovuşturma aşamasında vazgeçme beyanının alındığı duruşmalarda bu beyan sanığa sorularak vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulacaktır. Eğer sanık davayı takip etmiyorsa sanığın çağrılıp sorulmasına gerek yoktur, verilen düşme kararına itiraz etmediği (kanun yoluna başvurmadığı hallerde) vazgeçmeyi kabul etmiş sayılır.²²

Soruşturma aşamasında ise şikâyet hakkından feragat²³ ise kabule bağlı değildir.

Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz. Vazgeçmenin açık bir şekilde belirtilmesi gerekir. Yoksa aleyhe yorumlama ile şahsi hak talebi kısıtlanmamalı.²⁴ Çünkü suç filleri aynı zamanda borçlar hukuku anlamında da haksız fiil oluştururlar.²⁵

²² "Sanıkların yokluklarında gerçekleşen vazgeçme üzerine 765 sayılı TCK'nın 99/son maddesi uyarınca vazgeçmeyi kabul edip etmeyeceklerinin sanıklardan sorulmaması, gıyabi hükmün tebliğine rağmen sanıklar tarafından temyiz edilmeyerek şikâyetten vazgeçmenin kabul edilmiş olması karşısında, şikâyetten vazgeçme nedeniyle davanın, aynı yasanın 508 ve 99. maddeleri uyarınca düşürüldüğü gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan üst Cumhuriyet Savcısı'nın şikâyetten vazgeçme beyanının sanıktan sorulması gerektiğine yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına." (11.CD, 23.02.2006/9823-1230)

²³ Şikâyet hakkından feragat: Süresi geçmemiş ve hiç yapılmamış olan bir şikâyetin yapılmayacak olduğunun açıklanmasıdır.

²⁴ "5237 sayılı TCK'nın 89. maddesi karşısında şikâyete bağlı hale gelen sanığa atılı suç nedeniyle, mağdurun hastanede ifadesi alındığı sırada şuurunun yerinde olup olmadığı, tespit edilen bulgulara göre tıbben belirlendikten sonra şikâyetçi olmadığına dair beyanının geçerliliği tartışılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir." (9.CD, 19.06.2006/2536-3484)

²⁵ "Şikâyete tabi suçlarda, şikâyetçinin vazgeçme iradesini hiçbir duraksamaya yol açmayacak biçimde açıklaması gerekir. Açıklamalı davetiyeye rağmen duruşmaya gelmemek davadan zımnen vazgeçme olarak kabul edilemez." (Yargıtay CGK, 04.05.1992/112-134)

"Mağdurun kolluktaki ifadesinde (zararımı maddi olarak karşılamaları suretiyle şikâyetimden vazgeçerim, eğer zararımı karşılamazsa şikâyetçiyim) şeklindeki beyanı karşısında şikâyetin mevcut olduğu kabul edilip yargılamaya devam edilmelidir." (9.CD, 04.10.2006/2497-5033)

İsmail Malkoç; Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2007. Cilt 1, s.450.

Şikâyetten vazgeçme konusunda vekaletnamede açık hüküm bulunmayan hallerde vekiller şikâyetten vazgeçemezler.²⁶

Birden fazla sanığı olan bir davada şikâyetçinin, bu sanıklardan bir kısmı hakkında davaya katılıp diğerleri hakkındaki davalara müdahale etmemesi mümkün olduğu gibi tüm sanıklar hakkında müdahil olduktan sonra bir kısım sanıklar hakkındaki talebinden vazgeçmesi de mümkündür. Katılmadan vazgeçmede sirayet olmayıp suçun kamu adına takibi gereken suçlardan olması halinde sadece hakkında şikâyetten vazgeçilen sanık hakkında katılma talebi hükümsüz kalacak ve diğer sanıklar için müdahillik sıfatı devam edecektir. Suçun takibi şikâyete bağlı suçlardan bulunması ve suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda ise sirayet göz önüne alınacaktır.²⁷

Şikâyetten vazgeçmeden sonra bu vazgeçmeyi geri alma yani vazgeçmeden vazgeçme mümkün değildir.²⁸

²⁶ "Vekaletnamesinde feragat yetkisi olduğu anlaşılan müdahil vekilinin hükmünden sonra verdiği dilekçesiyle şikâyetten vazgeçtiği anlaşılmış ise de, cezanın miktar ve nevi itibarıyla kararın kesin olması ve 765 sayılı TCK'nın 99 (5237 sayılı TCK73/4) maddesi uyarınca hüküm kesinleştikten sonraki vazgeçmenin cezanın infazına engel olmayacağı." (2.CD. 31.10.2006/3391-17195)

²⁷ "Takibi şikâyete bağlı suçlarda mümeyyiz mağdurenin şikâyet hakkının bulunduğu, 18 yaşından küçük olduğundan vazgeçmenin ancak velisinin muvafakati ile hüküm ifade edeceği nazara alındığında, müştekinin şikâyetten vazgeçmesine velisinin muvafakat edip etmediği sorularak muvafakat ederse düşme kararı, aksi halde duruşmaya devamla sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik soruşturmayla hüküm kurulması." (5.CD. 05.10.2000/1457-4768)

Bakıcır age. s.1330

²⁸ "Suç tarihinde 13 yaşında olan mağdurenin mümeyyiz bulunması halinde Medeni Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarını kanuni mümessillerinin rızasına ihtiyaç duymadan kullanabileceklerinden, velisinin vaki feragatinin sonuç doğurabilmesi için mümeyyiz küçüğün muvafakatinin alınması zorunlu olduğu halde, duruşmaya çağrılıp bu konuda beyanı alınmadan düşme kararı verilmesi." (5.CD. 12.07.200/1064-4065)

"Mağdurenin getirilen nüfus kaydına göre 15 yaşından küçük ve alınacak doktor raporuna göre de mümeyyiz olmadığı saptandığı takdirde velisi olan babasının takibi şikâyete bağlı sarkıntılık suçundan ötürü hazırlıkta yaptığı şikâyetinden duruşmada vazgeçmesinin geçerli olacağı, mağdurenin 15 yaşından büyük yahut 15 yaşından küçük olmakla beraber mümeyyiz olduğunun saptanması halinde kendisinin şikâyetinin devam etmesi ve vazgeçmemesi halinde babasının vazgeçmesinin geçerli sayılmayacağı nazar alınmadan eksik soruşturmayla hüküm kurulması." (5.CD. 04.12.1997/4103-4438)

"Duruşma sırasında şikâyetçi olmadığını bildiren mağdur vekili aracılığıyla sonradan davaya katılması mümkün değildir." (CGK, 13.06.2006/9-155-158)

"Şikâyetçinin 25.07.1999 tarihli ifadesinde şikâyetten vazgeçtiği, bu vazgeçmenin geri alınmayacağı gözetilmeden, TCK'nın 99. maddesi uyarınca kamu davasının düşürülmesi

Vazgeçme doğrudan doğruya veya şarta bağlı olarak da yapılabilir. Vazgeçme şarta bağlı olduğu ve şart gerçekleşmediği takdirde, ceza davası düşürülmez. Fakat davaların seyrini, davacıların keyfine göre sürüncemede bırakmamaları için şartın yerine getirilmesi bakımından taraflara süre verilmesi uygun olur.²⁹ Kanaatimce uzlaşma kapsamındaki suçlar için şarta bağlı vazgeçme için süre verilmemeli, ancak şikâyete tabi olup uzlaşma kapsamında olmayan suçlar için makul bir sürenin verilmesi gerekir.³⁰

VII. Genellikle Şikâyete Tabi Olan Suçlar Uzlaşma Kapsamında Olmakla Birlikte Bir Kısım Suçlar Uzlaşmaya Tabi Değildir

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni TCK ve CMK ceza mevzuatımıza uzlaşma kurumunu getirmiştir. Bu düzenleme ile mevzuatımıza bugün artık batı hukukunun kabul ettiği ve Birleşmiş Milletlerce mevzuata sokulması tavsiye edilen yepyeni bir kurum, uzlaşma (mediation) getirilmiş olmaktadır. İşlendiği iddia edilen bir suçtan dolayı fail ve mağdur arasında oluşan çekişmenin, mağduriyetin giderilmesi ile ortadan kaldırılmasını amaçlayan uzlaşma kurumu, CMK'nın 253, 254 ve 255. maddelerinde düzenlenmişti. Yapılan düzenlemede istenilen verimli sonucun alınmaması üzerine 5560 sayılı kanunla maddeler yeniden değiştirilerek sistemin iyi yürütmesi amaçlanmıştır.³¹

Uzlaşma ile fail işlediği suçun sorumluluğunu kabul edip üstlenerek, suçun sonuçlarını da gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olmaktadır. Failin ceza sorumluluğu saptanıp za-

yerine mahkumiyete karar verilmesi.” (11.CD. 02.04.2002/2237-2719)

“Katılanın 05.04.2003 tarihli kollağa müracaatında sanık hakkında şikâyetçi olmadığını belirttiği ve bundan dönülemeyeceği gözetilmeden takibi şikâyete bağlı emniyeti suiistimal suçundan açılan kamu davasınının 765 sayılı TCK'nın 99 ve 1412 sayılı CMUK'nın 253 ve (5237 sayılı TCK'nın 73 ve 5271 sayılı CMK'nın 223) maddeleri gereğince düşürülmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde sanığın beraatine karar verilmesi... Düşürülmesine.” (11.CD.28.11.2006/7420-9607)

²⁹ Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 5. Baskı.Cilt 1, s.1081.

³⁰ *“Mağdur Hamdi'nin 30.09.2003 tarihli kolluk ifadesindeki “zararımı maddi olarak karşılamaları suretiyle şikâyetimden vazgeçerim, eğer zararım karşılamazlarsa şikâyetçiyim” şeklindeki beyanı karşısında şikâyetin mevcut olduğu kabul edilip yargılamaya devam edilmesi yerine değerlendirmede yanılığa düşülmesi” (9.CD. 04.10.2006/2497-5033).*

³¹ 5560 sayılı kanun R.G.19.12.2006/26381.

rarın giderilmesi için gereken de yapılmış bulunacağından hem adalet yerine getirilmiş olacak, fiille ihlâl edilmiş olan hukuk kurallarının geçerliliği vurgulanacak ve dolayısıyla kamusal barışın yeniden kurulmasına hizmet edilecek ve ayrıca devlet, yaptırım uygulamak yönünden katlanacağı birçok masraftan da kurtulmuş olacaktır. Bu çeşit uygulamalara “*onarıcı adalet*” denilmektedir.³²

19 Aralık 2006 tarihine kadar yürürlükte olan uzlaşma hükümlerine nazaran yeni düzenleme bir kısım suçlar bakımından uzlaşmayı mümkün kılsa bile³³ TCK anlamında uygulama alanını daraltmıştır.³⁴ Düzenleme hem TCK hem de CMK’da yapılmış iken son değişiklikle TCK’daki düzenleme kaldırılmış ve böylece müessese tamamıyla uygulama hukuku alanına alınmıştır.³⁵

Fail veya mağdurun özgür iradeleriyle uzlaşma teklifini kabul ettiklerinden söz edilebilmesi için, uzlaşmanın hüküm ve sonuçları konusunda kendilerinin aydınlatılmış olması gerekir. Bu konuda hiçbir bilgisi olmayan kişinin iradesini özgür olarak kullandığı söylenemez. Diğer taraftan, bir kişinin uzlaştığından söz edilebilmesi için, uzlaşma iradesinin açık ve duraksamasız biçimde ortaya koymuş olması zorunludur. Bu nedenle şikâyetten vazgeçme veya zararı yahut talebi

³² CMK m. 253. maddenin gerekçesinden.

³³ CMK madde 253/1-b- Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanunu’nda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239), suçları bakımından şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur.

³⁴ CMK m. 253/3-Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. (CMK.253/3)

³⁵ 1 Haziran 2005 -19 Aralık 2006 tarihine kadar yürürlükte olan TCK’daki düzenleme:

Madde 73/8- Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.

olmadığını söyleme biçiminde ki açıklamalar uzlaşma iradesi yerine geçmeyecektir. Yargıtay'ın uygulamaları da bu yöndedir.³⁶

5560 sayılı kanunla yapılan düzenleme sonucu 19 Aralık 2006 tarihinden sonra işlenen ve şikâyete tabi olan ancak uzlaşma kapsamında olmayan suçlar:³⁷

1. Cinsel saldırı (m. 102/1, 2. ikinci cümle).
2. Reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104/1).
3. Cinsel taciz (m. 105/1).
4. Hırsızlık (m. 141). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin aleyhine işlenmesi halinde.
5. Nitelikli hırsızlık (m. 142/1, 2, 3). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin aleyhine işlenmesi halinde.
6. Hırsızlık suçlarında daha az cezayı gerektiren haller (m. 144/1).
7. Kullanma hırsızlığı (m. 146/1).
8. Mala zarar verme (m. 151/1, 2).
9. Mala zarar vermenin nitelikli halleri (m. 152/1, 2). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.
10. Güveni kötüye kullanma (m. 155/1, 2).
11. Dolandırıcılık (m. 157/1). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.
12. Nitelikli dolandırıcılık (m. 158/1, 2). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.
13. Dolandırıcılıkta daha az cezayı gerektiren hal (m. 159/1).
14. Hileli iflas (m. 161/1). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.

³⁶ Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökçan, Uzlaşma ve Önödeme, Ankara 2007, s.141. *"Kendisine uzlaşma işleminden hiç bahsedilmeyen müşteki Tayfun D.'nin şikâyetçi olmadığını, zarar ve ziyanının bulunmadığını bildirmesi üzerine sanığın uzlaşmayı kabul ettiği ve tarafların uzlaştığı gerekçesiyle salt sanığın uzlaşmayı kabul ettiğine ilişkin beyanı yeterli görülerek, eksik ve usulüne uygun olmayan işleme dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması."* (2.CD.12.03.2007/1771-3681)

³⁷ Ancak bu tarihe kadar işlenen bu suçlarda uzlaşma prosedürü uygulanacaktır.

15. Taksirli iflas (m. 162/1). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.

16. Karşılıksız yararlanma (m. 163/1, 2). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.

17. Yabancı devlet başkanına karşı suç (m. 340/2-Mağdur gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olmadığından uzlaşma kapsamında değil).

18. Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret (m. 341/2- Mağdur gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olmadığından uzlaşma kapsamında değil).

19. 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesindeki suç (Yargıtay'ın kararı ile uzlaşma kapsamında değil).³⁸

³⁸ 1 Haziran 2005'ten 29.12.2006 tarihine kadar yürürlükte olan uzlaşma hükümlerinden iyi sonuçlar alınmaması sebebiyle yeni hükümler getirilmiştir. Kanaatimce kişiler aleyhine işlenen suçlar bakımından yelpazeyi daha da geniş tutmak gerekirdi. Bu haliyle de iyi bir netice alınması için yapılması gerekenleri şu başlıklar altında sıralayabiliriz.

1. Uygulayıcılar, bilhassa Cumhuriyet savcılarının bu müessesesinin uygulanmasının faydasına inanmaları gerekir. Sayın Cumhuriyet savcıları ellerindeki evrakı bir an önce çıkarmak için uğraşmamalı, yapacağı biraz fazla çalışmanın mahkemelerdeki dava sayısını azaltacağını, bu azalmaya bağlı olarak da daha sonraki günlerde kendi işlerinin de rahatlayacağını düşünmeleri gerekir. Çünkü bu uyumsuzluklar daha sonra önlerine duruşması takip edilecek dava dosyası, ara kararları yerine getirilecek ve infazı yapılacak işler olarak çıkacaktır. Bu prosedürün başarılı yürütülmesinin mağdurun korunmasına, haklarının alınmasına yardımcı olduğunu hatırlarından çıkarmamaları gerekir.

2. Olayın sığağı sığağına uzlaşma teklifinde bulunulmamalı. Hepimiz uygulamadan biliyoruz ki olayın ilk saatlerinde veya ilk günlerinde taraflar birbirlerine karşı çok acımasız, kin ve nefretle bakmaktadırlar. Bu aşamada yapılacak bir uzlaşma teklifinin bütün taraflarca reddedilme yüzdesi yüksektir. Zaman geçince taraflar daha akli selimle düşünebilmekte ve birbirlerini anlayabilmektedirler. Şikâyete tabi suçların, hatta tabi olmayan çok ağır suçlarda bile yargılamada mağdurların şikâyetlerini geri aldıkları bilinen bir gerçektir. Bundan dolayı uzlaşma teklifi götürülecek kişilerin haberleşme bilgileri en detaylı şekilde baştan alınmalı ki daha sonra kişilere ulaşılmada zorluklarla karşılaşılmasın. İş çok sürüncemede bırakmadan makul bir süre sonra uzlaşma teklifi yapılmalıdır.

3. Cumhuriyet savcıları uzlaştırmayı yapacak elemanları (baroya kayıtlı avukatlar, emekli hakim ve savcılar, hukuk fakültesi mezunu diğer kişileri) yetiştirmeli ve bu kişilerin de saygın, sözü dinlenir kişiler olmasına azami özen göstermeleri gerekir.

4. Uzlaştırmannın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukuki sonuçları muhatabın anlayacağı netlikte ve açıklıkta olmalı ve muhataba yazılı olarak da verilmelidir. (Şüpheliler suçlandığı suçla ilgili olarak alması muhtemel en üst cezalar,

VIII. Genel İlke, Şikâyete Tabi Olan Suçlarda Hüküm Kesinleşene Kadar Davadan Vazgeçilebilir

Kanun şikâyete tabi bütün suçlarda hükmün kesinleşmesine kadar şikâyetten vazgeçilebileceğini kabul etmiştir. Vazgeçme ile ceza bütün sonuçları ile ortadan kalkar. Bu tarihten sonra yani hükmün kesinleşmesinden sonra vazgeçmenin hiçbir sonuç doğurmayacağı, yani infazı engellemeyeceği kabul edilmiştir.³⁹

Buna karşılık Çek Kanunu'ndaki şikâyete tabi suçlarda ise karar kesinleşmiş olsa bile şikâyetten vazgeçilebilmekte ve ceza infaz edilmemektedir.⁴⁰

IX. Şikâyete Tabi Suçlar Ön Ödeme Kapsamına Alınmamıştır

Türk Ceza Kanunu'nun 75/1. maddesi uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere ön ödemeyi öngördüğünden şikâyete tabi

ileride muhatap olacak olduğu maddi ve manevi tazminatlar, duruşmalara gidip gelme, mahkeme masrafları ve avukatlık ücretleri abartılı olmasa bile uzlaşmaya zihnen zorlayacak şekilde kendilerine bildirilmeli, benzer bildirim mağdurlara da yapılmalıdır.)

5. Kanun uzlaşma teklifinde bulunulmasından itibaren kararın üç gün içinde bildirilmemesi halinde uzlaşma teklifinin reddedilmiş sayılacağını kabul etmiştir. Bu sürenin çok kısa olduğu nazara alınarak toleranslı davranılmalı, mazeretler kabul edilmelidir. İlgililerin zaman kazanmalarına göz yumulmalıdır. Kaldı ki süre dolmuş olmasına, yani uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilecekleri kanunda belirtilmesi karşısında zamana hapsolmemek gerekir. Keşke bu süre karar verilmesine kadar taraflarca belgelenmesi halinde bunlara da değer verilip uzlaşmanın yapıldığı kabul edilseydi.

6. Teftiş yönetmeliğinde değişiklik yapılarak Cumhuriyet savcılarının uzlaştırmadaki başarı performansları, sonuçlandırdıkları işler artı puanla ayrıca değerlendirilmeye tabi tutulmalı. Hatta bu işi ciddiye alıp uygulayan Cumhuriyet savcıları maddi ve manevi olarak ödüllendirilmeli.

7. Yukarıda da belirttiğimiz gibi uzlaşma teklifinden itibaren üç gün içinde cevap verilmesi şart koşulduğundan, uzlaşma teklifinin haftanın Çarşamba günü yapılması ile bu süre 6 güne kadar çıkarılabilir. Böylece zaman kazanılmış olur.

³⁹ Sanığın eylemine uyan 765 sayılı TCK'nın 456/4. maddesinde ve 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde düzenlenen basit yaralama suçu her iki kanuna göre de şikâyete tabi olup kararın kesinleşmesine kadar vazgeçme hüküm ifade eder. Verilen kararın kesinleşmesinden sonra vazgeçme nedeniyle davanın düşürülmesine karar verilmesi mümkün değildir. (2.CD. 04.07.2006/6344-12921)

⁴⁰ 3167 sayılı kanun madde -16/3- Hükümün kesinleşmesinden sonra şikâyetten vazgeçildiğinde de, hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkar.

olan bir suçun uzlaşma kapsamında olması halinde bu suç için ön ödeme çıkarılamayacaktır.⁴¹ Böylece şikâyete tabi olan suçlar hakkında uzlaşma kapsamında ise ön ödeme yolu kapatılmıştır.⁴² 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda halen iki suç ön ödeme kapsamındadır. Bunlardan biri çevreyi taksirle kirletme suçunu düzenleyen 182. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki suçtur. Bu fıkra göre *“Çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesine taksirle neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır”* hükmü diğeri ise 289. maddedeki yedi eminlik yükümlülüğüne aykırı davranışı düzenleyen üçüncü fıkrasındaki suçtur. Bu fıkra göre de *“Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle el konulmuş olan malın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle kaybolmasına veya bozulmasına neden olan kişi, adli para cezası ile cezalandırılır.”*

Özel kanunlarda ön ödeme kapsamında olmasına (*adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı*

⁴¹ Madde 75/1-(1) Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçların faili;

a. Adli para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını,

b. Hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için yirmi Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı,

c. Hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adli para cezasının aşağı sınırını, Soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz.

⁴² Yeni Türk Ceza Kanunu'nda uzlaşmaya tabi suç sayısının fazla olmasına rağmen, tatbikattaki zorluk, bürokratik işlem fazlalığı ve bunun doğal sonucu olarak zaman kaybı, uzlaşmacıya ödenmesi gereken ücretin yüksekliği, bazı yer baro başkanlıklarınca söz konusu ücretlerin ödenmesinde gecikme olması gibi nedenlerle avukat görevlendirme işine sıcak bakılmaması ve olayın hemen akabinde tarafların birbirleri ile uzlaşmaktan kaçınmaları ve özellikle şüphelinin *“Ben zaten suç işlemedim ki neden uzlaşıp, birde karşı tarafa para verecekmişim”* türünden savunmalarla uzlaşmaya yaklaşmaması ve bu durumda da bu suçların ön ödeme kapsamı dışında tutulması gibi nedenlerle uzlaşma kurumunun uygulamada pek fazla rağbet görmediği, ön ödemenin daha pratik ve kolay olması, usul ekonomisi ilkesine daha uygun olması gibi nedenlerle uygulanabilirliği daha fazladır. Bu nedenle şikâyete bağlı suçlarda, mağdurun kötü niyetli olduğunun tespiti veya meydana gelen zararın büyüklüğü ve olayın oluşu ve şüpheli ile mağdur arasındaki ilişki de dikkate alınarak, uzlaşmanın çeşitli nedenlerle uygulanmadığı bazı hallerde, ön ödeme uygulamasının yolu açılmalı ayrıca ön ödemenin uygulama alanı genişletilmelidir (Özkan Gültekin, Yeni Türk Ceza Hukukunda Ön ödeme ve Uygulaması, Ceza Hukuku Dergisi, (CHD) sayı 5, Aralık 2007).

üç ayı aşmayan suçlar) rağmen şikâyete tabi olup uzlaşma uygulanacak olduğundan ön ödeme uygulanamayacak suçlar şunlardır:

1. 2822 sayılı *Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu*, madde 80/2'deki suç.

2. 3573 sayılı *Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanunu*'nun 14/3. maddesindeki suç.

3. 5042 sayılı *Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanunu*'nun 66. maddesi (b) bentlerinde düzenlenen suç.

X. Şikâyete Tabi Suçlar için Yakalamada İstisnalar Getirilmiştir

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesi yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemleri belirtmektedir. Maddenin 1. fıkrasında herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılacak haller gösterilmiştir. Bunlar:

a. Kişiye suçu işlerken rastlanması.

b. Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması.

Yine aynı maddenin 3. fıkrasında ise şikâyete tabi suçlarda yakalama düzenlenmiştir. Bu fıkra göre genel ilke şikâyete tabi suçlarda herkes tarafından birinci fıkradaki gibi yakalamanın yapılamayacağıdır. Bunun yanında kolluk görevlileri de şikâyete tabi suçlarda suçüstü hali olsa bile yakalama yapamayacaklardır. Ancak şikâyet varsa yakalama yapabileceklerdir. Fıkra kolluk görevlileri bakımında şikâyete tabi suçlar bakımından istisna getirmiştir. Bu da şikâyete tabi suçlar çocuklar, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı suçun işlenmesi halinde şikâyet şartı aranmaksızın kolluk yakalama yapabileceklerdir.

XI. Şikâyete Tabi Suçlar için Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kabul Edilmiştir

19 Aralık 2006 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı kanunla değişik CMK'nın 171. maddesine göre Cumhuriyet Savcısına yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davasının açılmasını beş yıl süreyle erteleme yetkisi verilmiştir. Maddenin 2. fıkrasına göre erte-

leme kararı verilebilmesi için (uzlaşma olmaması halinde) işlenen suçun;

a. Soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı olmalı.

b. Bu suçun, yani soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı suçun, üst sınırı bir veya bir yıldan daha az süreli hapis cezasını gerektirmeli.

Türk Ceza Kanunu'nda soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı olup üst sınırı bir yılı aşmayan suçlar şu maddelerde düzenlenmiştir:

1. Basit yaralama (m. 86/2).
2. Taksirle yaralama (m. 89/1).
3. Tehdit (m. 106/1-ikinci cümle).
4. Konut dokunulmazlığın ihlali (m. 116/2).
5. Kişilerin huzur ve sükununu bozma (m. 123/1).
6. Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (m. 133/1, 2).
7. Hırsızlık suçlarında daha az cezayı gerektiren haller (m. 144/1).
8. Dolandırıcılıkta daha az cezayı gerektiren hal (m. 159/1).
9. Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf (m. 160/1).
10. Karşılıksız yararlanma (m. 163/1,2). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.
11. Bilgi vermeme (m. 166/1). Kanun'un 167/2 maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde.
12. Açığa imzanın kötüye kullanılması (m. 209/1).
13. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (m. 233/1).
14. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (m. 234/3).

XII. Şikâyet Hakkı Sahibine Davaya Katılma Hakkı Verilmiştir

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237. maddesi kamu davasına katılma başlığı altında "Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler." şeklinde düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla şikâyete tabi suçlarda şikâyet hakkını kullanan kişi suç mağduru ve suçtan zarar gören olduğu için açılan kamu davasına katılma hakkı vardır.⁴³

XIII. Şikâyet Hakkı Sahibine Yargılamada Haklar Tanınmıştır

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. maddesi mağdur ve şikâyetçinin haklarını düzenlemiştir. Mağdur olan veya suçtan zarar gören şikâyet hakkı sahibine tanınan haklar şu başlıklar altında düzenlenmiştir.

a. Soruşturma evresinde;

1. Delillerin toplanmasını isteme,

2. Soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet Savcısından belge örneği isteme,

3. Vekili yoksa baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme,

4. 153. maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve el konulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme,

5. Cumhuriyet Savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma.

b. Kovuşturma evresinde;

1. Duruşmadan haberdar edilme,

2. Kamu davasına katılma,

3. Tutanak ve belgelerden vekili aracılığı ile örnek isteme,

⁴³ "Talimatla ifadesi alınan mağdurenin şikâyetçi olduğunu beyan etmesine ve 06.07.2005 tarihli oturumunda mağdurenin beyanlarına iştirak ettiğini belirten mağdure vekiline CMK 238/2. maddesi açık hükmü karşısında davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulmaması." (5.CD, 21.6.2006/6349-5870)

4. Tanıkların davetini isteme,
5. Vekili yoksa baro tarafından kendisine avukat atanmasını isteme,

XIV. Şikâyet Benzeri Soruşturma Kurumlarından Farklıdır

Ceza yargılamasında şikâyete benzer olsa bile sonuçları farklı bazı kurumlar vardır. Bunlar fail veya mağdur dışında kalan bir organ veya kişinin soruşturma ve kovuşturma arzusunu ortaya koymasındadır.

Bunlar izin veya talep, karar, mütalaa ve yazılı başvuru kurumlarıdır. Bunların şikâyetten farkı geri alınamamalarıdır. İradenin belirtilmesiyle soruşturma başlar ve hükümle (kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar) sonuçlanır.

1. İzin veya Talep

Kanun bazı suçların soruşturma ve kovuşturmasının yapılabilmesi için Adalet Bakanı'nın izin vermesini veya talepte bulunmasını aramıştır. Bu izin veya talebin bulunmaması halinde dava açılmayacağı gibi açılmış bulunan davaya da devam edilemez. İzin verilmesi veya talebin yapılması için her hangi bir süre öngörülmemiştir.

Kovuşturması izne bağlı suçlar:

1. TCK'nın 299. maddesindeki Cumhurbaşkanına hakaret suçu.
2. TCK'nın 305/2. maddesindeki savaş hali dışında temel milli yararlar karşı işlenen suçlar.

3. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkında Kanun: Bu kanun gereğince memur ve kamu görevlilerinin görev nedeniyle işlemiş oldukları görev suçlarının soruşturulabilmesi için izin verilmesi gerekir. Ancak burada izni veren makam Adalet Bakanı değil, kamu görevlisinin bağlı bulunduğu kurumun üst amiridir.

Kovuşturması talebe bağlı suçlar:

1. TCK'nın 12. maddesindeki yabancılar tarafından yabancı ülkelerde işlenen suçlar.

2. TCK'nın 13/2. maddesindeki yabancı ve vatandaş tarafından işlenen suçlar.

2. Karar

Anayasa'nın 83/2. maddesinde, seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen milletvekili aleyhine dokunulmazlığı kaldırılmadıkça yapılamayacak muhakeme hukuku işlemleri sayılmıştır. Bunlar yakalama, sorguya çekme, tutuklama ve yargılamadır. İşte milletvekillerinin geçici dokunulmazlık kapsamına giren fiilleri sebebiyle anayasa 83/2'de belirtilen "muhakeme işlemleri"nin yapılabilmesi için TBMM'nin milletvekilinin dokunulmazlığını kaldırılmasına "karar" vermesi gerekir. Anayasa madde 112 gereğince TBMM dışından atanmış olan yani milletvekili olmayan bakanlar için de aynı esaslar geçerlidir.⁴⁴

3. Yabancı Hükümetin Talebi

Türk Ceza Kanunu'nun 11/2. maddesine göre vatandaş tarafından yabancı ülkede işlenen ve alt sınırı bir yıldan az olan suçlar için yargılama yapılabilmesi için zarar görenin veya yabancı hükümetin şikâyet şartı aranmıştır.

Yine kanununun 340 ve 341. maddelerinde düzenlenen suçlarda yabancı devletin şikâyeti aranmıştır.

Kanunun 340. maddesinde "Yabancı Devlet Başkanına Karşı Suç" başlığı altında düzenlemesi şu şekildedir: "Yabancı devletlerden birinin başkanına karşı bir suç işleyen kişiye verilecek ceza, sekizde biri oranında artırılır. Suçun müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur. Fiil, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardan ise, soruşturma ve kovuşturma yabancı devletin şikâyetine bağlıdır." 341. maddedeki düzenleme ise "Yabancı Devlet Bayrağına Karşı Hakaret" başlığı altında şu şekildedir. "Resmen çekilmiş olan yabancı devlet bayrağını veya diğer egemenlik alametlerini alenen tahkir eden kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. Bu suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması, ilgili devletin şikâyetine bağlıdır."

⁴⁴ Demirbaş, a. g. e., s. 190.

4. Mütalaa

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde vergi kaçakçılığı suçları, 360. maddesinde ise bu suçlara iştirak hali düzenlenmiştir. Kanun'un 367. maddesinde "Yaptıkları inceleme sırasında 359 ve 360. maddelerde yazılı kaçakçılık veya iştirak suçlarını tespit eden maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların muavinleri ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri tarafından doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu vergi dairesi başkanlığının veya defterdarlığın mütalaasıyla, keyfiyetin yetkili Cumhuriyet savcılığına bildirilmesi mecburidir.

Yukarıda belirtilen kaçakçılık suçunun işlendiğine sair suretlerle ittila hasıl eden Cumhuriyet savcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder.

Amme davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesine talik olunur." Görüldüğü gibi kamu davasının açılması için madde de sayılanların dışındaki yetkili kişiler (diğer memurlar) vergi dairesi veya defterdarlığın mütalaaı olmadan tespit ettikleri suçları Cumhuriyet savcılığına bildirmeleri halinde kamu davası açılmıyor.

5. Yazılı Başvuru

Bazı özel kanunlarda, Cumhuriyet Savcısının harekete geçmesi için ilgili kurumun başvuru şartı aranmaktadır. Bu başvurular olmadığı zaman işlenen suç resen kovuşturmayı gerektirecek suçlar olmasına rağmen kanun koyucu çeşitli düşüncelerle ilgili kurumun yazılı başvurusunu aramıştır. Başvuru ile soruşturma yapılmasına başlanmasına rağmen vazgeçme ile bu davalar düşmemektedir. Bu nedenle yazılı bu başvurular kendine özgü şikâyet hakkının kullanılmasıdır.⁴⁵ Halen bu başvuruların arandığı kanunlar ve ilgili maddeleri şunlardır:

a. 5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu

Madde 42/1-Bu kanunun 38., 39. ve 41. maddelerinde belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, kurum tarafından

⁴⁵ Hüsamettin Uğur, Bankacılık Kanunlarına Göre Dava Hakkı Üzerine Bir Değerlendirme. *Terazi Hukuk Dergisi*, sayı 6. s.140.

Cumhuriyet Başsavcılığına *yazılı başvuruda* bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, başvuruda bulunması halinde kurum, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır.

b. 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu

Madde 162/1-Bu kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, kurum veya fon tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına *yazılı başvuruda* bulunulmasına bağlıdır.

c. 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

Madde 49- 47. madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma yapılması, kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığına *yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru ile kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.*

Bu kanuna aykırı fiillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet Savcıları, kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilirler.

Cumhuriyet Savcıları kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilerse, kurul kendisine tebliğ edilecek bu kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre itiraza yetkilidir.

XV. Şikâyete Tabi Suçlarda

Genellikle Sulh Ceza Mahkemesi Görevlidir

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 10 maddesi Sulh Ceza Mahkemesi'nin görevli olduğu suçları belirtmektedir. Maddeye göre "*kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir.*" Genellikle şikâyete tabi suçlarda kanun maddesinde öngörülen cezaların üst sınırı iki yılın altında olduğu için görevli mahkeme sulh ceza mahkemesi

olmaktadır. Söylediğimiz gibi çoğunluk suçlar bu olmakla beraber cezası fazla olanlarda vardır. TCK'nın 102. maddenin ikinci fıkrası ikinci cümle buna örnek olarak gösterilebilir. Bu suçta ağır ceza mahkemesi görevlidir. 5846 sayılı kanununun 71 ve 72. maddelerindeki suçlarda ise asliye ceza mahkemesi görevlidir.

XVI. Şikâyete Tabi Suçlarda Genellikle Asli Zamanaşımı Sekiz Yıldır

Zamanaşımını düzenleyen TCK'nın 66. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine göre beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda zamanaşımı sekiz yıl olarak öngörülmüştür.⁴⁶ Yukarıda görevli mahkemeyi belirtirken şikâyete tabi suçların cezasının üst sınırı genellikle iki yılın altında olduğundan bu suçların büyük bir çoğunluğunda zamanaşımı sekiz yıl olarak karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda örneğini verdiğimiz TCK'nın 102. maddenin 2. fıkrasındaki istisnada olduğu gibi farklı zamanaşımına tabi suçlarda vardır.

⁴⁶ Kanun'un yaş grupları için değişik zamanaşımı süreleri kabul etmesi nazara alındığında büyükler için zamanaşımı 8 yıl, ilaveli zamanaşımı 4 yıl ve toplam zamanaşımı ise 12 yıl, fiili işlediği sırada 16, 17 ve 18 yaşındaki kişiler için asli zamanaşımı 5 yıl 4 ay, zamanaşımının uzaması 2 yıl 8 ay ve toplam zamanaşımı 8 yıl; 13, 14 ve 15 yaşındakiler için ise asli zamanaşımı 4 yıl, zamanaşımının uzaması 2 yıl ve toplam zamanaşımı ise 6 yıldır.

AİLENİN ŞİDDETEN KORUNMASI

Bilal KÖSEOĞLU*

I. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin (CEDAW) Aile Hukukumuzda ve Uygulamaya Yansıması

Türkiye Cumhuriyeti tarafından 3232 sayılı kanunla onaylanan ve iç hukuk metni haline gelen sözleşme kadınların insan haklarına dair hükümler içermekte ve kadın erkek eşitliğinin sağlanması yönünde üye devletlere yükümlülükler getirmektedir. Türkiye Cumhuriyeti sözleşmeye taraf olmakla sözleşme hükümleri artık kanun hükmündedir.

Adı geçen sözleşmeye ilişkin İhtiyari Protokol'ün onaylanması da 2002 tarih ve 4770 sayılı kanunla kabul edilmiştir. Protokol kadınlara karşı ayrımcılık incelemelerin "*Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi*" tarafından yapılacağı başvuru yolunun açık olduğunu düzenlenmektedir. İş bu komite yargılama yetkisi olmayan bir komitedir. Bu itibarla tazminat vb. incelemeler ve yargılarda bulunamamaktadır. Çekince konulamayan protokolün hükümlerine göre başvurular incelenip üye ülkelerin sözleşme yükümlülüklerini ihlal edip etmediğini kararlaştırma yetkisi komiteye tanınmaktadır.

Gerek İhtiyari Protokol ve gerekse sözleşmenin Maddi Hükümleri, Mevzuat Çerçeve Örneği, Komitenin Genel ve Özel tavsiyeleri sözleşmenin uygulanmasına yönelik olan ve üye devletler tarafından gözetilmesi gereken Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlen-

* Antalya Aile Mahkemesi Hakimi.

mesine Dair sözleşme ile ilgili ana metinlerdir. Dolayısıyla sözleşmeyi tamamlayan metinlerdir. Sözleşme hükümleri ve ihtiyari protokol artık iç hukuk metni olduğuna göre kadın haklarına ilişkin çekişmelerde uygulamacıların bahsedilen belgelere göre hareket etmek, hüküm kurmak, sorun çözmek yükümlülüklerinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Nitekim bu sözleşmeden ilham alan pek çok düzenleme Aile Hukukumuzda yer almıştır.¹

A. Temel Yükümlülükler

- Sözleşme 3. maddeye göre siyasi sosyal, ekonomik ve kültürel alanlarda her türlü hak ve özgürlüğün kullanılmasında erkek kadın eşitliğinin sağlanması,

- 4. maddeye göre erkek kadın eşitliğini sağlamak için geçici ve özel önlemlerin alınması,

- 5. maddeye göre bir cinsin üstünlüğü esasını benimseyen geleneksel ya da hukuki uygulamalar ve ön yargıların ortadan kaldırılmasına yönelik sosyal ve kültürel davranış kalıplarının geliştirilmesi,

- 6. maddeye göre kadın ticaretinin her şekli ile önlenmesi (cinsel istismar),

- 7. maddeye göre siyasi haklarda eşitlik kamu politikalarında hazırlanma ve uygulamasında eşitlik, sivil toplum kurumlarına katılmada eşitlik,

- 9. madde göre kamuyu uluslararası alanda temsilde eşitlik, çocukların tabiatı konusunda ve vatandaşlığın kazandırılmasında, değiştirilmesinde ve vatandaşlığın korunmasında eşitlik,

- 10. maddeye göre eğitimde tam bir eşitlik ve kadınlarda ki okuma yazma düşüklüğü oranının yükseltilmesine ilişkin programlar geliştirmek, kadınlara yönelik özel eğitim programları geliştirilmesi,

¹ Havutcu, A., *Evlilik Birliğinin Temsili*, Ankara 2006 s. 32; Güven K., "4320 sayılı "Ailenin Korunmasına Dair Kanun" un Getirdiği Hukuki Tedbirler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1998/1-2, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_2-sayi_1-2.pdf, Akıncı Ş., *Medeni Kanunda da Kadın ve Aile*, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_8-sayi_1-2.pdf. Hatemi, *Aile Hukuku I*, İstanbul 2005, s.90., Baydur/Erden, *Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 65, s. 90.

- 11. maddeye göre kadın ve erkeklere eşit istihdam sağlamak ve kadın olmaktan ileri gelen iş kaybı sosyal güvencelerin önlenmesine ilişkin her türlü tedbirin alınması,
- 12. maddeye göre sağlık ve sosyal güvencelerden yararlanmada tam bir eşitlik,
- 13, 14. maddeye göre her türlü sağlık ve sosyal güvenlik programında kadınların doğrudan yararlanmasını sağlayacak tedbirlerin alınması, kırsal kesimde kadınlara ilişkin yararlanma yollarını ivedilik ile açılması,
- 15. maddeye göre yargılamada sıfat itibariyle tam eşitlik sözleşme ve mülk edinmede tam eşitlik, ikametgah seçiminde tam eşitlik, miras kazanmada tam eşitlik sağlanması,
- 16. maddeye göre aile hukukunda tam eşitlik sağlanması yükümlülükleridir.

B. Sözleşmenin Aile Hukukuna Dair Hükümleri ve Uygulaması (Madde 16)²

Taraf devletlerin kadınlara karşı evlilik ve benzeri aile ilişkileri içinde ayrımların önlenmesi için kadınlara aşağıdaki hakların sağlanması yükümlülükleri bulunmaktadır.

- a. Evlenmede erkeklerle kadınlara eşit haklar sağlanması,
- b. Eş seçiminde tam bir irade ve bu şekilde evlenme hakkı,
- c. Evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında eşit hak ve sorumluluklar,
- d. Çocuklar ile ilgili konularda medeni durumlarına bakılmaksızın ana ve babaya eşit hak ve sorumluluklar (çocukların menfaati en önde olacak şekilde),
- e. Çocuk sahibi olmada yetiştirmede, çocuk sayılı ve doğumuna kadar ortak karar alma,

² Ceza Hukuku yönünden bkz. Baydur/Erdem 93 vd.

f. Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla velayet, vesayet, kayyım, evlat edinme vb. müesseselerde eşit hak ve sorumluluklar,

g. Aile adı meslek ve iş seçiminde karı ve koca için eşit kişisel haklar,

h. Bedelli veya bedelsiz mal edinme, işletme, yönetme yararlanma ve harcamadan eşit haklar,

i. Çocuğun erken yaşta nişanlanması veya evlenmesi, gibi durumlarda evlenmeye yaşının belirlenip resmi sicile kaydının tutulması için gerekli tedbirlerin alınması.

a. Evlenmede Eşitlik

MK 124'e göre erkek ve kadın onyediyi yaşını tamamlamakla evlenme hakkına kavuşmaktadır.³ Görüldüğü gibi evlenme yaşının düzenlenmesinde tam bir eşitlik söz konusudur.

Bu evlenme yaşı MK tasarısında yirmi yaş iken kanunlaşma aşamasında onyediyi olarak benimsendi. Kanaatimce mevcut durum hiç de adil ve ideal bir evlenme yaşı değildir. Çünkü evlenme öncelikle ekonomik bağımsızlığı gerektirir. Bu her iki eş açısından geçerlidir. Ekonomik bağımsızlık demek ise bir gelire ve sürekli gelir getiren bir iş-meslek sahibi olmak demektir. Bir meslek sahibi olmak için ise eğitim-öğrenim süresinin yaşanması-geçirilmesi demektir. Ülkemizde günümüz şartlarında üniversite mezunu olanlar için iş bulma yaşı otuzlu yaşlara ulaşmaktadır. Üniversite mezunu olmayanlar için ise öğrenimin sona ermesi ve işe başlama, mesleğin her yönüyle ekonomik bağımsızlık seviyesine ulaşması her halükarda yirmili yaşlarda olmaktadır. Bu durumda onyediyi yaşından sonra hemen evlenenler uygulamada genellikle rastlandığı gibi ailelerine ekonomik anlamda bağımlı kalmaktadırlar. Bir ailenin ekonomik olarak başka ailelere bağlı olması demek her zaman mali-sosyal açıdan çatlama ve ayrışmanın yaşanmasının mukadder olması demektir. Bu açıdan evlenme yaşının tasarısındaki gibi yirmi yaş olması gerekirdi.

³ Bakır, S., *Aile Mahkemeleri*, Ankara 2003 s.90.

Uygulamada olağanüstü evlenme yaşını kullanmak için “evlenmeye izin” isteyen taraf hep kız tarafı olmaktadır. Bu aileler kırsal kökenlidir. Evlenecek kız bir meslek sahibi değildir ve genellikle evleneceği erkek asgari ücret düzeyinde gelire sahiptir. Kaldı ki bu gelirler genellikle “sürekli ve sabit gelir getiren bir iş”ten kaynaklanmamaktadır. Diğer ifadeyle olağanüstü yolla evlendirilen bu “çocuklar” ilk ekonomik krizde boşanmak için mahkemeye geleceklidir. Bu tür evliliklerde kız çocukları başka bir ifadeyle karın tokluğu için evlenmeyi kabul etmektedirler. Bu amaçla gerçekleşen bir evlilik ilk krizde çatladığına göre sonuç kadınlar açısından “sözleşme” 16/1-a’ya göre tam anlamıyla bir kadın hakları ihlali olmaktadır.

Erken evlenmesine izin verilen kızlar Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne göre çocuktur. Zira onaltı yaşını henüz tamamlamışlardır. MK m. 124 ile aslında Aile Mahkemeleri çocukların evlenmesine karar vermektedir. Bu durumda MK m. 124 ile Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleri karşı karşıya geldiğinden “yasal olarak Çocuk Haklarını İhlal” ettiğimiz açıktır.

b. Tam Rıza ile Evlilik

Yukarıda açıkladığımız gibi ekonomik olarak bağımsız olmayan kız çocukları veya yetişkinlerin evlenme kararları bağımsız sayılamaz. Karın tokluğu için evlenen kadınların özgür bir şekilde eş seçtiğini benimsemek imkanı yoktur. Bugün başkalarının kararıyla evlenen kız çocuklarının sayısı çok fazladır. Bunun yanında boşanmak için gelen kadınların önemli bir kısmı eşinin bazı yönlerini evlilik öncesi bilmeden evlendiğini sonradan bazı yönlerini öğrendiğini bildirmektedir. Bunda örnek olarak diğer cins tarafında ekonomik veya cinsel anlamda sömürülmek istenen kadınların düştüğü durumu sayabiliriz. Kızların eş adayları hakkında yeterince aydınlanmadan evlenmesi sebebiyle tam bir kadın hakları ihlali yaşanmaktadır. Evlenmeye yönlendiren her türlü kandırma kadınların insan hakkı ihlalini oluşturmaktadır.

Medeniyetin belli bir zirveye ulaştığı bu yaşadığımız dönemde bile hala kız kaçırma-tecavüz edilerek evlenmeye zorlama olayları yaşanmaktadır. Bu tür durumlarda elbette rıza dışı evlilik söz konusudur. Bu tür evlilikler sözleşmeye açıkça aykırıdır. MK m. 145-155 ile bu

tür “tam rıza olmaksızın” gerçekleşen evlilikler mutlak ve nispi butlan yollarıyla sona erdirilmesini düzenlemektedir.

c. Evlilikte ve Evliliğin Sona Ermesinde Eşit Hak ve Yükümlülükler

Yeni MK eşlerin mutlak eşitliğini benimsemektedir. Ancak bu eşitlik aslında haklar açısından geçerlidir. Eşlerin birbirine karşı hak iddialarında mutlak eşitlik geçerlidir. Aynı durum eşlerin yükümlülükleri açısından geçerli değildir. MK m. 185 ve 186 ile zımni bir ayırım söz konusudur. Eşler mutluluğu birlikte sağlamak, çocukları birlikte yetiştirmek, konutu birlikte seçmek, beraber yaşamak zorundadırlar... Evlilik birliğinin giderlerine ise güçleri oranında “emek” ve “malvarlıkları” ile katılırlar. Bu demektir ki bağımsız geliri olmayan eş birlik giderlerine emeği ile katılacak ve onun için mali anlamda parasıyla birliğin masrafına katılmak mutlak yükümlülüğü yoktur. O halde yükümlülükler açısından eşlerin eşitliği mutlak değildir. Bu anlamda metin olarak değerlendirdiğimizde sözleşme metninde eşitlik konusunun daha teknik ve düzenli biçimde yazıldığını söylemeliyiz.

Sözleşmenin bu hükmünün uygulamada nasıl yaşandığı ve kadın haklarının ihlal edilip edilmediğinin tartışmasına gelince, en önemli sorunun eşlerin nafaka sorunu olduğunu görmekteyiz. Kadınların bilgilendirme seviyesi yükseldikçe konut sorunlarının da yargıya daha fazla yansımakta olduğunu söyleyebiliriz (MK m. 194-195).

1. Nafaka

a. İştirak Nafakasında

Evlilik dışı doğan çocuklar için de iştirak nafakasına hükmedilmelidir (MK m. 332, 333).⁴

⁴ Öztan, B., *Aile Hukuku*, 2004 s. 500 vd, Akıntürk, T., *Aile Hukuku* (6.Bası) s. 307. “...Kural olarak velayet hakkı kendisine verilmeyen eşin, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine “gücü” oranında katkıda bulunması gerekir (TMK m. 182). Bununla birlikte çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin ana ve baba tarafından müşterek karşılanması da ilke olarak kabul edilmiştir (TMK m. 327). Dolayısıyla iştirak nafakasının; çocuğun yaşı, eğitim durumu, günün ekonomik koşullarındaki paranın alım gücü ile genel ihtiyaçlarına uygun olarak ana babanın mali durumları gözetilmek suretiyle takdiri gerekir...” (2.HD 11.07.2006 2006/8095 2006/9575).

Ancak MK hükümlerinde evlilik dışı doğan çocuğun geçmişe dönük nafakalarının ödetilmesine dönük bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerek nafaka hükümleri ve gerekse MK m. 332 ve uygulamamız nafakaya dava tarihinden itibaren hükmedileceği yönündedir. Bu konuda Yargıtay tarafından bir içtihat geliştirilmeli ve geçmişe dönük iştirak nafakası “*yetiştirme parası*” anlamında tazminat olarak ödetilebilmelidir.⁵ Bu konuda Alman hukuku örnek alınmalıdır.

İştirak nafakası konusunda hem hukuk uygulaması hem de çocuklara karşı sorumluluk açısından son derece geri bir noktada olduğumuz kabul edilmelidir.

Taraflar açısından örnek verecek olursak nafaka borçlusuna kendisinin sigara masrafı kadar bile iştirak nafakasına hükmedilmemektedir. Oysa Dusseldorf Nafaka Tablosuna benzer bir tablo oluşturulmalıdır. Bu tablonun getirdiği temel ilkeler nafaka borçlusunun meslek ve geliri ile çocuğun yaşına göre asgari nafaka miktarları belirlenmektedir. Ve nafaka yükümlüsünün nafakayı ödemek için gerektiğinde ek gelir sağlayacak işler bulması zorunluluğu olduğu benimsenmektedir. Buna göre 2000€ geliri olan bir kişi 300€ iştirak nafakası ile yükümlü tutulabilmektedir.⁶

Kanaatimce asgari ücretle çalışan bir nafaka yükümlüsünün iki çocuğu olduğunda eş ve iki çocuğuna gelirin en az yarısını harcamak yükümlülüğü bulunmalıdır ki bu miktar bile çocuk hakları bakımından kabul edilemez bir miktar olmaktadır. Ancak eşlerin müşterek çocuklar yönünden mutlak eşitliği gereği boşandıktan sonra hemen veya belirli bir süre sonra diğer eşin de gelir getiren işe başlaması ve iştirak nafakasının bir kısmının karşılanması yükümlülüğünün ona bırakılması teşvik edilebilir (AMK m. 7).

b. Tedbir Nafakasında

Böyle bir hesap ve takdir yöntemi MK m. 169 uygulamasında ve MK m. 197 uygulamasında da geçerli olmalıdır. Özellikle ayrı yaşama-

⁵ Alman Hukukunda evlilik dışı çocukların geçmişe dönük nafaka almaları mümkün kılınmıştır. Bkz. Schloms, H., Alman Hukukunda Çocukların Nafaka Hakkına Özellikle Adli Memurlara Yüklenen Görevler Bakımından Genel Bir Bakış (Çev. H.S. Ozanoğlu) *AÜHF Dergisi* 2001/1 s. 158.

⁶ Schloms 156.

yı tercih eden nafaka yükümlüsü eşler karşı MK m. 197 ile yükümlülükleri hatırlatılıp sulh süreci de geliştirilebilir.

Her tür nafaka belirlenmesinde eş ve çocukların ev kirası, elektrik, su, iletişim giderleri, ulaşım giderleri, eğitim, sağlık, giyim giderleri, belli dönemlerde öncelikli olmak üzere kırtasiye giderleri, sinema, park vb. giderler kalem kalem tespit edilerek toplanmalıdır. Nafaka miktarı bu şekilde belirlenmelidir. Oysa uygulamada bu şekilde bir nafaka miktarı tespitine rastlanmamaktadır. Bu da daha çok kadınların aleyhine sonuçlar doğurmaktadır.

c. Yoksulluk Nafakasında

Yoksulluk nafakasının Türk Aile Hukukunda yeri çok önemlidir. Bu itibarla hukukumuzdan kaldırılması düşünülmemelidir. Ahlaki karakteriyle daha hassas uygulanmak zorundadır. Boşanma sonrasında eşlerden birinin evlilik dönemine göre birdenbire yoksulluk içinde yaşaması toplum vicdanında yara açar. Boşanma ve sonuçlarının toplum vicdanında etkilerini azaltmak için kanun koyucu boşanma sonrası için bazı tedbirlere başvurmuştur. Yoksulluk nafakası bunlardan biridir (MK m. 175).

Uygulamada yoksulluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde birlikten bahsedilemez. Ayrıca yoksulluğun gerçekleştiği kabul edilse de nafaka miktarının tespitinde her mahkeme farklı miktar ve ödeme usulü uygulamaktadır. Bu durumda boşanmanın sonuçları açısından kadınların insan haklarına aykırı durumlarla karşılaşabilmektedir.

Yoksulluğun gerçekleşmemesi şartları incelenirken nafaka alacaklısının öncelikle gelir getiren bir iş-mesleğinin bulunup bulunmadığı aranmalıdır. Bundan sağlanan gelir "süreklilik" niteliğinde olmalıdır.⁷

⁷ "...Davacı vekilinin 25.07.2006 tarihli oturumunda ki beyanı ve toplanan delillere göre davacı kadının çalıştığı sürekli ve düzenli bir gelirinin bulunduğunu anlaşılmış ve Türk Medeni Kanun'un 175. maddesi koşulları gerçekleşmemiştir. Davacının yoksulluk nafakası isteminin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..." (2. HD 12/03/2007 2006/15774 2007/3883), "...Davacının mevsimlik işçi olarak zaman zaman çalıştığı, halen işsiz olduğu belirlendiği ve boşanmaya yol açan olaylarda kusurun daha az olduğu, boşanma yüzünden yoksulluğa düşeceği anlaşıldığı halde (TMK m. 175) yoksulluk nafakası isteğinin reddi doğru görülmemiştir..." (2. HD 27.10.2003 2003/13101 2003/14292), "...tarafaların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına, günün ekonomik koşullarındaki

Karın tokluğuna (ayrılık döneminde) aldığı eğitime uymadığı halde asgari ücretle bir yerde çalışmaya başlamak yoksulluğa düşmeyi ortadan kaldırmaz. Bu ancak aynı işi belirli süreyle yapması halinde belli bir zaman sonra yoksulluk sona erebileceğinden nafakanın süreyle sınırlanmasını sağlayabilir. Ayrıca özellikle kadınların bu gibi arızı olarak çalıştıkları işlerin “kadın” cinsi açısından sürdürülebilir bir iş olup olmadığı da incelenmek zorundadır. Oysa uygulamada bunlar incelenmemektedir.

Diğer taraftan yoksulluk nafakasının genel olarak irat biçiminde ödenmesine karar verildiğini görmekteyiz. Bunun pek sakıncası bulunmamaktadır.

