

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

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

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

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

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

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

"ADALET BAKANLIĞI YARGI REFORMU STRATEJİSİ"

BELGESİ GÖLGESİNDE

YARGI REFORMU

SEMPOZYUM

ANKARA - 18-20 HAZİRAN 2008

**TÜRKİYE
BAROLAR BİRLİĞİ
DERGİSİ**
ISSN: 1304-2408

YIL: 21

SAYI: 80

OCAK-ŞUBAT

2009

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
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Oğuzlar Mahallesi
Barış Manço Caddesi, 1366. Sokak No: 3
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: (312) 286 55 65
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobilik.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
31.12.2008

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 Yağan

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 Yağan

Av. Özcan Çine

Av. Serkan Ağar

Av. Olcay Küçükpehlivan

Av. Sezercan Bektaş

Av. Alper Can Aykaç

Av. İlker Hasan Duman

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu (Çankaya Ü. Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Haluk Günüoğur (Türkiye-AB Derneği Başkanı 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 sayfa (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 Sırrı", *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 yazının 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 olağanın 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 yazarlara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARI'nın HAZIRLANMASI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazarna üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Özdemir ÖZOK	25	Başkandan
Hasan DURSUN	29	Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı
Mustafa Ruhan ERDEM	105	Suçtu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)
Ebru CEYLAN	121	Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri -II
N. Münci ÇAKMAK	149	İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 4. Maddesi ve Dilekçelerin Kayda Giriş Tarihi
Ferhat CANBOLAT	156	Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı
Erol ÇİÇEK	182	Kar mı İnsan Hakkı mı "Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkının Dava Edilebilirliği"
Mustafa Tören YÜCEL	229	Ceza Siyasetinde Seçenek Yaptırımların Rasyonelliği
Türkan Yalçın SANCAR Tuğçe Nimet YAŞAR	245	Ensest, "Genel Ahlak" ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kararı
Turan GÜZELOğLU	299	Küresel Gıda Krizi ve Beslenme Hakkı
Levent UYSAL	315	6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu -I
Ertuğrul AKÇAOğLU	367	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşu ve İlk Günleri
Serkan AğAR	380	Disiplin Hukuku Yönünden Avukatın Özel Yaşamı
Çev.: Alper Can AYKAÇ	389	Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi
Yargıtay Kararları	405	
Disiplin Kurulu Kararları	431	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları	459	Andre ve Diğeri/Fransa Davası Çev.: Beyza DİLER
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	479	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bonoyu Düzenleyene Karşı Takiplerde Zamanaşımına İlişkin 2007/245 No'lu Kararı Üzerine Bir Değerlendirme
Doç. Dr. Fatih BİLGİLİ

Başkanlık Hükümeti Sistemi Üzerine Bir Değerlendirme
Prof. Dr. Hasan TUNÇ, Dr. Bülent YAVUZ

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Adli Hemogenetik Merkezi'ne
1996-2007 Yılları Arasında Gelen Müracaatların Değerlendirilmesi
**Yrd. Doç. Dr. Gönül FİLOĞLU, Yrd. Doç. Dr. Jale BAFRA,
Yrd. Doç. Dr. Havva ALTUNÇUL**

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında
Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu - II
Av. Levent UYSAL

İdari İşlemlerde Kanun Yolu ve Süresini Gösterme Yükümlülüğünün
Yargısal Denetime Etkisi
Emre AKBULUT

Vergilendirme Yetkisinin Türkiye'deki Gelişimi / Maddi Açından İdari İşlemler
Av. Ahmet Emrah AKYAZAN

Serbest Piyasa Düzeni = Kriz, Çöküntü ve Felaket (Arjantin Örneği ve Çıkartılacak Dersler)
Hasan DURSUN

Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma (CMK m. 253, 254, 255)
Soner H. ÇETİN

Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde "Adli Kontrol"
A. Duygu ÖZGÜVEN

Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi/
Gemilerin Haczi ve Paraya Çevrilmesi/
Mülkiyeti Muhafaza Sözleşmesine Konu Malların Haczi
Av. Murat DÖNMEZ

Hukuksal Perspektifleriyle Osmanlıda Kapitülasyonlar
Mahmut GÖKPINAR

Anayasa Mahkemesi'nin 4857 Sayılı İş Kanunu'ndaki Engelli ve Eski Hükümlü Çalıştırma
Zorunluluğunun Anayasa'ya Uygun Olduğuna Dair Verdiği Karar Üzerine Düşünceler
Tamer BOZKURT

Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu
Zeynep Burcu AKBABA

editör'den

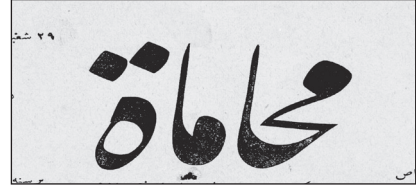
Rahmetli üstad Salâh Birsal, *Boğaziçi Şıngır Mıngır* kitabında Kont Leon Ostrorog'dan yalısı dolayısıyla söz eder. Ostrorog, XX. yüzyılın başlarında Osmanlı İmparatorluğu'nun yargı sistemini incelemek üzere davet edilmiş bir Avusturyalıdır. Kont, Osmanlı yargı sistemi ile ilgili raporunda "manevi değeri yüksek bir mevki temin edecek bir baro örgütü bulunmaması"nı önemli bir eksiklik olarak görür.

1876 (hicri 1292) yılında kabul edilmiş bir *Dava Vekilleri Cemiyeti Nizamnamesi* vardır, ama savunmanın "manevi değeri yüksek bir mevki temin edecek" örgütleri yoktur. Baro ihtiyacını karşılamak üzere dava vekilleri ve muhamiler harekete geçerler.

Bu alanda *Mahamat Kanunu* adıyla bir yasanın kabul edilip yürürlüğe girmesi Cumhuriyet'e nasip olur. Hukuk reformu dizgesinin -bana göre- ilk kanunudur. İlk baronun kuruluşu da bu kanunla olduğu için -İstanbul, İzmir, Bursa, Balıkesir ve birkaç şehir dışındaki cemiyet niteliğindeki örgütlenmeler dışında- Türkiye'de bütün barolar bu tarihten sonra kurulmaya başlar.

Bu yıl Türkiye Barolar Birliği'nin kuruluşunun kırkinci yıldönümünü kutlayacağız. Yönetim Kurulu, bu nedenle bir belgesel hazırlanmasına karar verdi. Bu çalışmalar sırasında yukarıda yeniden okuduğum belgelerde ilginç bulduğum yukarıdaki bilgileri sizlerle paylaşmak istedim. Bir nev'i nostalji...

Türkiye'nin ilk hukuk dergisi *MAHAMAT*'ın başlığını görüyorsunuz. Minicik, sevimli bir dergi.



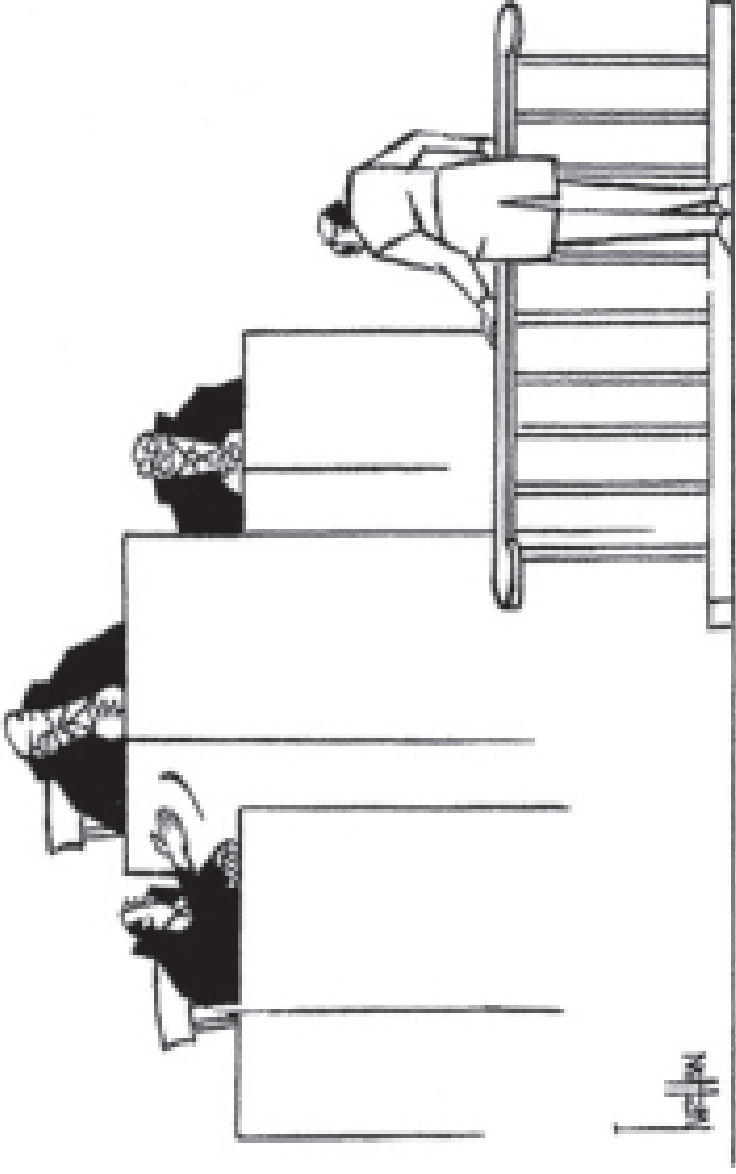
Dergimiz bu sayı ile 80. sayısına ulaşmış bulunmaktadır. Beş yıldan beri aynı ekip dergiyi bir gün aksatmadan tam zamanında çıkarma başarısını göstermiştir.

Daha önceki sayılarımızdan birinde de yazdığım gibi derginin gecikmesi olasılığına bizlerden çok Düş Atelyesi'nden ve Şen Matbaa'dan tepki gelmektedir. Bir yıldan beri derginin yönetimi Av. Oya Günendi'nin sorumluluğunda titizlikle yürütülmektedir. Ekibimize genç avukat arkadaşlarımız yardımcı olmaya başladılar. Av. Olcay Küçükpehlivan, Av. Serkan Açar, Av. Sezercan Bektaş, Av. Alper Can Aykaç... Katkılarını her sayıda biraz daha artırarak sürdüreceklerine, hukuk yayıncılığında *amiral gemisi* olmasını planladığımız dergimizi ileri noktalara taşıyacaklarına inanmaktayım. Bir yıldan beri dergimizin özlediğimiz uluslararası haberler konusunda Av. Derya Yeşiladalı'nın gayretleriyle kazanımlar sağladığını görmektesiniz. Sürekli söylediğim gibi dergimizin günü gününe, aksamadan çıkması başarısının en önemli nedeni Başkanımız Av. Özdemir Özok'un yazılarını hiç aksatmadan vermesidir.

Bütün ekip adına hepinize sağlıklı, mutlu, yeni bir yıl diliyoruz. Türkiye Barolar Birliği'nin çağdaş Atatürkçü çizgide sonsuza kadar yaşayacağına inandığımız Türkiye Cumhuriyeti'nde nice kırk yılları idrak edeceğine inancımızı can ü gönülden vurguluyoruz. Saygılarımla.

Teoman Ergül

BİR YIL HAPİS CEZASI VERDİK AMA ON YILDAN BERİ CEZA EVİNDE YATIYOR BU ADAM...



Cumhuriyet, 07.12.2008

TBB İNSAN HAKLARI ARAŞTIRMA VE UYGULAMA MERKEZİ (İHAUM) EVRENSEL İNSAN HAKLARI BİLDİRİSİ'NİN 60. YILINI KUTLADI

Son birkaç yıldır Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Evren Bildirisi'nin yıldönümünü çeşitli etkinliklerle kutlamaktadır. Bu yılki etkinlik yurt dışından gelecek konuklar dolayısıyla gecikmeli olarak yapıldı.

20 Aralık günü Ankara Barosu Staj Eğitim Merkezi salonunda düzenlenen açık oturuma Dr. Allam Jarar (Filistin), Avukat Shunji Miyake (Japonya) ve Avukat Rennie Gould (Yeni Zelanda) katıldılar. Türkiye açısından “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin Değerlendirilmesi”ni Prof. Dr. Fazıl Sağlam yaptı.

Ayrıca Türkiye Barolar Birliği ile Karikatür Vakfı işbirliği ile düzenlenen 3. Karikatürlerle İnsan Hakları sergisi 20 Aralık 2008-16 Ocak 2009 tarihleri arasında Kumrular Caddesi 26/A Kızılay/Ankara adresindeki vakıf salonunda ziyarete açık bulunmaktadır.

ANAYASANIN “DEĞİŞTİRİLEMEZ” HÜKÜMLERİ TARTIŞMASI

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Alman Uluslararası Hukuki İşbirliği Vakfı ile birlikte düzenlediği “Anayasalardaki Değiştirilemez İlkeler” konulu sempozyum geçtiğimiz iki ayın önemli tartışma konusunu oluşturdu. Aslında sempozyuma katılan Alman hukukçu Profesör Hans-Heiner Kühne'nin “Almanya ve Türkiye’de olduğu gibi Avrupa ülkelerinin yüzde 80’inde değiştirilemez maddeler bulunuyor. Bunlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) kararlarıyla da desteklenen maddeler. Alman Anayasası’nın değiştirilemez maddeleri, Türkiye’deki örneğine oldukça benziyor, Almanya’nın sınırlarını güvence altına alan, Türkiye’dekine benzer bir madde de bulunuyor. Değiştirilemez madde-

lerin, laikliği güvence altına alması da bu kapsamda önemli bir konu. Laiklik, demokrasinin bir parçasıdır. İktidarı dinden alarak seçilmiş insanlara, bağımsız yargıcılara verir. Bu nedenle Türk Anayasası’nda güvence altına alınmış bir madde. Birçok Avrupa ülkesi de değiştirilemez maddelerinde laikliği güvence altına almıştır. Sınırların bütünlüğünü, devlet yapısını güvence altına alan maddeler ise, modern devletin değiştirilemeyecek unsurlardır zaten.”

“Türkiye Anayasası’ndaki değiştirilemez maddelerin bazı çatışmaları doğurduğunu biliyorum. Çatışmalar, anayasanın metninden değil, maddelerin yorumundan kaynaklanıyor. Yorumla ilişkin tartışmalar, yalnızca Türkiye’de değil. Almanya ya da Fransa’da da böyle tartışmalar olabiliyor. Ancak ben sempozyumda konuşan Türk konuşmacıların birçoğunun aksine, Türk Anayasası’ndaki değiştirilemez maddelerin, özgürlükleri engellediğini düşünmüyorum.” sözleri karşısında tartışma sempozyum üzerinde değil Anayasa Mahkemesi raportörü Osman Can ile Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç’ın sözleri tartışma yaratmıştır da diyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi Başkanı ne dedi?

Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç, sempozyumda söz alarak “Anayasalardaki Değiştirilemez İlkeler” konusunu, Anayasa Mahkemesi’nin kuruluş yıldönümünde konu olarak tespit etmeyi düşündüğünü belirterek, “Ancak bu konuda ne kadar cesaretli olabilirim, o konuda biraz endişeliyim. Konunun ne kadar önemli ve Türkiye açısından ne kadar hayati bir değere sahip olduğunu anlamak mümkündür” demişti.

Haşim Kılıç’ın “Anayasa’nın değiştirilemez ilkelerinin” tartışmaya açılmasına ilişkin düşüncelerini Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Paksüt, “Duyurduğu konu kişisel görüşü olsa gerek. Takdir kendisinin. Ama heyetle paylaşması gerekecektir” şeklinde değerlen-

dirdi. “Anayasanın değiştirilemez ilkelerinin tartışılacağı konusundan heyetimiz haberdar değildir” diyen Paksüt, “Başkanın bu konudaki düşüncesini biz de basın aracılığıyla öğrenmiş olduk” sözleriyle Kılıç’a tepkisini dile getirdi. Osman Paksüt, “Anayasa Mahkemesi kişiyle sınırlı bir yapı değildir. Anayasa Mahkemesi bir kurumdur. Mahkeme kararlarını heyetçe verir” dedi. Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Osman Paksüt, Kılıç’ın “kişisel” çıkışının heyette rahatsızlık yaratıp yaratmadığı sorusuna ise “Yorum yapmak istemiyorum” yanıtını vermekle yetindi.

Bu konuda TBMM Başkanı Köksal Toptan bir TV kanalında yayımlanan programda Cumhuriyetin temel niteliklerini değiştirecek davranışlardan herkesin özenle kaçınması gerektiğini kaydederek “Çünkü onlar bizim devletimizi var eden temel unsurlardır. Cumhuriyetimizi var eden temel niteliklerdir. Onlardan vazgeçmemiz söz konusu olmaz. O nedenle onları tartışmaya açmamak lazım. Açmanın da pek fazla faydası yok. Oralarda meydana gelecek tartışmalar yeni bunalım ve buhranları meydana getirir. Fikirilere katılmasak bile fikirlere tahammül etmemiz lazım. Kim söylerse söylesin her düşüncenin karşısında saygıyla eğilmemiz lazım” dedi. Toptan, Türk halkının laiklikle ilgili bir sorununun olmadığını, laikliğin Türkiye’de yaşam biçimine dönüştüğünü söyledi. Anayasa Mahkemesi’nin türbanla ilgili kararına kesinlikle katılmadığını kaydeden Toptan, Meclis’te anayasanın ilk 4 maddesini dolaylı olarak değiştiren bir öneri gelmesi durumunda işleme koymayacağını açıkladı.

Bu ve buna benzer tepkiler üzerine Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç, şu açıklamayı yaptı: “Bilkent Hukuk Fakültesi Dekanı’nın telefon ile bizzat davet ettiği sempozyuma katıldım. Her türlü görüş ve düşüncelerin özgürce tartışıldığı yetkin bir üniversitenin hukuk fakültesince düzenlenen sempozyumda, ‘Anayasalarda yazılı değiştirilemez ilkeler ve değerleri’ konusu konuşma-

cılar tarafından katılımcıların bilgilerine sunuldu. Oturum başkanı birkaç kelime konuşma yapmamı istedi. Bunu istemesi üzerine böyle önemli ve hassas bir konunun mahkememizin kuruluş yıl dönümünde yaptığımız sempozyumlarda konu olarak tespit etmemizin, mahkemenin konumu nedeniyle mümkün olmayacağını, buna cesaret edemeyeceğimizi, cesaretle seçilen bu konu nedeniyle toplantıyı tertip edenlere teşekkürlerimi ileterek toplantıdan ayrıldım. Toplantıda Anayasamızın söz konusu maddelerine ilişkin herhangi bir değerlendirme, yorum veya görüş tarafımdan ileri sürülmemiştir. Yaptığım iki cümlelik davete teşekkür konuşması içeriğini, bazı basın ve yayın organları ile kişilerin ‘Anayasamızın ilk üç maddesini tartışmaya açıyor, değiştirmek istiyor’ biçimindeki niyet okumaları ve maksatlarını aşan, eleştiri ötesi, şahsımı ve kurumu yıpratmak nitelikli siyasi değerlendirmeler yaparak ütopya yarattıklarını görmek kaygı ve hayret vericidir. Hukuken değiştirilmesi mümkün olmayan Anayasa hükümlerinin tartışma, konuşma ve bilimsel toplantılara konu olması yeni bir gelişme olmayıp, bugün eleştiri konusu yapanlarca da geçmişte ileri sürülmüş öneri ve temennilerde bulunduğu herkesçe bilinmektedir.”

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar şu açıklaması olayı yeterli açıklığa kavuşturmaktadır:

“Anılan sempozyum tamamen bilimsel amaçlarla düzenlenmiştir. Alman Uluslararası Hukuki İşbirliği Vakfı’nın katkısı ile Almanya Federal Cumhuriyeti’nde anayasa hukuku alanında söz sahibi olan dört yetkin bilim adamı, Türk meslektaşları ile birlikte toplantıya katılmışlardır. Toplantıda bildiri sunan Alman bilim adamları, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi eski başkan yardımcısı Prof. Dr. Winfried Hassemer, Freiburg Üniversitesi öğretim üyesi Prof. Dr. Dietrich Murswiek, Freiburg Üniversitesi öğretim üyesi Prof. Dr. Thomas Würtenberger ve Prof. Dr. Hans-Heiner

Kühne'dir. Sempozyumda konuşma yapan Türk bilim adamları ise, Anayasa Mahkemesi raporörü Doç. Dr. Osman Can, Başkent Üniversitesi öğretim üyesi Prof. Dr. Mehmet Turhan, Bilkent Üniversitesi öğretim üyesi Prof. Dr. Ergun Özbudun ve İstanbul Üniversitesi öğretim üyesi Prof. Dr. Oktay Uygun'dur.

Sempozyumda her iki ülke anayasasında da mevcut olan değiştirilemez nitelikteki ilkelere ile Batı ve Doğu Almanya'nın birleşmesi sürecinde karşılaşılan anayasayı değiştirme sorunu örneği üzerinde anayasaların değiştirilmesi ya da yenilenmesi konularına yer verilmiştir. Toplantıya Ankara'daki tüm hukuk fakültelerinin ilgili öğretim üyeleri ile öğrencileri, kamu kurum ve kuruluşları ile yüksek yargı organlarının başkanları veya temsilcileri davet edilmiş ve bu vesileyle tartışmalara katılmaları zemini yaratılmıştır.

Toplantıya katılan Alman bilim adamlarının tamamı, birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi Federal Alman Anayasası'nda da değiştirilemez ilkelerin yer aldığını ve bu ilkelerin gerekli ve zorunlu olduğunu vurgulamış ve bu ilkelerin demokratik rejim ile çelişki içinde bulunmayıp, aksine bu rejimi korumak için kabul edildiğini açıkça dile getirmişlerdir. Yazılı ve görsel basında, söz konusu Alman bilim adamlarından Prof. Dr. Winfried Hassemer'in anayasalarda yer alan değiştirilemez ilkelerin 'demokratik rejime aykırı olduğunu' söylediği ifade olunmaktadır. Toplantıya katılan bütün konuşmacı ve davetlilerin teyit edeceği üzere Prof. Hassemer'e atfedilen bu ifadeler tamamıyla gerçeğe aykırıdır. Aksine, adı geçen bilim adamı anayasalardaki değiştirilemez ilkelerin siyasal iktidar ve yasama erkinin tasarruf alanının dışında bırakıldığını; bu ilkelerin sosyal değişimlere uyum sağlaması gibi bir hukuki zorunluluğun da söz konusu edilemeyeceğini açıkça belirtmiştir.

Toplantıya konuşmacı olarak katılan Türk bilim adamları arasında, anayasa değiştirilirken TC Anayasası'nda yer alan değiştirilemez

ilkelere de dokunulmasının kaçınılmaz olduğunu, yoruma açık kavramların TC Anayasası'nda yer alan değiştirilemez ilkeler kapsamına alınmasının yanlış olduğunu savunanlar olduğu gibi; başka bir bildiri ise bu görüşlerin tam aksi, açık ve hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde dile getirilmiştir. Ayrıca tartışmalar sırasında salondaki bilim adamları ve diğer dinleyiciler, anayasada yer alan değiştirilemez nitelikteki ilkelerin mevcudiyetini savunan değerlendirmeler yapmışlardır.

Sempozyum sonunda ortaya çıkan ağırlıklı görüş, değiştirilemez ilkelerin demokratik rejimle çelişmediği ve bunların gerekli olduğu yolundadır. Tarafımdan yapılan kapanış konuşmasında da Türk Anayasa Hukuku öğretisindeki egemen görüşün bu yönde olduğu özellikle vurgulanmış ve Alman meslektaşlarımızın bu konuda aydınlanması sağlanmıştır. Son yıllarda gündemden hiç düşmeyen bir anayasa hukuku sorununun bir hukuk fakültesi çatısı altında salt bilimsel açıdan ele alınması doğal ve gereklidir. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, değiştirilemez ilkelerin değiştirilmesine zemin hazırlamak için bu toplantıyı düzenlediği yolundaki değerlendirmelere itibar edilmemelidir. Bu toplantının herhangi bir siyasal partinin ya da siyasal iktidarın projelerini olgunlaştırmak için düzenlenmiş olabileceği kuşkusunu tamamen yersizdir."

Doğal olarak Başbakan'ın aynı günlerde ziyaret ettiği Amerika'daki "anayasadan şikayet" haberleri de toplumu konu üzerinde düşünmeye zorlamıştır.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BİLDİRİ YAYIMLADI

"15-16 Kasım 2008 tarihinde olağan toplantısını yapan Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, son günlerde gündemde olan Anayasa'nın değiştirilemez maddelerinin değiştirilmesi tartışmaları ve bireysel şiddeti

destekleyen beyanlar karşısında aşağıdaki görüşlerini kamuoyu ile paylaşmayı gerekli görmüştür:

Türkiye Barolar Birliği olarak 1982 Anayasası'na daha hazırlık aşamasında, 1982 yılı Ağustos ayında Olağanüstü Genel Kurul toplayarak eleştirilerimizi belirtmiş, 12 Eylül 2001 de tam bir Anayasa önerisi hazırlayarak kamuoyunun bilgisine sunmuş ve son olarak da bu önerimizi güncelleştirerek geçen yıl Ekim ayında açıklamıştık.

Yirmi yılı aşkın süredir Türkiye'nin "eksiksiz demokrasi" yolunda yeni bir Anayasa'ya gereksinimi olduğunu ve bunun toplumsal uzlaşma ile gerçekleştirilmesi gerektiğini ısrarla söylüyoruz. Bu nedenle geçen yıl başlatılan Anayasa değişikliği tartışmalarını ciddiye almış, önerilerimizi yapmıştık. Ancak başta siyasi iktidar olmak üzere çalışma sahiplenilmedi ve arkası getirilmedi. Yeni bir Anayasanın ancak toplumsal uzlaşma ile yapılabileceğine inanıyoruz. Bütün toplumu kucaklayan ve "kurucu irade" yerine geçebilecek hemen herkesin katılacağı bir uzlaşma sağlanmalıdır.

Oysa ülkemizde böyle bir iradenin oluşmadığı ve hatta oluşmasının da istenmediği, her kesimin kendi işine geldiği gibi demokrasi istediği görülüyor. Anayasa Mahkemesi Sayın Başkanı'nın başlattığı bu son tartışma da toplumsal uzlaşma arayışından ne kadar uzakta olduğunu gösteriyor.

Her ülkenin anayasasında kendi anlayışına göre rejimi düzenleyen, değiştirilemeyecek hükümler vardır. Bu hükümleri belirleyen de kurucu iradedir ve kurucu iradenin nasıl bir devlet düzeni istediğini gösterir.

Yeni Anayasa yaparken hedefimiz eksiksiz demokrasiyi gerçekleştirmek ise tartışmaya açılan maddeler eksiksiz demokrasi önünde engel olduğu için mi değiştirilmek istenmektedir. Hukuk devleti mi, laiklik mi, cumhuriyet mi eksiksiz demokrasiye engeldir? Anlaşılan Anayasa Mahkemesi'nin Sayın

Başkanı bazı kararlardaki muhalefet şerhleri doğrultusunda toplumda fikrî olgunlaşmanın gerçekleşmesini amaçlıyor. Böyle bir anlayışa kesinlikle karşı olduğumuzu bir kez daha vurguluyoruz."

SEÇİM KÜTÜKLERİNİN DÜZENLENMESİ

Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Kanunu'nda 13 Mart 2007 tarihinde kabul edilip onaylandıktan sonra yürürlüğe giren yasa ile yapılan değişiklikten sonra 29 Mart yerel seçimlerinde kullanılacak seçmen kütüklerinin geçmiş yıllardan farklı olarak "adrese dayalı nüfus kayıt sistemindeki bilgiler esas alınarak" İçişleri Bakanlığı'na bağlı Nüfus Genel Müdürlüğü ve TÜİK tarafından düzenlenmesi; seçim güvenliği ve tarafsızlığı açısından sakıncalı sakıncalar doğurabileceği endişesiyle tartışmaya açtı.

Değişiklik, 13 Mart 2008 tarihinde TBMM'de kabul edildi. Yasanın seçmen kütüğüne ilişkin 33. maddesi, şu şekilde değiştirildi: "Seçmen kütüğü; adres kayıt sistemindeki bilgiler esas alınarak Yüksek Seçim Kurulu'nca belirlenecek usul ve esaslara göre her yıl yeniden düzenlenir, sürekli bilgi toplama ile her seçim döneminde güncelleştirilir."