Öncelikle irat biçiminde ödeme için süre sınırlaması söz konusu edilmemektedir. Boşanan bir kişinin örneğin 30 yaşındaki bir erkeğin ölünceye kadar diğer eşe nafaka ödemesi bu nafaka borçlusunun yeni evliliğinde yeni eşiyile geçimsizliğine yol açmaktadır. Zira fiili ve hukuki olarak eski eş ile bağlantı devam etmektedir.

İkinci olarak bir kişi hukuki bağları-sorumluluğu sona erdiyse ömür boyu başkasına ödeme yapmasının bir mantığı da yoktur. Uygulanabilir bir yöntemle belli bir yaş altında olan tarafların ilişkisinin hukuki olarak sona erdirilmesi gerekmektedir.

Bu durumda örneğin yeni bir iş-meslek edinme ihtimali ortadan kalkan elli yaş ve üzeri nafaka alacaklısına irat şeklinde nafaka ödenebilecekken yeni iş ve meslek edinebilecek yaşlardaki nafaka alacaklılarına defaten-peşin nafaka ödenmesine karar verilmelidir. Hem peşin meblağ nafaka alacaklısı tarafından yatırım yoluyla değerlendirilebilir, hem bu yolla eşin ödeme nedeniyle nafaka miktarında indirim yapılarak nafaka borçlusu yönünden de bir külfet indirimi-kolaylığı sağlanmış olur.

paranın alım gücüne ve özellikle iştirak nafakasının niteliğine göre mahkemece saptanan iştirak nafakası miktarı fazla olup, TMK'nın 4. maddesinde vurgulanan “hakkaniyet” ilkesine uygun değilse de bu hususun düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirdiğinden bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün birinci paragrafındaki iştirak nafakasına ilişkin olan “150.000.000” rakamı yerine “138.000.000” yazılmak suretiyle hükmün düzeltilmesine ve hükmün düzeltilmiş bu şekliyle Onanmasına...” (2. HD 3. HD 18.04.2005 2005/4256- 2005/4282).

Defaten ödemelerde ayrıca yoksulluğun ortadan kalkabileceği dönem de öngörülerek nafaka miktarı tespit edilebilir.⁸ Bu her iki taraf için de adaletli ve hakkaniyete uygun olur. Örneğin yoksulluk nafakası alacaklısı 30 yaşındadır. Daha önce bir işte çalışmış ve sosyal güvenlik kurumuna prim yatırılmıştır. Bu eş bir süre sonra tekrar bu işi yapabilecektir. Ancak müşterek çocuğun velayeti kendisini bırakılmış olup, çocuğun tek başına okula-çarşıya vb. yerlere gidebileceği 10-12 yaşına kadar annesi tarafından bakılıp gözetilmesi gerekmekte ve bu kadar yıl annenin işe başlayamayacağı açıktır. Bu süre on yıl olarak düşünülmesi ve eğer 120 YTL tedbir nafakası düzenlenmişse bunu yoksulluk nafakası olarak devam ettirmelidir. Bu halde $120 \times 12 = 1.440$ YTL yıllık nafaka üzerinden $1.440 \times 10 = 14.400$ YTL yoksulluk nafakası eder. Peşin indirimini takdir edilecek olursa asgari 10.000 YTL yoksulluk nafakası ödenerek tarafların ilişkisi sona erdirilmelidir.

Yoksulluk nafakası konusunda son olarak şu konuyu da eleştirmeliyiz. Bilindiği gibi yoksulluk nafakası irat şeklinde ödeniyor olmak kaydıyla bazı şartların gerçekleşmesi halinde nafaka alacaklısı aleyhine kaldırılabilir (sona erdirilebilir). Kanaatimce bu durum tam bir kadın hakları ihlalidir. Zira yargılama sonucu nafaka alacaklısı kadın bu meblağı almaya hak kazanmış ve bu yöndeki karar kesinleşmişti. Dolayısıyla nafaka alacaklısı açısından kesinleşmiş bir kazanılmış haktan söz etmekteyiz. MK m. 176 ile öngörülen bazı istisna durumlarda bu hak kesinleşmiş ve kazanılmış niteliğine bakılmaksızın sona erdirilmektedir. Temel hukuk-hakkaniyet mantığı açısından bakıldığında bu geri alım durumu hiç de adil olmayıp bir kadın hakları ihlalidir. Zira yoksulluk nafakası alacaklısı kadın ne sebeple olursa olsun kesinleşmiş bir hakkını kaybetmektedir.

Ancak bu sorun bizim savunduğumuz ve uyguladığımız "defaten ödeme" yöntemiyle önlenmektedir. Diğer ifade ile bu kadın hakları ihlalinin önlenmesi için istisna durumlar dışında defaten ödeme yöntemi uygulanmak zorunluluğu bulunmaktadır.⁹

⁸ "...yoksulluk nafakasının toptan ödenmesinin hakimnin takdirinde olmasına (TMK m. 176/1) göre yerinde bulunmayan temyiz isteğini reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün Onanmasına..." (2. HD 28/02/2007 2006/16408 2007/2942).

⁹ Bugüne kadarki uygulamamız bu yönde olup belki binlerce ifade edilebilecek uygulamamızda Yargıtay tarafından hiçbir defaten ödeme kararımız bozulmamıştır. Dolayısıyla Yargıtay uygulamasının bütün yerel mahkemelerce benimsenmesi düşüncesindeyiz.

2. Maddi Tazminat

Uygulama itibarıyla maddi tazminatın somut verilere dayalı olarak hala hesaplanmıyor olması adaletsiz bir sonuçtur. Özel Hukuk alanımızda zarar hesabı somut verilere dayanmaktadır. Oysa Boşanma Hukukunda bu noktaya gelinememiştir. Takdiren varılan değerler hesap temelleri olmaksızın doğrudan verilen ve onanan değerlerdir. Örneğin destekten yoksun kalma tazminatı gibi tazminat hesabına gidilmemektedir. Oysa boşanmakla eş diğerinin desteğini kaybetmektedir.¹⁰ Eşin desteğini tazminat olarak alabilmesi için hukuk sistemimiz diğer eşin ölmesini öngörüyor değildir. Bu durumda ayrıntılı bir hesap yapılmalıdır.

Ayrıntılı hesabın kalemleri neler olabilir? Basit bir örnekle inceleyelim.

Kadın ev işlerine bakmakta ve kocasının gelirinden mutfak, sağlık, giyim, sosyal harcamalar vb. ile ayda 250 YTL değerinde yararlanmaktadır. Boşanınca bundan mahrum olacaktır... Bu miktarın yıllık miktarı bulunarak evliliğin ortalama yaşa göre kalan kısmıyla çarpıldığında bir tazminat miktarı bulunur. Yılda 2500-3000 ve evliliğin kalan kısmı 20 yıl olsun diyelim, $20 \times 2500 = 50$ bin YTL gibi bir miktar olur. Tazminat alacaklısının az kusuru halinde BK 44 gereği hakim bu miktarı takdiren düşürecektir. Peşin ödeme halinde ve davalının mali durumuna göre de ayrı bir indirim miktarı tespit edilebilir. Bu da kanuna uygun olur.

Boşanınca yeni ev tutacaksa yeni eşya alacaktır ve ev kiralayacaktır. Bir kalem olmak üzere bu hesaplanmalıdır.

Aile aynı zamanda ekonomik birliktir. Boşanmasaydı tazminat alacaklısının eşiyle bir evi olacaktı ve artık tasarruf edemeyecektir, yarı pay oranında evi de olmayacaktır. Edinilecek evin yarı değeri eşin yaşayacağı yer olmakla tazminat kalemi olarak hesaplanmalıdır. Bunda diğer eşin geliri de esas alınmalıdır.

Miras kaybı net olarak hesaplanmalıdır.

¹⁰ Eke, A.H., Nafaka-Tazminat-Miras-Destek Tazminatı ve Sosyal Güvenlik Haklarının Mukayesesi, *Hukuk ve Demokrasi Dergisi*, S. 10 s. 20; Akıntürk, 286, Dural/Öğüz/Gümüş, *Aile Hukuku*, 2005 s. 149.

İki çocuğa 10 yıl boyunca bakmıştır. Asgari ücret düzeyinden tazminat hesaplanmalıdır. Çocuk bakımı yüzünden sosyal güvenlik ödemesi yapamamıştır. Bu kalem tespit edilmelidir.

Bulunan bu kalemler toplanıp eşlerin kusur durumu ve tazminat borçlusunun mali durumuna göre ödenebilir bir tazminat miktarı takdir ve tespit edilmelidir. Tazminatın borçlu tarafından peşin ödenebilirliği şart değildir. Bunun aksine anlayış zayıf eş aleyhine sonuçlar doğurmaktadır.

Uygulamada Aile Mahkemeleri arasında tazminat veya nafaka miktarları konusunda uygulama birliğinden söz etmek mümkün olmadığı, sorumluluk hukuku kurallarından son derece uzak kararlarla karşılaşılmaktadır. Asıl olan “*uygun tazminat*”ın hiç değilse birbirine yakın miktarlarda hükmedilmesidir. Aksi takdirde her mahkemeye ve hakime göre tazminatlarla karşılaşılabilir. Örneğin A şehrinde üç adet Aile Mahkemesi bulunmaktadır. 1. Mahkeme aynı gelir düzeyine yakın eşler için 2.500 (iki bin beş yüz) YTL maddi (veya manevi) tazminata, 2. Mahkeme 40.000 YTL maddi (veya manevi) tazminata, 3. Mahkeme 120.000 YTL maddi (veya manevi) tazminata hükmetmektedir. Bu durumda aynı yerde yaşayan ve sosyal konumu ve gelir düzeyleri aynı ya da yakın olan davacı/davalılar arasında sonuç miktar yönünden büyük eşitsizlikler doğmaktadır. Oysa adalet mümkün merteye yeknesaklığı sağlamalıdır. Böyle bir örnekte her mahkemenin kararı ayrı ayrı onanmaktadır veya 2.500 YTL hükmedilen karar bozulmuş olsa da yeniden yapılan yargılamada artırım örneğin 25.000 YTL’ye yükseltilmemektedir. İkinci temyiz sonucunda genel olarak miktar onanmaktadır. Oysa aynı tazminat alacaklısının davası o yerdeki 3. mahkemede görülmüş olsa idi alacağı miktar belki de 100.000 YTL idi.

Uygulamada görülen bu adaletsizliğin bir şekilde giderilmesi gerekmektedir. Bu belki Yargıtay İçtihatlarıyla tazminat hesaplarının kalem kalem dökümünün yapılması öngörülerek ya da gelir düzeylerine göre hazırlanacak bir tablo ile ivedi olarak sağlanabilir. Aksi takdirde yargılama sonucunda genellikle kadınlar aleyhine uygulamalar devam edecektir.

Bu sorunun çözümü tazminat tabloları oluşturularak da sağlanabilir. Yine Yargıtay öncülüğünde bir tablo sistemine kademeli olarak geçilebilir. Örneğin tazminat borçlusu ve alacaklısının gelirlerine göre

geliri olan-olmayan ayrımı yapıldıktan sonra belli miktarlardaki gelirler belli gruplara ayrılabilir. Her grup için ödenecek tazminat miktarı öngörülebilir. Böylece kanunun hakime verdiği “uygun tazminat”¹¹ belirleme takdir yetkisinin her hakim-mahkeme tarafından uçuk farklarla uygulanması önlenip tarafların somut durumlarına uyan yeknesak tazminat oranları belirlenebilir.

Maddi tazminat konusunda MK yasaklamamasına rağmen aynı ödeme hiç uygulanmamaktadır.¹² Oysa böyle bir uygulama özellikle kadınlar açısından son derece yararlı olacaktır. Örneğin eşya tespitleri ile varlığı ve değeri tespit edilen eşya kadın tarafın eşyası olmamak kaydıyla ve kadının tazminat alacağına mahsuben kadına verilebilir. Bu özellikle nakit sıkıntısı olan erkeğin borcundan düşüleceğinden onun açısından yararlı olacaktır. Kadın açısından ise hem yeni ev eşyası alıp masraf yapmak borcundan kurtulma ve hem de dolaylı olarak alacağına kısa yoldan kavuşma imkanı demektir.

Böyle bir uygulama hakim tarafından MK 195 vd. hükümlere göre ihtiyati tedbir kararının uygulandığı davalarda daha pratik olacaktır. Zira bir tarafa tahsis edilen eşyanın yargılama sonunda onda bırakılması (borçluya ait idi ise), önceki ev ortamının mümkün mertebe devamına katkı sağlayabilir.

3. Manevi Tazminat

Türk Hukuku Temyiz uygulamasında Aile Hukuku davalarının görüldüğü Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kişisel hakların korunmasında son derece örnek uygulamalar içindedir. Ancak bir konuda dairenin görüşünü ve uygulamasını yine kadınların insan hakları yönünden eleştirmeliyiz. O da şu konudur.

2. HD'nin yerel mahkemelerce verilen ve boşanma ve kadının maddi ve manevi tazminat alacaklarını düzenleyen bazı kararların manevi tazminata ilişkin bölümünü “kadının kişisel haklarına saldırı teşkil eden davranışların yeterince sabit olmadığı” gerekçesiyle bozduğu görülmektedir. Uygulama bize göre bir ayrıntının gözden kaçmasıyla ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; Yüksek Daire’de MK m. 174 hükümleri-

¹¹ Ceylan, E., *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, 2006 s. 76.

¹² Öztan, s. 490, Yazar aynı ödemenin uygulanabileceğini, zira MK'nın belli bir ödeme şekli öngörmediğini bildirmektedir.

nin BK m. 41 ve devamının aile hukukuna ilişkin özelleşmiş bir örneği olduğunu kabul etmektedir. Ancak bu uygulama bazı aile hukuku nüanslarının haksız fiil kurumuna giydirilmesini gerektirmektedir. Örneğin buradaki kişisel haklara ve kişiliğe saldırı kişinin “aile değerleri”ne saldırdır. Her saldırı mahiyetine göre farklı manevi tazminat miktarlarının ödenmesini gerektirir. Sadakatsizlik ile veya şiddet uygulamak ile güven sarsan davranışla boşanmalarda kusursuz ya da daha az kusurlu eş elbette farklı tazminat miktarlarına kavuşacaktır. Ancak her halükarda manevi tazminat almak hakkı tanınmalıdır.

Oysa daire bazı hallerde manevi tazminat talebini reddetmektedir (ki aynı davada maddi tazminat talebi kabul edildiği halde).¹³ Burada uygulanması gereken ölçüt şu olmak zorundadır. Kusuru olmadan ya da az kusurlu olmasına rağmen kadının evliliği sona ermiş ise onun aile değerlerine saldırı gerçekleşmiştir. Başka şart aranmamalıdır. Boşanma haksız olarak kadının karşısına çıkan ve aslında manevi zararın ta kendisi olan bir sonuçtur. Bu sonuca tazminata hükmedilmek zorunluluğu vardır ve ek şartlar aramak yasal değildir.

Evliliğini-yuvasını kaybeden bir kadının kişiliğine saldırının gerçekleştiği reddedilemeyecek bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır. Böyle bir durumda kadının ruh halini-psikolojini insanoğlu ancak bizzat yaşadığında anlayabilmektedir. Türk toplumunda “dul”laşan kadının kişiliğine saldırının gerçekleştiği tartışmasız kabul edilmelidir. Ve bize göre manevi tazminat kurallarının en önde ve öncelikli uygulama ve geçerlilik alanı az kusurlu veya kusursuz olmasına rağmen suçsuz yere ailesini kaybeden kadınlar olmamalıdır.

¹³ 8 “...Toplanan delillerden davacı-davalı kocadan kaynaklı davalı – davacı kadının kişilik haklarına saldırı teşkil eden maddi bir hadisenin varlığı kanıtlanmamış ve Türk Medeni Kanunu’nun 174/2. maddesi koşulları oluşmamıştır. Kadının manevi tazminat isteminin reddi gerekirken yazılı şekilde kara verilmesi doğru görülmemiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 174/1. maddesi mevcut veya beklenen bir menfaati boşanma yüzünden haleldar olan kusursuz yada daha az kusurlu tarafın, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebileceğini, 186. maddesi, evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranlarında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını öngörmüştür. Toplanan delillerden boşanmaya sebep olan olaylarda maddi tazminat isteyen eşin diğerinden daha ziyade kusurlu olmadığı anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi (MK m. 4, BK m. 42 ve 44) dikkate alınarak davalı – davacı kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir...” (2. HD 31/05/2007 2006/20277 2007/9196).

II. Ailenin Korunması

Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin aile hukukumuzda yansımış en somut örneği şüphesiz 4320 sayılı kanundur. Bu bakımdan incelenmesi gerekmektedir.

Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CDEAW) 16. maddesi ile aile birliğinde kadın ve erkek eşitliği esasına yönelik yükümlülükler yer almaktadır. Adı geçen sözleşmeye ek belgelerden olan sözleşmenin maddi hükümleri, 19 no'lu Genel Tavsiye, 2 Şubat 1996 tarihli Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal Konsey'ce hazırlanan Aile İçi Şiddete İlişkin Çerçeve Mevzuat Örneği gibi belgeler halen yürürlükte olan 4320 sayılı kanunun felsefi temellerini oluşturmaktadır. Sözleşmenin maddi hükümlerine baktığımız zaman madde 2/c-d bentlerinde kadın haklarının erkeklerle eşit olarak himaye edilmesi ve bunun mahkemeler ve diğer kamu kuruluşları aracılığı ile kadınların her türlü ayrıma karşı aktif bir şekilde himaye edilmesi devlet görevi olarak açıklanmaktadır.

Kadınlara karşı herhangi bir ayrımcı hareket yapılması ve uygulanmasında kurumlar ve yetkililerin bu yükümlülüğe uyup uymadıklarını denetlemek de yine devlet görevi olarak sayılmaktadır. Bunun dışında mevzuat anlamında bu sözleşmeye aykırı hükümlerin ortadan kaldırılması, kadın erkek eşitliğinin sağlanması amacıyla başvuru yollarının kurulması sözleşme tarafı olan devletlere yüklenmiş birer görev olmaktadır. Sözleşmenin maddi yükümlerinden olan 3 madde ile ilgili olarak kadın hakları ile insan haklarının birbirinden ayrılmazlığı vurgulanmaktadır.

19 no'lu Genel Tavsiye metinlerinde toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin kadınların erkeklerle eşit temelde hak ve özgürlüklerden yararlanma kabiliyetini ciddi şekilde yaraladığı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere şiddet toplumsal anlamda ön planda duran erkek cinsi tarafından daha geri planda duran kadın cinse karşı uygulanan bir ayrımcılıktır. Kadın Hakları Sözleşmesi 1. madde cinsiyete dayalı olarak hak ve özgürlüklerden yararlanmanın açıkça ayrımcılık olduğu belirtilmektedir. Sözleşme'nin temeli bu olduğuna göre sözleşme, sadece kadınlara karşı aile içindeki şiddete karşı değil kadınlara karşı bütün kurumsal ve toplumsal şiddeti yasaklamaktadır.

Kadınların kalıplaşmış toplumsal ikincillik rolünü sona erdirmek için yapılacak sosyal planlar bir tarafa bırakılırsa acil olarak kadınların insan haklarının devletlerce çıkarılacak mevzuat ve mevzuatın uygulanmasında gösterilecek hassasiyet ile şiddetle mücadelenin ivedilik kazandırılması gerekmektedir. Dolayısıyla devletler Özel Tavsiye bölümünde de belirtildiği gibi toplumsal cinsiyet temelli şiddetin bütün biçimlerinin ortadan kaldırılması için tedbir almak zorundadırlar.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi kadınların haklardan yararlanması ve toplumdaki ikincil rollerinden sıyrılıp kurtarılmaları için devletlere düşen yükümlülüğü 28 no'lu genel yorumda da tekrar etmektedir. Buna göre taraf devlet koruma tedbirleri almalı kadınların etkin ve eşit şekilde güçlendirilmesini sağlamak için pozitif tedbirleri almalıdır.

Bu arada komitenin 19 nolu genel yorumuna göre sözleşme kapsamına giren aile kavramının standart bir tanımı olamayacağı benimsenmektedir. Komitenin önüne gelen bazı olaylarda Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 23. madde ölçütlerinin arandığı görülmektedir. Buna göre 23. madde kapsamında aile tanımına etkinlik kazandırılabilmesi için evli olmayan çiftler ve çocukları, tek ebeveyn ve çocukları gibi durumlarda da aile kavramı ve olgusunun varlığı kabul edilip kadınlara karşı eşit muamelenin sağlanması gerekmektedir.

Komite kadınların şiddet karşısında adli yardımdan ücretsiz yararlanması yönünde taraf devletlere yükümlülük yüklemektedir.

Bütün belgelerden çıkan sonuç şu olmaktadır ki kadına karşı şiddet kadına karşı ayrımcılığın en önemli ve ilk akla gelen somut örneğidir. Bu yüzden Türkiye Cumhuriyeti Devleti 4320 sayılı kanunu mevzuatında yer vermiş ve uygulanmaktadır.

A. Sözleşmeye Göre Şiddet Nedir?

1995/85 sayılı insan hakları komisyonu kararı ve eki olan aile içi şiddete ilişkin Mevzuat Çerçeve Örneğinde devlet birimlerinin kadına karşı şiddetin önlenmesinde yükümlülükleri ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Mevzuat örneği II/B'ye göre yasal düzenlemede karılar, birlikte yaşayan çiftler, eski karılar ve eşler, kız arkadaşlar, (aynı evde yaşamayan kız arkadaşlar da dahil olacak şekilde), kadın akrabalar (kız

kardeş, kız çocuk, anneler) evde çalışan kadın hizmetliler, bir konutta yaşamakta olmakla şiddetten koruma hakkını elde etmelidirler.

a. Şiddet Örnekleri

II/C ile aile içi şiddet örnekleri sayılmaktadır. Elbetteki tahdidi de ğildir. Bir aile üyesi tarafından gerçekleştirilen basit saldırı, ağır dayak atmak, kaçırmak, tehdit, gözdağı, zorlama, üzerine yürüme, küçük düşürücü sözlü taciz, zorla veya hukuka aykırı olarak haneye girme, kundaklama, mülkün tahribi, cinsel şiddet, evlilik içi tecavüz, başlık parasına bağlı şiddet, başlarıyla cinsel ilişkiye yönlendirme, zorlama, teşvik, evde çalışan kadın hizmetlilere şiddet ve şiddete teşebbüs gibi bir kadın üyeye yönelik fiziki saldırılar ve psikolojik saldırılar aile içi şiddet örnekleri olarak sayılmaktadır.¹⁴

Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik m. 4/e'ye göre şiddet, *“aile bireyinin fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözel ve ekonomik her türlü davranışı”* ifade etmektedir.

Çerçeve mevzuat örneğinde (2 Şubat 1996 tarihli, İnsan Hakları Komisyonu 52. oturum) şikayet mekanizmaları yargı makamlarının görevleri, konusunda nasıl düzenlemeler yapılması gerektiği de açıklanmıştır. Buna göre aile içi şiddete ilişkin şikayetlerde diğer şikayetlere göre polis – zabıta – kolluk kuvvetleri hiçbir şekilde başka soruşturmalardan daha bir önemsizlik sergilememelidir.

Kolluk kuvvetinin öncelikli görevi doğrudan mağdur ile güven ilişkisi kurup kendini resmi olarak tanıtırak mağduru güven içine almak ve şüpheliyi ya göz altına almak yada evi terk etmeye ikna yoluyla öncelikli olmak üzere bildirmek daha sonra mağduru yaralı veya darp izi varise bir ulaşım aracı sağlayıp en yakın sağlık kuruluşuna intikal ettirmek, eğer mağdur ikametgahı terk etmek istiyorsa uygun bir sı-

¹⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 30.04.2002 tarihli tavsiye kararında cinsiyete dayalı fiziksel, psikolojik içerikli cinsel zarar veya sıkıntı veren her türlü şiddet eylemi veya şiddet tehdidi kadına yönelmiş şiddet olarak benimsenmiştir (Bkz. Baydur/Erdem 91).

ğınma evi ve benzeri yere güven içinde ulaştırmak, mağdura müracaat edebileceği yasal yolları hatırlatmaktır.

Bu anlamda, mahkemeden tek taraflı bir kısıtlama tedbiri alınabileceğini, failin kötü muamelede bulunmasının yasaklanabileceğini, mağdurun mallarını koruma altına alınabileceğini, failin evden uzaklaştırılabileceğini, resmi tatil günlerinde dahi bu korumadan yararlanabileceğini, avukat tutma zorunda olmadan bunların yapılabileceğini, mağdura bildirir hükmedilecek herhangi bir koruma kararı da yine kolluk tarafından faile bildirilir.

Özellikle şiddetin ortaya çıkma ihtimali olduğu durumlar veya hali hazırda şiddet uygulamasının devam ettiği durumlar, ihbarcının bir koruma kararına rağmen tekrar şiddete uğramak üzere olduğunu belirtmesi, veya daha önce de aile içi şiddetin yaşandığını belirtmesi hallerinde kolluk gücünün çok hızlı bir şekilde şiddetin gerçekleştiği mekana gitmesi gerektiği benimsenmektedir. Kolluk şikayet- ihbar aldıktan sonra taraflar veya çocukların ve görgü tanıklarının ayrı ayrı odalarda görüşmelerini sağlamak, zabıt düzenlemek, şiddet mağduruna haklarını hatırlatmak, raporu yazmak, en yakın sağlık merkezine intikali sağlamak ve tıbbi raporu almak, güvenli bir yer yada sığınma hakkını bulmak, failin koruma sağlamak şiddet ortamını sona erdirmek için failin evden uzaklaşmasını sağlamak ve tekrar bir saldırı niyetini sezdiği anda faili tutuklamak gibi acil davranış şekilleri belirlenmiştir.

Mağdur veya ihbar eden kişi olayı dolaylı yünden yargı yerlerine de bildirebilir. Bu yargı yerleri failin ikamet ettiği, mağdurun ikamet ettiği, şiddetin meydana geldiği yer yargı mercileri olabileceği gibi şiddetten kaçan mağdurun geçici ikamet ettiği yer yargı Meircine' de vaka intikal ettirilebilir.

Bunun dışında mağdur kendisinden yardım ettiği akraba, arkadaş veya yardım sever vasıtasıyla olayı kolluk kuvvetlerine intikal ettirilebileceği gibi mağdurun sağlık kuruluşunda tedavisi sırasında da şikayet etme hakkı olup ilgili sağlık görevlisi söz konusu beyanı raporuna yazıp ilgili yargı yerine iletacaktır.

b. Şiddet Hakkında Rapor Hazırlanması

Aile mahkemeleri tarafından esas alınabilecek kolluk raporu içerik itibariyle tahdidi olmamak kaydıyla tarafların cinsiyet meslek eğitim düzeyleri ilişkileri sosyal konumları şiddetin ve şikayetin tarihi soruşturma tarihi, şiddetin çocuklar tarafından görülüp görülmediği, şiddetin kapsamı, kullanılan silah hakkında bilgi, kolluk tarafından yapılan işlemler şiddeti doğuran sebepler, hakkında bilgiler içermektedir.

c. BM İHK Çerçeve Mevzuat Örneğine Göre Yargı Makamlarının Ödevleri

Mağdurun başvurusu üzerine işin niteliği itibariyle tek taraflı koruma kararına hükmedilebilir. Şiddeti yasaklamak mağdurun malların fail tarafından kullanılmasını engellemek gibi bir ihtiyati tedbir kararı söz konusudur. Mağdurun yanı sıra diğer aile bireylerinin de koruma altına alınması mümkün dür. Bu arada şiddeti ihbar eden tanık - ihbarcı da koruma altına alınabilir. 24 saatlik süre içerisinde bir sosyal yardım uzamanı, bir akraba da failin şiddetin önlenmesi için yargı merciine başvurabilir. Bu koruma kararı verilmeye kadar mağdurun hayatına sağlığına ve mutluluğuna yönelmiş ciddi bir tehlikenin var olması halinde söz konusudur. Burada açıkça gecikmesi sakınca doğuran bir ortam ve bu ortamdaki korumanın sağlanabilmesi için yargı merciini harekete geçirecek kişiler belirlenmektedir.

d. Korumanın Konuları

Failin haneyi boşaltması

Çocuklara erişimin düzenlenmesi

Mağdurun iş yerine veya sıklıkla gittiği yerlerde ki temasını yasaklanması- düzenlenmesi

Mağdurun sağlık ödemeleri

Ortak malları tek taraflı muameleyle elden çıkarılmasının önlenmesi

Tedbire aykırılık halinde tutuklanabileceği

Koruma kararından bağımsız bir şekilde oluşan suçlara ilişkin soruşturma yollarına mağdurun başvurabilmesi

Mağdurun boşanma, ayrılık, tazminat ve benzeri hukuk davalarını açabileceği

gibi hususlar yer almalıdır.

e. Kimler Tedbir İsteyebilir

Mağdur, akraba, sosyal yardım uzmanı, mağdura yardım eden kişi

Bu kişiler koruma tedbiri sona erdikten sonrada ek koruma talebinde bulunabilirler (kanaatimizce ek tedbiri sadece mağdur isteyebilir).

Mahkemelerden beklenen odur ki şikayet ve koruma tedbirin iletilmesinden itibaren 10 gün içinde duruşma yapmaları gerekmekte ve hüküm kurlmaları beklenmektedir.

Mahkeme;

Failin mağdur ve mağdurun bakmakta olduğu kişiler ve ona yardımcı olanlara ve akrabalarına şiddet uygulanmasından yasaklama,

Hananin mülkiyeti hakkında karar vermeksizin haneyi boşalttırmak,

Kirada oturuyorsa kiranın veya ipotek yükümlülüğünün fail tarafından yüklenmesinin devamını ve müşterek yükümlülük altındaki çocuklara ve kişilere nafaka ödemesini emretmek,

Araba ve benzeri diğer önemli eşyanın kullanımına fail tarafından mağdura devrinin sağlanmasına ilişkin talimat vermek,

Çocuklarla şahsi ilişkiyi düzenlemek, mağdur ve çocukların işyeri ve okul ve benzeri yerlere yaklaşp yaklaşmamasını düzenlemek varsa silahını teslim etmek, yoksa silah almaması, kullanmaması konusunda uyarmak, mağdur ve çocukların sağlık giderlerini psikolojik danışmanlık masraflarını ve sığınma evi masrafları fail tarafından ödenmesini kararlaştırmak,

Tedbirlere aykırılık halinde tutuklanabileceğini ve aleyhinde ceza davası açılabileceğini faile bildirmek,

Tarafların mahremiyetini korumak için duruşmayı gizli yapmak gibi hususlar içeren koruma kararının çıkartılmasından itibaren 24 saat içinde korunmasına hükmedilen kişilerin bulunduğu yerdeki kolluk merkezine ulaştırmak,

Tedbirlere uyulup uyulmadığını kolluk tarafından takibini istemek,

Koruma kararı için masraf gibi hususları düzenlemelidir.

Ayrıca koruma kararı alınmasında kötü niyetli hareket edilmesi halinde masrafların davacı tarafa yüklenmesi de mümkündür.

f. Ceza Yargılamaları

Cumhuriyet Savcısının iddianamesinde şiddetin aile içi şiddeti olduğunu belirtmesi, kovuşturma için mağdurun ifadesinin yeterli olması, hükümde aile içi şiddet nedeni ile mahkumiyetin açıkça yazılması, dava süresince aile içi şiddet uygulayanın davacı ile temasının engellenmesi, failin ilk eyleminde pişmanlık belirtmesi ve davacının açıkça af etmesi karşısında failin mahkumiyetini ertelenmesi ve failin psikolojik danışmanlık hizmeti almasına karar verilmesi, tekrar eden eylemlerde cezanın ağırlaştırılarak uygulanması gibi kılavuz ilkeler benimsenmiştir.

g. Hukuk Mahkemeleri

Ayrılık, boşanma ya da tazminat davalarında yargılama sırasında koruma tedbiri alınabilir. Bu koruma tedbirleri hukuk yargılamasında davanın yerine geçmez. Bu tür kararlar müteakip yargılama sürecinde esaslı sayılan hususlardandır.

I. Hizmetlerin Sunulması

Aile içi şiddet mağdurlarıyla ve aileleriyle bütün görüşmelerin gizli yapılması da sunulacak hizmetlerden sayılmıştır.

B. 4320 Sayılı Kanunun Niteliği ve Uygulaması

Bu kanun kadına yönelik baskılar ve aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla çıkarılmıştır. Kanunu dayanağı 20 Aralık 1993 tarihli “Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Bildirge” olup BM Genel Kurulunca kabul edilmiştir. Bu bildirge ve bunu esas alan diğer bölgesel uygulamalar ve İnsan Hakları uygulamaları kapsam itibarıyla aile içi olan şiddet, toplum tarafından uygulanan (işyerinde sosyal ve eğitim kurumlarında ve alanlarında karşılaşılan çeşitli taciz vs.) şiddet ve devlet takibi sırasında ortaya çıkan (gözaltında vs.) şiddet uygulamaları konu edilmektedir.¹⁵

1. Talep ve İhbar

Bu kanunun uygulanması için Aile Mahkemelerine aile içinde şiddete maruz kalan eş veya aile fertlerinden herhangi biri müracaatta bulunabilir. 4320 sayılı kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik¹⁶ m. 5 ile konu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre “*aile bireylerinden biri fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel olan, bu tip hareketlerin tehdidini, baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözel ve ekonomik nitelikte şiddet içeren davranışa maruz kalmaları hâlinde, şikâyet ve ihbar mercilerine müracaat etmek suretiyle tedbir talebinde bulunabilir*” (Yönetmelik 5/1).

Bunun yanında aile içinde şiddete tanık olan üçüncü bir kişi de ihbarda bulunabilir (Yönetmelik 5/3).¹⁷ Üçüncü kişilerin bildirişi ancak Cumhuriyet Savcılığına veya kolluk güçlerine olabilir. Yoksa mahkemeye üçüncü kişi başvurarak mağdur lehine tedbir talebinde bulunamaz. Üçüncü kişi genel kolluk kuvvetlerine veya Cumhuriyet Savcılığına ihbarda bulunabilir. Ayrıca aynı çatı altında yaşayan başka aile bireyi varsa mahkemeden tedbir talebinde bulunabilir (m. 1).

¹⁵ Köseoğlu, B., *Aile Mahkemelerinin İşleyişi*, Ankara 2005, s. 279 vd.; Moroğlu, N., *Kadına Yönelik Şiddet ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun*, www.hukukcu.com/dosyalar/kadina_siddet.htm, Yazar kanunun uygulanmasına ilişkin istatistik bilgileri ve AB ülkelerinde uygulamanın gelişmesi için ülkelere bütçe oluşturmaları yönündeki kararlardan ayrıntılı olarak söz etmiştir.

¹⁶ Metinde “*yönetmelik*” olarak bahsedilecektir.

¹⁷ Moroğlu, 7.

Yönetmelik 5/2'ye göre şikayet ve ihbarın "...eşlerden biri veya çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden biri veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen filen ayrı yaşayan aile bireylerinden birisi tarafından..." yapılabileceğini düzenlemektedir. Görüldüğü gibi fiili beraberliklerde şiddete uğrayan taraf yönetmeli ile koruma dışında bırakılmaktadır. Oysa bu artık İç Hukuk metni olan CEDAW hükümlerine ve sözleşmenin amacına aykırıdır. Bunca yıllık deneyimlerimiz ve hakkaniyet ve de sözleşme yükümlülüklerimiz dolayısıyla bize göre kız arkadaşları veya imam nikahıyla yaşamakta olan ve şiddete uğradığını beyan ve şikayet eden kadınlar da Aile Mahkemesinden koruma talebinde bulunabilirler. Ancak bu tür talepler 4320 sayılı kanuna göre değil doğrudan sözleşme hükümlerine dayanılarak koruma tedbirlerine konu edilmelidirler. Zira her iki tür olayda kadının cinsel olarak sömürülmesi ve buna karşılık kadının şiddete uğraması söz konusudur. Sözleşme temel amaç olarak kadına karşı şiddeti ortadan kaldırmak istemektedir. Bu nedenle imam nikahlı eşleri gelenekten kaynaklanan "aile" olgusuna alıp kız arkadaşlığı durumunda şiddetin bu kanundan doğan koruma kapsamına girmeyeceği yönünde ayırım yapılamaz.¹⁸

Sayılan kişilerin başvurması ile soruşturma evrakının kolluk vasıtasıyla Cumhuriyet Savcılığı'na iletilmesi halinde Savcılık kanalı ile de mahkemeye gelebilir. Bu başvuru şeklinde tedbir talebi Cumhuriyet Savcılığından gelmiş olmaktadır. Şiddetin gerçekleştiği yer Cumhuriyet Savcılığı olay evrakını ve tarafların evliliğine dair evrakı (nüfus kaydı tablosu) ekli olmak üzere koruma talepnameğini aynı yer Aile Mahkemesine gönderir (Yönetmelik m. 4, 5, 6).

2. Tedbirin Konusu

Kanun ve yönetmelik nitelik itibarıyla iki tür tedbir öngörmektedir.

1- Eylemci eşin uyarılması: Hakim yazılı başvuru üzerine eylemci eşe, eş ve çocuklara varsa öteki aile üyelerine karşı şiddet uygulaması, onları korkutmaması yönünde uyarılarda bulunur (m. 1/II-a yönetmelik m. 6/2). Ayrıca eşyaya yönelik şiddete başvurmaması, alkollü veya keyif veren maddeler almış vaziyette haneye gelmemesini, evde

¹⁸ Ayan, 301, Baydur/Ertem, 117.

bu tür maddeleri kullanmamasını da ihtar edebilir (m. 1/II-c,f). Gerek eşyaya şiddet uygulamak gerekse keyif veren maddeler kullanmak ya da kullanmış olarak eve gelmekteki amaç karşı tarafa korku, kaygı ve endişe vermek amaçlıdır. Bu yüzden bu tür davranışlar tereddütsüz olarak uyarmanın konusunu oluşturabilirler.

Gelişen teknolojik imkanlardan yararlanarak eylemci eşin aile fertlerini rahatsız etmemesi de uygulanabilecek ihtarlardandır (m. 1/II-d). Bu yasaklamanın sınırları iyi çizilmelidir. Amaç eşler arası iletişimin yasaklanması olmamalıdır. Zira böyle bir durum 4787 sayılı kanunun m. 7 ile getirilen “*sulhe teşvik*” kurumuyla çelişir. Yasaklanması gereken “*taciz*” niteliği taşıyacak hareketlerdir. Yönetmelikte bu sorunun iyi yazılmadığını belirtmek zorundayız.

Bu ihtarlarda 4787 sayılı kanunun getirdiği hatırlatma ve davet yükümlülüğü de unutulmamalıdır. Eylemci eşe ailenin Türk toplumunun temeli olduğu, ailenin şefkat ve merhamet ortamını gerektirdiği, bunu tesis etmenin eşlere düşen yükümlülük olduğu, evliliğin bir yönüyle şahsi fayda ve menfaatlerden fedakarlık mesleği olduğu, aile bireylerinin barış ve huzur içinde olmalarının sosyal ve insani bir gereklilik olduğu, mutlu ve huzurlu ailelerin huzurlu toplumları oluşturduğu bildirilmelidir. Dolayısıyla eşler arasında bir yandan 4787 sayılı kanunun m. 7 hükümlerinin uygulanması (barıştırma) söz konusu iken diğer taraftan 4320 sayılı kanun gereği bir eşin diğeriyle iletişimin yasaklanması anlamına gelen koruma tedbirine hükmetmek önemli bir çelişki olacaktır.

2- Kanunun doğrudan yaptırım uygulanmasına dair hükümleri de bulunmaktadır. Bunlar; eylemci eşin müşterek haneden uzaklaştırılması, hanenin diğer eş ve/veya çocuklara belli bir süre ile sınırlı olmak üzere tahsisinin kararlaştırılabilmesi ve yine mağdur tarafın çalışmakta olduğu işyerlerine yaklaşmasının yasaklanması gibi tedbirlerdir (m. 1/II-b,e Yönetmelik m. 8).¹⁹

Uygulamada açıkça yapılan bir hata söz konusudur. Eylemci-şiddet meyilli eş için uygulanan tedbirlerden sadece “*evden uzaklaştırma*” süreyle sınırlıdır. Eşin dövülmemesi, küfür ve hakaret edilmemesi, tehdit edilmemesi, iletişim cihazlarıyla taciz edilmemesi gibi ihtar yaptırımları süreyle sınırlı olamaz. Zira eşler birbirlerini her zaman

¹⁹ Ayan, 324.

saymak, sevmek, dayanışma içinde olmak ve birliğin mutluluğunu birlikte sağlamak sorumlulukları vardır. O halde “evden uzaklaştırma” dışında kalan ve eşlerin iyi geçinmelerine yönelik ihtarların süreli olması düşünülemez. Ne yazık ki, yönetmelik bu konuda da deneyimsiz bir şekilde kaleme alınmıştır (Yönetmelik m. 14/1).

Diğer yaptırım, varsa eylemci eşin silahını zabıtaya yasak süresince teslim etmesinin sağlanmasıdır. Her somut olaya göre eylemcinin eylemlerdeki psikolojik durumu gözlemlenip özellikle bu hükmün uygulanmasına özen gösterilmelidir. Bu, daha eşin ilk başvurusunda soruşturulmalıdır. Zira uygulamada eşi tarafından ateşli silahla vurularak öldürülen eşler bulunmaktadır.

Silah, bulundurma ruhsatlı bir silah olabilir. Bu durumda silah yasaklama süresince ruhsat adresi ile uzaklaştırma adresi aynı ise kolluk kuvvetlerine bırakılmalıdır. Bu uygulama cezai anlamda silah ruhsatının iptali sonucunu doğurmaz. Ancak yasağa aykırılık halinde genel Ceza Hukuku hükümlerine tabi olur.

Silah teslimi konusunda uygulamada hukuki uyumsuzluklarla karşılaşabilmektedir. Ruhsatlı silahı olan bir kişi sadece şiddetten yasaklanmış ise evden uzaklaştırılması söz konusu değilse silahının zabıtaya teslimi söz konusu olmamalıdır. Yönetmelikte bu konu da düzenlenmemiştir. Oysa uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur.

Ancak uygulamada silah teslimi tedbirinin silahın nerede tutulacağı konusunda tereddütler bulunmakta idi. Yönetmelik m. 11 ile sorun çözüme kavuşturulmuş olup silahın tedbir süresinin sonuna kadar adli emanete alınması düzenlenmiştir. Ancak, 11. m. ile kastedilen tedbirin “evden uzaklaştırma” tedbiri olduğunu tekrarlayalım.

Bu tedbirlerin dışında hakim, her somut olaya göre temel insan hakları çerçevesinde kalmak şartıyla başka tedbirlere de hükmedebilir (m. 1/I-son yarım cümle).

Eve veya işyerine yaklaşmama, ilgili eşin ev masraflarını veya eş ve çocukların mali ihtiyaçlarını karşılama yükümlülüğünden kurtarmaz. Mahkeme bu konuda da hüküm kurmalıdır. Nafaka konusunda talebe gerek yoktur.²⁰ Evden belli bir süre uzaklaştırılan eş, eş ve çocuklar

²⁰ Ayan, 331. yazar nafakanın ancak evden uzaklaştırma halinde uygulanabileceğini belirtmektedir. Bu genel anlamda doğru olmakla beraber aynı evde tedbirin uygulanması hallerinde de nafakanın aksatılmaması için hatırlatma bendi yazılabilir.

için tedbir nafakası ile yükümlü tutulmalıdır. Zira evden uzaklaşması- na rağmen MK'nın 185 ve 186. maddelerinden doğan yükümlülükleri devam etmektedir. Uygulamada başkaca sorunlarla karşılaşılması için imkan dahilinde peşin ödenmek üzere tedbir nafakasına hükme- dilebilmelidir. Kanunun açık hükmü karşısında bu konuda mahkeme yetkili ve hatta görevlidir. Tedbir hükümlerinin kamu düzeninin par- çası olduğunu hatırlatalım (Yönetmelik m. 16).

Nafaka ödenmesine ilişkin bir hüküm kurulduğunda nafakanın tahsiline ilişkin sorun ile karşılaşılabilir. Nafaka ödenmesi münhası- ran 4320 sayılı kanun uygulaması olmakla bir tedbir kararı ve hatta bir ihtiyati tedbir kararı söz konusu olacaktır. İhtiyati tedbir kararlarının uygulanmasında görevli tedbir uygulayıcısı açıkça yazılmalıdır. An- cak bu kanundan doğan bir nafaka yükümlülüğünün yerine getiril- mesi yine bu kanuna tabi olmalıdır. O halde evden uzaklaştırılan eşe nafaka yükümlülüğü tebliğ edildiğinde nafaka ödeme yükümlülüğü- nü koruma tedbirindeki gibi yerine getirmese aynı kanunda yer alan cezai sonuçla karşı karşıya kalır. Tıpkı uzaklaştırma kararına rağmen eve girmesinde olduğu gibi. Yönetmelik 16/II ile uygulamaya kolaylık sağlanmıştır. Buna göre nafakaya ilişkin hüküm mahkeme tarafından İcra Dairesine re'sen gönderilecektir.

Uygulanacak tedbirler açısından kanun hükmü sınırlı durumlar belirlemek yerine tedbirin bizatihi mahiyetini göz önüne alarak ben- zeri durumları da koruma kapsamına almıştır. Uygulamada gitgide sıklaşan bir durum vardır ki, bu duruma 4320 sayılı kanun hükümle- rinin uygulanması gerekliliği uygulayıcıların gözünden kaçmaktadır. O da velayet yetkisi olmayan eşin, tedbiren velayet sahibi olan veya velayet kendine tevdi edilen eşten aldığı çocukları iade etmemesi ve/ veya kaçırmaması durumudur. Teslim edilmeyen veya kaçırılan çocuk ile yetkili-görevli veli (velayet sahibi) yasal ve de anayasal anlamda tam bir ailedir ve anayasa ve MK ve diğer Aile Hukuku mevzuatına göre koruyucu hükümlerden yararlanır. Bunlardan biri elbette 4320 sayılı kanundur. Teslim etmeyen veya kaçırınan eş hukuka karşı hile-desise kullanarak çocuğu teslim etmemektedir. Özellikle kaçırma eylemi bi- zatihi şiddet unsuru taşıyan bir eylemdir. Ayrıca, teslim alınışı yasal olduğu halde iade etmeme eylemi de çocuklara yönelik korku verme

Ancak dosya kapsamında işe konusunda sıkıntı yaşandığına dair bilgiler varsa nafaka hükmü kurulması unutulmamalıdır.

içeriklidir. Her iki eylemin birinci mağduru doğrudan çocuktur. İkinci mağdur ise yasal olarak velayetin sahibi olan eştir. Bu açıdan kaçırılan veya teslim edilmeyen çocukların 4320 sayılı kanun kapsamında bulunduğu yerde derhal teslim alınarak yetkili veliye teslimi yönünde koruma kararı verilmelidir. Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana bu hukuki yolun işletilmemesi 4320 sayılı kanunun amacını bilmemekten ibarettir. Bu kanun sadece halen evli olan eşler arasındaki şiddete veya boşanma davası devam eden eşlere uygulanacak bir düzenleme değildir. Aileye karşı şiddetin şu veya bu aşamada ortaya çıkması halinde 4320 sayılı kanun uygulanacaktır.

Kaldı ki uygulamada halen evli olan eşlerin birisi şiddete uğradığında polise müracaat ettiğinde polis tarafından *“aile kavgasıdır, karışamayız...”* tepkisi ile karşılaşmaktadır. Oysa aile kavgası kolluk kuvvetlerinin derhal müdahalesini gerektirmektedir. Bu konuda Adalet Bakanlığı genelgesi oldukça açıktır. Halen uygulamada şiddetin durdurulamaması sadece kayıtsızlıktandır.²¹

3. Kanunun Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve İşletilmesi Gereken Usul

Bu kanun hükümlerinin bir eş için uygulanmış olması boşanma davalarında o eş lehine kesin delil sayılır. Bu soruşturma dosyası özellikle boşanmanın sonuçları veya eşlerin uyarılması konusunda hâkimin takdirinde doğrudan etkili olacaktır. Bu açıdan 4320 sayılı kanunun uygulanması nitelik arz etmektedir.

Toplumumuzun ve özellikle kadınlarımızın hukuk kültürü yüksek değildir. Bundan doğan sıkıntılar bulunmaktadır. Her taciz, şiddet

²¹ Adalet Bakanlığı'nca yayınlanan genelgenin ilgili bölümleri şu şekildedir. *“...Anayasa m. 41'e göre aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması... için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar... TCK 86/III-a bendinde “...kasten yaralama suçunun üstsoya, altsoya, eşe ve kardeşe karşı işlenmesi halinde şikayet aranmaksızın verilecek ceza yarı oranda artırılır” hükmü yer almaktadır... Cumhuriyet Savcıları tarafından aile içi şiddete maruz kaldığının öğrenilmesi halinde, bu konuda herhangi bir şikayet de gerekmediğinden derhal soruşturmaya geçilmesi, ayrıca koruma kararı alınması için ivedilikle Aile Mahkemesi Hakimine bildirimde bulunulması, mahkeme tarafından tedbir içeren koruma kararı verilmesi durumunda kararın kanunun amacına uygun biçimde infazının sağlanması için kolluk birimleri ile sıkı işbirliği kurulması, mahkemece verilen koruma kararlarına uymayanlar hakkında kanuni işlemlerin yerine getirilmesi...”*

veya huzur bozucu davranış resmiyet kazanmalıdır. Bu açıdan eyleme maruz kalan eş kolluk kuvvetlerine başvurmalıdır. Kolluk kuvvetlerince yapılacak iş, önce delilleri sabitlemek olmalıdır. Bunlar rapor aldırılması, eylemcinin eyleminin durdurulması ve belgeye bağlanması, eylemcide görülen alkollülük, taşkınlık vs. hallerin evraka yansıtılması, eylemci eşin sarf etmekte olduğu sözlerin ayrıntılı olarak zapta bağlanması vs. olabilir. Polise intikal eden her aile içi şiddet olayında Cumhuriyet Savcısı'nın haberdar edilmesi de ihmal edilmemelidir.

Polis-jandarmanın bu konuda ayrıca eğitilmesi de gerekmektedir.²² Yeni MK ve de Aile Mahkemeleri Kanun'u ailenin korunmasına yönelik oldukça özellikli hükümler içermekte olup kolluk kuvvetlerinin de eğitilmesine gerek vardır. Öyle ki bu tedbirin tebliğ ve uygulanması ve uygulamanın takip ve sonucu bildirmek kolluk görevlilerince ifa edilecektir.

4787 sayılı kanun hükümlerinden olan uzmanların görevlendirilmesi konusunda zabıta kuvvetleri de eğitilmelidir. Her somut olayda delillerin bağlanması aşamasında zabıta uzman görüşleri doğrultusunda hareket etmelidir. Bu konuda zabıtaya yardımcı olmak açısından sosyal hizmetlerdeki görevliler nöbet sistemiyle çalıştırılmalıdır. Daha olayın başlangıcında uzman görüşü doğrultusunda çalışmak pek çok geçimsizliğin boşanma kertesine gelmesine engel olacaktır. Bu yönde çalışmanın sağlanması için devletin ilgili birimleri arasında bir protokol yapılabilir veya başbakanlıkça genelge çıkarılabilir. Bize göre bu yapılsa da yürürlükteki mevzuat zabitanın uzmanlardan yararlanmasına müsaittir. Her olayda mağdur eş de bu yönde zabıtanın açıkça talepte bulunabilir. Nasıl doktor raporu sağlanıyorsa diğer uzmanlardan da rapor alınabilir. Bu açıdan özellikle vekilli başvuruların yaygınlık kazandırılması gerekmektedir.

4. Tedbirin Uygulanması ve Sonuçları

Bu kanundan doğan bütün tedbir hükümleri müracaatçısına bakılmaksızın Cumhuriyet Savcılığınca uygulanır (m. 2). Kolluk kuvvetleri, Cumhuriyet Savcılığından gelen tedbir hükümlerini uyguladığına dair evrakı yine savcılık makamı kanalıyla hükmü veren mahkemeye ulaştırmalıdır. Kararın ihlal edilip edilmediği kolluk kuvvetlerince

²² Bu konuda Moroğlu'nun eleştirilerine bakınız.

mağdur eşin talebi olmadan takip edilmelidir. Zira ihlal halinde eylemci eş cezalandırılacaktır (m. 2/II-III).

Uygulamada tedbir kararının zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle bazen uygulanmamakta olduğu görülmektedir. Bu durum aslında kanun metninde yer alan en fazla altı ay süre ile uygulanması konusunun yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Bu süre hakimden evden uzaklaştırılmasına karar verebileceği azami süredir. Mesela, mahkeme aile fertlerine şiddet uygulayan eşin evden yedi ay süreyle uzaklaştırılmasına karar veremez. Bu sebeple tedbirin uygulanması açısından zamanaşımı söz konusu olmaz. Aksinin kabulü halinde, şiddet uygulayan eşin tebliği adres değiştirerek geciktirebileceği ve cezai sonuçlardan da kurtulabileceği unutulmamalıdır.

Tedbirin uygulama aşaması bakımından Yönetmelik bazı yenilikler getirmektedir. Buna göre Cumhuriyet Savcılığında “Koruma Kararı Defteri” tutulacaktır. İkinci olarak koruma kararı kolluğa savcılıkça mağdur eliyle gönderilebilecek (Yönetmelik 15/III) ve savcılık tarafından mağdurun bulunduğu konutun haftada bir kez ziyaret edilmesi, birinci derece yakınları ile iletişim kurulması, komşularının bilgisine başvurulması, oturlan yerin muhtarından bilgi alınması, bulunduğu konutun çevresinde araştırma yapılması sağlanacaktır.

5. 4320 Sayılı Kanunun Aile Mahkemelerinde Uygulanma Şekli

Aile mahkemelerine bu kanuna dayalı olarak gelen talepler ya Cumhuriyet Savcısının talebi ya da aile içi şiddete uğrayan eşin şahsi başvurusu ile gelmektedir. Bu tür evrak harçsız bir incelemeye tabi tutulmaktadır (Yönetmelik m. 17).

Cumhuriyet Savcısı talebiyle gelen evrak genellikle tekemmül etmiş durumdadır. Buna dayanarak evrak içeriğine göre Aile Mahkemesi Hakimi 4320 sayılı kanunun öngördüğü bir veya birden fazla tedbire veya MK da yer alan başka tedbirlere hükmedebilir.²³

Şahsi başvurular yoluyla gelen evrak genellikle sadece dilekçedeki iddialardan ibaret kalmakta olup bu tip taleplerde Aile Mahkemesi

²³ Bakır, 104 vd.; Tutumlu, M. A., *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku*, Ankara 2005, s. 1154.

Hakimi birtakım soruşturmaları yaptıktan sonra tedbire hükmetmeyi tercih etmektedir. Zira iddia dışında evrakta delil bulunmamaktadır. Bu konuda mahkemelerin eleştirilere uğradığı görülmektedir.²⁴ Oysa şiddete uğrayan eşin hukuki yardıma kavuşması halinde bu sorun tamamen ortadan kalkmaktadır. Bu konuda da özellikle büyük şehirlerde Baroların organizeli bir şekilde hukuki yardımı yaygınlaştırması gerekir. Böylece 4320 sayılı kanun daha etkin kılınabilir.

4320 sayılı kanun aslen bir tedbir işi, diğer ifade ile acele mevadandır. Yasama organı bu konuda uluslararası sözleşmelere uygun şekilde amir hükümler getirmiştir. Acil işler hukuk mahkemelerinde değişik işler defterine kaydedilip duruşma yapmadan tedbir kararı konu olur. Yoksa bize göre 4320 sayılı kanundan doğan uyuşmazlık veya şikayeti esasa alıp uzun bir duruşma gününe tabi tutmak sadece taraflar arasında soğukluğu ve husumeti artırır. O halde delil bulunmayan, sadece müracaatçının iddialarını içeren taleplerde sadece uyarı yolu tercih edilebilir. Bu öteki tarafın aleyhine bir durum doğurmaz. Ancak bazı ipuçları varsa itiraz yolu açık olmak üzere tedbir kararı da verilebilir.

Nitekim Yargıtay 4320 sayılı kanundan doğan işlerin nihai bir iş olmayıp tedbir uygulaması niteliğinde olduğunu, bu tedbirden sonra on gün içinde dava açılması gerekmediğini, özel bir uygulama olduğunu, hakimin tayin ettiği sürenin tedbir süresi olduğunu, temyize tabi olmayan bir işlem olduğunu benimsemektedir Bu sebeptendir ki bu işler ancak itiraz yoluna tabi olup itiraz üzerine duruşmalı olarak incelenmelidir. Bu sonucu da ihtiyati tedbirlere itiraz yönteminden çıkarmaktayız.²⁵

²⁴ Moroğlu, 7,8.