Tartışmalara büyük ölçüde seçmen kütüklerinde görülen çok sayıda olumsuz örneklerin neden olduğunu özellikle vurgulamak gerekmektedir.

Bu bağlamda Yargıtay Onursal Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanadoğlu, seçmen kütüklerinin idarece hazırlanacağına ilişkin yasa hükmünün anayasaya aykırı olduğuna işaret ederek, "Yürütmeye bağlı oluşturulan bir seçmen kütüğü ile yapılacak seçimin meşruiyeti tartışmalı olacaktır" dedi ve Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK) anayasa ile verilen yetki ve görevini yürütmeye devrettiğine dikkat çekti.

"Seçmen kütüğü; adres kayıt sistemindeki bilgiler esas alınarak YSK'ce belirlenecek usul ve esaslara göre her yıl yeniden düzen-

SEÇMEN KÜTÜKLERİNDEN YAKINMALARDAN KESİTLER

Askiya çıkarılan listeler konusunda hemen hemen bütün muhtarlıklarda sorun yaşanıyor. Muhtarlar, listelerin kişilerin beyanına göre değişmesiyle bir kişinin farklı listelerde bulunması ve oy kullanmasının önünün açıldığını belirtiyor. Yaklaşık 25 bin seçmen bulunan Batıkent Kent Koop. Mahallesi Muhtarı Şükran Ayaz, yanlış kayıtlar nedeniyle Yenimahalle İlçe Nüfus Müdürlüğü'nde uzun kuyruklar oluştuğunu belirterek "Kişinin beyanı dikkate alınıyor. Kişi evine 5 kişi de yazdırabilir, 10 kişi de yazdırabilir. Çok büyük sıkıntılar yaşıyoruz. Farklı beyanlarda bulunan bir kişi, iki farklı listede yer alabiliyor. Yıllardır buradaki kütüğe kayıtlı olan başka yerde çıkabiliyor" dedi. İsmi listede göremeyen pek çok seçmen olduğunu belirten Ayaz, "Bir kişi istediği yere giderek nüfus müdürlüğüne beyanda bulunarak oranın seçmen kütüğüne girebilir" dedi.

Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK) artık nüfus müdürlüklerine yapılan beyanları dikkate aldığıni dile getiren Ayaz, şunları kaydetti: "Bu yeni sistemin hem denetimi yok, hem de kontrolü yok. Yeni sistemde istenildiği gibi oynama yapılabilir. Nüfus müdürlerindeki kayıtlarda kişi muhtardan da belge almıyor, kişinin beyanı geçerli. Bir kişi gidip beyanda bulunduktan 10 gün sonra tekrar beyanda bulunabilir. Takip etmemiz çok zor. Eskiden kişilerden nakil alıyorduk. Şimdi bu kaldırıldı. Denetimsizlik var. Yurttaşların nereden geldiğini bilmiyoruz. Nüfus müdürlüklerinde de vatandaşın nereden geldiği yazmıyor. Yalnızca nerede oturduğu yazıyor. Bu seçimde gerçekten çok sıkıntı olacak." Ayaz, seçmenlerin yeni düzenlemeden haberleri olmadığını belirtti.

'Eski Seçmenler Yeni Listede Yok'

Ümitköy'deki Mutlukent Mahallesi Muhtarı Ayfer Yargıç, eski listelerde olan seçmenlerin yeni listelerde yer almadığını söyledi. Yargıç, "Bugüne kadar 10 kere oy kullananlar bile yeni listede yok, yalnızca nüfus kayıt sistemine kayıt olanlar alınıyor" dedi. Yargıç, şöyle devam etti: "Ben de dahil pek çok yurttaş yanlış adreste çıkıyor. Geçen seçimlere göre biraz artış var. Fakat mahallemin yarısı kayıtlı değil. Bu bölgede oturan eski milletvekillerinin bile listelerde adı yazmıyor. Mesela yeni gelen listede 2003 yılında vefat etmiş bir kişinin adı bile çıktı."

Çankaya Ertuğrul Gazi Mahallesi Muhtarı Salih Yiğit, "Benim seçmen kütüğüm 7 bin küsurdu, şimdi 6 bine inmiş. Yeni sistemle benim mahalleme ait bir sokak başka mahallede çıktı. Böyle yanlışlıklar var. Sürenin uzatılması düzeltilmesi gerekiyor" dedi. Mamak Ege Mahallesi Muhtarı Ali Kahraman da, "Elimde yaklaşık 30 tane yanlış kayıtlı isim var" dedi.

'Demokrasi ayıbı olacak'

İstanbul Muhtarlar Derneği Başkanı Akif Ak, yerel seçimlerin kilit noktası İstanbul'da adres kayıtlarının güncellemesini yapan ilçe nüfus müdürlükleri önünde oluşan uzun kuyruklar nedeniyle on binlerce kişinin kayıt yaptıramadığını belirterek "2009 yerel seçimleri demokrasi ayıbı olacak" dedi. Sarıyer'e bağlı Darüşşafaka Mahallesi'nde ise muhtarlık kayıtlarında yer almayan "Darüşşafaka Mahallesi 9/1" adresinde 300 kişinin kayıtlı olduğu belirlendi. İstanbul Muhtarlar Derneği Başkanı Ak, bin muhtarın yaptığı adres güncellemelerini 32 ilçe nüfus müdürlüğü'nün yürütmesinin mümkün olmadığını söyledi. Özellikle üniversite öğrencilerinin seçmen kütüklerinde yer almadığını belirten Ak, "İstanbul'daki 200 bine yakın üniversite öğrencisinin yüzde 80'i oy kullanamayacak" dedi.

'Uydurma Adreslerle Seçmen Yaratılıyor'

Sarıyer'e bağlı Darüşşafaka Mahallesi'nde ise muhtarlık kayıtlarında bulunmayan "Darüşşafaka Mahallesi 9/1" adresinde 300 kişinin kayıtlı olduğu öğrenildi. Sarıyer Belediye Başkanlığı aday adayı Sarıyer'in birçok mahallesinde benzer sorunların yaşandığını söyledi. Zeybek, "Uydurma adreslerle seçmen yaratılıyor" dedi.

lenir, sürekli bilgi toplama ile her seçim döneminde güncelleştirilir” hükmünün getirildiğini anımsatan Kanadoğlu, “Anayasaya göre seçmen kütüğünü YSK’nin oluşturması gerekir. Bunda hiç tereddüt yok. Ancak yasaya eklenen fıkra ile seçmen kütüğünü Nüfus Genel Müdürlüğü’nün hazırlayıp YSK’ye göndereceği öngörüldü” dedi. Getirilen yeni düzenleme ile anayasada öngörülen seçmen kütüklerinin YSK tarafından hazırlanması ilkesinin ortadan kaldırıldığını vurgulayan Kanadoğlu, yeni düzenlemenin yaratacağı sakıncaları şöyle açıkladı: “Yasa çıktığı dönemde Anayasa Mahkemesi’ne başvurularak, ‘anayasaya aykırı yasa yapıldı’ denilseydi mesele yoktu. Çünkü yapılan düzenleme ile anayasa örtüşmediği gibi çelişmektedir. Seçmen sayısının 6 milyon artışı da yürütmenin tespit ettiği bir belirleme. Seçmen sayısının artması nedeniyle de seçimlerin dürüstlüğü konusu kuşkulu hale gelecektir. Yasal değişiklik YSK kendi yetki ve görevini idareye devretmiştir. Şu anda yürütmeye bağlı birimlerce oluşturulmuş bir seçmen kütüğü ile karşı karşıyayız. Seçmen kütüğünü de yürütme düzenliyor. Böyle bir seçimin meşruiyeti tartışmalı olacaktır.”

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI’NIN ADALET VE KALKINMA PARTİSİ İSTANBUL İL BAŞKANLIĞI BİNASINA YAPILAN BOMBALI SALDIRI İLE SON GÜNLERDEKİ DİĞER ŞİDDET EYLEMLERİ HAKKINDAKİ KAMUOYU AÇIKLAMASI

Yaklaşık otuz yıldır ülkemizin başına bela olan terörün, iktidar partisinin İstanbul İl Başkanlığı’nı hedef seçmesi ile aynı günlerde Diyarbakır başta olmak üzere çeşitli yerlerde meydana gelen şiddet olayları ve saldırılar sosyal, ekonomik yaşamın kaosa sürüklenmesinin amaçlandığının göstergesi olarak değerlendirilmektedir.

Yerel seçim sürecinin başladığı bu gün-

lerde, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olan siyasi partilerimize yönelik saldırıları şiddetle, nefretle kınıyoruz. Seçimlerin huzurlu ve her türlü şiddetten arınmış özgür bir ortamda yapılması gerekliliğine inanmaktayız.

Terör, yaşanan bütün sorunların temel çözümü olan “eksiksiz demokrasi” hedefine ulaşmamızı engellemek için şiddet başta olmak üzere her türlü yola başvurmaktadır. Bu saldırılar karşısında yılmadan demokratlaşma sürecimizi sürdürmeliyiz. Bütün siyasi partilerimiz, bu doğrultuda parlamentoyu gerçek işlevine kavuşturacak gayreti göstermeli ve eksiksiz demokrasiyi gerçekleştirecek siyasi reformları yapacak iradeyi ortaya koyarak ekonomik ve bölgesel farklılıkları giderecek politikalar üretmeleri ve uygulamaları gerekir. Ülke sorunlarının yegane çözüm yeri olan Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin işlevlerini gerçek anlamda yerine getirmesi, eksiksiz demokrasinin temel koşulu olan “erkler ayrımı”nın fiilen uygulanabileceği ortamın oluşturulması başta siyasiler olmak üzere ulusça hepimizin görevidir.

Türkiye’nin jeopolitik konumu, ekonomik olanakları, nüfus büyüklüğü ve askeri gücü ülkemizi önemli iç ve dış güvenlik sorunlarıyla karşı karşıya bırakmaktadır. Coğrafi konumu ve tarihi mirası yönünden ülkemiz, bölgemizdeki olaylardan etkilenmektedir.

Yaşanılan bütün sorunlar ulusumuzun “eksiksiz demokrasi”, “insan hakları”, “hukukun üstünlüğü” ve “hukuk devleti”nden oluşan aydınlık Türkiye özlemine ve hedefini asla engelleyemeyecektir. Bundan hiç kimsenin kuşkusu olmasın.

Türkiye Barolar Birliği olarak ulusal birlik ve beraberliğimizi zedeleyecek her türlü davranıştan kaçınmamız gerektiğine olan inancımızı tekrarlıyor, bütün bu hainlikleri nefretle kınayarak, tüm zarar görenlere geçmiş olsun, yararlananlara da acil şifa dileklerimizi sunuyoruz.

AVRUPA KONSEYİ'NDEN İKİ YENİ ANTLAŞMA

27 Kasım 2008 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi başkanlığının İspanya'ya devri amacıyla Strazburg'ta düzenlenen toplantıda iki yeni antlaşma imzaya açıldı.

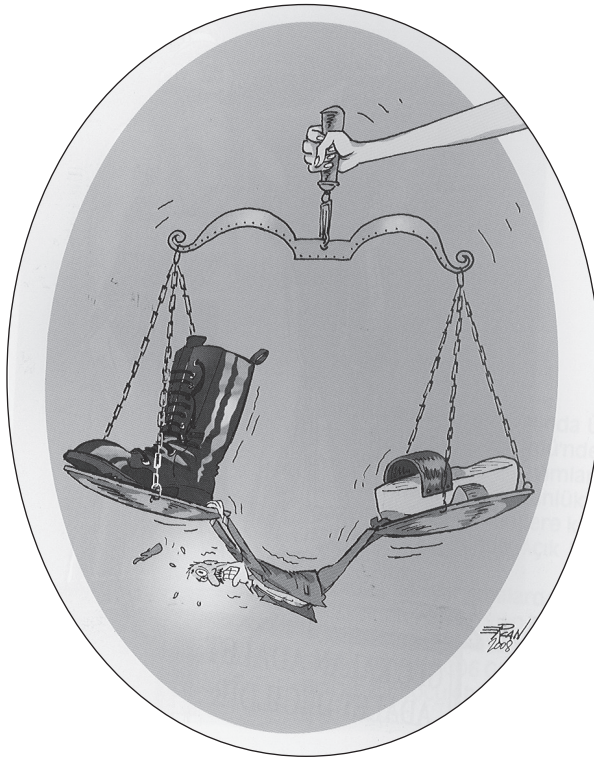
1967 tarihli Çocukların Evlat Edinilmesi-ne Dair Avrupa Sözleşmesi'nin bazı hükümlerinin güncelliğini yitirmesi ve AİHM içtihatları ihtilafı olması nedeniyle, yine aynı konuyu düzenleyen ve çağdaş ilkeler ışığında daha güncel nitelikteki Çocukların Evlat Edinilmesi-ne Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Gözden Geçirilmiş) (CETS No. 202) hazırlandı.

İkinci antlaşma, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne Sağlık Amaçlı Genetik Testler

İle İlgili Ek Protokol (CETS No. 203), 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi için getirilen dördüncü ek protokol olarak, hızla ilerleyen biyoloji ve tıp alanlarındaki genetik araştırmaların hukuki ve ahlaki yönlerini düzenlemektedir.

Yeni protokol genetik hizmetlerin niteliği, önbilgi, rıza ve genetik danışmanlık ile ilgili ilkeleri barındırmakla birlikte, genetik testlerin yürütülmesine ilişkin genel kurallar öngörmektedir. Türk hukukunda asıl sözleşmenin yürürlükte olmasına rağmen, asıl sözleşme için hazırlanan 4 adet ek protokolü henüz onaylamamıştır.

Bu sözleşmenin metni dergimizin bu sayısında yayımlanmaktadır.



Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin 60. Yılı dolayısıyla Türkiye barolar Birliği - Karikatür Vakfı tarafından yayımlanan "Karikatürlerle İnsan Hakları" kitabından.

ULUSLARARASI İLİŞKİLER

Haz.: Av. Filiz CONWAY

Uluslararası İlişkiler ve AB Merkezi

2-6 Kasım 2008

Türkiye Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü'nün (TODAIE) Avrupa Kamu Yönetimi Enstitüsü'ne bağlı Lüksemburg Yargıç ve Hukukçular Avrupa Merkezi (EIPA) ile birlikte yürüttüğü işbirliği çerçevesinde 2-5 Kasım 2008 tarihleri arasında Lüksemburg'a 3 günlük bir inceleme ziyareti yapılmıştır. Söz konusu ziyarette katılımcılar "*AB Sürecinde Ulusal Yasa Yapımı*" konulu seminere katılmışlar ve Avrupa Adalet Divanı gibi çeşitli kurumları ziyaret etmişlerdir. Bu seminere TODAIE'den kamu görevlileri, çeşitli mahkeme ve yüksek mahkemelerden hakim ve savcılar ve Birliğimizi temsilen de 7 avukatın katılımı sağlanmıştır.

6-8 Kasım 2008

Avrupa Barolar Konseyi (CCBE), İtalya Barolar Birliği ve Avukatlık Okulu ortaklığında İtalya'nın Roma şehrinde 6-8 Kasım 2008 tarihleri arasında "*Avrupa'da Avukatların Eğitimi*" başlığı altında bir sempozyum düzenlenmiş ve söz konusu toplantıya Birliğimiz Genel Sekreterliği düzeyinde katılım sağlanmıştır. İtalya, Almanya, Fransa, İspanya, İngiltere ve Galler gibi pek çok Avrupa ülkesinin baro temsilcilerinin bulunduğu sempozyumda aynı zamanda Türkiye'deki sisteme yönelik bir sunum da gerçekleştirilmiştir.

13-15 Kasım 2008

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 60. Yıldönümü Kutlamaları münasebeti ile Amerikan Barosu, New York Şehri Barosu, Paris Barosu ve İtalya Barosu ortaklığında 13-14 Kasım 2008 tarihlerinde New York şehrinde Birleşmiş Milletler Merkezi'nde düzenlenen "*İnsan Hakları, Hukukun Üstünlüğü ve Avukatların Rolü*" başlıklı toplantıya Birliğimiz Başkanlığı düzeyinde katılımda bulunulmuştur.

15-16 Kasım 2008

Adalet Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu'nun ortağı olduğu "*Türkiye'de Adalet Erişimin İyileştirilmesi*" başlıklı projenin Adli Yardım başlığı altındaki dördüncü bölgesel eğitim 15-16 Kasım 2008 tarihleri arasında Nevşehir'de gerçekleştirilmiştir. Bir Sosyal Politika Olarak Adli Yardım, Genel Değerlendirmesi

ile Türkiye'deki Adli Yardım Sistemi ve Adli Yardımda Farkındalık gibi başlıkların da yer aldığı eğitim 2 gün sürmüş ve Aksaray ve Kayseri gibi çevre illerin barolarından da avukatların katılımı ile tamamlanmıştır.

15 - 19 Kasım 2008

"Hukuk Eğitimi Yoluyla Barolar Arasındaki Sivil Diyalogun Geliştirilmesi Projesi" kapsamında Türkiye Barolar Birliği, Avrupa Barolar Konseyi, İngiltere ve Galler Barosu, Fransa Barosu, İtalya Barosu, Avusturya Barosu, Polonya Barosu temsilcilerinin katılımı ile 7 ilimizde (Ankara, İstanbul, Samsun, Denizli, Elazığ, Şanlıurfa ve Adana) çalışma ziyaretleri gerçekleştirilmiştir. Söz konusu çalışma ziyaretlerinde ziyaretin gerçekleştiği ilde bulunan baro temsilcileri ve meslektaşlarımız ile yabancı uzmanlar arasında Türkiye'deki hukuk eğitimi, staj eğitimi, avukatlık mesleğine giriş ve meslek içi eğitim konularına yönelik bilgi alışverişinde bulunulmuştur. Üç gün süren bölgesel ziyaretler sonrasında yabancı uzmanlar Ankara'da buluşmuş ve iki günlük değerlendirme toplantısını Birliğimizde tamamlamışlardır. Halihazırda tüm uzmanlar kendi görüş ve değerlendirmelerini içerecek raporun oluşumu yönünde çalışmalarını sürdürmektedir.

19 Kasım 2008

Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nce insan ticaretinin önlenmesi, insan ticareti mağdurlarının korunması, mağdurlara yardım sağlanması ve bu hizmetlere sivil toplum kuruluşlarının katkısının ve işbirliği olanaklarının artırılması amacıyla 19 Kasım 2008 tarihinde Ankara'da yurt içi ve yurtdışından (Rusya, Belarus, Ukrayna, Moldova, Romanya, Bulgaristan, Azerbaycan, Gürcistan, Kırgızistan ve Özbekistan) katılımcılar ile uluslararası bir toplantı düzenlemiştir. Genel oturum ve atölye çalışmaları şeklinde gerçekleştirilen söz konusu toplantıya Türkiye Barolar Birliği adına birimiz düzeyinde katılım sağlanmıştır.

20 Kasım 2008

Avrupa Birliği(AB) Komisyonu tarafından 2003 yılından itibaren Türk yargı sisteminin işleyişi hakkında ülkemize ziyaretler gerçekleştirilmekte ve bu ziyaretlerin neticesinde de İstişari Ziyaret Raporları hazırlanmaktadır. Türk yargı sistemine ilişkin tespit ve tavsiyeleri içeren söz konusu raporlar, AB Komisyonu'nca yayımlanan *"Türkiye İlerleme Raporları"*na dayanak teşkil etmesi ve Türkiye'nin AB'ne katılım müzakereleri açısından büyük önem arz etmektedir. Bu bağlamda 17-21 Kasım 2008 tarihleri arasında gerçekleştirilen ziyaretler serisi içinde Türkiye Barolar Birliği yetkilileri ile de 20 Kasım 2008 tarihinde bir görüşme yapılmıştır. Ziyaret sırasında öncelikle yargının verimliliği ve etkinliği konusunda bilgi alışverişinde bulunulmuştur.

21-22 Kasım 2008

Adalet Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu'nun ortağı olduğu "Türkiye'de Adalete Erişimin İyileştirilmesi" başlıklı projenin Adli Yardım başlığı altındaki beşinci bölgesel eğitim 21-22 Kasım 2008 tarihleri arasında Bursa'da gerçekleştirilmiştir. Bir Sosyal Politika Olarak Adli Yardım, Genel Değerlendirmesi ile Türkiye'deki Adli Yardım Sistemi ve Adli Yardımda Farkındalık gibi başlıkların da yer aldığı eğitim 2 gün sürmüş olup Balıkesir, ve Yalova gibi çevre illerin barolarından da avukatların katılımı ile tamamlanmıştır.

24 Kasım 2008

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) ve Avrupa Komisyonu Teknik Yardım ve Bilgi Değişim Ofisi (TAIEX) işbirliğinde 24 Kasım 2008 tarihlerinde Ankara'da gerçekleşen "Hizmet Sektörünün Rekabet Gücü: Hizmetler Direktifi" konulu seminere Birliğimiz adına Av. Gürkan Coşkun katılmıştır.

24 Kasım – 5 Aralık 2008

"Hukuk Eğitimi Yoluyla Barolar Arasındaki Sivil Diyalogun Geliştirilmesi Projesi" kapsamında gerçekleştirilmesi öngörülen çalışma ziyaretlerinin ikinci kısmı Fransa ve İngiltere ve Galler barolarına yapılan ziyaretler ile tamamlanmıştır. Söz konusu ziyaretler birbirini takip eden 5'er günlük programlar şeklinde düzenlenmiştir. Gerek Fransa'ya gerekse İngiltere'ye 3'er avukatın gönderilmesi sağlanmış ve meslektaşlarımız her iki ülkenin hukuk eğitimi, staj eğitimi, avukatlık mesleğine giriş ve meslek içi eğitim sistemlerine yönelik bilgi almışlardır. Halihazırda bu ekipler raporlarını oluşturma çalışmalarını sürdürmektedir.

4 Aralık 2008

Adalet Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu'nun ortağı olduğu "Türkiye'de Adalete Erişimin İyileştirilmesi" başlıklı projenin beşinci izleme komitesi toplantısı 04 Aralık 2008 tarihinde Ankara'da gerçekleştirilmiştir. Bu toplantıda projenin ana bileşenleri altındaki faaliyetlerin ve projenin akışının değerlendirilmesi yapılmıştır. Birliğimiz adına birimiz düzeyinde katılım sağlanmıştır.

AVRUPA BİRLİĞİNDEN HABERLER

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

• MESLEKİ YETERLİK

Daha önce de belirtildiği üzere; Avrupa Komisyonu mesleki nitelik/yeterlik konusundaki direktifi yürürlüğe koymayan AB üyesi bazı ülkeler aleyhine yaptırım uygulanması için girişimde bulunmuştur. Söz konusu Direktif'in 20 Ekim 2007 tarihine kadar iç hukuka uyarlanması gerekmekte idi. Bu Direktif, Avrupa Birliği'nde yürürlükte bulunan on beş farklı direktifin maddelerini konsolide ederek mesleki yeterliklere ilişkin kuralların işleyişini sadeleştirmeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda Komisyon; İngiltere ile beraber Almanya, Macaristan, Lüksemburg, Polonya ve İsveç aleyhine, yükümlülüklerini yerine getirmediği için, Avrupa Adalet Divanı'na başvuracağını bildirmiştir.

• KARA PARANIN AKLANMASININ ÖNLENMESİ

Kara para aklanması ve terörizmin finansmanı ile mücadele politikalarının geliştirilmesi ve ilerletilmesinden sorumlu olan hükümetler arası birim olan FATF kara paranın aklanmasının önlenmesi için risk merkezli bir yönetmelik yürürlüğe koymuştur. Bu amaçla, avukatların uymaları ve yapmaları gereken risk göstergeleri ve iç denetimler bağlamında avukatlara ve barolara danışılmıştır. Önemli ilkelerden oluşan bir metin Ekim ayında Rio'daki FATF genel kurulunda kabul edilmiş bulunmaktadır. Avrupa Komisyonu ise iç hukuka adapte etme süresi 15 Aralık 2007 ta dolan üçüncü Kara Para Aklama Direktifi doğrultusunda iç mevzuatlarında uyumlaştırma yapmayan Belçika, İrlanda, İspanya ve İsveç'e karşı yaptırım başlatacağını duyurmuştur.

• TÜKETİCİ HUKUKU

Avrupa Komisyonu, 8 Ekim'de tüketici haklarının korunmasına yönelik bir direktif önerisi yapmıştır. Önerilen direktif; sözleşmeden doğan tüketici hakları ile ilgili dört yönergede düzeltme ve birleştirme yapmaktadır, şöyle ki; tüketici sözleşmelerinde ki adil olmayan hükümler; mesafe sözleşmeleri, tüketici satışları ve

teminatları tek, basit düz bir belge haline getirmeye yönelik bulunmaktadır. Anılan düzenleme; hem yurt içi hem de sınır ötesi sözleşmelere uygulanacaktır. Tasarı direktife göre, hiçbir üye ülke bu düzenlemeye aykırı hükümler getiremeyecektir. Önerge Avrupa Parlamentosu'nda ve Komisyon'da önümüzdeki aylarda müzakere edilecektir.

- **TANIMA VE TENFİZ**

Avrupa Parlamentosu Hukuki İşler Komitesi AB'de ki resmi akitlerin ortak tanıma ve tenfizi için müşterek bir sistem teklif etmek için inisiyatif almıştır. Bu teklif Avrupa Komisyonuna resmi bir kanun teklifi değil öneri olarak sunulmuştur. Raportör (MEP) böyle bir sistemin esas olarak yasallaşma ve tasdik şerhlerindeki yasallaşmalar ile ve kayıt/ tescil prosedürlerini sadeleştirerek hayatı vatandaşlar ve işletmeler için daha kolay bir hale getireceğini belirlemiştir. Ancak, İngiltere'nin görüşüne göre bu girişim ortaya birkaç problem çıkartmaktadır. Şöyle ki; tasarı sadece yasal dokümanların, örneğin senetlerin birbirine benzemesini göz önüne almamakta, diğer taraftan medeni hukuk noterlik sistemi bakımından da önyargılı bulunmaktadır. Komite bu kanun tasarı için 4 Kasım'da oylama yapacaktır.

- **SINIR ÖTESİ KARARLARIN İCRASI**

Avrupa Komisyonu 2008 Mart ayında yol güvenliği alanında sınır ötesi kararların icrasını kolaylaştıran bir yönetmelik teklifi sunmuştur. Teklifin odak noktasındaki amaç sınır ötesi kararların icrasının suçlara ilişkin kısmıdır: alkollü araba kullanımı, hız, emniyet kemeri kullanmama ve kırmızı ışıkta durmama gibi trafik suçlarıdır. Taslak AB'nin, 2010 yılında trafik kazaları nedeniyle meydana gelen ölümlerin sayısını yarıya indirmeyi amaçlayan geniş kapsamlı yol güvenliği politikasına dayanmaktadır. Yönetmeliğin karayolu trafik kurallarını veya trafik suçlarından meydana gelen trafik cezalarını tamimiyle AB kriterlerine uyumlu hale getirmek gibi bir amacı yoktur. Bunun yerine AB elektronik veri değiş-tokuş iletişim ağı yaratma amacındadır. 9 Eylül'de Avrupa Parlamentosunun Ulaşım ve Turizm Komitesi Komisyonun teklifinin hükümlerini genel olarak destekleyen bir rapor yürürlüğe sokmuştur. Parlamento 17 Kasım'da teklifi genel kurulda ele ala-

caktır. Aralık ayında nihai metinde siyasi mutabakata varılması beklenmektedir.

• İSTİHDAM

Avrupa Komisyonu bir doğum izni ile ilgili hali hazırdaki hükümleri geliştirmeyi tasarlayan bir teklif önermiştir. Teklif, minimum doğum iznini 14 haftadan 18 haftaya yükseltmeyi amaçlamaktadır ve kadınlara bu süreç boyunca maaşlarının yüzde yüzünün ödenmesini önermektedir. Üye devletlere doğum ücretine, hastalık ödenekleriyle aynı düzeyde olmak kaydı ile bir tavan belirleme konusunda yetki verilecektir. Ek olarak kadın çalışanlara; şu andaki yasaya göre doğum öncesi alınması gereken zorunlu belirli doğum iznini alacakları zaman konusunda esneklik getirecektir.

Komisyonun yasa teklifi aynı zamanda kadınlar için işten çıkarılmaya ve doğum sonrası aynı işe ve ya eş değerde bir işe geri dönme hakkına karşı güçlü bir koruma içermektedir. Yeni doğum yapan annelere ayrıca doğum izni bittikten sonra işverenlerinden, işverenin bu isteği geri çevirme hakkı olmadığı halde, esnek çalışma koşulları talep etme hakkı verilecektir.

• İNSAN HAKLARI

Ekim ayında Avrupa Parlamentosu'nda; *"İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 60. Yılı: Savunular Sahneye Çıkmaktadır"* konulu Konferans düzenlenmiştir. Konuşmacılar Avrupa Komisyonu'nun insan hakları savunucularının sistematik çalışmalarının ve insan hakları eşitliği faaliyetlerinin kalıcı bir şekilde ve uyumlu olarak baştan sona AB'nin çalışmalarına uyumlaştırmasının önemini vurgulamıştır. BM İnsan Hakları Yüksek Komiseri terörle mücadele kanununda ılımlaştırma yapılması için bir çağrıda bulunmuştur. Avrupa Parlamenteler Asamblesi İngiltere'de ki terörle mücadele yasa tasarısı ile ilgili önemli tereddütlerini ifade etmiş ve İngiltere'de 2 Ekim'de yayınlanan teröristlerin gözaltına alınmasına ilişkin seri tavsiyeler raporu için İşkence Karşıtı Avrupa Komitesi Konseyi bilirkişi raporuna gönderme yapılmıştır. Hemen ardından, İngiliz hükümeti terör suçlularını cezaları kesinleşmeden 42 gün gözaltına almakla ilgili

planlarını, 13 Ekimde Lordlar Kamarası'nda ezici çoğunlukla alınan aleyhte oylarla, geri almıştır.

- **AİLE HUKUKU**

Galler ve İngiltere barosu 2010 yılında başlayacak olan Gelecek AB Adalet ve Aile Hukuku Programı için bir pozisyon yayınladı. Baro'nun pozisyonu usul sistemlerinin garanti altına alınması gereğini ve *"daha esnek"*, *"basitleştirilmiş formaliteler"* tanımlarıyla yer değiştirecek güçlü muhalif ifadeler bulma gereğini vurgulamaktadır.1999 yılından bu yana AB'nin bu alanda ki politikası Bakanlar Kurulu tarafından her 5 yılda bir hazırlanan genel bir program çerçevesinde gelişmiştir. Bu eylem için 2010'a kadar sürececek olan bir çizelge bulunmaktadır. Üye devlet grupları şimdiden bu gelecek program için kendi fikirlerini bildiren raporlar yayınlamışlardır. Bu sırada Avrupa Komisyonu, katkı istemleri ile kamuoyu araştırması ile ilgili danışılan gurupların görüşlerini 20 Kasım 2008'e kadar beklemektedir. 2009 yılının ilk yarısında önerilerin yayımlanacağı beklenmektedir. Bu bağlamda öneri 2009 sonbaharında, büyük olasılıkla İsveç Başkanlığı döneminde kabul edilecektir.

BARO YÖNETİMLERİMİZ YENİLENDİ

Özdemir ÖZOK*

Avukatlık Kanunu'nun 82. maddesine göre her iki yılda bir barolarımızın genel kurulları toplanmakta ve başta baro başkanı olmak üzere yönetim, disiplin ve denetim kurulları yanında, Türkiye Barolar Birliği delege seçimleri yapılmaktadır. Bu yıl ekim ayı içinde 73 baromuzda genel kurul yapıldı; 36 baromuzda eski başkanlarımız yeniden seçildi, 37 baromuzda da ilk defa aday olan başkanlarımız seçildiler.

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'na seçildiğim 2001 yılından bu yana, 2000, 2002, 2004 ve 2006 dönemlerinde seçilmiş baro başkanları ve kurullar üyeleri ile "savunmanın bağımsızlığı", "hukukun üstünlüğü" ve "eksiksiz demokrasi" diye özetleyebileceğimiz ilkeler çerçevesinde uyum içinde önemli işler başardık. Bunları geçmiş genel kurullara sunduğumuz raporlarda ayrıntılı olarak arz etmiştik. Önümüzdeki genel kurula sunulacak raporda Türkiye Barolar Birliği'nin yaşamış olduğu gelişmeyi bir kere daha gözler önüne sereceğiz. Bu dönemlerde barolar ve Türkiye Barolar Birliği organlarında görev yapmış, ancak şimdi görevde bulunmayan her kademedeki sorumluluk yüklenmiş arkadaşlarımıza olumlu katkılarından dolayı şükranlarımı bir kere daha sunmanın mutluluğunu yaşamaktayım. Bu dönem seçilen arkadaşlarımızla da, hukukçuluğun verdiği güven ve özveri ile, eskiden olduğu gibi savunma görevini büyük sıkıntılar içinde yapan meslektaşlarımızın karşılaştıkları zorlukları ortadan kaldırma bağlamında el ve gönül birliği ile yararlı ve güzel işler yapabileceğimize inanıyorum.

* Av., Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

Türkiye Barolar Birliği'nin seçimli genel kurulu 2009 yılının Mayıs ayında Ankara'da yapılacaktır.

Genel Kurul'a katılacak üye sayısı, barolarımızdan seçilen 319 birlik delegesi, 78 baro başkanı ve daimi delege olan üç Türkiye Barolar Birliği önceki başkanı ile toplam 400 kişiye ulaşmaktadır. Türkiye Barolar Birliği'nin bu genel kurulunda da Türkiye Barolar Birliği Başkanı'nın yanı sıra, yönetim, disiplin ve denetim kurulları seçimi yapılacaktır. Dileğimiz, mesleğimizin ve ülkemizin ağır koşullarında, meslektaşlarıyla ve barolarımızla bütünleşerek çözümler üretecek dinamik bir yönetim anlayışının yeniden egemen olmasıdır. Çünkü her geçen gün yurt ve meslek sorunları katlanarak ağırlaşmaktadır. Bu sorunlar sarmalı ile birlik yönetimi tek başına baş edemez, ancak gerçek bir birlik-telik yanında karşılıklı sevgi, saygı, anlayış ve güvenle bu sorunların üstesinden gelinebilir. Bu güne kadar bir başarı elde edilmişse bunun tek nedeni bu anlayışın sürdürülmesindedir. Hiçbir meslektaşımızın başka bir meslektaşına, hiçbir baromuzun başka bir baromuza ve tüm bunların yanında birlik yönetiminin de hiç birine duyarsız kalmasına olanak yoktur. Yaşanan ulusal ve uluslar arası olaylar nedeniyle gelecek günler çok daha ağır ve çetin geçeceğe namzettir. Bu ağır ve çetin koşullar ancak birlik ve birliktelik anlayışıyla aşılabılır. Gün sevginin, ilginin, hoşgörünün, birlikteliğin ve mesleki dayanışmanın günüdür. Ulusal ve uluslar arası ölçekte yaşanan ve gelecek günlerde daha da ağır bir biçimde yaşanacak siyasal, sosyal ve ekonomik sorunların üstesinden ancak bu anlayış ve yaklaşımla gelinebilir. Çünkü lütfen etrafınıza şöyle bir bakın; insani ilişkiler de çoğu kez kişisel çıkar öne çıkmış, kurumsal yarar yerine, bireysel yarar amaç olmuş, toplum lideri olduğunu söyleyen kişiler kolektif başarıdan çok kişisel başarı ve otoriteyi tercih etmiş, "sivil demokratik toplumun vazgeçilmez kurumları" siyasi partiler lider odaklı dar kadroların tutsağı olmuş, bütün bunların sonucu toplumun dengesi/balansı bozulmuş ve bu olgu tüm kurumlara yansımış, böylece bir gurup siyaset bağımlısı azınlık dışında, karamsarlık dalga dalga yayılmaya başlamıştır. Bütün bu olumsuzluklar zaten geleneklerden kaynaklanan şiddeti ve kaba gücü kutsayan eğilimlerin de etkisiyle insan ilişkilerinde gittikçe şiddeti ve hoyratlığı çağırıştırır olmaktadır. Görsel ve yazılı basın tek malzemesini bol kanlı görüntüler eşliğinde tüyler ürperten cinayetler, linç girişimleri, tecavüz olayları, vahşet dolu öyküler oluşturmaktadır.

Artık hoşgörü, karşılıklı anlayış ve saygı gibi bir toplumun harcını oluşturan kavramların tükenmişliğini yaşıyoruz. İşte bu sosyal ve toplumsal yapıda sürekli halkın içinde olan avukatlara ve onların meslek örgütü barolara öncü görevler düşmektedir.

Bu görevlerin başında sorunlarını asgariye indirmiş, geleceğe güvenle bakan daha sağlıklı bir *“avukatlık mesleği ve savunmayı temsil edecek tam bağımsız baro örgütlenmesini gerçekleştirecek avukatlık yasası”* değişikliği çalışmaları gelmektedir. Mesleki sorunlarımızı iki yönüyle değerlendirmek durumundayız. Birisi büromuzda özgür ve bağımsız bir biçimde mesleki çalışmalarımızı yürütmemiz, müvekkillerimizle sağlıklı ve mesafeli ilişki içinde olmamız, ikincisi öncelikle yargının diğer iki ayağı yargıçlık ve savcılık kurumlarıyla eşit, saygın ve mesafeli iş birliğimizi sürdürebilmemizdir. Bu ilişkilerde kuşkusuz meslek örgütlerimiz barolarımızın ağırlığı ve saygınlığı büyük önem taşımakla birlikte her meslektaşımız da mesleğimizi gerekli biçimde temsil edecek donanıma, bilgiye, cesarete ve girişime sahip olmalıdır. Öncelikle bu tür birikimleri elde etmiş yüksek moralli meslektaşlarımıza ihtiyaç vardır.

Tüm bunların gerçekleşebilmesi için öncelikle bu ilke ve kavramlara avukat arkadaşlarımızın inanması, sorunlarını çözemediği yerde yanında güçlü ve etkili baro tüzel kişiliğini hissetmesi, her koşulda Türkiye Barolar Birliği yönetiminin yanlarında olacağına koşulsuz bir biçimde güvenmesi gereklidir. Yönetimimiz döneminde olaylara yaklaşım biçimimiz ve uygulamamız bu anlayış ve duyarlılıkla olmuştur.

Dileğimiz yeni dönemde bu duygu ve yaklaşımların daha da derinleşmesi ve birlikteliğin gücü sadece meleşimize, meslektaşlarımıza değil tüm ülkemize verimli ve yararlı çalışmalar sunmasıdır.

Geçmiş dönemde baro yönetimlerimiz bu anlamda çok yararlı çalışmalar yapmışlardır. Özellikle İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi'nin 31 Mayıs - 1 Haziran 2008 tarihlerinde Galatasaray Üniversitesi salonlarında gerçekleştirdiği *“Avukatlık Mesleğinin Geleceği ve Staj”* konulu kurultay mesleğimizin mevcut durumu ve geleceği hakkında çok ciddi tespitlerin yapılmasına neden olmuştur.

Bu başarılı çalışmanın notları kitap haline getirilmiş tüm barolara, Türkiye Barolar Birliği delegelerine ve hukuk fakültelerine gönderilmiştir. İnceleme olanağını bulduğum bu çalışmanın notlarından kendi

adıma çok önemli sonuçlar çıkardım, bunların önemli bir kısmını yaşama geçirmek için yönetim kurulumuzun değerli üyeleriyle değerlendireceğiz. Yeni dönemde çok önemli bir kaynak olacağına inandığım bu çalışmayı gerçekleştiren İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi Başkanı sayın Av. Berra Besler'i kutlar, katkı sunan herkese teşekkür ederim.

Barolarımız tarafından gerçekleştirilecek bu ve benzeri çalışmalar mesleğimizin geleceği bakımından çok önemli çalışmalardır. Bu çalışmalar Türkiye Barolar Birliği yanı sıra barolarımızı ve meslektaşlarımızı doğrudan ilgilendiren yararlı çalışmalardır. Benzeri çalışmalarını zaman zaman Ankara ve İzmir barolarımız gibi birçok baromuz da gerçekleştirmektedir. Bu bağlamda Ankara Barosu'nun artık gelenekleşen "*Hukuk Kurultayı*" çalışmaları sonucu ortaya çıkan eserler mesleğimiz ve meslektaşlarımızın yararlandığı çok önemli bilgi kaynağı olarak büyük ilgi görmektedir.

Bütün bu çalışmalar ve ortaya konan ürünler Türkiye Barolar Birliği'nin esin kaynağı olmaktadır. Gelecek dönemde de, meslektaşlarımızla bire bir görüşmelerimizde edindiğimiz bilgiler yanında barolarımızda yapılan bu gibi çalışmalardan derlenen bilgiler önemli kaynağımızı oluşturacaktır.

Böylece meslek sorunları başta olmak üzere, yıllardır savunduğumuz "*Eksiksiz demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti*" kurum ve kavramlarının yaşama geçmesi yanında barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği haksızlığın, adaletsizliğin, eşitsizliğin, yolsuzluğun yılmaz mücadelecisi olacaktır. Ayrıca, özgürlük, barış, huzur ve kardeşliğin savunucusu ve güvencesi Türkiye Barolar Birliği ve barolarımız olacaktır.

Bu duygu ve düşüncelerle geçmiş kurban bayramınızı ve yeni yılınızı sevgi ve saygılarımla kutlar sağlıklı, mutlu nice yıllar dilerim.

Bu araştırma,
"Türkiye Barolar Birliği Faruk Erem Ödülü"nü kazanmıştır.

ERKLER AYRILIĞI VE YARGIÇ BAĞIMSIZLIĞI

Hasan DURSUN*

Bir ülkenin medeni seviyesini, o ülkedeki adaletin dağıtım şekliyle ölçmenin olanaklı olacağı yönündeki söz büyük bir gerçeğe işaret eder. Gerçekten de, bir ülkede adaleti sağlamak devletin en başta gelen temel görevlerinden birisidir. İyi adaletin başlıca koşulu ise onu dağıtanların, bir başka deyişle, yargıçların bağımsızlığının sağlanmasıdır. Herhangi bir otoritenin baskı veya etkisi altında hüküm veren bir yargıcın adaleti yerine getiremeyeceği açıktır. Bu gerçeğin bilincine varan bütün hukuk devletlerinde bugün, yargıçların bağımsızlığı temel bir ilke olarak kabul edilmektedir.¹

Yargının bağımsızlığı ilkesinin doğruluğu yalnızca liberal ve özgürlükçü rejimler tarafından değil, otoriter rejimler tarafından da tanınmaktadır. Bu çerçevede koyu bir çoğunlukçu (mutlakiyetçi) rejim taraftarı olan Bodin'in yargının bağımsızlığı fikrini savunması² ve dağılan Sovyet Rusya'nın 1977 Anayasası'nın 155. maddesinde de yargının bağımsız olduğunun ifade edilmesi³ oldukça ilginçtir. Rusya, günümüzde bile tam olarak demokrasiye geçememesine rağmen 1993 Anayasası'nın⁴ 120. maddesinde; yargıçların bağımsız olduğu ve sade-

* Ankara ÜSB Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) doktora öğrencisi.

¹ Bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 1.

² Bkz. a. e. g.

³ Bkz. Demirkol, *Yargı Bağımsızlığı*, s. 55.

⁴ Rusya'nın 1993 Anayasası'nın Türkçe tam metni için bkz. Coşar, V. Ahsen, "Üçüncü Bin Yılın Eşiğinde İki Yeni Anayasa Çek Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu Anayasaları", *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 1999,

ce Rusya Federasyonu Anayasası ile federal hukuka bağlı olduğunun ifade edilmesi de bir diğer ilginç konudur.

Yargının bağımsızlığı konusu ile yargının yasama ve yürütme gibi ayrı ve özgün bir erk sayılıp sayılmayacağı konusu birbirinden farklı konulardır. Gerçekten de yargının bir erk olup olmadığı, erk ise yasama ve yürütme erkinden ayrı ve kendisine özgü bir erk olup olmadığı bütünüyle kuramsal ve spekülatif bir konu olup günümüzde bile tam olarak çözüme kavuşturulamamıştır. Bununla birlikte, yargının bağımsız olduğu ilkesi konusunda ise dünyadaki hukuk öğretisinde tam bir oйдаşı bulunmaktadır.⁵ İşte bu oйдаşı bulunduğu için yargının bağımsızlığının uygulamada nasıl gerçekleştirileceği konusunda yoğun tartışmalar yaşanmakta ve kimilerince haklı olarak bunun araçlarından birisi olarak “*erkler ayrılığı*” ilkesine özel bir vurgu yapılmaktadır.

Diğer yandan, görüşlerinden ileride ayrıntılı olarak bahsedilecek olan James Madison ise isabetli bir şekilde; yasama, yürütme ve yargı erkinin aynı elde toplanmasının tiranlığın gerçek tanımı olduğunu ifade etmiştir.⁶ Dolayısıyla tiranlığın olduğu bir yerde ise yargının bağımsız olamayacağı açıktır.

Bundan başka, Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin niteliği olarak gösterilen hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi için erkler ayrılığı ilkesinin uygulanması, daha somut bir deyişle, bir yandan yasama erkinin yürütmeden ayrı bir organ uhdesinde bulunması, diğer yandan ise yargının, daha doğru bir deyişle, yargıçların bağımsız olması gerekir. Çünkü mutlakiyetçi rejimlerde olduğu gibi hükümet veya devlet başkanı şeklindeki idarenin başındaki organ, yasama yetkisine de haiz olursa örneğin kanuni idare ilkesi gibi hukuk devleti ilkesinin gerekleri⁷ etkisiz kalır. Nitekim tüzük ve yönetmelik şeklindeki idarenin düzenleyici işlemleri, idare organları tarafından oluşturuldukları için istenen derecede bağlayıcı ve idare edilenler için yeteri kadar güven verici değildir.⁸

s. 145-203.

⁵ Krş. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 2.

⁶ Bkz. Harrigan, *Politics And The Amerikan Future*, s. 38.

⁷ Hukuk devleti ilkesinin gerekleri konusunda bkz. Balta, *İdare Hukukuna Giriş I*, s. 62-64.

⁸ Balta, *a. g. e.*, s. 64.

Yine, yargıçların, özellikle yürütme organı karşısında bağımsız olmadığı durumlarda ise hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan idare üzerindeki etkin yargısal denetimin yapılması ilkesinin sözde kalacağı açıktır.⁹

Kısacası, her iki bakımdan da erkler ayrılığı ilkesi hukuk devleti anlayışının temel koşullarını oluşturmaktadır.¹⁰ Nitekim erkler ayrımı ilkesini hukuksal kavramlarla açıklayan Montesquieu¹¹ erkler ayrılığı prensibinin; adaletli, bir başka deyişle, hukuka bağlı bir devlet düzeninin temel bir koşulu olduğunu savlamış ve bu sav çağdaş anayasal sistemlerin temel bir unsuru hâline gelmiştir.¹²

Biz bu çalışmada önce erkler ayrılığı daha sonra, yargıç bağımsızlığı¹³ üzerinde duracak, en sonunda ise yargıç bağımsızlığını sağlayabilmek için alınması gereken kurumsal ve öznel önlemler üzerinde duracağız.

I. ERKLER AYRILIĞI

Çağcıl ülkelerde devlet erki üçe ayrılmıştır. Bunlar; yasama, yürütme ve yargı erkleridir. Yasama erki, kanun yapma, yürütme erki, kanunu uygulama, yargı erki ise kanunu yorumlama ve uyuşmazlıklar hakkında karar vermekle görevlidir. Bu erklerden birisinin diğerini boyunduruk altına almasına izin verilmez.¹⁴ Bu kısımda önce erkler

⁹ Krş. Balta, *a. g. e.*, s. 64.

¹⁰ Balta, *a. g. e.*, s. 65.

¹¹ İleride ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere Montesquieu, erkler ayrılığı ilkesinin temel kurucusu değildir. Bu ilkeyi ilk ortaya atan kişi Aristoteles'tir.

¹² Balta, *a. g. e.*, s. 65.

¹³ Anayasa'nın 9, 140. maddesinin 2 ve 3, 150. maddesinin 5 ve 159. maddesinin 1. fıkrasında "mahkemelerin bağımsızlığı" kavramına yer verilmektedir. Buna karşın, Anayasa'nın 138. maddesinin kenar başlığı "mahkemelerin bağımsızlığı" ismini taşımakta, maddenin 1. fıkrasında ise hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ifade edilerek "hâkimlerin bağımsızlığı" deyimini ima edilmektedir. İma edilen bu deyim, "mahkemelerin bağımsızlığı" deyiminden daha isabetlidir. Çünkü Kuru'nun da belirttiği üzere bağımsızlık, makamın değil, süjenin bir vasfıdır. Bkz. Kuru, *Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı*, s. 6. Bağımsızlık makamın değil süjenin bir vasfı olduğuna göre biz bu çalışmada, "mahkeme bağımsızlığı" veya "yargı bağımsızlığı" kavramı yerine ağırlıklı olarak "yargıç bağımsızlığı" kavramını kullanacağız.

¹⁴ *Black's Law Dictionary*, s. 1225 "seperation of powers" maddesi.

ayrılığının tarihçesi üzerinde durulacak daha sonra ise erkler ayrılığının günümüzdeki anlamı üzerinde durulacaktır.

1. Tarihçe

Erkler¹⁵ ayrılığı ilkesini ilk ortaya atan düşünür, sanılanın aksine Montesquieu değil, Aristoteles'dir. Erkler ayrılığı ilkesini ilk ortaya atan düşünürün Montesquieu olduğunu savlamak üç açıdan isabet-sizdir. Bir kere, ileride ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere Aristoteles, yasama, yürütme ve yargı iş görüsellığı arasında farklılık olduğunu ilk defa ortaya atmıştır. Aristoteles'in tek şanssızlığı bu farklılığı hukuki bir prensip olarak değil siyasi bir ilke olarak ortaya atmış olmasıdır. İkinci olarak, Montesquieu, ilk savlarında yargıyı bir erk olarak kabul etmemiş ve onu profesyonel veya sürekli bir organ olarak kabul etmeyerek geçici bir kurul olarak algılamıştır. Eğer yargı sürekli bir organ değilse yasama veya yürütme erkini frenleyemez. Daha açık bir deyişle, Montesquieu, yargıyı yalnızca hukukun ağzı, dolayısıyla görünmez olarak algıladığı için bir anlamda onu yok saymıştır. Son olarak, Mon-

¹⁵ Kimileri "erkler" kavramı yerine "kuvvetler" kavramını kullanmakta ve bizim "erkler ayrılığı" olarak kullandığımız kavramı "kuvvetler ayrılığı" olarak ifade etmektedir. "Kuvvet" ibaresi fiziksel bir gücü çağrıştırdığı ve Fransızca karşılığı "puissance" olduğu için "erk" ibaresi yerine "kuvvet" ibaresinin kullanılması bütünüyle hatalıdır. Bu hatalı kullanımın temel kaynağını, kanımızca, Montesquieu'nun orijinal kitabı olan *De l'Esprit des Lois Tome 1* s. 163'deki bir tümcede (Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil) kullanılan "pouvoirs" sözcüğünün hatalı olarak "kuvvetler" diye çevrilmesi oluşturmaktadır. Halbuki bırakınız Türkiye'de, dünyada bile sayılı Fransızca dil uzmanı olan Tahsin Saraç "pouvoirs" sözcüğünü hiç bir şekilde "kuvvetler" olarak çevirmemektedir. Saraç'a göre "pouvoirs" sözcüğünün "erk", "iktidar", "yetki" gibi anlamları vardır. "Pouvoirs" sözcüğünün Türkçe bütün karşılıkları için bkz. Saraç, *Büyük Fransızca Türkçe Sözlük*, On Üçüncü Basım, Adam Yayınları, İstanbul, 2005, s. 1096-1097 "pouvoir" maddesi. Biz, "pouvoir" sözcüğünün Türkçe karşılıklarından "erk" ibaresinin daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü "erk" ibaresi isim anlamında; bir işi yapabilme gücü, kudret, iktidar, kondisyon anlamına gelir. Bu ibarenin sosyolojik açıdan anlamı ise bir bireyin, bir toplumsal kümenin, bir toplumun, başka birey, küme veya toplumları egemenliği, baskısı ve denetimi altına alma, hürriyetlerine karışma ve onları belli biçimlerde davranmaya zorlama yetkisi veya yeteneği, iktidar anlamını taşır. "Erk" sözcüğünün tüm Türkçe karşılıkları konusunda bkz. *Türk Dil Kurumu Okul Sözlüğü*, Milliyet Yayınları, 1997, s. 275 "erk" maddesi. Görüldüğü üzere "erk" ibaresinin isim olarak kullanım şekli, konumuz bağlamındaki kullanım şekline tam olarak uygun düşmektedir.

tesquieu, erkler ayrılığını sadece hukuksal kavramlarla açıklamıştır.¹⁶ Erkler ayrılığını sadece hukuksal kavramlarla açıklayan bir yazarın erkler ayrımının kurucusu olamayacağı ortadadır.

Erkler ayrımının kurucusu olan Aristoteles'e (İ.Ö. 384-322) göre bütün anayasalarda üç öge bulunmakta olup ciddi bir yasa koyucunun bunların her biri için en iyi düzenlemeyi araması gerekir. Bu öğelerden birincisi topluca görüşüp düşünmeyi ifade eden "meşveret", bir başka deyişle, ulus çapında önem taşıyan her şeyin tartışılmasıdır. Aristoteles'e göre anayasalarda¹⁷ ikinci öge, bütün görev ve yetkilerin karmaşası, bunların sayıları ve nitelikleri, yetkilerinin sınırları ve seçilme yöntemleri, yani yürütmedir. Aristoteles, anayasalarda üçüncü ögeyi ise yargı olarak ifade etmektedir.¹⁸

Aristoteles, görüşüp düşünme ya da güdülecek siyaseti kararlaştırma ögesinin yetkilerinin; savaş ve barış, bağlaşımlar yapma ve bozma, yasama, ölüm, sürgün ve malvarlığına el koyma cezaları, görevlilerin seçilmeleri ve görev süreleri boyunca davranışlarını soruşturma konularını kapsadığını ifade etmektedir. Yazar; bütün bunları karara bağlama hakkının ya bütün yurttaşlara verilmesi gerektiğini, ya hepsinin örneğin, bir ya da birden çok resmi organa, ya bazılarının belirli kimselere, ötekilerinin başkalarına ya da bazılarının bütün yurttaşlara, ötekilerinin ise bazılarına verilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aristoteles, bütün yurttaşlara tüm konularda egemen erk verilmesinin demokratik nitelik taşıdığını, *demos*'un amacının da işte bu tam eşitlik olduğunu ifade etmektedir.¹⁹

¹⁶ Montesquieu'nun erkler ayrılığının kurucusu olmadığı hakkında muhteşem bir inceleme için bkz. Stewart, *Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on 'Seperation of Powers' And 'The Rule of Law'*, s. 1-25.

¹⁷ Siyasal kurumları tarihin erken safhalarında tanımlayan Aristoteles'in, siyasi düşüncesinde Anayasa bulunmaktadır. (Jan-Erik Lane, *Constitutions and Political Theory*, s. 33)

¹⁸ Aristoteles, *Politika*, s. 132-133.

¹⁹ Aristoteles, *a. g. e.*, s. 133. Bununla birlikte, Aristoteles'in demokrasiyi sevdiği düşünülmemelidir. Aristoteles'e göre, doğru anayasalar; ortak iyiliği amaçlayan ve bir kişinin yönetimi olan *krallık*, bir kişiden çoğunun, ama bir azlığın yönetimi olan *aristokrasi* ve bütün topluluğun iyiliği için yurttaşların hepsinin uyguladığı yönetim olan *siyasal yönetim*dir. Yazara göre bunlardan sapmalar da şunlardır: Krallıktan *tiranlık*, aristokrasiden *oligarşi*, siyasal yönetim ya da çokluğun anayasal egemenliğinden *demokrasi*. Bkz. Aristoteles, *a. g. e.*, s. 80. Görüldüğü üzere Aristoteles, demokrasiyi, siyasal yönetim ya da çokluğun anayasal egemenliğinden sapan yoz bir rejim olarak görmektedir.