²⁵ Tercan, Erdal Türk Aile Mahkemeleri, *AÜHF Dergisi* 2003/3 s. 50., Dural/Öğüz/Gümüş 4320 sayılı kanundan doğan kararların MK 195 ve devamı maddeleri ile öngörülen tedbirlere ek nitelikte olduğunu benimseyerek temyize konu olabileceği ileri sürmektedir.

² HD, 2002/14276 E., 2003/344 K. 04.10.2002 t. kararı: “Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü. “Mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir” (HUMK. m. 427). Şu halde incelenen kararın niteliği ortaya konularak öncelikle kararın temyizinin kabil olup olmadığının çözümlenmesi gerekmektedir. 4320 sayılı kanun ile aileyi koruyucu tedbirlerin Sulh Hukuk Hakimi tarafından resen alınması hükme bağlanmıştır. Bu kanunun amacı aile içi şiddeti durdurma, özellikle kadını ve çocukları koruma olduğu sevk gerekçesinde açıklanmıştır. Hatta “Sulh Hukuk Mahkemesi mağdurların

4320 sayılı kanun hükümleri hakkında da şunları söylemeliyiz. Bu

tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak başvurusunun hemen ardından tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir. Şiddete uğrayanların mahkeme kararında 6 ayı geçmemek üzere tedbirin uygulama süresi belirtilecek ve tedbire aykırı davranışta bulunulması halinde tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edileceği kusurlu eşe ihtar olacaktır” açıklamaları yapılmıştır. Görüldüğü üzere bu karar kusurlu eşin saldırılarına son verilmesinin kendisine ihtarından ibaret kısa süreli bir tedbir niteliğindedir. Bu açıklamalar kararın nihai nitelikte olmadığını sürekli sonuç doğurmayacağını göstermektedir. Öte yandan kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu’nda müzakeresi sırasında 1/2. maddeye “Bu karara karşı tefhim veya tebliğinden itibaren üç gün içinde aynı yer Asliye Hukuk Mahkemesine itiraz edebilir. Asliye Hukuk Mahkemesi itirazı üç gün içinde sonuçlandırır. Bu karar kesindir. İtirazlar verilen tedbir kararının uygulanmasını tehir etmez” biçimindeki ekleme genel kurul müzakerelerinde karşı çıkmış ve bu ekleme kanun metninden çıkarılmıştır. Bu konunun müzakereleri sırasında konuşmacılar kanunun ön gördüğü kararın tedbir niteliğinde olduğunu hemen uygulanarak aile içi şiddetin bıçakla keser gibi kesilmesi ve ortadan kaldırılması gereğine işaretler “onun için Sulh Hukuk Mahkemesi kararı kesin olmalıdır” demişlerdir. Bu görüşlere cevap veren ilgili bakan “Adalet Komisyonunda yapılan değişiklik ve ilavelerin taslaktan çıkarılmasını talep ediyoruz; Çünkü bunlar taslakta yer aldığı müddetçe, kanunun ruhuna aykırı olacaktır... Kusurlu eşin genel hükme göre itiraz hakkı vardır; yani Sulh Hukuk Mahkemesine itiraz edilebilir. Asliye Hukuk Mahkemesine itiraz hakkı sağlamak, kusurlu eşe ek bir itiraz hakkı sağlamak anlamını taşımakta, zaten şiddet mağduru olan kadın ve çocukların bu süre zarfında daha çok mağdur olmalarına sebep olmaktadır” demiştir. Bu açıklamalardan sonra tasarıya Adalet Komisyonu’nda yapılan itiraza ilişkin eklemeler çıkarılmış; kanun bu hali ile kesinleşmiştir. Şu halde 4320 sayılı kanun uyarınca oluşturulan kararları, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun’un 105, 106, 107, ve 108. maddelerinde belirlenen prosedür uyarınca itiraz olun ve bu kanunun 109. maddesi uyarınca 10 gün içinde dava açılması şartıyla değil hakim tayin ettiği süre ile geçerli ve temyiz incelenmesine tabi bulunmayan geçici tedbir niteliğinde kabul etmek, kanunun tedvin amacına uygun düşecektir. Temyiz isteğinin bu sebeplerle reddi gerekmiştir. Sonuç: Açıklanan sebeplerle temyizi kabil olmayan karara karşı vaki temyiz isteğinin Reddine, temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine oyçokluğuyla karar verildi.

Muhalefet Şerhi

“4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un amacı, aile içerisindeki bireylerin birbirlerine yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışları önlemektir. Yasanın hükümet gerekçesinde; Sulh Hukuk Hakimî’nin, mağduru tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak başvurusunun hemen ardından, tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan kararını verebileceğini, şiddete uğrayanın mahkemede şiddete uğrama ihtimalini kanıtlanma yükümlülüğü altında da bulunmadığını belirtmiştir. Nitekim bu düşünce altında kanun karşı itiraza ilişkin Adalet Komisyonu’nda yapılan değişiklik meclis genel kurulunda kabul görmemiş ve metinden çıkartılmıştır. Hakim bu şekilde derhal (herhangi bir gecikmeye meydan vermeden) tedbir alması sağlanmıştır.

Çoğunluk gerekçesinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası’nın 105. maddesinin uygulanabileceğine işaret olunmuştur. Sözü edilen madde duruşma açılması ile ilgilidir. Duruşma açılması demek, davanın taraflarına murafaa gününün bildirilmesi demektir. Murafaa günü taraflara çıkartılacak davetiye ile bildirilir. Masraflarının da dava açandan alınması

kanun, ileride tartışacağımız 4721 sayılı MK'nın benimsediği müdahale sistemi hükümleri ve 4787 sayılı olan ve kısaca Aile Mahkemeleri Kanunu dediğimiz kanun hükümleri ile bir bütün olup birbirini tamamlar şekilde uygulanmak zorundadır. Örneğin, açılmış bir davada yargılama sırasında da 4320 sayılı kanunun saydığı bazı tedbirlerle hükmedilebilir. Ayrıca 4320 sayılı kanundan doğan bir başvuruda da hakim başka tedbirlere hükmedebileceğinden MK veya 4787 sayılı kanundaki tedbirlerden birine pekala hükmedebilir. Tek fark şudur ki, 4320 sayılı kanun suigeneris bir tedbir sistemi düzenlemekte olup duruşmasız ve acil tedbire temel teşkil etmektedir. Yine bu kanundan doğan koruma talepleri açık hüküm karşısında hiçbir harca tabi değildir.

4320 sayılı kanundan doğan bir talep üzerine Aile Mahkemesinin hükmettiği tedbire itiraz yolunun bulunmadığını kabul etmek pek çok zaman telafisi imkansız sonuçlar doğurabilir. Zira boşanma ortamında eşler sağduyulu düşünemezler ve pek sıklıkla düşmanlık duyguları ile hareket ederler. Bunun böyle olmadığının ispatı her zaman eş ya da eşlere fırsat olarak tanınmalıdır. Bir dosya örneği olarak diyelim

zorunludur. Masrafların yatırılmaması talepten sarfınazar anlamına gelir (TK m. 5, Tebligat Tüzüğü'nün 6. maddesi).

Yasanın birinci maddesinde, başvurudan herhangi bir harç alınmayacağını vurgulamıştır. Amacı başvuruda bulunan aile bireyine kolaylık sağlamaktır. Onu bir yük altına sokmamaktadır. Murafaa açmak için gider istenilmesi caydırıcı unsur teşkil edecektir. Yasanın esprisi ile bağdaşmayacaktır.

Yine Tebligat Yasası'nın 9. ve Tüzüğü'nün 8. ve 12. maddesi, tebligat evrakını gönderen merciinin gönderilen yerin uzaklığını, mevsim şartlarını nakil vasıtalarının durumunu nazara alacağını, murafaa gününün tebligatın belediye hudutları içerisinde yapılacaksa üç günden köyde veya vilayetin diğer bir kazasında yapılacaksa on beş günden, diğer bir vilayet içinde yapılacaksa bir aydan az olamayacağını vurgulamıştır. Tebligatın yurt dışında yapılması durumunda sürenin daha da uzayacağı tartışmasızdır. Bu şekilde, aradan çok uzun zaman geçtikten sonra alınan tedbirin, tedbir olma özelliği de ortadan kalkacaktır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın 107. maddesi ise itirazla ilgilidir. İtiraz üzerine duruşma açılması zorunludur. Yukarıda murafaa ile ilgili yapılan açıklamalar burada da tekrarlanacaktır. Kanun koyucunun kapattığı bir yol, dolaylı olarak gündeme gelecektir.

Tedbir kararı verilebilmesi için Sulh Hakimi'nin tam bir kanaate sahip olmasına da gerek yoktur. Şiddete uğrama ihtimalini sezinlemesi yeterlidir.

Bu açıklamalar karşısında hakimi evrak üzerinde, duruşma açmadan birinci maddede gösterilen tedbirlerden birini, bir kaçını yahut duruma uygun benzer önlemi almakla mükelleftir. Verilecek karar yasanın amacına, ailenin durumuna, somut olayın özelliğine uygun, objektif ve herkesçe kabul edilebilir olmalıdır. Kesindir. Açıklanan sebeple de değerli çoğunluğun gerekçesine iştirak edilmemiştir.” Bkz. e-Akademi nisan 2003/Kararlar.

ki; davacı eş, davalı eş hakkında evden alkolizmden kaynaklanan eylemlerden ötürü eşi tarafından kovulduğunu iddia etmiştir. Evrakta rapor veya kolluk soruşturması yoktur. Sadece davacının iddialarına göre tedbir uygulanmış ve davalı iki ay boyunca eve girmemekle ihtar edilmiştir. Karar davalıya Cumhuriyet Savcılığı havalesi ile kolluk tarafından infazen tebliğ edilmiştir. Kararı alan davalı ağır bir şok içinde mahkemeye başvurmuştur. Davalı itirazında aylardır işi sebebiyle başka bir yerde bulunduğunu belgeleyen evrak eklemiş ve iddia edilen olay tarihinde reşit kızı da beraberinde olmak üzere konuttan ayrı bir yerde olduğunu ve davacının bildirdiği olayların yaşanmadığını belgelemiştir. Davalı, tatil için evine döndüğünü ve olan bitene anlam veremediğini, bu sebeple savunma ve itirazının kabul edilerek eve girme yasağının kaldırılmasını istemektedir. Mahkeme itiraz üzerine dosyayı incelemekle taraflardan somut deliller sunan davalının itirazını haklı bulmaktadır.

Bu somut olayda olduğu gibi mahkeme, *"bu kurumda itiraz yolu yoktur"* diyerek itirazı reddetse idi hakkaniyete uymayan bir kararla intikam duygusu ile hareket eden bir eşin duygularına alet olacaktı. Bu yüzden 4320 sayılı kanundan doğan uyuşmazlıklarda tedbir kararına itiraz yolunun kapalı tutulması doğru bir uygulama olamaz.²⁶

²⁶ Aynı görüşte Ayan, 305, dph. 362; Baydur/Ertem 116,;2. HD 12.07.2004 2004/8367-9372 *"Mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir"* (HUMK. m. 427). *Şu halde incelenen kararın niteliği ortaya konularak öncelikle kararın temyizinin kabil olup olmadığının çözümlenmesi gerekmektedir. 4320 sayılı kanun ile aileyi koruyucu tedbirlerin Aile Mahkemesi Hakimi tarafından (47875 S.K: m. 9/1) resen alınması hükmüne bağlanmıştır. Bu kanunun amacı aile içi şiddeti durdurma, özellikle kadını ve çocukları koruma olduğu sevk gerekçesinde açıklanmıştır. Hatta "Aile Mahkemesi mağdurların tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak başvurusunun hemen ardından tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir. Şiddete uğrayanların mahkemede şiddete uğrama ihtimallerini kanıtlayarak yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Mahkeme kararında 6 ayı geçmemek üzere tedbirin uygulama süresi belirtilecek ve tedbire aykırı davranışta bulunulması halinde tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edileceği kusurlu eşe ihtar olacaktır"* açıklamaları yapılmıştır. Görüldüğü üzere bu karar kusurlu eşin saldırılarına son verilmesinin kendisine ihtarından ibaret kısa süreli bir tedbir niteliğindedir. Bu açıklamalar kararın nihai nitelikte olmadığını sürekli sonuç doğurmayacağını göstermektedir. Geçici tedbir niteliğinde olan bu kararın itiraza tabi olmadığı da Kanunun Adalet Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında kabul edilmiş, kanun bu hali ile kesinleşmiştir. Şu halde 4320 sayılı kanun uyarınca oluşturulan kararları, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 105, 106, 107, ve 108. maddelerinde belirlenen prosedür uyarınca itiraz olunur ve bu kanunun 109. maddesi uyarınca 10 gün içinde dava açılması şartıyla değil hakim tarafından tayin ettiği süre ile geçerli ve temyiz incelenmesine tabi bulunmayan geçici

İkinci olarak, bu kanun gereğince hükmedilen tedbirlere aykırılık halinde davalı ceza hukuku anlamında mahkum olabilmektedir. Uygulamanın sonunda hapis cezasına çarptırılma yolu açık olan bir tedbir türünde davalıya itiraz hakkı tanımamak, onu doğrudan hapis cezasıyla yüz yüze bıraktığından ağır bir sonuç olmaktadır. Bu ceza hukuku anlamında savunma hakkının baştan itibaren yok edilmesi anlamına gelir. Bu sebeple 4320 sayılı kanundan tedbirlere karşı itiraz yolu hep açık olmak zorundadır. Bu itibarla itiraz yolunu kapalı tutma uygulamasından vazgeçilmelidir. Aksi halde İHS m. 6 ile düzenlenen adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olur. Diğer ifade ile hukuk uygularken Temel İnsan Hakları da korunmak zorundadır.

Sonuç

Şiddet açısından bakıldığında kadınların insan haklarının korunması için mevzuatımız yeterince donatılmıştır. MK, AMK, ÇKK, SH-ÇEK ve AŞKK gibi kanunlar her türlü tedbiri içermektedir. TC sözleşmeye karşı mevzuat anlamında yükümlülüklerini yerine getirmiştir. Ve 4320 sayılı kanun sözleşmeye uymanın somut düzenlemesidir. Ancak sorun genelde görüldüğü gibi yargı organlarına intikal etmeme şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşmenin 16. m. hükümlerinin uygulamamıza yansısı ise yargı organları açısından değerlendirilmelidir. Belirttiğimiz ve özellikle mali haklara ilişkin çelişki ve ihlaller bizzat uygulamacı olarak yaşadıklarımız ve tespit ettiklerimizdir. Kanaatimiz odur ki Türk Kadını daha fazlasını hakketmektedir. Bu anlamda Aile Hukuku uygulamamızın saydığımız noktalarda uygulama olarak geliştirilmesi zorunluluğu vardır.

tedbir niteliğinde kabul etmek, kanunun tedvin amacına uygun düşecektir. Temyiz isteğinin bu sebeplerle reddi gerekmiştir."

KAYNAKLAR

- Akıncı, Ş., Medeni Kanunda da Kadın ve Aile, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_8-sayi_1-2.pdf.
- Akıntürk, T., Aile Hukuku (6.Bası).
- Baktır, S., Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.
- Baydur/Erdem, Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 65.S.
- Ceylan, E., Boşanmanın Hukuki Sonuçları 2006.
- Dural/Öğüz/Gümüş Aile Hukuku 2005.
- Eke, A.H., Nafaka-Tazminat-Miras-Destek, Tazminatı ve Sosyal Güvenlik Haklarının Mukayesesi, *Hukuk ve Demokrasi Dergisi* S.10.
- Güven K., 4320 sayılı "Ailenin Korunmasına Dair Kanun"un Getirdiği Hukuki Tedbirlere, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1998/1-2, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/dergi/cilt_2-sayi_1-2.pdf
- Hatemi, H., Aile Hukuku I, İstanbul 2005.
- Havutcu, A., Evlilik Birliğinin Temsili Ankara 2006.
- Köseoğlu, B. Aile Mahkemelerinin İşleyişi Ankara 2005.
- Moroğlu, N., Kadına Yönelik Şiddet ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun, www.hukukcu.com/dosyalar/kadina_siddet.htm
- Öztañ, B., Aile Hukuku 2004.
- Schloms, H Alman Hukukunda Çocukların Nafaka Hakkına Özellikle Adli Memurlara Yüklenen Görevler Bakımından Genel Bir Bakış (Çev. H.S. Ozanoğlu) *AÜHFD* 2001/1.
- Tercan, Erdal, Türk Aile Mahkemeleri, *AÜHFD* 2003/3.
- Tutumlu, M.A., Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku Ankara 2005.
- Bilgi Üniversitesi Seminer notları
e-Akademi Nisan 2003/Kararlar.

KAT MÜLKİYETİ YASASINDA YAPILAN VE YAPILMASI GEREKEN DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE

Saffet CAN*

*“Oylar arttığı için
daha sorumlu davranmalıyız.”*

(Zapatero, İspanya Başbakanı)

Son yıllarda ülkemizde sanki bir ‘yasa yağmuru’ var denilecek kadar çok sayıda yasa çıkmaktadır. Gerek Avrupa Birliği’ne uyum, gerekse değişen koşullar yeni yasaların çıkmasını gerektirecektir elbette. Ne var ki, yasaların aşırı ölçüde değişmesi insanların ruh sağlığını etkileyecek, adaleti etkisizleştirecek boyutta olmamalıdır. Bir yandan, yasalarla kişilerin hakları güvence altına alınırken öte yandan, kazanılmış hakları yok edilmemelidir. Özellikle, mülkiyet konusunda çok duyarlı olunmalıdır. “*Mal canın yongasıdır*” der atasözümüz.

02.01.1966 tarihinde yürürlüğe giren 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası son olarak, 28.11.2007 günü yürürlüğe giren 5711 sayılı yasa ile (altıncı kez) çok önemli sayılabilecek değişikliklere uğramıştır.

19. Madde Değişikliğinin Anayasaya Aykırılığı

A. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

Madde 35 – Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

* Av., İstanbul Barosu.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

Madde 11/2 - Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

B. Türk Medeni Yasası

Madde 692 - Paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır.

C. Kat Mülkiyeti Yasası

Madde 2 - b) Anagayrimenkulün bağımsız bölümleri dışında kalıp, korunma ve ortaklaşa kullanma veya faydalanmaya yarayan yerlerine (ortak yerler); kat maliklerinin ortak malik sıfatıyla paydaşı buldukları bu yerler üzerindeki faydalanma haklarına (kullanma hakkı);

denir.

Madde 16 - Kat malikleri ana gayrimenkulün bütün ortak yerlerine, arsa payları oranında, ortak mülkiyet hükümlerine göre malik olurlar.

Kat malikleri ortak yerlerde kullanma hakkına sahiptirler.

Madde 19 - F. 2) (Değişiklikten önceki biçim) Kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin rızası olmadıkça, ana gayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte dış badana veya boya yaptıramaz...

F. 2) (Değişik: 14.11.2007 - 5711/8) Kat maliklerinden biri, bütün kat maliklerinin beşte dördünün yazılı rızası olmadıkça ana gayrimenkulün ortak yerlerinde inşaat, onarım ve tesisler, değişik renkte dış badana veya boya yaptıramaz...

Bu yasa kuralları irdelendiğinde, anayasamıza göre mülkiyet hakkı, "Ancak kamu yararı amacıyla kanunla" sınırlanabilmektedir. Buna koşut olarak, Türk Medeni Yasası'nda paylı malın üzerinde önemli sayılan işlerin yapılmasının oybirliğini gerektireceği belirtilmiştir. Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesinin 2/1 tümcesinde de değişiklikten önce hem anayasamıza hem de Türk Medeni Yasası'na uyumlu olarak

“onarım” ve benzeri önemli değişiklikler için bütün kat maliklerinin oybirliği aranmakta iken her nasılsa bu son değişiklikle “oybirliği” yerine “bütün kat maliklerinin beşte dördü” denilerek kişilerin mülkiyet hakkı sınırlanmıştır. Oysa hukuk dizgemizde, mülkiyet hakkını sınırlayan kamu yararı kararını yalnızca kamu yönetimleri verebilmektedir. Bu sınırlama ile hem anayasamıza aykırı duruma düşülmüş, hem yasaların ilgili maddeleri arasındaki uyum bozulmuş, hem de kişiler kazanılmış haklarından yoksun bırakılmışlardır. Bu değişiklik gerekçesine baktığımızda: “*Ana taşınmazın ortak yerlerinde yapılacak ‘onarım’ bütün kat maliklerinin rızası ile yapılabilmektedir*”¹ anlatımıyla karşılaşmaktayız. Bu demektir ki bu yasa tasarısını hazırlayan bilim kurulu, “bütün kat maliklerinin beşte dördü” kuralını uygun görmemişlerdir. Onların da belki içini sızlatacak bu değişiklik, yasalaşma evresinde yapılmış olsa gerek. Başkalarının mülkiyet hakkı üzerine demokrasibilik mi getirilmek istenmiştir yoksa? Bu değişikliğin, gerekçesi olmadığına göre ne amaçla getirildiği anlaşılamamaktadır. Anayasamızın ilgili maddesine aykırılığı ise kesindir.

Örneklendirmeler

a. İstanbul’un en seçkin yerlerinden birinde, duvarları tavana kadar pırıl pırıl, sanat eseri mermerlerle kaplanmış, yüksek, geniş, ferah bir girişi olan bir iş merkezinde, bir kat satın alan kişi; bu mermerlerin delik deşik edilerek üzerlerinin, ömrü en fazla iki yıl olan alçıpan ve kâğıtla kaplandığını, katlara çıkış merdiveninin, imar mevzuatına aykırı olarak önünün kapatıldığını, çıkış yönünün değiştirildiğini, tavanın alçaltıldığını görüp buna karşı, yasadaki bu değişiklikten sonra herhangi bir dava açamamanın üzüntüsünü yaşamaktadır. Oysa bu değişiklikten önce biliyordu ki, kendi rızası olmadan buraya kimse el süremeyecektir.

b. Yine bu kişi, katlara giden telefon kablolarının çamaşır ipi gibi çekildiğini görüp, kendi katına giden kabloyu projeye uygun olarak duvarın içinden çektirir. Ne var ki, yasadaki bu değişiklikten sonra kat maliklerinin yüzde doksan dokuzunu karşısına alamamakta, çoğunluğun her zaman doğru karar veremeyeceği gerçeğini de görmüş bulunmaktadır.

¹ Av. Şerafettin Gökalp, *Kat Mülkiyeti Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Seçkin, Ankara 2008.

Çözüm

Kat Mülkiyeti Yasası'nın 19. maddesinin 2/1 tümcesinin uygulanmasını gerektiren bir uyuşmazlıkta koşullar gerçekleşmişse, bu kuralın "beşte dördü" bölümünün mülkiyet hakkını sınırladığı ve anayasanızın 35. maddesine aykırı olduğu savını, hukukun çok saygıdeğer uygulayıcılarının Anayasa Mahkemesi'ne iletmesinden başka bir yol kalmamıştır artık. Çünkü bu değişikliğin, bu Meclis'te yeniden eski biçimine dönüştürülmesi çok zayıf bir olasılıktır. Anayasa Mahkemesi bu istemi uygun bulması durumunda, yeni bir yasa çıkarmayı gerektirmeden, değişiklik öncesi olduğu gibi kişilerin mülkiyet hakkı güvencesi korunmuş olacaktır.

Yapılması Gereken Değişiklikler

a. Yöneticiye İlişkin Olarak

*"Düzenli olarak çalışan bir yöneticilik-denetçilik ortamında, kat malikleri kurulu toplantısına katılan kat malikleri, denetim raporu yardımıyla toplantı öncesinde yöneticiyi ibra edip etmeyecekleri hususunda bilgi sahibi olmuşlardır. Ancak genel uygulamada denetim raporu, gereken önem verilmeden hazırlanmakta veya hiç hazırlanmamakta, hazırlanmış olsa dahi çok zaman toplantıdan önce kat maliklerine tebliğ edilmemekte ve toplantı sırasında okunmasıyla hatta özetlenmesiyle yetinilmektedir. Bu durumda kat malikleri eksik veya yanlış bilgiler ile yöneticinin faaliyet raporu ve hesaplarını incelemekte ve sonuçta çok zaman iyi komşuluk ilişkisinin etkisiyle, aslında yapmamaları gereken ibra işlemini yapmak durumunda kalmaktadırlar."*² Yaşamakta olduğumuz bir gerçeği tüm açıklığıyla ortaya koyan bu görüşlere katılmamak elde değildir. İyi komşuluk ilişkilerinin bozulmamasını isteyenlerin bu iyi niyetleri, ne yazık ki art niyetli olanlarca çok iyi kullanılabilir.

İyi komşuluk ilişkilerinin etkisiyle birçok uyuşmazlık yargıya götürülme de bu durum kişilerin içinde bir yara olarak kalmaktadır. Uygulamada en çok karşılaşılan sorun, yöneticinin sayı ve arsa payı çoğunluğu sağlanamadan atanmasıdır. Birkaç kişiyi yanına alıp, bu çifte çoğunluğun yarısını bile bulmayan oy oranıyla yılarca yöneticilik yapmakta olan kişiler vardır. Yönetici atanması konusunda kat malik-

² T. Murat Pulak, *Kat Mülkiyeti Kanunu*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

leri kurulunun kararını iptal için açılan bir dava, İstanbul'da yaklaşık on beş ay sürebilmektedir. Uygulanma özelliği olmayan böyle bir davayı kim açar ki? Bu soruna önerebileceğim en uygun çözüm, kat maliklerinin yönetici atanması kararını tartışmalı dava konusu olmaktan çıkarmaktır. Bunun için:

1. Kat Mülkiyeti Yasası'nın 34. maddesinin dördüncü fıkrasındaki; *"Yönetici, kat maliklerinin, hem sayı hem arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından atanır"* kuralından sonra ikinci bir tümce olarak *"Sayı ve arsa payı çoğunluğu sağlanamaması veya üçten çok kişinin yönetim kuruluna seçilmesi durumunda yönetici atanmamış sayılır"* kuralı getirilebilir. Bu değişikliğin düşünülmesinin nedeni; *"Bütün kat malikleriyle külli ve cüzî halefleri, yönetici ve denetçiler, kat malikleri kurulunun kararlarına uymakla yükümlüdürler"* diyen madde 32/2 kuralına, aykırılık getirilerek uyum sağlanmak istenmiştir. Ayrıca *"Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 34. maddesine göre yönetici, kat maliklerinin hem sayı, hem arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından atanır. Bu hüküm emredici nitelikte olup, kamu düzeni ile ilgilidir"*³ diyen bu içtihadın uygulamadaki etkinliği artırılmak istenmiştir. Çünkü kamu düzenini ilgilendiren bu aksaklığı gidermek için alınacak yargı kararının uygulanma değeri günümüzde hemen hemen yok gibidir. *"Gecikmiş adalet, adalet değildir"* sözü burada gerçek olmaktadır. Kısacası bu çifte çoğunluğun sağlamadığı durumlarda, madde 32/2'de belirtilen yükümlülük söz konusu olmayacaktır.

2. Buna uyumlu olarak da m. 34/5; *"Kat malikleri, ana taşınmazın yönetiminde anlaşamaz veya yıllık yasal toplantısını bu yasanın 29. maddesinde belirtilen sürede gerçekleştiremezse kat maliklerinden birinin ya da kurul toplantısında bir yönetici atayamazlarsa toplantı başkanının, toplantıdan sonra en geç yedi gün içinde başvurusu üzerine o taşınmazın bulunduğu yerin sulh mahkemesince, olanaklıysa diğer ilgililer de dinlendikten sonra en geç on beş gün içinde taşınmaza bir yönetici atanır. Bu yönetici aynen kat maliklerince atanan yöneticinin yetkilerine sahip ve kat maliklerine karşı sorumlu olur"* biçiminde düzenlenebilir. Yedinci fıkrası ise; *"Sulh mahkemesince atanan yöneticinin görev süresi yapılan veya yapılması gereken yıllık yasal toplantı gününe kadardır. Kat malikleri bu süreçte her zaman kendilerine bir yönetici atayabilirler."* biçiminde değiştirilebilir. Bu düzenlemede, yıllık yasal toplantı hangi ayda yapılması gerekiyorsa o ayın son günü, yapılması

³ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, E: 1997/012739 K: 26.02.1998, (Yargıtay, Emsal Sorğu).

gereken yıllık yasal toplantı günü olarak düşünülmüştür. Bununla ilgili olarak da 35. maddenin “k” bendine; “Kat malikleri kurulunun toplantıya çağrılması” kuralından sonra gelmek üzere, “Kat maliklerini, bu yasanın 29. maddesinde belirtilen sürede gerçekleşmek üzere yıllık yasal toplantıya çağdırmayan yöneticinin, yöneticiliği sona erer” düzenlemesi getirilebilir. Bu değişiklik ile kat maliklerince atanan yöneticinin, kat maliklerini yıllık yasal toplantıya çağdırmamasının bir yaptırımı olarak düşünülmüştür. Ayrıca m. 34/5’in “Yönetici her yıl kat malikleri kurulunun kanuni yıllık toplantısında yeniden atanır; eski yönetici tekrar atanabilir” kuralına uyum sağlanmak istenmiştir. Buna ek olarak 33. maddenin 5711 sayılı yasa ile getirilen son fıkrası, “Tespit edilen süre içinde hâkimin kararını yerine getirmeyenlere ve bu yasanın 34. maddesinde kendisine verilen görevi yerine getirmeyen toplantı kurul başkanına, aynı mahkemece iki yüz elli Türk Lirasından iki bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. 25. madde hükmü saklıdır” biçiminde düzenlenebilir. Bu değişiklik ile kamu düzenini ilgilendiren bir sorumluluğun yaptırımsız kalması istenmemiştir.

b. İptal Davası ve Yöneticinin Görevine İlişkin Olarak

5711 sayılı yasadan önce kat malikleri kurulunun kararlarının iptali davası herhangi bir süreye bağlanmamışken bu değişiklik yasası ile “Kat malikleri kurulunca verilen kararlar aleyhine... aykırı oy kullanan her kat maliki karar tarihinden başlayarak bir ay içinde, toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde ana gayrimenkulün bulunduğu yerdeki sulh mahkemesine iptal davası açabilir” denilerek, iptal davası 33. maddede belirli bir süreye bağlanmıştır. Bu kuralda; “...toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrenmesinden başlayarak bir ay içinde ve her halde karar tarihinden başlayarak altı ay içinde...” diye geçen bölüm yerine, “...toplantıya katılmayan her kat maliki kararı öğrendiği veya kararın bir örneğinin kendisine bildirildiği günden başlayarak bir ay içinde...” denilerek, hem kat malikleri kurulu kararlarının bir örneğinin toplantıya katılmayanlara bildirilmesi gereği, hem de altı ay gibi bir sürenin geçmesinin gereksizliği belirtilmiş olmaktadır. Ayrıca bu değişikliğe uyumlu olması bakımından 35. maddeye ‘l’ bendi eklenerek “Kurul kararlarının bir örneğini toplantıya katılmayan kat maliklerine bildirmek” görevi yöneticiye yüklenebilir.

c. Denetçi Seçimi

Kat Mülkiyeti Yasası'nın 41. maddesinin 3. fıkrasından sonra gelmek üzere; *"Sayı ve arsa payı çoğunluğu sağlanamaz veya kat maliki olmayan ya da üçten çok kişi denetçi seçilirse, denetçi atanmamış sayılır"* değişikliği ayrı bir fıkra olarak düzenlenebilir. Bu kurala aykırı olarak alınan kararların hiçbir bağlayıcılığı olamayacağı açıktır. Bu durumda herhangi bir boşluk olmamaktadır. Genellikle yönetim planlarında bu sorun için *"Her kat maliki denetçi sayılır"* kuralı bulunmaktadır.

Sonuç Olarak

Biçime ilişkin kurallar kamu düzeniyle ilgilidir. Bu genel hukuk kuralına uygun olarak Borçlar Yasası'nın 11. maddesinin 2. fıkrasında; *"kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz"* kuralı bulunmaktadır. Borçlar Yasası Tasarısı'nda da madde 12 fıkra 2'de; *"kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklindedir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz"* denilerek, günümüz Türkçesine uygun bir dille bu genel kural verilmiştir. (Yeri gelmişken tasarının bu güzel Türkçe yapısını yüzde yüz Türkçe sözcüklerle verelim: *"Yasada sözleşmeler için öngörülen biçim, kural olarak geçerlilik koşuludur. Öngörülen biçime uyulmaksızın kurulan sözleşmeler geçersizdir"*).

Kat Mülkiyeti Yasası'nda da gerek yönetici, gerekse denetçilerle kat malikleri arasında, atanma konusunda bir sözleşme kurulmaktadır. Bu sözleşmenin kurulması için en önemli biçim koşulu, çifte çoğunluktur. Bugünkü uygulamada, bu biçim koşulu gerçekleşmemiş olsa da uzun süren bir iptal davasının konusu olabilmektedir. Düşünülen değişiklikle Borçlar Yasası'na da uyumlu olarak, kamu düzenine aykırı bir durumun varlığını sürdürmesi uygun görülmemiştir. Ayrıca, ülkemizin çok önemli bir sorunu olan kişiler arasındaki olumsuz dayanışmasının yöneticilik, denetçilik ve ortak yerlere el atma konusunda da etkinliğini sürdürmekte olduğu ya da sürdürmek isteyeceği çok yüksek bir olasılıktır. Bu gibi kişilerin komşularının iyi niyetlerini kötüye kullanmak isteyecekleri göz ardı edilmemelidir.

AİLE KONUTUNUN HACZİ

Murat DÖNMEZ*

Aile konutu, resmen evli olan karı kocanın birlikte yaşadıkları konutu ifade eder.¹ Resmi nitelikte olmayan birleşmelerde diğer bir ifade ile yasal olmayan fiili beraberliklerde yaşanan konut buraya girmez.² Eşlerin düzenli olarak birlikte yaşantılarını geçirmedikleri, ara sıra belli dönemlerde kullandıkları yazlık ya da dağ evi gibi konutlar aile konutu olarak değerlendirilemez.³ Yine aynı şekilde birkaç kardeşin ailelerinden bağımsız olarak oturdukları yer ya da reşit çocuğun anne ve babası ile birlikte oturduğu konutlar aile konutu olarak sayılmazlar.⁴ Dolayısıyla aile konutu; eşlerin birlikte seçtikleri, bütün yaşam faaliyetlerinin gerçekleştiği, düzenli olarak yerleşilen ve kullanımı hukuka uygun olan mesken olarak tanımlanabilir.⁵

Eşlerin birlikte seçecekleri konut birden fazla olabilir. Eşler birden fazla yerde oturma imkânına da sahiptirler. Ancak kural olarak bun-

* Av., İzmir Barosu.

¹ Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Kanunu'nun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, s. 47; Atalay, Oğuz, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, s. 54.

² Kılıçoğlu, a. g. e., s. 47; Şıpka, Şükran, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, s. 77-78; Kamacı, Mahmut; *Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK'nun 194. maddesi)*, s. 115-116; Doğan, Murat, *Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu*, s. 286; Uçar, Ayhan, *4721 sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu Müessesesi*, s. 404.

³ Kılıçoğlu, a. g. e., S. 47; Atalay, a. g. e., s. 54; Şıpka, a. g. e., s. 86; Kamacı, a. g. m., s. 118; Doğan, a. g. m., s. 286; Uçar, a. g. m., s. 404; Y.2.HD. 27.03.2003 T. E. 3071 K. 4352 (Kamacı, a. g. e., s. 118 dn. 10).

⁴ Şıpka, a. g. e., s. 78; Uçar; a. g. m., s. 404.

⁵ Kamacı, a. g. m., s. 116.

lardan *yalnızca bir tanesi* Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddedeki anlamında *aile konutu* özelliğini taşır.⁶ Eşlerin çeşitli sebeplerle birden fazla yerde oturuyor olmaları halinde, bunlardan ağırlıklı olarak yaşam faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer neresiyse o yer aile konutu sayılmalıdır.⁷ Ancak öğretilerde⁸ istisnai durumlarda birden fazla aile konutunun kararlaştırılabileceği de kabul edilmektedir.

Bir konutun aile konutu olup olmadığı özellikle konutun eşlerden birinin mülkiyetinde olması durumunda, MK m. 194/3 hükmü gereğince tapuya bu konuda verilecek olan bir şerhten çıkarılabilir. Zira mezkûr hükümde "*Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.*" denmektedir.

Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki aile konutu olarak kullanılan mesken ile ilgili tapu kaydına "*aile konutu*" şerhinin verilmemiş oluşu, o konutun aile konutu olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez. Zira Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir*" hükmünde yer alan şerh seçimsel niteliktedir. Madde hükmünün ifadesinden anılan şerhin kurucu

⁶ Kamacı, *a. g. m.*, s. 118; Özmen, İsmail, *Aile Konutu*, s. 8; Şıpka, *a. g. e.*, s. 86; Doğan, *a. g. m.*, s. 286.

⁷ Kamacı, *a. g. m.*, s. 118.

⁸ Şıpka, *a. g. e.*, s. 83-86, "Ancak öyle somut olaylar olabilir ki, ailenin yaşam merkezi iki ayrı konutta da geçebilir. Örneğin ülkemizdeki aile-egitim ilişkisi çok özel bir durumdur. Aileler genellikle çocuklarının eğitim göreceği okula göre bir konut ya da yerleşim yeri edinirler. Tabi bunun yanında meslek ve iş yaşamı da ailenin ya da aile bireylerinin çalıştığı şehir, bölge, ilçe vb. gibi yerlerde bir konut edinmesini zorunlu kılar (s. 83). Bir de sağlık nedenleri yüzünden eşlerin ayrı mekânlarda konutlarının olması ve her iki konutu da hemen hemen eşit zamanlarda paylaşmaları söz konusu olabilir (s. 84). Çok istisnai durumlarda, yukarıda belirttiğimiz sebeplerle verdiğimiz örneklerde birden fazla konutun, bu anlamda aile konutu sayılabilemesi mümkün olmalıdır (s. 86)." "Uçar; *a. g. m.*, s. 408: "...194. maddenin ifadesi ve amacı dikkate alındığında istisnai durumlar da olsa, yukarıda açıklanan özellikleri de taşımak kaydıyla aile konutu birden fazla konut olarak kararlaştırılabilmelidir. Kaldı ki, kanunda bunu engelleyecek açık bir hükme rastlanmamaktadır. Keza, kanun tasarısı hazırlanırken bu konunun tartışılmış, aile konutunun tek bir konuttan ibaret olacağına ilişkin 194. maddeye ek bir fıkranın eklenmesi önerilmiş olmasına rağmen, bu önerinin kanun koyucu tarafından kabul edilmemiş bulunması, zımnen de olsa bu görüşü destekler niteliktedir."

nitelikte bir şerh olmadığı sadece açıklayıcı nitelikte bir şerh olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.⁹

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin 1. fıkrasına göre "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz."

Mezkûr hükümde yer alan, aile konutu ile ilgili tasarrufi işlemleri diğer eşin rızasına bağlayan şart sadece malik olan eşin iradesine bağlı olan işlemlerde geçerli olabilecektir. Hak sahibi eşin aile konutunun devrini gerçekleştirmesi için diğer eşin rızasının bulunması gerektiği yönündeki şart cebri satışlarda geçerli olamayacaktır.¹⁰ Dolayısıyla aile konutu olan taşınmazın İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre haczi ve paraya çevrilmesi mümkün olup diğer eşin rızası gerekmez.¹¹ Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.¹²

Aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı bulunan eşin, bir borcundan dolayı alacaklının aile konutunu haczettirmesi durumunda, aile konutunu bu haciz işleminden kurtaracak bir hüküm gerek MK'da gerekse İİK'da yer almamaktadır. MK m. 194'te yer alan koruma sadece, aile konutu ile ilgili olarak iradi nitelikte bir borçlandırıcı ya da tasarruf işleminde diğer eşin rızasını aramaktadır.¹³

İcra ve İflâs Kanunu'nun *Haczi caiz olmayan mallar ve haklar* başlığı altında düzenlenen 82. maddesinin 12. bendinde borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceği ancak evin kıymeti fazla ise bed-

⁹ Özmen, *a. g. m.*, s. 10-11; Şıpka, *a. g. e.*, s. 160; Gençcan, Ömer Uğur, (YHGK'nın 04.10.2006 tarih E. 2006/2-591 K. 2006/24 sayılı kararında yer alan karşı oy yazısı, *TNBHD*, S:132, s. 80).

¹⁰ Atalay, *a. g. e.*, s. 54; Şıpka, *a. g. e.*, s. 119; Çabri, Sezer, *Aile Konutu Şerhi*, s. 405; Kamacı, *a. g. m.*, s. 128

¹¹ Atalay, *a. g. e.*, s. 54; Uyar, Talih, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 5, s. 7250.

¹² Y.12.HD. 04.05.2006 T. E. 5829 K. 8852 "TMK'nın 194. maddesi aynen 'Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini fesh edemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz' hükmünü içermektedir. Yasal bu düzenleme, aile konutunun tapu sicilinde maliki olan borçlunun borcundan dolayı alacaklıların yapacakları bir icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmemektedir." (Kaçak, Nazif, *Haczedilemezlik*, s. 69-70); Y.12. HD. 18.04.2006 T. E. 5585 K. 8228 "Alacaklının B.A. hakkında başlattığı takibin kesinleşmesi üzerine borçlu taşınmazına haciz konulmuştur. Anılan taşınmazın tapu sicilinde aile konutu şerhinin bulunması haczedilmesine engel teşkil etmez." (Kaçak, Nazif, *Haczedilemezlik*, s. 92).

¹³ Şıpka, *a. g. e.*, s. 119-120.

linden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere satılabileceği öngörülmüştür. Ancak mezkûr maddenin ikinci fıkrasında da bu istisnanın, borcun bu eşya bedelinden doğmaması haline münhasır olduğu da belirtilmiştir.

Borçlu malik eşin borcundan dolayı aile konutunun haczedilmesi halinde, şayet o konut, aynı zamanda İİK m. 82 b. 12 anlamında, *borçlunun haline münasip evi ise*, borçlu ve ailesi özellikle de borçlunun eşi tarafından haczedilmezlik iddiasında diğer bir deyişle meskeniyet iddiasında bulunulabilecek anılan hüküm dolaylı da olsa diğer eş için bir koruma sağlayabilecektir.¹⁴ Ancak buradaki haczedilmezlik iddiasının kaynağı o taşınmazın aile konutu olması değil borçlu ve ailesinin haline münasip evi olmasıdır.

Meskeniyet iddiası ile yapılan haciz işlemine karşı şikâyet hakkı sadece borçlu malik eş tarafından değil aynı zamanda, aile konutunda yaşayan diğer aile üyeleri ve özellikle de diğer eş tarafından da kullanılabilir.¹⁵ Öğretide¹⁶ de meskeniyet şikâyetinin diğer aile üyeleri ve özellikle de diğer eş tarafından da kullanılabilirliği kabul edilmektedir.

Ancak Yargıtay, meskeniyet iddiasının sadece borçlu tarafından ileri sürülebileceğini, borçlunun eşinin şikâyet hakkı bulunmadığını belirtmektedir.¹⁷

¹⁴ Doğan, *a. g. m.*, s. 292; Şıpka, *a. g. e.*, s. 122.

¹⁵ Atalay, *a. g. e.*, s. 55; Şıpka, *a. g. e.*, s. 122; Uyar, Talih, *İİK Şerhi*, C. 5, s. 7250: "Aile konutu olarak tapuya şerh verilmiş olan taşınmaz, borçlu eş için mesken niteliğini taşıyorsa, bu takdirde, borçlu eş İİK m. 82/12'ye göre haczedilmezlik şikâyetinde bulunabilir."

¹⁶ Belgesay, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, s. 61: "Kanun borçlunun bazı mallarını kendisinin ve ailesinin menfaati için hacizden muaf addettiğinden bu malların haczinden borçlunun aile efradından her biri şikâyet edebilir."; Berkin, *İcra Hukuku*, s. 104; Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 66: "Borçlunun ve ailesinin geçimi için haczedilmezliği kabul edilmiş olan mal ve hakların (m. 82/2-7, 12) haczedilmesine karşı, borçlunun ailesi fertlerine özellikle borçlunun eşine şikâyet hakkı tanınmalıdır."; Kuru/Arsalan/Yılmaz, *a. g. e.*, s. 70, s. 306 dn. 2; Pekcanitez, Hakan, *İcra İflas Hukukunda Şikâyet*, s. 105; Pekcanitez/Atalay/Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Temel Bilgiler*, s. 17: "Haciz konusu malın borçlunun ve ailesinin geçimi için haczedilmezliği kabul edilmiş olması durumunda borçlunun aile fertleri gibi üçüncü kişiler de şikâyet talebinde bulunabilecektir."; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, *a. g. e.*, s. 77; Seviğ, *İcra*, C. 1, s. 57.

¹⁷ Y.12.HD. 04.05.2006 T. E. 5829 K. 8852 "TMK'nın 194. maddesi aynen 'Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz'

Öğretide bir görüşe göre borçlu eşin meskeniyet iddiasında bulunabilmesine rağmen yine de diğer eşin icra takibinden ve hacizden haberdar olması ve itiraz haklarını kullanabilmesi ve Medeni Kanunu'nun 194. maddesindeki koruma amacını tamamlaması açısından İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılacak bir değişiklik ile diğer eşe de ödeme emrinin tebliği zorunluluğu getirilmesi ileri sürülmekte ve örnek olarak İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda bu konuda yapılan değişiklik gösterilmektedir.¹⁸

hükmünü içermektedir. Yasal bu düzenleme, aile konutunun tapu sicilinde maliki olan borçlunun borcundan dolayı alacaklıların yapacakları bir icra takibi sonucu satışına engel teşkil etmemektedir. İİK'nın 82/12 maddesinden faydalanma hakkı sadece icra takip borçlusuna ait bulunmaktadır. Somut olayda, şikâyetçinin lehine taşınmaz üzerine aile konutu şerhi verilmiş bulunması durumu takipte taraf olmayan şikâyetçinin bu hakka dayanarak haczedilmelik şikâyetinde bulunmasına, İİK'nın 82/12. maddesi imkân tanımamaktadır. O halde, haczedilmelik şikâyetinin aktif dava ehliyetsizliği nedeniyle reddi yerine işin esasına girilerek yazılı gerekçeyle istemin kabulü yönünde hüküm kurulması isabetsizdir." (Kaçak, Nazif, *Haczedilemezlik*, s. 69-70); Y.12.HD. 18.04.2006 T. E. 5585 K. 8228 "Borçlu eşi N.A.'nın mahcuzun aile konutu olduğundan bahisle meskeniyet şikâyetinde bulunmasına yasal imkân yoktur. Mahkemece takibin tarafı olmayan borçlu eşi N.A.'nın meskeniyet şikâyetinin husumet nedeniyle reddine karar vermek gerekirken işin esasının incelenmesi ile şikâyetin kabulü isabetsizdir." (Kaçak, Nazif, *Haczedilemezlik*, s. 92); Y.HGK. 30.04.2003 T. E. 12/313 K. 310 "...İİK'nın 82. maddesinin 12. bendinde düzenlenen meskeniyet şikâyetinin borçluya tanınmış, onun şahsına bağlı bir şikâyet nedeni olmasına, yedi günlük yasal süre içinde borçlu tarafından ileri sürülmemesi halinde haczin kesinleşip satış aşamasına gelineceğine, borçlunun eşi olan davacının üçüncü kişi durumunda olup ancak istihkak iddiasında bulunabileceğine..."; Aynı yönde: Y.12.HD. 31.01.2003 T. E. 2002/27890 K. 1691, Y.12.HD. 07.10.2002 T. E. 18733 K. 20140, Y.12.HD. 24.05.2001 T. E. 8645 K. 9250 (Uyar, Talih; İİK Şerhi, C. 5, s. 7251).

¹⁸ Şıpka, Şükran; *a. g. e.*, s. 120-122: "İsviçre Hukuku'nda, aile konutun cebri icra yolu ile satılarak kaybedilme tehlikesi karşısında, ödeme emrinin bir nüshasının diğer eşe de gönderilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüş yanlıları, İsviçre Borçlar Kanunu (OR)'nun 266n maddesi hükmünü, kıyasen bu duruma uygulamak istemektedirler. Ancak, İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda (Sch KG) buna ilişkin açık bir hüküm bulunmadığından, ödeme emrinin diğer eşe de gönderilmesi gereği kabul görmemiştir. Sadece, eğer borçlu eşin, borcunu karşılayacak aile konutundan başka malvarlığı varsa, diğer eş Sch KG Art.17 ve devamı hükümleri gereği, aile konutu yerine, borçlunun başka malvarlığının haczedilmesi gerektiği yönünde, merciye şikâyetle bulunabileceği ve bu şikâyet hakkı sebebiyle, borçlunun eşine de haczin bildirilmesinin gerektiği ileri sürülmüştür (s. 120). Nihayet tüm bu tartışmalar sonucunda, İsviçre İcra İflâs Kanunu'nda yapılan ve 1 Ocak 1997'de yürürlüğe giren kanun değişikliği ile Sch KG Art.151 ve 153. maddelerde üzerinde aile konutu bulunan rehinli taşınmazların takip taleplerinde uygulanacak özel düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre; borçlunun rehinli taşınmazı üzerinde aile konutu bulunuyorsa, ödeme emrinin bir nüshası borçlunun eşine de tebliğ edile-

Kanımızca İsviçre İcra İflas Kanunu'nda yapılan değişiklik yönünde Türk İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılmasına gerek olmadığı gibi böyle bir hüküm de takip hukuku ilkelerine çok da uygun düşmemektedir. Kaldı ki İsviçre'deki bu düzenleme dikkat edilir ise haciz yolu ile takiplerde değil "*rehinin paraya çevrilmesi yoluna ilişkin takiplerde*" diğer eşe ödeme emri gönderilmesini sağlamaktadır. İİK m. 82'deki düzenleme dolaylı da olsa bu konuda diğer eşe haczedilmezlik şikâyetinde bulunma hakkını vermektedir. Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki yukarıda belirttiğimiz üzere öğretide diğer eşin m. 82/b. 12 ve m. 16 hükmü çerçevesinde şikâyet hakkı bulunduğunu kabul etmekle beraber Yargıtay uygulaması aksi yöndedir. Bu konuda öğreti ve uygulamadaki görüş birliğinin sağlanması ve tereddütlerin giderilmesi açısından İcra İflas Kanunu'nda bir değişikliğin yapılmasının faydalı olacağı tarafımızca da kabul edilmektedir. Ancak bu değişikliğin diğer eşe de ödeme emri gönderilmesinin sağlanması şeklinde yapılması fikrine iştirak edememekteyiz. Zira ödeme emrinin takip borçlusu dışında üçüncü bir şahsa tebliğ edilmesi gerek takip hukuku ilkeleri açısından gerekse tebliğ edilen ödeme emrinin mahiyeti ve gerekse İİK m. 60 hükmü gereğince mümkün gözükmemektedir. Eğer amaç diğer eşin meskeniyet şikâyetini kullanabilmesini sağlamak ise bu değişiklik İİK m. 82/b. 12 hükmüne getirilecek bir düzenleme ile örneğin "*borçlu malik olan kişinin eşinin ve diğer aile efradından sayılan kişilerin de meskeniyet şikâyetinde bulunma hakkı vardır.*" şeklinde bir düzenleme ile sağlanabilecektir. Aynı şekilde m. 82/b. 12 hükmüne paralel olarak da İİK m. 103 hükmünde örneğin; "*Haczedilen malın taşınmaz olması ve özelliikle taşınmaz üzerinde aile konutu şerhinin bulunması halinde icra müdürü re'sen diğer eşe de haciz tutanağının bir örneğini gönderir*" şeklinde bir ek

cek ve icra yolu ile satış şartnamesinde taşınmaz üzerinde aile konutu bulunduğu gösterilecektir. Ayrıca taşınmazlara ilişkin cebri satış yönetmeliğinin 100. maddesi gereğince de, icra takibi sürerken taşınmazın aile konutu olduğu anlaşılırsa, ödeme emri re'sen icra memuru tarafından tamamlanarak diğer eşe gönderilecek ve bu ödeme emri re'sen icra memuru tarafından tamamlanarak diğer eşe gönderilecek ve bu ödeme emri geçerlik kazandıktan itibaren altı aylık süre geçtikten sonra ancak satış gerçekleşebilecektir. Böylece, eğer hacze konu mal, borçlunun maliki olduğu ve aile konutu olarak özgülendiği taşınmazı ise, diğer eşin itiraz hakları, kanun hükmü olarak yer almıştır (s. 121). Diğer eşin bu icra takibinden ve hacizden haberdar olması ve borçlunun sahip olduğu ya da kendisinin itiraz haklarını kullanabilmesi için bizde de İcra İflâs Kanunu'nda yapılacak bir değişiklikle, diğer eşe de ödeme emrinin tebliği zorunluluğu getirilmesi, 194.maddenin koruma amacını ve bu zirciri tamamlaması için arzu edilen bir çözüm olacaktır (s. 122)."

cümle ya da fıkra getirilerek, taşınmazın maliki olan borçlunun eşinin de hacizden haberdar edilmesi ve meskeniyet iddiasında bulunması sağlanabilir. Her ne kadar yukarıdaki açıklamalarımızda bir konutun aile konutu sayılması için tapu kaydında buna ilişkin şerhin bulunmasının zorunlu olmadığını diğer bir deyişle aile konutu şerhinin kurucu olmayıp açıklayıcı nitelikte olduğunu belirtmekle beraber, icra müdürünün bu şerhi görmeden re'sen taşınmazın aile konutu olduğuna karar vermesi beklenemez ve kendisine bu yönde bir görev yüklenemez. Aynı şekilde borçlunun beyanı ile de icra müdürünün bu yönde bir karar vermesi çok da sağlıklı olmayacaktır. Dolayısıyla bu şekilde bir değişikliğin yapılması halinde de icra müdürünün tapu kaydında yer alan şerh doğrultusunda diğer eşe bildirimde bulunması icra hukuku ilkeleri açısından daha doğru bir düzenleme olacaktır.

Bir ihtimal olarak borçlu eşin, haczedilmezlik şikâyetinden feragat etmesi halinde diğer eşin haczedilmezlik şikâyetinde bulunma hakkı ortadan kalkacak mıdır? Kanımızca haciz muafiyeti sadece borçlu için değil, aynı zamanda borçlu ile birlikte yaşayan ailesi efradının himayesi için de kabul edilmiş olduğundan, haczedilmezlik iddiasından feragat sadece borçlunun iradesine tabi değildir. Ailenin diğer fertlerinin de feragatte bulunması gerekir, borçlunun feragati aile fertlerini bağlamaz.¹⁹ Dolayısıyla borçlu eşin haczedilmezlik iddiasından feragati, örneğin; diğer eşin haczedilmezlik şikâyetinde bulunma hakkını ortadan kaldırmayacak, diğer eş haczedilmezlik şikâyetinde bulunabilecektir.

Burada şu soruda sorulabilir; Acaba haczedilmezlik şikâyetinden feragat aynı zamanda Medeni Kanunu'nun 194. maddesi kapsamında değerlendirilerek diğer eşin rızasının aranmasını gerektirecek midir? Kanımızca, borçlu malik eşin feragati yukarıda belirttiğimiz üzere diğer eş bağlamayacağından ve diğer eşin de aynı zamanda ayrıca haczedilmezlik şikâyetine hakkı bulunduğu cihetle ayrıca da haczedilmezlik niteliği aile konutu niteliğine bağlı bir husus olmadığından diğer eşin rızasının aranmasına gerek yoktur.²⁰

¹⁹ Berkin, Necmeddin M., *Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar*, s. 115; Uyar, Talih, *Haciz*, s. 712.