Aristoteles, “hepsine hepsi” ilkesinin uygulanabilmesi olanaklı olan çeşitli yolların bulunduğunu ifade etmektedir. Yazar, bunlardan birinci yöntemin, bütün yurttaşların sırayla, diğer bir deyişle, kesim kesim tüm bu işleri yapması olduğunu, bu yöntemde yurttaşların, yasama ve anayasa konuları için ve görevlilerin bildirilerini okumak için bir araya gelececeklerini ifade etmektedir. Aristoteles’e göre ikinci yöntem, herkesin (bütün yurttaşların) ortak sorumluluğunu gerektiren bir yöntemdir. Bu yöntemde, yurttaşlar, ancak görevlileri seçmek, yasaları yapmak, savaş ve barışa karar vermek ve soruşturmaları sürdürmek için bir araya gelmekte, geri kalan işler ise her bir iş için özel olmak üzere ya kurayla ya da seçimle atanan özel görevlilerin uygun gördüğü biçimde yürütülmektedir. Yazar, üçüncü yöntemin, bütün yurttaşların görev ve soruşturma konularında, savaş ve bağlaşımları görüşmek ve düşünmek için toplanması olduğunu, ancak geri kalan işlerde, olabildiğince o amaca göre seçilmiş olan görevlilerin her şeye baktığını, bu gibi görevliler için uzmanlık bilgisinin zorunlu önkoşul olduğunu ifade etmektedir. Sonuncu yöntem ise, her şey hakkında görüşüp düşünmek için herkesin bir araya gelmesidir. Bu yöntemde, görevliler hiç bir şeye kesin karar verememekte, ancak geçici kararlar vermektedir. Aristoteles’e göre çağdaş bir aşırı demokrasi bu son yöntemde çalışmakta ve söz konusu yöntem bir erk grubunca yönetilen bir oligarşiye ve gerçekte tiranlık olan bir monarşiye karşılık geleceğini ifade etmektedir.²⁰

Aristoteles, bir devlete ait temel görevlerin ayrı ayrı görevlilere mi yoksa tek bir kişiye mi verilmesini büyük ve küçük devletler arasında ayırım yaparak yanıtlamaktadır. Aristoteles’e göre, büyük devletlerde ayrı ayrı ödevleri ayrı ayrı görevlilere, daha somut bir deyişle, ayrı ayrı adama tek olarak özgüleyerek vermek hem olanaklı hem zorunludur. Buna karşın, küçük devletlerde birçok görevin birkaç elde toplanması gerekir. Bununla birlikte, yazar, kimi durumlarda küçük şehirlerin de büyüklerle aynı görevleri ve yasamasının olması gerektiğini, o zaman küçük şehirlerde aynı kimselerin sık sık hizmete koşulmalarının gerekeceğini, büyüklerde ise bu gerekliliğin ancak uzun aralarla ortaya çıkacağını, bundan ötürü, gerçekte, bir tek organa ayrı ayrı birçok sorumlulukların verilmemesi için hiçbir nedenin olmadığını, ancak uygulamada bu görevlerin ayrı tutulabileceğini, insan gücü azlığını karşılamak için de, kurulları birden çok amaca hizmet ettirmenin zorunlu

²⁰ Aristoteles, *a. g. e.*, s. 133.

olduğunu, bir kancaya kızartma etin de lambanın da asılabileceğini ifade etmektedir.²¹

Aristoteles'in ileri sürdüğü fikirlerden yargıyı ayrı bir erk olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Gerçekten de, Aristoteles'e göre mahkemeleri birbirinden ayıran üç temel bulunmaktadır. Yazar, mahkemelerin; mahkeme üyelerini oluşturan kimseler, yetki alanlarına giren konuların türü ve atanma biçimine göre çeşitli açılardan sınıflandırmaktadır. Yazara göre, bunlardan birincisi açısından önemli olan husus, üyelerinin herkes tarafından mı yoksa bir sınıftan mı seçildiği, ikincisi bakımından kaç türlü mahkeme bulunduğu, üçüncüsü bakımından ise atamaların kurayla mı yoksa seçimle mi oluşturulduğudur. Aristoteles, mahkeme türlerini sekize ayırmaktadır. Bunlar; soruşturmalar, kamu yararına karşı işlenen suçlar, anayasaya karşı işlenen suçlar, görevlilerle başkaları arasında para cezası koyma konusundan çıkan çatışmalar, belirli bir büyüklükteki sözleşmelerden doğan özel yükümlülüklerle ilgili davalar, adama öldürmeler, yabancılar ve son olarak da bir dragma'dan beşe ya da biraz daha çoğuna kadar tutarlara ilişkin küçük alışverişlerden çıkan davalara bakan mahkemeler oluşturur. Aristoteles'e göre bu son tür davalara bakan organlar da mahkemedir, çünkü bu organlar da geniş bir mahkeme olmasa bile yargısal bir karar verilmesini gerektirmektedir. Aristoteles, ayrıca, siyasal topluluğu ilişkin davalara doğru dürüst bakılmazsa, ciddi aykırılıkların hatta anayasalarda devrimci değişikliklerin baş gösterme olasılığının da bulunduğunu ifade etmektedir.²²

Aristoteles, sınıflandırılan bütün bu davalarda, herkesin ister istemez ya kurayla ya seçmeyle yahut bir kesimi öyle bir kesimi böyle, ya da başka biçimde atanmış olarak özdeş davaların belirli türlerine kimi kurayla kimi seçmeyle bakmak üzere yargıçlık edeceğini ifade etmektedir. Yazar, mahkeme jüriliklerine atamaların genel bir temel üstünden değil, yalnızca bir kesimden yapıldığı dört türün daha var olduğunu, çünkü yine, bir bölümü seçmeyle bir bölümü kurayla olmak üzere yargıçların yalnız bir kesimden seçilebileceğini veya bazı konulara bakan mahkemelerin hem seçilmiş üyelerden hem de kurayla atanmış üyelerden oluşabileceğini ifade etmektedir. Aristoteles, yargı organına atamalarda yöntemlerin bir birleşmesinin olabileceğini,

²¹ Aristoteles, *a. g. e.*, s. 136-137.

²² Aristoteles, *a. g. e.*, s. 139-140.

bir mahkemenin bir bölümünün herkesin arasından, ötekilerinin bazılarının arasından veya ya seçmeyle ya kurayla ya da ikisiyle atanmasından olduğu gibi her ikisinin birden olabileceğini belirtmektedir. Aristoteles'e göre, bütün mahkemelere herkesten yargıcın atandığı durumun demokratik, bazılarının herkesten atandığı durumun oligarşik, bir bölümü herkesten bir bölümüne bazılarının atamanın yapıldığı durumun ise aristokratik ve siyasal olduğunu ifade etmektedir.²³

Aristoteles'in savunduğu diğer fikirlerden de erkler ayrımına taraftar olduğu anlaşılmaktadır. Aristoteles'e göre, devletin temel olarak iki görevi bulunmaktadır. Bunlar; savunma ile siyaset ve adalet sorunları üstüne görüşüp tartışmadır. Bunların ayrı ayrı kimselere mi verilmesi, yoksa hepsinin birden aynı bir topluluğun eline mi bırakılması gerektiği sorusuna Aristoteles'in verdiği yanıt bir ölçüde biri, diğer bir ölçüde öteki olmaktadır. Gerçekten de, Aristoteles, bu işlerin kendilerinin, en iyi biçimde yapılmaları için yaşamın dönemine göre birbirinden ayrıldıkları, birinin bilgelik, bir başkasının güç gerektirdiği ölçüde ayrı ayrı kimselere verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, Aristo, iradelerini zorla kabul ettirebilecek kadar güçlü olanların başkaları tarafından yönetilmeye katlanmalarına güvenilme-yeceği için o ölçüde de aynı kişilere verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aristoteles, bu görüşüne gerekçe olarak, silahlara sahip olan ve bunları kullanabilen kişilerin anayasanın devam edip etmemesine karar verebilecek durumda olduklarını ifade etmektedir.²⁴

Aristoteles, ileri sürdüğü bu görüşten şu sonucu çıkarmaktadır: Gerek askeri gerekse sivil işlevleriyle anayasa aynı bir sınıfın eline bırakılmalıdır, ama her ikisi birden eş anlı olarak değil. Yazara göre daha çok doğayı izlemeliyiz. Yazar, gençlerin gücünün, yaşlıların ise anlayışının bulunduğunu, dolayısıyla, işlerin dağıtımının da bu temele uygun göre yapılmasının hem haklı hem de faydalı olduğunu ifade etmektedir.²⁵

Erkler ayrılığı kuramını geliştiren bir başka düşünür John Locke'dir (1632-1704). Locke; yasama iktidarını; devlet gücünün, topluluğun ve topluluk üyelerinin korunması için nasıl kullanılacağını yönlendirme-

²³ Aristoteles, *a. g. e.*, s. 140.

²⁴ Aristoteles, *a. g. e.*, s. 211.

²⁵ Aristoteles, *a. g. e.*, s. 211.

ye hakkı olan erk olarak tanımlamaktadır. Yazara göre, sürekli olarak yürürlükte olması gereken ve güçleri her zaman sürmesi gereken bu yasaların, çok küçük bir zaman diliminde çıkarılabildiklerinden, yasanın, her zaman yapacak bir işinin bulunmadığını ve dolayısıyla her zaman toplantı hâlinde bulunmasının gerekmediğini ifade etmektedir. Locke, iktidarı elinde tutmaya eğilimli olma yönündeki aşırı insani zayıflığın, yasa yapma iktidarına sahip olan kişileri de yaptıkları yasalara itaat etme yükümlülüğünden ayırması tutma; yasayı, hem yapım hem de yürütme aşamalarında kendi özel çıkarlarına uydurma ve böylece toplumun ve devletin amaçlarına aykırı biçimde topluluğun geri kalanından farklı çıkarlara sahip hale gelme ereğiyle yasaların, yürütme iktidarının ellerinde tutulması günahına davet edebileceği görüşünü savunmaktadır. Yazar, bu nedenle, bütünün çıkarının amaca uygun olduğu doğru düzenlenmiş devletlerde, yasanın yeteri kadar toplanan farklı ellere verileceğini, bu kişilerin kendi başlarına ya da başkalarıyla birlikte yasalar yapma iktidarına sahip olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, bu kişiler, yasaları yaptıktan sonra yeniden ayrılmakta ve kendileri de kendi yaptıkları yasalara tabi olmaktadır. Yazar, bunların aralarında özen göstermeleri gereken yeni ve yakın bağın, bu yasaların, onlar tarafından kamu yararı için yapılmış olduğunu ifade etmektedir.²⁶

Locke, ancak bir kez ve kısa sürede yapılan yasaların sabit ve sürekli bir güce sahip olduklarından aralıksız ve sürekli bir yürütmeye gereksinim duyacaklarını, dolayısıyla, çıkarılan yasaların yürütülmesini gözetleyecek ve yürürlükte kalacak sürekli toplantı halinde olan bir iktidarın varlığının zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu çerçevede, yasama ile yürütmenin çoğu kez birbirinden ayrılacağını ifade etmektedir.²⁷

Yukarıda belirtildiği üzere ilk çalışmalarında yargıyı bir erk olarak kabul etmese de, daha sonraki çalışmalarında erkler ayrılığını hukuksal kavramlarla açık ve kesin bir şekilde açıklayan yazar Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu (1689-1755) olmuştur. Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* adlı eserinin XI. Kitabının İngiliz Anayasası Üzerine başlıklı VI. Konusunda bu konuyu berrak bir şekilde anlatmıştır.

²⁶ Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, s. 121-122.

²⁷ Locke, *a. g. e.*, s. 122.

Montesquieu; her devlette üç çeşit erk bulunduğunu, bunlardan ilkinin yasama erki, ikincisi devletler hukukuna bağlı şeyleri uygulama erki, üçüncüsü ise medeni hukuka bağlı olan şeyleri uygulama erki olduğunu ifade etmiştir. Yazar, yasama erkinde, hükümdar ya da bu işe memur edilmiş kimsenin ya bir süre için ya da her zaman için yürürlüğe girecek kanunları yapacağı, önceden yapılmış olanları ise ya düzeltereğini ya da yürürlükten kaldıracığını, devletler hukukuna bağlı şeyleri uygulama erkinde, ya barışı sağlayacağını ya da savaş açacağını, büyük elçiler göndereceği ya da kabul edeceğini, ülkesinde güveni sağlayacağı ve istilaları önleyeceğini, sonuncu erk olan medeni hukuka bağlı olan şeyleri uygulama erkinde ise suçluları cezalandıracağı ya da kişiler arasındaki anlaşmazlıkları çözümleneceğini ifade etmektedir. Yazar, bu üçüncü erki yargılama erki, ikincisini de sadece devletin uygulama yetkisi ya da yürütme yetkisi olarak adlandırmaktadır.²⁸

Montesquieu; yasama erkiyle uygulama ya da yürütme erkinin aynı kişiye ya da aynı memurlar topluluğuna verilmesi durumunda ortada özgürlük diye bir şeyin kalmayacağını, çünkü, aynı hükümdarın ya da aynı senatonun şiddet kullanıp uygulamak üzere ağır kanunlar yapmasından korkulacağını ifade etmiştir.²⁹

Montesquieu; yargılama erkinin, yasama erkiyle uygulama erkinden ayrılmadığı durumlarda da ortada yine özgürlüğün kalma- yacağını, yargılama erkinin yasama erkiyle birleştirildiği durumlarda yurttaşların yaşamı ve özgürlüğü üzerindeki yetkinin keyfi olacağını, çünkü yargıcın aynı zamanda kanun koyucusu konumuna geçeceğini ifade etmektedir. Yazar, yargılama erkinin yürütme erkiyle birleştirilmesi durumunda ise yargıcın elinde uygulama erkinden başka, bir de baskı iktidarının bulunacağını ifade etmiştir.³⁰

Montesquieu; ayrıca, yasama, yürütme ya da yargılama erkinin eş anlolu olarak aynı kişinin, ya da yüksek memurların, kişizadelerin, halktan oluşan aynı toplulukların elinde bulunması durumunda devlette her şeyin yıkılacağını belirtmiştir.³¹

Montesquieu, yasama organının davranışları üzerinde teminat ve-

²⁸ Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, s. 296.

²⁹ Montesquieu, *a. g. e.*, s. 296-297.

³⁰ Montesquieu, *a. g. e.*, s. 297.

³¹ *A. e. g.*

recek durumda olan yurttaşları hapsedmek yetkisini uygulama (yürütme) organına verildiği durumlarda yine ortada özgürlük diye bir şeyin kalmayacağını, ama sanıkların, kanunun yerinde bulunduğu bir suçtan ötürü hemen sorguya çekilmek üzere yakalanıp hapsedilmişlerse o zaman işin değişeceğini, bu gibi hallerde gerçekten hür sayılacaklarını, çünkü doğrudan doğruya kanunun gücüne boyun eğeceklerini ifade etmiştir.³²

Montesquieu, yasama organının, devlete karşı bir suikasttan ya da düşmanla bir anlaşmadan ötürü kendisini tehlikede görürse yürütme organına kısa ve sınırlı bir süre için şüpheli yurttaşları tutuklama olanağını vereceğini, ancak bu yurttaşların sonsuz bir özgürlüğe kavuşmak üzere hürriyetlerini ancak bir süreliğine yitirmiş olacaklarını ifade etmiştir.³³

Erkler ayrılığı idesine çok önemli katkı sağlayan bir başka düşünür, Amerikalı James Madison olmuştur. Madison, Federalist 47³⁴ adlı makalesinde; yasama, yürütme ve yargı olarak bütün erklerin ister seçimle, ister atamayla isterse babadan oğla miras yoluyla geçsin bir, bir kaç veya bazı ellerde toplanmasının tam anlamıyla tiran (zalim) idaresi anlamına geleceği görüşünü savunmuştur. Madison'a göre, kötü niyetli kişilerin daima devlete girme olasılığı bulunduğundan, söz konusu kişilerin despotluğundan korunmak için egemenliğin değişik organlar arasında bölüşülmesi gerekir.³⁵

Madison, Federalist 51 adlı yazısında ise Erkler Ayrılığına/Fren ve Dengeye (Checks and Balances) insanın doğasında bulunan eksiklikler yüzünden gereksinim bulunduğunu ifade etmiştir. Yazar, bu yazısında şu ifadelere yer vermiştir: “... Birçok gücün aşamalı bir şekilde aynı organda toplanmasını önleyebilmek için her bir organın yöneticilerine gerekli anayasal araçlar ve diğerinin tecavüzlerine karşı koyacak kişisel güdülerin bulunması

³² Montesquieu, *a. g. e.*, s. 300.

³³ Montesquieu, *a. g. e.*, s. 300.

³⁴ Federalist Yazılar (The Federalist Papers) New York Eyaleti'nin Amerika'nın ilk Anayasası'nı kabul etmesini sağlamak üzere Alexander Hamilton, John Jay ve James Madison tarafından yazılan toplam 85 makaleyi ifade eder. Bu yazarlar, anayasanın felsefi temellerini açıklamak üzere özgün yazılar üretmişlerdir. Bkz. Harrigan, *a. g. e.*, s. 52.

³⁵ Harrigan, *a. g. e.*, s. 38-39.

gerekir. ... İhtirasın karşısında diğer bir ihtirasın bulunması gerekir.³⁶ Yazar, kişinin haklarının, anayasal haklarla bağıntılandırılması gerektiğini, bu tip araçların, yetkisini kötüye kullanan devletleri kontrol etmek için gerekli olan insan doğasının yansımaları olduğunu ifade etmektedir. Yazar; insan doğasının bütün iyi yönlerinin toplumsal yaşama yansıdığı durumlarda devletin bir işe yaramayacağını, daha açık bir deyişle, bütün insanların melek olduğu durumda, devlete bir gereksinim duyulmayacağını ifade etmektedir.³⁷

Madison, yine, Federalist 51 adlı makalesinde, demokrasinin temel çıkmasını şu şekilde ifade etmiştir: Kişilerin kişiler tarafından yönetildiği bir devleti tasarlarken en büyük güçlük şudur: İlk önce, devletin yönetilenleri kontrol etmeleri sağlanacak, bundan sonra ise devletin kendi kendisini kontrol etmesi sağlanacaktır ki³⁸ bunların doğru bir şekilde yapılmasındaki güçlük ortadadır.

Buraya kadar erkler ayrılığı üzerinde düşünce ileri süren yazarların görüşleri salt kuramsal bir nitelik taşımamış, bunun yanında, uygulama alanı da bulmuştur. Gerçekten de, Madison'un "Fren ve Denge" düşüncesi, erkler ayrılığını hukuksal kavramlarla açıklayan Montesquieu'nun fikirlerine aşılması sonucu Madison devlet modeli ortaya çıkmış,³⁹ bu model, 1787 tarihli Amerikan Anayasası'nın temel direğini oluşturmuştur. Hatta, Madison, kimi zaman "Anayasanın Babası" olarak adlandırılmıştır.⁴⁰ Bu çerçevede, Madison'un fikirlerini yaşama geçirebilmek için Birleşik Devletleri'nin 1787 Anayasası'nda çeşitli kurumsal düzenekler oluşturulmuştur. Daha açık bir deyişle, söz konusu anayasada, erkler ayrılığı esasına göre, devletin üç temel erkinin (yasama, yürütme ve yargının) her birisinin diğerinden biraz bağımsız şekilde iş görmesi esası benimsenmiş, fren ve denge esasına göre ise her erkin diğer erkin faaliyetlerini kontrol edecek belirli bir güce sahip olması anlayışı kabul edilmiştir. Bu doğrultuda, Amerika Birleşik Devletleri'nde, örneğin, Kongre'nin, Başkanı bütçe yoluyla kontrol etmesi esası benimsenmiş, bunun karşılığında Başkanın da Kongre'yi veto gücüyle kontrol etmesi yolu kabul edilmiştir.⁴¹

³⁶ Türk atasözüyle konuyu ifade edersek; "Dinsizin hakkından imansız gelir."

³⁷ Harrigan, a. g. e., s. 38-39.

³⁸ Harrigan, a. g. e., s. 38.

³⁹ Harrigan, a. g. e., s. 39.

⁴⁰ Harrigan, a. g. e., s. 26.

⁴¹ Harrigan, a. g. e., s. 39.

Madison modeli, temel olarak, devlet gücünün farklı kurumlar arasında paylaşılmasını esas aldığından Amerika bu esasa uygun olarak yapılandırılmıştır. Bu çerçevede, örneğin, yasama gücü; kanun çıkarma yoluyla Kongre, kanunu yorumlama yoluyla mahkemeler, Kongre'ye kanun teklif etme, kanunu uygulayarak kısmi sorumluluğu üzerine alma ve istemediği kanunu veto yoluyla Başkan tarafından paylaşılmaktadır. Bunun gibi, Başkanın kanunları uygulama ve devleti yönetme gücü de çeşitli organlar arasında paylaştırılmıştır. Bu çerçevede, mahkemelerin idari organlar üzerinde yargısal rehber ilkeler kabul etmesi, Kongre'nin kamu kurum ve kuruluşlarının bütçesini geçirmesi ve söz konusu kurum ve kuruluşların kendilerini savunmaları için Komite toplantısı düzenlemesi yürütme erkinin çeşitli organlar tarafından paylaşılmış olduğunun somut bir kanıtıdır. Yargı gücü de devletin çeşitli organları paylaşmış bir konumdadır. Gerçekten de, Kongre, yargının kararını beğenmediği durumda, o kararın tam aksine kanunlar çıkartabilmekte, Başkanlar da mahkemelerin kendi düşünceleri doğrultusunda karar vermelerini ümit ederek kendi dünya görüşüne yakın kimseleri mahkeme yargıçlıklarına atayabilmektedir.⁴² Bu olgu da yargı gücünün çeşitli organlar arasında paylaşıldığının somut bir kanıtıdır.

Madison'un erkler ayrılığı/fren ve denge modelinin Amerika Birleşik Devletleri'ne başka bir yansıması; azlıktan bulunanın vetosu durumunda nitelikli çoğunluğu arayan demokratik bir devlet dizgesinin kurulması olmuştur. Daha açık bir deyişle, Birleşik Devletler'de, Başkanın bir kanunu veto etmesi durumunda o kanunun geçmesi için Kongre'nin her iki kanadında da 2/3 çoğunluğu, bir diğer deyişle, nitelikli çoğunluğu arayan demokratik bir devlet dizgesi kurulmuştur. Birleşik Devletler'de alınan bu önlemlerin temel ereği, çoğunluğun azınlığı ezmesini önleyebilmektedir.⁴³

Erkler ayrılığı düşüncesi, 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaşlık Hakları Bildirgesi'ne de yansımıştır. Gerçekten de, bu Bildirge'nin 16. maddesinde; hakları teminat altına alınması sağlanamamış ve erklerin ayrılığı belirtilememiş her toplumun asla bir kuruluşa sahip olamayacağı belirtilmiştir.⁴⁴

⁴² Harrigan, *a. g. e.*, s. 39.

⁴³ Krş. *a. g. e.*, s. 39.

⁴⁴ Çalışmanın oylumunu bütütmek için ayrıntıya girilmekten kaçınılmıştır.

2. Erkler Ayrılığının Günümüzde Kazandığı Anlam

Erkler ayrılığı idesi, günümüzde orijinal hâlimden oldukça farklı bir içeriğe kavuşmuştur. Bu farklı içeriği incelemeyden önce oldukça fazla olarak karıştırılan bir husus üzerinde durmak isabetli olacaktır. Kimileri, erklerin yasama-yürütme-yargı şeklinde üçe ayrılmasından egemenliğin de bu şekilde üçe ayrılacağı düşüncesini taşımaktadır. Bu düşünce, temelden yanlıştır. Gerçekten de, Özbudun'un isabetli olarak belirttiği gibi egemenlik veya devlet kudreti tek olup bu kudret, devletin, organları vasıtasıyla toplum adına iradesini belirtme, kendi iradesini toplum bireyleri üzerinde hakim kılma iktidarı anlamını taşır. Yazar, devlet kudretinin kullanılmasında başvuru olan işlemlerin şekli ve içeriği birbirlerinden ne kadar farklı olsa da, bütün bu işlemler sonuçta devlet iradesinin tezahürlerinden başka bir şey olmadığını, devlet kudretinin ise tek ve bölünmez olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, yazar, bu kudretin, birden çok olan iş görüselliklerini (fonksiyonlarını) ve gene birden çok olan organlarından ayırt etmek gerektiğini, iktidarın iş görüselliklerinin, bu iktidarın değişik tezahür şekilleri, bir diğer deyişle, değişik kullanım biçimleri olduğunu, örneğin, kanun yapmak, devlet kudretinin kullanım biçimlerinden, iktidarın iş görüselliklerinden biri olduğunu, iktidarın organlarının ise, iktidarın çeşitli iş görüselliklerini yerine getirmekle görevli kişi veya kuruluşlar olduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede, yazar, örneğin, yasama organının, devlet kudretinin yasama iş görüselliklerini yerine getiren organ olduğunu belirtmektedir.⁴⁵

İşte günümüzde erkler veya iktidarlar ayrılığı deyimi kullanılırken kastedilen ve pozitif hukuk verilerine göre kastedilmesi gereken, gerçekte iş görüsellikler ayrılığıdır. Diğer bir deyişle, devlet iktidarının çeşitli iş görüselliklerinin aralarında bir işbirliği bulunan değişik organlarca yerine getirilmesidir.⁴⁶

Erkler ayrılığının günümüz dönüşümü olan "iş görüsellikler ayrılığında" söz edilirken, buradaki "iş görüsellik" ibaresi bütünüyle hukuki anlamda kullanılır. Kuşkusuz, devlet iş görüsellikleri, bu iş görü-

⁴⁵ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 137.

⁴⁶ Özbudun, *a. g. e.*, s. 137., Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 16 dip not, 14.

selliklerin maddi içeriklerine veya konularına göre de tasnif edilebilir. Bu anlamda, örneğin devletin savunma iş görüşelliğinden, güvenlik iş görüşelliğinden, dış ilişkileri yürütme iş görüşelliğinden, ekonomik iş görüşelliğinden, eğitim iş görüşelliğinden söz edilebilir. Bu iş görüşelliklerin nitelikleri ve kapsamaları zamana, topluma ve siyasal sistem tipine göre büyük farklılıklar gösterebilir. Ancak kamu hukukunu birinci derecede ilgilendiren iş görüşellikler, devletin maddi anlamdaki iş görüşellikleri değil, hukuki anlamdaki iş görüşellikleridir. Diğer bir deyişle, hukuki açıdan önemli olan, belirli devlet faaliyetlerinin konuları, amaçları veya maddi içerikleri değil, bu faaliyetlerin hukuk alanındaki etki ve sonuçlarıdır. Devlet, belirli bir amaca ulaşabilmek için, bir takım hukuki işlemler yapar; bu işlemler de, hukuk dünyasında -bazı değişiklikler yaratır. Örneğin, ya bir objektif hukuk kuralı yaratır, bildirir, değiştirir veya kaldırır veya bir sübjektif hukuki durum yaratır, bildirir, değiştirir veya ortadan kaldırır. Kısacası, devletin hukuki sonuçlar doğuran faaliyetleri, onun hukuki iş görüşelliklerini oluşturur.⁴⁷

Devletin hukuki iş görüşelliğinin yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrıldığı gerek kamu hukuku öğretisinde gerekse pozitif anayasa hukukunda hemen hemen tartışmasız olarak kabul edilmektedir.⁴⁸ Erkler ayrılığı üzerindeki bu açıklamalardan sonra yargı bağımsızlığının incelenmesi uygun olacaktır.

II. YARGI BAĞIMSIZLIĞI

Bu kısımda yargı bağımsızlığının tanımı, tarihçesi, türleri ve kime karşı korunması gerektiği üzerinde durulacaktır.

1. Tanımı

Yargı bağımsızlığının tanımını incelemeye geçmeden önce bazı hususlara vurgu yapmak uygun düşecektir. Bu çerçevede, yargı bağımsızlığı kavramı içerisinde geçen "bağımsızlık" ibaresi sözlük olarak; bağımlılık, bağımlılık ve kontrolden uzak kalma anlamını taşır.⁴⁹ Yargı

⁴⁷ Özbudun, *a. g. e.*, s. 137 vd.

⁴⁸ Özbudun, *a. g. e.*, s. 138.

⁴⁹ *Black's Law Dictionary*, s. 693 "independence" maddesi.

bağımsızlığının sözlük anlamı ise yargının özerk olup yasama, yürütme veya diğer herhangi bir dış gücün diktesine bağımlı olmaması anlamını taşır.⁵⁰ Diğer yandan, yargı bağımsızlığı kavramından her zaman için anlaşılması gereken husus “yargıç bağımsızlığı” olmalıdır. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere bağımsızlık, makamın değil, süjenin⁵¹ bir vasfıdır. Bu doğrultuda, Kunter’in de isabetli olarak belirttiği üzere savcılar bağımsız olmadığı gibi onların bağımsızlıklarının temenni dahi edilmemesi gerekir.⁵² Bu açıklamalardan sonra yargıç bağımsızlığının tanımına geçilmesi uygun olacaktır.