²⁰ Atalay, a. g. m., s. 55-56 "Kural olarak, aile konutu üzerinde iradi tasarruf işlemleri yapılması diğer eşin rızasına bağlı olduğundan ve haczedilemezlik şikayeti ile hale münasip ev de olan aile konutunun korunması mümkün iken, bu haktan açıkça veya şikayet süresinin geçirilmesi yoluyla zımnen feragat edilmesi, borçlu-malik eşin iradesine tabi olduğundan, bu feragat işlemi için de diğer eşin açık rızasının

Meskeniyet iddiasının haciz işlemini gerçekleştiren icra dairesine değil, icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesine yapılması gerekecektir. İcra dairesine yapılan müracaat sonuç doğurmayacaktır.²¹

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda 1965 yılında 538 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önce meskeniyet şikâyeti ihale anına kadar yapılabilmekteydi. Ancak 538 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile ihale anına kadar olan şikâyet süresi kaldırılmıştır.²² Anılan değişiklik sebebiyle meskeniyet iddiasının hacze ıttıla tarihinden itibaren (7) günlük süre içerisinde yapılması gerekecektir.²³

aranması, aile konutunun korunması amacına hizmet edecek bir kabul tarzı olur. Bu görüş kabul edilecek olursa, diğer eşin zımni rızası yeterli sayılmadığından (MK m. 194/1), haczedilemezlik şikâyetini, haciz tarihinden itibaren yedi gün içinde ileri sürmemek yoluyla zımnen bu rızayı verdiği kabulü mümkün olmamak gerekir. Ancak kanaatimizce, haczedilemezlik niteliği, aile konutu niteliğine bağlı bir husus olmadığından, burada MK m. 194 karşısında, İİK m. 82/12 özel hüküm olarak kabul edilmeli ve haczedilemezlikten feragat konusunda, diğer eşin açık rızası aranmamalıdır. Aksi takdirde, yapılan haczin kesinleşmesi, belirsiz bir süreye bağlanmış olur ve diğer eşin bu rızası için belli bir süre de MK'da öngörülmemiş olduğundan icra takibinde alacaklının menfaatleri önemli ölçüde zarar görebilecektir.”

²¹ Y.12.HD. 08.04.1986 T. E. 1985/9643 K. 4043 “Haczedilmezlik şikâyetinin yasal süre içinde mercie bildirilmesi gerekmesine, bu konuda icra memurluğuna vaki başvurunun memurlukça halledilemeyeceğine, icra memurunun buna hak ve yetkisinin bulunmamasına...”; Y.12.HD. 14.06.1979 T. E. 5296 K. 5540 (Uyar, Talih, *İcra Hukuku'nda Şikâyet*, s. 673).

²² “Saniyen borçlunun evinin haczi halinde şikâyetin ihale anına kadar yapılabileceği hakkında bugün yürürlükte olan hüküm tatbikatta borçluya şikâyetini son dakikaya kadar geciktirmek suretiyle suistimale vesile verdiği için kaldırılmıştır.” (538 sayılı kanun m. 46 Hükümet Gerekçesi - Bilge, Necip/Gürdoğan, Burhan, *a. g. e.*, s. 74).

²³ Y.12.HD. 22.04.2005 T. E. 5078 K. 8749; Y.12.HD. 24.03.2005 T. E. 2607 K. 6131, Y.12.HD. 07.06.2004 T. E. 9875 K. 14493 (Uyar, Talih; İİK Şerhi, C. 5, s. 7298); Y.12.HD. 24.02.1984 T. E. 1983/12358 K. 1993, Y.12.HD. 09.12.1982 T. E. 9036 K. 9232 “Taşınmazın 17.05.1982 tarihinde kayden haczinden sonra, borçlu 02.07.1982 tarihinde tebliğ edilen 103 davet varakası ile hacizden haberdar edilmiş, haczedilmezlik şikâyeti İİK'nun 82 ve 16. maddeleri gereğince 7 günlük şikâyet süresi geçirildikten sonra yapılmıştır. Şikâyetin süre yönünden reddi gerekirken...” (Uyar, Talih, *Şikâyet*, s. 601-602); Y.12.HD. 20.02.1986 T. E. 1985/8314 K. 2008 “İİK'nun 82. maddesi hükmüne göre, meskeniyet şikâyetinin, fiili haciz işlemine ıttıla tarihinden itibaren 7 gün içinde tetkik merciinden şikâyet yoluyla istenebileceğine, bu şikâyetin kamu düzeni ile ilgili bulunmamasına...”, Y.12.HD. 21.02.1985 T. E. 1984/12022 K. 1578 “Haczedilmezlik şikâyetine konu gayrimenkulün kıymet takdiri işlemi 23.05.1983 günü yapılmış ve 26.05.1984 tarihinde borçluya tebliğ edilmiştir. Meskeniyete dayanan şikâyet İİK'nun 16.maddesinde yazılı süre geçtikten sonra vuku bulduğuna göre nazara alınması mümkün değildir.”; Y.12.HD. 18.01.1984 T. E. 1983/10305 K. 148 (Uyar, Talih, *Şikâyet*, s. 609-610).

KAYNAKLAR

- Atalay, Oğuz, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı- I, Eskişehir 9-10 Kasım 2002, s. 51 vd.)*.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, 4. Bası, İstanbul 1954.
- Berkin, Necmeddin M., *İcrada Hukuk*, İstanbul 1947.
- Berkin, Necmeddin M., *Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar (İBD, C.XXXI, S: 5)*.
- Bilge, Necip/Gürdoğan, Burhan; *Son Değişikliklere Göre Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu*, Ankara 1965.
- Çabri, Sezer, *Aile Konutu Şerhi* (Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Yıl Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007).
- Doğan, Murat, *Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2002/1-4, s. 285 vd.)*.
- Kaçak, Nazif, *Açıklama ve İctihatlarla Hacedilemezlik*, Ankara 2006.
- Kamacı, Mahmut, *Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza), (Yargıtay Dergisi, S: 2004/1-2, s. 113 vd.)*.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Medeni Kanunu'nun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, 2. Bası, Ankara 2004.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku İptal Davaları ve Konkordato Dahil*, Ankara 1983.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *İcra ve İflâs Hukuku*, Ders Kitabı, 18. Baskı, Ankara 2004.
- Özmen, İsmail, *Aile Konutu (Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S: 132, s. 8 vd.)*.
- Pekcanıtez, Hakan, *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara 1986.

- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Temel Bilgiler*, 4. Bası, Ankara 2004.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2006.
- Seviğ, Vasfi Raşit, *Doktrin ve İçtihat Açısından Türk İcra ve İflâs Kanunu*, İcra - C. 1, Ankara 1966.
- Şıpka, Şükran, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, 2. Bası, İstanbul 2004.
- Uçar, Ayhan, *4721 Sayılı Medeni Kanun ile İhdas Edilen Yeni Bir Müessesesi: Aile Konutu Müessesesi (Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2006/1-2, s. 395 vd.)*.
- Uyar, Talih, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. 5*, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, Manisa 1991.
- Uyar, Talih, *İcra Hukukunda Haciz*, 2. Baskı, Manisa 1990.

AVRUPA VATANDAŞLIK SÖZLEŞMESİ

Strazburg, 6.XI.1997

İngilizceden Çeviren: Alper Can AYKAÇ*

Antlaşmanın Özeti¹

Bu Sözleşme, vatandaşlığın tüm unsurlarına uygulanan ilke ve kuralları barındırır. Bu yeni bir vatandaşlık kazanmayı ve eski vatandaşlığa yeniden alınmayı kolayca sağlamak, vatandaşlığın yalnızca iyi bir nedenle kaybedilmesini ve keyfi olarak iptal edilememesini temin etmek, vatandaşlık başvurularına uygulanan usulün adil, tarafsız ve temyize açık olmasını garanti etmek ve devlet halefiyeti sonucunda vatansız bırakılma tehlikesi içerisindeki kişilerin durumunu düzenlemek amacıyla tasarlanmıştır.

Konsey'in yeni metni, ulusal ve uluslararası hukuktaki bu sorun hakkında son düşüncelerin sentezini sunar ve bunu yapan ilk uluslararası metindir. Bu metin, demografik ve demokratik değişimleri (özellikle, 1989'dan bu yana Orta ve Doğu Avrupa'da meydana gelen göç ve devlet halefiyetini) yansıtır. Yeni vatandaşlık kanunlarını son zamanlarda kabul etmiş olan bazı devletler, kendi kanunlarını bu metin üzerinde temellendirmişlerdir.

Metnin arkasındaki bazı önemli ilkeler şunlardır:

- vatansızlığın önlenmesi;
- ayrımcılık yasağı: vatandaşlık sorunlarını düzenlenmesinde devletler cinsiyet, din, ırk, renk, ulusal ya da etnik köken vb. temelindeki ayrımcılıkların tümünden kaçınılmalıdır;
- ilgili bölgelerdeki mutaden ikamet eden kişilerin haklarına saygı.

* Av., Eskişehir Barosu.

¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Summaries/Html/166.htm>

Başlangıç

Avrupa Konseyi Üye Devletleri ve bu Sözleşmeye imzacı olan diğer Devletler,

Avrupa Konseyi'nin hedefinin, kendi üyeleri arasında daha büyük bir birliğe ulaşmak olduğunu düşünerek;

Vatandaşlık, çok vatandaşlık ve vatansızlıkla ilgili olan sayılı uluslararası belgeleri göz önünde tutarak;

Vatandaşlıkla ilgili sorunlarda, Devletlerin ve kişilerin meşru çıkarlarının her ikisinin de hesaba katılması gerektiğini kabul ederek;

İç hukuklarında kabul ettikleri kadarıyla, vatandaşlıkla ilgili hukuk ilkelerinin iyiye giden gelişimini ilerletmek arzusuyla ve mümkün olduğu kadarıyla, vatansızlık olaylarından kaçınmak arzusuyla;

Vatandaşlıkla ilgili sorunlarda ayrımcılıktan kaçınmak arzusuyla;

İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşmenin 8. maddesinde kapsandığı kadarıyla aile yaşamına saygı hakkının bilincinde olarak;

Çok vatandaşlık sorununa yönelik çeşitli Devlet yaklaşımlarını dikkate alarak ve her bir Devletin, kendi vatandaşının bir diğer vatandaşlığı kazanması veya sahiplenmesi olgusuna iç hukukunda hangi sonucun bağlanacağına karar vermede özgür olmasını tanıyarak;

Çok vatandaşlığın, özellikle de çok vatandaşlık sahibi kişilerin hak ve ödevlerinin sonuçlarına uygun çözümler bulmanın arzulanabilirliği üzerinde anlaşarak;

Birden fazla Taraf Devlet vatandaşlığına sahip olan kişilerden, bu Tarafların yalnızca birine bağlı olarak askerî yükümlülüklerini tamamlamalarını istemenin, arzu edilen gereklilik olduğunu düşünerek;

Vatandaşlık sorunlarından sorumlu ulusal makamlar arasındaki uluslararası işbirliğinin ilerletilmesi ihtiyacını düşünerek;

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

makaleler

I. Bölüm - Genel hükümler

1. Madde - Sözleşmenin amacı

Bu sözleşme taraf devletlerin uyacakları, birden çok vatandaşlık sahibi kişilerin askerî yükümlülükleri ile ilgili kuralları ve gerçek kişilerin vatandaşlıkları ile ilgili kural ve ilkeleri düzenler.

2. Madde - Tanımlar

Bu Sözleşmenin amaçlarıyla ilgili olarak:

a. "vatandaşlık" kişinin etnik kökenini ifade etmeyen kişi ile Devlet arasındaki yasal bir bağ anlamına gelir;

b. "çok vatandaşlık" aynı kişinin aynı zamanda iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olması anlamına gelir;

c. "çocuk" 18 yaşın altındaki herhangi bir kişi anlamına gelir, meğer ki çocuklara uygulanan hukuk uyarınca daha erken reşit olunsun;

d. "iç hukuk" bağlayıcı uluslararası belgelerden çıkan kuralların yanı sıra, anayasayı, kanunu, yönetmelikleri, kararnameleri, içtihatları, örf kurallarını ve uygulamalarını içeren ulusal hukuk sisteminin bütün hükümleri, anlamına gelir.

II. Bölüm - Vatandaşlığa ilişkin genel ilkeler

3. Madde - Devletin yetkileri

1. Her bir Devlet, kendi hukuku altında kimin vatandaşı olduğunu belirler.

2. Bu hukuk, vatandaşlık hakkındaki uygulanabilir olan uluslararası sözleşmelere, uluslararası örf ve hukukun tanınmış genel ilkelerine uygun olduğu sürece, diğer Devletler tarafından kabul edilir.

4. Madde - İlkeler

Her bir Taraf Devletin vatandaşlığına dair kuralları aşağıdaki ilkeleri temel alır.

a. herkes vatandaşlık hakkına sahiptir;

- b. vatansızlıktan kaçınılmalıdır;
- c. hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından mahrum edilemez;
- d. Bir Taraf Devlet vatandaşı ile yabancı arasında ne evlilik, ne evliliğin sona ermesi, ne de evlilik sırasında eşlerden birisinin vatandaşlığını değiştirmesi, kendiliğinden diğer eşin vatandaşlığına etki eder.

5. Madde - Ayrımcılık Yasağı

1. Taraf Devletin vatandaşlığa dair kuralları fark gözeten ibarelerle yer veremez veya cinsiyet, inanç, ırk, renk ya da ulusal veya etnik köken temelinde ayrımcılığa varan herhangi bir uygulamayı içeremez.
2. Vatandaşlığını doğumla veya sonradan kazanmış olan vatandaşları arasındaki ayrımcılığı yasaklayan ilke, Taraf Devletlerin her birini yönlendirir.

III. Bölüm - Vatandaşlığa ilişkin kurallar

6. Madde - Vatandaşlığın kazanımı

1. Her Taraf Devlet kendi iç hukukunda kendi vatandaşlığının, aşağıdaki kişiler tarafından kanunen (*ex lege*) kazanılmasını sağlar:
 - a. yurtdışında doğan çocuklar bakımından Taraf Devletin iç hukukunca sağlanan herhangi bir istisnaya tabi olmakla birlikte, doğumları sırasında ebeveynlerinden birisinin bu Taraf Devletin vatandaşlığına sahip olduğu çocuklar. Tanıma, mahkeme kararı veya benzer bir usulle kurulan çocukların soybağı ile ilgili olarak, her Taraf Devlet, kendi iç hukuku tarafından belirlenen usulü izleyerek çocukların kendi vatandaşlığını kazanmalarını sağlar.
 - b. aksi halde vatansız kalacak olan, Taraf Devlet topraklarında bulunmuş çocuklar.
2. Her Taraf Devlet kendi iç hukukunda kendi vatandaşlığının, kendi topraklarında doğan ve doğum sırasında başka bir vatandaşlığı kazanmamış olan çocuklar tarafından kazanılmasını sağlar. Bu tür bir vatandaşlık aşağıdaki şekilde tanınır:
 - a. doğum anında kanunen (*ex lege*); veya

makaleler

b. sonradan, Taraf Devletin iç hukukunda belirtildiği biçimde, uygun makama yapılan vatansız kalan çocuğun veya onun adına başka bir ilgilinin başvurusu üzerine vatansız kalan çocuğa tanınır. Bu tür bir başvuru, başvurunun yapılmasından hemen önceki beş yılı aşmayan bir dönem için Taraf Devlet topraklarında hukuken ve mutaden ikamet şartına tabi kılınabilir.

3. Her Taraf Devlet kendi iç hukukunda kendi topraklarında hukuken ve mutaden ikamet eden kişilerin vatandaşlığı alınmasını sağlar. Vatandaşlığa alma koşullarını belirlerken, başvuru yapılmadan önceki ikamet şartı on yılı aşamaz.

4. Her Taraf Devlet kendi iç hukukunda aşağıdaki kişiler için kendi vatandaşlığının kazanımını kolaylaştırır:

- a. kendi vatandaşlarının eşleri;
- b. 6. maddenin 1. paragrafının 1. bendi dışında kalan, kendi vatandaşlarının çocukları;
- c. kendi vatandaşlığını kazanan veya kazanmış olan kişinin çocukları;
- d. kendi vatandaşı tarafından evlat edinilen çocuklar;
- e. kendi topraklarında doğan ya da orada hukuken ve mutaden ikamet eden kişiler;
- f. kendi topraklarında 18 yaş öncesinden beri ilgili Taraf Devletin belirlediği bir dönem boyunca hukuken ve mutaden ikamet eden kişiler;
- g. kendi topraklarında hukuken ve mutaden ikamet eden mülteci tanımlı kişiler ve vatansızlar.

7. Madde - Kanunen (*ex lege*) ya da Taraf Devletin kararıyla vatandaşlığın kaybı

1. Taraf Devlet kendi iç hukukunda aşağıdaki istisnâ haller dışında kanunen ya da Taraf Devletin kararıyla vatandaşlığın kaybı hakkında hükümler koyamaz:

- a. başka bir vatandaşlığın gönüllü olarak kazanılması;
- b. başvurana yüklenebilecek herhangi bir ilgili olgu hakkında bil-

gi gizleme, yanlış bilgi verme veya hileli davranış yoluyla Taraf Devletin vatandaşlığını kazanmak;

c. yabancı bir silahlı kuvvetlerinde gönüllü hizmette bulunmak;

d. Taraf Devletin önemli menfaatlerine ciddi surette zarar veren fiillerde bulunmak;

e. Taraf Devlet ile yurtdışında hukuken ikamet etmekte olan vatandaş arasındaki gerçek bağ eksikliği;

f. çocuğun küçüklüğü sırasında kabul edilen, Taraf Devletin vatandaşlığının kanunen (*ex lege*) kazanımına yol açan iç hukuk tarafından düzenlenen önkoşulların tamamlanamayacak olması;

g. çocuğun, kendisini evlat edinen ebeveynlerin birinin veya ikisinin de yabancı vatandaşlığını kazanması veya buna sahip olması durumunda, çocuğun evlat edinmesi.

2. 1. paragrafın c ve d bentlerince kapsanan olaylar dışında, Taraf Devlet, vatandaşlığı kaybeden ebeveynlere sahip çocuğun vatandaşlığının kaybını düzenleyebilir. Ancak ebeveynlerinden birisi bu vatandaşlığa sahipse çocuk bu vatandaşlığı kaybetmez.

3. Eğer ilgili kişi bu maddenin 1. ve 2. paragraf hükümleri nedeniyle vatansız kalacaksa Taraf Devlet bu hükümler altındaki vatandaşlığın kaybını sağlayamaz; bu maddenin 1. paragrafının b. bendinde anılan olaylar istisnadır.

8. Madde – Kişinin kararıyla vatandaşlığın kaybı

1. Her Taraf Devlet, ilgili kişinin bu yüzden vatansız kalmaması kaydıyla, vatandaşlıktan çıkmasına izin verir.

2. Ancak, Taraf Devlet kendi iç hukukunda, çıkmanın yalnızca yurtdışında mutaden ikamet eden vatandaşlara etki edeceğini düzenleyebilir.

9. Madde – Yeniden vatandaşlığa alınma

Her Taraf Devlet, hukuken ve mutaden kendi topraklarında ikamet eden eski vatandaşlarının yeniden vatandaşlığa alınmalarına getirilen

makaleler

kendi iç hukukundaki koşullar altında ve vatandaşlığa yeniden alınma olaylarında kolaylık sağlar.

IV. Bölüm – Vatandaşlığa ilişkin usul

10. Madde – Başvuruların işleme konması

Her Taraf Devlet, kendi vatandaşlığının kazanımına, elde tutumuna, kaybına, yeniden alımına ya da onayına ilişkin başvuruların makul bir zamanda işleme konulmasını temin eder.

11. Madde – Kararlar

Her Taraf Devlet, kendi vatandaşlığının kazanımına, elde tutumuna, kaybına, yeniden alımına ya da onayına ilişkin kararların yazılı gerekçeler içermesini temin eder.

12. Madde – Kararların yeniden gözden geçirilmesi hakkı

Her Taraf Devlet, kendi vatandaşlığının kazanımına, elde tutumuna, kaybına, yeniden alımına ya da onayına ilişkin kararların kendi iç hukukuna uygun biçimde idarî ve yargısal gözden geçirmeye açık olmasını temin eder.

13. Madde – Harçlar

1. Her Taraf Devlet, kendi vatandaşlığının kazanımına, elde tutumuna, kaybına, yeniden alımına ya da onayına yönelik harçların makul olmasını temin eder.

2. Her Taraf Devlet, idarî ve yargısal gözden geçirme harçlarının başvurulara engel teşkil etmemesini temin eder.

V. Bölüm – Çok vatandaşlık

14. Madde – Çok vatandaşlık olayları

1. Taraf Devlet şunlara izin verir:

a. çocukların kendiliğinden doğum anında farklı vatandaşlıklar kazanarak bu vatandaşlıkları elinde bulundurmalarına;

b. kendi vatandaşlarının diğer bir vatandaşlığı evlilik yolu ile kendiliğinden kazandığı durumlarda bu diğer vatandaşlığa sahip olmalarına.

2. 1. paragrafta anılan vatandaşlığın elde bulundurulması, bu Sözleşmenin 7. maddesindeki ilgili hükümlere tabidir.

15. Madde - Olası diğer çok vatandaşlık olayları

Bu Sözleşmenin hükümleri, aşağıdaki hususları iç hukuklarında belirlemek için Taraf Devletin haklarını sınırlandırmaz:

a. diğer bir Devletin vatandaşlığına sahip ya da bunu kazanmış olan kendi vatandaşının Taraf Devletin vatandaşlığını elinde bulundurmasını veya kaybetmesini;

b. kendi vatandaşlığının kazanımının veya elde tutumunun diğer vatandaşlığın kaybına veya diğer vatandaşlıktan çıkmaya tabi olmasını.

16. Madde - Önceki vatandaşlığın muhafazası

Taraf Devlet, çıkmanın ya da kaybın mümkün olmadığı veya makul olarak istenemeyeceği durumlarda, kendi vatandaşlığının kazanımı veya elde tutumu için diğer bir vatandaşlıktan çıkma veya bu diğer vatandaşlığın kaybı şartını koyamaz.

17. Madde - Çok vatandaşlığa ilişkin hak ve ödevler

1. Taraf Devletin başka bir vatandaşlığa da sahip olan vatandaşı, ikamet ettiği bu Taraf Devlet topraklarında, bu Taraf Devletin diğer vatandaşları ile aynı hak ve ödevlere sahiptir.

2. Bu bölümdeki hükümler aşağıdakilere etki etmez:

a. eşzamanlı olarak başka bir vatandaşlığa sahip olan Taraf Devlet vatandaşı lehine Taraf Devletçe sağlanan diplomatik ve konsüler korumayla ilgili uluslararası hukuk kurallarına;

b. her bir Taraf Devletin çok vatandaşlık olaylarındaki uluslararası özel hukuk kurallarının uygulanışına

VI. Bölüm – Devlet halefiyeti ve vatandaşlık

18. Madde – İlkeler

1. Devlet halefiyeti olaylarındaki vatandaşlık sorunlarında ilgili her Taraf Devlet, hukukun üstünlüğü ilkesine, insan haklarıyla ilgili olan kurallara ve bu Sözleşmenin 4. ve 5. maddeleri ile bu maddenin 2. paragrafı içerisinde kapsanan ilkelere – özellikle de vatansızlıktan kaçınma amacıyla - saygı gösterir.

2. Devlet halefiyeti olaylarında vatandaşlığın tanıma ve elde tutma hakkında karar verirken, ilgili Taraf Devlet özellikle şu hususları hesaba katar:

- a. ilgili kişinin Devletle arasındaki gerçek ve etkili bağı;
- b. ilgili kişinin Devlet halefiyeti esnasındaki mutad ikameti;
- c. ilgili kişinin iradesini;
- d. ilgili kişinin ülkesel kökenini.

3. Vatandaşlık kazanımının yabancı bir vatandaşlığın kaybına tabi olduğu durumlarda, bu Sözleşmenin 16. maddesinin hükümleri uygulanır.

19. Madde – Uluslararası anlaşma yoluyla dostane çözüm

Devlet halefiyeti olaylarında, ilgili Taraf Devletler, kendi aralarında, ve gerekirse ilgili diğer Devletlerle olan bağlantıları yolu ile, vatandaşlığa ilişkin sorunları düzenlemek için gayret sarf ederler. Bu tür anlaşmalarda, bu bölümde kapsanan veya bu bölüme gönderme yapılan ilke ve kurallara saygı gösterilir.

20. Madde – Vatandaş olmayanlarla ilgili ilkeler

1. Her Taraf Devlet aşağıdaki ilkelere saygı gösterir:
 - a. üzerindeki egemenliğin Halef devlete geçtiği topraklarda mutaden ikamet eden ve Halef Devlet vatandaşlığını kazanamamış olan Selef Devlet vatandaşı bu Devlette kalmaya devam eder;
 - b. a. bendinde sayılan kişiler sosyal ve ekonomik haklar bakımından Halef Devlet vatandaşları ile aynı muameleyi görür.
2. Her Taraf Devlet egemenlik gücünün kullanımının dahil oldu-

ğu kamu hizmetinde çalışmaktan 1. paragraf altında sayılan kişileri mahrum bırakabilir.

VII. Bölüm – Çok vatandaşlık olaylarındaki askerî yükümlülükler

21. Madde – Askerî yükümlülüklerin tamamlanması

1. İki veya daha fazla Taraf Devletin vatandaşlığına sahip kişilerden bu taraf Devletlerin yalnızca birisine bağlı olarak kendi askerî yükümlülüklerini tamamlaması istenir.

2. 1. paragrafın uygulama biçimi, Taraf Devletler arasındaki özel anlaşmalar ile belirlenebilir.

3. Özel bir anlaşmanın aksine koşullar öngördüğü veya öngörebileceği durumlar dışında, aşağıdaki hükümler iki veya daha Taraf Devletin vatandaşlığına sahip kişiler için uygulanır:

a. Bu kişilerden herhangi biri, muteden ikamet ettiği toprakların sahibi olan Taraf Devlete bağlı olarak askerî yükümlülüklerine tabidir. Bununla birlikte, bu kişiler vatandaşı olduğu bir diğer Taraf Devlete bağlı biçimde gönüllü olarak askerî yükümlülüklerine itaat etmek amacıyla, önceki Taraf Devletçe istenen etkin askerî hizmetin toplam ve etkili dönemine en azından eşit olan bir dönem için 19 yaşına kadar seçim yapmakta özgürdür;

b. Vatandaşı olmadıkları Taraf Devlet topraklarında veya Taraf olmayan bir Devletin topraklarında mutaden ikamet eden kişiler, vatandaşı oldukları Taraf Devletlerden herhangi birisinin topraklarında askerî hizmetlerini icra etmek için seçim yapabilirler;

c. a. ve b. bentlerinde yer alan kurallara uygun biçimde bir Taraf Devlete bağlı olarak, bu Taraf Devletin hukukunda öngörüldüğü biçimde, askerî yükümlülüklerini tamamlayacak olan kişiler, diğer Taraf Devletlerden herhangi birine veya vatandaşı oldukları Taraf Devletlere bağlı olarak askerlik yükümlülüklerini tamamlamış sayılırlar;

d. Vatandaşı oldukları Taraf Devletlerin arasında bu Sözleşmenin yürürlüğe girmesinin öncesinde bu Taraf Devletlerden birisine bağlı olarak kendi askerî yükümlülüklerini, bu Taraf devlet hukukuna uygun biçimde tamamlamış olan kişiler, diğer Taraf Devletlerden her-

makaleler

hangi birine veya vatandaşı oldukları Taraf Devletlere bağılı olarak aynı yükümlülüklerini tamamlamış sayılırlar;

e. a. bendine uygun olarak, vatandaşı oldukları Taraf Devletlerin birisine bağılı biçimde etkin askerlik yükümlülüğünü icra etmiş olan ve sonradan mutad ikametlerini vatandaşı oldukları diğere bir Taraf Devlet topraklarına nakleden kişiler, yalnızca ikinci Taraf Devlete bağılı biçimde kalan askerlik yükümlülüklerinden mesul olurlar;

f. Bu maddenin uygulaması, herhangi bir bakımdan, ilgili kişilerin vatandaşlıklarına haleb getirmez;

g. Herhangi bir Devletçe ilan edilen seferberlik durumunda, bu madde hükmü altında doğan yükümlülükler, bu Taraf Devlet için bağılayıcı olmaz.

22. Madde – Askerî yükümlülüklerden muafiyet veya seçimlik sivil hizmetler

Özel bir anlaşmanın aksine koşullar öngördüğü veya öngörebileceği durumlar dışında, aşağıdaki hükümler iki veya daha Taraf Devletin vatandaşlığına sahip kişiler için uygulanır:

a. bu Sözleşmenin 21. maddesinin 3. paragrafındaki c. bendi, askerî yükümlülüklerden muaf tutulan veya onun yerine seçimlik olarak sivil hizmetleri tamamlayan kişilere uygulanır;

b. zorunlu askerî hizmet aramayan Taraf Devletin vatandaşı olan kişiler, bu Taraf Devlet topraklarında mutaden ikamet ettikleri zaman, askerî yükümlülüklerini yerine getirmiş olarak farz edilirler. Bununla birlikte sözü edilen mutad ikamet, ilgili Taraf Devletlerin her birinin onay, kabul veya katılım belgelerini tevdi ettikleri zaman ya da imza anında bildirecekleri belirli bir yaşa kadar sürdürülmedikçe askeri hizmetin arandığı durumlarda, vatandaşı oldukları Taraf Devletlere veya Taraf Devlete bağılı olarak, bu kişiler askerî yükümlülüklerini yerine getirmemiş sayılırlar;

c. zorunlu askerî hizmet aramayan Taraf Devletin vatandaşı olan kişiler ayrıca, mutaden ikamet edip etmediklerine bakılmaksızın, vatandaşı oldukları Taraf Devletin veya Taraf Devletlerin etkin askerî hizmeti dönemine en azından eşit olan toplam ve etkili dönem için zorunlu askerî hizmet aramayan Taraf Devletin silahlı kuvvetlerine

gönüllü olarak yazıldıkları zaman, askerî yükümlülüklerini yerine getirmiş olarak farz edilirler.

VIII. Bölüm - Taraf Devletler arasındaki işbirliği

23. Madde - Taraf Devletler arasındaki işbirliği

1. Taraf Devletlerin arasındaki işbirliğini kolaylaştırmak amacıyla, Taraf Devletlerin yetkili makamları:

a. vatansızlık ve çok vatandaşlık örneklerini ve Sözleşmenin uygulanmasındaki gelişmeleri içeren vatandaşlık alanındaki kendi iç hukukları hakkında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne bilgi sağlarlar;

b. vatandaşlık alanındaki kendi iç hukukları ve Sözleşmenin uygulanmasındaki gelişmeleri hakkında talep üzerine diğerlerine bilgi sağlarlar.

2. Taraf Devletler, ilgili tüm sorunlarla uğraşmak ve ilişkili sorunlarla ve vatandaşlıkla ilgili hukuk ilkelerinin iyiye giden gelişimini ilerletmek amacıyla, kendi aralarında ve Avrupa Konseyi'nin uygun hükümetlerarası organının yapısı içerisindeki Avrupa Konseyi'nin diğer üye Devletleri ile işbirliği yaparlar

24. Madde - Bilgi takası

Veri koruması ile ilgili uygulanan hukuka tabi olarak, her Taraf Devlet, aynı bildirgeyi yayımlayan diğer Taraf Devletlerin herhangi birini diğer Taraf Devlet vatandaşları tarafından gönüllü vatandaşlık kazanımı hakkında bilgilendireceğini herhangi bir anda bildirebilir. Bu tür bir bildirge, altında Taraf Devletin bu bilgiyi vereceği koşulları içerebilir. Bu bildirge herhangi bir anda geri alınabilir.

IX. Bölüm - Sözleşmenin uygulanışı

25. Madde - Bu Sözleşmenin uygulanışı ile ilgili bildirgeler

1. Her Taraf Devlet, VII. Bölümün, Sözleşme uygulamasının dışında tutulacağını, imza anında ya da onay, kabul, uygun bulma veya

makaleler

katılım belgelerinin tevdiî anında bildirebilir.

2. VII. Bölüm hükümleri, hangi Taraf Devletler için yürürlükte ise, bu Taraf Devletlerin arasındaki ilişkiler için uygulanabilir.

3. Her Taraf Devlet, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne, imza anında ya da onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgesinin tevdiî anında Sözleşme uygulamasının dışında tutulan VII. Bölüm hükümlerinin uygulanacağını, daha sonradan bildirebilir. Bu bildirim, tebliğ tarihinden itibaren etkili olacaktır.

26. Madde - Bu Sözleşmenin etkileri

1. Bu Sözleşmenin hükümleri, vatansızlığa dair daha lehe olan hakların kişilere uyarlandığı veya uyarlanabileceği, yürürlükte olan ve yürürlüğe girebilecek, iç hukukun ve bağlayıcı uluslararası belgelerin hükümlerine hâlel getirmez.

2. Bu Sözleşme, aşağıdaki belgeler ile bağlanan Taraf Devletler arasındaki ilişkilerde bu belgelerin uygulamasına hâlel getirmez:

a. 1963 Çok Vatandaşlık Olaylarının Azaltılması ve Çok Vatandaşlık Olaylarındaki Askerî Yükümlülükler Hakkında Sözleşme'nin ve Protokollerinin;

b. Bu Sözleşme ile uyduğu ölçüde, diğer bağlayıcı uluslararası belgelerin.

X. Bölüm - Son hükümler

27. Madde - İmza ve yürürlüğe giriş

1. Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi üye Devletlerinin ve bu titiz çalışmaya katılmış olup da üye olmayan Devletlerin imzalarına açıktır. Bu Devletler bağlanmaya dair kendi rızalarını aşağıdaki şekillerle ifade edebilirler:

a. Onay, kabul, uygun bulma bakımından çekincesiz olarak imzalamak; veya

b. Onay, kabul, uygun bulma şartıyla imzalamak

Onay, kabul veya uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nde saklanır.

2. Sözleşme, Avrupa Konseyi'nin üç üye Devletinin bir önceki paragrafın hükümleri doğrultusunda Sözleşmeyle bağlı olma rızasını ifade ettiği tarihten sonraki üç aylık dönemin bitimi izleyen ayın ilk günü, Sözleşmeyle bağlı olma rızasını ifade etmiş olan tüm Devletler için, yürürlüğe girer.

3. Sözleşmeyle bağlı olma rızasını sonradan ifade eden herhangi bir Devlet bakımından Bu Sözleşme, imza tarihinden ya da onay, kabul veya uygun bulma belgesinin tevdii tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

28. Madde - Katılım

1. Bu Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bu titiz çalışmaya katılmamış olup Avrupa Konseyi'ne üye olmayan herhangi bir Devleti bu sözleşmeye katılmaya davet edebilir.

2. Herhangi bir katılımcı Devlet bakımından, katılım belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdii tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü bu Sözleşme yürürlüğe girer.

29. Madde - Çekinceler

1. Bu Sözleşmenin I., II. ve VI. Bölümlerinde kapsanan herhangi bir hükme çekince konamaz. Herhangi bir Devlet, imza anında ya da onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgelerinin tevdii anında, bu Sözleşmenin amacı ve hedefine uygun oldukları ölçüde, Sözleşmenin diğer hükümlerine bir ya da daha fazla çekince koyabilir.

2. Bir ya da daha fazla çekince koyan herhangi bir Devlet, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne iç hukukun ilgili içeriğini ya da herhangi bir ilgili bilgiyi bildirir.

3. 1. paragraf doğrultusunda bir ya da daha fazla çekince koyan Devlet, koşullar kesinleşir kesinleşmez, bunları kısmen ya da tamamen geri çekmeyi göz önünde tutar. Bu geri alım, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne gönderilen bildirim yolu ile gerçekleştirilir ve tebliğ tarihinden itibaren etkili olur.

4. Bu Sözleşmenin uygulamasını, 30. maddenin 2. paragrafında belirtildiği gibi bildirgede anılan bir bölgeye doğru genişleten herhangi bir Devlet, önceki paragraflar doğrultusunda ilgili bölge bakımından bir ya da daha fazla çekince koyabilir.

5. Sözleşmenin VII. Bölümü hükümlerin herhangi biri bakımından çekince koyan bir Taraf Devlet, bu hükümleri kabul ettiği ölçüde koruyan diğer bir Devlet tarafından sözü edilen hükümlerin uygulanmasını talep edemez.

30. Madde - Bölgesel uygulama

1. Herhangi bir Devlet, bu Sözleşmenin uygulanacağı bölge ya da bölgeleri, imza anında ya da onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgelerinin tevdii anında, belirtebilir.

2. Herhangi bir Devlet Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne gönderilen bildirge ile, Sözleşmenin uygulamasını, uluslararası ilişkilerde sorumlusu olduğu veya bu bölgeler adına yükümlülük üstlenmeye yetkili olduğu ve bildirgede belirtilmiş olan diğer bir bölgeye, daha sonraki bir zamanda genişletebilir. Bu bölge bakımından, Sözleşme bu bildirgenin Genel Sekreterlik'e tebliğ edildiği tarihten sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

3. Önceki iki paragraf uyarınca yayımlanan herhangi bir bildirge, bu bildirgede belirtilen bir bölge bakımından Genel Sekreterlik'e gönderilen bir bildirim ile geri alınabilir. Geri alım, bildirim Genel Sekreterlik'e tebliğ edildiği tarihten sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü etkili olur.

31. Madde - Çıkma

1. Herhangi bir Devlet, herhangi bir zamanda Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne gönderilen bildirim vasıtasıyla bu Sözleşmeden tamamen ya da yalnızca VII. Bölümden çıkabilir.

2. Bu çıkma, bildirim Genel Sekreterlik'e tebliğ tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü etkili olur.

32. Madde - Bildirimler

Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği, Sözleşmeye katılmış olan Avrupa Konseyi üye Devletlerine, herhangi bir İmzacıya, herhangi bir Tarafa veya diğer bir Devlete şunları bildirir:

- a. herhangi bir imzayı;
- b. onay, kabul, uygun bulma ya da katılma belgelerin tevdi edilmesini;
- c. bu Sözleşmenin 27. ya da 28. maddesi doğrultusunda bu Sözleşmenin yürürlüğe giriş tarihlerini;
- d. bu Sözleşmenin 29. maddesi uyarınca gerçekleştirilen herhangi bir çekinceyi ya da çekincenin geri alınını;
- e. bu Sözleşmenin 23., 24., 25., 27., 28., 29., 30. ve 31. maddelerinin hükümleri uyarınca yapılan bildirim ya da bildirgeyi;
- f. bu Sözleşmeye bağlı herhangi bir diğer eylemi, bildirim ya da iletişimi.

Aşağıda imzası bulunanlar, usulüne uygun biçimde yetkilendirilmiş olarak, bu Sözleşmeyi imzalamışlardır.

6 Kasım 2001 tarihinde Strazburg'ta, eşit ölçüde geçerli olmak üzere İngilizce ve Fransızca olarak yazılan bu metinler, tek bir nüsha halinde Avrupa Konseyi arşivinde saklanır. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği, her Avrupa Konseyi Ülkesine, bu Sözleşmenin titiz çalışmasına katılmış olup da üye olmayan her bir Devlete ve bu Sözleşmeye katılması için davet edilen herhangi bir Devlete onaylı bir örnek iletilir.

DEVLET HALEFİYETİNE İLİŞKİN
VATANSIZLIKTAN KAÇINMAYA DAİR
AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMESİ

Strazburg, 19.V.2006

İngilizceden Çeviren: Alper Can Aykaç

Antlaşmanın özeti²

Devlet Halefiyeti, çok sayıda vatansız kişilerin ortaya çıkmasına sebep olur. Bu yüzden, bu antlaşma, Devlet halefiyetinden doğan vatansızlık olaylarını önlemek, ya da en azından olabildiğince azaltmak amacıyla, Devletlerce uygulanması için daha ayrıntılı kuralları, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi (ETS No. 166) üzerine inşa etmiştir.

Başlangıç

Bu Sözleşmeye imzacı olan Avrupa Konseyi Üye Devletleri ve diğer devletler,

Vatansızlıktan kaçınmanın, uluslararası topluluğun vatandaşlık alanındaki ana meselelerinden birisi olduğunu düşünerek;

Devlet halefiyetinin, vatansızlık olaylarının başlıca kaynağı olmayı sürdürdüğünü dikkate alarak;

6 Kasım 1997 tarihinde Strazburg'ta imzaya açılan Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin (ETS no. 166), Devlet halefiyeti durumuna karşın vatandaşlığa dair ayrıntılı kuralları değil, yalnızca genel ilkeleri içerdiğini görerek;

Devlet halefiyetine ilişkin vatansızlık ile ilgili olarak, diğer uluslararası belgelerin hem bağlayıcı niteliğe sahip olmadığını hem de bazı önemli sorunlara yaklaşmadığını göz önünde tutarak;

Yukarıdaki nedenlerle, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin ilkelelerini göz önünde tutmak suretiyle yorumlanması ve uygulanması gereken Devlet halefiyetine ve vatansızlıktan kaçınmaya dair kapsamlı uluslararası bir belgeye ihtiyaç olduğu kanısına vararak;

Vatansızlıktan Kaçınma ve Vatansızlığı Azaltmaya dair Bakanlar Komitesi'nin R (99) 18 No.lu Tavsiyesini, son yıllarda elde edilen Dev-

² <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Summaries/Html/200.htm>

let halefiyeti ve vatansızlıkla ilgili uygulamalı deneyime ek olarak, hesaba katarak;

Bağlayıcı olan diğer uluslararası belgelere, yani Vatansız Kişilerin Durumuna ilişkin; Vatansızlığı Azaltmaya dair Birleşmiş Milletler Sözleşmelerine ve Antlaşmalar bakımından; Devletlerin Halefiyetine dair ve Devlet Malları, Arşivleri ve Borçları bakımından; Devletlerin Halefiyetine dair Viyana Sözleşmelerine saygı göstererek;

Gerçek Kişilerin Vatandaşlığı için Devlet Halefiyetinin Sonuçlarına dair Hukuk yoluyla Demokrasi Avrupa Komisyonu (Venedik Komisyonu) Bildirgesinin yanı sıra, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 2001 yılı 55/153 no.lu Çözüm Kararına Ek içerisinde kapsanan Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan, Devletlerin halefiyetine ilişkin gerçek kişilerin vatandaşlığına dair taslak maddelere de saygı göstererek;

Devlet halefiyetine ilişkin vatansızların özel durumuna uygulanan ayrıntılı kuralları, yukarıdaki uluslararası belgelerin ve dokümanların içinde düzenlenen genel ilkeler üzerine eklemek suretiyle, önyargısız biçimde inşa ederek;

Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesinde düzenlenen, "herkesin bir vatandaşlığı hakkı vardır" ve "vatandaşlıktan keyfi yoksunluk yasağı ve ayrımcılık yasağını içeren hukuk kuralına ve insan haklarına vatansızlıktan kaçınmak amacıyla saygı gösterilmelidir" ilkelerini yerine getirmek amacıyla,

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

1. Madde - Tanımlar

Bu Sözleşme amaçlarıyla ilgili olarak;

- a. "Devlet halefiyeti" bir devletten diğerine topraklardaki uluslararası ilişkilerden doğan sorumluluğun geçmesi anlamına gelir;
- b. "İlgili Devlet" olayda gerçekleştiği kadarıyla, Selef Devlet ya da Halef Devlet anlamına gelir;
- c. "Vatansızlık" iç hukuk uygulaması uyarınca herhangi bir Devlet tarafından bir kişinin vatandaş olarak sayılmadığı durum anlamına gelir;

makaleler

d. “Mutat ikamet” sabit, gerçek bir yerde sakin olma anlamına gelir;

e. “İlgili kişi” Devlet halefiyeti sırasında, Selef Devletin vatandaşlığına sahip ve Devlet halefiyeti sonucunda vatansız kalacak veya kalmış olan kişi anlamına gelir.

2. Madde - Vatandaşlık hakkı

Devlet halefiyeti sırasında, Selef Devlet vatandaşlığına sahip ve Devlet halefiyeti sonucunda vatansız kalacak veya kalmış olan herkes, aşağıdaki maddeler doğrultusunda ilgili devletin vatandaşı olma hakkına sahiptir.

3. Madde - Vatansızlığı önlemek

İlgili devlet, Devlet halefiyeti sırasında, Selef devletin vatandaşlığına sahip kişilerin halefiyet sonucunda vatansız kalmalarını önlemek için bütün uygun tedbirleri alır.

4. Madde - Ayrımcılık yasağı

Bu sözleşme uygulanırken, cinsiyet, renk, dil, din, siyasi ya da diğer düşünce, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir çoğunluğa bağlılık, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde, ilgili Devletler, herhangi bir ilgili kişiye karşı ayrımcılık yapamazlar.

5. Madde - Halef Devletin sorumluluğu

1. Halef Devlet kendi vatandaşlığını, Devlet halefiyeti sırasında Selef Devlet vatandaşlığına sahip olan ve Devlet halefiyeti sonucunda vatansız kalacak veya kalmış olan kişilere aşağıdaki durumlarda tanıtır:

a. Halef Devlete geçen Selef Devlet topraklarında o sırada bu kişiler mutaden ikamet ediyorlarsa, veya

b. Herhangi bir ilgili Devlet içinde o sırada bu kişiler mutaden ikamet etmemişler ama Halef Devlet ile uygun bir bağlantıya sahiplerse.

2. 1. paragrafın b. bendinde yer alan uygun bir bağlantı *diğerlerinin arasında (inter alia)* şunları içerir:

- a. Halef Devlete geçen Selef Devlet toprak parçasına ait yasal bir bağ
- b. Halef Devlete geçen topraklarda doğum
- c. Halef Devlete geçen Selef Devlet toprakları üzerinde son mutat ikametgâh

6. Madde - Selef Devletin sorumluluğu

Selef Devlet, Halef Devletin vatandaşlığını kazanmamış ve aksi halde Devlet halefiyeti sonucunda vatansız kalacak olan Selef Devlet vatandaşlarının vatandaşlığını iptal edemez.

7. Madde - İlgili kişinin açıklanmış iradesine saygı

Bir diğer Devlet ile uygun bağlantı temeli üzerinde ilgili olan bu Devletin vatandaşlığını kazanabilecek olan ilgili kişinin açıklanmış iradesini yansıtan vatandaşlık, 5. maddenin 1. paragrafının b. bendindeki vatandaşlık ise, Halef Devlet kendi vatandaşlığını tanımayı reddedemez.

8. Madde - Kanıt kuralları

1. Devlet halefiyeti sonucunda vatansız kalmış ya da kalacak olan kişilere karşı ve bu kişilere karşı olağan koşulların uygulanmasının makul olmadığı durumlarda, Halef Devlet kendi vatandaşlığını tanımak için gerekli olan kendi olağan kanıt koşulları üzerinde ısrar edemez.

2. Halef Devlet, Devlet halefiyeti sırasında kendi toprağında mutaden ikamet eden ve Devlet halefiyeti sonucunda vatansız kalmış ya da kalacak olan kişilere kendi vatandaşlığını tanımadan önce, diğer bir vatandaşlığı kazanmamış olma kanıtını aramaz.

9. Madde – Vatansız kişilerin vatandaşlık kazanmalarını kolaylaştırma

İlgili Devlet, hukuken ve mutaden kendi topraklarında ikamet eden, 5. ve 6. maddelere rağmen vatansız olan kişilerin İlgili Devlet vatandaşlığını kazanmalarını kolaylaştırır.

10. Madde – Doğum anındaki vatansızlıktan kaçınma

Devlet halefiyeti sırasında, Selef Devletin vatandaşlığına sahip olan ebeveynin ilgili Devlet toprağındaki Devlet halefiyetinin ardından doğan çocuğı aksi halde vatansız olacaksa, ilgili Devlet bu çocuğı kendi vatandaşlığını tanır.

11. Madde – İlgili kişiyi bilgilendirme

İlgili Devlet, ilgili kişilerin kendi vatandaşlıklarının kazanılmasına ilişkin kurallar ve usuller hakkında yeterli bilgi sahibi olmalarını sağlamak için gerekli bütün adımları atar.

12. Madde – Usule ilişkin teminatlar

Bu sözleşme uygulanırken, ilgili Devlet vatandaşlığa ilişkin usullerin yapısında aşağıdakileri sağlar:

- a. ilgili başvurular makul zamanda işleme alınır.
- b. ilgili kararlar yazılı nedenleri içerir ve iç hukuk uyarınca idarî ya da yargısal gözden geçirmeye açık tutulur.
- c. harçlar makul seviyede tutulur ve başvurular için engel teşkil etmez.

13. Madde – Uluslararası anlaşma yolu ile dostane çözüm

İlgili Devletler, uluslararası anlaşma yolunun uygun görüldüğü durumlarda vatandaşlığa, özellikle de vatansızlıktan kaçınmaya, ilişkin sorunları düzene sokmak için çabalar.

14. Madde - Uluslararası işbirliği

1. Devlet halefiyetinden doğan vatansızlıktan kaçınmak için uygun tedbirleri almak amacıyla, ilgili Devletler kendi aralarında, kendi ilgili iç hukuklarına ilişkin bilgi sağlamak da dâhil olmak üzere, işbirliği yaparlar

2. 1. paragrafta anılan aynı amaçla, ilgili Devletler aşağıdakilerle işbirliği yaparlar:

a. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği ile ve Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) ile,

b. uygun olduğu durumlarda diğer Devletler ile ve uluslararası örgütler ile.

15. Madde - Bu Sözleşmenin uygulanışı

1. Bu sözleşme, yürürlüğe girişinden sonra meydana gelen Devlet halefiyetleri bakımından uygulanır.

2. Ancak ilgili Devlet, bu Sözleşme ile bağlı olma rızasını ifade ediş anında veya daha sonraki bir anda, bu Sözleşme hükümlerinin bu sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen Devlet halefiyetine de uygulanacağını, Avrupa Konseyi'ne gönderilen bildirim ile açıklayabilir.

3. Eğer birden fazla ilgili Devlet aynı Devlet halefiyeti hakkında 2. paragrafta düzenlenmiş olan bir açıklama yaparsa, bu Sözleşme bu tür bir açıklamayı yapmış olan Devletler arasında uygulanacaktır.

16. Madde - Bu Sözleşmenin etkileri

1. Bu Sözleşmenin hükümleri, vatansızlıktan kaçınmaya dair daha lehe olan hakların kişilere uyarlandığı veya uyarlanabileceği, yürürlükte olan ve yürürlüğe girebilecek, iç hukukun ve bağlayıcı uluslararası belgelerin hükümlerine halel getirmez.

2. Bu Sözleşme, aşağıdaki bağlayıcı uluslararası belgeler ile bağlı olan Taraf Devletlerin arasındaki ilişkilerde, aşağıdakilerin uygulanmasına halel getirmez:

makaleler

a. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi ve özellikle, bu Sözleşmenin devlet halefiyeti ve vatandaşlık ile ilgili olan VI. Bölümü;

b. bu belgelerin bu Sözleşme ile bağdaştığı kadarıyla, diğer uluslararası bağlayıcı belgeler.

17. Madde - Uyuşmazlıkların çözümü

Bu Sözleşmenin uygulanması ya da yorumu ile ilgili herhangi bir uyuşmazlık, öncelikle müzakere içerisinde çözümlenir.

18. Madde - İmza ve yürürlüğe giriş

1. Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi üye Devletlerinin ve bu titiz çalışmaya katılmış olup da üye olmayan Devletlerin imzalarına açıktır. Bu Devletler bağlanmaya dair kendi rızalarını aşağıdaki şekillerle ifade edebilirler:

a. onay, kabul, uygun bulma bakımından çekincesiz olarak imzalamak; veya

b. onay, kabul, uygun bulma şartıyla imzalamak.

Onay, kabul veya uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nde saklanır.

2. Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi'nin üç üye Devletinin bir önceki paragrafın hükümleri doğrultusunda Sözleşmeyle bağlı olma rızasını ifade ettiği tarihten sonraki üç aylık dönemin bitimi izleyen ayın ilk günü, Sözleşmeyle bağlı olma rızasını ifade etmiş olan tüm Devletler için, yürürlüğe girer.

3. Sözleşmeyle bağlı olma rızasını sonradan ifade eden herhangi bir Devlet bakımından Bu Sözleşme, imza tarihinden ya da onay, kabul veya uygun bulma belgesinin tevdii tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

19. Madde - Katılım

1. Bu Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, bu titiz çalışmaya katılmamış olup Avrupa

Konseyi'ne üye olmayan herhangi bir Devleti bu sözleşmeye katılmaya davet edebilir.

2. Herhangi bir katılımcı Devlet bakımından, katılım belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü bu Sözleşme yürürlüğe girer.

20. Madde - Çekinceler

1. 7. madde, 8. maddenin 2. paragrafı, 12. madde ve 14. maddenin 2. paragrafının b. bendi hükümleri ile ilgili olanlar dışında, bu Sözleşmeye çekince konamaz.

2. 1. paragraf uyarınca Devlet tarafından konan herhangi bir çekince, imza anında ya da onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgelerinin tevdi sırasında şekillendirilir.

3. Herhangi bir Devlet, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne gönderilen bildirme vasıtasıyla 1. paragraf doğrultusunda koyduğu, tebliğ tarihinden itibaren etkili olacak çekincesini tamamen ya da kısmen geri alabilir.

21. Madde - Çıkma

1. Herhangi bir Devlet, herhangi bir zamanda Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne gönderilen bildirim vasıtasıyla bu Sözleşmeden çıkabilir.

2. Bu çıkma, bildirim Genel Sekreterlik'e tebliğ tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü etkili olur.

22. Madde - Bildirimler

Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği, Sözleşmeye katılmış olan Avrupa Konseyi üye Devletlerine, herhangi bir İmzacıya, herhangi bir Tarafa veya diğer bir Devlete şunları bildirir:

a. herhangi bir imzayı;

makaleler

b. onay, kabul, uygun bulma, katılım belgelerinin tevdi edilmesini;

c. bu Sözleşmenin 18. ve 19. maddeleri doğrultusunda bu Sözleşmenin yürürlüğe giriş tarihlerini;

d. bu Sözleşmenin 20. maddesi uyarınca gerçekleştirilen herhangi bir çekinceyi ya da çekincenin geri alımını;

e. bu Sözleşmenin 21. maddesinin ve 15. maddesinin hükümleri altında yapılan bildirim ya da bildirgeyi;

f. bu Sözleşmeye bağlı herhangi bir diğer eylemi, bildirim ya da iletişimi.

Aşağıda imzası bulunanlar, usulüne uygun biçimde yetkilendirilmiş olarak, bu Sözleşmeyi imzalamışlardır.

19 Mayıs 2006 tarihinde Strazburg'da, eşit ölçüde geçerli olmak üzere İngilizce ve Fransızca olarak yazılan bu metinler, tek bir nüsha halinde Avrupa Konseyi arşivinde saklanır. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği, her Avrupa Konseyi Ülkesine, bu Sözleşmenin titiz çalışmasına katılmış olup da üye olmayan her bir Devlete ve bu Sözleşmeye katılması için davet edilen herhangi bir Devlete onaylı bir örnek iletilir.

HUKUKÎ VE TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN BELİRLİ YÖNLERİNE İLİŞKİN AVRUPA PARLAMENTOSU VE KONSEYİ YÖNERGE TEKLİFİ HAKKINDA SİYASÎ ANLAŞMA

Çev.: Mustafa ÖZBEK*

Çevirenin Notu

Yirminci yüzyılın son çeyreğinde, Avrupa’da hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğa duyulan ilgi artmış;¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, aile uyuşmazlıklarının,² ceza uyuşmazlıklarının³ ve idarî uyuşmazlıkların⁴ çözümünde alternatif uyuşmazlık çözümü ve arabuluculuğun uygulanmasını tavsiye eden kararlarının ardından, hukuk uyuşmazlıklarında da arabuluculukla ilgili ayrı bir tavsiye kararı⁵ kabul etmiştir. R (2002) 10 sayılı tavsiye kararında Bakanlar Komitesi

* Yrd. Doç. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl, İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Avrupa’da arabuluculuğun yeri konusunda bilgi için bkz. Committee of Experts on Efficiency of Justice: Report on “What place is there for civil mediation in Europe?”, Strasbourg 2001; Özbek, Mustafa: Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması (Prof.Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006, s. 441-502).

² Bu tavsiye kararı için bkz. Council of Europe: Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum Strasbourg 1998; Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı (DEÜHFD 2005/2, s. 71-102).

³ Bu tavsiye kararı için bkz. Council of Europe: Mediation in Penal Matters, Recommendation N. R (99) 19, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 15 September 1999 and explanatory memorandum, Strasbourg 1999; Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Ceza Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk” Konulu Tavsiye Kararı (DEÜHFD 2005/1, s. 127-166).

⁴ Bu tavsiye kararı için bkz. Council of Europe: Alternatives to Litigation Between Administrative Authorities and Private Parties, Recommendation Rec (2001) 9 and explanatory memorandum, Council of Europe 2002; Özbek, Mustafa: İdarî Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (II) (TBBD 2005/57, s. 82-134).