Yargıçların bağımsızlığı, yazarlar tarafından değişik şekillerde tanımlanmaktadır. Kuru’ya göre yargıçların bağımsızlığı; yargıçların gerek yürütme gerekse yasama organına bağlı olmaması, onlardan müstakil olması, bu iki organın yargıçlara emir ve talimat verememesi ve tavsiyelerde bulunamaması demektir.⁵³ Günday ise yargı bağımsızlığının, yargıçların yasama ve özellikle yürütme organına ve İdareye bağlı olmamaları, bu organlardan bağımsız olmaları ve bu organların yargıçlara emir ve talimat verememeleri ya da tavsiyede bulunamamaları anlamına geleceğini ifade etmektedir.⁵⁴

Bununla birlikte, Kuru’nun ve Günday’ın yapmış olduğu bu tanımlar dar ve eksiktir. Öğretide en doğru ve geniş açılı yargı bağımsızlığı tanımını yapan yazar Kunter olmuştur. Gerçekten de, Kunter’e göre, yargıç bağımsızlığı; yargıcın kararını verirken hür olması, hiç bir dış baskı ve tesir altında bulunmaması demektir. Yazarın da belirttiği gibi yargıca baskı yapılması kadar, baskı yapılabilmesi olasılığının bulunması da yargıcın bağımsızlığını zedeler.⁵⁵

Daha açık bir deyişle, yargıç, davada, çatışan menfaatler arasında adalet denilen dengeyi bulacaktır. Adalet dağıtma da denilen yargı-lamanın iyi işleyebilmesi için adalet terazinin ne eksik ne fazla, sadece, tam tartması gerekir. Tam tartmanın bir şartı, yargıca dış etkilerin bulunmaması, yargıcın muhakeme dışı toplumsal nitelikteki etkilere kapılmadan karar verebilmesi, bir kelime ile yargıcın bağımsızlığının

⁵⁰ Krş., *Black’s Law Dictionary*, s. 693 “independence” maddesi.

⁵¹ Yargıcın.

⁵² Kunter, *Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 348.

⁵³ Bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 6.

⁵⁴ Bkz. Günday, *İdare Hukuku*, s. 46.

⁵⁵ Kunter, *a. g. e.*, s. 347.

sağlanmış olmasıdır.⁵⁶ Yargının, daha açık bir deyişle, yargıcın bağımsızlığı hakkında yapılan bu açıklamalardan sonra, yargı bağımsızlığının tarihi üzerinde durmak uygun olacaktır.

2. Tarihçe

Yargının bağımsızlığının tarihçesi, erkler ayrılığı kuramından çok daha eskiye gitmektedir. Aşağıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacak olan “*yargıç teminatının*” en önemli unsurlarından birisi olan “*yargıçların azil olunamamaları*” ilkesi, kimi yazarlarca XIV ve XV. yüzyıldan itibaren başlatılsa da, uygulamada benimsenen bir esasa göre Fransa’da daha XVI. yüzyıldan itibaren uygulama alanı bulmuştur.⁵⁷ Yargı bağımsızlığı ilkesi, İngiltere’de, uygulaması daha önceye gitse de bir hukuk kuralı olarak 1701 tarihli “*Act of Settlement*” Kanunu ile benimsenmiştir.⁵⁸

Yargı bağımsızlığı ilkesinin asıl önem ve değeri “*hukuk devleti*” ilkesinin kabul edilmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Çünkü yargı erki, ayrı bir erk olarak kabul edilsin veya edilmesin hâkimlerin azil olunamamaları ilkesi, bütün hukuk devletlerinde yargıç bağımsızlığının ilk şartı ve adaletin başlıca teminatı olarak tanınmış ve yerleşmiştir.⁵⁹ Ayrıca, yukarıda da belirtildiği gibi hukuk devletinin temel gereklerinden birisi; idarenin bağımsız yargı tarafından denetlenebilmesidir. Bu çerçevede, yargı bağımsızlığının tarihçesini bilmek için hukuk devletinin tarihçesini bilmek gerekir. Hukuk devletinin tarihçesini öğrenmek için ise kendisinden önce geçerli olan polis devleti üzerinde durmak gerekir.

Polis devleti (*polizeistaat*) XVII. ve XVIII. yüzyıllarda Kara Avrupa’sı ülkelerindeki mutlakiyetçi rejimleri açıklamak için kullanılan ve ilk defa Almanya’da ortaya çıkmış olan bir kavramdır.⁶⁰ Burada ifade edilen *polis* sadece kolluk gücü anlamında kullanılmamakta, kamunun refahı, esenliği ve güvenliği için kamu gücü ve kudretini kullanan bütün devlet organlarını ifade etmek için kullanılıyordu.⁶¹ Dolayısıyla,

⁵⁶ Kunter, *a. g. e.*, s. 348.

⁵⁷ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 12.

⁵⁸ *A. g. e.*

⁵⁹ *A. g. e.*

⁶⁰ Günday, *a. g. e.*, s. 36.

⁶¹ Bkz. Türkiye Barolar Birliği’nce 18-19 Ekim 2007 tarihinde Ankara’da düzenlenen

polis devletini; halkın refahı, esenliği ve güvenliği için her türlü önlem alabilen, bu amaçla kişilerin hak ve özgürlüklerine alabildiğince müdahale edebilen, onlara külfetler yükleyebilen ve fakat tüm bunları yaparken İdaresi hukuka bağlı olmayan devlet⁶² şeklinde tanımlamak olanaklıdır.

Gerçi polis devletinde de İdare başıboş ve düzensiz değildi. Tam aksine, İdare içerisinde yönetenlerin uyması gereken kurallar bulunmaktaydı. Bununla birlikte, yönetenlerin uyması gereken söz konusu kurallar, yönetenleri yönetilenlere karşı bağlamıyordu. Kısacası, polis devletinin ayırıcı özelliği, yönetenler ile yönetilenler arasındaki ilişkileri düzenleyen ayırıcı kuralların bulunmamış olmasıdır.⁶³

Aydınlanma felsefesinin ve liberalizmin etkisiyle polis devleti karşısında bütünüyle korumasız ve güvencesiz olan yönetilenler için polis devletine karşı gene Almanya'da *Hazine Kuramı* (fiskusteorie) geliştirilmiş ve uygulamaya konulmuştur. Bu kuram çerçevesinde, devletin işlem ve eylemlerinden, özellikle, mameleki varlıkları zarar gören vatandaşlara bir özel hukuk tüzel kişiliği olarak düzenlenen devlet hazinesinden yargı yolu ile uğradıkları zararların karşılanması olanağı sağlanmaktaydı.⁶⁴ Bu kurama çerçevesinde devlet hazinesine kralın dışında ve tamamen özel hukuka tabi bir tüzel kişilik tanınmakta ve böylece kamu güç ve kudretini temsil eden ve kullanan, yaptığı işlemlerden dolayı hiç bir hukuk kuralına ve denetime tabi olmayan devlet ile özel hukuk hükümlerine tabi olan ve aleyhine yargı yoluna başvuru hazine birbirinden ayırt edilmekteydi.⁶⁵

Hazine kuramı uygulamaya konulduktan sonra da devletin keyfi ve gelişigüzel davranma yolları açık bulunmaktaydı. Bununla birlikte, hazine kuramı, kamunun refahı, esenliği ve güvenliği için eylem ve işlem yaparken vatandaşlara karşı bir zarar verse bile kendisine karşı bir hak talebi bile yöneltilmeyen polis devleti tipine göre bir hayli ileri bir

Eksiksiz Demokrasi Sempozyumu'nun "Çağdaş Demokrasinin Önkoşulu: Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü" adlı birinci oturumunda Mumcuoğlu'nun Yaptığı Konuşma, s. 7.

⁶² Günday, *a. g. e.*, s. 36.

⁶³ Günday, *a. g. e.*, s. 37.

⁶⁴ Mumcuoğlu'nun anılan konuşması, s. 8.

⁶⁵ Günday, *a. g. e.*, s. 37.

aşama olduğu açıktır.⁶⁶ Ancak, hazine kuramı, devleti hükümdar ve hazine olarak ikiye bölmek ve devletin mali işlemlerini tümüyle özel hukuk hükümlerine tabi kılmak suretiyle yanlış bir temelden hareket etmiştir. Nitekim devletin hazinesi ile birlikte tek bir kamu tüzelkişisi olduğu ve faaliyetlerinde de hukuk kurallarına tabi olması gerektiği yolundaki düşünceler benimsedikçe hazine kuramı terk edilmeye başlanmıştır.⁶⁷

Hazine kuramı, *polis devletine* göre vatandaşları koruma bağlamında önemli bir aşama olsa da vatandaşın gerçek korunması hukuk devleti ilkesinin yerleşmesiyle gerçekleşmiştir. Bu ilke, XVIII. yüzyılın sonunda başlayıp XIX. yüzyılda gelişen anayasacılık hareketleri sonucunda gerçekleşmiştir.⁶⁸ Hukuk devleti (*Rechtsstaat*) kavramı da, polis devleti kavramı gibi önce Almanya'da ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, bu kavram Fransa'da geliştirilmiş ve Fransa bu konuda hem Almanya'ya hem de öteki Kıta Avrupa'sı ülkelerine örnek olmuştur.⁶⁹

Polis devletinin tersine, hukuk devleti; faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, yönetilenlere hukuki güvenceler sağlayan devlettir. Daha açık bir deyişle, hukuk devleti, sadece yönetilenlerce uyulacak kurallar koyan devlet olmayıp, aynı zamanda koyduğu hukuk kurallarıyla kendisini bağlı gören devlettir.⁷⁰ Kısacası, hukuk devleti; hukukun devlete tabi olmasından ziyade, devletin hukuka tabi olduğu devlettir.⁷¹ Günümüzde, hukuk devleti, çağcıl ülkelerin karakteristik bir vasfı hâline gelmiştir.⁷²

3. Yargı Bağımsızlığının Türleri ve Kime Karşı Korunması Gerektiği

Bu kısımda yargı bağımsızlığının türleri, bir diğer deyişle, çeşitleri ile yargı bağımsızlığının kimlere karşı korunması gerektiği üzerinde

⁶⁶ Mumcuoğlu'nun anılan konuşması, s. 8.

⁶⁷ Günday, *a. g. e.*, s. 37.

⁶⁸ Mumcuoğlu'nun anılan konuşması, s. 8.

⁶⁹ Günday, *a. g. e.*, s. 38.

⁷⁰ *A. g. e.*

⁷¹ Fazla bilgi için bkz. Wade, *Administrative Law*, s. 6.

⁷² Hukuk devleti anlayışının tarihi gelişimi konusunda fazla bilgi için bkz. Yüce, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*, s. 5-8.

durulacaktır.

a. Yargı Bağımsızlığının Türleri

Yargı bağımsızlığının türleri; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlığı⁷³ öznel (sübjektif) ve nesnel (objektif) olmak üzere iki açıdan değerlendirilmelidir. Bunlardan öznel açıdan bağımsızlık ve tarafsızlık; doğrudan doğruya yargıya ya da yargıçlara ilişkin olup, bunların kişisel anlamda önyargılı ve tarafsız olup olmadıkları hususuna bağlıdır. Buna karşın nesnel tarafsızlık ve bağımsızlık ise, aynı zamanda kurumsal tarafsızlık olarak da adlandırılmakta ve yargılama organının her tür kuşkudan uzak olmasını sağlayacak biçimde gerekli güvencelere sahip olmalarına bağlı olan bir husustur.⁷⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; yargının nesnel yönden bağımsız ve tarafsız olup olmadığına, o ülkenin kurumsal ve anayasal düzenlemelerine bakılarak yanıt verileceği görüşündedir. Bu noktada, yargılama organının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması açısından, yürütme ve yargılamanın ayrılığı, bir başka deyişle, yargılamanın yürütme organına karşı bağımsızlığı olgusu büyük önem taşımaktadır.⁷⁵

Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bu iki koşulun yanında, yargıcın bağımsızlığı açısından daha başka koşullar da gerekmektedir. Bu çerçevede, en önemli unsur, yargıçlara tanınan güvenceler ve yargıçların konumudur. Eğer hükümet ya da idari organlar, yargıçların görevine son verebiliyorsa, bu noktada yargıçların nesnel açıdan bağımsızlıkları yok demektir. Hatta yargılama dışı kurumlar, mahkemeler ya da hâkimler üzerinde etkili olabiliyorlarsa bu durum yine mahkemelerin bağımsızlığının olmadığı anlamını taşımaktadır. Bu etkileme ya da denetleme, değişik biçimlerde; yargıçların aylıkları-

⁷³ Avrupa İnsan hakları Mahkemesi "yargının bağımsızlığı" kavramını hemen daima "tarafsızlık" unsurunu da katarak "yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı" şeklinde kullanmaktadır. İleride ayrıntılı olarak açıklanacak nedenlerle, "yargının bağımsızlığı" kavramının içersinde "yargının tarafsızlığı" kavramı da saklıdır. Bununla birlikte, "yargının tarafsızlığı" kavramının "yargının bağımsızlığı" kavramı yanında ayrıca kullanılmasının bir mahzur doğurduğu kanısında değiliz.

⁷⁴ *Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD, s. 27.

⁷⁵ *Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD, s. 28.

nın ödenmesi, görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilebilmesi biçiminde ortaya çıkabilmektedir.⁷⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bunun yanında, bir mahkemenin bağımsız olup olmadığına karar verirken; üyelerinin atanması biçimi, görev süreleri, dışarıdan baskılara karşı garantilerin varlığı ve kurumun bağımsız bir görünüme sahip olup olmadığı sorunu gibi değişik hususları göz önünde bulundurarak karar vermektedir. Bundan başka, Mahkeme, mahkemenin hem yürütmeden hem de taraflardan bağımsız olması gerektiğini ifade etmektedir.⁷⁷ Bu unsurlar üzerinde ayrıntılı bir şekilde durmak uygun olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir mahkemede adli veya hukuki açıdan nitelikli üyelerin bulunmasının bağımsızlığa ilişkin güçlü bir gösterge olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, örneğin Sramek Avusturya'ya karşı (22 Ekim 1984) davasında ilgili organın (Bölge Em-lak Alım-Satım Dairesi) bağımsız olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, bu sonuca, söz konusu organın yargılamada bir taraf olduğu gibi, hükümetin temsilcisinin de mahkeme tetkik sorumlusunun üstü konumunda bulunmasını gerekçe olarak göstermiştir.⁷⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bir mahkemenin üyelerinin yürütme tarafından atanıyor olması tek başına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali anlamına gelmez. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali olabilmesi için, başvuruçunun atama uygulamasının bütünüyle tatminkârlıktan yoksun olduğunu ya da belirli bir mahkemenin oluşumunun davanın sonucunu etkileme gibi bir amaca yönelik olabileceğini göstermesi gerekir.⁷⁹

Mahkeme, ayrıca, eğer bir mahkemenin üyeleri sabit bir süre atanıyorsa, bunu bir bağımsızlık garantisi olarak algılamaktadır. Mahkeme, örneğin, Le Compte, Van Leuven, De Meyere Belçika'ya karşı (23 Haziran 1981) davasında Danıştay üyelerinin sabit altı yıllık görev sürelerinin bir bağımsızlık garantisi olduğuna hükmetmiştir.

Yine, Mahkeme, Campbell ve Fell Birleşik Krallığa karşı (28 Haziran 1984) davasında Cezaevi Ziyaret Heyeti üyeleri için olan üç yıllık

⁷⁶ A. g. e.

⁷⁷ Mole ve Harby, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 26-27.

⁷⁸ Mole ve Harby, *a. g. e.*, s. 27.

⁷⁹ Mole ve Harby, *a. g. e.*, s. 27-28.

atama süresini de uygun bulmuştur Mahkeme bu sonuca ulaşırken, bu sürenin kısa olduğunu kabul etse de, görevin ücret karşılığı yapılmaması ve gönüllü bulmakta zorlanıldığı gerekçeleriyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ihlalinin bulunmadığını ifade etmiştir.⁸⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bağımsızlık görünümüyle ilgili kuşkların bir ölçüde nesnellik temeline dayandırılması gerekli olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme, Belilos İsviçre'ye karşı (29 Nisan 1988) davasında, kimi küçük suçlarda yargıç sıfatıyla hüküm veren yerel "Polis Kurulu" tek bir kişiden oluşuyordu ki, o kişi de kendi sıfatıyla hareket eden bir polis memuruydu. Mahkeme'ye göre, her ne kadar polis memuru, emirlere tâbi olmasa, yemin etmiş bulunsa ve görevinden alınmasa da, bu kişi sonradan emniyetteki görevine döneceği için ve emniyet güçlerinin, üstlerinin emrinde ve arkadaşlarına sadık bir üyesi gibi görülebilecek olduğundan, bu durum bir mahkemenin yaratması gereken güvenilirlik hissini zedeleyecektir. Mahkeme'ye göre, Polis Kurulu'nun bağımsızlığına ve teşkilatlandırılmasındaki tarafsızlığa ilişkin meşru kuşklar olduğundan 6. maddesinin 1. fıkrasındaki koşullar yerine getirilmemiştir.⁸¹

Mahkeme, bağımsızlık açısından mahkemenin adli olmayan hiçbir organ tarafından değiştirilemeyecek bağlayıcılıkta karar verme yetkisine sahip olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede, Divan-ı Harp ve diğer askeri disiplin kurumları bu bağlamda 6. maddeyi ihlal eder nitelikte bulunmuştur. Mahkeme'ye göre yürütme, üyelerin genel anlamda görevlerini yerine getirmekte uygulanacak kuralları belirleyebilir ancak bu kurallar gerçekte davaların nasıl karara bağlanacağına ilişkin talimatlar niteliğinde olamaz.⁸²

b. Yargı Bağımsızlığının Kendisine Karşı Korunması Gereken Kişi ve Organlar

Yargı bağımsızlığının kime karşı korunması gerektiği sorusuna yanıt verilirken olaya oldukça geniş açılı olarak yaklaşılmalı ve yargı

⁸⁰ A. g. e.

⁸¹ Mole ve Harby, *a. g. e.*, s. 28.

⁸² A. g. e.

bağımsızlığının kendisine karşı korunması gereken kişi ve organların sayısı oldukça geniş olarak tutulmalıdır.

aa. Yargı Bağımsızlığının Yargıca Karşı Korunması

Yargı bağımsızlığının kendisine karşı korunması gerekli olanların başında bizzat yargıçlar gelir. Yargı bağımsızlığının yargıca karşı korunabilmesi için yargıcın nesnelliğinin (objektifliğinin) sağlanması gerekir. Yargıcın nesnelliğinin iki yönü bulunmaktadır. Bunlar; yargıcın tarafsızlığı ile kişiliğinden sıyrılmasıdır. Daha açık bir deyişle, yargıcın nesnelliğini sağlayabilmek için onun tarafsız ve kişiliğinden sıyrılması gerekir.⁸³ Yargıcın taraflar (davacı ve davalı) bakımından objektif olmasına, bir başka deyişle, taraflar bakımından öznel davranmamasına yargıcın tarafsızlığı denilir. Bu tarafsızlık, taraf makamlarında aynı durumda başkaları olsa da aynı kararın verilmesini gerektirir. Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında da herkesin kanun önünde eşit olduğu ifade edilirken bu durum kastedilmektedir. Adaletin sembolünün, elinde terazisi bulunan gözü kapalı bir kişi olarak kabul edile gelmesi de, yargıcın taraflardan birinin olumlu veya olumsuz etkisi altında kalmaması gerektiğini gösterir. Daha açık bir deyişle, yargıcın gözü ne kadar kapalı olursa, bir başka deyişle, taraflara yabancı kalabildiği ölçüde isabetli ve doğru karar verir.⁸⁴

Yargıç tarafsızlığının, kanımızca, iki unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yargıcın taraflarla bir durum benzerliğinin olmaması gerektiğidir. Bununla birlikte, Kunter'in isabetli olarak belirttiği gibi yargıcın taraflarla durum benzerliği olmamasının %100 gerçekleşmesi olanaksızdır. Gerçekten de, yargıcın taraflardan biri gibi, baba veya ana konumunda veya onunla aynı dinden veya sosyal gruptan olabilmesi olanaklıdır. Bu şekildeki genel ve ikincil derecedeki durum benzerliklerinin yargıcın tarafsızlığını zedelemeyeceği kabul olunabilir. Buna karşılık, yargıcın, eşinin veya çocuğunun davasına bakarken tarafsız kalamayacağı yaşam deneyimleriyle sabittir.⁸⁵

Yargıç tarafsızlığının ikinci unsurunu, yargıcın davanın tarafları (justiabiles) karşısında bağımsızlığının bulunması oluşturur. Bu unsur,

⁸³ Fazla bilgi için bkz. Kunter, *a. g. e.*, s. 358 vd.

⁸⁴ Kunter, *a. g. e.*, s. 357.

⁸⁵ *A. g. e.*

yargıcın maddi veya ekonomik bağımsızlığı olarak da adlandırılmaktadır. Yargıcın, adaleti tam bir iç huzuru ile dağıtabilmesi için maddi kaygı ve sıkıntılardan kurtulmuş, belirli bir gönenç seviyesine ulaşmış bulunması ve taraflarca ileri sürülebilecek her türlü mükâfat önerisi karşısında tamamen uzak ve ona karşı eğilimsiz olması gerekir. Bu türlü bağımsızlık, yargıca tatmin edici bir ücret vermekle sağlanır.⁸⁶

Yargının nesnellığının, bir diğer deyişle, öznel davranmamasının ikinci yönünü de yargıcın kendi kişiliğinden sıyrılması oluşturur. Gerçekten de Kunter'in belirttiği gibi terazi kimin elinde olursa olsun tartının değişmemesinde olduğu gibi, yargıç da karar verirken kişisel görüşlerine ve değer ölçülerine göre hareket etmemeli, onun yerinde başka bir yargıç olsaydı nasıl karar verecek idiyse o kararı vermelidir. Yazar; "*kanun herkesi için eşittir*" denilirken belirtilmek istenileninin de bu husus olduğunu, bir diğer deyişle, kararın yargıcın kendisinin değil makamın kararı olduğunu ifade etmektedir.⁸⁷

bb. Yargı Bağımsızlığının Yasamaya Karşı Korunması

Yargı bağımsızlığının etkin bir şekilde sağlanabilmesi için yargıçların yasama organı karşısında da bağımsızlığının bulunması gerekir. Yasama organının, yargıçların kararlarına hiç bir surette müdahale edememesi, bu kararları değiştirememesi, bozamaması ve hükümlerinin infazına engel olamaması, yargı bağımsızlığının yasamaya karşı korunmasının somut görünümüdür.⁸⁸ Nitekim yargıçların yasama organı karşısında bağımsızlığını sağlamak üzere Anayasa'nın 138. maddesinin 3. fıkrasında; görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisi'nde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı belirtilerek, bu maddenin 4. fıkrasında ise yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği ifade edilerek bu husus temin edilmeye çalışılmıştır. Yargıçların yasama

⁸⁶ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 4.

⁸⁷ Kunter, *a. g. e.*, s. 357.

⁸⁸ Krş. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 4.

organına karşı bağımsızlığının sağlanmasında günümüzde pek fazla sorunla karşılaşılmamaktadır.

cc. Yargı Bağımsızlığının Basına Karşı Korunması

Yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde sağlayabilmek için yargıçların basın karşısında da bağımsızlığının bulunması gerekmektedir. Bu hususu sağlamak üzere, 9.6.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 19. maddesine; hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içinde, cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan kimsenin 2000 YTL'den 50.000 YTL' ye kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacağı, bu cezanın bölgesel süreli yayınlarda 10.000 YTL'den az olamayacağı, görülmekte olan bir dava kesin kararlar sonuçlanıncaya kadar bu dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan kişiler hakkında da aynı cezaların uygulanacağı şeklinde bir hüküm konulmuştur.

Yargı bağımsızlığının basına karşı korunmasında 5187 sayılı Kanun'un 19. maddesi hükmünün uygulanmasında bir takım sorunlar bulunmasına rağmen söz konusu hükmü ilke olarak yerinde bulmaktayız.

dd. Yargı Bağımsızlığının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması

Yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde sağlayabilmek için yargıçların üçüncü kişilerin doğrudan veya dolaylı etkilerine karşı da bağımsız olduğu esasının benimsenmesi gerekir.

Yargıçların bağımsızlığı, onların içinde buldukları ortamlardan bir başka deyişle, muhakeme dışı faktörlerden de etkilenebilir. Ortam müdahaleleri, çok çeşitli olup, baskı grupları, sermaye grupları, aşiretler, siyasi partiler, sendikalar, şirketler ve hatta tek ferde kadar uzanabilir.⁸⁹

Yargı bağımsızlığını üçünü kişilere karşı koruyabilmek için Türk pozitif hukukunda bir takım hükümler bulunmaktadır. Gerçekten

⁸⁹ *Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD, s. 29.

de, Anayasa'nın 138. maddesinin 2. fıkrasında; hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı ifade edilmiş, 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 277. maddesinde; bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verileceği, teşebbüsün iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek cezanın altı aydan iki yıla kadar olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümlerin; üçüncü kişilerin yargıyı dolaylı veya dolaysız etkilemesine karşı iyi etkin bir savaşım vermeye yeteceği⁹⁰ kanısındayız.

ee. Yargı Bağımsızlığının Yürütmeye Karşı Korunması

Son olarak⁹¹ yargıçların yürütme organı karşısında bağımsızlıklarının sağlanması gerekir. Yargıçların bağımsızlığına karşı en büyük tehdit daima yürütme organından gelmiştir. Bu hususta Anayasaya hükümler konulması da⁹² yeterli değildir. Yargıçlara yönelik çeşitli işlemler ve bu işlemler dolayısıyla yargıçların yürütme organı ile ilişkileri için özel hükümlere gereksinim vardır. Bütün sorun, bu hükümlerin saptanması ve uygulanmasındadır. Yargıçların bağımsızlığı konusunda mevcut bütün sistemler ve kurumlar, hemen hemen sadece yargıçların yürütme organı karşısında bağımsızlığını sağlamak amacıyla düşünülmüş ve konulmuştur.⁹³

Yargıcın kurumsal ve öznel bağımsızlığı açılarından yargılama organının karşı karşıya kaldığı en önemli sorun, yargı bağımsızlığı-

⁹⁰ Mevcut hükümlerin iyi bir şekilde uygulanması koşuluyla.

⁹¹ Ancak önem açısından son değil. Hatta, en önemlisi olarak.

⁹² Nitekim, Anayasa'nın 138. maddesinin 1. fıkrasında; hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlarına göre hüküm verecekleri ifade edilmiş, 4. fıkrasında ise yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği ifade edilmiştir.

⁹³ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 4-5.

nın yürütme organının müdahalelerine karşı korunmasıdır. Bu konuda Türk uygulamasında büyük aksaklıklar göze çarpmaktadır. Gerçi, Anayasa'nın 138. maddesinin 2. fıkrasında, hiç bir organının yargılama yetkisinin kullanılmasında yargıçlara emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı ifade edilmesine rağmen uygulamada siyasi iktidarların çeşitli şekillerde yargılama organına müdahale etkileri görülmektedir.⁹⁴

Yargılama organının yürütme organı karşısındaki bağımsızlığı, yürütme organının mahkeme kararlarına uymak zorunda olup bunları değiştirememesinin ve bunların yerine getirilmesini geciktirememesini de gerektirir. Bu husus Anayasa'nın 138. maddesinin 4. fıkrasında açıkça ifade edilmesine rağmen uygulamada bu açıdan da büyük aksaklıklar gözlenmektedir.⁹⁵ Daha somut bir deyişle, uygulamada yargı kararlarının özellikle idari yargı kararlarının yerine getirilmesi konusunda büyük sorunların bulunduğu yadsınamaz. Özellikle üst kademe yöneticilerinin atanması ve görevden alınması ile özelleştirmenin iptali konusunda verilen idari yargı kararlarının İdare tarafından yerine getirilmemesi konusunda adeta milli birlik ve beraberlik de(!) oluşmuştur. Ancak hukukumuzda yargı kararlarının yerine getirilmesini sağlamak için yeterli düzeneklerin bulunmadığı da savlanamaz. Çünkü Anayasa'nın 138. maddesinde ve 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesine göre, İdare, yargı kararını yerine getirmekle yükümlü bulunmaktadır. Diğer yandan, yargı kararlarının yerine getirilmemesi; Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarıyla görevi ihmal suçunu oluşturmakta ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla da ağır hizmet kusuru oluşturarak davacıya maddi ve manevi tazminat verilmesini gerektiren bir neden olarak görülmektedir.