⁵ Bu tavsiye kararı için bkz. Council of Europe: Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues, Strasbourg 2003; Özbek-Avrupa’da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması s. 484 vd.

tesi, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nin, Avrupa Birliği genelinde hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuğun yaygınlaşması için Avrupa Birliği kurumlarını teşvik etmesini istemiştir.⁶ Böylece Avrupa Birliği'nde de alternatif uyuşmazlık çözümünün geliştirilmesi için çalışmalar yapılmış, bu amaçla Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan "*Medenî Hukuk ve Ticaret Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Hakkında Yeşil Kitap*"⁷ ve "*Arabuluculara Yönelik Avrupa Etik Kuralları*"nın⁸ (*European Code of Conduct for Mediators*) ardından, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili ayrı bir Yönerge hazırlanmasına karar verilmiştir.⁹

Arabuluculuk Yönergesi'nin ön taslağı,¹⁰ Adalet ve İçişleri Genel Müdürlüğü'nce 2004 yılında hazırlanmış, bunun ardından Avrupa Komisyonu, taslağa son şeklini vererek, Yönerge teklifini 22.10.2004 tarihinde yayınlamış ve Avrupa Parlamentosu'na sunmuştur.¹¹ Bu tarihten beri, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönerge teklifi üzerinde çeşitli tartışmalar yapılmıştır.

Avrupa Parlamentosu'nun, Arabuluculuk Yönergesi teklifi üzerinde ilerleme kaydedilmesi için bir süredir yaptığı baskı nihayet sonuç vermiş ve 23 Ekim 2007 tarihinde, Adalet ve İçişleri Konseyi bu teklif üzerinde siyasi anlaşmaya varmıştır. Üzerinde anlaşmaya varılan

⁶ Özbek-Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması s. 488.

⁷ Hukuk uyuşmazlıklarında alternatif uyuşmazlık çözümüyle ilgili olarak yayınlanan Yeşil Kitap için bkz. Commission of the European Communities: Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law, Brussels 2002; Özbek, Mustafa: Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (TBB 2007/68, s. 265-320).

⁸ Arabuluculara Yönelik Avrupa Etik Kuralları için bkz. Özbek-Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 279, 317-320.

⁹ Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi (AÜHFD 2007/1, s. 183-231), s. 206.

¹⁰ Arabuluculuk Yönergesinin ön taslağı için bkz. Özbek-Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü s. 313-316; http://www.cpradr.org/pdfs/ Intl_EC_directive_draft_Apr04.pdf

¹¹ Halen Avrupa Parlamentosunda bulunan Arabuluculuk Yönergesi teklifinin, siyasi anlaşma yapılmadan önceki metni için bkz. Commission of the European Communities: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects of mediation in civil and commercial matters {SEC (2004) 1314}, Brussels, 22.10.2004; Medenî ve Ticarî Konularda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine Dair 2004/0251 (COD) ve 2004/0718 (COM) Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi Önerisi (Çev. Ceren Tekin) (MİHDER 2006/5 s. 1343-1348); Özbek-Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi s. 206-212.

Yönerge teklifi metni, 26 Ekim 2007 tarihinde yayınlanmıştır.¹² Siyasî anlaşma uyarınca Yönerge, Birleşik Krallık üzerinde önemli bir etki doğurmayacak olup, yönergenin kapsamı sınır ötesi arabuluculukla sınırlanmıştır. Sınır ötesi arabuluculuklarda taraf olan Birleşik Krallık vatandaşları, ülkelerinde sahip oldukları haklara ve güvencelere sahip olacaklardır. Yönergeye göre üye devletler, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların icra edilebilirliğini kabul edecekler ve zamanaşımı sürelerine ilişkin kurallar, arabuluculuğun sonunda uzlaşma sağlanamaması halinde tarafların mahkemeye başvurmasını engellemeyecektir. Yönerge, kabul edilmesini müteakip 18 ay içinde üye devletlerce uygulamaya koyulacaktır.¹³

Bu metin, Arabuluculuk Yönergesi teklifinin, varılan siyasî anlaşma çerçevesinde ortaya çıkan son halinin çevirisidir. Çeviri yapılırken, yönerge teklifinin ifadesine bağlı kalınmış; ancak kelime kelime çeviri yapmak yerine, anlamın doğru bir şekilde yansıtılması ve ifade akıcılığının sağlanması tercih edilmiştir.

HUKUKÎ VE TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUĞUN BELİRLİ YÖNLERİNE İLİŞKİN AVRUPA PARLAMENTOSU VE KONSEYİ YÖNERGE TEKLİFİ

2004/0251 (COD)

Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi,

Avrupa Topluluğu'nu kuran anlaşmayı ve özellikle bu anlaşmanın 61 (c) maddesini ve 67 (5) maddesinin ikinci paragrafını dikkate alarak,

Komisyonun teklifini göz önünde tutarak,

Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi'nin görüşünü dikkate alarak,

¹² Council of the European Union: Political Agreement on a proposal for a directive on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, Interinstitutional File: 2004/0251 (COD), Brussels, 26 October 2007, s. 2-17.

¹³ The Law Societies Joint Brussels Office: The Brussels Office Law Reform Update Series: EU Civil Law, January 2008, s. 3.

Anlaşmanın 251. maddesinde yer alan usûle uygun davranarak, Aşağıdaki koşullarla bu Yönergeyi kabul etmiştir:

- (1) Topluluk, kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturma ve geliştirmeyi kendisine amaç edinmiştir. Topluluk bu maksatla, diğerleri arasında, iç pazarın uygun işleyişi için gerekli olan, hukukî konularda adli işbirliği alanında tedbirler kabul etmiştir.
- (2) Avrupa Konseyi, 15 ve 16 Ekim 1999'da Tampere'deki toplantısında, adalete erişim ilkesini esas alarak ve adalete daha iyi erişimi kolaylaştırmak amacıyla, üye devletlerce alternatif, yargı dışı usûllerin oluşturulmasını istemiştir.
- (3) Konsey, 2000 yılının Mayıs ayında, medenî hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarının alternatif çözüm yöntemleri konusunda temel ilkelerin oluşturulmasının, adalete erişimi kolaylaştırmak ve düzeltmek amacıyla, medenî hukuk ve ticaret hukuku uyuşmazlıklarının çözümünde yargı dışı usûllerin gelişmesi ve uygulanması için önemli bir adım olduğunu belirterek bu yöntemler hakkında kararlar almıştır.(4)
- (5) Avrupa Komisyonu 2002 yılında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (ADRs) ile ilgili Avrupa'daki mevcut durumu inceleyerek ve arabuluculuğun kullanılmasını yaygınlaştırmak için alınabilecek tedbirler hakkında üye devletler ve ilgili taraflarla geniş istişareler başlatarak bir "Yeşil Kitap" sunmuştur. (6)
- (7) Avrupa Birliği'nin özgürlük, güvenlik ve adalet bölgesi oluşturma politikasının bir parçası olarak, adalete daha iyi erişimi güvence altına almak amacı, yargı yolu kadar yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarına erişimi de kapsamalıdır. Bu yönerge, özellikle arabuluculuk hizmetlerine erişim konularında, iç pazarın uygun işleyişine katkıda bulunmalıdır.(8)
- (9) Arabuluculuk, tarafların ihtiyaçlarına uygun olarak şekillendirilmiş usûllerle, hukukî ve ticarî meselelerdeki uyuşmazlıkların ekonomik ve hızlı bir şekilde yargı dışı

çözümünü sağlayabilir. Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların gönüllü olarak yerine getirilme ve taraflar arasındaki dostane ve sürekli ilişkileri koruma olasılığı daha yüksektir. Bu faydalar, sınır ötesi unsur taşıyan durumlarda daha belirgindir.(10)

- (11) Arabuluculuğun daha fazla kullanılmasını özendirmek ve arabuluculuğa başvuran tarafların öngörülebilir bir yasal temele dayanmasını sağlamak için, özellikle hukuk usûlünün kilit yönlerini belirleyen bir yasal çerçeve kabul etmek gerekmektedir.(12)
- (13) Bu yönergenin hükümleri, sadece sınır ötesi uyuşmazlıklardaki arabuluculuklara uygulanmalıdır, fakat üye devletlerin bu hükümleri iç arabuluculuk yöntemlerine uygulamasına da bir engel yoktur.
- (14) Bu yönerge, arabuluculuk usûlünde modern iletişim teknolojilerinin kullanılmasını hiçbir şekilde engellememelidir. (15)
- (16) Bu yönerge, sınır ötesi bir uyuşmazlıkta taraf olan iki veya daha fazla kişinin, uyuşmazlıklarının çözümünde bir arabulucunun yardımıyla dostane bir anlaşmaya varmak için gönüllü olarak bizzat çaba gösterdikleri usûllere uygulanmalıdır. Yönerge, medenî ve ticarî meselelere uygulanmalıdır. Bununla beraber yönerge, tarafların, uygulanacak hukuka göre üzerinde serbest tasarruf etmelerinin mümkün olmadığı haklar ve borçlara uygulanmamalıdır. Bu tür haklar ve borçlar genellikle aile ve iş hukukunda görülmektedir. (17)
- (18) Bu yönerge, sözleşme öncesi müzakerelere veya belirli yargısal uzlaşma programları, tüketici şikâyeti programları, tahkim ve uzman kararı gibi bağlayıcı karar verme esasına dayanan usûllere veya uyuşmazlığın çözümünde yasal olarak bağlayıcı olan veya olmayan resmî bir tavsiyede bulunan kişi ya da kuruluşlarca yönetilen usûllere uygulanmamalıdır.
- (19) Bu yönerge, mahkemenin tarafları arabuluculuğa yönlendirdiği veya millî hukuka göre arabuluculuğa başvurma-

nın zorunlu olduğu davalara uygulanmalıdır. Yönerge buna ilaveten, bir hâkimin millî hukuka göre arabulucu olarak hareket edebildiği ölçüde, uyuşmazlık konusu mesele veya meselelerle ilgili herhangi bir dava sürecinde görev almayacak olan hâkim tarafından yönetilen arabuluculuğa da uygulanmalıdır. Buna karşılık Yönerge, davaya bakan mahkeme ve hâkim tarafından, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak, dava sürecinde uyuşmazlığın çözümü amacıyla yapılan girişimleri veya mahkeme ya da hâkimin yetkili bir kişiden yardım ya da tavsiye istediği halleri kapsamamalıdır. (20)

- (21) Bu Yönerge ile öngörülen arabuluculuk, tarafların usûlün yönetiminden bizzat sorumlu oldukları, usûlü istedikleri gibi düzenleyebildikleri ve her zaman bitirebildikleri gönüllü bir yöntem olmalıdır. Bununla birlikte, millî hukuka göre arabuluculuk usûlü için mahkemelere yönelik belirli süre sınırları koymak mümkün olmalıdır. Bunun yanında mahkemeler, uygun olduğunda tarafların arabuluculuğa dikkatini çekebilmelidir.
- (22) Bu Yönergedeki hiçbir hüküm, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan millî mevzuata, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmalarını engellememesi koşuluyla karşı değildir. Bu Yönergedeki hiçbir hüküm, Yönerge kapsamına girmeyen hususlarla ilgili olduğu ölçüde, kendi kurallarıyla işleyen mevcut arabuluculuk sistemlerini etkilememelidir. (23)
- (24) Bu Yönerge, hukukî belirliliği sağlamak bakımından, tarafların arabuluculuk yoluyla çözmeye çaba gösterdikleri bir uyuşmazlığın, sınır ötesi bir uyuşmazlık olup olmadığını belirlemek için uygun zamanın hangisi olduğunu göstermelidir. Yazılı bir anlaşmanın mevcut olmaması halinde, taraflar arabuluculuk yolunu başlatmak için özel olarak harekete geçtiklerinde arabuluculuğa başvurmaya karar vermiş sayılmalıdırlar. (25)
- (26) Üye Devletler, gizlilik, zamanaşımı süreleri üzerindeki etki ve arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların tanınması

ve tenfiziyle ilgili olarak karşılıklı güvenin sağlanması için, uygun görecekları her türlü yolla, arabulucuların eğitimi ve arabuluculuk hizmetleriyle ilgili etkin kalite kontrol yöntemlerinin benimsenmesini teşvik etmelidirler.

- (27) Üye Devletler, ortak pazar düzeyinde çözümlere başvurulmasını içerebilecek bu tür yöntemleri tespit etmeli ve bu hususta finansman kaynağı sağlamak zorunda tutulmamalıdır. Bu yöntemler, arabuluculuk sürecinin esnekliğini ve tarafların özerkliğini korumayı amaçlamalı ve arabuluculuğun etkin, tarafsız ve ehil bir şekilde yönetilmesini temin etmelidir. Arabulucular, internette herkesin erişimine de açık olması gereken Arabuluculara İlişkin Avrupa Etik Kurallarının bilincinde olmalıdırlar. (28)
- (29) Komisyon 2001 yılında, tüketicinin korunması konusunda, tüketici uyuşmazlıklarının anlaşmaya dayalı çözümünüyle uğraşan mahkeme dışı kuruluşların, kendilerine başvuran kişilere sunmaları gereken asgari kalite kriterlerini belirleyen resmî bir tavsiye¹⁴ kabul etmiştir. Bu tavsiyenin konusuna giren arabulucular veya örgütlerin, tavsiyenin ilkelere riayet etmesi teşvik edilmelidir. Komisyon, bu gibi kuruluşlarla ilgili bilgilerin yayılmasını kolaylaştırmak için, Üye Devletlerin, bu tavsiyenin ilkelerini uygularken dikkate alacakları mahkeme dışı programlara ilişkin bir veri tabanı oluşturmalıdır.(30)
- (31) Arabuluculuk sonunda ortaya çıkan anlaşmalara uyulması tarafların iyi niyetine bağlı olduğundan, arabuluculuk, dava yolunun yegâne alternatifi olarak görülmemelidir. Bu nedenle Üye Devletler, arabuluculuk sonunda yapılan yazılı bir anlaşmanın taraflarının, anlaşmalarına icra kabiliyeti kazandırma yetkisini tanımalıdır. Bir Üye Devlet yalnızca, anlaşmanın içeriğinin, devletin milletlerarası özel hukuku da dahil olmak üzere kanununa aykırı olması veya devletin hukukunun, özel bir anlaşmanın içeriğinin icra edilmesine imkân tanımaması halinde icra edilmesini

¹⁴ Tüketici uyuşmazlıklarının anlaşmaya dayalı çözümünüyle görevli mahkeme dışı kuruluşlara uygulanacak ilkeler hakkındaki 4 Nisan 2001 tarihli Komisyon Tavsiyesi (OJ L 109, 19.4.2001, s. 56).

reddedebilmelidir. Bu durum, anlaşmada düzenlenen borcun yapısı gereği icra edilemeyecek nitelikte olması halinde mümkün olabilir. (32)

- (33) Arabuluculuk sonunda yapılan ve bir Üye Devlette icra kabiliyeti tanınan bir anlaşma, uygulanacak Topluluk hukuku veya iç hukuka uygun olarak diğer Üye Devletlerde de tanınmalı ve tenfiz edilebilmelidir. Bu örneğin, medenî ve ticarî meselelerde mahkemelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin, 22 Aralık 2000 tarih ve 44/2001 No'lu Konsey Tüzüğü¹⁵ (EC) veya aile meseleleri ve velayet sorumluluğu meselelerinde mahkemelelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfiziyle ilgili, 27 Kasım 2003 tarih ve 2201/2003 No'lu Konsey Tüzüğü¹⁶ (EC) esas alınarak yapılabilir. (34)
- (35) 2001/2003 No'lu Konsey Tüzüğü (EC), taraflar arasındaki anlaşmanın başka bir Üye Devlette icra edilebilmesi için, anlaşmanın, tarafların imzaladığı Üye Devlette icra edilebilir olması gerektiğini özel olarak belirtmektedir. Bu sebeple, bir aile hukuku uyuşmazlığı sonunda yapılan anlaşmanın içeriği, anlaşmanın imzalandığı ve tenfizinin talep edildiği Üye Devlette icra edilemiyorsa, bu Yönerge, tarafların, anlaşmalarını tenfiz edebilecekleri başka bir Üye Devlette yapmaları suretiyle, bu Üye Devletin kanununu dolanmalarını özendirmemelidir. (36)
- (37) Bu Yönerge Üye Devletlerdeki, arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların icra edilmesiyle ilgili hükümleri etkilememelidir. (38)
- (39) Arabuluculuk sürecinde gizlilik önem taşır ve bu sebeple Yönerge, daha sonraki bir hukuk davasında ve ticarî davada ya da tahkimde, arabuluculuğun gizliliğinin nasıl korunacağı hususunda, hukuk usûlü kurallarının asgari ölçüde uyumunu sağlamalıdır. (40)
- (41) Üye Devletler, tarafların arabuluculuğa başvurmasını

¹⁵ OJ L 12, 16.1.2001, s. 1. Son olarak 1791/2006 No'lu Tüzükle (EC) değiştirilen Tüzük (OJ L 363, 20.12.2006, s. 1).

¹⁶ OJ L 338, 23.12.2003, s. 1. Son olarak 2116/2004 No'lu Tüzükle (EC) değiştirilen Tüzük (OJ L 367, 14.12.2004, s. 1).

özendirmek için, arabuluculuk girişimleri başarısız olursa, zamanasını sürelerine ilişkin kuralların, tarafların mahkeme veya tahkime gitmelerini önlememesini sağlamalıdır. Üye Devletler bu Yönergenin, zamanasını süreleri hakkındaki millî hukuk kurallarını uyumlu hale getirmemesi halinde bile, bu sonucun gerçekleşeceğinden emin olmalıdır. Örneğin taşıma hukuku alanında olduğu gibi, Üye Devletlerde uygulanan milletlerarası anlaşmalardaki zamanasını sürelerine ilişkin hükümler etkilenmemelidir. (42)

- (43) Üye Devletler, arabulucular ve arabuluculuk hizmeti veren kuruluşlarla nasıl temas kurulacağı konusunda halka bilgi vermeyi teşvik etmelidir. Üye Devletler, hukukçuların müvekkillerini arabuluculuk imkânı hakkında bilgilendirmesini de özendirmelidir. (44)
- (45) Daha iyi kanun yapmaya ilişkin kurumlararası anlaşmanın¹⁷ 34. maddesi uyarınca Üye Devletler, kendileri ve topluluğun menfaatleri için, mümkün olduğu kadar, bu Yönerge ile intibak tedbirleri arasındaki karşılıklı ilişkiyi gösteren tasarılarını düzenlemeye ve bunları halka açık tutmaya teşvik edilmelidir. (46)
- (47) Bu Yönerge, temel hakların ilettilmesi için çaba göstermekte ve özellikle Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesince tanınan ilkeleri gözetmektedir. (48)
- (49) Bu Yönergenin amaçlarına Üye Devletlerce yeterli ölçüde ulaşılması mümkün olmadığı için ve uygulamanın etkileri veya kapsamı nedeniyle bu amaçların Topluluk düzeyinde daha iyi gerçekleşebilecek olması sebebiyle, Topluluk, Anlaşmanın 5. maddesinde belirtilen ikincillik ilkesine uygun olarak tedbirler alabilir. Bu maddede belirtilen ölçülülük ilkesine göre Yönerge, amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olanı aşmayacaktır. (50)
- (51) Avrupa Birliği Anlaşmasının ve Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın eki olan, Birleşik Krallık ve İrlanda'nın durumuna ilişkin Protokolün 3. maddesine göre, Birleşik Krallık ve İrlanda, bu Yönergenin kabulü ve uygulamasına

¹⁷ OJ C 321, 31.12.2003, s. 1.

katılmak istediklerini bildirmişlerdir. (52)

- (53) Avrupa Birliği Anlaşmasının ve Avrupa Topluluğunu Kuran Anlaşmanın eki olan, Danimarka'nın durumuna ilişkin Protokolün 1 ve 2. maddelerine göre, Danimarka bu Yönergenin kabulüne katılmamaktadır ve bu nedenle Yönerge veya onun uygulanma konusuyla bağlı değildir. (54)

YÖNERGE

Madde 1

Amaç ve kapsam

1. Bu Yönergenin amacı, arabuluculuğa başvurulmasını özendirerek ve arabuluculukla yargılama usûlleri arasında doğru bir ilişki kurmak suretiyle, alternatif uyuşmazlık çözümüne erişimi kolaylaştırmak ve uyuşmazlıkların dostane çözümünü geliştirmektedir. 2.
3. Bu Yönerge, uygulanacak ilgili hukuka göre tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri hak ve borçlar hariç olmak üzere, sınır ötesi uyuşmazlıklardaki medenî ve ticarî meselelere uygulanacaktır. Yönerge özellikle vergi, gümrük veya idarî meseleler ya da Devletin egemenliğine dayanarak yapmış olduğu eylem ve işlemlerden doğan sorumluluğunu ("acta jure imperii") kapsamayacaktır. 4.
5. Bu Yönergede "Üye Devlet" terimi, Danimarka dışındaki Üye Devletleri ifade etmektedir.

Madde 1a

Sınır ötesi uyuşmazlıklar

1. Bu Yönergenin amaçları bakımından;
 - a) tarafların, uyuşmazlık çıktıktan sonra arabuluculuğa başvurmaya karar verdiği, veya
 - b) arabuluculuğa başvurulmasına mahkemece karar verildiği, veya

- c) millî hukuka göre arabuluculuğa başvurma zorunluluğu olduğu, veya
- d) 3. madde anlamında taraflara bir davette bulunulduğu tarihte, taraflardan en az birinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin diğer taraftan farklı bir Üye Devlette bulunması halinde, sınır ötesi bir uyuşmazlık mevcut olacaktır.
2. 1. paragrafa bakılmaksızın, 6 ve 7. maddeler anlamında bir sınır ötesi uyuşmazlık, taraflar arasında arabuluculuğu müteakiben, paragraf 1 (a), (b) veya (c)'de belirtilen tarihte, tarafların yerleşim yeri veya mutad meskeninden farklı bir Üye Devlette dava veya tahkim sürecinin başlatılması halinde de mevcut olacaktır. 3.
4. 1 ve 2. paragraflar anlamında yerleşim yeri, 44/2001 No'lu Konsey Tüzüğü'nün (EC) 59 ve 60. maddelerine göre belirlenecektir.

Madde 2

Tanımlar

Bu Yönergenin amaçları bakımından aşağıdaki tanımlar esas alınır:

- (a) "Arabuluculuk", adlandırılma veya başvurulma şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı olan iki veya daha fazla kişinin, bir arabulucunun yardımıyla, uyuşmazlıklarının çözümü konusunda anlaşmaya varmaları için gönüllü bir temelde bizzat çaba gösterdikleri, plânlanmış bir süreci ifade eder. Bu süreç taraflarca başlatılabilir, mahkemece önerilebilir veya emredilebilir ya da bir Üye Devletin hukukunca öngörülebilir.

Bu tanım, uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak herhangi bir dava sürecinde görevli olmayan bir hâkim tarafından yönetilen arabuluculuğu kapsar. Tanım, uyuşmazlık konusuyla ilgili dava sürecinde, uyuşmazlığın çözümü için mahkeme veya davaya bakan hâkimce yapılan girişimleri kapsamaz.

- (b) “Arabulucu”, arabuluculuğu etkin, tarafsız ve ehil biçimde yönetmesi istenen herhangi bir üçüncü kişi olup, bu üçüncü kişinin ilgili Üye Devletteki isimlendirilmesine veya mesleğine ve arabuluculuğu yönetmek üzere atanma veya görevlendirilme şekline bakılmaz.

Madde 2a

Arabuluculuğun kalitesinin sağlanması

1. Üye Devletler, uygun görecekları herhangi bir yolla, arabuluculuk hizmetlerinin koşullarıyla ilgili diğer etkin kalite kontrol yöntemleri yanında, arabuluculuk hizmeti sunan kuruluşlar ve arabulucular tarafından gönüllü etik kuralların geliştirilmesini ve bu kurallara bağlılığı teşvik ederler. 2.
3. Üye Devletler, bir arabuluculuğun taraflarla ilgili olarak etkin, tarafsız ve ehil biçimde yönetilmesini sağlamak için, arabulucuların başlangıç ve ilave eğitimini teşvik ederler.

Madde 3

Arabuluculuğa başvurulması

1. Davayı görmekte olan mahkeme, uygun olduğunda ve davanın bütün koşullarını dikkate alarak tarafları, uyuşmazlığı çözmek için arabuluculuğa başvurmaya davet edebilir. Mahkeme, tarafları, gerek görmesi ve kolaylıkla yapılabilecek olması halinde, arabuluculuğa başvurulmasına ilişkin bir bilgilendirme toplantısına katılmaya da davet edebilir. 2.
3. Bu Yönerge, dava açılmasından önce veya sonra, arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan veya teşvik eden ya da yaptırıma bağlayan millî mevzuatı, bu mevzuatın, tarafların yargı sistemine erişim hakkını kullanmasını engellememesi şartıyla etkilemez.

Madde 4***Arabuluculuğun kalitesinin sağlanması***

(Bakınız Madde 2a)

Madde 5***Arabuluculuk sonunda yapılan anlaşmaların icra edilmesi***

1. Üye Devletler, tarafların veya diğer tarafın açık rızasıyla taraflardan birinin, arabuluculuk sonunda yapılan yazılı bir anlaşmanın icra edilebilir kılınmasını talep etmesini sağlarlar. Bu tür bir anlaşmanın içeriği, talebin yapıldığı Üye Devletin hukukuna aykırı olmadığı veya bu Üye Devletin hukuku anlaşmanın icra edilmesine olanak tanıdığı takdirde icra edilebilir. 2.
3. Anlaşmanın içeriği, mahkeme veya diğer bir yetkili merci tarafından verilecek bir hüküm ya da kararlar veya talebin yapıldığı Üye Devletin hukukuna uygun olarak resmî bir belgeyle icra edilebilir. 4.
5. Üye Devletler, 1 ve 2. paragrafa göre yapılacak bir talebi kabule yetkili olacak mahkeme veya diğer mercileri Komisyona bildireceklerdir. 6.
7. Bu maddedeki hiçbir hüküm, 1. paragrafa uygun olarak icra edilebilir kılınan bir anlaşmanın, diğer bir Üye Devlette tanınması ve tenfizi için uygulanacak hükümleri etkilemeyecektir.

Madde 6***Arabuluculuğun gizliliği***

1. Arabuluculuğun, gizliliğe uyulacak şekilde yapılmasının amaçlandığı düşünüldüğünde, Üye Devletler, taraflar aksini kararlaştırmadığı takdirde, arabulucuların veya arabuluculuk sürecinin yönetimine katılan kişilerin, arabuluculuk sürecinde ortaya çıkan veya arabuluculuk süreciyle ilgili olan bilgiler hakkında, herhangi bir hukuk veya ceza davasında ya da tahkimde delil göstermeye zorlanamamasını sağlarlar. Aşağıdaki istisna bu hükmün dışındadır:2.

makaleler

- (a) Bunun, ilgili Üye Devletin kamu düzeni düşünceleri üstün geldiği için gerekli olması halinde, özellikle çocuğun menfaatlerinin en iyi şekilde korunmasını sağlamak veya bir kişinin fiziksel ya da psikolojik bütünlüğüne zarar gelmesini önlemek gerektiğinde, veya (b)
 - (c) Arabuluculuğun sonucu olarak yapılan anlaşmanın yerine getirilmesi veya icra edilmesi için bu anlaşmanın içeriğinin açıklanması gerektiğinde.(d)
3. 1. paragraftaki hiçbir hüküm, Üye Devletlerin, arabuluculuğun gizliliğinin korunması için daha katı tedbirleri koymasını engellemez.

Madde 7

Arabuluculuğun zamanaşımı süreleri üzerindeki etkisi

1. Üye Devletler, bir uyuşmazlığı arabuluculukla çözme çabası içinde olan tarafların, arabuluculuk sürecinde zamanaşımı süresinin dolmasıyla, bu uyuşmazlıkla ilgili olarak daha sonra dava açma veya tahkime başvurma hakkından mahrum kalmamalarını sağlamalıdır. 2.
3. 1. Paragraf, Üye Devletlerin taraf oldukları milletlerarası anlaşmalardaki zamanaşımı sürelerine ilişkin hükümlere halel getirmez.

Madde 7a

Halka bilgi verilmesi

Üye Devletler, uygun görecekları herhangi bir yolla, arabulucular ve arabuluculuk hizmeti veren kuruluşlarla nasıl temas kurulacağı konusundaki bilginin, bilhassa internette halkın erişimine açık olmasını teşvik ederler.

Madde 8**Yetkili mahkeme ve merciler hakkında bilgi**

Komisyon, Üye Devletlerce, madde 5(2)'ye göre bildirilen yetkili mahkeme ve mercilerle ilgili bilgiyi uygun yollarla kamuya açar.

Madde 8a**Gözden geçirme**

Komisyon, bu Yönergenin uygulanmasından itibaren en fazla 5 yıl içinde, Avrupa Parlamentosu, Konseyi ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesine, bu Yönergenin uygulanmasıyla ilgili bir rapor sunacaktır. Rapor, Avrupa Birliği genelinde arabuluculuğun gelişimini ve bu Yönergenin Üye Devletlerdeki etkisini inceleyecektir. Gerek görülürse rapora, bu Yönergeye geçirilmek üzere öneriler eklenecektir.

Madde 9**Yürütme**

1. Üye Devletler, bu Yönerge hükümlerine uymak için gereken kanunları, yönetmelikleri ve idarî kuralları, bu Yönergenin kabulünden sonraki 30 ay içinde uygulanacak olan 8. maddede müstesna olmak üzere, en geç bu Yönergenin kabulünden sonraki 36 ay içinde yürürlüğe koyacaklardır. Üye Devletler, bunları derhal Komisyon'a bildireceklerdir.

Üye Devletlerce kabul edildiğinde bu tedbirler, Yönergeye atıf içerecek veya bunların resmî olarak yayınında bu tür bir atıf eklenecektir. Bu atfın yapılma yöntemi Üye Devletlerce kararlaştırılacaktır.

2. Üye Devletler, Bu Yönerge kapsamına giren konularda kabul ettikleri millî hukukun temel hükümlerinin metinlerini Komisyona bildireceklerdir.

Madde 10

Yürürlüğe girme

Bu Yönerge, Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanmasını takip eden yirminci günde yürürlüğe girecektir.

Madde 11

Muhataplar

Bu Yönerge Üye Devletlere yöneliktir.
Brüksel’de düzenlenmiştir.

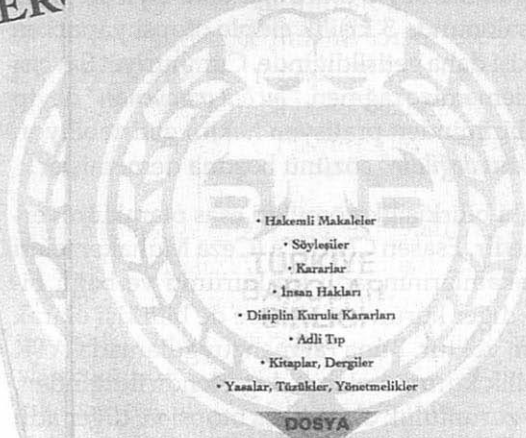
Avrupa Parlamentosu adına
Başkan

Konsey adına
Başkan

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1302-2710



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI
Görüşler - Değerlendirmeler

YENİ İŞ YASASI

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

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 12.12.2007

E. 2007/11-974

K. 2007/962

- * Markanın hükümsüzlüğü
- * Marka tescilinde kötü niyet
- * Zamanaşımı
- * Koruma süresi ve koruma süresinin başlangıç tarihi (556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK m. 2, 39, 40, 42)

Taraflar arasındaki “markanın hükümsüzlüğü” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 1 . Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 25.05.2004 gün ve 2002/805-2004/292 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nce önce karar onanmış; davacı vekilinin kararı düzeltme istemi üzerine 22.09.2006 gün ve 2006/7875-9123 sayılı ilam ile (...Davacı vekili, güzellik, zayıflama, solaryum ve kuaför faaliyetleriyle iştigal eden müvekkilinin tescilli (LOTUS) hizmet markasının işaret unsuru olan oturan kadın figürünün yönü değiştirilerek ve altına atom figürü eklenerek davalı tarafından daha sonra tescil ettirildiğini, davalı aleyhine açılan haksız rekabetin önlenmesi davasında marka hükümsüzlüğüne ilişkin istemde bulunulmasının ihmal edildiğini ileri sürerek, davalının BIOCOS markasının hükümsüzlüğünü veya anılan işaret unsurunun (figürün) davalının logosundan çıkarılmasını, davanın diğer dava ile birleştirilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın reddine ilişkin olarak verilen karar davacı tarafın temyizi üzerine Dairemizce gerekçe değiştirilerek onanmıştır. Davacı vekili, karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

Yasal boşluğun doldurulması suretiyle tanınmış markalar dışındaki markalarla ilgili hükümsüzlük davalarında da uygulanması Dairemizce benimsenen 42. maddenin (a) bendinin son cümlesi “Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir, hükmünü haizdir. Her ne kadar davanın 5 yıllık süre içerisinde açılmadığından bahisle Dairemizce mahkemenin ret kararı sonucu itibariyle doğru bulunarak onanmış ise de, davacı taraf dava dilekçesinde davalı tarafın aynı zamanda kötü niyetli olduğunu da ileri sürmüş bulunduğu mahkemece davacı tarafın bu iddiası üzerinde durulup, bu husustaki delilleri toplanmak ve davalının gerçekten de kötü niyetli olduğu neticesine varıldığında açılan davayı: süresinde olduğu kabul edilerek uyuşmazlığın esasına girilmek gerekir. Bu itibarla, davacı vekilinin bu yöne ilişkin karar düzeltme itirazının kabulüyle Dairemizin 2004/14754 E, 2006/1518 K. ve 16.02.2006 tarihli ilamının ortadan kaldırılarak, yerel mahkeme kararının davacı yararına bozulmasına, karar vermek gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu’na incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 2. maddesine dayalı hükümsüzlük istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkiline ait “Lotus” markasının işaret unsuru olan oturan kadın figürünün yönü değiştirilip, altına atom figürü eklenerek ve markanın isim unsurunu da çağrıştıracak isim verilerek davalı tarafından tescil ettirilen “Bio Coş” markası nedeniyle davalı aleyhine açtıkları haksız rekabetin önlenmesi davasında marka hükümsüzlüğüne ilişkin istemde bulunulmasının ihmal edildiğini ileri sürerek eldeki davayı 19.11.2002 tarihinde açmış ve bu davada kötü niyet olgusuna da dayanarak davalının “Bio Coş” markasının hükümsüzlüğünü veya anılan işaret unsurunun (figürün) davalının logosundan çıkarılmasını, davanın haksız rekabetin önlenmesi konulu diğer dava ile birleştirilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı taraf, davacının çok küçük bir müşteri kitlesine hitap ettiğini, figürler arasında farklılıklar bulunduğunu, kasıtları olmadığı gibi iltibas ta bulunmadığını, ayrıca derdest dava var iken böyle bir dava açılmasının usule aykırı olduğunu, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, birleştirme istemi ve derdestlik itirazı reddedilerek ibraz edilen delillere göre dava esastan karara bağlanmış ve “davanın reddine” karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece; önce hak düşürücü sürede davanın açılmadığı gerekçesiyle ve değişik gerekçeyle mahkeme kararı onanmış; daha sonra yine davacı vekilinin karar düzeltme istemi üzerine de, onama kararı kaldırılarak; “davacı taraf dava dilekçesinde davalı tarafın aynı zamanda kötü niyetli olduğunu da ileri sürmüş bulunduğu mahkemece davacı tarafın bu iddiası üzerinde durulup, bu husustaki delilleri toplanmak ve davalının gerçekten de kötü niyetli olduğu neticesine varıldığında açılan davanın süresinde olduğu kabul edilerek uyuşmazlığın esasına girilmek gerekir.” gerekçesiyle karar bozulmuştur.

Mahkeme; davanın süresinde açıldığı, taraflar delillerini bildirdiklerinden yeniden delil toplanamayacağı ve kötü niyet konusunda araştırma yapılması gerekmediği, esasa girerek karar vermesinin doğru olduğu, dairece kararın esastan denetlenmesi gerektiği, gerekçesiyle önceki kararında direnerek davanın yine esastan reddine, karar vermiştir.

Hükmü temyize davacı vekili getirmektedir.

Öncelikle belirtmekte yarar vardır ki, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 42. maddesine dayalı hükümsüzlük davasının, “markanın tescil tarihinden” itibaren, “5 yıl” içinde açılması gerektiği konusunda, yerel mahkeme ile özel daire arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; hak düşürücü sürenin başlangıcına esas alınacak “tescil tarihi” nin belirlenmesinde, marka tescil belgesinde gösterilen tarihin mi yoksa markanın sicile kaydının gerçekleştirildiği tarihin mi, esas alınacağı ve varılacak sonuca göre de eldeki davanın yasal hak düşürücü sürede açılıp açılmadığı, noktasındadır.

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 40. maddesinde "Markanın Koruma Süresi" başlığı altında;

"Tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler halinde yenilenir."

Denilmekte; koruma süresi başvuru tarihinden başlatılmaktadır. Şu durumda, başvuru tarihi sadece koruma süresinin başlangıcında belirleyici olmakta, hükümsüzlük davasının açılmasında 5 yıllık sürenin başlangıcına esas alınacak tescil tarihi ise aynı KHK.'nin "tescil" başlıklı 39.maddesinde ayrıca düzenlenmekte;

"Bu Kanun Hükmünde Kararname ve ilgili yönetmelik hükümlerine göre başvurusunu eksiksiz yapmış veya eksiklerini gidermiş ve süresi içerisinde hakkında itiraz yapılmamış veya yapılan itiraz kesin olarak reddedilmiş bir başvuru, tescil edilerek sicile kaydedilir. Başvuru sahibine "Marka Tescil Belgesi" verilir.

Sicil kaydında; marka örneği, başvuru tarihi, marka tescil numarası, markanın kullanılacağı mallar veya hizmetlerin listesi, mal veya hizmetlerin sınıf veya sınıfları, marka sahibinin ve varsa vekilinin adı, soyadı, uyruğu, tüzel kişilerde ticaret unvanı ve hangi ülkenin kanunlarına göre kurulu olduğu, adresi, tescil tarihi, marka ve marka hakları ile ilgili bütün değişiklikler ve yönetmelikte öngörülen diğer hususlar yer alır.

Marka sicili alenidir. Talep edilmesi ve yönetmelikte öngörülen ücretin ödenmesi koşuluyla sicil örneği verilir.

Sicil kaydı yapılan marka ile ilgili bilgiler yönetmelikte şekil ve şartları belirtildiği biçimde ve ikinci fıkrada yer alan unsurları da kapsamak üzere yayınlanır."

Hükmüne yer verilmektedir. Bu maddede tescilin gerçekleşmesi süreci ayrıntısı ile açıklanmaktadır.

Görülmektedir ki, dava konusu 179651 sayılı marka tescil belgesi üzerinde yazılı olan 04.12.1996 tarihi; 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 40.maddesi uyarınca, tescilli bir markanın 10 yıllık koruma süresinin başlangıç tarihi olan "marka başvurusu tarihi" dir. Dolayısıyla marka başvurusu tarihi olan bu tarihin, aynı KHK'nın 39. maddesinde düzenlenen "markanın sici-

le kaydedildiği tescil tarihi” olarak kabulü mümkün değildir. Eş söyleyişle; tescil belgesinde yer alan ve KHK’nın 40. maddesi gereğince marka başvurusu tarihi olduğu belirgin olan tarih tescil tarihi olmayıp, hükümsüzlüğe ilişkin dava süresinin başlangıcına da esas alınmaz.

O halde, 5 yıllık dava açma süresine başlangıç alınacak tarihin tespitinde “tescil” konusunda açık düzenleme içeren KHK 39. maddesine gidilecektir. Bu maddede tescil için gerçekleşecek prosedür açıklanmakta ve sonuçta tüm aşamaların tamamlanmasıyla, markanın tescil edilerek sicile kaydedileceği, ifade edilmektedir. İşte bu tescil ve sicile kayıt tarihi hükümsüzlük davası açma süresinin başlangıcına esas alınacak “tescil” tarihidir.

Somut olayda; her ne kadar, hükümsüzlüğü istenen davalı markasının TPE nezdindeki marka siciline tescil tarihine ilişkin olarak dava dosyasında herhangi bir belge mevcut değil ise de, davalı markasının tescili amacıyla TPE’ne yapılan başvuru tarihinden sonraki inceleme ve tescil aşamasında, markanın tescili için gerekli eksikliklerin tamamlanması hususunda Enstitü’ce yapılan en son işlem tarihinin 01/12/1997 olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ise, dava konusu markanın marka siciline tescil tarihinin 01/12/1997’den sonraki bir tarih olacağı kuşkusuzdur.

Kaldı ki, 01/12/1997 tarihi süre başlangıcına esas alınsa bile, dava tarihi olan 19/11/2002 tarihinde 5 yıllık hak düşürücü sürenin dolmadığı belirgindir. Bu durumda, 556 sayılı KHK’nın 42. maddesine dayalı olarak açılan hükümsüzlük davasının tescil tarihinden itibaren 5 yıllık hak düşürücü süre dolmadan açıldığı anlaşıldığından, yerel mahkemenin davanın süresinde açıldığına ve marka tescilinde ayrıca süre aranmayacak istisnai hal olan, kötü niyet araştırmasına gidilmesine gerek bulunmadığına ilişkin direnme karar yerindedir.

Ne var ki, bozma nedenine göre Özel Dairece işin esasını incelenmemiştir.

O halde, işin esasına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 11. Hukuk Dairesi’ne gönderilmesi gerekir.

Sonuç : Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı direnme kararı uygun olup, işin esasına yönelik diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 11 . Hukuk Dairesi’ne gönderilmesine 12.12.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 28.11.2007

E. 2007/10-907

K. 2007/893

* Sigortalılığın tespiti

* Tarımsal faaliyetlerin kesintisiz sürdürülmesi şartı

* Prim tevkifatı

(2926 Sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına

Çalışanlar Sosyal Sigortalar

K. m. 2, 3, 5, 6, 9, 10; 4956 sayılı

Kanunla değişik 1479 sayılı

Bağ-Kur K. m.53)

Taraflar arasındaki “tarım bağ-zkur sigortalılığının tespiti” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Muğla Asliye 1. Hukuk (İş) Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 08.11.2006 gün ve 2006/452-515 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 01.02.2007 gün ve 18228-1267 sayılı ilamı ile, (...)- Dosyadaki yazılara, toplanan delillere ve hükmün dayandığı gerekçelere göre, davalı Kurum vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava, davacının 06.10.1986 tarihinden dava tarihine kadar, 506 sayılı kanun kapsamındaki sigortalılık süresi ile çakışan dönem dışlanmak suretiyle 2926 sayılı kanuna tabi tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespiti istemine ilişkindir. Şubat 1986 tarihinde resen düzenlenen giriş bildirgesi üzerine 01.01.1986 tarihi itibarıyla Bağ-Kur’a kayıt ve tescili yapılan davacının, 07.10.1986 - 23.03.1987 döneminde eksiksiz primi ödenen 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılığı gözetilerek, tarım Bağ-Kur sigortalılığının Mayıs 2006 tarihinde geriye dönük olarak ve 06.10.1986 tarihi itibarıyla sona erdirildiği, Muğla Yaprak Tütün İşletme Müdürlüğü’ne teslim ettiği ürünlerin bedellerinden 31.05.1994 tarihinden itibaren her yıl aralıksız prim kesintisi yapıldığı, Tarım Müdürlüğü’nün çiftçi kayıt sisteminde yer almayan, Tarım Kredi Kooperatifi ve Ziraat Odası’nda kaydı bulunmayan davacının adına kayıtlı taşınmazının da olmadığı anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık, 24.03.1987 -20.06.2006 (dava tarihi) dönemine ilişkin olup, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

2926 sayılı kanunun 2. maddesine göre, diğer sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve bir işverene hizmet akdiyle bağlı ol-

mayan tarımsal faaliyette bulunan kimseler, diğer koşulların da varlığı durumunda tarım Bağ-Kur sigortalısı sayıldıkları gibi, 6. madde gereğince, bu kişilerin sigortalılıkları, diğer sosyal güvenlik kuruluşları kapsamına tabi bir işte çalışmaya başladıkları tarihten itibaren sona ermektedir. Bununla birlikte, 5. maddede açıklanan sigortalı olmak hak ve yükümlülüğünden vazgeçilemeyeceği ve kaçınılamayacağı olgusu, 9. maddede yer alan Kurumun resen tescil yükümü ile birlikte gözetildiğinde, davacının Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi çalışmalarının bitiminde Bağ-Kur sigortalılığının yeniden başlaması gerekmekte ise de, bunun için tarımsal faaliyette bulunulduğunun kanıtlanması zorunludur. 10. maddede sayılan, makam, kurum, kuruluş, kooperatif, birlik, şirket ve banka kayıtları ise tarım Bağ-Kur sigortalılığının başlangıcına ve tescile esas kabul edilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekirse, 2. maddede göre sigortalı sayılmanın bir koşulu da, 3/b maddesinde belirtilen tarımsal faaliyetin kesintisiz sürdürülmesidir. Dava konusu somut olaya bu çerçevede bakıldığında; 31.05.1994 tarihinden itibaren her yıl aralıksız tevkifat olgusunun varlığı karşısında 01.06.1994 - 20.06.2006 dönemine ilişkin olarak sigortalılığının hüküm altına alınması yerindedir. 24.03.1987 - 01.06.1994 dönemi yönünden ise, dosya içerisindeki tüm bilgi ve belgelere göre, ürün kesintisi veya tesliminin gerçekleşmemiş olması ile birlikte tarımsal faaliyette bulunulduğunun da kanıtlanamaması nedeniyle, anılan dönem yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu istemin aynen hüküm altına alınması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yemden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, Tarım Bağ-Kur sigortalılığının tespiti istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece; davacının, kendi ad ve hesabına tarımla uğraştığı, sattığı ürünlerden prim tevkifatının yapıldığı, tarım sigortalılığının mecburi olduğu belirtilerek; 506 sayılı kanun kapsamında sigortalı olduğu sürede dışlanmak suretiyle 28.3.1987-20.06.2006 devresinde Tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine karar verilmiştir.

Özel Dairenin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine yerel Mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Davacının, ilk prim tevkifatını takip eden aybaşı olan 01.06.1994 ile 20.06.2006 tarihleri arasında Tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğu yönünde bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Uyumsuzluk; ilk prim tevkifatı öncesinde yani 24.03.1987 ile 01.06.1994 döneminde davacının Tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğunun tespitine karar verilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesi kapsamına giren; "Kanunla veya kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın 3 üncü maddenin (b) bendinde tanımlanan tarımsal faaliyetlerde bulunanlar...", Kanun'un 7. maddesi uyarınca sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren en geç üç ay içinde Kuruma başvurarak kayıt ve tescillerini yaptırmak zorundadırlar. Bu Kanun'a göre sigortalı sayılanlardan Kanun kapsamına girdikleri tarihten itibaren üç ay içerisinde Kuruma başvurarak kayıt ve tescillerini yaptırmayanların tescil işlemi Kurumca resen yapılarak, Kanun'un 5. maddesi hükmü ile tescil edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren sigortalı sayılacaklar, öngörülen süre içinde kayıt ve tescillerini yaptırmayan sigortalıların hak ve yükümlülükleri ise kayıt ve tescil edildikleri tarihi takip eden aybaşından itibaren başlayacaktır.

2926 sayılı kanununun 36. maddesinin yürürlükten kalkmasının ardından 1479 sayılı kanununun 53. maddesine 4956 sayılı kanununun 27. maddesiyle getirilen düzenleme uyarınca "...2926 sayılı kanuna göre tahakkuk eden prim alacakları aylık olarak veya Kurumca tespit edilecek dönemlerde ödenir. Ayrıca Bakanlar Kurulu kararı ile ürün bedellerinden tevkif suretiyle de tahsil edilebilir." hükmüne istinaden Tarım Bağ-Kur prim borçlarının "prim tevkifatı" yoluyla da tahsili öngörülmüştür.

18.01.1994 gün ve 94/5173 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla 01.04.1994 tarihinden itibaren başlayan, kaynaktan prim kesme anlamına gelen “prim tevkifatı” uygulaması ile 2926 sayılı kanun kapsamında sigortalı olup da Bağ-Kur’a prim borcu olanlar ile tarım sigortalısı sayılması gereken kişilerden primlerin tahsili ile sosyal güvenliğin yaygınlaştırılması amaçlanmıştır.

Kuruma kayıt ve tescil konusunda bir başvuru ya da resen tescil bulunmasa da, Yasa kapsamına girenlerin prim borçlarının ürün bedellerinden kaynakta, “prim tevkifatı” suretiyle kesilmesi kayıt ve tescil iradesi anlamında olup, kesintiyi takip eden aybaşından itibaren sigortalılık hak ve yükümlülükleri doğacaktır.

Tespit davaları bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının saptanmasına yönelik davalardır. Tarım Bağ-Kur sigortalılığının yasal dayanağını oluşturan 2926 sayılı kanunda, bildirimsiz kalan sigortalılar için 506 sayılı kanunun 79/10. maddesinde öngörülen “hizmet tespiti” davasına paralel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Anılan düzenlemede, kayıt ve tescillerini yaptırmayan sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin kayıt ve tescil edildikleri tarihi takiben başlayacağına hükme bağlanmış olması karşısında, kayıt ve tescil, ya da tescil yerine geçen iradi prim ödemesi veya prim tevkifatı öncesine isabet eden tarımsal faaliyet ve buna dayalı “Tarım Bağ-Kur sigortalılığının tespiti” söz konusu olamayacaktır. Prim tevkifatını takip eden devredeki tarımsal faaliyetin tespitinde ise, ziraat odası, tarım meslek kurum ve kuruluşlarının, kooperatif ve birliklerin kayıtlarının esas alınması, tescile ilişkin esas alınan bu kayıtların sona ermesi halinde ise, sigortalılıklarının aynı tarih itibarıyla sona erdiğinin kabulü gerekmektedir.

Yasanın 6. maddesinde tarım sigortalılığını sona erdiren nedenlere yer verilmiştir. Buna göre; diğer sosyal güvenlik kuruluşları kapsamına tabi bir işte çalışanların çalışmaya başladıkları tarihten bir gün önce sigortalılıkları sona erecektir. Sigortalılık niteliğini yitirenlerin tarım sigortalılığının yeniden başlaması için tescil veya tescil yerine geçen iradi prim ödemesi ya da prim tevkifatı yapılması gerekmektedir olup, belirtilen durumlar dışında, kendiliğinden Kanun kapsamına alınmayacakları, Tarım Bağ-Kur sigortalılığın -bir diğer sosyal güvenlik kuruluşu kapsamından çıkmaları ile- yeniden başlayıp devam etmeyeceği dikkate alınmalıdır. Ne var ki, başka bir sosyal güvenlik kanunu kapsamında geçen ve tarım sigortalılık iradesini ortadan kal-

dırmayan “makul” bir süre çalışmanın Tarım Bağ-Kur sigortalılığını sona erdirmeyeceği, yeniden tescil koşulu aranmaksızın sigortalılığın devam edeceğinin kabulü sosyal güvenlik hukukunun amaçlarına uygun düşecektir (Hukuk Genel Kurulu’nun 14.02.2007 gün ve 2007/21-73-71 sayılı kararı).

Somut olayda; 31.5.1994 tarihinden itibaren her yıl tevkifat yapılmış olması karşısında 10.06.1994 ila 20.6.2006 döneminde davacının 2926 sayılı kanuna tabi sigortalı olduğunun tespitine karar verilmesi yerinde olup, dosya kapsamına göre bu döneme ilişkin bir uyumsuzluk da bulunmamaktadır.

Ancak davacının tarım müdürlüğünün çiftçi kayıt sisteminde yer almadığı, tarım kredi kooperatifi ve ziraat odası kaydının bulunmadığı, davacı adına kayıtlı bir taşınmazın bulunmadığı gibi, eşine ya da ölen babasına ait olduğunu iddia ettiği taşınmazların intikallerinin yapılmadığı, bu nedenle kendisine ait olduğunu açık bir şekilde kanıtlamadığı, alınan muhtarlık ilmühaberi ve dinlenen tek tanık beyanının da davacının nizalı dönemde fiilen tarımsal faaliyette bulunduğunu kanıtlamaya yeterli olmadığı kanaatine varılmıştır. Hal böyle olunca; 24.3.1987 ila 01.06.1994 tarihleri arasındaki sürede yeniden tescil ya da iradi prim ödemesi veya prim tevkifatının bulunmadığı anlaşılacakla, davacının ilk prim tevkifatını takip eden aybaşı olan 01.06.1994 tarihi öncesinde Tarım Bağ-Kur sigortalısı olduğuna karar verilmesi isabet-siz olup, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasa-ya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

Bu hususlar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 03/10/2007 gün ve 2007/10-658-718 sayılı kararında da aynen vurgulanmıştır.

Sonuç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK’nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, 28.11.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 28.03.2007

E. 2007/7-181

K. 2007/175

*** Kadastro yenileme tespitine itiraz***** Kadastro yenilemesinde mülkiyet ve ilgili konuların kapsam dışı oluşu***** Taraf teşkilinin sağlanması şartı**
(2856 sayılı Tapu ve Kadastro Paftalarının Yenilenmesi Hakkında K. m. 1, 4, 6)

Taraflar arasındaki “kadastro yenileme tespitine itiraz” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kocaeli Kadastro Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 18.10.2005 gün ve 2005/30 E. 2005/40 K. sayılı kararın incelenmesi davalı Hazine vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 18.04.2006 gün ve 2006/1297 E. 2006/1225 K. sayılı ilamı ile; (...Dava niteliği ve içeriği itibariyle taşınmazın bulunduğu bölgede 2859 sayılı yasanın uygulamasından kaynaklanmaktadır. Davanın saptanan niteliği dikkate alındığında mahkemece yapılan araştırma, uygulama ve soruşturma yetersizdir. Dava konusu taşınmazın genel kadastroca (ilk kadastroda) düzenlenen tutanağı ve eki haritası hükmen kesinleşmiş ise dava dosyası getirilip incelenmemiş, bu yolla tespit malikleri hükmen kesinleşmiş ise davanın gerçek tarafları belirlenmemiş, açılan dava da yöntemine uygun biçimde taraf koşulunun oluşup oluşmadığı ya da davanın açıldığı günde gerçek hasma yöneltilen bir dava bulunup bulunmadığı belirlenmemiştir. Gerçekten öğretilen ve uygulamada kararlılık kazanan görüşlere göre davada yöntemine uygun biçimde taraf koşulunun oluşturulmamış olması başlı başına bozma nedenidir. Öte yandan bu nitelikteki davalar hakları çatışanlar arasında görülür. Bu olgu dikkate alındığında davanın açıldığı günde gerçek hasma yöneltilen bir dava bulunup bulunmadığı da genel kadastroca (ilk kadastroda) düzenlenen tutanak ve tutanak hükmen kesinleşmiş ise dava dosyası getirilmediğinden davanın gerçek hasım ya da hasımlara yöneltilip yöneltilmediği veya davada yöntemine uygun biçimde taraf koşulunun oluşturulup oluşturulmadığı da belirlenmemiştir. Kaldı ki, yapılan araştırma, soruşturma ve hükmün dayanağı uzman bilirkişi harita ve eki raporda yetersizdir. O halde dava konusu taşınmazın öncelikle genel kadastroca düzenlenen tutanak örneği, tespit hükmen

kesinleşmiş ise dava dosyası getirilmeli, davanın gerçek hasma yöneltilip yöneltilmediği ya da davada yöntemine uygun biçimde taraf koşulu oluşturulup oluşturulmadığı belirlenmeli, usule ilişkin bu olguları eşliğinde davanın dava gününde gerçek hasım yada hasımlara yöneltilmediği saptandığı takdirde husumet yönü üzerinde durulmalı, davada taraf koşulunun oluşturulmadığı sonucuna varıldığı takdirde yöntemine uygun biçimde taraf koşulu oluşturulduktan sonra aşağıda somut olaya ilişkin yerleşil Yargıtay uygulaması göz önüne alınarak işin esasına girilmelidir.

Ülkemizde, ilk kadastro işlemleri 15.12.1934 tarihinde yürürlüğe giren 2613 Sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu ile başlamıştır. Şehir Kadastrosu adıyla da anılan bu yasanın amacı, il ve ilçe merkezlerinde bulunan taşınmazların hukuki ve hendesi (geometrik) durumlarını tespit etmek ve göstermektir.

Daha sonra kadastro faaliyetlerinin yurt çapına yayılması, il ve ilçe merkezleri dışındaki yerlerin de kadastro kapsamına alınması düşünülmüş, bu düşüncelerle, sırasıyla 22.03.1950 tarih 5602; 17.07.1964 tarih 509; 12.05.1966 tarih 766 Sayılı Tapulama Yasaları çıkarılmış; zaman içerisinde duyulan ihtiyaçlarla, anılan yasalar 6091, 6335, 1617 Sayılı Yasalarla değişikliklere uğramıştır.

Son olarak, şehir, köy ayırımını ortadan kaldırmak, yurdun her yerinde uygulama birliği sağlamak düşüncesiyle, 2613 Sayılı Kadastro ve Tapu Tahrir Kanunu ile 766 Sayılı Tapulama Kanunu'nun fonksiyonlarını bünyesinde birleştiren 3402 Sayılı Kadastro Kanunu 07.07.1987 tarihinde yürürlüğe sokulmuştur.

Belirtilen tüm düzenlemelerin amacı, 3402 Sayılı Yasanın 1. maddesinde de ifade edildiği gibi; memleketin kadastral topografik haritasına dayalı olarak, taşınmaz malların sınırını arazi ve harita üzerinde belirterek hukuki durumlarını tesbit etmek ve bu suretle Türk Medeni Kanunu'nun öngördüğü tapu sicilini oluşturmak, böylece, kadastral harita ve planlara bağlanan tapu sicillerini Medeni Kanunun güvencesi altına almak, korumak ve sağlıklı bir şekilde gelecek nesillere iletmek ve teslim etmektir.

Yukarıda da değinildiği gibi, başlangıcından beri değişiklikleri ile beraber sekiz kanun yürürlüğe girmiş, bu alanda başarılı sonuçlar alınmıştır. Ne var ki, Kadastro ve Tapulama Kanunu ile üretilen paftalar,

2859 sayılı kanun gerekçesinde açıkça vurgulandığı gibi kadastro yapım tekniğindeki değişiklikler, gelişmeler, arazilerdeki yüksek yoğunluklu yerleşim alanları karşısında yetersiz kalmıştır. Nitekim birçok Avrupa ülkesinde, teknik niteliğini ve uygulama yeteneğini kaybetmiş paftalar, ikinci hatta üçüncü defa yenilenmiştir.

Yurdumuzda da kadastro yapımındaki metot, alet ve malzeme yetersizlikleri, sınırların zeminde işaretlendirilmemesi, adım yada şerit, metre ve pusula ile yapılanın yanında, grafik ölçü sistemiyle, büyütülmüş fotoğraflar gibi ilkel metotlar kullanılarak yapılmıştır. Kullanıldığı zamanlarda bile harita yapımının gerektirdiği nirengi ve poligon gibi sabit tesislerden yoksun üretilen bu haritalar genellikle küçük ölçeklerde ve kötü vasıflı malzemeler üzerine çizimleri yapılmış ve bunlar üzerinden yüzölçümleri hesaplanmıştır.

Yapıldığı dönemdeki basit ve ilkel tekniklerle üretilen paftaların ihtiyacı karşılamadığı, böylece paftaların yenilenmesinin zaman zaman zaruret haline geldiği bilinen bir gerçektir. Bunun için 23.06.1983 tarihinde 2859 Sayılı Tapulama ve Kadastro Paftalarının Yenilenmesi Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş ve bu ihtiyacı büyük ölçüde karşılamıştır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık 2859 Sayılı Tapulama ve Kadastro Paftalarının Yenilenmesi Hakkındaki Kanun'un uygulamasından kaynaklanmaktadır.

2859 sayılı yasanın yenileme başlıklı birinci maddesi; "Teknik nedenlerle yetersiz kalan, uygulama niteliğini kaybeden veya eksikliği görülen ve en az bir mevkii ya da ada biriminde zemindeki sınırları gerçeğe uygun şekilde göstermediği tespit edilen tapulama ve kadastro paftaları bu kanun hükümlerine göre Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün teklifi ve ilgili bakanın onayı ile yenilenir. Buna göre tapu sicilinde gerekli düzeltmeler yapılır" hükmünü taşımaktadır.

Yenilemenin esasları başlıklı dördüncü maddesi; "Yenileme yalnız teknik çalışmaları kapsar. Tapu siciline geçmiş veya geçmemiş mülkiyet ve mülkiyete ilişkin haklar inceleme konusu yapılamaz.

Yenileme işlemi sırasında ilk kadastro ve tapulamanın tahdit ve tespit ettiği parsel sınırlarına itibar olunması esas alınır.

Parselin zemindeki sınırları değişmemiş ise ölçümleme sonunda yeni bulunan değerler aynen kabul edilir.

Parselin zemindeki sınırları değişmiş veya işaretsiz ise ilk kadastro veya tapulamanın pafta ve fenni belgelerinden yararlanarak sınırlar tespit edilir.

Parsel sınırlarının tespit edilememesi halinde yol, dere ve benzeri tabii ve suni tesislerle çevril parseller topluluğu bir bütün olarak ele alınır. Bu topluluk içindeki parsellerin konumu dikkate alınarak yüzölçümü farklılıkları her bir parselin sicilindeki yüzölçümü ile orantılı olarak bütün parsellere dağıtılmak suretiyle dengelenir. Bu işlemler sırasında parseller içindeki mevcut daimi yapı ve tesislerin aynı parsel içerisinde bırakılması, hak sahiplerinin birbirleri ile uyuşmazlık çıkarmadan kabullendikleri yerleşme biçimlerinin olduğu gibi muhafazası göz önünde bulundurulur. Bu topluluk içindeki sınırları değişmemiş parseller dengelemeye dahil edilmeyip haklarında üçüncü fıkra hükmü uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

Öte yandan yasanın 6. maddesine göre çıkarılan yenilemenin yapılış biçimi ve uygulanacak teknik yöntemleri gösteren yönetmeliğin 23. maddesinde parsel sınırları veya köşe noktalarında tapulama veya kadastro sırasında varolan ifraz ve parselasyon sonucu doğmuş olan parsellerin yenilemede, durumunu koruyan sabit zemin işaretleri tespit edilerek, anılan sınırların yenilemede esas alınacağı 24. maddesinde yapılan ölçülerde herhangi bir hata bulunmaması halinde bu sınırlara aynen itibar edileceği 28. maddesinde ise sınırları zeminde belirlenen parsellerle parseller topluluğunun yüzölçümlerinin köşe koordinatlarına göre hesaplanacağı vurgulanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, yenileme işlemi önceki kadastro ile saptanan mülkiyet ve geometrik durumu yok sayan veya tamamen hükümsüz kılan yeni bir kadastro çalışması değil, mümkün olduğu kadar aslına sadık kalınarak onun eksikliklerini tamamlayan sınırlarında ve yüzölçümlerinde görülen yanlışlıkları “orantı” ve “dengeleme” kurallarına göre düzelten bir önceki kadastroya ek bir işlemdir.

Zorunlu sebepler (parsel köşe noktalarının kaybolması, röperlerin bozulması gibi) sonucu ortaya çıkan sınır değişiklikleri, her zaman mülkiyet değişikliği niteliğinde değildir. İlk kadastronun aslına bağlı kalınmakla beraber tüm yasa ve yönetmelikte gösterilen bilimsel ve teknik verilere uygun olarak yapılan ölçümlere rağmen elde olmayan

zorunlu sebepler sonucu ortaya çıkan değişiklik ve buna bağlı geometrik durumun kabulünde zaruret vardır.

Ayrıca, ilk kadastro ile yenileme sonucu üretilen paftalar ve buna bağlı parseller yada parsel topluluğu arasındaki fark yada farklar tecviz dışı ise parsel yüzölçümlerinin yukarıda değinildiği şekilde dengeleme ve orantı yoluyla düzeltilereği, bu suretle meydana gelen haksızlıkların da önlenebileceği kuşkusuzdur.

Bu durumda, sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için öncelikle sınırların değişip değişmediğinin belirlenmesi zorunludur. Zira sınırların değişmesi halinde uygulanacak hükümlerle, değişmemesi halinde uygulanacak hükümler birbirinden farklıdır.

Eğer sınırlarda bir değişiklik yoksa eski sınırlara itibar edileceği, sınırlarında ve yüzölçümlerinde bir yanlışlık ve eksiklik bulunmayan parsellerin yenileme dışı bırakılacağı tabiidir.

Sınırlarda değişiklik mevcut ise, tapulama haritaları ile yenileme haritalarının çakıştırılıp uygulanması, bu uygulamada özellikle parsel köşelerinin hesaplanacak koordinatlarına göre tersim edilmesi, sınırların tespit edilememesi halinde sabit noktalardan (sınırlardan) yararlanılması, tüm bulguların arz üzerinde işaretlenip rapor edilmesi ve gerekçelerin gösterilmesi asıldır. Ayrıca taşınmazda fiili kullanım sonucu ortaya çıkan yeni oluşum, yeni bir mülkiyet değişikliği niteliğinde olup, yenileme paftalarında nazara alınmaz.

Teknik bilirkiőisi, aradaki farkın ilk tesis kadastrasının hatalı olmasından ileri geldiğini, ilk üretilen haritanın hatalı olduğunu, oysa yenilemenin sayısal alan hesabı yöntemi ile yapıldığını vurgulamaktadır.

Ne var ki, mahkemece somut olayın özelliğine göre yukarıdaki ilkeler gözetilerek bir uygulama yapıldığından söz etme olanağı yoktur. İlk kadastro paftası ile yenileme paftası çakıştırılmadığı gibi, parsellerin yüzölçümleri, köşe koordinatlarına göre hesaplanmamıştır. Köşe noktası olarak saptanan sınırın hangi sabit sınır olarak neden alındığı gerekçesi gösterilerek açıklanmamış, ilk kadastral sınırlara itibar edilmemesinin hangi zorunlu sebeplerden ileri geldiği açıklanmaksızın, mülkiyet durumunu değiştiren şekilde yeni bir pafta oluşturulmuştur.

Bu itibarla yukarıda açıklanan ilkelerin ışığı altında ve değinilen yasa hükümlerine göre bir uygulama, inceleme ve soruşturma yapıl-

dığından söz edilemez. Mahkemece bu olgular göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi tutanağı düzenlenmeyen yol niteliği ile kadastro dışı bırakıldığı anlaşılan kesim hakkında da hüküm kurulması dahi isabetsiz davalı hazinenin temyiz itirazlarının kabulü ile usul ve yasaya uygun bulunmayan hüküm açıklanan nedenlerle 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:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.05.2004 gün ve 2004/7-219 Esas, 2004/259 Karar; 24.01.2007 gün 2007/7-30 Esas, 2007/26 Karar; 07.03.2007 gün 2007/7-103 Esas, 2007/111 Karar; sayılı ilamlarında da Özel Dairenin bozma ilamında açıklanan ilkelerin aynen benimsenmiş olmasına, ayrıca mahkemece yapılan keşifte taşınmazın harca esas değeri belirlenmediğine göre, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır..

Ancak özel daire bozma kararında 21.3.1995 tarihli Tapulama ve Kadastro Paftalarını Yenileme Yönetmeliği'nin 19,20,21. maddelerine atıf yapılması gerekirken sehven yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin 23,24 ve 28.maddelerine atıf yapılmıştır. Bu husus düzeltilerek direnme kararı bozulmalıdır.

Sonuç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 28.03.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 04.04.2007

E. 2007/160

K. 2007/189

*** Kamulaştırma bedelinin artırılması***** Bedel tespiti kriterleri***** Kapitalizasyon faiz oranı tespiti**
(2942 sayılı Kamulaştırma K.
m. 11)

Taraflar arasındaki “kamulaştırma bedelinin artırılması” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gaziantep Asliye 2. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 8.7.2004 gün ve 2004/19-340 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 29.12.2004 gün ve 10642-13140 sayılı ilamı ile; (...Mahkemece bilirkişi incelemeler yaptırılmıştır. Alınan raporlar yasa hükümlerine uygundur.

Taşınmaz malın tarım arazisi niteliğinde kabulü ile olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net geliri üzerinden bilimsel yolla değerinin tespit edilmesinde ve buna göre kamulaştırma bedelinin artırılmasına karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak;

Bilirkişi raporunda objektif değer artırıcı unsur olarak yazılan hususlar kapitalizasyon faizinin belirlenmesinde esas alınan unsurlar olduğu gözetilmeden, belirlenen bedele %50 objektif değer artırıcı unsur ilave edilmek suretiyle fazla arttırmaya karar verilmesi,doğru görülmemiştir...) 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, kamulaştırma bedelinin artırılması istemine ilişkindir.

Davacı vekili; tapuda müvekkili adına kayıtlı bulunan Gaziantep ili, Şahinbey ilçesi, Kapçağız köyü 48 parsel sayılı taşınmazın davalı idarece kısmen kamulaştırılması sonucu Kıymet Takdir Komisyonu’nca düşük bedel takdir edildiğini, Gaziantep-Kilis karayolu üzerinde bulunan birinci sınıf tarım arazisi niteliğindeki taşınmazın, her iki il mer-

kezine de yakın konumda bulunması ve diğer özellikleri nedeniyle daha yüksek değerde olduğunu ileri sürerek, 17.715.000.000 TL kamulaştırma bedel farkının ferağ tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalı idareden tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; Kıymet Takdir Komisyonu tarafından dava konusu taşınmaz için belirlenen bedelin günün ekonomik koşullarına, emsal ve rayiçlere uygun olduğunu savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin; dava konusu taşınmaza %5 kapitalizasyon faiz oranı uygulanmak suretiyle net gelire göre değer biçen ve %50 objektif değer artışı kabul eden ilk bilirkişi kurulu raporunu esas alarak-”davanın kısmen kabulüne, 13.953.097.517 TL kamulaştırma bedel farkının dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline” dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenle bozulmuş; Yerel Mahkemece “taşınmazın mücavir alan sınırları dışında ve il merkezine yakın olup ulaşım sorununun bulunmadığı, daha önce görülüp, onanarak kesinleşen Gaziantep Asliye 4. Hukuk Mahkemesi’nin 01.06.2004 gün ve E:2004/22 K:2004/277 sayılı kararında’da %50 objektif değer artışının kabul edildiğinin anlaşıldığı” gerekçesiyle önceki kararda direnilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda, objektif değer artışına esas alınan unsurların, aynı zamanda kapitalizasyon faizinin belirlenmesinde esas alınan unsurlar olup olmadığı; dolayısıyla net gelire göre belirlenen bedele, objektif değer artırıcı unsur ilave edilmesinin gereklik gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, arazi niteliğindeki taşınmazın kamulaştırma bedelinin tespiti esaslarının açıklanmasında yarar vardır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 11. maddesinin üçüncü fıkrasının (f) bendi uyarınca; tarım arazisi niteliğindeki taşınmazın mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde ekilecek ürünler ve münavebeye alınan bu ürünlerin elde edilmesi için yapılacak har-

camalar göz önünde tutularak, net gelirin hesaplanması ve bilimsel yolla değerinin bulunması, bedel tespitinde etkisi olan diğer objektif ölçülerde dikkate alınarak maddenin (i) bendi uyarınca her unsurun gerekçeleri ve değere katkı oranları ayrı ayrı belirtilip gösterilmek suretiyle kamulaştırma karşılığının tespit edilmesi gerekir.

Bu noktada; arazi niteliğindeki taşınmazın net gelirine göre değerlendirilmesi, kapitalizasyon faizinin uygulanmasını gerektirir.

Arazinin rantı (net geliri) ile satış değeri (çıplak değeri) arasındaki oran olarak tanımlanan kapitalizasyon faizi, belli bir bölgede, aynı yıl içerisinde aynı tür tarımsal üretimin yapıldığı aynı vasıf ve karakterdeki arazinin gerçek satış bedeli ile net geliri belirlendikten sonra oranlanarak bulunur.

Bir yıl içinde bölgede satışı yapılan tüm arazilerin tespit edilen ortalama dekar fiyatının, aynı arazilerin ortalama net geliri saptadıktan sonra her iki ortalama rakamın birbirine olan oranı, yüzde il< ifade edilen kapitalizasyon faizidir. Bulunan bu oran, aynı yıl içinde o bölgede cari ortalama kapitalizasyon faiz oranını ifade eder.

Bu oran, o bölgedeki araziler için bir baz olarak hareket noktasını oluşturur. Bu ortalama oranın kıymeti takdir edilen araziye uydurulması gerekir. ...

Şu açıklamalardan anlaşıldığı üzere; geniş kapsamlı araştırma ve belgelendirilen anketlere dayalı olarak saptanan o bölgeye ait ortalama faiz oranı, belli bir arazinin kıymetinin takdirinde hareket noktası alınmak üzere kullanılır.

Kıymeti takdir edilecek arazinin bedelinin belirlenmesinde uygulanacak kapitalizasyon faiz oranı ise; bölgede geçerli ortalama orandan hareketle, arazinin özel nitelikleri, eş deyişle sulu veya kuru oluşu, toprağın yapısı, ekilebilecek ürünler, verimi, yüzölçümü, taşınmaz toprağının kompozisyonu, meyil oranı, önemli yerleşim birimlerine yakınlığı, tarımsal amaçlı alt yapı olanakları gibi nitelikleri dikkate alınarak belirlenmektedir. Araziye uygulanacak faiz oranı, saptanan bu niteliklere göre azalıp çoğalacaktır.

Ancak ülkemizde, bölgelere özgü kapitalizasyon faiz oranı belirlenmemiş olup; yerleşmiş uygulama ve Yargıtay içtihatlarına göre bu oranın Türkiye'nin coğrafi konumu, iklim koşulları, toprak yapısı ve

verimliliğe etkili olan diğer unsurlar dikkate alınarak % 3 ila % 15 arasında olabileceği kabul edilmiştir.

Hemen ifade edilmelidir ki; kararları ile uygulamada birliği sağlamakla da görevli bulunan Yargıtay'ın, belli bölgelerde baz alınacak cari ortalama faiz oranları konusunda bir birikime sahip olduğu ve diğer hukuki unsurlar yanında uygulama birliği yönünden de yargısal denetim yapmak durumunda bulunduğu kuşkusuzdur.

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 31.10.1990 gün, E: 1990/5-508 K:1990/540 ve 28.06.1995 gün, E:1995/18 K:1995/687 sayılı kararlarında da, az yukarıda değinilen görüş ve ilkeler benimsenmiştir.

Diğer taraftan; 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinin (f) bendi uyarınca arazinin değerinin mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması halinde getireceği net gelir esas alınarak belirleneceği hükme bağlandıktan sonra; aynı maddenin (i) bendinde, bedelin tespitinde etkili olacak diğer "objektif ölçülerin" esas alınacağı hükmü getirilmiştir.

Görüldüğü üzere; tarım arazisinin asıl değer belirleme ölçütleri 11. maddenin (f) bendinde yer almakta olup, (i) bendinde öngörülen "bedelin tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçüler" tali artırım unsurlarını içermektedir.

Şu hale göre; objektif ölçüler, ürünün pazarlanması kolaylıkları, nakliye maliyetinin düşük olması, Büyükşehir ve anayollara yakınlık gibi tarımsal faaliyet ve gereklerine uygun unsurlar olup; net gelire göre hesaplanan bedelin objektif ölçüler dikkate alınarak makul bir oranda artırılmasına, yasa olanak vermektedir.

Burada önemle vurgulanmalıdır ki; bilimsel metotla bulunan değer, "objektif ölçüler" nedeni ile arttırılırken mutlaka objektif nedenlere dayanılmalı, taşınmazın (f) bendine göre değerlendirilmesinde ya da kapitalizasyon faiz oranının seçilmesinde dikkate alınmamış olmalıdır.

Somut olayda; dava konusu taşınmaz Gaziantep il merkezine yakın, % 3-4 oranında meyilli, buğday ve mercimek ekilen kuru tarım arazisi vasfında olup; hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda, belirtilen bu unsurların yanı sıra, taşınmazın geometrik şeklinin düz-

gün olması ve ulaşım kolaylığı da dikkate alınarak, kapitalizasyon faiz oranı %5 oranında uygulanmıştır.

Ne var ki bilirkişi kurulu raporunda, taşınmazın il merkezine yakın olduğu ve ulaşım faktörünün kolaylıklar getirdiği gerekçesiyle %50 objektif değer artışı kabul edilmiş ise de; bu unsurlar kapitalizasyon faiz oranının seçilmesinde de dikkate alındığından; belirtilen unsurlar, az yukarıda açıklanan ilkeler uyarınca, objektif artırım sebebi olamaz.

Direnme kararında sözü edilen ve Gaziantep ili Şahinbey ilçesi Yörel köyü 351, 330 parsel sayılı taşınmazların kamulaştırılması nedeniyle açılan kamulaştırma bedelinin artırılması davasında; Mahkemece %50 objektif değer artırıcı unsur ilave eden bilirkişi kurulu raporu esas alınarak verilen karar, Özel Dairece onanarak kesinleşmiştir. Görüldüğü gibi, yerel mahkemenin direnme hükmünde dayandığı o davanın konusu olan taşınmaz Törel köyünde olup, dava konusu taşınmaz Kapçağız köyünde bulunmaktadır. Dolayısıyla, yukarıda değinilen karara konu taşınmazlar ile eldeki davaya kont taşınmazın bütün ayırıcı nitelikleri, eş söyleyişle özel nitelikleri farklı olduğundan ve "objektif ölçüler" nedeni ile artırımın mutlaka objektif nedenlere dayanılarak yapılması gerektiğinden; objektif değer artışı yönünden paralel bir uygulama yapılması zorunluluğundan söz edilemez.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ve belirlenen bedele objektif değer artırıcı unsur ilave edilmemesi gereğine değinen Özel Daire bozma kararına uyularak, bilirkişi kurulunca net gelire göre tespit edilen kamulaştırma bedel farkına hükmedilmesi gerekirken; %50 objektif değer artışı uygulanmak suretiyle kamulaştırma bedelinin fazla artırılması ve yanılığın gerekçeyle bu yönde direnme kararı verilmesi doğru değildir. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

Sonuç: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, 04.04.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 11.04.2007

E. 2007/3-164

K. 2007/204

* İstirdat davası

* Hak düşürücü süre

(4709 sayılı kanunla değişik

AY. m. 34, 46;

2004 sayılı İİK m. 72;

818 sayılı BK m. 62)

Taraflar arasındaki “istirdat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Polatlı Asliye 2. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 2.6.2005 gün ve 2005/123-344 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 22.6.2006 gün ve 8400-8264 sayılı ilamı ile; (...Davacı Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, kurum aleyhine açılan kamulaştırma bedelinin artırılmasına ilişkin davada 52.706.350.000 lira bedelin dava tarihi itibarıyla başlayacak yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verildiği halde, tahsil için başlatılan takipte Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin içtihatları doğrultusunda Anayasa'nın 46. maddesi uygulanarak dava tarihinden itibaren kamu alacaklarına uygulanan en yüksek oranda faiz uygulandığını, içtihadın kamu alacakları için öngörülen en yüksek oranda faizin kararın kesinleşme tarihinden itibaren başlatılacağı yönünde değişmesi nedeniyle, dava tarihi ile kesinleşme tarihi arasındaki süre için fazla ödenen 7.872.584.160 lira faiz alacağının istirdaden tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece “ödememin o tarihteki usul ve yasaya uygun olduğu, kapatılmış takip nedeniyle fazla ödememin geri istenemeyeceği” gerekçesiyle davanın reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Anayasanın 4709 sayılı kanunla değişik 46. maddesine göre: “... kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz. Bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir. Kamulaştırılan top-

raktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanların bedeli, herhalde peşin ödenir. İkinci fıkrada gösterilen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır...” hükmünü getirmiştir.

Somut olayda; Polatlı Asliye Hukuk Mahkemesi'ne açılan tezyidi bedel davası kısmen kabul edilerek, “...bedelin dava tarihinden itibaren yasal faizi birlikte tahsili” kararı ile sonuçlanmış, hüküm 8.7.2003 tarihinde kesinleşmiştir.

Ancak bu ilam, dava tarihinden başlatılacak yasal faiz yerine kamu alacakları için öngörülen en yüksek oranda faiz talebi ile takibe konulmuş, davacı kurum o tarihteki Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin uygulaması doğrultusunda ödemeyi yapmış, ancak ilgili dairenin görüş değiştirmesi üzerine fazla ödediği kısım için bu davayı açmıştır.

Kamu alacakları için en yüksek oranda faiz uygulanmasını öngören hüküm 17.10.2001 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu durumda, kesinleşen ilam ve yürürlükteki yasa nazara alınarak, dava tarihinden itibaren yasal faiz, hükmün kesinleştiği tarihten sonrası için en yüksek oranda faiz uygulanması gerektiği gözetilerek sonucuna göre karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı vekili 29.03.2005 tarihli dava dilekçesinde; davalılar tarafından açılan kamulaştırma bedelinin arttırılması davasında müvekkili idare aleyhine hükmedilen kamulaştırma bedel farkına, dava ve ferağ tarihlerinden itibaren yasal faiz yürütülmesine karar verildiği halde; tahsil için başlatılan icra takibinde Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin içtihatları doğrultusunda, dava ve ferağ tarihlerinden itibaren kamu alacakları için öngörülen en yüksek oranda faiz uygulandığını ve müvekkili idare tarafından 11.12.2003 tarihinde buna göre ödeme yapıldığını; ancak sonradan Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin, diğer Yargıtay

Daireleri'nin uygulamasını da esas alarak, kamu alacakları için öngörülen en yüksek oranda faizin, bedel artırma kararının kesinleştiği tarihten itibaren başlatılacağı yönünde görüş değiştirdiğini ileri sürerek; dava ve ferağ tarihleri ile kesinleşme tarihi arasındaki süre için fazla ödenen 7.872.584.160 lira faiz alacağının davalılardan istirdaden tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili; Yargıtay'ın görüş değiştirmesinin geriye dönük bir etkisi bulunmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, "Yargıtay içtihatlarının geriye yürütülemeyeceği, bu nedenle değişen içtihat tarihinden önce yapılan ödeme nedeniyle istirdat talebinde bulunulmayacağı" gerekçesiyle "davanın reddine" dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Bilindiği üzere; kendisine karşı ilamsız icra takibi yapılmış olan borçlu, ödeme emrine itiraz etmemiş veya itiraz etmiş olup da, itirazının icra mahkemesince kaldırılmış olması sonucu kesinleşen icra takibi ile menfi tespit davası da açmaması nedeniyle, gerçekte borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kalırsa, ödemiş olduğu paranın kendisine geri verilmesi için alacaklıya karşı istirdat davası açabilir (İİK m. 72/VII).

Öte yandan, borçlunun menfi tespit davası açmış olması halinde, bu dava sırasında ihtiyati tedbir kararı verilmemesi nedeniyle borç alacaklıya ödenmiş olursa, artık menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam edilir (İİK m. 72/VI).

İstirdat davası, İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş olmasına rağmen, uyuşmazlığı maddi hukuk bakımından sona erdirmeye yönelik bir davadır. İstirdat davası, normal bir eda davası olup, bununla icra takibi sırasında sebepsiz olarak ödendiği iddia edilen paranın geri verilmesi istenir.

İstirdat davasının biri takip hukukuna, diğeri maddi hukuka ilişkin olmak üzere iki şartı vardır. İstirdat davası açılması için ilk şart, geri verilmesi istenen paranın icra takibi sırasında ödenmiş olmasıdır. Borçlunun, ödeme emrine itiraz etmemesi veya itiraz etmiş olmasına karşın itirazının kesin kaldırılması nedeniyle, kesinleşmiş olan icra takibi dolayısıyla, bu parayı gerek nakden, gerek mallarının haczedilip

satılması suretiyle cebri icra tehdidi altında ödemek zorunda kalmış olması gerekir.

İstirdat davasının açılmasının ikinci şartı ise, maddi hukuk bakımından, aslında borçlu olmadığı bir parayı cebri icra tehdidi altında ödemek zorunda kalmış olmasıdır (İİK m. 72/VII). Borçlar Kanununun 62. maddesinin aksine, burada davacı (borçlu), yalnız borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kaldığını ispat etmekle yükümlü olup; bu parayı hataen, kendisini borçlu sanıp ödemiş olduğunu ispat etmek zorunda değildir.

Önemle vurgulanmalıdır ki; istirdat davasının, borç olmayan paranın tamamen ödendiği tarihten itibaren 1 (bir) yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gerekir (İİK m. 72/VII). Dolayısıyla, borçlunun bu parayı doğrudan doğruya alacaklıya veya icra dairesine ödediği veya borçlunun haczedilen mallarının satılıp, bedelinin icra dairesine ödendiği tarihte, 1 yıllık istirdat davası açma süresi başlar. Paranın icra dairesince alacaklıya ödendiği an, 1 yıllık istirdat davası açma süresinin başlaması bakımından önemli değildir. Borcun ödenmesi taksitde bağlanmışsa, 1 yıllık dava açma süresi son taksitin ödendiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Kanunda öngörülen 1 yıllık süre, hak düşürücü süre olduğundan; taraflarca ileri sürülmesine bile mahkemece re'sen göz önüne alınır. Eş söyleyişle Mahkemenin, yargılamanın her aşamasında hak düşürücü süreyi kendiliğinden dikkate alması ve İİK m. 72/VII'de öngörülen bir yıllık dava açma süresini geçiren borçlunun açtığı istirdat davasını reddetmesi gerekir.

Nitekim; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.03.2007 gün ve E:2007/3-186 K:2007/171; 28.03.2007 gün ve E:2007/3-188 K:172 sayılı kararlarında da aynı ilke benimsenmiştir.

Somut olayda, davacı Bayındırlık ve İskan Bakanlığı dava konusu alacağı, davalılar tarafından başlatılan icra takibi üzerine ve cebri icra tehdidi altında ödemiştir.

Anayasa'nın 46. maddesinde 4709 sayılı kanunun 35. maddesi ile yapılan değişiklikle getirilen hükümden açıkça anlaşıldığı üzere; bedel artırım davasında verilen kararın kesinleştiği tarihten önceki dönemde de kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz üzerinden icra takibi

yapılıp, idarece ödeme yapıldığından, gerçekte davacının borçlu olmadığı bir bedelin ödenmesi söz konusudur.

Ne var ki istirdat davasının, İcra ve İflas Kanunu'nun 72. maddesinin 7. fıkrasında öngörülen, ödeme tarihinden itibaren l (bir) yıllık hak düşürücü süre içinde açılması gerekir. Davacı İdarece icra dosyasına 11.12.2003 tarihinde ödeme yapılmış, görülmekte olan dava ise bir yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmesinden sonra, 29.03.2005 tarihinde açılmıştır.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, ödeme tarihi itibariyle İcra ve İflas Kanunu'nun 72/VII. maddesinde öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre geçirildikten sonra açılan davanın reddine karar verilmiş olması, sonucu itibariyle doğrudur. Direnme kararı bu nedenle onanmalıdır.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle onanmasına, 11.04.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 22.06.2007
E. 2007/141
K. 2007/201

- * Stajyer avukatın meslek etiğine aykırı hareketten kaçınması
- * Staj dönemindeki eylemlerin de disiplin kovuşturması konusu olması
(Av. K. m. 5/a 23/son, 34, 138/1, 140/3;
TBB Meslek Kuralları m. 4)

Şikayetli Avukat hakkında, Diyarbakır 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2003/... esasında, "Avukat stajyeri olduğu dönemde arkadaşı olan stajyer avukat şikayetçinin kredi kartlarını başlangıçta onun rızası ile kullandığı, borç yaptığı, şikayetçinin ikazlarına rağmen kartı iade etmediği gibi borcunu ödemediği..." iddiasıyla "zincirleme şekilde güveni kötüye kullanmak" suçundan açılan kamu davası sebebiyle, eylemin Avukatlık Yasası 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetçi, şahsi şikayetinden hem ceza davası ve hem de disiplin kovuşturmasında vazgeçmiştir.

Şikayetli, bir tanıdığıнын ticari faaliyetine yardımcı olmak amacıyla şikayetçinin bilgisi ve rızası dahilinde kredi kartlarını kullandığını, borcun bir kısmını kart hesabına ve bir kısmını elden vermek suretiyle ödediğini, geç ödemenin arkadaşından kaynaklandığını, hakkındaki şikayetten vazgeçilmiş olduğu gibi, kamu davasının düşürülmüş olduğunu, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Şikayetli Avukat hakkında Diyarbakır 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2003/... esasında emniyeti suiistimal iddiasıyla açılan kamu davası, şikayetçinin vazgeçmesi sebebiyle Mahkemenin ...2005 tarih ve 2005/... Karar sayılı kararı ile " kamu davasının düşmesine " karar verilmiştir.

Avukatlık Yasası 23/son, "stajyerler, meslek kurallarına ve yönetmeliklerde belirlenen esaslara uymak zorundadır."

Avukatlık Yasası 138/1, "Baro levhasına yazılmadan önceki eylem ve davranışlar, meslekten çıkarma cezasını gerektirmedikçe disiplin kovuşturmasına konu olamaz. Staj dönemi bu hükmün dışındadır.", hükümlerini amirdir. Bu nedenle staj dönemindeki eylemlerin de disiplin kovuşturması konusu olması kaçınılmazdır.

Şikayetçinin hem disiplin kovuşturması ve hem de kamu davasındaki şikayetinden vazgeçmesi mümkündür. Ancak; bu vazgeçme, disiplin soruşturma ve/veya kovuşturmasının da düşürülmesine gerektirmez. Disiplin soruşturma ve/veya kovuşturması tarafları tatmin amacına yönelik olmayıp, meslek etik değerlerinin korunması amaçlıdır.

Avukatlık Yasası 140/3 " Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyete olmasına bağlıdır.", hükmünü amirdir.

Avukatlık Yasası madde 34, "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.",

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları madde 4, " Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özen göstermekle yükümlüdür.", hükümlerini amirdir.

Meslek itibarı "meslek vakarı" anlamındadır. Meslek itibarı "ticari itibar" değildir. Bazı mesleklerin varlığı belli bir " vakar"ın varlığına bağlıdır. Meslek vakarı "ortak manevi mamelek"dir. Bu nedenle avukat, ortak manevi mameleke zarar verecek her türlü davranıştan özenle kaçınmalıdır.

Şikayetlinin, kendisi gibi stajyer avukat olan meslektaşının başlanğıta rızası ile olsa dahi, mesleki dayanışma ve güven adına verdiği kredi kartını onun bildirdiğı limit dışında kullanması, iade etmemesi, borcu zamanında ödememesi ve bu sebeple yargılanması kabul edilemez.

Bu nedenlerle eylem, Avukatlık Yasası 34, Türkiye Barolar Birliğı Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulunca yapılan hukuksal değerlendirme ve eylemin Avukatlık Yasası 5/a da belirtilen eylemlerden olması sebebiyle, tayin ve takdir olunun disiplin cezasında hukuka aykırılık görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Avukat A. Ç.'nin itirazının reddine, Diyarbakır Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına, katılanların oybirliğı ile karar verildi.

* * *

T. 13.07.2007
E. 2007/171
K. 2007/232

* Avukatın, özel yaşantısında da mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınması.

* Baro disiplin kurulunun, baro yönetim kurulunun "Disiplin Kovuşturması Açılması" kararında bildirdiğı sebeplerle bağılı olması.

(Av. K. m. 34, 43; TBB Meslek Kuralları m. 4)

Şikayetli avukat hakkında, "Şikayetçi serviste otomobilinin kaporta boya işlemlerini yaptırdığı, ödemesini sonra yapacağını bildirdiğı, şikayetçinin de şikayetli avukatın mesleğine duyduğu güven duygusu ile kabul edip, aracın boya bedelini almadan şikayetli avukata teslim ettiğı, ancak Şikayetli Avukatın sözünde durmayarak fatura bedelini ödemediğı" iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca 22.03.2005 gün, 2004/125 Esas, 2005/40 Karar sayılı kararlarla şikayetli

avukatın eylemi sabit görülerek, uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Soruşturmanın başlangıcından itibaren tüm tebligatlar şikayetlinin, baroya bildirmiş olduğu iş ve konut adreslerine yapılmış, ancak şikayetli avukatın bildirdiği adreste bulunmaması sebebiyle tebligatların bila tebliğ iade edilmesi ve şikayetlinin adresindeki değişikliği Baroya bildirmemesi üzerine tebligatlar, Tebligat Yasası'nın 35. maddesi hükmüne uygun olarak yapılmıştır.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı itirazda bulunan İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Avukatlık Yasası'nın 6. kısmında düzenlenen avukatların hak ve ödevleri başlıklı 34.maddeye aykırı davrandığı kabul edilen şikayetli hakkında en az kınama cezası tayini gerekirken, uyarma cezası verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu bildirmiştir.

İstanbul Barosu Yönetim Kurulu, şikayetli avukat hakkında, Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırılık nedeniyle disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikayetli avukatın "uyarma" cezası ile cezalandırılmasına ilişkin verdiği kararda; "Avukatlık Yasası'nın 43. maddesine uygun sorumluluklarını yerine getirmemesi" sebebiyle Şikayetliye disiplin cezası tayin etmiştir.

Oysa ki, Baro Disiplin Kurulları, Baro Yönetim Kurulu'nun "disiplin kovuşturması açılması" kararında bildirdiği sebeplerle bağlı olup, bu sebepleri değiştiremez.

Bu nedenle, Kurulumuz 05.05.2006 gün ve 2006/90 Esas, 2006/167 Karar sayılı kararı ile, disiplin kovuşturması açılmasına ilişkin Baro Yönetim Kurulu kararındaki nedenler dışına çıkılmadan karar verilmesi gerektiğinden, Avukatlık Yasası'nın 43. maddesi uyarınca Şikayetli avukat hakkında disiplin cezası tayinini doğru bulmamış, kararın bu nedenle bozulmasına karar vermiştir.

Bozma kararı üzerine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu 15.09.2006 gün ve 2006/148 Esas, 2006/260 Karar sayılı kararı ile şikayetli avukat hakkında Avukatlık Yasası, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'na aykırı eylemi kanıtlanmadığından, disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Karar taraflara usulüne uygun olarak tebliğ edilmiştir.

Karara İstanbul Cumhuriyet Savcılığı, şikayetli avukata disiplin kovuşturmasına konu eylemi nedeniyle uyarma cezası verildiğini, Başsavcılığın verilen cezanın hafif olduğu gerekçesi ile yaptığı itiraz sonrasında, dosya yeniden ele alındığında hiçbir gerekçe gösterilmeksizin disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verildiği ve bu durumun yasaya ve dosya kapsamına aykırı olduğunu belirterek itiraz etmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine göre, *"Avukat, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür."*

Şikayetli avukat, aracın boya, kaporta ve rötuş işlerini yaptırmış, avukat olması nedeniyle ücreti ödenmeksizin araç kendisine teslim edilmiş, fakat borcunu aramalara rağmen ödemiş ve Avukatlık mesleğinin itibarına gölge düşürücü davranışta bulunmuştur.

Şikayetlinin eylemi Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırı olup, disiplin suçu oluşturmuştur. Bu nedenle İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Eylem Avukatlık Yasası 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırı olmakla disiplin suçu oluşturduğu ve dosya kapsamına göre yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından, disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak; İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılmasına, durum yeniden incelemeyi gerektirmediğinden şikayetli Avukat A. S.'nin uyarma cezası ile cezalandırılmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 13.07.2007
E. 2007/181
K. 2007/24

* Dilekçede kullanılan ifadelerin ölçülülük, objektiflik ve eleştiri sınırlarını aşmaması.

* İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması.

(Av. K. m. 34, 135/1, 158;

TBB Meslek Kuralları m. 5, 27)

Şikayetli avukat hakkında, İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2001/... sayılı dosyasına sunduğu 09.05.2005 tarihli dilekçede kullandığı, "Davalı yanın buradaki amacı, aksi yönde görüşlerin ücret karşılığında her zaman alınabileceği türden, üst yazısı Prof. D. Y. tarafından imzalanarak gönderilen bu tür mütalaalar ile sayın mahkeme ve bilirkişileri yanıltmaktır." sözleri ile, Avukatlık Yasası 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5 ve 27. maddesine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu, eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetçi, A. ve A. Holding AŞ yetkililerinin ... Üniversitesi Rektörlüğü'ne 27.02.2003 tarihli yazılı müracaat üzerine, ... Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim görevlileri tarafından hazırlanan "Hukuki İnceleme" başlıklı yazıyı Hukuk Fakültesi Dekanı olarak, üst yazı ile A. ve A. Holding vekili Avukat H. T.'ye 25.03.2005 tarih ve 272 sayılı yazı ile göndermesine karşın;

İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2001/... Esas sayılı dosyasına sunulan 09.05.2005 tarihli dilekçede, "hukuki incelemenin kendisi tarafından verildiği intibasını yaratan ifadeler kullanıldığını.", "... baştan sona tek yanlı ve adeta davalıların hukuksal çıkarlarına en ince bir hanel getirilmemesi için çok itinalı çabaların sarf edildiğini düşündüren mütalaanın... aksi yönde görüşlerin ücret karşılığı alınabileceği türden üst yazısı Prof. D. Y. tarafından imzalanarak gönderilen bu tür mütalaalar ile... ücret karşılığında her zaman alınabilecek türden bir takım mütalaalar." ... şeklinde ifadeler kullanıldığını,

İmzasının dahi bulunmadığı ... Üniversitesi öğretim üyeleri Yrd. Doç. Dr. İ. Y., Yrd. Doç. Dr. E. B., Prof. Dr. Y. Y. tarafından hazırlanan raporun kendisi tarafından düzenlenmiş olduğu hususunda intiba yaratılarak kişiliğinin hedef alındığını, şikayetlinin eyleminin Avukatlık

Yasası'nın 34, TBB. Meslek Kuralları'nın 5. ve 27. maddelerine aykırı olduğu bildirilmiştir.

Şikayetli avukat, söz konusu mütalaanın herhangi bir yerinde herhangi bir tarih gibi, sağ üst, sol üst velhasıl herhangi bir köşesinde mütalaayı nitelendirip belirlemeye yarayacak herhangi bir evrak ve kayıt sayı, yada yevmiye türünden herhangi bir numaralandırma bulunmadığından, başka türlü belirginleştirilebilecek bir verisi olmayan "Hukuki İnceleme" başlıklı yazı hakkında "25.03.2005 tarihli ve Prof. Dr. D. Y. imzalı üst yazı ekinde sunulup, hangi tarihte düzenlendiği belirsiz mütalaa.." sözlerini zorunlu olarak kullanıldığını, mütalaanın D. Y. tarafından verildiği intibanın uyandırılmadığını, her zaman ücret karşılığında değişik mütalaalar alınabileceğini, sair sözlerinin savunma sınırları içinde kaldığını belirterek suçsuz olduğunu savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetli eyleminin Avukatlık Yasası'nın 34. ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. maddesine aykırı olduğundan uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Karar taraflara usulüne uygun olarak tebliğ edilmiştir. şikayetçi ve şikayetlinin itirazı yoktur.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı itirazda bulunan İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Avukatlık Yasası'nın 6. kısmında düzenlenen avukatların hak ve ödevleri başlıklı 34. maddeye aykırı davrandığı kabul edilen şikayetli hakkında kınama cezası tayini gerekirken, uyarma cezası verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu bildirmiştir.

Anayasamızın 36. maddesindeki "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir", hükmü ve eski TCK'nın 486. maddesindeki yeni TCK'nın 128. "Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde ceza verilemez" hükmü ile iddia ve savunma dokunulmazlığı anayasal ve yasal teminat altına alınmıştır. Her hakta olduğu gibi iddia ve savunma dokunulmazlığı da sınırsız olmayıp, madde devamında, "Ancak bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerektiği " bildirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.10.1998 tarih, Esas 1998/225, Karar 1998/316 sayılı kararında " ...Anayasanın kabul ettiği esasa göre, iddia ve savunma hakkının kullanılması ancak meşru vasıta ve yollar-dan yararlanmak suretiyle olmalıdır. İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapıl-madan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşması, bir başka anlatımla hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdir-de Anayasa'nın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulun-mayan, diğer bir deyişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkının meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluş-turan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysi-yetler korunmamış olur."

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 tarih, Esas1974/1160, Karar 1975/5782 sayılı kararında da, "Avukat, müvekkillerinin çıkar-larını hasmının zararlarını gözetmeden, sert bir biçimde savunmak zorundadır. Çünkü meslek ödevi bunu gerektirir. Ancak karşılık avu-katın, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, O'nu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırılar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle karşı tarafın kişisel ilişki-lerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulun-duğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır " denil-mektedir.

Her ne kadar, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, eylemin Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine aykırı olması sebebiyle en az kınama ce-zası verilmesi gerektiği sebebiyle itirazda bulunmakta ise de;

Avukatlık Yasası 34. madde, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'na göndermede bulunmakta olup, Baro Disiplin Kurulları ve Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu, Avukatlık Yasası'nın 6. kısmında belirtilmeyen eylemlerin meslek kurallarına aykırılığı duru-munda, eylemin işleniş tarzı ve Avukatlık Yasası'nın 158. maddesin-

deki ilkeleri göz önünde bulundurarak disiplin cezası tayin ve takdirinde özgür oldukları gibi,

Aksi düşünce Avukatlık Yasası'nın 158 ve 135/1. maddelerinin yok sayılması anlamına gelir.

Ayrı zamanda, Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu CMK 265'te öngörülen koşullar gerçekleşmiş ise, şikayetlinin itirazı olmadığı halde, tayin olunan disiplin cezasını kaldırmaya da yetkilidir.

Şikayet konusu dilekçedeki sözler rapor tanzim eden öğretim görevlerinin hazırladığı raporu eleştiri amacıyla söylenmiş olup, şikayetçiyi doğrudan hedef alan sözler değildir. Kaldı ki, raporu şikayetçi de hazırlanmamıştır. Şikayetçinin yaptığı şey, dekan sıfatı ile yazıyı ilgisine göndermektir. Bunun dilekçede bildirilmesi, onun, rapor içeriğinden de sorumlu tutulduğu anlamına gelmez.

Bu nedenle İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kınama cezası verilmesi yönündeki itirazın reddi ile, CMK 265. madde uyarınca uyarma cezasının kaldırılmasına oyçokluğu ile karar verildi.

Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararın kaldırılmasına, şikayetli Avukat H. K. hakkında disiplin cezası tayinine yer olmadığına, katılanların oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Şikayetli avukatın dilekçede kullandığı sözler ve dilekçenin tümü göz önünde bulundurulduğunda;

“Hukuki İnceleme” başlıklı yazıda hazırlayan öğretim üyelerinin isim ve imzaları bulunmasına karşın, incelemenin şikayetçi tarafından hazırlandığı yönünde intiba yaratıldığı

Raporun içeriği hususundaki beyanların, yargılamanın hukuksal yönü ile ilgili olarak, “hakkın ortaya çıkarılmasına yararlı, etkili ve hatta zaruri açıklama”, “objektiflik, gerçek ve somut vakıalara dayanma”, “uyuşmazlıkla bağlantılılık” ve “Hukuki açıklama” ilkelerine uygun bulunmadığı,

Kullanılan söz ve yaratılmaya çalışılan intiba ile TBB Meslek Kuralları'nın 5 ve 27. maddelerine aykırılık olduğundan, eylemin di-

siplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan hukuksal değerlendirme isabetlidir.

Şikayetli de karara itiraz etmemekle kullandığı söz ve yarattığı itibarının farkındadır.

Karar onanmalıdır.

* * *

T. 13.07.2007

E. 2007/186

K. 2007/244

* **Savunma dokunulmazlığı.**

* **Dilekçede kullanılan "Avukat" isimlerinin reklam niteliğini taşıyacak aşırılıkta olmaması.**

(Av. K. m. 34, 55;

TBB Reklam Yasağı Yön. m. 6/1;

TBB Meslek Kuralları m. 5,27/1)

Şikayetli avukatlar hakkında, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun "Disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına" ilişkin 21.04.2005 gün ve 2005/401 karar sayılı kararına itiraz üzerine, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun 07.05.2005 gün ve 2005/437 Esas, 2005/433/27 Karar sayılı kararı ile "*Şikayetli avukatların, örneği dosyada bulunan dava dilekçesinde, akademik unvanlarla birlikte isimlerin diyagonal, kalın ve büyük punto ile her bir sahifeye basılmış olması, reklam niteliği taşıyacak aşırılıkta olması*" ve 17.09.2003 günlü dilekçede kullanılan, "*Davalının iddia ettiği gibi, annesine kırgın ve bu davanın açılmasından dolayı üzgün de değildir. Bunlar tamamen davalı vekilinin velayetin tarafımıza verilmesini önlemeye matuf uydurmalarıdır.*" sözleri ile Avukatlık Yasası 34, 55 ve 134. maddeleri ile Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6/1 ve son maddesi ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5 ve 27/1 maddeleri uyarınca disiplin kovuşturması açılması gerektiği gerekçesi ile kararı bozmuş, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Avukatlık Yasası 142. madde uyarınca disiplin kovuşturması açılmasına karara vermiştir.

Şikayetli avukatlar savunma ve itirazlarında özetle; "uydurmalar" kelimesinin hakaret amacıyla kullanılmadığını, davada o bilgiyi veren, bilginin kaynağı olan, müvekkiline yönelik olduğunu, gerçeklere dayanan bir sözcük olması sebebiyle savunma dokunulmazlığı kapsamında kullanıldığını, TCK m. 128 uyarınca hukuka uygunluk sebebi

olduğu için suç olamayacağını, suç olmayan şeyin, hukuka uygun bulunan işlemin disiplin suçu da olamayacağını,

Reklam kavramı, en azından hedef kitleye yönelik bir değerlendirme, sürümü artırma, müşteriyi çoğaltma, hizmeti medih anlamı taşıdığını, oysa, mahkemeye sunulan bir dilekçede bu amaçlardan hiçbirisinin olmadığını, reklam sayılamayacak bir beyanı aşırı reklam saymanın da mümkün olamayacağını, bu dilekçenin yazılışında kullanılan yazıcının yeni kullanıma alındığını, yazıyı yazan genç meslektaşının koyuluk-açıklık ayarını ilk defa kullanımı nedeniyle ayarlayamadığını,

Reklama ihtiyaçları olmadığı gibi, bilerek ve istenerek gerçekleştirilmiş bir eylem olmaması sebebiyle ceza tayininin yasa ve yönetmeliklerin ruhuna aykırı olduğunu, bildirmiş, cezanın kaldırılmasını istemişlerdir.

Savunma dokunulmazlığı Anayasa ve yasalarla korunan bir haktır. Elbetteki davanın savunulması amacıyla olaylar gerekirse en sert bir biçimde dile getirilecektir. Bilgi ve belgelerin müvekkil tarafından aktarıldığı hususu da doğrudur.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/1. maddesi ile avukatların, herhangi bir meslektaşını özellikle hasım meslektaşını haklarında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtmesi yasaklanmıştır. 5. madde ile de, avukatların yazarken ve konuşurken düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamaları gerektiği vurgulanmıştır. Birisi profesör olan şikayetli avukatların akademik eğitim aldıkları dikkate alındığında bu iki kurala uymaları bakımından daha özenli davranmaları gerektiği açıktır. Kaldı ki, bu durumun farkında bulunan şikayetli avukatlar, "esasta haklı, üslupta nazik olmak" ilkesini benimsediklerini dilekçelerinde açıklamışlardır. Ancak şikayetçi avukat için kullandıkları "uydurmalarıdır" sözcüğünün benimsedikleri ilkeye uygun düşmediği de o derecede açıktır. Ayrıca şikayet konusu sözcüğün iddia edilen anlamda kullanılmadığı savunması bakımından belirtilmesi gereken odur ki; önemli olan, şikayetlilerin sözcüğü hangi anlamda kullandıkları değil, kullanılan sözcüğün hangi anlama geldiğinin muhatapları tarafından nasıl anlaşıldığıdır.

Ancak cümle o kadar açıktır ki; bu bilgilerin şikayetçi avukat tarafından davanın kazanılması amacıyla uydurulmuş olduğu iddia edilmektedir. Bu nedenle, savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Avukatlık Yasası 55. madde reklam "sayılabilecek" her türlü teşebbüs ve hareketi, Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6/1.maddesi, basılı kağıtlar ve kartvizitler ve diğer basılı evrak, reklam niteliği taşıyacak "aşılıkla olamaz" hükmü ile aşırılığı yasaklamıştır.

Kaldı ki, reklamın hedef kitesinin kamuoyu olduğu, mahkemelelerin bu kapsamda (müşteri) olarak değerlendirilemeyeceği, eylemlerinin reklam sayılmayacağı iddiası da haklı ve yerinde değildir. Reklam yasağının amacı; bir yandan, avukatlık hizmetini ticari bir meta haline dönüştürmemek, adaletin yerine getirilmesinde eşitliğin bozularak olası olumsuz sonuçları önlemek, diğer yandan da, meslektaşlar arasında haksız rekabete yol açacak farklılıkların ortaya çıkmasına engel olmaktır.

Dosyada mevcut dilekçe örnekleri incelendiğinde büyük puntolarla ve koyu renk yazılı ve dilekçenin tümünü kapsayan "Prof. Dr. E. C. ve Av. Dr. H. N. T." yazılarının dilekçeyi okunmaz hale getirdiği ve aşırı olduğu açıktır.

Bu nedenle eylemin Avukatlık Yasası 34, 55 ve Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 6/1 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5 ve 27/1 maddelerine aykırılık oluşturduğu yönündeki Baro Disiplin Kurulu kararında isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. E. C. ve Av. H. N. T.'nin itirazının reddine, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun ayrı ayrı kınama cezası verilmesine ilişkin kararın onanmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 15.08.2007

E. 2007/232

K. 2007/252

*** Ceza kovuşturmasının
disiplin kovuşturmasına tesiri**
(Av. K. m. 140, 159/2)

Şikayetçi Av. N. D., Baro Başkanlığı'na verdiği 11.01.2001 tarihli dilekçe ile icra dosyasına sunulan teminat mektubunun paraya çevrilmemesi için şikayetli avukatın kendisini ve müvekkilini telefonda tehdit ettiğini belirtilerek şikayette bulunmuştur. Şikayetçi aynı nedenlerle Cumhuriyet Başsavcılığı'na da şikayette bulunmuş, başlatılan ceza kovuşturması sonucunda şikayetli avukat Bilecik Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen 20.10.2006 tarih ve 2006/... Esas, 2006/... sayılı kararla koşullu tehdit suçundan beş ay hapis cezası ile cezalandırılmış, ceza adli para cezasına çevrilerek ertelenmiştir.

Şikayetli avukat hakkındaki suçlamaların gerçek olmadığını savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu şikayetli avukat hakkında, 1136 sayılı Yasa'nın 159/2 maddesi gereğince zamanaşımı dolmuş bulunduğu gerekçesiyle disiplin cezası tayinine gerek olmadığına karar vermiştir.

Karar taraflara tebliğ edilmiş, karara şikayetçi itiraz etmiştir. Şikayetçi itirazında; şikayet konusu ettiği olayla ilgili olarak şikayetli avukat hakkında aynı zamanda ceza davası açıldığını, şikayetli avukatın cezalandırıldığını, olayda ceza zamanaşımı uygulanması gerektiğini, şikayet konusu suçlar için zamanaşımı süresinin eski Türk Ceza Kanunu'nda 10 yıl, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda 8 yıl olduğunu, bu nedenle zamanaşımı süresinin dolmadığını belirterek kararın bozulmasını talep etmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetli avukat hakkında Bilecik Ağır Ceza Mahkemesi'nde şikayet konusu suçlamalarla ilgili olarak ceza davası açıldığı, şikayetli avukatın cezalandırılmasına karar verildiği, kararın temyiz edildiği ve henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun "ceza kovuşturmasının disiplin cezalarına tesiri" başlıklı 140. maddesine göre; "Avukat hakkında başlamış olan ceza kovuşturması, disiplin işlem ve kararlarının uygulanmasına engel olmaz."

Şu kadar ki, disiplin işlem ve kararına konu teşkil edecek bir eylemde bulunmuş olan avukat hakkında aynı eylemlerden dolayı ceza mahkemesinde dava açılmış ise, avukat hakkındaki disiplin kovuştur-

ması, ceza davasının sonuna kadar bekletilir” kesin kuralını içermektedir.