Yargıçların yürütme organına karşı bağımsızlıklarının sağlanmasında vahim olan nokta; Kapanı'nın de belirttiği gibi yargıçların yürütme organı karşısında bağımsızlıklarını sağlamaya yönelik ülke dizgelerinin hiç birisinin kusursuz ve mükemmel olmamasıdır. Yazar, haklı olarak, henüz dünyanın hiç bir yerinde, yargıçların bağımsızlığı prensibinin noksansız ve ideal bir şekilde ettirilebilmiş olduğu söylenemeyeceğini, ancak bazı ülkelerin ideale göreceli olarak yaklaşmış olmalarına ve istikrar kazanmış olan sistemlerinde şimdiki halde ra-

⁹⁴ *Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD, s. 29.

⁹⁵ *A. g. e.*

dikal bir değişiklik yoluna girme gerekliliğini hissetmemelerine karşın, diğer bazı ülkelerin, hakimlerin bağımsızlığını daha etkin bir şekilde sağlamak için hayli yetersiz olan sistemlerini tamamen veya kısmen değiştirmek gereği ile karşı karşıya bulunduğunu ifade etmektedir. Yazar, hali hazırda ülkemizin de bu sonuncular arasında olduğunu söylemek gerektiğini ifade etmektedir.⁹⁶ Bize göre de, yargı bağımsızlığının sağlanmasında en önemli engel yürütme organı olduğundan bu bağlamda oldukça köklü önlemlere yer verilmesi gerekir. Aşağıda yargı bağımsızlığının etkin bir şekilde sağlanması için alınması gereken kurumsal ve öznel önlemlere temas edilirken bu önlemlerin daha çok yargının yürütmeye karşı bağımsızlığını sağlamak için savunulduğu unutulmamalıdır.

III. YARGI BAĞIMSIZLIĞINI GERÇEKLEŞTİREBİLMEK İÇİN ALINMASI GEREKEN ÖNLEMLER

Bu başlık altında, yargı bağımsızlığını sağlayabilmek için alınması gereken nesnel ve öznel önlemler üzerinde durulacaktır. Söz konusu önlemleri incelemeye geçmeden önce şu hususu belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın veya kanunun yargıç bağımsızdır demesi ile yargıç bağımsızlığı sağlanamaz. Bunu sağlayacak çarelere, bir başka deyişle, nesnel (kurumsal) ve öznel teminatlara gereksinim bulunmaktadır. Kurumsal veya öznel teminatlar az veya çok olabilir, ancak yargıç bağımsızlığı ya vardır ya da yoktur. Bu nedenle yargıç bağımsızlığı konusunda önemli olan teminatların bağımsızlığı sağlayıp sağlamadığıdır. Söz konusu teminatlar yargıç bağımsızlığını sağlamaya yetiyorlarsa, az da olsa herhangi sorun yoktur.⁹⁷

1. YARGININ NESNEL BAĞIMSIZLIĞINI SAĞLAYABİLMEK İÇİN ALINMASI GEREKEN ÖNLEMLER

Yukarıda da belirtildiği üzere yargı bağımsızlığının kavramsal olarak nesnel ve öznel boyutları bulunmaktadır. İşte, bu kısımda, yar-

⁹⁶ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 151.

⁹⁷ Krş. Kunter, *a. g. e.*, s. 349.

gının nesnel bağımsızlığını sağlayabilmek için alınması gereken önlemlere temas edilecektir.

a. Adalet Bakanlığının İsmi, Görev ve Yetkileri ile Personel Düzeneginin Değiştirilmesi

Adalet Bakanlığı'nın mevcut ismi, görev ve yetkileri ile personel düzenegi, kanımızca, bütünüyle yargı bağımsızlığı ilkesine aykırı düşmektedir. Her şeyden önce Adalet Bakanlığı'nın ismi yargı bağımsızlığı ilkesine aykırıdır. *Adalet Bakanlığı* ismi, adaletin yönetimi gibi bir anlam taşımaktadır. Bir yürütme organı olan Adalet Bakanlığı tarafından değil adaletin yönetilmesi, adalete yapılabilecek en küçük bir etki bile adaleti bozmak için yeterlidir. Bu yüzden, yargı bağımsızlığını organizasyon temelinde etkin bir şekilde yaşama geçirebilmek için Adalet Bakanlığı'nın isminin *Adli İşler Bakanlığı* veya *Adliye Bakanlığı* olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Adalet Bakanlığı'nın mevcut görev ve yetkileri de yargı bağımsızlığı ilkesine aykırı düşmektedir. Gerçekten de, aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere, Adalet Bakanlığı'nın mevcut görev ve yetkileri adeta adaleti yönetmek üzere tasarlanmıştır. Yargı bağımsızlığı ilkesine uygun bir şekilde hareket etmek açısından; Adalet Bakanlığının görev ve yetkilerinin hukuki konularda araştırma, araştırma sonuçlarına göre kanun tasarısı hazırlama, mevcut kanunu değiştirme ve ortadan kaldırma ile yargıya salt lojistik destek verme şeklinde bir konuma sokulması gerekir. Bu çerçevede, Adalet Bakanlığı'na yargıçlar üzerinde tanınan her türlü anayasal ve yasal yetkilerin kaldırılması da gerekir.

Ayrıca, Adalet Bakanlığı'nın mevcut personel düzenegi de yargı bağımsızlığına aykırı düşmektedir. Anayasa'nın 159. maddesinin 6. fıkrasında; Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkimlerin muvafakatlerini alarak atama yetkisinin Adalet Bakanı'na ait olduğu belirtilmekte, 140. maddesinin 7. fıkrasında ise adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışan hâkimlerin, hâkimler hakkındaki hükümlere tabi olduğu, bunların hâkimlere ait esaslar dairesinde sınıflandırılacağı ve derecelendirileceği, hâkimlere tanınan her türlü haklardan yararlanacakları ifade edilmektedir.

24.12.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 34. maddesinde; hakim ve savcı olup da Adalet Bakanlığı merkez, bağ-

lı ve ilgili kuruluşlarındaki görevde çalışanların hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabi olduğu, bunların hakimlere ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılacağı ve derecelendirilecekleri, hakimlere ve savcılara tanınan her türlü haktan yararlanacakları, bu görevlerde geçen sürelerinin hakimlik ve savcılık mesleğinde geçmiş sayılacakları, adli veya idari yargıda görevli hakim veya savcılarla adli veya idari hakim ve savcı olup da Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlardaki görevlerde çalışanların sınıf ve dereceleri bakımından eşit oldukları ifade edilmekte, 37. maddesinde ise; Adalet Bakanlığı merkez kuruluşunda; Bakanlık tetkik hâkimliğine, adalet müfettişliğine, Adalet Bakanlığı Müsteşarlığı'na, yüksek müşavirliklerine, müsteşar yardımcılıklarına, Teftiş Kurulu Başkanlığı'na, genel müdürlüklerine, Strateji Geliştirme Başkanlığı'na, Teftiş Kurulu başkan yardımcılıklarına, belirli koşulu taşıyan hakim ve savcılar arasından atama yapılacağı belirtilmektedir.

Yargıçların Adalet Bakanlığı'ndaki idari görevlere atanabilmesi, yargıç açığını artırdığı gibi konunun yargı bağımsızlığı ile de yakın bir ilgisi bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, yargıçların idari görevlere atanması yargı bağımsızlığına bütünüyle aykırıdır. Yargıçlık görevinden idari görevlere yapılacak atamalarda ilgilinin muvafakatinin aranacağına belirtilmesi de yargı bağımsızlığına aykırılığı önleyemez. Gerçekten de, bir raporda da belirtildiği üzere ilgilinin rızasının "kayıрма" biçiminde tersine işlemesi ve bundan da yine yargı bağımsızlığının zarar görmesi olasılığı vardır.⁹⁸

Ayrıca, yargıçlık ve bürokratik birbirinden ayrı nitelik ve birimleri gerektiren meslekler olup bir diğerrinin olmazsa olmaz koşulu (*conditio sine quo non*) değildir. Bu nedenle yargıçların Adalet Bakanlığı'ndaki her türlü göreve atanmasından vazgeçilerek, Bakanlığın profesyonel bir idari yapıya kavuşturulması uygun olacaktır.

b. Yargıçlar Yüksek Kurulu Kurulması

Türkiye'de yargı bağımsızlığını risk altına sokan en önemli unsur Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kuruluş ve oluşum tarzıdır. Bir kere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) kuruluş tarzı yargı bağımsızlığına aykırıdır. Daha açık bir deyişle, HSYK'nun

⁹⁸ Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri, TÜSİAD, s. 180.

kendisine özgü bir bütçesi, sekreteryası ve binasının bulunmaması ile adalet müfettişlerinin söz konusu kurulun emri altında çalışmaması yargı bağımsızlığına aykırı düşmektedir.⁹⁹

HSYK'nın oluşum tarzı da yargı bağımsızlığına aykırıdır. Anayasa'nın 159. maddesinin 2. fıkrasında; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının, Adalet Bakanı olduğu, Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın kurulun doğal üyesi olduğu, kurulun üç asıl ve üç yedek üyesinin Yargıtay Genel Kurulu'nun, iki asıl ve iki yedek üyesinin Danıştay Genel Kurulu'nun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içerisinden Cumhurbaşkanınca dört yıl için seçileceği, süresi biten üyelerin yeniden seçilebileceği, Kurul'un, seçimle gelen asıl üyeleri arasından bir başkanvekili seçeceği ifade edilmiştir. Kurul'un bu oluşum tarzı, kanımızca, yargı bağımsızlığına aykırı düştüğü gibi demokratik temsil esaslarına da aykırı düşmektedir. Bir kere, Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın Kurul'da bulunması yargı bağımsızlığına aykırıdır. Yine, Kurul üyelerinin Yargıtay ve Danıştay'dan seçilmesi ile Cumhurbaşkanı tarafından atanması da, kanımızca, yargı bağımsızlığını zedelemektedir. Çünkü, HSYK'nın yasma, yürütme ve hatta bizzat yargılama organından bağımsız olması gerekir. Kurul üyelerinin Yargıtay ve Danıştay'dan seçilmesi ve Cumhurbaşkanı tarafından atanması, Kurul'un, yürütme¹⁰⁰ ve yargılama organından¹⁰¹ bağımsız olmadığı somut bir göstergesidir. Diğer taraftan, Kurul üyelerinin dört yıllığına atanması da yargı bağımsızlığına aykırıdır. Çünkü yürütmenin istemlerine karşı direnen bir üyenin görev süresi uzatılmayabilir. Çünkü üye, salt dört yıllığına seçildiğinden ancak kısıtlı bir görev güvencesine sahiptir.

Yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde sağlayabilmek için kanımızca, her şeyden önce, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kaldırılarak Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun kurulması gerekir. Bu kurulun, kuruluş tarzını yargı bağımsızlığına uygun bir hale getirebilmek için Kurulun kendisine özgü bir bütçesi, sekreteryası ve binası bulunmalı,

⁹⁹ Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kuruluş yapısının yargı bağımsızlığına nasıl aykırı düştüğü konusunda fazla bilgi için Avrupa Birliği Komisyonu tarafından İngilizce olarak hazırlatılan ve Adalet Bakanlığı tarafından tercüme edilen *Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi İstisari Ziyaret Raporu* (28 Eylül 2003-10 Ekim 2003) s. 48-51 arasına bkz.

¹⁰⁰ Anayasa 104. maddesinin çerçevesinde, Cumhurbaşkanı, yürütmenin başıdır.

¹⁰¹ Yargıtay ve Danıştay'dan.

bunun yanında, adalet müfettişleri de söz konusu kurulun emri altında çalışması gerekir.

Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun oluşum tarzını da yargı bağımsızlığına uygun bir şekilde düzenlemek gerekir. Söz konusu kurulun oluşum tarzının nasıl olması gerektiği sorusunu yanıtlamadan önce Kurulun başkanlığını kimin yapması gerektiği sorusunu yanıtlamak daha uygun olacaktır.

İtiraf etmek gerekir ki, 2007 yılına kadar, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun Başkanlığını Cumhurbaşkanının yapması gerektiği fikrini taşımaktaydık. Bununla birlikte, 2007 yılından sonra bu fikrimizi değiştirmiş bulunmaktayız. Gerçekten de, Anayasa'nın 101 ve 102. maddelerinde, 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi esası benimsenmiştir.¹⁰² Yapılan bu değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin "*parlamente sistem*" olan hükümet rejimi "*başkanlı parlamente sisteme*" dönüşmüştür. Başkanlı parlamente sistemde neden Cumhurbaşkanının Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun Başkanı olamayacağını göstermek açısından başkanlı parlamente sistem ve sakıncaları üzerinde durmak uygun olacaktır.

Parlamente sistemin ana unsurlarını sabit tutup, sisteme halk tarafından seçilen bir devlet başkanının eklendiği durumlarda ortaya çıkan sistemin adı başkanlı parlamente sistem olur. Bu sistem bir parlamente sistem değildir, çünkü devlet başkanı halk tarafından seçilmektedir, bir yarı-başkanlık sistemi de değildir; çünkü başkanlı parlamente sistemdeki bir devlet başkanının yetkileri, yarı-başkanlık sistemindeki bir devlet başkanından daha azdır. Daha açık bir deyişle, başkanlı parlamente sistemdeki bir devlet başkanının hükümeti azil ve parlamentoyu fesih yetkisi yoktur; yasama, atama ve olağanüstü hal yetkileri ise oldukça kısıtlıdır. Başkanlı parlamente sistem kısaca, "*halk tarafından seçilen sembolik yetkili bir devlet başkanı + parlamentoya karşı sorumlu bir hükümet*" olarak ifade edilebilir. Günümüzde, İran, Bulgaristan ve Slovakya'da uygulanan hükümet sistemleri başkanlı parlamente sistemin örneklerini oluşturur.¹⁰³

¹⁰² 31.5.2007 tarih ve 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 21.10.2007 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilmiş ve buna ilişkin Yüksek Seçim Kurulu Kararı 31.10.2007 tarih ve 26686 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

¹⁰³ Gönenç, *Hükümet Sistemi Tartışmalarında "Başkanlı Parlamente Sistem" Seçeneği*, s.

Başkanlı parlamenter sistem, parlamenter hükümet sistemine göre iki açıdan sakınca doğurur. Bu sakıcalar, tarafsızlık tartışması ve meşruiyet krizidir.¹⁰⁴ Gerçekten de parlamenter sistemin en temel özelliği, sistemde uygulanan siyasi programın teklifiğidir. Daha açık bir deyişle; seçmenlerin belirli bir siyasi partiyi tercih etmesine neden olan, o siyasi parti parlamentoda çoğunluğu elde ettikten sonra içinden çıkardığı hükümetin temel hedeflerini belirleyen ve hükümetin görevde kaldığı sürece uyguladığı program daima aynı programdır. Parlamenter sistemin işleyişi göz önüne alındığında, icrai yetkilerin esas olarak hükümete ait olduğu, hükümetin de bu yetkileri seçimlerden iktidara sürekliliğini koruyan siyasi programı yaşama geçirmek için kullandığı söylenebilir. Bu tablo içerisinde devlet başkanı, herhangi bir siyasi programı olmayan partiler-üstü “tarafsız” bir unsurdur.¹⁰⁵

Başkanlı parlamenter sistem açısından düşünüldüğünde ise, parlamenter sistemdeki temel mantığın sarsıldığı görülür. Bu sistemde; sadece parlamentoya girmek için yarışan, bu yarışta kazandıktan sonra parlamentodaki çoğunluğu ve hükümeti kontrol eden siyasi parti değil, devlet başkanı da bir siyasi programla seçmenlerin karşısına çıkacaktır. Halk tarafından tercih edilmek için devlet başkanı, aynen siyasi partiler gibi seçim meydanlarına çıkacak, propaganda yaparak seçmenlere bir takım vaat ve söz verecektir. İşte, başkanlı parlamenter sistemde esas sorun burada başlamaktadır. Eğer devlet başkanı, hükümet ve parlamento çoğunluğu aynı dünya görüşüne sahipse, büyük olasılıkla bu üç aktör birbirine engel olmayacak, tam tersine aynı siyasi programı yaşama geçirmek için işbirliği yapacaktır. Bu durumda, meşruiyet krizi azalsa da devlet başkanının tarafsızlığı büyük ölçüde zedelenecektir. Bir başka deyişle, bir dünya görüşü lehine bir iktidar toplanması ortaya çıkacak ve devlet başkanının tarafsızlığı iktidardaki dünya görüşü lehine bozulacaktır.¹⁰⁶

Tersi bir durum söz konusu olduğunda, bu sefer de iktidar toplanması değil iktidar çatışması, dolayısıyla bir yandan tarafsızlık tartışması yaşanacak, diğer yandan meşruiyet krizine yol açacak bir kutuplaşmanın zemini hazırlanacaktır. Daha açık bir deyişle, devlet

3.

¹⁰⁴ Gönenç, a. g. m., s. 5.

¹⁰⁵ A. g. e.

¹⁰⁶ A. g. e.

başkanı ve hükümet-parlamento çoğunluğu farklı dünya görüşlerine sahip olduğunda, “siyasi programın teklifi” ilkesi işlemeyecektir. Şöyle ki, devlet başkanı ve çoğunluk partisi farklı programlarla seçmenlerin karşısına çıkacak, iktidara geldiklerinde yapmayı vaat ettikleri icraatlar farklı dünya görüşlerini yansıtacaktır. Yarışan siyasi partiler iktidara geldiğinde yasama çoğunluğunu ve hükümetin yetkilerini programlarını yaşama geçirme doğrultusunda kullanabilirler. Buna karşın devlet başkanının, seçim meydanlarında verdiği sözlerin yerine getirilmesinde büyük güçlüklerle karşılaşılacaktır. Çünkü başkanlı parlamenter sistemde, devlet başkanı halk tarafından seçilse de yetkisiz¹⁰⁷ bir devlet başkanıdır. Yetkisiz olduğu için devlet başkanı, seçmenlere sözleri yerine getirebilmek için anayasal yetkilerini zorlaması kaçınılmaz olacaktır. Bundan daha da önemlisi, sözlerini yerine getirmek isteyen bir devlet başkanı tarafsızlığını tamamen bir kenara bırakabilir. Daha açıkça, devlet başkanı programını uygulayabilmek için parlamentoda kendisine yandaş arayabilir, siyasi partilerle açık-gizli ittifaklara yönelebilir, hatta kendi dünya görüşüyle uyuşmayan hükümetlerin düşürülmesi için muhalefetle işbirliği dahi yapabilir. Bu tür yönelimlerin devlet başkanının tarafsızlığına ne kadar büyük bir zarar vereceği ortadadır. Bundan da önemlisi, bu tür bir “yarışan siyasi programlar senaryosu” meşruiyet krizine dahi kapı açabilir. Bir başka deyişle, bu kutuplaşma büyük olasılıkla halkın gerçek temsilcisinin kim olduğu sorusunu gündeme getirecektir. Devlet başkanı mı yoksa parlamento çoğunluğu mu? Kuşkusuz her iki aktör de, halk tarafından seçildikleri için aynı şekilde meşruiyet iddiasında bulunmaya hakkı olduğunu düşünecek ve bu da sistemin kilitlenmesine yol açacaktır.¹⁰⁸ Dolayısıyla, başkanlı parlamenter sistemde Cumhurbaşkanının konumu daima tarafsızlık ve meşruiyet sorunlarına yol açacağı için Cumhurbaşkanının Yargıçlar Yüksek Kuruluna başkanlık etmesi düşünülemez. Bunun yerine, Yargıçlar Yüksek Kurulu’nun başkanlığını Türkiye Temyiz Mahkemesi Başkanı’nın¹⁰⁹ yürütmesinin en uygun hal çaresi olduğunu düşünmekteyiz.

¹⁰⁷ Uygulandığı ülkelerde, her ne kadar parlamenter sistemdeki devlet başkanına göre biraz daha fazla yetkisi olsa da gene yetkileri diğer başkanlık (başkanlık, süper başkanlık ve yarı başkanlık) sistemlerine göre oldukça azdır.

¹⁰⁸ Gönenç, a.g.m., s. 5-6.

¹⁰⁹ İleride ayrıntılı olarak görüleceği üzere biz Yargıtay dışında tüm yüksek mahkemelerin kaldırılmasını veya idari organa dönüştürülmesini ve Yargıtay’ın isminin

Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun Başkanlığı sorununu bu şekilde çözümledikten sonra söz konusu kurulun üye yapısının oluşum tarzı üzerinde durmak uygun olacaktır. Bu sorunu çözümlene çabalarımızın hemen başında ifade edelim ki, bir çokları tarafından ileri sürülen ve hâkimlere yönelik her türlü işlemler hususunda sadece hâkimlerden oluşan bir kurulun (kooptasyon dizgesi) veya kooptasyon dizgesinin bir yansıması olan doğrudan doğruya Temyiz mahkemesinin yetkili kılınmasını içeren teklifin kabulüne Kapani gibi biz de taraftar değiliz.¹¹⁰ Çünkü Kapani'nin de belirttiği gibi tam bir kooptasyon dizgesi ciddi sakıncalar taşımaktadır. Bu dizge içerisinde, zümre (caste) zihniyeti baskın olur, dizge, yaşama ve toplumsal hareketlere kapalı ve her türlü değişim ve yeniliğe karşı gelen imtiyazlı bir yargıçlar sınıfının bulunmasına neden olur ve böyle bir zümre içerisinde kendisini göstermesi ve gelişmesi doğal olan akraba ve eş-dost kayırma eğilimi sonucunda yargıçlığın çok geçmeden salt belirli ailelere ve onların mensuplarına özgülenmiş kapalı bir meslek hâline gelmesi olgusuyla karşılaşılır. Bu olgunun baş göstermesi üzerine halk arasında, adaletin dağıtım işinin belirli ailelerin yararına yapılmakta olduğu kuşkusuna doğar ki, bu kuşku, bütün yargıçlar topluluğunun itibarını düşürmeye yetecek derecede ciddidir. Bir toplumda, adaletin temsilcileri olan yargıçların, halkın güvenini kaybetmeli kadar o toplum için endişe verici başka bir durumu imgelemek güçtür.¹¹¹ Bu yüzden, yargıçlar hakkında her türlü işlemi yapmaya yetkili olmak üzere üyeleri salt yargıçlardan oluşan bir Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun vahim sakıncalar doğuracağı unutulmamalıdır.

Kapani gibi biz de tam bir kooptasyon dizgesine taraftar olmakla birlikte, Kapani'nin belirttiği gibi bu hususta en iyi çözüm yolunun, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun, Fransa ve İtalya'da olduğu gibi, üyelerinin bir kısmının yargıç, bir kısmının ise Meclis tarafından seçilecek kimselerden oluşan karma bir yüksek organ olarak tasarlanması uygun olacaktır.¹¹² Oluşturulması gereken bu karma yüksek kurulun üye yapısı hakkında ayrıntılı olarak durmak yerinde olacaktır.

Yargı bağımsızlığına uygun hareket etmek açısından, Yargıçlar

de Türkiye Temyiz Mahkemesi olarak değiştirilmesini savunmaktayız.

¹¹⁰ Bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 152.

¹¹¹ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 53-54.

¹¹² Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 152.

Yüksek Kurulu'nda, çoğunluğu İtalya'da olduğu gibi hakimlere vermek ve Türkiye Temyiz Mahkemesi Başkanını, "Kurulun Başkanı" olarak kabul etmek doğru olur.¹¹³ Bununla birlikte, kooptasyon dizgesine fazla yaklaşmamak açısından İtalya'da olduğunun aksine, yargıçların, Kuruldaki çoğunluğu üçte ikiyi bulmamalı,¹¹⁴ fikrimizce Kurul'un üye tamsayısının yarısından bir fazlası olmalıdır. Ayrıca, Yargıçlar Yüksek Kurulu'na şimdiki dizgenin aksine salt Yargıtay ve Danıştay'dan üye seçilmesi yoluna gidilmemeli, yargı bağımsızlığına uygun hareket etmek,¹¹⁵ demokratik ve bütün yargıçların temsili esaslarına uygun davranabilmek açısından Türkiye'de görev yapan tüm yargıçlar arasından yine yargıçların oyuyla seçim esasını benimsemek gerekir.

Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun geri kalan üyeleri, daha somut bir deyişle Kurul'un üye tamsayısının yarısından bir eksiği Meclis tarafından seçilmelidir. Meclis tarafından seçilecek üyelerin salt Meclis dışından seçilecekleri belirtilmekle yetinilmemeli ve gene 1948 tarihli ve hâlen yürürlükte olan İtalyan Anayasası'nda yapıldığı gibi¹¹⁶ bu üyelerin üniversite hukuk profesörleri ile asgari 15 yıl avukatlık yapmış kimseler arasından seçilecekleri esasını benimsemek gerekir. Bu yolla, Meclis tarafından ehliyetsiz kişilerin seçilmesi olasılığı önlenmiş olur.¹¹⁷

Diğer taraftan, Meclis tarafından Yargıçlar Yüksek Kurulu'na üye seçimi yoluna gidilirken siyaset kaygısını olanaklar ölçüsünde ortadan kaldırmak açısından mülga 1946 tarihli Fransız Anayasası'nca belirtilen, seçilmek için Meclis'in üçte ikisinin çoğunluğunun oyunu alma koşulunu da kabul etmek gerekir.¹¹⁸ Çünkü politikanın ayırıcı karakterinden birisi, onun sadece bir çatışma değil aynı zamanda uzlaşma

¹¹³ Krş. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 152.

¹¹⁴ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 152.

¹¹⁵ Yargıçlar Yüksek Kurulu'na salt Yargıtay ve Danıştay'dan üye seçmek yargı bağımsızlığına aykırıdır. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere yargının gerçek anlamda bağımsız olabilmesi için bizzat yargılama organından da bağımsız olması gerekir. Yargıçlar Yüksek Kurulu'na salt Yargıtay ve Danıştay'dan üye seçmek, yargının yargılama organına bağlı olduğunun somut bir göstergesidir.

¹¹⁶ İtalyan Anayasası'nın 104. maddesine bkz.

¹¹⁷ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 153.

¹¹⁸ Bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 153. Yürürlükte olan 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın Yüksek Yargı Konseyi'nin oluşumu ile ilgili 65. maddesinde böyle bir koşul öngörülmemektedir.

alanı olmasıdır. Gerçekten de, günümüzde siyasal faaliyet; genellikle karar alma, emir verme ve bunları yürütme şeması içerisinde ele alınmaktadır. Halbuki siyasetin gerçek oluşumu ise bu şemanın ifade ettiğinden daha karmaşık ve daha değişiktir. Toplumda değişik sosyal gruplar değişik istekler öne sürmekte ve bunların gerçekleştirilmesi için iktidar üzerinde etki yaratmaya çalışmaktadırlar. Uygulamada, bu isteklerden herhangi birisinin hiçbir değişikliğe uğramaksızın aynen kabul edildiği ve karar hâline geldiği nadiren görülmektedir. Genellikle siyasal kararlar, çeşitli yönlerden gelen etkileme çabalarının karşılıklı olarak birbirini dengelendirmeleri sonucunda az çok bir uzlaşma olarak ortaya çıkmaktadır.¹¹⁹ Meclis tarafından Yargıçlar Yüksek Kurulu'na üye seçimi yapılırken Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunun oyunun bulunması koşulu aranınca, partiler arasında bir uzlaşma olanağı aranacak ve iktidara yakın olan kimselerin üye seçilmesi yerine olanaklar ölçüsünde tarafsız kişilerin söz konusu kurula seçilmesi yolu açılacaktır.

Yargıçlar Yüksek Kurulu, yargıçların bağımsızlıklarını korumakla yükümlü bulunmalı ve onların mesleğe kabul, hizmet içi eğitimi ve disiplin işleri konusunda yetkiyi haiz olması gerekir.¹²⁰ Diğer yandan, istikrarı sağlamak açısından; Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun üyeleri, Fransa'nın yürürlükten kaldırılmış 1946 tarihli Anayasası'nda olduğu gibi bir defaya mahsus olmak üzere altı yıllık bir dönem için seçilmeli¹²¹ ve Kurul üyelerinin başka bir resmi veya özel işte çalışmasının yasaklanması gerekir.

Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun oluşturulmasından sonra Anayasa'nın 140. maddesinin 6. fıkrasında değişikliğe gidilerek; yargıçların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı yerine Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bağlı oldukları esasının getirilmesi gerekir. Ayrıca, yargıçların idari görevlerinin somut bir şekilde çıkartılması gereken Yargıçlar

¹¹⁹ Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, s. 4.