Bu duruma göre, Avukatlık Kanunu m. 140/2 gereğince, disiplin kovuşturmasının kesin hüküm elde edilinceye kadar bekletilmesi ve kesin hüküm sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, zamanaşımı süresinin dolduğu ileri sürülerek şikayetli avukat hakkında ceza tayinine gerek görülmemesi yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmektedir.

Baro Disiplin Kurulu’nun kabulüne göre de; Avukatlık Kanunu madde 159/3 hükmü göz ardı edilerek, suç türüne göre asgari yedi yıl altı aylık ceza zamanaşımına tabi olan suçun zamanaşımına uğradığının kabulü ve zamanaşımı nedeniyle disiplin kovuşturmasının düşürülmesine karar verilmesi gerekirken, disiplin cezası tayinine yer olmadığına şeklinde karar kurulması doğru ve yasal bulunmamıştır.

Sonuç olarak; açıklanan nedenlerle, şikayetçi avukatın itirazının kabulüne, Bilecik Barosu Disiplin Kurulu’nun şikayetliye zamanaşımı nedeniyle disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin, 26.04.2007 tarih ve 2001/2 Esas, 2007/2 Karar sayılı kararının bozulmasına oybirliği karar verildi.

* * *

T. 07.09.2007
E. 2007/160
K. 2007/260

*** Avukatların iş elde edebilmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve hareketten kaçınmaları gereği.**

(Av. K. m. 55, 135/23 136;
TBB Meslek Kuralları m. 7, 8)

Şikayetli avukat hakkında açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu’nca eylemi sabit görülerek “750.00YTL Para Cezası” tayin edilmiştir.

Şikayetli, savunma ve itirazında; cezalandırmaya dayanak alınan Gazetede ki haber hazırlanması yönünde talepte bulunmadığını, yazının reklam amaçlı olmadığını, röportajın kaleme alınmasının temel amacının, T. F. F. A. Bölge Müdür Vekili olması nedeniyle; özel yaşantısının mizahi bir dilde bilgi aktarılması amaçlı olduğunu, yazının,

röportajı hazırlayan yazarın, yorum ve ifadeleri ile kaleme alınmış olduğunu, o şahsın eyleminden sorumlu tutulmasının ceza hukukunun “cezanın şahsiliği” prensibine aykırı olduğunu, tekerrüre esas teşkil eden cezasının bulunmadığını ve kararın bozulmasını talep etmiştir.

Baro Disiplin Kurulunca; şikayetli avukatın eylemi, Avukatlık Yasası’nın 55 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 7. ve 8.maddelerine aykırı olduğu kabul edilerek, Avukatlık Yasası’nın 135/2 ve 136. maddelere göre para cezası tayin ve takdir edilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden; Antalya Barosu Meslek Sorunları Çalışma Kurulu’nun, 13.01.2006 tarihli Hürriyet Akdeniz Bölge Gazetesi’nde, şikayetli ile yapılan bir röportajın ve fotoğraflarının yayınlanması nedeniyle suç duyurusunda bulunduğu;

Söz konusu röportaj içeriğinde; Manşette “Futbolcuların Cansel Ablası” ibaresinin 10.sayfada “futbolun avukatı” başlıkları altında, şikayetli avukatın fotoğraflarına da yer verilmek suretiyle, TFF Bölge Müdürlüğü’nü yaptığı, futbola olan ilgisinin dile getirildiği görülmektedir.

Yazı metninde bundan ayrı olarak, “hangi alanda avukatlık yapıyorsunuz” sorusuna; “ticaret hukuku ve özel hukuk alanında danışmanlık yapıyorum. Yalnız ceza avukatlığını sık yapmıyorum. İyi bir avukatım ama ceza avukatı değilim.” cevabını verdiği, Konyaaltı Turizm Kültür ve Eğitim Vakfının Genel Müdürü olduğunu, eğitim gördüğü okulları, üyesi olduğu sosyal kulüpleri, fiziksel özelliklerini dile getirdiği,

Röportajın “sert ve başarılı bir avukat...” alt başlığıyla devam ettirildiği,

Savunmasının aksine, TFF Bölge Müdür Vekilliği nedeniyle yapılmış bir röportajdan ziyade, “başarılı ve sert bir avukat” olarak lanse edildiği ve röportaj amacının da bu hususu vurgulamaya yönelik olduğu dosyada bulunan gazete fotokopilerinden anlaşılmıştır.

Her ne kadar, karar’dan sonra, röportajı yapan gazetecinin “avukatlıkla ilgili bilgilerin kendisi tarafından röportaja konulduğuna” ilişkin dilekçe verdiği görülmüşse de;

Şikayetli avukatın röportajda kendisi tarafından verilmemiş bilgilerinin varlığını gördüğü andan itibaren, gazete yönetimine tezip

veya açıklama göndermemiş olması da nazara alınarak, karardan iki ay sonra verilen dilekçeye itibar edilememiştir.

Şikayetli avukat, Avukatlık Yasası'nın 55. maddesinde yazılı "Avukatların iş elde etmek için reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ... yasaktır.", TBB Meslek Kuralları m. 7'de yazılı "Avukat salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır." Ve 8. maddesinde yazılı, "Avukat kendine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir." düzenlemelerine aykırı davranarak disiplin suçu işlemiştir.

Şikayetli avukatın sicilinde bulunan önceki disiplin cezası nedeniyle Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesinin uygulanması ve eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Antalya Barosu Disiplin Kurulunun değerlendirmesinde isabetsizlik görülmemiş ise de; para cezasının üst sınır aşılarak 750.00.YTL olarak tayin edildiği görüldüğünden, 750.00.YTL olan para cezasının, takdiren 200.00.YTL para cezasına çevrilmek suretiyle kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli itirazının reddiyle, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetliye 750.00.YTL para cezası verilmesine ilişkin kararının 200.00.YTL para cezasına çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukat C. Ç. T.'nin 200.00.YTL para cezası ile cezalandırılmasına oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Avukatlık Kanunu'nun 136/2 maddesi koşulları oluşmadığından tekerrür hükümleri uygulanamaz gerekçesiyle verilen cezaya karşı oy kullanılmıştır. Ceza kınama olmalıdır.

* * *

T. 07.09.2007

E. 2007/194

K. 2007/267

***Avukatın kullandığı
dilekçelerde eski bir hakim
olduğunu belirtmesi.**

(Av. K. m. 34, 136/1;

TBB Meslek Kuralları m. 5, 27/1)

Şikayetli avukat hakkında, “çeşitli mahkemelere verdiği dilekçelerde, kendisinin eski bir hakim olduğunu ileri sürdüğü, karşı tarafa kaba, alaycı ve hakaret içeren sözler sarf ettiği” iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu’nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli hakkında disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmalarında, şikayetçinin vefat eden eşinin ablası olduğunu, eşinin rahatsızlığı sırasında gösterdiği olumsuz tavırlar nedeniyle evden kovmuş olduğunu, eski bir hakim olduğunu, mahkemeye verdiği dilekçelerde herhangi bir kastının olmadığını bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetlinin dilekçesinde kullanmış olduğu “...eski bir hakim ve avukat olan beni..”, “...emekli bir hakim olarak...”, “...hakimi de ayarlamış...” şeklindeki sözleri sebebiyle Avukatlık Yasası’nın 34., TBB.Meslek Kuralları’nın 27/1. maddesi uyarınca şikayetlinin uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı itirazda bulunan Cumhuriyet Başsavcılığı itirazında; “Avukatlık Yasası’nın 136/1. maddesi gereğince yasanın avukatların hak ve ödevleriyle ilgili kısmında yazılı esaslara uymayanlara en az kınama cezası verileceği hükmüne aykırı olarak, Baro Disiplin Kurulu tarafından Avukatlık Yasası’nın 6. kısmında düzenlenen 34. maddeye aykırı davrandığı kabul edilen şikayetli hakkında uyarma cezası verilmesini usul ve yasaya aykırı olduğunu bildirmiştir.

Her ne kadar Baro Disiplin Kurulu kararında Avukatlık Yasası’nın 34. maddesine atıfta bulunmuş ise de 34. madde genel nitelikte bir madde olup, takip eden maddelerin ihlali halinde en az kınama cezası tayini zorunludur. Şikayetlinin dilekçesinde yazmış olduğu ve şikâyetçiyi rencide eden, yazılmaması gereken ifadeleri ise Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 5 ve 27/1. maddelerine aykırı olmakla, Baro Disiplin Kurulu’nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Savcılığı'nın itirazının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "uyarma cezası verilmesine" ilişkin kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.10.2007
E. 2007/248
K. 2007/310

***Avukatın büyük logolu ve reklam amaçlı tabela kullanması.**

(Av. K. m. 55; TBB Reklam Y. Yön. m. 5; TBB Meslek Kuralları m. 7/b)

Şikayetli avukatın, Avukatlık Yasası'na aykırı çok büyük logolu, reklam amaçlı tabela kullandığı iddiası ile yapılan şikayet üzerine başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek uyarma cezası tayin etmiştir.

Şikayetli avukat, savunma vermemiştir, karara itiraz da etmemiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikayetli avukatın tabelasının TBB Reklam Yönetmeliği ile TBB Meslek Kuralları'nın 5. maddesine aykırı olduğunu kabul ederek, şikayetli hakkında uyarma cezası tayin etmiştir.

Karar itiraz eden İstanbul Cumhuriyet Savcısı itirazında; Avukatlık Yasası'nın 136/1 maddesi gereği yasanın avukatların hak ve ödevleri ile ilgili 6. kısmında yazılı esaslara uymayanlara ilk defasında en az kınama cezası verileceği hükmüne aykırı olarak, Baro Disiplin Kurulunca Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine aykırı davrandığı kabul edilen şikayetliye uyarma cezası verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu" bildirmiştir.

Dosyada bulunan fotoğrafta şikayetli avukatın tabelasının, yasa ve yönetmelikte yazılı boyutların üzerinde olduğu, şikayetli avukatın adı ve soyadı ile ilgisi bulunmayacak biçimde "E... Hukuk Bürosu" ibaresinin ve Türkiye Barolar Birliği ambleminin yer aldığı görülmektedir.

Şikayetli Avukatın eylemi, Avukatlık Yasası'nın 55. maddesine göre "Avukatların iş elde etmek için, reklam sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve özellikle tabelalarında ve basılı kağıtlarında avukat unvanı ile akademik unvanlarından başka sıfat

kullanmaları yasaktır.”, TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 5 maddesine göre “Tabelada bu yönetmelikte belirlenenlerin dışında unvan, deyim, şekil ve amblem ... bulunamaz ... Tabela 70X100 cam boyutunu geçemez...” hükmü ile TBB Meslek Kuralları'nın 7/b maddesine göre “Avukatların başlıklı kağıtları, kartvizitleri, büro levhaları reklam niteliğine taşıyabilecek aşırılıkta olamaz” hükümlerine aykırı olup, disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikayetli avukatın eylemi aynı zamanda Avukatlık Yasası'nın “Avukatın hak ve ödevleri” ile ilgili 6. kısmında yer alan 55. maddeye aykırılık oluşturduğundan, Avukatlık Yasası'nın 136/1. maddesi uyarınca, Baro Disiplin Kurulu'nca en az kınama cezası tayini gerekirken, uyarma cezası tayini isabetli bulunmamış, uyarma cezasının, kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun “uyarma” cezasının “Kınama” cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikayetli avukat O. C.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına oy birliği ile karar verildi.

* * *

T. 05.10.2007
E. 2007 / 255
K. 2007/315

*** Başka bir avukata karşı takip edilecek davanın baroya bildirilmesi**
(Av. K. m. 34, 134;
TBB Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetçi Avukat H. U. , Baro'nun 2005/D.55 dosyası tutanağında yer alan ve kendisi tarafından söylenmediğini iddia ettiği sözlerin, şikâyetli tarafından kendisine isnat edilerek Baro'ya ve C. Savcılıklarına suç duyurusunda bulunulduğunu, ayrıca şikâyetlinin Beyoğlu C. Başsavcılığı'na 2005/ ... Hz. sayılı şikâyeti yaparken Baroya bildirimde bulunmamış ise hakkında gerekli işlemin yapılmasını istemiştir.

Şikâyetli savunmasında, Beyoğlu C. Başsavcılığı'nın 2005/ ... Hz. sayılı dosyası ile yaptıkları şikâyetin, vekili Avukat O. K. tarafından 04.07.2005 tarihinde Baroya bildirildiğini, TBB Meslek Kuralları'nın

baroya bildirim için bir süre öngörmediğini, 3 gün içinde yapılan bildirim için makul sürede yapılmış sayılması gerektiğini bildirmiştir.

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu, baroya bildirim için suç duyurusunda bulunulduktan 3 gün sonra yapılmış olmasını TBB Disiplin Kurulu'nun yerleşik kararlarına, Avukatlık Yasası'nın 34, 134 ve TBB Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesine aykırı bularak şikâyetlinin uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikâyetli tarafından itiraz edilmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukat A. D.'nin vekili Av. O. K. tarafından, 30.06.2005 tarihinde, şikâyetçi Av. H. U. aleyhinde şikâyetle bulunduğu, bu şikâyetle ilgili olarak İstanbul Barosu'na 04.07.2005 tarihinde bildirimde bulunduğu anlaşılmaktadır.

TBB. Meslek Kuralları'nın 27/2. fıkrasına göre "Bir avukat başka bir avukata karşı asıl ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir."

Disiplin kovuşturmasına konu olayda, şikâyetli Avukat adına vekili Av. O. K. tarafından şikâyetçi hakkında suç duyurusunda bulunulmuş olup, baroya bildirimde bulunma yükümlülüğü, C. Savcılığına şikâyet dilekçesi veren ve şikâyetlinin vekili olan Av. O. K.'ye aittir. Şikâyetlinin ise, vekili tarafından şikâyetle bulunulmuş olması sebebiyle baroya bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, şikâyetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturmadığından, Baro Disiplin Kurulu'nun kararında hukuki isabet görülmemiş, "uyarma cezası verilmesine" ilişkin kararın kaldırılarak, Şikâyetli hakkında "Disiplin cezası Verilmesine Yer Olmadığına" karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli vekilinin itirazlarının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun "uyarma Cezası Verilmesine" ilişkin kararın kaldırılmasına Şikâyetli Avukat A. D. hakkında "disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 02.11.2007
E. 2007/257
K. 2007/324

- * Avukatlık mesleğinde, yanlış bilgi ve belgelerin kullanılmasının kabul edilemezliği.
- * Özen yükümlülüğü.
- * Meslektaş küçük düşürücü düşüncelerin açıklanmaması.
(Av. K. m. 34,134,136;
TBB Meslek Kuralları m.27/1)

Şikâyetçi vekili, şikâyetli avukatların vekâlet ücreti alacağına ilişkin davaya verdikleri 23.07.2004 tarihli dilekçede, gerçekte böyle bir karar verilmediği halde İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun şikâyetçiye kınama cezası verdiğini ileri sürmüş olmalarının mahkemeyi etkilemek ve adaleti engellemeye yönelik bir davranış olduğu iddiasıyla şikâyetçi olmuştur.

Şikâyetli avukatlar savunmalarında, Baro Disiplin Kurulu'nun verdiği ve kendilerine tebliğ edilen kararın sonuç kısmında şikâyetçinin kınama cezası ile cezalandırıldığının yazılı olduğunu, Disiplin Kurulu'nun yaptığı hatanın kendilerine yüklenemeyeceğini, asıl kararı öğrenir öğrenmez mahkemeye özür dilekçesi yazdıklarını, kasıtları olmadığını bildirmişler, şikâyetli avukatlardan S. A. ise ayrıca, olayın gerçekleştiği sırada diğer şikâyetli avukat İ. Ö.'ın yanında sigortalı olarak çalıştığını ve onun talimatları doğrultusunda dosyada işlem yaptığını beyan etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikâyetli Avukat S. A.'nın, olayın gerçekleştiği tarihlerde diğer şikâyetli avukatın yanında sigortalı olarak çalışmasından dolayı kendisine verilen talimatlar doğrultusunda işlem yaptığı gerekçesiyle hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına, diğer şikâyetli avukat İ. Ö. hakkında ise eyleminin Avukatlık Yasası'nın 34., 134. ve 136. maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/1. maddesine aykırı olduğu ve sicil durumunu da dikkate alarak kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikâyetli Avukat İ. Ö. tarafından itiraz edilmiştir. Şikâyetli avukat itirazında, tebligatı almadığına ilişkin tanık gösterdiği halde dinlenmediğini, 4. Sulh Hukuk Mahkemesi dosyasının incelenmeden karar verildiğini, Disiplin Kurulu'nun kasıt değerlendirmesinde hata yaptığını, eylemin 27/1 maddede tanı-

mını bulan suça uymadığını, meslektaşını küçük düşüren kişisel görüş ve düşünce açıklamadığını, disiplin dosyasının delil olarak bildirildiği için açıklamada bulunulduğunu, karar ile gerekçe arasında bağlantı bulunmadığı gerekçesiyle verilen kararın bozulmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun; şikâyetli avukatın mahkeme dosyasına gerçekte olmayan bir disiplin kurulu kararını sunarak meslek kurallarına aykırı davranıp davranmadığına ilişkindir.

Dosyanın incelenmesinden, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 2002/171 Esas, 2003/116 Karar sayılı dosyaya ilişkin kısa kararda disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verildiği halde gerekçeli kararın sonuç kısmında şikâyetli avukatın kınama cezası aldığı şeklinde karar yazıldığı, daha sonra yanlışlığın anlaşılması üzerine yanlış kararın düzeltilip şikâyetli avukatın sekreterine 30.07.2003 tarihinde tebliğ edildiği,

İstanbul 4. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde görülen vekalet ücretine ilişkin davada şikâyetçinin disiplin dosyasının delil olarak bildirildiği, şikâyetli avukat İ. Ö.'ın yukarıda açıklanan şekilde yanında çalışan diğer şikâyetli avukat S. A. aracılığıyla kararın düzeltilmemiş şeklindeki kınama cezasını, dilekçesinde mahkemeye bildirdiği, ancak yapılan yanlışlık anlaşılınca, Mahkeme'ye 30.06.2005 tarihli dilekçe verilerek hem Mahkeme'den hem şikâyetçiden özür dilendiği anlaşılmıştır.

Dosya içerisinde bulunan 2002/171 Esas, 2003/116 Karar sayılı karara ilişkin disiplin dosyasından bu kararın şikâyetli avukatın sekreterine, 30.07.2003 tarihinde tebliğ edildiği anlaşılmaktadır.

Şikâyetli avukat her ne kadar sekreterinin tebligatları düzgün saklamadığı iddiasında bulunmuş ise de, avukat bürosunda yapılan her işlemde ve çalıştırdığı personelden kişisel olarak sorumludur.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine göre, "Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5. maddesine göre, "Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat, hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır." Türkiye Barolar Birliği

Meslek Kuralları'nın 27/1. maddesine göre ise "Hiçbir avukat, herhangi bir meslektaşı özellikle hasım meslektaşı hakkında küçük düşürücü nitelikteki kişisel görüşlerini ve düşüncelerini açıkça belirtemez."

Her ne kadar şikâyetli tarafından daha sonra Mahkeme'ye verilen dilekçe ile özür dilenmiş ise de, dikkat ve özen konusunda titiz davranılması gereken avukatlık mesleğinde, yanlış bilgi ve belgelerin kullanılması kabul edilemez bir tutumdur. Bu bakımdan Baro Disiplin Kurulu'nun olayı değerlendirmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak, şikâyetli avukatın disiplin sicilindeki uyarma cezası, bu dosyamıza konu eylem tarihi itibarıyla tekerrüre esas sayılmaması ve şikâyetli avukatın şikâyet tarihinden önce Mahkemeye dilekçe vererek özür dilemesi, şikâyetin yanlışlığın yapıldığı tarihten bir yıl kadar sonra yapılması gibi hususlar değerlendirildiğinde Baro Disiplin Kurulu'nca verilen ceza ile eylem arasında adaletli bir ölçü kurulamamış olduğu anlaşıldığından kınama cezasının uyarma cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukatın itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun, kınama cezası verilmesine ilişkin kararının uyarma cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, şikâyetli Avukat İ. Ö.'nün uyarma cezası ile cezalandırılmasına oy birliğiyle karar verildi.

* * *

T. 02.11.2007
E. 2007/ 261
K. 2007/328

*** Meslektaşı mahkeme
huzurunda küçük düşürücü
davranış v sözlerden kaçınma.**
(Av. K. m. 34,158;
TBB Meslek Kuralları m.27/1)

Şikâyetli avukat hakkında, Eyüp 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/... Esas sayılı dosyasına sunduğu 17.03.2005 tarihli dilekçede kullandığı sözlerle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/1. maddesine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında, kullandığı sözlerin karşı yan avukatını tahkir ve küçük düşürmek amacıyla kullanmadığını, bilimsel bir hususu açıklamak ve branşı olmayan her avukatın bilemeyeceği

hususlar olduğunu belirtmek amacıyla kullandığını, teknik konulara hakimiyeti olmayan şikayetçinin hukuki avantaj sağlamaya çalışmak adına gerçekleri saptırdığı ve şikayetçi olduğunu bildirmiş, uluslararası uygulamada da avukatın bilmediği hususlarda hakim tarafından uyarıldığını, kendisinin de bir bakıma uyarı görevinde bulunduğunu bildirmiştir.

İncelenen dosya kapsamında şikayetli avukatın 17.03.2005 tarihli dilekçede;

“Sayılan bu işlemlerden hiçbiri madde 23’te bildirilen işlemlerden değildir. Davalı avukatı kullandığı teknik kelimelerin anlamını tam olarak idrak edememiş veya başka herhangi bir sebepten dolayı yanlış kullanmaktadır.....davalı avukatı eski binalar konusundaki teknik nosyonu hiç bulunmadığı için RESTİTÜTİON kelimesine KORUMA kelimesi ile birlikte kullanıldığı ve bu iki işlemin birbirinden ayrılmaz olduğunu da bilmiyor. Başka anlatımla RESTİTÜSYON yapılacak bir taşınmaz önce KORUMAYA alınır bu aşamadan sonra RESTİTÜSYON çalışması yapılır. Taşınmazın orijinal görünümü bilinmeden (restitüsyon çalışması) yapılmaz.....Bunu davalı avukatın özellikle iyi anlaması gerekir çünkü dava dilekçesinde kullanmış olduğu teknik terimlerden hiçbirinin anlamını ve kapsamını bildiğini sanmıyoruz.” sözlerinin olduğu tartışmasıdır.

Şikâyetli avukat, şikâyetlinin teknik konulardaki bilgi ve deneyimsizliğini bildirmek ve teknik konularda açıklama yapmak amacıyla bu sözleri kullandığını bildirmekte ise de;

Şikâyetlinin savunmasının aksine, şikâyetçinin teknik konulardaki bilgi ve birikiminin yetersizliğine inanan ve dava konusunu kendisinin belgeli uzmanlık alanında olduğunu bildiren şikâyetlinin, hukuksal avantaj sağlama çabasında olduğu açıktır.

Karşı yan avukatının bilgi ve birikimini ölçmek ve bu ölçüyü “İdraksizlik... nosyonsuzluk... bilgisizlik” gibi kavramlarla mahkemeye bildirmek şikâyetlinin görevi değildir.

Avukat kullandığı sözlerin ne anlama geldiğini ve nereye gittiğin bilmeli, meslektaşlarını mahkemeler huzurunda küçük düşürecek davranışlardan özellikle kaçınmalıdır. Avukat gerek yazarken ve gerekse konuşurken ince ve zarif olmalı, meslektaşını asla ve asla küçümsememelidir.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı eylem sabit olmakla birlikte Avukatlık Yasası 34. madde uyarınca en az kınama cezası verilmesi gerektiği halde uyarma cezasının yasaya aykırı olduğu gerekçesi ile karara itiraz etmiştir.

Baro Disiplin Kurulu'nun şikâyetlinin eyleminin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirmesi isabetlidir. Şikâyetlinin eylemi Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine aykırılık olmayıp, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 5 ve 27/1 maddelerine açıkça aykırıdır. Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi genel bir madde olup, devamı maddelerinin ihlali halinde en az kınama cezasının verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu'nun kararına itiraz eden C. Savcısının, sadece bu konuya ilişkin itirazının reddine karar vermek gerekmiştir.

Ancak, 3, 5 sayfadan ibaret 17.03.2005 tarihli dilekçenin 4 ayrı kısmında, ayrı paragraf ta "Davalı avukatı" ile başlayan ve şikâyetçinin bilgi ve birikimi, kişiliğini hedef alan sözlerin ısrarla yazılması ve bu hususun kovuşturmanın tüm aşamalarında hukuksal avantaj olarak kullanılmaya çalışılması, eylemin temadisi ve ağırlığı karşısında, Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkeler göz önünde bulundurularak şikâyetli hakkında kınama cezası verilmesi gerektiği de açıktır.

Bu nedenlerle, uyarma cezası verilmesine ilişkin Baro Disiplin kurulu kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli Avukat Y. Ş.'nin itirazının reddine, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının kınama cezaya çevrilmek suretiyle düzeltilerek onanmasına ve şikâyetli Avukat Y. Ş.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına, oybirliği ile karar verildi.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, 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 24 Nisan 2008/26856

5753 Artvin İli Yusufeli İlçesinin Merkezinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun

RG 08 Mayıs 2008/26870

5754 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5755 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Katar Devleti Hükümeti Arasında Askeri Alanda Eğitim, Teknik ve Bilimsel İş Birliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5756 İstanbul Teknik Üniversitesinin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde Eğitim-Araştırma Yerleşkeleri Kurmasına İlişkin Çerçeve Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5757 Emniyet Teşkilatı Kanunu, Devlet Memurları Kanunu ve Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5759 Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*

RG 09 Mayıs 2008/26871

5758 Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

* Bkz. Ekler

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 15 Mayıs 2008/26877

5761 Turizmi Teşvik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 21 Mayıs 2008/26882

5762 Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun ile Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 26 Mayıs 2008/26887

5763 İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*

RG 29 Mayıs 2008/26890

2008/13626 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fildişi Sahili (Kotdivuar) Cumhuriyeti Hükümeti Arasında İmzalanan "Ticaret, Ekonomik ve Teknik İşbirliği Anlaşmaları"nın Onaylanması Hakkında Karar

2008/13638 İslam Konferansı Teşkilatı (İKT) Üyesi Devletler Arasında Tercihli Ticaret Sistemi Kurulmasına İlişkin Tercihli Tarife Düzenlemesi Protokolü'nün Onaylanması Hakkında Karar

RG 31 Mayıs 2008/26892

5764 Müşterek Taarruz Uçağının Üretimi, Desteklenmesi ve Sürekli İyileştirilmesine İlişkin Mutabakat Muhtırası ve Buna Dair Mali Yönetim Esasları Dokümanının Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

5765 Yükseköğretim Kurumları Teşkilâtı Kanununda ve Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye Ekli Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

* Bkz. Ekler

RG 06 Haziran 2008/26898 (Mükerrer)

5766 Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun

YÖNETMELİKLER

RG 16 Nisan 2008/26849

2008/13451 Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu Personel Yönetmeliği

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Anten ve Ortak Anten Sistem ve Tesislerinin Kurulmasına ve Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Turizm İşletmeciliği ve Otelcilik Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Nisan 2008/26850

- Adalet Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 19 Nisan 2008/26852

- Erciyes Üniversitesi Kapadokya Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Nevşehir Üniversitesi Kapadokya Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 21 Nisan 2008/26854

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi (ÇOMÜ) Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Marmara Üniversitesi Ekonomik Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Veteriner Fakültesi Önlisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Nisan 2008/26855

- Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Marmara Üniversitesi Köy Enstitüleri Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Öğretim Üyelerinin Akademik Kıyafet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Nisan 2008/26856

- Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticileri Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Yandal Programı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Düzce Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Ordu Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliği

RG 25 Nisan 2008/26857

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Nisan 2008/26858

- Sözleşmeli Üretim ile İlgili Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

RG 27 Nisan 2008/26859

- Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdarî Yargı Hâkim Adaylarının Meslek Öncesi Hazırlık ve Son Dönem Eğitimlerinin Yaptırılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*

RG 30 Nisan 2008/26862

- Hitit Üniversitesi Hacı Bektaş Velî Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 01 Mayıs 2008/26863

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Yer Değiştirme Suretiyle Atanma Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Denetim Faaliyetleri Yönetmeliği

RG 02 Mayıs 2008/26864

- Ses ve Gaz Fişegi Atabilen Silahlar Hakkında Yönetmelik
- Telsiz Operatör Yeterlikleri ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

* Bkz. Ekler

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Lisans Öğrenimlerini Tamamlamayan veya Tamamlayamayanların Ön Lisans Diploması Almaları veya Meslek Yüksekokullarına İntibakları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Mayıs 2008/26864 (Mükerrer)

- Başbakanlık Merkez Teşkilatı ve Basımevi Döner Sermaye İşletmesi Müdürlüğü Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Mayıs 2008/26865

- Başbakanlık Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gümrük Müsteşarlığı Yer Değiştirme Yönetmeliği
- Türk Silahlı Kuvvetleri Ortaöğretim Okulları Yönetmeliği

RG 04 Mayıs 2008/26866

- Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Gıda Güvenliği ve Kalitesinin Denetimi ve Kontrolüne Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Fındık ve Diğer Sert Kabuklu Meyveler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Mayıs 2008/26867

- Lisanslı Harita Kadastro Mühendisleri ve Büroları Hakkında Yönetmelik
- Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları ile Tasarruf Mevduatı

* Bkz. Ekler

Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Mayıs 2008/26869

- Polis Meslek Eğitim Merkezleri Giriş Yönetmeliği
- Sosyal Güvenlik Kurumu Sosyal Güvenlik Uzman Yardımcılığı ve Sosyal Güvenlik Uzmanlığı Sınav, Atama, Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. 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
- Celal Bayar Üniversitesi Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Mersin Meslek Yüksekokulu Ön Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Anadolu ve Avrasya Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Mayıs 2008/26870

- Ulusal Çay Konseyinin Kuruluşu ile Çalışma ve Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 09 Mayıs 2008/26871

2008/13507 Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasındaki Serbest Ticaret Anlaşmasına İlişkin EUR. 1 Dolaşım Sertifikaları Yönetmeliği
- Milli Savunma Bakanlığı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlıklarına Bağlı Kurumlardaki Döner Sermayenin İşletilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Bayındırlık ve İskân Şûrası ile Toplu Konut Şûrası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gemi Sağlık Resmi Kanunu Uygulama Yönetmeliği
- Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Mayıs 2008/26872

2008/13593 Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 11 Mayıs 2008/26873

- Celal Bayar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Çankaya Üniversitesi Ön Lisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 12 Mayıs 2008/26874

- Atatürk Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Celal Bayar Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Çukurova Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Mayıs 2008/26875

- Ordu Evleri, Askerî Gazinolar ve Sosyal Tesisler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tohumlukların Yetiştirileceği Özel Üretim Alanlarının Özellikleri ve Bu Alanlarda Uygulanması Gereken Kuralların Belirlenmesine Dair Yönetmelik

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Emanet Yapım Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Eserlerinin Çoklu Ortama Aktarılması, Çoklu Ortama Aktarılacak Eserlerin Seçimi, Pazarlanması, Dağıtımı, Kiralanması ve Diğer Yollarla Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği

RG 14 Mayıs 2008/26876

- Adnan Menderes Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çukurova Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgesinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Mayıs 2008/26877

- Subay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sağlık Bakanlığı Taşra Teşkilatı Yatak ve Kadro Standartları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İller Bankası Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Mayıs 2008/26878

- Türk Gıda Kodeksi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Piyasa Gözetimi ve Denetimi Yönetmeliği
- Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Posta ve Telgraf Teşkilatının 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımlarında Uygulanacak Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik

RG 17 Mayıs 2008/26879

- Polis Meslek Yüksekokulları Giriş Yönetmeliği
- Kırklareli Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 18 Mayıs 2008/26880

- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü (İYTE) Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 20 Mayıs 2008/26881

- Erzincan Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kafkas Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 21 Mayıs 2008/26882

- Gelir İdaresi Başkanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik

RG 22 Mayıs 2008/26883

- Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Teşkilatlanma ve Destekleme Genel Müdürlüğü Kontrolörleri Atama, Görev ve Yetki Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile İlgili Avrupa Patent Sözleşmesinin Türkiye’de Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Personelinin Konser, Festival ve Benzeri Sanat Faaliyetlerinde Görevlendirilme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Mayıs 2008/26884

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Hukuk Müşavirliği Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Ziraat Mühendisleri Odası Mesleki Denetim ve Asgari Ücret Yönetmeliği
- Anadolu Üniversitesi Sivil Havacılık Yüksekokulu Pilotaj Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Mayıs 2008/26885

2008/13617 Turizm Tesislerinin Belgelendirilmesine ve Niteliklerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2008/13631 İstanbul 2010 Avrupa Kültür Başkenti Ajansı Alım-Satım ve İhale Yönetmeliği

- Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Çankaya Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Çevre Sorunları Araştırma Enstitüsü Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

* Bkz. Ekler

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 25 Mayıs 2008/26886

- Aksaray Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği

RG 26 Mayıs 2008/26887

- Afyon Kocatepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Mayıs 2008/26889

2008/13644 Yetiştirilmek Amacıyla Yurt Dışına Gönderilecek Devlet Memurları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Personeli Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Merkez ve Taşra Teşkilatı Görev, Yetki ve Sorumluluk Esasları Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Ulusal Marker Uygulamasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Göz Sağlığı Kornea-Vitreus-Elektrofizyoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi (GÖZSAM) Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuzmayıs Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Halk Sağlığı Eğitim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 29 Mayıs 2008/26890

- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

- Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği

RG 30 Mayıs 2008/26891

2008/13654 Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Elektrikli ve Elektronik Eşyalarda Bazı Zararlı Maddelerin Kullanımının Sınırlandırılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumu Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Sporcu Belgesi Verilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskrim Müsabaka ve Hakem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Dağcılık Eğitimi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Dağcılık Eğitmenliği Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Vücut Geliştirme Sporları Hakem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Vücut Geliştirme ve Fitness Yarışma Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Mayıs 2008/26892

- Türkiye Büyük Millet Meclisi Televizyonu Yönetmeliği
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmeliğin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik
- Başbakanlık Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Yayın Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Antrenör Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 01 Haziran 2008/26893

- Sigortacılık Eğitim Merkezi Yönetmeliği
- Tekstil Ürünlerinin İsimlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte (97/37/AT ve 2004/34/AT ile Değişik 96/74/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İkili Tekstil Lif Karışımlarının Kantitatif Analiz Metotları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Üçlü Tekstil Lif Karışımlarının Kantitatif Analiz Metotları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine İlişkin Yönetmelik

RG 02 Haziran 2008/26894

- Giresun Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 03 Haziran 2008/26895

- Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 04 Haziran 2008/26896

- İl Özel İdarelerinde Geçici İş Pozisyonlarında İşçi Çalıştırılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Haziran 2008/26897

2008/13677 Sermaye Piyasası Kurulu Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

- Kanser Kayıt Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kanser Erken Teşhis ve Tarama Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sıvı ve Gaz Yakıtlı Yeni Sıcak Su Kazanlarının Verimlilik Gereklerine Dair Yönetmelik (92/42/ AT)

RG 06 Haziran 2008/26898

- Hava Kalitesi Değerlendirme ve Yönetimi Yönetmeliği
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İçmimarlar Odası Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Yabancı Dil Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Haziran 2008/26899

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3 üncü Maddesinin (G) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımlarında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Mustafa Kemal Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 08 Haziran 2008/26900

- Tarım veya Orman Traktörleri, Bunların Römorkları ve Birbiriyle Değiştirilebilir Çekilen Makinaları ile Sistemleri, Aksamaları, Ayrı Teknik Üniteleri ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliği (2003/37/AT)
- Süleyman Demirel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Haziran 2008/26901

- Subay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolları Trafik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ulaşımında Enerji Verimliliğinin Artırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB) Destekleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Öğrenci Evleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Celal Bayar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Giresun Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kırıkkale Üniversitesi Uygulama ve Araştırma Merkezi (Tıp Fakültesi Hastanesi) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Kayıt-Kabul İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Haziran 2008/26903

- Sümer Holding A.Ş. Genel Müdürlüğü Personeli Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Sümer Holding A.Ş. Genel Müdürlüğü Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 12 Haziran 2008/26904

- Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Haziran 2008/26906

- Sigorta ve Reasürans Şirketleri ile Emeklilik Şirketlerinin Finansal Raporlamaları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Burs-Kredi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Güvenlik Kurumuna Prim Borcu Olan İşverenlerin Kamuoyuna Açıklanmasına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğe Geçici Madde Eklenmesine Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Haziran 2008/26907

- Tehlikeli Maddelerin Karayoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Celal Bayar Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfları Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi (ÇOMÜ) Önlisans-Lisans Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Önlisans ve Lisans Öğretim ve Sınav Çerçeve Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Beyin Dinamiği Multidisipliner Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uludağ Üniversitesi Kredili Önlisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Avrupa Birliği Eğitim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin

Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz, ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri, metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak, ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.

Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, ancak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek "**Kiler**" diyoruz.

Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

KANUNLAR

**TÜRK CEZA KANUNUNDA
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR KANUN**

Kanun No. 5759

Kabul Tarihi: 30/4/2008

MADDE 1 – 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 301 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama

MADDE 301 – (1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.”

MADDE 2 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

7/5/2008

RG: 08 Mayıs 2008/Sayı : 26870

**İŞ KANUNU VE BAZI
KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASI
HAKKINDA KANUN**

Kanun No. 5763

Kabul Tarihi: 15/5/2008

MADDE 1 – 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddenin sonuna aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli

belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescilli yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.”

“Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulması, bildirimi ve işyerinin tescili ile yapılacak sözleşmede bulunması gerekli diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

MADDE 2 – 4857 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu

MADDE 30 – İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç özürlü, kamu işyerlerinde ise yüzde dört özürlü ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır.

Bu kapsamda çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alın-

arak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. Oranın hesaplanmasında yarıma kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülür. İşyerinin işçisi iken sakatlananlara öncelik tanınır.

İşverenler çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlarlar. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olacakları özel çalışma ile mesleğe yöneltilmeleri, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacakları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Yer altı ve su altı işlerinde özürlü işçi çalıştırılmaz ve yukarıdaki hükümler uyarınca işyerlerindeki işçi sayısının tespitinde yer altı ve su altı işlerinde çalışanlar hesaba katılmaz.

Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmese, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat öder.

Özel sektör işverenlerince bu madde kapsamında çalıştırılan 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi özürlü sigortalılar ile 1/7/2005 tarihli ve 5378 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde belirtilen korumalı işyerlerinde çalıştırılan özürlü sigortalıların, aynı Kanunun 72 nci ve 73 üncü maddelerinde sayılan ve 78 inci maddesiyle belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden

hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı, kontenjan fazlası özürlü çalıştıran, yükümlü olmadıkları halde özürlü çalıştıran işverenlerin bu şekilde çalıştırdıkları her bir özürlü için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin yüzde ellisi Hazinece karşlanır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 506 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesi ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarın ödenmiş olması şarttır. Bu fıkra göre işveren tarafından ödenmesi gereken primlerin geç ödenmesi halinde, Hazinece Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacak ödemenin gecikmesinden kaynaklanan gecikme zammı, işverenden tahsil edilir. Hazinece karşılanan prim tutarları gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınmaz. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir.

Bu maddeye aykırılık hallerinde 101 inci madde uyarınca tahsil edilecek cezalar, özörlöülerin ve eski hükömlöülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, özörlöünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılır. Tahsil edilen cezaların kullanımına ilişkin hususlar, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlöğünün koordinatörlöğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlöğü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliğı Genel Müdürlöğü, Özörlöüler İdaresi Başkanlığı,

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlöğü ve Türkiye Sakatlar Konfederasyonu ile en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşların birer temsilcilerinden oluşun komisyon tarafından karara bağlanır. Komisyonun çalışma usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Eski hükömlü çalıştırılmasında, kanunlardaki kamu güvenliğı ile ilgili hizmetlere ilişkin özel hükömler saklıdır.”

MADDE 3 – 4857 sayılı Kanunun 78 inci maddesi, madde başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değıştirilmiştir.

“İş sağlığı ve güvenliğı yönetmelikleri

MADDE 78 – Bu Kanuna tabi işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğı şartlarının belirlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması, işyerlerinde kullanılan araç, gereç, makine ve hammaddeler yüzünden çıkabilecek iş kazaları ve meslek hastalıklarının önlenmesi ve özel durumları sebebiyle korunması gereken kişilerin çalışma şartlarının düzenlenmesi, ayrıca iş sağlığı ve güvenliğı mevzuatına uygunluğı yönünden; işçi sayısı, işin ve işyerinin özellikleri ile tehlikesi dikkate alınarak işletme belgesi alması gereken işyerleri ile belgelendirilmesi gereken işler veya ürünler ve bu belge veya belgelerin alınmasına ilişkin usul ve esaslar, iş sağlığı ve güvenliğı ile ilgili konularda yapılacak risk değıerlendirmesi, kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların usul ve esasları ile bunları yapacak kişi ve kuruluşların niteliklerinin belirlenmesi, gerekli izin verilmesi ve verilen iznin iptal edilmesi Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir.”

MADDE 4 – 4857 sayılı Kanunun 81 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki

şekilde değiştirilmiştir.

“İş sağlığı ve güvenliği hizmetleri

MADDE 81 – İşverenler, devamlı olarak en az elli işçi çalıştırdıkları iş yerlerinde alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesi ve uygulanmasının izlenmesi, iş kazası ve meslek hastalıklarının önlenmesi, işçilerin ilk yardım ve acil tedavi ile koruyucu sağlık ve güvenlik hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, işyerindeki işçi sayısı, işyerinin niteliği ve işin tehlike sınıf ve derecesine göre;

a) İşyeri sağlık ve güvenlik birimi oluşturmakla,

b) Bir veya birden fazla işyeri hekimi ile gereğinde diğer sağlık personelini görevlendirmekle,

c) Sanayiden sayılan işlerde iş güvenliği uzmanı olan bir veya birden fazla mühendis veya teknik elemanı görevlendirmekle,

yükümlüdürler.

İşverenler, bu yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını, bünyesinde çalıştırdığı ve bu maddeye dayanılarak çıkarılacak yönetmelikte belirtilen vasıflara sahip personel ile yerine getirebileceği gibi, işletme dışında kurulu ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet olarak da yerine getirebilir. Bu şekilde hizmet alınması işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

İşyeri sağlık ve güvenlik biriminde görevlendirilecek işyeri hekimleri, iş güvenliği uzmanları ve işverence görevlendirilecek diğer personelin nitelikleri, sayısı, işe alınmaları, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma şartları, eğitimleri ve belgelendirilmeleri, görevlerini nasıl yürütecekleri, işyerinde kurulacak sağlık ve güvenlik birimleri ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinin nitelikleri,

ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden hizmet alınmasına ilişkin hususlar ile bu birimlerde bulunması gereken personel, araç, gereç ve teçhizat, görevlendirilecek personelin eğitim ve nitelikleri Sağlık Bakanlığı, Türk Tabipleri Birliği ve Türk Mimar Mühendis Odaları Birliğinin görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Kanuna veya kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu kurum ve kuruluşlarında ilgili mevzuatına göre çalıştırılmakta olan hekimlere, üçüncü fıkrada öngörülen eğitimler aldırılmak suretiyle ve aslı görevleri kapsamında, çalışmakta oldukları kurum ve kuruluşların asıl işveren olarak çalıştırdıkları işçilerin işyeri hekimliği hizmetleri gördürülür. Bu kurum ve kuruluşların diğer personel için oluşturulmuş olan sağlık birimleri, işyeri sağlık ve güvenlik birimi olarak da kullanılabilir.”

MADDE 5 – 4857 sayılı Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “çocuklar” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile çalıştığı işle ilgili mesleki eğitim almamış işçiler” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 6 – 4857 sayılı Kanunun 88 inci maddesinde yer alan “kurulması gerektiği” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya hangi hallerde dışarıdan hizmet alabilecekleri” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 7 – 4857 sayılı Kanunun 95 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İşyerinin açılmasına izin vermeye yetkili belediyeler ile diğer ilgili makamlar bu izni vermeden önce, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca iş mevzuatına göre verilmesi gerekli işletme belgesinin varlığını araştırır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca işletme belgesi verilmemiş işyerlerine belediyeler

veya diğer ilgili makamlarca açılma izni verilemez.”

MADDE 8 – 4857 sayılı Kanunun 98 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki işyeri bildirme yükümlülüğüne aykırı davranan işveren veya işveren vekiline, çalıştırılan her işçi için yüz Yeni Türk Lirası, 85 inci madde kapsamındaki işyerlerinde ise çalıştırılan her işçi için bin Yeni Türk Lirası, 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki işyerini muvazaalı olarak bildiren asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir.”

MADDE 9 – 4857 sayılı Kanunun 105 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 105** – Bu Kanunun;

a) 78 inci maddesinde öngörülen yönetmeliklerdeki hükümlere uymayan işveren veya işveren vekiline, alınmayan her iş sağlığı ve güvenliği önlemi için iki yüz Yeni Türk Lirası, alınmayan önlemler için izleyen her ay aynı miktar,

b) 86 ncı maddesi uyarınca işçilere doktor raporu almayan işveren veya işveren vekiline bu durumda olan her işçi için, 87 nci maddesi gereğince çocuklara doktor raporu almayan işveren veya işveren vekiline bu durumdaki her çocuk için iki yüz Yeni Türk Lirası,

c) 77 nci maddesine aykırı hareket eden, 78 inci maddesi gereği işletme belgesi almadan işyeri açan veya belgelendirilmesi gereken işler veya ürünler için belge almayan, 79 uncu maddesi gereğince faaliyeti durdurulan işi izin almadan devam ettiren veya kapatılan işyerlerini izinsiz açan, 80 inci maddesinde öngörülen iş sağlığı ve güvenliği

kurullarının kurulması ve çalıştırılması ile ilgili hükümlere aykırı davranan, iş sağlığı ve güvenliği kurullarınca alınan kararları uygulamayan, 81 inci maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen, 88 ve 89 uncu maddelerinde öngörülen yönetmeliklerde gösterilen şartlara ve usullere uymayan işveren veya işveren vekiline biner Yeni Türk Lirası,

d) Bu Kanunun 85 inci maddesine aykırı olarak ağır ve tehlikeli işlerde onaltı yaşından küçükleri çalıştıran veya aynı maddede belirtilen yönetmelikte gösterilen yaş kayıtlarına aykırı işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline her işçi için bin Yeni Türk Lirası, aynı maddenin birinci fıkrasında belirtilen mesleki eğitim almamış işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline her işçi için beşyüz Yeni Türk Lirası,

idari para cezası verilir.”

MADDE 10 – 4857 sayılı Kanunun 108 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 108** – Bu Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101 ve 106 ncı maddelerdeki idari para cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürüne verilir. 101 ve 106 ncı maddeler kapsamındaki idari para cezaları ise doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilir ve genel esaslara göre tahsil edilir. 106 ncı maddeye göre verilecek idari para cezası için, 4904 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (h) bendindeki tutar esas alınır.”

MADDE 11 – 4857 sayılı Kanunun 111 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 111** – Bu Kanunun uygulanması bakımından; sanayiden, ticaretten, tarım ve orman işlerinden sayılacak

ekler

işlerin esasları aşağıda belirtilmiştir.

Sanayiden sayılacak işlerin esasları şunlardır:

a) Her türlü madenleri arama ve topraktan çıkarma, taş, kum ve kireç ocakları.

b) Ham, yarı ve tam yapılmış maddelerin işlenmesi, temizlenmesi, şeklinin değiştirilmesi, süslenmesi, satış için hazırlanması.

c) Her türlü kurma, onarma, sökme, dağıtma ve yıkma.

d) Bina yapılması ve onarımı, değiştirilmesi, bozulması, yıkılması ve bunlara yardımcı her türlü sınaı yapım.

e) Yol, demiryolu, tramvay yolu, liman, kanal, baraj, havaalanı, dalgakıran, tünel, köprü, lağım ve kuyuların yapılması ve onarımı, batıkların çıkarılması ve bataklık kurutma.

f) Elektrik ve her çeşit muharrik kuvvetlerin elde edilmesi, değiştirilmesi, taşınması, kurma ve dağıtma.

g) Su ve gaz tesisatı kurma ve işletmesi.

h) Telefon, telgraf, telsiz, radyo ve televizyon kurma.

i) Gemi ve vapur yapımı, onarımı, değiştirilmesi ve bozup dağıtma.

j) Eşyanın istasyon, antrepo, iskele, limanlar ve havaalanlarında yükletilmesi, boşaltılması.

k) Basımevleri.

Ticaretten sayılacak işlerin esasları şunlardır:

a) Ham, yarı ve tam yapılmış her çeşit bitkisel, hayvani veya sınaı ürün ve malların alımı ve satımı.

b) Bankacılık ve finans sektörü ile ilgili işlerle, sigortacılık, komisyonculuk, depoculuk, ambarcılık, antreproculuk.

c) Su ürünleri alımı ve satımı.

d) Karada, göl ve akarsularda insan veya eşya ve hayvan taşıma.

Tarım ve orman işlerinden sayılacak işlerin esasları şunlardır:

a) Her çeşit meyveli ve meyvesiz bitkiler; çay, pamuk, tütün, elyafli bitkiler; turunçgiller; pirinç, baklagiller; ağaç, ağaççık, omca, tohum, fide, fidan; sebze ve tarla ürünleri; yem ve süt bitkilerinin yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı, araştırılması, bunlarla ilgili her türlü toprak işleri, ekim, dikim, aşı, budama, sulama, gübreleme, hasat, harman, devşirme, temizleme, hazırlama ve ayırma işleri, hastalık ve zararlılarla mücadele, toprak ıslahı, çayır, mera, toprak ve su korunması.

b) Ormanların korunması, planlanması (amenajman), yetiştirilmesi, işletilmesi, sınırlandırılması çalışmaları, bunlara ait alt yapı çalışmaları ile tohum toplama, fidanlık, ağaçlandırma, erozyon kontrolü, etüt proje ve rehabilitasyonu, ormancılık araştırma ile milli park, orman içi dinlenme yerleri ve kent ormanlarının kurulması, bakım ve geliştirilmesi.

c) Her türlü iş ve gelir hayvanlarının (arı, ipek böceği ve benzerleri dahil) yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı ve bunlarla ilgili bakım, güdüm, terbiye, kırkım, sağım ve ürünlerinin elde edilmesi, toplanması, saklanması ile bu hayvanların hastalık ve asalaklarıyla mücadele.

d) 854 sayılı Deniz İş Kanununun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kara ve su avcılığı ve üreticiliği ile bu yoldan elde edilen ürünlerin saklanması ve taşınması.

Yukarıda sayılan esaslar doğrultusunda bir işin bu Kanunun uygulanması bakımından sanayi, ticaret, tarım ve orman işlerinden hangisinin kapsamında sayılacağı; Sanayi ve Ticaret, Çevre ve

Orman ile Tarım ve Köyişleri bakanlıklarının görüşleri alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca altı ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.”

MADDE 12 – 26/6/1973 tarihli ve 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanununa aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

“**EK MADDE 2** – Bu Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddeleri gereğince verilen sürekli veya geçici olarak çalışanlara ait kimlik bilgileri, genel kolluk kuvvetlerince ilgili Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı il müdürlükleri veya merkez müdürlüklerine bildirilir.”

MADDE 13 – 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 46 ncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, bu maddenin son fıkrasında yer alan “Geçici 1 inci maddesinde” ibaresi “Ek 1 inci, Ek 2 nci, Geçici 1 inci, Geçici 6 ncı ve Geçici 7 nci maddelerinde” şeklinde değiştirilmiştir.

“İşsizlik sigortasının amacı; işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve bu Kanunda öngörülen hizmetlerin verilmesini sağlamaktır.”

MADDE 14 – 4447 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin dördüncü fıkrasının sonuna “Kurumca bu Kanuna göre yapılacak işlemlere ilişkin elektronik ortamda bilgi ve belge istenebilir veya bilgi ve belge verilebilir.” cümlesi ve beşinci fıkrasında yer alan “doğrudan” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya elektronik ortamda” ibaresi eklenmiş, yedinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Ayrıca, sigortalı işsizler ile Kuruma kayıtlı diğer işsizlere; iş bulma, danışmanlık hizmetleri, mesleki eğitim, işgücü uyum ve toplum yararına çalışma hizmetleri verilir ve işgücü piyasası araştırma ve planlama çalışmaları yapılır.

Bu kapsamda yapılacak giderler İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır. Bu giderlerin yıllık miktarı, işsizlik sigortası primi olarak bir önceki yıl içinde Fona aktarılan Devlet payının yüzde otuzunu geçemez. Bu oranı yüzde elliye kadar çıkarmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. Ancak, işsizlik ödeneğinden yararlanmakta olanlara yönelik hizmetler için bu sınırlama dikkate alınmaz. Bu fıkra ile ilişkin esas ve usuller yönetmelikle belirlenir.”

MADDE 15 – 4447 sayılı Kanunun 50 nci maddesinin başlığı ve birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, üçüncü fıkrasında yer alan “İlk işsizlik ödeneği ödemesi ise ödeneğe hak kazanılan tarihi izleyen ayın sonunda yapılır.” cümlesi “İlk işsizlik ödeneği ödemesi ise ödeneğe hak kazanılan tarihi izleyen ayın sonuna kadar yapılır.” şeklinde değiştirilmiş ve fıkranın sonuna “Ölen sigortalı işsizlere ait fazla ödemeler geri tahsil edilmez.” cümlesi eklenmiştir.

“İşsizlik ödeneğinin; miktarı, ödeme süreleri ve zamanı ile sigorta primleri”

“Günlük işsizlik ödeneği, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının yüzde kırkıdır. Bu şekilde hesaplanan işsizlik ödeneği miktarı, 4857 sayılı İş Kanununun 39 uncu maddesine göre onaltı yaşından büyük işçiler için uygulanan aylık asgari ücretin brüt tutarının yüzde seksenini geçemez.”

MADDE 16 – 4447 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (B) bendinin (c) alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve bu bende aşağıdaki (e) alt bendi eklenmiştir.

“c) 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan hizmetlere ilişkin giderlerden,”

“e) Geçici 6 ncı ve Geçici 7 nci mad-

deleri kapsamındaki giderlerden, ”

MADDE 17 – 4447 sayılı Kanuna aşağıdaki ek 1 inci madde eklenmiştir.

“İşverenin ödeme aczine düşmesi

EK MADDE 1 – Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflası veya iflasın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde geçerli olmak üzere, işçilerin iş ilişkisinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarını karşılamak amacı ile İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir Ücret Garanti Fonu oluşturulur. Bu madde kapsamında yapılacak ödemelerde işçinin, işverenin ödeme güçlüğüne düşmesinden önceki son bir yıl içinde aynı işyerinde çalışmış olması koşulu esas alınarak temel ücret üzerinden ödeme yapılır. Bu ödemeler 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 78 inci maddesi uyarınca belirlenen kazanç üst sınırını aşamaz.

Ücret Garanti Fonu, işverenlerce işsizlik sigortası primi olarak yapılan ödemelerin yıllık toplamının yüzde biridir. Ücret Garanti Fonunun oluşumu ve uygulanması ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”

MADDE 18 – 4447 sayılı Kanuna aşağıdaki ek 2 nci madde eklenmiştir.

“Kısa çalışma ve kısa çalışma ödeneği

EK MADDE 2 – Bu Kanuna göre sigortalı sayılan kişileri hizmet akdine tabi olarak çalıştıran işveren; genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltması veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durdurması halinde, durumu derhal gerekçeleri ile birlikte Türkiye İş Ku-

rumuna, varsa toplu iş sözleşmesi tarafı sendikaya bir yazı ile bildirir. Talebin uygunluğunun belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle işyerinde geçici olarak en az dört hafta işin durması veya kısa çalışma hallerinde işçilere çalıştırılmadıkları süre için işsizlik sigortasından kısa çalışma ödeneği ödenir. Kısa çalışma süresi, zorlayıcı sebebin devamı süresini ve herhalde üç ayı aşamaz. İşçinin kısa çalışma ödeneğine hak kazanabilmesi için, çalışma süreleri ve işsizlik sigortası primi ödeme gün sayısı bakımından işsizlik ödeneğine hak kazanma şartlarını yerine getirmesi gerekir.