¹²⁰ Krş. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 152. Kapani, eserinin burasında, söz konusu organının yargıçların terfi ve nakilleri konusunda da yetkili olmasını savunmaktadır ki, biz yargıçların terfi ve yer değiştirmelerine karşı olduğumuzdan Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun böyle bir yetkisinin bulunmaması gerektiğini düşünüyoruz.

¹²¹ Bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 153. Yürürlükte olan 4 Ekim 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın Yüksek Yargı Konseyi'nin oluşumu ile ilgili 65. maddesinde yine böyle bir koşul öngörülmemektedir.

Kanunu'nda gösterilmesi gerekir. Mevcut durumda, Anayasa'nın söz konusu hükmünde yargıçların idari yönden Adalet Bakanlığı'na bağlı oldukları ifade edilmekte ve bu esas, 2802 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 4. fıkrasında da tekrar edilmektedir. Bir raporda da isabetli olarak belirtildiği üzere, yargıçların idari yönden Adalet Bakanlığı'na bağlı sayılmaları yargı bağımsızlığına derin bir şekilde zarar vermektedir. Çünkü yargıçlar açısından yargısal/idari görev ayrımı pek ince bir ayırım olup onların kendilerini sürekli bir tedirginlik altında tutmasına yeterlidir.¹²² Bu sakıncayı önlemek açısından yargıçların idari görevlerinin açık ve kesin olarak belirtilmesi¹²³ yerinde olacaktır.

c. Yargı Birliğine Geçilmesi

Yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde yaşama geçirebilmek için yargı birliğine geçilmesi mutlak bir gereksinimdir. Türkiye'de yargı; adli, idari, anayasa ve askeri yargı düzeneği kurularak bölünmüştür. Yargının bölünmesi, kanımızca, bizatihi yargı bağımsızlığına aykırıdır. Gerçekten de ünlü bir Latin atasözü "*böl ve hükmet*" (divide et impera) der. Bu atasözünün anlamı; birisini yenebilmek veya etki altına alabilmek için onu parçalamaya başvurmanın gerekli olduğudur. Bu atasözü, Türk diline "*böl ve yönet*" olarak geçmiştir. Türkiye'de yargı farklı düzeneklere bölündüğü için yargı bağımsızlığı zedelenmiştir.

Türkiye'de yargı birliğini sağlayabilmek tek bir yargı düzeneği kabul edilmeli ve Yargıtay dışındaki diğer yüksek mahkemeler ile yargı organları ya bütünüyle kaldırılmalı ya da idari bir organa dönüştürülmelidir. Bu çerçevede, Anayasa'da yargı organı olarak düzenlenmiş olan Sayıştay'ın yargı organı niteliğinin kaldırılarak onun idari bir organa dönüştürülmesi; Anayasa'da yüksek mahkeme olarak düzenlenmiş olan Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Askeri Yargıtay,¹²⁴ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bütünüyle

¹²² *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD, s. 180.

¹²³ Yargıçlar, idari açıdan, Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bağlı olsalar bile.

¹²⁴ Sadece, Askeri Yargıtay'ın kaldırılması ile yetinilmemeli, bunun yanında, ilk derece askeri mahkemeler ile disiplin mahkemelerinin de kaldırılması, kısacası askeri yargının bütünüyle ilga edilmesi gerekir. Çünkü askeri yargı, doğası gereği komutan etkisi altında bulunur. Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Dursun, *Askeri Yargıya Genel Bir Bakış*, s. 5-13. Doğası gereği, komutan etkisi altında bulunan bir yargı düzeninin bağımsız olabilmesi mantiken olanaksızdır.

kaldırılması, yine Anayasada yargı organı olarak düzenlenmiş olan Yüksek Seçim Kurulu ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun ilga edilmesi gerekir. Temyiz mahkemesi olarak sadece, o da ismi Türkiye Temyiz Mahkemesi değiştirilmek kaydıyla Yargıtay'ın bırakılması gerekir.

Esasen, Yargıtay dışında, başka yüksek mahkeme veya yargı organının bulunması erkler ayrılığı ilkesine de aykırıdır. Gerçekten de, erkler ayrılığı düşüncesini ister orijinal anlamında¹²⁵ isterse günümüzdeki anlamı olan ve yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan iş görüsellikler ayrılığı bağlamında kabul edelim yargı görevinin etkin bir şekilde yerine getirilmesi için yalnızca bir temyiz mahkemesine gereksinim vardır. Nitekim Amerikan Anayasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrasının ilk tümencesinde; Amerikan yargı erkini, *bir temyiz mahkemesi* ile bu mahkemenin altındaki alt derece mahkemelerinin oluşturacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Amerika'da yargı erkini sonul aşamada Amerikan Temyiz mahkemesinin temsil ettiğini söyleyebilmek olanaklıdır. Halbuki Türkiye'de birden çok yüksek mahkeme veya yargı organı olduğundan yargı erkini sonul aşamada kimin temsil ettiğini saptayabilmek kolay değildir. Erkler ayrılığı idesine uygun davranabilmek açısından da Yargıtay hariç diğer yüksek mahkeme ya da yargı organlarının ya kaldırılması ya da idari organa dönüştürülmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Esasen, Yargıtay dışında diğer yüksek mahkeme ya da yüksek yargı organının bulunması, kanımızca, erkler ayrılığı ilkesine göre düzenlenen Anayasa'nın, yargıyı erk düzenleyen 9. maddesine de aykırılık oluşturur. Gerçekten de, Anayasa'nın bu maddesinde; yargı yetkisinin, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ifade edilmektedir. Bu hükmün özü, Özarpat'ın da isabetli olarak belirttiği üzere yargı yetkisinin kullanılmasının yalnızca bir organa ait olmasıdır. Özarpat, haklı olarak, yargı yetkisinin değişik organlar tarafından kullanılması durumunda hem kişilerin doğal olarak bağlı olmaları gereken mahkemelerinden uzaklaştırılacağını, hem de değişik yargı organları arasında içtihat farklarının doğmasına yol açılacağını, bu durumun ise mahkemelere beslenen güveni sarsabileceği gibi adaletsizlik de doğurabileceğini ifade etmektedir.¹²⁶ Kuşkusuz, Yargıtay dışında-

¹²⁵ Yasama, yürütme, yargı.

¹²⁶ Bkz. Özarpat, *Askeri Ceza Yargılama Usulü Hukuku*, s. 24.

ki yüksek mahkemeler ya da yüksek yargı organlarının da anayasal dayanakları bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu mahkeme veya yargı organlarının Anayasa'nın 9. maddesine aykırı olmadığı savlanabilir. Ancak, fikrimizce Yargıtay dışındaki söz konusu mahkeme ya da yargı organlarının anayasal dayanağının bulunması Anayasa'nın 9. maddesine olan aykırılığı ortadan kaldırmaz. Bu durumu olsa olsa Anayasa'ya aykırı Anayasa hükümleri olarak değerlendirmek daha doğru olur.¹²⁷

Esasen yargı birliğine geçilmesinde mantıksal bir zorunluluk da vardır. Gerçekten de, Kunter'in belirttiği gibi devletin egemenliğine dayanarak yaptığı bir faaliyet olan yargılamanın, devletin egemenliği gibi tek olması mantıki bir zorunluluktur. Yazara göre, ya bir devlet vardır, o halde egemenlik de tektir yahut egemenlik birden fazladır o halde bir devletten de bahsedilemez. Yazar, egemenlik denilen erkin,¹²⁸ yasama, yürütme ve yargılama erklerinden oluştuğunu, bir devlet içinde birden fazla yasama erki veya birden fazla yürütme erkinin olmadığı gibi yargılama erkinin de birden fazla olamayacağını, bir başka deyişle, yargılama erkinin bir olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu çerçevede, yazara göre, yargılama birliği prensibinin ifade etmek istediği anlam; her devlet içinde yargılamanın egemenlik gibi tek oluşu ve o devletin egemenliğine tabi bütün şahısların bir tek yargılama erkine bağlı oluşudur.¹²⁹

Bu konuyu kapatmadan önce bir hususu belirtmek yerinde olacaktır. Yargı birliğine geçilmesi, egemenliğin millete ait olması ilkesi ile doğal yargıç ilkesine de uygun düşecektir. Gerçekten de, Taner'in belirttiği gibi egemenlik millete ait olduğuna göre, yargı hakkı da millete ait olmalıdır. Yazar, yargı hakkının kullanılmasında birlik bulunmasının çok doğru bir davranış olduğunu ve esas teşkil etmesi gerektiğini ifade etmektedir. Taner, yargı birliğinin sağlanamadığı durumlarda hüküm ve kararlarda karışıklık, çelişki, içtihat farklılıkları ve mercilerde duraksamanın doğabileceğini ifade etmektedir. Yazar, herkesin doğal yargıcına tabi olması gerektiğinden yargı hakkının bir organla yönetilmesinin, herkesinin doğal yargıcına tabi olması hakkının en uy-

¹²⁷ Daha açık bir deyişle, Anayasa'nın 9. maddesine aykırı olan anayasa hükümleri.

¹²⁸ Yazar, hatalı olarak, "erk" kavramı yerine "kuvvet" kavramını kullanmaktadır.

¹²⁹ Kunter, *a. g. e.*, s. 142-143.

gun bir surette sağlanmasına da yardım edeceğini ifade etmektedir.¹³⁰

d. Savcılığın Kaldırılması

Yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde yaşama geçirebilmek için alınması gereken bir başka kurumsal önlem, savcılığın ortadan kaldırılmasıdır. Yürürlükteki dizgedeki savcıların konumu bütünüyle yargı bağımsızlığına aykırı düşmektedir. Her şeyden önce, diğer yargı sistemlerinin aksine, Türkiye’de yargıç ve savcılar arasında açık bir beraberlik durumunun bulunması, daha açık bir deyişle, her ikisinin de hem kanun önünde hem de uygulamada eşit kabul edilmesi, yargıç ve savcılar arasında organik bir ilişkinin bulunması, Yargıçların Bağımsızlığı Konusundaki Avrupa Konseyi 2 Numaralı İlkesi’nin 1. fıkrasında; devlet kurumları veya temsilcileri de dahil olmak üzere bir dava ile ilgili olan tüm kişilerin yargıcın otoritesi altında bulunması gerektiğini ifade edilmesine dolayısıyla savcının yargıçlıktan ayrı fakat ona tali bir durumda olması gerekirken savcının yargıca bağlı ve yargıçla eşit bir konumda bulunması yargı bağımsızlığı ilkesine derin bir şekilde zarar vermektedir.¹³¹

Çağcıl kamu yönetimi ilkelerine uygun davranabilmek açısından savcılığın kaldırılması gerekmektedir. Gerçekten de, Anayasa’nın 140. maddesinin 6. fıkrası gereği, savcı ve yargıçlar idari yönden Adalet Bakanlığı’na bağlıdır. Savlayan ile karar verenin idari yönden olsa bile aynı makama (Adalet Bakanlığı’na) bağlanması, çağcıl kamu yönetimi ilkelerine de aykırı düşer. Çağcıl kamu yönetimi anlayışı; savlayan ile karar veren organın aynı makama bağlanmasına hiç bir şekilde izin vermez.

Hukukun üstünlüğü ilkesini yaşama geçirebilmek açısından da savcılığın kaldırılması gerekir. Gerçekten de, hukukun üstünlüğü ilkesi, silahların eşitliği olarak adlandırılabilir savunma avukatı ile savunma avukatının eşit konum ve rollere sahip olmasını ve öyle bir görünüm verilmesini gerektirir. Savcılık kurumu mevcut olduğu müddetçe Türkiye’de silahların eşitliği ilkesini yaşama geçirebilmek ve dolayısıyla ceza yargılamasının temel özelliği olan diyalektige ula-

¹³⁰ Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 26.

¹³¹ Bu konuda fazla bilgi için bkz. Avrupa Birliği Komisyonu’nun yukarıda bahsedilen İstisari Ziyaret Raporu (28 Eylül 2003-10 Ekim 2003) s. 54-58.

şabilmek de kolay değildir. Bu açıdan savcılığın kaldırılarak, serbest avukat ile eşit konumda bulunacak sav avukatlığının kurulması gerekir.

Suçlarla etkili bir savaşım verilebilmesi amacıyla da savcılığın kaldırılması gerekir. Gerçekten de, günümüzde, polisin, genellikle, C. Savcısının gözetimi altında suç soruşturma ve kovuşturmasını yürütmemesi suçla savaşım açısından bir zayıflık doğurmaktadır. Bu kanıya Adalet İstatistiklerinin incelenmesi sonucu da ulaşılabilir. Gerçekten de özellikle 1990'lı yıllardan itibaren Cumhuriyet Savcılarının ceza mahkemelerine açtıkları davalar hakkında, sanıklar bakımından verilen kararların dağılımının incelenmesinden %50 dolaylarında (genellikle %45 - %55 arasında) bir mahkumiyet kararı elde edilebildiği, bir başka deyişle Cumhuriyet savcıları tarafından mahkemeye açılan her iki davadan yaklaşık birisinin boş yere açıldığı anlaşılmaktadır.¹³² Halbuki Japonya'da ceza mahkemelerine açılan davalarda sanıklar hakkında %100'e yaklaşan (%99 civarında) oranda mahkumiyet kararı elde edilmektedir.¹³³ Kanımca bunun temel nedenlerinden birisi, Japonya'da suç soruşturma ve kovuşturmalarının savcı gözetimi altında polis tarafından yürütülmesidir.

Bu çerçevede; savcılığın bünyesinde taşıdığı olumsuzluklardan kurtulmak için Cumhuriyet Savcılığı kaldırılarak "*Sav Avukatlığı Kurumu*" oluşturulmalı ve sav avukatlığı kurumu ile polis teşkilatı aynı bakanlık (Devlet Bakanlığı) ile ilişkili hâle getirilmelidir. Kurumsal açıdan yapılacak bu düzenlemeyle birlikte bütün suçların soruşturma ve kovuşturması sav avukatının gözetiminde polis tarafından yapılmasının yolu açılarak mahkemeye açılacak ceza davalarında sanıklar bakımından daha fazla bir yüzdeyle mahkumiyet kararı elde edilebilecek ve sav avukatı ile serbest avukat arasında "*silahların eşitliği*" ilkesi tam olarak sağlanacaktır.

Sav avukatı ve polis aynı Devlet Bakanlığı ile ilişkili hâle getirilebilirse, polisin görev ve sicil olarak kime bağlanması gerektiği tartışmaları biteceği gibi birden çok coğrafi bölgeyi kesen suçların soruştur-

¹³² Adalet Bakanlığınca hazırlanan en son 2006 Yılı Adli İstatistikler Raporu s. 40'ta söz konusu mahkumiyet oranının % 46.1 olduğu göze çarpmaktadır.

¹³³ Bu konuda fazla bilgi için bkz. Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013) Adalet Hizmetleri ve Güvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT Yayınları, Ankara, 2007, s. 36.

ma ve kovuşturmasını yürütmek üzere kurulması savunulan Türkiye Cumhuriyeti Başsavcılığı kurulmasına da gerek kalmayacaktır.

e. Yargıç Adaylarının Seçimi, Staj ve Mesleğe Kabul Dizgesinin Değiştirilmesi

Yargıç adaylarının seçiminde Adalet Bakanlığı'nın yoğun bir etkisi görülmektedir. Gerçekten de, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 9. maddesinin 2. fıkrasında; yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı gösteren kişilerin hâkim adaylığına atanacağı ifade edilmekte, 9/A maddesinin 1. fıkrasında; yazılı yarışma sınavının Adalet Bakanlığı ile imzalanacak protokole göre Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılacağı ifade edilmekte, bu maddenin 5. fıkrasında ise, "Mülakat Kurulu"nun; Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı başkanlığında, Teftiş Kurulu başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Türkiye Adalet Akademisi Yönetim Kurulu'nun her sınav için kendi üyeleri arasından belirleyeceği iki üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşacağı ifade edilmiştir.

Yargıç adaylarının seçiminde Adalet Bakanlığı'nın yoğun etkisinin bulunması, bütünüyle yargı bağımsızlığına aykırı düşmektedir. Gerçekten de, 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı İlkeleri'nin "yeterlik, seçim ve eğitim" başlıklı prensibinde; yargıçlık mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireylerin seçileceği, seçim yönteminde, amaca aykırı düşenlerin rol oynamasını engelleyecek önlemlerin alınması gerektiği, yargıçların seçiminde, bir kişiye, karşı ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya diğer fikirler, millî veya sosyal menşe ve mal varlığı gibi düşüncelerle hiçbir ayırım yapılmayacağı, ancak yargıç adayının ülke vatandaşı olma koşulunun ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir.¹³⁴ Adalet Bakanlığı'nın başında siyasi bir kimlik taşıyan bakan bulunduğu göre yargıç adaylarının seçiminde Adalet Bakanlığı'nın etkisi, Birleşmiş Milletler'in söz konusu prensibine açıkça aykırıdır. Çünkü Adalet Bakanı ile aynı veya benzer siyasi düşünceyi paylaşan bir kişi salt bu özelliği nedeniyle yargıç adayı olabilecektir.

¹³⁴ Birleşmiş Milletlerin 1985 tarihli Yargı Bağımsızlığı İlkelerinin Türkçe tam metni için bkz. (<http://www.taa.gov.tr/abhukuku/AB/yetik.pdf>, Erişim Tarihi, 14.2.2008).

Bununla birlikte, yargıç adaylarının seçimi işinin Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bırakılması görüşünü benimsemiyoruz. Yargıçlar Yüksek Kurulu, yargıç adaylarının mesleğe kabulünden itibaren devreye girmesi gerektiği görüşündeyiz. Eğer, Türkiye'deki staj dizgesi bir düzene sokulur ve bakanlığın gözetimi altında yargıç ile avukatların staj dizgesi aynı usul ve esaslara tabi tutulabilirse bu durum yargı bağımsızlığına pek fazla zarar vermeyecektir.

Türkiye'deki staj dizgesinin bir düzene sokulabilmesi için her şeyden önce yargıç ve avukatlık stajının aynı usul ve esaslara bağlanması gerekir. Ülkede, yargıç ve avukatlık stajı oldukça farklı usul ve esaslara bağlanmıştır. Gerçekten de, 23.7.2003 tarih ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasında; adli ve idari yargıda hâkim ve savcı adaylığına atananların meslek öncesi eğitim süresinin iki yıl olduğu, bu sürenin hazırlık eğitimi, staj dönemi ve son eğitim dönemi olmak üzere üç dönemi kapsayacağı, staj döneminin son altı ayında adayların yabancı dil eğitimi için yurt dışına gönderilebileceği, bu dönemlerin süreleri, hazırlık eğitimi ve son eğitim döneminde adaylara öğretilcek konuların, stajın yaptırılacağı yerler ve bunların sürelerinin, yabancı dil eğitimi için yurt dışına gönderilme usul ve esasları ile Yargıtay ve Danıştay'da yapılma şekli ve eğitimden sayılmayan sürelerin ne suretle tamamlanacağına dair hususların yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiş, maddenin 2. fıkrasında ise hazırlık eğitimi ve son eğitimin Adalet Akademisi Eğitim Merkezi'nde yapılacağı ifade edilmiştir. Buna karşın, 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrasında; avukatlık staj süresinin 1 yıl olduğu, ilk altı ayının mahkemelerde ve kalan altı ayının da en az beş yıl kıdemli olan bir avukat yanında yapılacağı ifade edilmiştir. Diğer yandan, yargıç adayları stajları boyunca ücret alırken, avukat adayları herhangi bir ücret alamamaktadır.

Bu farklılıkların staj dizgesini tam bir çıkmaza götürdüğü ve yargının önemli bir asli unsuru olacak olan avukat adayları bakımından açık bir haksızlık doğurduğu ortadadır. Stajın verimli ve faydalı olmasını sağlamak için Almanya'da uygulanan dizgeye geçmek gerekmektedir.¹³⁵ Bu çerçevede, Almanya'da uygulanan staj dizgesi-

¹³⁵ Alman sistemi hakkında bilgi için bkz. Reisoğlu, *Federal Almanya Cumhuriyeti Adalet Cihazı*, s.21.

ne benzer şekilde, Adalet Bakanlığı,¹³⁶ hâkimlik stajına başlamak için ÖSYM'ye yaptırdığı yarışma sınavı gibi avukat ve yargıç adayları için ortak bir hukuk stajı yeterlilik sınavı açtırmalı ve bu sınavı kazananlar staja başlatılmalıdır. Avukat ve yargıç adayları stajlarını beraber yapmalı ve ortak bir staj programı uygulanmalıdır. Daha açık bir deyişle, avukatlık ve hâkimlik stajı şeklindeki ayırım terk edilerek; yapılacak stajda süre, ücret ve diğer yönlerden eşit şartlar uygulanmalıdır. Stajın bitiminde, yine Adalet Bakanlığı'nca ÖSYM'ye sınav yaptırılarak bu sınavı başaranlar "*yargı mensupluğu belgesi*" almalıdır. Bu belgeyi alanlardan yargıç olmak isteyenler Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun açacağı sınava katılmalı, sav avukatı olmak isteyenler "*Sav Avukatlığı Kurumu*"na, serbest avukat olmak isteyenler ise çalışmak istediği baroya başvurmalıdır.

Böyle bir yöntemin uygulamaya geçilmesi, yargıç ile sav avukatı ve serbest avukat arasında karşılıklı anlayış, sevgi ve saygının artırılması bakımından büyük yararlar getireceği ve ayrıca hukuk fakültesi öğrencilerinin mezun olduklarında avukat olmak için de başarmak zorunda oldukları ağır sınavları düşünerek daha çok çalışmalarını sağlayacağı açık olduğu gibi¹³⁷ yargıçlığa atanmada bütün yetkiyi Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bıraktığı için yargı bağımsızlığı ilkesine de uygundur.

f. Türkiye Adalet Akademisi'nin Adalet Bakanlığı ile Bağının Kesilmesi

Yargı bağımsızlığı ilkesini yaşama geçirebilmek için alınması gereken bir diğer kurumsal önlem; Türkiye Adalet Akademisinin Adalet Bakanlığı ile her türlü bağını keserek, söz konusu akademiye kurulması gereken Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bağlamaktır.

23.7.2003 tarih ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu ile Türkiye Adalet Akademisi'nin kuruluş ve görevleriyle ilgili esaslar düzenlenmiştir. Akademinin görevi; salt yargıçların meslek içi eğitimini düzenlemek olması gerekmesine rağmen Kanun'un 5. maddesinde eğitim, danışma ve yardım, inceleme, araştırma ve yayın, doküman-

¹³⁶ Bakanlığın ismi yukarıda da belirtildiği gibi "Adli İşler Bakanlığı" veya "Adliye Bakanlığı" olarak değiştirilmek koşuluyla.

¹³⁷ Bkz. Karayalçın, *Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod - Problem Çözme*, s. 30.

tasyon, meslek öncesi eğitim, staj ve diğer görevler olmak üzere oldukça geniş olarak sayılmıştır. Akademi'nin görevlerinin oldukça geniş tutulması, onun kuruluş felsefesine de aykırıdır.¹³⁸

4954 sayılı Kanun'un, Adalet Bakanlığı'na, Akademi üzerinde geniş yetkiler tanımıştır. Gerçekten de, Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında; Akademinin ilgili olduğu Bakanlık Adalet Bakanlığı olarak saptanmıştır. Kanun'un 7. maddesinde, Akademi'nin organlarını; Başkanlık, Genel Kurul, Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu'nun oluşturacağı ifade edilmiştir. Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında; Başkan ve başkan yardımcılarının Bakanlar Kurulu'nca atanacağı ifade edilmiştir. Kanun'un 12. maddesinin 1. fıkrasında ise Akademi Genel Kurulu'nda; Adalet Bakanlığı'nı temsilen Adalet Bakanı, Bakanlık Müsteşarı, Ceza İşleri Genel Müdürü, Hukuk İşleri Genel Müdürü, Kanunlar Genel Müdürü, Avrupa Birliği Genel Müdürü, Personel Genel Müdürü, Eğitim Dairesi Başkanı'nın bulunacağı ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere, Kanun'un, Adalet Bakanlığı'na, Akademi üzerinde tanıdığı yetkiler ilgili Bakanlığa tanınan yetkileri oldukça fazla olarak aşmış, adeta bir ağır vesayet yetkisine dönüşmüştür. Bu durum yargı bağımsızlığı ilkesine derin zarar vermektedir.

Gerçekten de, 12-13 Mayıs 2000 tarihli orta ve batı Avrupa ülkelerinin yer aldığı Yargı Eğitimi Merkezleri Yıllık Konferansı çerçevesinde kabul edilen Chisinau Deklarasyonu'nda; yargı mensuplarının eğitiminin, bizatihi yargı tarafından bağımsız bir yöntemle yapılması esası kabul edilmiştir. Bu esasa uyum sağlamak açısından Adalet Bakanlığı'nın, Akademi üzerindeki tüm yetkilerinin kaldırılması uygun olacaktır.¹³⁹ Daha doğru bir deyişle, Bakanlığın, Akademi üzerindeki tüm yetkilerinin kurulması gereken Yargıçlar Yüksek Kurulu'na devredilmesi yerinde olacaktır.

g. Yargıçların Örgütlenmesinin Önündeki Engellerin Kaldırılması

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkelerini tehlikeye sokan etkenler sadece devletin Adalet örgütünün düzenlemiş biçimiyle ilgili

¹³⁸ Çünkü, Akademi'nin kuruluş felsefesi, salt yargıçların meslek içi eğitimini iyi bir şekilde sunmak olmalıdır.

¹³⁹ Bu konuda fazla bilgi için bkz. Avrupa Birliği Komisyonunun yukarıda bahsedilen İstişari Ziyaret Raporu (28 Eylül 2003-10 Ekim 2003) s. 44.

değildir. Yargılama sürecinin temel unsuru olan yargıcın mesleki örgütlenme sorunları da bu alanı yakından etkilemektedir. Yargıçların kendilerini ve mesleki değerlerini korumalarını ve savunmalarını sağlayan örgütler bulunmamaktadır. Oysa yargı ve yargıç bağımsızlığını ve bunların mesleki güvencelerini sağlayacak olan sadece devlet içi düzenlemeler değil, aynı zamanda bunların serbestçe örgütlenebilmeleridir. Fransa'da yargı ve yargıç bağımsızlığı ile güvencesini gerçekleştiren asıl gücün "Yargıçlar Sendikası" (*Syndicat de la Magistrature*) olduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁰

Yargıçların örgütlenmesi sorunu çözebilmek amacıyla Türkiye Hâkimler ve Savcılar Birliği (THSB) Tasarısı hazırlanmış ve Tasarı, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bulunmakta ise de¹⁴¹ söz konusu tasarının yargıçların örgütlenme sorununu çözebileceği düşünülmektedir. Çünkü THSB'ye hem yargıçlar, hem de savcılar üye olabilecek ve yargıçlar bunun dışında başka bir örgütlenmeye gidemeyeceklerdir. Yargıçların, savcılardan ayrı olarak ve THSB dışında örgütlenmemesi yargı bağımsızlığına aykırıdır.

Halbuki yargı bağımsızlığını etkin bir şekilde sağlayabilmek için yargıçlar, bağımsızlıklarının sağlanması, çıkarlarının korunması, mesleki etiklerinin geliştirilmesi, düşüncelerinin açıklanması ve görevlerinin sürdürülmesi veya adaletin idaresi ile ilgili konularda tutum saptanmasına olanak sağlayacak tarzda serbestçe mesleki birlikler oluşturabilmeli ve organize edebilmelidir.¹⁴² Nitekim, Birleşmiş Milletlerin 1985 tarihli Yargı Bağımsızlığı İlkeleri'nin "ifade ve dernek kurma özgürlüğü" başlıklı prensibinin 2. fıkrasında; yargıçların, menfaatlerini savunmak, mesleki eğitimlerini geliştirmek ve bağımsızlıklarını korumak amacı ile serbest bir şekilde dernek kurmak veya kurulmuş bir derneğe üye olmak hakkına sahip olacakları ifade edilmiştir. Bu açıdan, THSB Tasarısı'nın geri çekilerek yargıçların serbestçe örgütlenebilmelerini öngören bir yasal düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

¹⁴⁰ *Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD, s. 180.

¹⁴¹ 1.9.2008 tarihi itibarıyla.