Günlük kısa çalışma ödeneğinin miktarı, işsizlik ödeneği miktarı kadardır. Kısa çalışma ödeneğinden yararlananlara ait sigorta primlerinin aktarılması ve sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin işlemler 506 sayılı Kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde yürütülür. Kısa çalışma ödeneği olarak yapılan ödemeler başlangıçta belirlenen işsizlik ödeneği süresinden düşülür.

Zorlayıcı sebeplerle işyerinde faaliyetin tamamen veya kısmen geçici olarak durması halinde, kısa çalışma ödeneği ödemeleri 4857 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinin (III) numaralı bendinde ve aynı Kanunun 40 inci maddesinde öngörülen bir haftalık süreden sonra başlar.”

MADDE 19 – 4447 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici 6 ncı madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 6 – a) 2008 yılına münhasır olmak üzere, Fonun mevcut nema gelirlerinden 1.300.000.000 YTL’lik kısım Fon tarafından Hazine İç Ödemeler Muhasebe Birimi hesaplarına aktarılır ve genel bütçenin (B) işaretli

cetveline gelir kaydedilir. Kaydedilen bu tutarları, Yüksek Planlama Kurulu kararına istinaden Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımlarda kullanılmak üzere ilgili idare bütçelerine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenekler, 2008 yılı yatırım programı ile ilişkilendirilir.

b) 2009-2012 yıllarında Fon tarafından tahsil edilecek nema gelirlerinin dörtte biri, ilgili yıl genel bütçelerinin (B) işaretli cetvelinde bütçe gelir tahmini olarak yer alır. İlgili yıl bütçeleri hazırlanırken Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran bölgesel ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımların finansmanı için ilgili idare bütçelerine bu gelir tahmini karşılığı kadar ödenek öngörülür. Bu gelirler, Fon tarafından tahsil edilen ayı izleyen ayın 15'ine kadar Hazine İç Ödemeler Muhasebe Birimi hesaplarına aktarılır ve yılı genel bütçesinin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilir.

c) Bu madde kapsamında aktarılabilecek kaynakla gerçekleştirilecek yatırımlardan elde edilecek getiriler ile varlık satışlarından elde edilecek gelirlerin Yüksek Planlama Kurulunca belirlenecek oranı, kullanılan kaynak tutarını aşmamak kaydıyla Fona aktarılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir.”

MADDE 20 – 4447 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici 7 nci madde eklenmiştir.

“**GEÇİCİ MADDE 7** – 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük olanlar ile yaş şartı aranmaksızın 18 yaşından büyük kadınlardan; bu maddenin yürürlük tari-

hinden önceki altı aylık dönemde prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalılar dışında olması şartıyla, bu maddenin yürürlük tarihinden önceki bir yıllık dönemde işyerine ait prim ve hizmet belgelerinde bildirilen ortalama sigortalı sayısına ilave olarak bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde işe alınan ve fiilen çalıştırılanlar için; 506 sayılı Kanunun 72 nci ve 73 üncü maddelerinde sayılan ve 78 inci maddesi uyarınca belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin;

- a) Birinci yıl için yüzde yüzü,
- b) İkinci yıl için yüzde sekseni,
- c) Üçüncü yıl için yüzde altmışı,
- d) Dördüncü yıl için yüzde kırkı,
- e) Beşinci yıl için yüzde yirmisi,

İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanır.

İşveren hissesine ait primlerin İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 506 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesi ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanmayan işveren hissesine ait tutarın ödenmiş olması şarttır. Bu maddeye göre işveren tarafından ödenmesi gereken primlerin geç ödenmesi halinde, İşsizlik Sigortası Fonundan Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacak ödemenin gecikmesinden kaynaklanan gecikme zammı, işverenden tahsil edilir.

Bu madde hükümleri;

a) 1/10/2003 tarihinden sonra özelleştirme kapsamında devir alınan işyerleri hariç olmak üzere, mevcut ve faaliyette bulunan işyerlerinin devredilmesi, birleş-

mesi, bölünmesi veya nevi değiştirmesi gibi hallerde yeni işe başlama olarak değerlendirilmez.

b) Mevcut bir işyerinin kapatılarak; değişik bir ad veya unvan ya da bir iş birimi olarak aynı faaliyette açılması veya çalışan sigortalıların bütün olarak devredilmesi halinde, bu işyerleri hakkında uygulanmaz.

c) Yönetim ve kontrolü elinde bulunduracak şekilde doğrudan veya dolaylı ortaklık ilişkisi bulunan şirketler arasında istihdamın kaydırılması, şahıs işletmelerinde işletme sahipliğinin değiştirilmesi gibi ek bir kapasite ve istihdam artışına neden olmayan, sadece teşviklerden yararlanmak amacıyla yapılan işlemler hakkında uygulanmaz.

d) 506 sayılı Kanun gereğince yapılan kontrol ve denetimler sonucunda çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmediği tespit edilen işyerleri hakkında bir yıl süreyle uygulanmaz.

e) 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve uluslararası anlaşma hükümlerine istinaden yapılan hizmet ve yapım konulu işyerlerine yönelik işyerleri hakkında uygulanmaz.

f) Kamu idareleri işyerleri hakkında uygulanmaz.

g) 506 sayılı Kanuna göre sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar ile yurt dışında çalışan sigortalılar hakkında uygulanmaz.

İşsizlik Sigortası Fonundan karşılanan prim tutarları gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınmaz.

Bu maddeyle düzenlenen destek unsurundan diğer ilgili mevzuat uyarınca ayrıca yararlanmakta olan işverenler; aynı

dönem için ve mükerrer olarak bu destek unsurundan yararlanamaz. Bu durumda, işverenlerin tercihleri dikkate alınmak suretiyle uygulama, destek unsurlarından sadece biriyle sınırlı olarak yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından belirlenir.”

MADDE 21 – 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Türkiye İş Kurumu Kanununun 13 üncü maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İl istihdam ve mesleki eğitim kurumları

MADDE 13 – İlin işgücü, istihdam ve mesleki eğitim ihtiyacını tespit etmek veya ettirmek, mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları ile işletmelerde yapılacak mesleki eğitim ve istihdam konularında etkinlik ve verimliliği artırmak amacıyla yerel düzeyde politikalar oluşturmak, plan yapmak ve kararlar almak, ilgili kurum ve kuruluşlara görüş ve önerilerde bulunmak üzere illerde İl İstihdam ve Mesleki Eğitim Kurulu kurulur.

Kurul valinin başkanlığında aşağıda sayılan üyelerden oluşur:

a) Belediye Başkanı, büyükşehir belediyesi bulunan illerde Büyükşehir Belediye Başkanı veya genel sekreteri veya yardımcısı.

b) İl Özel İdaresi Genel Sekreteri.

c) İl Millî Eğitim Müdürü.

ç) İl Sanayi ve Ticaret Müdürü.

d) İŞKUR İl Müdürü.

e) İl Ticaret ve/veya Sanayi Odası Başkanı.

f) İşçi, işveren konfederasyonları ile Türkiye Sakatlar Konfederasyonundan birer temsilci.

g) İl Esnaf ve Sanatkarlar Odaları Birliği Başkanı.

ğ) İlde bulunan fakülte veya yüksek okulların Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü veya Mesleki Teknik Eğitim Bölümlerinden valinin belirleyeceği bir öğretim üyesi.

İl istihdam ve mesleki eğitim kurullarının görevleri şunlardır:

a) İlin istihdam ve mesleki eğitim politikasını oluşturmak.

b) İlin muhtelif sektör ve branştaki işgücü ve mesleki eğitim ihtiyacını belirlemek üzere işgücü piyasa analizleri yapmak-yaptırmak, bu amaçla gerektiğinde ilgili alan uzmanlarından komisyonlar oluşturmak, bunların görev tanımları çerçevesinde hazırladıkları raporları değerlendirmek ve yayınlamak, gerektiğinde ilgili Bakanlık ve kurullara sunmak.

c) Milli Eğitim Bakanlığınca gönderilen mesleki eğitim çerçeve programlarının işgücü piyasası araştırma sonuçlarına göre ilin ihtiyaçları doğrultusunda düzenlenmesi için görüş bildirmek.

ç) Mesleki eğitim uygulamalarında ortaya çıkan uyumsuzlukların çözümüne yardımcı olmak.

d) Mesleki eğitim, işgücü ve istihdam konularında kurum ve kuruluşlardan gelecek görüş ve önerileri incelemek, değerlendirmek ve sonuçlandırmak.

e) İl düzeyinde istihdamı koruyucu, geliştirici ve işsizliği önleyici tedbirleri belirlemek ve gereği için ilgili kurum ve kuruluşlara bildirmek.

f) İşgücü piyasası araştırma sonuçları da dikkate alınarak İl Millî Eğitim Müdürlüğü ve Kurum tarafından hazırlanan işgücü yetiştirme faaliyetlerine ilişkin planları onaylamak ve bunların uygulama sonuçlarını izlemek.

g) Bu madde hükümlerinin il seviyesinde eksiksiz yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri almak.

Kurul kararları bağlayıcıdır. Kurul, alınan kararlara ilişkin eylem planı hazırlar, sorumlu kurum ve kuruluşları belirler, uygulamaları ve sonuçlarını takip eder.

Kurul, üç ayda bir toplanır. Kurulun sekretarya görevi Kurum İl Müdürlüğü ile İl Millî Eğitim Müdürlüğü tarafından kendi görev alanları ile sınırlı kalmak kaydıyla müştereken yürütülür. Alınan kararların uygulanmasının takibi ile diğer faaliyet ve işgücü piyasasına yönelik araştırmalar, Yürütme Kurulu tarafından yerine getirilir.

İşgücü yetiştirme faaliyetleri ve sonuçları; Kurul başkanının onayıyla, Kurum, İl Millî Eğitim Müdürlüğü, Kurul üyesi işçi ve işveren konfederasyonları tarafından belirlenecek birer üyeden oluşan Denetim Kurulu tarafından denetlenir. Denetimler için, ihtiyaç halinde birden fazla Denetim Kurulu oluşturulabilir. Denetim raporları Kurula bildirilir.

Kurul tarafından her yıl faaliyet raporu düzenlenir. Düzenlenen rapor, Kurum Yönetim Kurulu tarafından değerlendirildikten sonra ilgili bakanlıklara gönderilir.

Kurul, Yürütme Kurulu ve Denetim Kurulu üyelerine, 6245 sayılı Harcırah Kanunu doğrultusunda günlük harcırah ödenir.

Kurulun yönetim ve denetim faaliyetleri, işgücü piyasası araştırma ve planlama çalışmaları için Kurum tarafından ödenek tahsis edilir. Bu ödeneğin miktarı, aktif işgücü programları için Kurum tarafından İl Müdürlüğüne tahsis edilen toplam ödeneğin yüzde beşini geçemez.

İl İstihdam ve Mesleki Eğitim Kurulu, Yürütme Kurulu ve Denetleme Kurulunun çalışma usul ve esasları Millî Eğitim, Sanayi ve Ticaret ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıkları ile Kurum tarafından müştereken çıkarılacak yönetmelikle

düzenlenir.

Bu Kanunda İl İstihdam Kurullarına yapılan atıflar ile 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda İl Mesleki Eğitim Kuruluna yapılan atıflar İl İstihdam ve Mesleki Eğitim Kuruluna yapılmış sayılır.

3308 sayılı Kanunun bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz.”

MADDE 22 – 4904 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Türk vatandaşı ve” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

MADDE 23 – 4904 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki (f), (g), (h), (ı) ve (j) bentleri eklenmiş ve ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“f) İş arayanlara ve açık işlere ilişkin bilgileri, iş ve işçi bulma faaliyeti dışında başka bir amaçla kullanan bürolara ikibin Yeni Türk Lirası; iş arayanlardan her ne ad altında olursa olsun menfaat temin eden bürolara onbin Yeni Türk Lirası,

g) Yönetmelikte öngörülenler dışında iş arayanlardan ücret alınmasına veya herhangi bir menfaat teminine yönelik sözlü ya da yazılı anlaşmalar, işgücünün sigortasız çalışması veya sendikaya üye olmaması ya da asgari ücretin altında ücret ödenmesi koşullarını taşıyan anlaşmalar, iş arayanın, diğer özel istihdam bürolarından veya Kurumdan hizmet almalarını engelleyen anlaşmalar yapılması halinde ikibin Yeni Türk Lirası,

h) Kurumdan izin belgesi almadan iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyetinin bir işyerinde veya 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununda yazılı araçlarla ya da radyo, televizyon, video, internet, kablolulu yayın veya elektronik bilgi iletişim araçları ve benzer yayın araçlarından biri ile işlenmesi halinde bu fiili gerçekleştiren

gerçek veya tüzel kişilere onbin Yeni Türk Lirası; fiilin her bir tekrarında yirmibin Yeni Türk Lirası,

ı) Kurumdan izin belgesi almadan iş ve işçi bulmaya aracılık faaliyeti gösteren kişiler ile Kurumdan izin almadan yurtdışına işçi götürmek isteyen kişilere ait iş ve işçi bulma ilanını, 5187 sayılı Basın Kanununda yazılı araçlarla ya da radyo, televizyon, video, internet, kablolulu yayın veya elektronik bilgi iletişim araçları ve benzer yayın araçları ile yayımlayan gerçek ve tüzel kişilere, beşbin Yeni Türk Lirası,

j) 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun gereği çalışma izni almayanlar için aracılık faaliyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişilere kişi başına beş bin Yeni Türk Lirası,”

“Birinci fıkranın (a), (b), (c), (f), (g) ve (j) bentlerinde yer alan fiillerin ayrı ayrı veya birlikte üç kez tekrarlanması halinde özel istihdam bürolarına verilen izinler iptal edilir. Kanun hükümlerine göre verilen idarî para cezaları Kurum tarafından genel esaslara göre tahsil edilir.”

MADDE 24 – 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 81 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki (ı) bendi eklenmiştir.

“ı) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıları çalıştıran özel sektör işverenlerinin, bu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılır. İşveren hissesine ait primlerin Hazinece karşılanabilmesi için, işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak bu Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi

içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna vermeleri, sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarı yasal süresinde ödemeleri, Sosyal Güvenlik Kurumuna prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcu bulunmaması şarttır. Ancak Kuruma olan prim, idari para cezası ve bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borçlarını 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 48 inci maddesine göre tecil ve taksitlendiren işverenler ile 29/7/2003 tarihli ve 4958 sayılı Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna göre yapılandıran işverenler bu tecil ve taksitlendirme ile yapılandırmaları devam ettiği sürece bu fıkra hükmünden yararlandırılır. Bu fıkra hükümleri Kamu idareleri işyerleri ile bu Kanuna göre sosyal güvenlik destek primine tabi çalışanlar ve yurt dışında çalışan sigortalılar hakkında uygulanmaz. Hazinece karşılanan prim tutarları gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınmaz. Bu fıkayla düzenlenen destek unsurundan diğer ilgili mevzuat uyarınca ayrıca yararlanmakta olan işverenler aynı dönem için ve mükerrer olarak bu destek unsurundan yararlanamaz. Bu durumda, işverenlerin tercihleri dikkate alınmak suretiyle uygulama, destek unsurlarından sadece biriyle sınırlı olarak yapılır. Bu Kanun gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde çalıştırdığı kişileri sigortalı olarak bildirmedeği tespit edilen işverenler bir yıl süreyle bu fıkayla sağlanan destek unsurlarından yararlanamaz. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşar-

lığı tarafından müştereken belirlenir.”

MADDE 25 – 5510 sayılı Kanunun geçici 16 ncı maddesinin madde başlığının “Kendi adına ve hesabına tarımsal faaliyette bulunan sigortalılar, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar ile esnaf muaflığından yararlanan kadın sigortalılara ilişkin geçiş hükümleri” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının (f) bendinde belirtilen Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanların, bu maddenin yürürlük tarihinden sonra 51 inci maddenin üçüncü fıkrasına göre zorunlu sigortalılıklarına ilişkin prim ödeme gün sayılarına ilaveten ödeyecekleri isteğe bağlı sigorta primleri, 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının yarısı olarak esas alınır. Bu sigortalıların prime esas kazanç alt sınırı dışında bir kazanç üzerinden prim ödemeleri halinde, alt sınırın yarısı ile alt sınırı aşan tutarın toplamı esas alınır.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinde belirtilen işleri, hizmet akdiyle herhangi bir işverene tabi olmaksızın sürekli ve kazanç getirici nitelikte yapmakta olanların bu maddenin yürürlük tarihinden sonra aynı şartlarla bu işleri yaptıkları, Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Kurumca belirlenen usul ve esaslara göre tespit edilen kadın isteğe bağlı sigortalılar; bu maddenin yürürlüğe girdiği yıl için 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının onbeş katı üzerinden başlanılarak, takip eden her yıl için bir puan arttırılmak suretiyle otuz katını

geçmemek üzere malullük, yaşlılık, ve ölüm sigortaları ile genel sağlık sigortası primi öderler.”

MADDE 26 – 5510 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici 23 üncü madde eklenmiştir.

“Sosyal güvenlik prim yapılandırılması bozulanlara ilişkin hükümler

GEÇİCİ MADDE 23 – (1) 22/2/2006 tarihli ve 5458 sayılı Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 1 inci ve 2 nci maddeleri kapsamına giren borçları yeniden yapılandırıldığı halde aynı Kanununun 3 üncü maddesi uyarınca yeniden yapılandırma haklarını bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden ayın sonuna kadar kaybedenlerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden iki ay içinde Kuruma yazılı olarak başvurmaları halinde, bozulmuş olan yeniden yapılandırma anlaşmaları, 5458 sayılı Kanuna göre yapılmış olan başvuru tarihi ve taksitlendirme süresi dikkate alınmak suretiyle ihya edilir.

(2) Yeniden yapılandırma anlaşmaları ihya edilen borçluların, yeniden yapılandırma anlaşmalarının bozulduğu tarihten sonra 5458 sayılı Kanun kapsamına giren borçları için yaptıkları ödemeler, anılan Kanununun 1 inci maddesi kapsamında olanlar için aynı borç türündeki taksit tutarlarına, 2 nci maddesi kapsamında olanlar için ise anılan Kanununun 10 uncu maddesi hükmüne göre mahsup edilir.

(3) İhya veya mahsup işlemleri sonucunda bu maddeye göre yapılan başvuru tarihinden önce vadesinde ödenmediği veya eksik ödendiği anlaşılan taksit tutarlarının, ödeme tarihine kadar gecikilen her ay için ayrı ayrı Hazine Müsteşarlığınca açıklanacak bir önceki aya ait Yeni Türk Lirası (YTL) cinsinden iskontolu ihraç

edilen Devlet iç borçlanma senetlerinin aylık ortalama faiz oranına 1 puan eklenmek suretiyle bulunacak faiz oranının bileşik bazda uygulanması sonucunda hesaplanacak faiz miktarıyla birlikte başvuru tarihini takip eden altı ay içinde ödenmesi halinde, 5458 sayılı Kanununun yeniden yapılandırma hükümlerinden yararlanılır. Bu fıkrada belirtilen ödeme yükümlülüklerinin söz konusu altı aylık süre içinde tam olarak yerine getirilmesi halinde yeniden yapılandırma hakkı kaybedilir ve yapılandırma işlemleri iptal edilerek, ödedikleri tutarlar sosyal güvenlik mevzuatının ilgili hükümlerine göre borçlarına mahsup edilir.

(4) Bu madde hükümlerinden yararlandırılan borçluların, bu maddeye göre yapılan başvuru tarihinden itibaren vadesi gelecek taksitleri ile cari ay prim ödeme yükümlülükleri yönünden, 5458 sayılı Kanununun 3 üncü maddesi hükümleri uygulanır. Şu kadar ki, 5458 sayılı Kanununun 3 üncü maddesi hükümleri, anılan Kanununun 1 inci maddesi kapsamına giren borçlular yönünden, bu maddeye göre yapılan başvuru tarihini takip eden üçüncü ayın sonundan, 2 nci maddesi kapsamına giren borçlular yönünden ise bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen altı aylık sürenin sonundan itibaren geriye doğru bakılarak uygulanmaya başlanır.

(5) 5458 sayılı Kanununun 1 inci ve 2 nci maddeleri kapsamına giren borçları yeniden yapılandırılanlardan, aynı Kanununun 3 üncü maddesi uyarınca yeniden yapılandırma haklarını kaybetmiş olup, kapsama giren bu borçlularının tamamını sosyal güvenlik mevzuatının ilgili hükümlerine göre ödemiş olanlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz. Borçlarını kısmen ödemiş olup bu maddeden yararlanmak için başvuranlara, daha önce ödemiş oldukları tutarlar iade edilmez, bu maddenin

birinci ve ikinci fıkraları saklı kalmak kaydıyla mahsup işlemleri yapılmaz.

(6) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce 5458 sayılı Kanun kapsamına giren borçlar nedeniyle, taşınır ve taşınmaz mallara konulan hacizler ile alınan teminatlar vadesi geçmiş taksitlerin ödenmesinden sonra yapılan ödemeler nispetinde, üçüncü şahıslar nezdindeki hak ve alacaklarla ilgili hacizler ise vadesi geçmiş taksitlerin ödenmesinden sonra tümüyle kaldırılır.

(7) 1479 ve 2926 sayılı Kanunlar kapsamındaki sigortalılar veya bunların hak sahipleri, ödeme vadesi geçmiş taksitleri ile 1/4/2006 tarihinden sonraki süreye ilişkin prim borçlarını ödemeleri ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonraki taksit ve cari ay primlerine ilişkin ödeme yükümlülüklerini yerine getirmeleri durumunda sağlık sigortasından yararlanmaya başlatılır.

(8) Bu maddede belirtilen hükümlerden yararlanmak üzere başvuran borçluların, kapsama giren borçları nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumuna yaptıkları itirazlardan ve yargı nezdinde sürdürdükleri davalardan feragat etmeleri ve ihtilaf yaratmamaları şarttır.

(9) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Sosyal Güvenlik Kurumu yetkilidir.”

MADDE 27 – 5510 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici 24 üncü madde eklenmiştir.

“Sosyal güvenlik alacakları

GEÇİCİ MADDE 24 – (1) 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre takip edilen 10/7/2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun geçici 3 üncü maddesi, mülga 7/12/2004 tarihli ve 5272 sayılı Belediye Kanununun geçici 7 nci maddesi

ve 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun geçici 5 inci maddesine istinaden Uzlaşma Komisyonunca karara bağlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanarak Resmi Gazetede yayımlanan borçlar hariç olmak üzere, bu maddeye göre yapılan başvuru tarihine kadar tahakkuk ettiği halde ödenmemiş olan, 2008/Mart ve önceki dönemlere ilişkin sigorta primi, işsizlik sigortası primi, idari para cezası, sosyal yardım zammı ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihi takip eden ayın sonuna kadar müracaat edilmiş olması kaydıyla 31/3/2008 tarihine kadar bitirilmiş olan özel bina inşaatı ile ihale konusu işlerden Sosyal Güvenlik Kurumunca yapılan ön değerlendirme, araştırma veya tespit sonucunda yeterli işçilik bildiriminde bulunulmadığı anlaşılanların fark işçiliğe ilişkin borçları, isteğe bağlı sigortalıların 2003/Mayıs ila 2008/Mart dönemleri arasında isteğe bağlı sigortalılıklarının devam ettiği süre içindeki prim borçları, topluluk sigortasına tabi olanların 2008/Mart ve önceki dönemlere ilişkin malul-lük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına ait prim borçları, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu ile 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa göre sigortalı olanların 31/3/2008 tarihine kadar olan prim ve sosyal güvenlik destek prim borçları, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden iki ay içinde yazılı olarak başvurulması kaydıyla, bu maddede belirtilen şartlarla peşin veya yirmidört aya kadar eşit taksitler halinde ödenir.

(2) Peşin ödeme yolunun tercih edilerek borç aslının tamamının ve başvurunun yapıldığı ayın sonuna kadar sosyal güvenlik mevzuatının ilgili hükümlerine göre hesaplanan gecikme cezası ve gecikme zammının yüzde onbeşinin başvuru tarihi-

ni takip eden bir ay içinde ödenmesi halinde, gecikme cezası ve gecikme zammının kalan yüzde seksenbeşi terkin edilir.

(3) Taksitle ödeme yolunun tercih edilmesi halinde, birinci fıkra kapsamına giren borç asıllarına başvurunun yapıldığı ayın sonuna kadar sosyal güvenlik mevzuatının ilgili hükümlerine göre hesaplanan gecikme cezası ve gecikme zammının; oniki aya kadar taksitlendirmelerde yüzde ellibeşi, oniki ayı aşan taksitlendirmelerde yüzde otuzu terkin edilir ve kalan kısmı borç asıllarına ilave edilerek taksitlendirmeye esas borç hesaplanır. Bulunan bu tutar, taksit süresine bölünmek suretiyle ödenecek aylık taksit miktarı bulunur. İlk taksitin ödeme yükümlülüğü, bu maddeye göre başvurunun yapıldığı ayı takip eden ayda başlar. Başlangıçta taksitle ödeme yolu seçilip daha sonra taksitlendirilen borcun kalan kısmının peşin ödenmek istenilmesi halinde, başlangıçta seçilen taksitlendirme süresine bağlı terkin oranı değiştirilmez.

(4) Borçlular, borç türü bazında taksitlendirilmiş borçlarıyla ilgili ödeme yükümlülüklerini bir takvim yılında üç defadan fazla yerine getirmemeleri veya eksik yerine getirmeleri ya da bir takvim yılında üç defaya kadar ödenmeyen veya eksik ödenen taksit tutarlarını en geç son taksiti izleyen ayın sonuna kadar gecikilen her ay için Hazine Müsteşarlığınca açıklanacak bir önceki aya ait Yeni Türk Lirası (YTL) cinsinden iskontolu ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetlerinin aylık ortalama faiz oranına 1 puan eklenmek suretiyle bulunacak faiz oranının bileşik bazda uygulanması sonucunda hesaplanacak faiz miktarı ile birlikte ödememeleri halinde, bu maddeye göre taksitlendirme haklarını kaybederler ve taksitlendirme öncesi duruma dönülerek ödedikleri taksit tutarları sosyal güvenlik mevzuatının

ilgili hükümlerine göre borçlarına mahsup edilir.

(5) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce tahsil edilmiş gecikme cezası ve gecikme zammı, yanlış veya yersiz alınan tutarlar hariç iade ve mahsup edilmez.

(6) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce bu madde kapsamına giren borçlar nedeniyle, taşınır ve taşınmaz mallara konulan hacizler ile alınan teminatlar yapılan ödemeler nispetinde, üçüncü şahıslar nezdindeki hak ve alacaklarla ilgili hacizler ise ilk taksitin ödenmesinden sonra tümüyle kaldırılır.

(7) Bu madde kapsamına giren borçları ilgili Kanunlar gereğince tecil ve taksitlendirilmiş veya yapılandırılmış olan borçlularca, tecil ve taksitlendirme veya yapılandırma işlemlerinin bozularak birinci fıkra kapsamına giren borçlarının bu maddeye göre peşin ödenmesinin veya taksitlendirilmesinin başvuru süresi içinde yazılı olarak talep edilmesi halinde, daha önce yapılmış olan tecil ve taksitlendirme veya yapılandırma işlemleri bozularak, ödemiş oldukları tutarlar, sosyal güvenlik mevzuatının ilgili hükümlerine göre mahsup edildikten sonra birinci fıkra kapsamına giren kalan borçları bu maddeye göre peşin ödenir veya taksitlendirilir.

(8) 22/2/2006 tarihli ve 5458 sayılı Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna göre yapılandırma anlaşmaları devam eden veya ihya edilen borçluların 5458 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan ancak, bu madde kapsamına giren borçları hakkında, talep etmeleri halinde bu madde hükümleri uygulanır.

(9) Büyükşehir belediyeleri, belediyeler ve bunlara bağlı kuruluşlar birinci fıkra kapsamına giren borçlarının tak-

sitlendirilmesini talep etmeleri halinde, 10/7/2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun geçici 5 inci maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun geçici 6 ncı maddesi kapsamına giren borçları için ilgili kanunlar gereğince yapılan kesinti tutarları bu madde uyarınca ödenmesi gereken taksit tutarlarına mahsup edilebilir. Kesinti tutarlarının, aylık taksit tutarlarına mahsup edilmediği durumlarda aylık taksit tutarlarının tamamı, kesinti tutarlarının, aylık taksit tutarlarını tam olarak karşılamadığı durumlarda ise bakiye taksit tutarları borçlularca ödenir.

(10) 1479 ve 2926 sayılı kanunlar kapsamındaki sigortalılar veya bunların hak sahipleri, bu madde kapsamı dışında borçlarının bulunmaması veya bu madde kapsamı dışında borçları bulunmakla birlikte bu borçların özel kanunlara göre yapılandırılmış olup ödeme yükümlülüklerinin de yerine getiriliyor olması ve birinci fıkraya göre hesaplanan toplam borçlarının ilk dört taksitini ödemeleri kaydıyla sağlık sigortasından yararlanmaya başlatılır.

(11) Bu maddede belirtilen hükümlerden yararlanmak üzere başvuran borçluların, kapsama giren borçları nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumuna yaptıkları itirazlardan ve yargı nezdinde sürdürdükleri davalardan feragat etmeleri ve ihtilaf yaratmamaları şarttır.

(12) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Sosyal Güvenlik Kurumu yetkilidir.”

MADDE 28 – 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 23 – Bu Kanun kapsamında;

a) Özelleştirme Fonunun 2008 yılındaki nakit fazlasının 1.000.000.000 YTL’lik kısmı, Fon tarafından Hazine İç Ödemeler Muhasebe Birimi hesaplarına aktarılır ve genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilir. Kaydedilen bu tutarları, Yüksek Planlama Kurulu kararına istinaden Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımlarda kullanılmak üzere ilgili idare bütçelerine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenekler, 2008 yılı yatırım programı ile ilişkilendirilir.

b) 1/1/2009-31/12/2012 tarihleri arasındaki dönemde oluşacak Özelleştirme Fonunun nakit fazlasının; 2009 yılı için 2.500.000.000 YTL’lik kısmı, izleyen yıllarda ise bir önceki yıl genel bütçesinde gelir tahmini olarak yer alan tutarın Gayri Safi Yurtiçi Hasıla deflatörü oranında artırılarak bulunacak kısmı, ilgili yıl genel bütçelerinin (B) işaretli cetvelinde bütçe gelir tahmini olarak yer alır. İlgili yıl bütçeleri hazırlanırken Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran bölgesel ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımların finansmanı için ilgili idare bütçelerine bu gelir tahmini karşılığı kadar ödenek öngörülür. Yukarıda belirlenen tutarlar Özelleştirme Fonu tarafından Hazine İç Ödemeler Muhasebe Birimi hesaplarına aktarılır ve ilgili yıl genel bütçesinin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilir.

1/1/2009-31/12/2012 tarihleri arasındaki dönemde oluşacak Özelleştirme Fonunun nakit fazlasının yukarıda belirlenen tutarları aşan kısmından Özelleştirme Yüksek Kurulu kararına göre tespit edilecek tutar, Fon tarafından Hazine İç Ödemeler Muhasebe Birimi hesaplarına

ekler

aktarılır ve ilgili yıl genel bütçesinin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilir. Kaydedilen bu tutarları, Yüksek Planlama Kurulu kararına istinaden ulaştırma ve enerji yatırımlarında kullanılmak üzere, ilgili idare bütçelerine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenekler, yılı yatırım programı ile ilişkilendirilir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir.”

MADDE 29 – 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun ek 1 inci maddesinin (A) bendinde yer alan “% 0.7” ibaresi “% 1” olarak değiştirilmiştir.

MADDE 30 – 9/1/1985 tarihli ve 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 2 nci maddesinin (g) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı maddeye (r) ve (s) bentleri eklenmiştir.

“g) İş sağlığı ve güvenliğini sağlayacak tedbirlerin uygulanmasını izlemek,”

“r) İşyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önleyici ve koruyucu hizmetleri yürütenlerin niteliklerini belirlemek, eğitimlerini ve sertifikalandırılmalarını sağlamak,

s) Mesleki yeterlilik sisteminin oluşturulması ve işletilmesi için gerekli tedbirleri almak,”

MADDE 31 – 3146 sayılı Kanununun 12 nci maddesinin (e), (f), (j) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, maddeye (j) bendinden sonra gelmek üzere (k) ve (l) bentleri eklenmiş, mevcut (k) bendi (m) bendi olarak teselsül ettirilmiş ve aynı maddenin son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“e) Standart çalışmaları yapmak, normlar hazırlamak ve geliştirmek.

f) Üretilen ve ithal edilen kişisel koruyucu donanımların piyasa gözetimi ve denetimini yapmak, bu hususlarda usul ve esasları belirlemek.”

“j) İş Sağlığı ve Güvenliği Enstitüsü ile İş Sağlığı ve Güvenliği Enstitüsü Bölge Laboratuvar Müdürlüklerinin çalışmalarını düzenlemek, yönetmek ve denetlemek.”

“k) İşyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önlemek ve koruyucu hizmetleri yürütmek üzere görevlendirilecek işyeri hekimleri, iş güvenliği uzmanları ve diğer görevlilerin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eğitim ve belgelendirme usul ve esaslarını belirlemek.

l) İş sağlığı ve güvenliği alanında ölçüm, analiz, teknik kontrol, risk analizi ve değerlendirmesi, eğitim, danışmanlık, uzmanlık hizmetlerini yapmak ve bu tür hizmetleri verecek özel ve tüzel kişi ve kuruluşların niteliklerini belirlemek, yetki vermek, yetkilerini iptal etmek, kontrol ve denetimini sağlamak.”

“İş Sağlığı ve Güvenliği Enstitüsü ile İş Sağlığı ve Güvenliği Enstitüsü Bölge Laboratuvar Müdürlüklerinin çalışma usul ve esasları ile personelin görev, yetki ve sorumlulukları yönetmelikle düzenlenir.”

MADDE 32 – 3146 sayılı Kanununun 29 uncu maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Yukarıdaki fıkrada tanımlananlardan yurtdışı kadrolara atanabilecekler, ayrıca mesleki yeterlik sınavına tabi tutulmazlar.”

MADDE 33 – 27/2/1960 tarihli 7460 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Teşkilat Kanununun 2 nci maddesinin (a) ve (b) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“a) Çalışma hayatı, sosyal güvenlik, iş

sağlığı ve güvenliği, işçi işveren ilişkileri, istihdam, verimlilik, toplam kalite yönetimi, iş piyasası etütleri, ergonomi, çevre, ilk yardım, iş istatistikleri ve benzeri konular ile işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini önlemek ve koruyucu hizmetleri yürütmek üzere görevlendirilecek işyeri hekimi, mühendis, teknik eleman, hemşire ve diğer sağlık personeline iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerektiğinde Bakanlık birimleri veya ilgili kurum ve kuruluşlar ile birlikte, eğitim programları hazırlamak, eğitim vermek veya eğitim hizmeti satın almak, sertifikalandırmak, bu konularla ilgili araştırmalar yapmak veya yaptırmak,

b) Bakanlık, bağlı kuruluşları ile ilgili kuruluşlarının personeli ile özel veya kamu sektöründe faaliyet gösteren işyerlerindeki işçi, işveren veya yönetici personel için eğitim, seminer ve konferanslar tertip etmek veya bu konularda tertiplenmiş eğitim, konferans ve seminerlere iştirak etmek,”

MADDE 34 – 7460 sayılı Kanunun 15 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 15** – Eğitim ve Araştırma Merkezi tarafından düzenlenen eğitim ve seminerlere katılanlar, gerektiğinde sınava tabi tutulurlar ve başarılı olanlara sertifika veya katılım belgesi verilir.”

MADDE 35 – 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 22 nci maddesine aşağıdaki (1) bendi eklenmiştir.

“1) Türkiye İş Kurumunun, 25/6/2003 tarihli ve 4904 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (b) ve (c) bentlerinde sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları ile 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun 48 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan görevlerine ilişkin hizmet alımları,”

MADDE 36 – 4734 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

“**EK MADDE 3** – 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü maddesinin (c) bendi kapsamındaki işler ile aynı kapsamda olup 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu dışında, ihalesi ilgili mevzuat hükümlerine göre bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapılmış olanlar ile bu tarihten sonra yapılacak olan ve bedeli yabancı para cinsinden sabit fiyatlarla sözleşmeye bağlanan yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerine uygulanmak üzere; fiyat farkı esasları belirlemeye, sözleşmelerin tadil veya tasfiye edilmesine imkân veren karamameler çıkarmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

MADDE 37 – a) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 33, 65 ve 82 nci maddeleri,

b) 14/6/1973 tarihli ve 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanununun 21 inci maddesinin üçüncü fıkrası,

c) 21/5/1986 tarihli ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 26 ncı maddesi,

ç) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun ek 1 inci maddesinin (B) bendi,

yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 38 – Bu Kanunun;

a) Çerçeve 2 nci maddesi ile değiştirilen 4857 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin altıncı fıkrası ile 20 nci maddesi 1/7/2008 tarihinde,

b) 5 inci maddesi 1/1/2009 tarihinde,

c) 15 inci maddesi yayımı tarihini izleyen ikinci ayın sonunda,

ç) 24 ve 25 inci maddeleri 1/10/2008 tarihinde,

d) Diğer maddeleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

MADDE 39 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

25/5/2008

RG: 26 Mayıs 2008/Sayı : 26887

YÖNETMELİKLER

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ STAJ KREDİ YÖNETMELİĞİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 – 19/12/2001 tarihli 24615 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Staj Kredi Yönetmeliğinin 16 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 16** – Kredi almakta olan stajyerin, bir başka Baroya nakil dışındaki nedenlerle adının staj listesinden silinmesi, staja başlama anındaki niteliklerini yitirmesi, kredi isteminde bulunurken yaptığı başvurunun veya beyanlarının aksinin ortaya çıkması, Avukatlık Kanunu ve bu kanun gereği çıkartılan yönetmelikler ile meslek kurallarında gösterilen esaslara uyulmadığının tespiti, verilen görevlerin yerine getirilmemesi gibi durumlarda, kredi ödemesine son verilir. Bu durumda kredi borcunun tamamı ihtar çekilmesine gerek kalmadan otuz gün sonra muaccel hale gelir. Bu borç, yasal faiziyle borçludan ve kefillerinden müştereken ve müteselsilen tahsil edilir.”

MADDE 2 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

RG: 24 Mayıs 2008/Sayı : 26885

ADLÎ YARGI HÂKİM VE SAVCI ADAYLARI İLE İDARÎ YARGI HÂKİM ADAYLARININ MESLEK ÖNCESİ HAZIRLIK VE SON DÖNEM EĞİTİMLERİNİN YAPTIRILMASINA DAİR YÖNETMELİKTE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 – 9/7/2004 tarihli ve 25517 sayılı Resmî Gazete’de Yayımlanan Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları ile İdari Yargı Hâkim Adaylarının Meslek Öncesi Hazırlık ve Son Dönem Eğitimlerinin Yaptırılmasına Dair Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bentler eklenmiştir.

“ h) Hâkim Adayı: Adli Yargı Adaylarından imkânlar ölçüsünde istekleri göz önünde bulundurulmak ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun da görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığınca hâkimliğe atanacak şekilde ayrılanlar ile idari yargı adaylarını,

1) Savcı Adayı: Adli Yargı Adaylarından imkânlar ölçüsünde, istekleri göz önünde bulundurulmak ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun da görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığınca Cumhuriyet Savcılığına atanacak şekilde ayrılanları.”

MADDE 2 – Aynı Yönetmeliğin 6 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 6 – Hazırlık eğitim dönemi dört ay süreli olup, adli yargı hâkim ve savcı adayları ile idari yargı hâkim adayları için ayrı ayrı olarak Eğitim Merkezi Müdürlüğünde yaptırılır. Meslek öncesi eğitim kural olarak hazırlık eğitim dönemi ile başlar.”

MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi

aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı fıkraya aşağıdaki (g) bendi eklenmiştir.

“a) Anayasa yargısında itiraz başvuruları, insan hakları ve kamu hürriyetleri uygulamaları, Avrupa Birliği Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuktaki uygulaması, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerinin uygulaması, Borçlar Kanunu uygulaması, Medenî Kanunun Başlangıç Hükümlerinin uygulaması, Tenfiz ve Tanıma Davaları, Adalet Psikolojisi, Hukukta Metod, Adli Tıp ve uygulaması, Hukuk Yargılaması Usulü, Ceza Yargılaması Usulü, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Kabahatler Kanunu ve uygulaması, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun Hükümleri,

“g) İsteğe bağlı olarak Yabancı Dil.”

MADDE 4 – Aynı Yönetmeliğin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı fıkraya aşağıdaki (g) bendi eklenmiştir.

“a) Anayasa Hukuku ve Anayasa Yargısı, İnsan Hakları ve Kamu Hürriyetleri Hukuku uygulamaları, Avrupa Birliği Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukta uygulaması, İdare Hukuku, Karşılaştırmalı İdare Hukuku, Hukukta Metod, Kişiler Hukukunun uygulamalı örnekleri, İdari sözleşmelerin uygulamalı örnekleri, idari dava türleri, Türkiye'nin İdari Yapısı, İdari Yargılama Usulü Kanunu ve bütün konuları ile uygulamalı anlatımı ve Hukuk Yargılaması Usulü, (İdarî Yargılama Usulü ile ilgisi olan konular.)

g) İsteğe bağlı olarak Yabancı Dil.”

MADDE 5 – Aynı Yönetmeliğin 10 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 10 – Son eğitim dönemi dört ay süreli olup, adli yargı adayları için hâkim ve savcı adaylarına yönelik iki kısım şeklinde ve idarî yargı hâkim adayları için ayrı ayrı olmak üzere Eğitim Merkezi Müdürlüğünde, kural olarak meslek öncesi eğitimin sonunda yaptırılır.”

MADDE 6 – Aynı Yönetmeliğin 11 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Adli yargı hakim adaylarının son eğitim konuları

Madde 11 –Adli yargı hâkim adaylarına, görevlerini etkin ve verimli bir şekilde yerine getirebilmeleri amacıyla bu görevin gerektirdiği deneyim ve becerilerin yoğun bir şekilde kazandırılmasına yönelik olarak;

a) Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, İcra ve İflas Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu, Ailenin Korunmasına Dair Kanun, İş Kanunu, Sosyal Sigortalar Kanunu, Rekabet Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Kadastro Kanunu, Fikrî-Sınaî Haklar Kanunu ve bu kanunlara ilişkin uygulamalar,

b) Türk Ceza Kanunu, Özel Ceza Kanunları, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun, İnfaz Hakimliği Kanunu, Kabahatler Kanunu, Adli Sicil Kanunu ve bu kanunların uygulaması,

c) Ulusal Yargı Ağı ve Bilgisayarın Uygulamalı Anlatımı, Avrupa Birliği Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukta Uygulaması ve Seçim Hukuku,

konularında; ders, seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler yoluyla eğitim verilir.”

MADDE 7 – Aynı Yönetmeliğe 11 inci maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki

ekler

madde eklenmiştir.

“Adli yargı savcı adaylarının son eğitim konuları

Madde 11/A – Adli yargı savcı adaylarına, görevlerini etkin ve verimli bir şekilde yerine getirebilmeleri amacıyla bu görevin gerektirdiği deneyim ve becerilerin yoğun bir şekilde kazandırılmasına yönelik olarak;

a) Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Kabahatler Kanunu, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Adli Sicil Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu,

b) Cumhuriyet Savcılığı görevi ile ilgili diğer Kanun ve Yönetmeliklerin uygulaması,

konularında ders, seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler yoluyla eğitim verilir.”

MADDE 8 – Aynı Yönetmeliğin 15 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 15 – Hazırlık ve son eğitim dönemlerinde öğretilmek üzere bu Yönetmelikte belirlenen eğitim konuları, kısa ve uzun vadeli eğitim ve öğretim planı çerçevesinde durum ve koşulların ortaya çıkardığı ihtiyaçlara göre Yönetim Kurulunca değiştirilebilir veya bu konulara eklemeler yapılabilir.”

MADDE 9 – Aynı Yönetmeliğe aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 1 – 4954 sayılı Kanunun Geçici 10 uncu maddesine göre Bakanlığın teklifi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararı uyarınca meslek öncesi eğitim süreleri yarı oranında indirilen adli yargı hakim ve savcı adayları

ile İdarî yargı hâkim adayları hakkında bu Yönetmelikte öngörülen süreler yarı oranında indirilir ve hazırlık eğitimi ile son eğitim dönemi konuları Yönetim Kurulu tarafından buna göre yeniden belirlenir.”

MADDE 10 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 11 – Bu Yönetmelik hükümlerini Adalet Akademisi Başkanı yürütür.

RG: 27 Nisan 2008/Sayı : 26859

AVRUPA PATENTLERİNİN VERİLMESİ İLE İLGİLİ AVRUPA PATENT SÖZLEŞMESİNİN TÜRKİYE’DE UYGULAMA ŞEKLİNİ GÖSTERİR YÖNETMELİKTE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 — 9/1/2001 tarihli ve 24282 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile İlgili Avrupa Patent Sözleşmesinin Türkiye’de Uygulama Şekli Gösterir Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“g) Ücret Tebliği: 6/11/2003 tarihli ve 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi ve 25 inci maddesi gereği Türk Patent Enstitüsünce uygulanacak olan ücret tarifesi, ifade eder.”

MADDE 2 – Aynı Yönetmeliğin 6 ncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Bölnmüş başvurular hariç, Avrupa patenti başvurusu, Enstitüye Sözleşmenin 14 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki dillerden birinde veya 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak

yapılabilir.”

MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Sunulan çeviri, Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile İlgili Sözleşmenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 49 uncu maddesinin iki ila onikinci fıkralarında belirtilen şekli şartlara uygun olmalıdır.”

MADDE 4 – Aynı Yönetmeliğin 12 nci maddesinin altıncı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Çeviri, Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile İlgili Sözleşmenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 49 uncu maddesinin iki ila onikinci fıkralarında belirtilen şekli şartlara uygun olmalıdır.”

MADDE 5 – Aynı Yönetmeliğin 18 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 18 – Avrupa patentine ilişkin yıllık ücretler, Sözleşmenin 86 ncı maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen yılı takip eden yıllar için Avrupa patenti sahibi veya vekili tarafından Enstitüye ödenir.

Avrupa patenti sahibi, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgahı olmayan veya sınai veya ticari faaliyette bulunmayan gerçek veya tüzel kişi ise, Avrupa patentine ilişkin yıllık ücretler bir vekil tarafından ödenir.

Avrupa patentinin verildiğinin yayımlanmasından sonraki üç ay içinde vadesi gelmiş ve ödenmesi gerekli olan Avrupa patentine ilişkin yıllık ücretlerin bu süre içinde Enstitüye ödenmesi halinde, geçerli bir şekilde ödenmiş olduğu kabul edilir ve ek ücret istenmez.”

MADDE 6 – Aynı Yönetmeliğin 19 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 19 – Sözleşmenin 77 nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre geri çekilmiş sayılan Türkiye’nin seçildiği bir Avrupa patenti başvurusu, ulusal patent veya faydalı model başvurusuna dönüştürülebilir.”

MADDE 7 – Aynı Yönetmeliğin 22 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 22 – Avrupa Patent Ofisinden gelecek bilgilendirme taleplerini, Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile İlgili Sözleşmenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 150 nci maddesi hükmü uyarınca Enstitü alır.”

MADDE 8 – Bu Yönetmelik yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer.

MADDE 9 – Bu Yönetmelik hükümlerini Türk Patent Enstitüsü Başkanı yürütür.

RG: 22 Mayıs 2008/Sayı : 268883

Mahmut Esat BOZKURT

Anısına Armağan

İstanbul Barosu Yayınları

Birinci Basım: Mart 2008

Son yıllarda yenilenen Türk Medeni Kanunu'nun ve ceza adalet düzenine ilişkin kanunların hazırlık çalışmaları sırasında; akılcı, çağdaş ve laik hukuk düzenini toplumumuzda kazandıran Cumhuriyet devriminin kanunlarının mimarlarından Mahmut Esat Bozkurt'a yöneltilen haksız ve çirkin saldırılara karşılık olarak, İstanbul Barosu bir armağan kitabı hazırlamıştır.

Mahmut Esat Bozkurt'un hukuk devrimine yönelik katkılarının yanı sıra, Kuva-i Milliye dönemleri, İktisat Vekilliği ve Adalet Vekilliği dönemleri, dil ve kültür anlayışı, sol hakkındaki düşüncelerine de yer veren bu kitap dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde armağan için gönderilen yazılara, ikinci bölümde Mahmut Esat Bozkurt'un Lotus – Bozkurt davası hakkındaki savunmasına, kaleme aldığı 1926 tarihli Medeni Kanun Genel Gerekçesine, çeşitli yazılarına ve yayın listesine yer verilmiştir. Kendisi hakkında yazılan ve daha önce yayımlanmış olan bazı makaleler ise üçüncü bölümde yer almaktadır. Son olarak kitapta kendisinin ve ailesinin fotoğrafları bulunmaktadır.

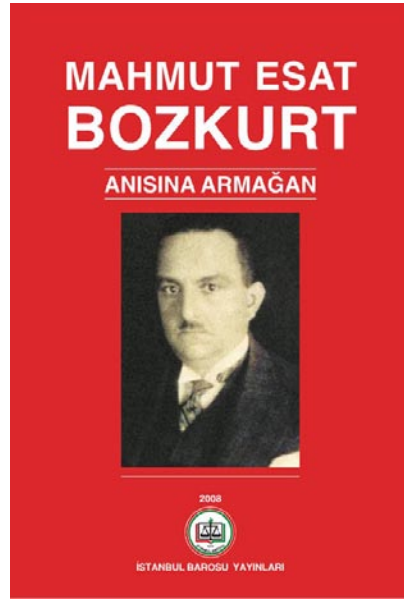
İstanbul Barosu'nun ücretsiz olarak dağıtmak üzere 1000 adet bastırıldığı bu kitabın tüm içeriğine aşağıdaki internet sitesinden de ulaşabilirsiniz:

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar/BaroKitaplari/meb20081.doc>

İstanbul Barosu Yayınlarından çıkan kitaplar için:

<http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroKitaplari/Kitap.asp>

Alper Can AYKAÇ



Mahmud Esad BOZKURT,
Osmanlı Kapitülasyonları Rejimi Üzerine,
Türk Hukuk Kurumu, Ankara 2008.

Büyük devlet adamı ve “*Türk Devrimi*”nin fikir mimarlarından olan değerli hukukçu Mahmut Esad BOZKURT’un, İsviçre’de Fribourg Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde kaleme aldığı doktora tezi olan, *Osmanlı Kapitülasyonları Rejimi Üzerine (Du Regimes des Capitulations Ottomanes)* isimli bu eser, Türk Hukuk Kurumu tarafından yayımlanmıştır.

“*Türk Hukuk Devrimi*”nin mimarı değerli hukukçu BOZKURT’un bu değerli bilimsel çalışmasını kendi şu şekilde anlatmaktadır: “*Bu tezi yazarken amacım kesinlikle sadece doktor unvanını almak değildi, aynı zamanda ve özellikle, Türk halkının bu kapitülasyonlar rejimine tabi olmayı hak etmediğini kanıtlamak istiyordum. İstanbul ve Fribourg Hukuk fakültelerinin sıralarında bu konuda düşündüğüm günlerden beri onlar benim ulusal onurumu yaralıyor ve bana yüreğimi sızlatan bir yara gibi geliyordu.*”

Büyük hukukçu, bu bilimsel çalışmasında, kapitülasyonların, Osmanlı Kamu Hukuku yerini belirledikten sonra, kapitülasyonları anlaşma olarak incelemiş ve en sonunda kapitülasyonların istisnai bir rejim olarak kabul edilemeyeceğini savunmuştur. Bu eserin önemi ve değeri göz önüne alındığında, özellikle bütün hukukçular için incelenmesi zaruri bir eser olduğu kanaatindeyiz.

Sezercan BEKTAŞ

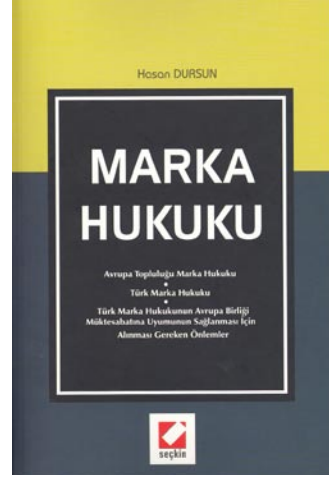




Dr. Faruk BİLİR,
Siyasi Partilerde Parlamento
Adaylarının Belirlenmesi,
Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Siyasi partiler, demokrasinin vazgeçilmez unsurlarındandır. Siyasi partilerin, milletvekili adaylarını belirleme yöntemleri, partilerin demokrasi anlayışlarını ve seçimlerde seçmenlere sunulan seçenekleri belirlemektedir. Ayrıca, milletvekili adaylarının belirlenmesi siyasi partiler, seçmenler, parlamento ve sonuçta ülke yönetimini açısından büyük önem taşımaktadır. Türk siyaseti açısından bu önemli konuyu inceleyen, “Siyasi Partilerde Parlamento Adaylarının Belirlenmesi” başlıklı bu eser, milletvekili aday belirleme sürecini, yöntemlerini, aday belirlemede etkili unsurları, Türkiye’de aday belirleme yöntemlerini incelemiştir. Bu özel-

likleri ile eserin, hem hukukçulara, hem de siyaset bilimcilere yararlı olacağı kanaatinde olup, bu bilimsel çalışmayı tüm hukukçular ve siyaset bilimcilere tavsiye ederiz.



Hasan DURSUN
Marka Hukuku
Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

Marka hukuku isimli eser, Türk marka hukuku ile Avrupa marka hukukunu karşılaştırmalı bir şekilde incelemektedir. Bu eser, Türk marka hukukunun, Avrupa Birliği müktesebatına uyumunu sağlamak için gerekli olan çalışmalara, bütüncül bir yaklaşım kaleme alınmıştır. Kitap, mukayeseli olarak marka hukukunu işlemiş olarak görünse de, uygulamaya yönelik sorunlara da değinmektedir. Bu özelliği eserin özellikle, fikri mülkiyet hukuku alanında çalışan meslektaşlarımıza yararlı olacağı kanaatinde olup, tüm hukukçulara tavsiye ederiz.



Yrd. Doç. Dr. İ. ÜZÜLMEZ

**Yeni Türk Ceza Kanunu'nun
Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar
Sistemi Çerçevesinde TEHDİT,
ŞANTAJ ve CEBİR KULLANMA
SUÇLARI**

Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

Bu eserde, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun suçlara ilişkin ikinci kitabının “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlığını taşıyan ikinci kısmının yedinci bölümünde düzenlenmiş olan hürriyete karşı suçların genel prensipleri ve bu çerçevede tehdit, şantaj ve cebir kullanma suçları incelenmiştir. Eserde, hürriyete karşı suç tipleri incelenirken, mukayeseli hukuktan faydalanılmıştır.

Ayrıca, hürriyete karşı işlenen suçlar hem 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kapsamında, hem de 765 Sayılı Eski Ceza Kanununda incelenmiştir. Bu bilimsel eserin hukuk uygulamacıları için yararlı olacağı kanaatinde olup, tüm hukukçulara tavsiye ederiz.

Sezercan BEKTAŞ

Doç. Dr. İbrahim ARSLAN
Şirketler Hukuku Bilgisi
Mimoza Yayınevi, Konya 2007

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Dr.İbrahim Arslan'ın onikinci baskısını yapan orta boyuttaki kitabı, şirketler hukuku alanında yoğun bilgiler içermektedir.

Öğrenciler yanında hukukçular için bir el kitabı niteliğinde de sayılabilir.

Av. Şerafettin GÖKALP,
Kat Mülkiyeti Kanunu
ve İlgili Mevzuat
Seçkin Yayınevi, Ankara 2008

Kentleşme ile birlikte çok katlı binalarda yaşamanın zorlukları başladı. Geniş bahçeler ortasında tek katlı evler arasında, yani yatay komşulukta asgari seviyede olan sorunlar, dikey komşulukta yoğunlaştı, çeşitlendi. En önemlisi uygulamalar her gün apartman hayatına başlayan yeni bir komşu ile yeniden sorgulanmak zorunda kaldığı için gelenekler henüz oluşmadı.

Avukat Şerafettin Gökalp'ın hukukçulardan ziyade kat malikleri, yöneticiler ve kapıcılara yönelik olduğunu söylediği kitabı hukukçular için de yararlı bir el kitabı olarak nitelemek mümkündür.

Teoman Ergül