¹⁴² Bkz. Avrupa Birliği Komisyonunun yukarıda bahsedilen İstisari Ziyaret Raporu (28 Eylül 2003-10 Ekim 2003) s. 53 vd.

h. Mahkemelerin Kuruluşu ile İl ve İlçe Kurulma Dizgesinin Değiştirilmesi

Mahkemelerin kuruluş dizgesinde Adalet Bakanlığı'nın yoğun bir etkisinin olduğu göze çarpmaktadır. Gerçekten de, 26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un¹⁴³ 5 ve 9. maddelerinin 1. fıkralarında hukuk ve ceza mahkemelerinin, her il merkezleri ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulacağı ifade edilmekte, bu kanununun 25. maddesinin 1. fıkrasında ise bölge adliye mahkemelerinin, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığı'nca kurulacağı belirtilmektedir.

İdari yargı organlarının kuruluşu bakımından da Adalet Bakanlığı'nın yoğun bir etkisi görülmektedir. Gerçekten de, 6.1.1982 ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemeleri Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasında; bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinin, bölgelerin coğrafi durumları ve iş hacmi göz önünde tutularak Adalet Bakanlığı'nca kurulacağı ve yargı çevrelerinin saptanacağı ifade edilmektedir. Mahkemelerin kuruluşu açısından bir yürütme organı olan Adalet Bakanlığına tanınan bu yetkiler yargı bağımsızlığına aykırı düşmektedir.

İl ve ilçe kurulması için de somut ölçütler bulunmamaktadır. Gerçekten de, 10.6.1949 tarih ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 1. maddesinde; Türkiye'nin merkezi idare kuruluşu bakımından coğrafya durumuna, iktisadi şartlara ve kamu hizmetinin gereklerine göre illere; iller ilçelere ve ilçelerin de bucaklara ayrıldığı ifade edilmekte, 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ise; il ve ilçe kurulması, kaldırılması, merkezlerinin belirtilmesi, adlarının değiştirilmesi, bir ilçenin başka bir il'e bağlanmasının kanunla yapılacağı belirtilmektedir. 5442 sayılı Kanun'da il veya ilçe kurulması için somut bir ölçütün aranması da yargı bağımsızlığına aykırıdır. Çünkü mahkemeler il veya ilçe

¹⁴³ Bkz. 7.10.2004 tarih ve 25606 sayılı *Resmî Gazete*.

merkezinde kurulacağına ve il ile ilçelerin kuruluşunda nesnel bir ölçüt bulunmadığına göre kurulması gerekmeyen çok küçük il veya ilçe merkezlerine bile siyasal kaygılarla mahkemeler kurulabilecektir. Bu durumun da yargı bağımsızlığına aykırılık oluşturduğu ortadadır.

Yargı bağımsızlığı ilkesine uygun hareket edebilmek açısından her şeyden önce mahkemelerin kuruluşunda Adalet Bakanlığı'na verilen yetkilerin tümüyle Yargıçlar Yüksek Kurulu'na devredilmesi gerekir. Ancak, Yargıçlar Yüksek Kurulu'na mahkemelerin kuruluşunda yetki tanınırken söz konusu kurulun nesnel bir takım ölçütler çerçevesinde mahkeme kurmasına izin verilmelidir. Kurulun nesnel ölçütler temelinde mahkeme kurmasının ilk adımını, somut ölçütler çerçevesinde il ve ilçelerin kuruluşu oluşturur.

Esasen kamu hizmetlerinin ve devlet idaresinin etkin bir yürütülmesi bakımından da il ve ilçelerin kurulmasında nesnel ve somut ölçülerin bulunması mutlak bir zorunluluktur. Bu çerçevede, bir il kurulabilmesi için nüfusunun en az 250.000 olması, alanının 5.000 km² den az olmaması, merkez ilçe dışında en az beş ilçeye sahip olması, kendisinden ya da kendilerinden ilçe ya da köy alınan illerin bu ölçütlerin altına düşmemesi, coğrafya durumunun, ekonomik şartlarının, mali yeterliliğinin ve kamu hizmetlerine olan gereksinimin göz önünde tutulması gerekir.¹⁴⁴

İlçe kurulması için de nesnel koşulların bulunması gerekir. Bu çerçevede, bir ilçe kurulabilmesi için kurulacak ilçenin; nüfusunun en az 15.000 olması, merkez belediyesi dışında en az toplam 10 köy ve belediyeye sahip olması, alanının en az 600 km² olması, ilçe merkezi nüfusunun en az 3000 olması, coğrafya durumunun, ekonomik şartlarının, mali yeterliliğinin ve kamu hizmetlerine olan gereksinimin göz önünde tutulması gerekir.¹⁴⁵

Bu çerçevede, yargı bağımsızlığına uygun davranabilmek açısından ilk önce il ve ilçe kurulması nesnel ölçütlere bağlanmalı ve il ve ilçe merkezlerinde bir takım somut ölçütlere bağlı olarak Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun hukuk ve ceza mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemesi kurmasını sağlayıcı bir düzeneğin getirilmesi gerekir. Bölge Yüksek

¹⁴⁴ Bkz. *Yerel Yönetimler Yasa Taslağı*, TÜSİAD, s. 163.

¹⁴⁵ Bkz. *Yerel Yönetimler Yasa Taslağı*, TÜSİAD, s. 163.

Mahkemeleri'nin hangi il merkezinde kurulacağı ise yasada açıkça saptanmalıdır.¹⁴⁶

1. Yargıçların Denetim Düzenine Değiştirilmesi

Yargı bağımsızlığı ilkesini yaşama geçirebilmek için alınması gereken bir başka kurumsal önlem; yargıçların denetlenmesi bakımından Adalet Bakanlığı'nın sahip olduğu her türlü yetkinin kaldırılarak denetim düzenine bütünüyle Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bağlamaktır. Bu düzenin nasıl kurulması gerektiğini incelemeye geçmeden önce iki hususu vurgulamak gerekir.

Bunlardan ilki, yargı bağımsızlığının; yargıçların görevlerini tam ve hakkıyla yapabilmeleri için kabul edildiğinden onların görevlerini yapmamaları veya kötü yapmaları sonucunu doğuramayacağı, keyfiliğe dönüşmeyeceği ve adalet düzenine felce uğramasına sebep olamayacağıdır.¹⁴⁷ Kısacası, yargının bağımsız olması hiç bir şekilde onun denetimsiz olmasını ifade etmez. Ülkemizde 1961- 1971 yılları arasında yargının denetimsizliğinden doğan keyfiliğin¹⁴⁸ oluşmasındaki temel etken, kanımızca, yargı bağımsızlığının denetimsizlik sonucunu doğuracağı şeklindeki yanlış sanıdır.

İkinci olarak, yargıçların denetim düzeni bütünüyle Yargıçlar Yüksek Kurulu'na verilse bile söz konusu kurulca bile yargıçların yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin fiil ve eylemlerinin hiç bir şekilde denetim konusu yapılamayacağıdır. Daha açık bir deyişle, Anayasa'nın 138. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde, Yargıçlar Yüksek Kurulu bile yargı yetkisinin kullanılması bakımından yargıçları hiç bir zaman denetleyemez. Yargı yetkisinin kullanılması bakımından denetim yargıç

¹⁴⁶ Biz ilk derece mahkemeleri olarak sadece hukuk ve ceza mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemelerinin kurulması gerektiği fikrini savunmaktayız. Diğer yandan, bölge idare mahkemelerinin de kaldırılmasını savunduğumuzdan idare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf yolu olarak, ilga edilmesi gereken Bölge Adliye Mahkemeleri yerine tüm ilk derece mahkemeleri açısından geçerli olan ve kurulması gereken Bölge Yüksek Mahkemeleri'ne başvurulmalı, söz konusu yüksek mahkemelerin kararlarının temyiz yeri ise yine oluşturulması gereken Türkiye Temyiz Mahkemesi olmalıdır.

¹⁴⁷ Kunter, *a. g. e.*, s. 348.

¹⁴⁸ Bkz. Özek, Çetin, *Yargının İdari Denetimi, İHFM (Atatürk'e Armağan)*, C. XLV-XLVII, S. 1- 4, 1979 - 1980 - 1981, s. 971 vd.

sonu kararını verdikten sonra ancak bir üst mahkeme tarafından yapılabilir. Bu hususları hatırlattıktan sonra, yargıçların mevcut denetim düzeneğinin incelenmesi uygun olacaktır.

1982 Anayasası ile yargıçların denetiminde neredeyse bütün yetki Adalet Bakanlığı'na verilmiştir. Gerçekten de, Anayasa'nın 144. maddesinde hâkimlerin görevlerini; kanun tüzük, yönetmelik ve idari niteликтaki genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturmanın Adalet Bakanlığı'nın izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılacağı, Adalet Bakanı'nın soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabileceği ifade edilmiştir.

Bu hüküm, 2802 sayılı Kanun'un değişik hükümlerinde somutlaştırılmıştır. Bu çerçevede; Kanun'un 82. maddesinin 1. fıkrasında; hâkim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılmasının Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı olduğu, Adalet Bakanı'nın inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hakim veya savcı eliyle yaptırabileceği ifade edilmiş, 89. maddesinin 1. fıkrasında ise hakimler hakkında görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde evrakın, Adalet Bakanlığınca ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına; Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında görevli hakim ve savcılar hakkındaki evrakın ise Ankara Cumhuriyet Savcılığı'na gönderileceği belirtilmiştir. Kanun'un 99. maddesinin 1. fıkrasında; Adalet Bakanlığı'nda, Bakan'a bağlı bir başkan, bir başkan yardımcısı, yeteri kadar adalet müfettişinden oluşan Teftiş Kurulu'nun bulunacağı, 100. maddesinde; adalet müfettişlerinin, hâkimlerin görevlerini, kanun, tüzük, yönetmelik ve idari genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını ve adalet daireleri ile idari yargı dairelerini denetleme, hâkimlerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfatları ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerini yapacakları,

idari yargıdan atanan adalet müfettişlerinin sadece bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin denetimi ile idari yargı hâkimleri hakkındaki soruşturmalarda görevlendirilecekleri ifade edilmiştir. Kanun'un 101. maddesinde ise, adalet müfettişlerinin lüzum gördükleri kimseleri yeminle dinleyeceği, gerektiğinde istinabe yoluna başvurabileceği ve soruşturmanın zorunlu kıldığı hallerde arama yapacakları, sübut delillerini, gereken bilgileri bütün daire ve kuruluşlardan doğrudan doğruya toplayacakları, adalet müfettişlerince yapılacak denetim, inceleme ve soruşturmalarda ilgili kuruluş ve kişilerin istenecek her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorunda oldukları ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, yargıçların denetimi konusunda gerek Anayasa hükmü, gerekse 2802 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri yargı bağımsızlığına açıkça aykırı düşmektedir. Çünkü yargıçların, idari yönden olsa bile bir yürütme organı olan Adalet Bakanlığı tarafından denetlenmesi yargı bağımsızlığına derin zarar verir. Bu yüzden yargıçların idari yönden denetlenmesi işi, bütünüyle Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bırakılması ve söz konusu kurulun kendi teftiş organı ile yargıçların idari yönden denetiminin sağlanması gerekir. Bu çerçevede, Adalet Bakanlığı'nın sahip olduğu yargıca yapılacak soruşturmaya izin verme yetkisinin de Yargıçlar Yüksek Kurulu'na bırakılması uygun olacaktır.

i. Yalnızca Hukuk Fakültesi Mezunlarının Yargıç Olabilmesi

Yargı bağımsızlığı ilkesini yaşama geçirebilmek için alınması gereken son kurumsal önlem; yalnızca hukuk fakültesi mezunlarının yargıç olabileceği esasını benimsemektir. Hukuk fakültesi olmayan bir mezunun idari yargıda yargıç olabilmesi olanaklıdır.¹⁴⁹ Gerçekten de, 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun "*adayların nitelikleri*" başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, idari yargıya, hukuk fakültesinden mezun olanlar dışında alınacak adayların her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği

¹⁴⁹ Hukuk fakültesi mezunu olmayan kişinin örneğin salt Kara Harp Okulu'nu bitiren bir kişinin askeri mahkeme ve disiplin mahkemesinde de yargıç olabilmesi olanaklıdır. Ancak biz askeri yargının bütünüyle kaldırılmasını savunduğumuzdan bu sorun üzerinde durmayı gereksiz buluyoruz.

kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olanların idari yargı hâkim adayı olabileceği esası öngörülmüştür.

Hukuk fakültesi olmayan bir kişinin yargıç olabilmesi yukarıda incelenen 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı İlkeleri'nin yeterlik, seçim ve eğitim prensibine uygun düşmediği gibi yargı bağımsızlığı ilkesine de uygun düşmemektedir. Esasen, hukuk fakültesi mezunu olmayan bir kimse yargıç olsa bile meslek olmayan yargıç unvanını alır. Halbuki Kunter'in ifadesiyle yargı bağımsızlığının meslekten olmayan yargıçlara sağlanması olanaksız denecek kadar ölçüde güçtür. Bu yüzden, yazar, haklı olarak meslek-dışı yargıçların kabulünü yargı bağımsızlığı yönünden tehlikeli bulmaktadır.¹⁵⁰ Bu çerçevede, çağdaş hukukun asla kabul edemeyeceği ve yargı bağımsızlığına aykırılığı açık olan hukuk fakültesi mezunu olmayan kimselerin yargıç olabilmesi yolunun derhal kapatılması, hatta bu nitelikteki söz konusu yargıçların da yargıçlık görevine son verilerek idari kadrolara atamalarının yapılması gerekir.

2. YARGI ÖZNEL BAĞIMSIZLIĞINI SAĞLAYABİLMEK İÇİN YARGICA TANINMASI GEREKEN TEMİNATLAR

Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için sadece yargıçların kurumsal bağımsızlığının sağlanması yeterli değildir. Bunun yanında, yargıçların öznel bağımsızlığının da sağlanması gerekmektedir. Yargıçların öznel bağımsızlığının sağlanabilmesi için de yargıçlara teminat tanınması gerekir. Sağlanacak teminatların yargıçların öznel bağımsızlığını sağlamaya yetebilmesi için yargıcın dürüst, bilgili, olgun ve faziletli olması ön koşuldur.¹⁵¹

Bununla birlikte, salt yargıcın dürüst, bilgili, olgun ve faziletli olması ile yargıcın öznel bağımsızlığı sağlanamaz. Gerçekten de, Kapani'nin belirttiği gibi yargıçların, kendi öznel bağımsızlıklarını, bizzat kendi ahlak ve karakterlerinin dayanıklılığında bulacaklarına dair sık sık tekrarlanan söz bir hakikat payını içermekle beraber demagojiye de oldukça müsaittir. Yargıcın yüksek ahlak ve kuvvetli bir karaktere sahip olması kuşkusuz gereklidir, ancak bu nitelikler kendisinin öznel

¹⁵⁰ Kunter, *a. g. e.*, s. 348-349.

¹⁵¹ Krş. Balta, *a. g. e.*, s. 64.

bağımsızlığını sağlamak için yeterli değildir. Çünkü unutmamak gerekir ki, yargıç da nihayet bir insandır ve iktidar kendisi üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilmek serbestisine sahip olduğu müddetçe onun bağımsızlığından bahsetmeye olanak yoktur. Bundan dolayı, yargıcın gerçekten hür ve bağımsız olabilmesi için kendisine hukuk tarafından teminat tanınması gerekir.¹⁵²

Yargıcın öznel bağımsızlığını sağlayabilmek için yargıca tanınması gereken teminatlar çeşitli şekillerde tanımlanabilmektedir. Bu çerçevede, yargıçlık teminatı; yargıcın, iktidar karşısında kendisini tam bir güvende hissetmesi ve kararlarını her türlü korku ve endişeden uzak olarak verebilmesi olarak tanımlanabileceği¹⁵³ gibi yargıçlara bağımsızlıklarının korunması amacı ile tanınmış bulunan hak ve ayrıcalıklar olarak da tanımlanabilir.¹⁵⁴

Yargıçlık teminatı, yargıç bağımsızlığını korumaya hizmet eden müesseselerden sadece birisi ve fakat en önemlisidir.¹⁵⁵ Daha açık bir deyişle, yargıcın bağımsızlığını tam olarak sağlayabilmek için yukarıda da ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere yargıcın kurumsal bağımsızlığını tanımak gerekli olduğu gibi çeşitli defalar belirtildiği üzere yargıcın öznel bağımsızlığını (şahsi bağımsızlığını) sağlayabilmek için yargıca teminatların tanınması gerekir. Yargıcın öznel bağımsızlığını sağlayabilmek için yargıca teminatlar tanınmazsa yargı bağımsızlığı hiç bir zaman tam olarak sağlanamaz. Ancak yargıca şahsi teminatlar tanındıktan sonra, yargıç, her türlü maddi etki ve endişeden uzak olarak, huzur ve sükûn içerisinde görev yapabilir.¹⁵⁶

Yargıçlık teminatını dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırmak olanaklıdır. İleride ayrıntılı olarak görüleceği üzere bunlardan dar anlamda teminat; hâkimlerin azil edilememeleridir. Geniş anlamda teminat ise yargıçların yalnızca azil edilememeleri değil, bunun yanında, yargıca coğrafi teminat tanınması, yargıcın belirli bir yaştan önce emekli edilememesi ve onun aylık ve ödeneklerinden mahrum bırakılmamasıdır.¹⁵⁷

¹⁵² Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 83-84.

¹⁵³ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 85.

¹⁵⁴ Bkz. Günday, *a. g. e.*, s. 46.

¹⁵⁵ Bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 6.

¹⁵⁶ Krş. Kuru, *a. g. e.*, s. 29.

¹⁵⁷ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 84-85.

Türk pozitif hukukunda yargıç teminatı geniş anlamda düzenlenmiştir. Gerçekten de, Anayasa'nın 139. maddesinde; hâkimlerin azlolunamayacağı, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacağı, bir mahkemenin kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacağı ifade edilmiş, bu durumların ayrık hâlleri olarak ise meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olmak, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılmış olmak veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmiş olmak olarak gösterilmiştir. Bu hükme, 2802 sayılı Kanun'un 44. maddesinde de benzer bir şekilde yer verilerek yargıçlık teminatının geniş anlamda düzenlenmiştir.

Yargıçlık teminatının neleri içermesi gerektiğini ayrıntılı bir şekilde incelemeye geçmeden önce önemli bir hususa vurgu yapmak uygun olacaktır. Yargıçlık teminatı, hukuki niteliği itibarıyla, yargıçların şahsı çıkarı için tanınan bir hak ve imtiyaz olmayıp, halk için kabul edilmiş bir teminattır. Gerçekten de, demokrasi ile yönetilen ülkelerde kanun tarafından yargıçlara tanınan güvenceler, yargıcın şahsı için (*intuitu personae*) değil, fakat bütün toplum için daha açık bir deyişle, toplumda adaletin iyi bir şekilde dağıtılması için oluşturulmuştur. Kısacası bahis konusu olan husus, yargıcın menfaati değil, kamunun menfaatidir. Amaç, yargıçların nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi ve huzurlarının sağlanmasından ziyade, onların serbestçe ve tarafsız olarak hüküm verebilmelerini sağlamak ve dolayısıyla halka, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven ve itimat aşılmasıdır. Bu çerçevede, yargıç teminatı, adaletin ve adalete inancın başlıca koşulu ve zamanı olarak değerlendirilmek gerekir.¹⁵⁸ Bu çerçevede, yargıca tanınması gereken teminatları şu şekilde sıralamak olanaklıdır.

a. Yargıcın Azil Edilememesi

Dar anlamda yargıçlık teminatı denilince hakimlerin azlolunmaması anlaşılır. Bu ilke "azilden bağımsızlık (*masuniyet*) ilkesi" olarak da adlandırılmaktadır.¹⁵⁹ Anayasa'nın 139. maddesinin ilk fıkrasının

¹⁵⁸ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 85-86.

¹⁵⁹ Kuru, *a. g. e.*, s. 30.

da, “hakimlerin azlolunamayacağı” ibaresine yer verilerek dar anlamda yargıçlık teminatı düzenlenmiştir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nda da örtülü bir şekilde yargıçların azlolunamayacağı esası benimsenmiş, bunun ayrıksı durumu ise 69. maddesindeki “meslekten çıkarma cezası” olarak düzenlemiştir. 2802 sayılı Kanun’un 69. maddesinde sayılan durumlarda Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun kararıyla bir daha mesleğe alınmamak üzere yargıcın görevine son verilebilmektedir.

Bununla birlikte, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yargıcı meslekten çıkarma cezasına karşı yargı yoluna başvurulmasının engellenmesi yargıçların azil olunamama teminatının özüne aykırı düşmektedir. Daha açık bir deyişle, bir yargıcın meslekten çıkarılması idari işlem olduğuna ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bu bağlamda idari karar aldığına göre Anayasa’nın 159. maddesinin 4. fıkrasında, söz konusu kurulun tüm kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı belirtilmesi yargıçların azlolunamaması ilkesini etkisizleştirir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yargıca meslekten çıkarma cezası verirken bir idari işlem yaptığına ve idari işlemler yetki, şekil, sebep, konu ve amaç yönlerinden birisi ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptal edilmeleri olanaklı iken¹⁶⁰ her zaman için hukuka aykırı olma olasılığı bulunan, dolayısıyla, iptal edilmesi olanaklı olan meslekten çıkarma cezasına karşı yargı yoluna başvurulmasının önlenmesi yargıçlara tanınan söz konusu teminatı sözde bıraktığı açıktır.

Ancak, yargıç hakkında verilen disiplin cezasının yargı organının denetimine sokulması ise çeşitli sakıncaları beraberinde taşır. Şöyle ki, dürüstlükle ilgili etik kuralları ihlal eden, hatta ihlal görüntüsü veren yargıç kadar adaleti lekeleyen, dolayısıyla, kişileri, toplumu ve devleti bozan ve çürüten başka bir kimse düşünülemez. Bu yüzden böyle bir yargıca sadece meslekten çıkarma cezası verilmelidir. Örneğin, dürüstlükle ilgili etik kuralları ihlal görüntüsü veren bir yargıca meslekten çıkarma cezası verildiğini düşünelim. Bu cezaya muhatap olan yargıcın mahkemeye başvurursa mahkemenin cezanın hukuka aykırı olup olmadığını saptaması olanaksız değilse bile oldukça güçtür. Çünkü yargıcın aldığı ceza, yargıcın dürüstlükle ilgili bir etik kuralı ihlal görüntüsü, dolayısıyla, bir algı sonucu verilmektedir. Mahkemenin bir

¹⁶⁰ Bkz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi.

görüntü veya algının oluşup oluşmadığını saptaması neredeyse olanaksızdır. Bu yüzden, yargıç için öngörülen disiplin düzeneğini değiştirmek daha yerinde olacaktır.

Bu çerçevede; yargıçların yolsuzluk olaylarını en az bir seviyeye indirebilmek Yargıçların Etik İlkeleri Kanunu çıkartılmalıdır. Gerçi, 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun kimi maddelerinde yargıçların uymaları gereken bir takım etik ilkelere yer verilmişse de, yapılan düzenleme iki açıdan yetersizdir. Bir kere, Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda yargıçların uymaları gereken etik ilkeler; kısmi ve eksik bir şekilde yer verilmiştir. İkincisi, söz konusu yasa da etik kuralların ihlali hâlinde yargıçlara, diğer kamu görevlilerine öngörülen uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme ve meslekten çıkarma gibi çeşitli disiplin cezaları öngörülmüştür. Halbuki yukarıda da belirtildiği gibi özellikle dürüstlikle ilgili etik kuralları ihlal eden, hatta ihlal görüntüsü veren yargıca sadece meslekten çıkarma cezası verilmelidir. Çünkü dürüstlikle ilgili etik kuralları ihlal eden, hatta ihlal görüntüsü veren yargıç kadar adaleti lekeleyen dolayısıyla kişileri, toplumu ve devleti bozan ve çürüten başka bir kimse düşünülemez.

Bu açıdan yargıda etkin bir şekilde dürüstlüğü sağlamada önemli bir kilometre taşı oluşturacağı düşünülen Yargıçların Etik İlkeleri Kanunu'na mutlak bir gereksinim bulunmaktadır. Yargıçlara yönelik etik yasası çıkartılırken; 2003/43 sayılı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri; [R (94) 12] sayılı Hâkimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Konusunda Avrupa Konseyi Üye Devlet Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı ve Birleşmiş Milletler'in 1985 tarihli Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri'nden¹⁶¹ yararlanılmalıdır.

Yargıçların etik ilkelere etik bir şekilde uyumunu sağlamak için mevcut düzenek de değiştirilmelidir. Çeşitli defalar belirtildiği üzere mevcut dizgede, 2802 sayılı Kanu'nda gösterilen disiplin kurallarını ihlal ettiği öne sürülen yargıç, Adalet Bakanlığı müfettişlerince soruşturulmakta ve soruşturma tamamlandıktan sonra dosya, gereği için Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na sunularak, söz konusu Kurul tarafından yargıca disiplin cezası verilmektedir. Yargıcın gerek Ada-

¹⁶¹ Yargı etiği ve yargı bağımsızlığı konusundaki bu uluslararası belgelerin Türkçe tam metni için bkz. (<http://www.taa.gov.tr/abhukuku/AB/yetik.pdf>, Erişim Tarihi, 14.2.2008).

let Bakanlığı müfettişlerince soruşturulması, gerekse idari nitelikte bir karar veren Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararına karşı yargı yoluna gidilememesi¹⁶² yargıç bağımsızlığı ilkesine aykırıdır.

Bu doğrultuda, yargı bağımsızlığı ilkesine uygun olarak yargıçların etik ilkelere etkin bir şekilde uyumunu sağlamak için farklı bir soruşturma ve meslekten atılma düzeneği oluşturulmalıdır. Dürüstlükle ilgili etik kuralları ihlal ettiği öne sürülen veya böyle bir görüntü veren yargıcı, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun görevlendireceği müfettişler soruşturmalı, iddialar doğru çıkarsa ilgili yargıcın meslekten çıkarılması için durum Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne iletilmelidir. Yargıcın azil edilememesi ilkesinin zarar görmemesi ve iktidar parti veya partilerinin kendi siyasi düşüncelerine uymayan yargıcı kolayca meslekten atmasının önüne geçilmesi ve yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu üzere siyasetin bir uzlaşma kurumu olması gereğini dikkate alarak Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte ikisinin oyuyla ilgili yargıcın meslekten çıkartılmasına karar verilmelidir. TBMM ilgilinin meslekten çıkartılmasına karar verirse, söz konusu karar yargı denetimine tabi olmayacaktır. Çünkü Anayasada gösterilen ayrıksı durumlar dışında TBMM kararları yargı denetimine tabi değildir. Yargıcın meslekten çıkartılmasına dair TBMM kararının yargı denetimine tabi olmaması; hukuk devleti ilkesine de aykırılık taşımaz, çünkü hukuk devleti ilkesi sadece yürütmenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasını gerektirir. Yargıcın meslekten çıkartılmasına dair kararın TBMM tarafından verilmesi anayasal sistematığe de uygun olacaktır. Zira Anayasa'nın 9. maddesi gereği yargı yetkisi; Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. TBMM kararıyla ilgili yargıcın meslekten atılması, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına o yargıç tarafından kullanılamayacağı anlamını taşır.

b. Yargıca Zorunlu ve Süresiz Coğrafi Teminat Öngörülmesi

Coğrafi teminat; bir yargıcın rızasının aksine terfi suretiyle olsa dahi bulunduğu yerden başka bir yere nakledilemeyeceği anlamını taşır.¹⁶³

¹⁶² Yönetmelik nitelikte idari tasarruflarda bulunan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması, ayrıca, hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Çünkü bir hukuk devletinde, idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı denetiminin açık olması gerekir.

¹⁶³ Bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 40.

Türk pozitif hukukunda yargıçların sınırlı coğrafi teminatı bulunmaktadır. Gerçekten de, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 35. maddesinin 1. fıkrasında; yargıçların, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun hazırlayacağı Atama ve Nakil Yönetmeliği'ne uygun olarak, aynı veya başka yerlerdeki eşit veya daha üst görevlere kazanılmış hak aylık ve kadro dereceleriyle naklen atanacakları, 2. fıkrasında ise adli ve idari yargı teşkilatı bulunan yerlerin; coğrafi ve ekonomik şartları, sosyal, sağlık ve kültürel olanakları, mahrumiyet dereceleri ile ulaşım ve diğer durumları dikkate alınarak bölgelere ayrılacağı ve her bölgedeki görev sürelerinin saptanacağı ifade edilmiştir.

Yargıçların, sınırlı coğrafi teminatının esasları yönetmeliklerle saptanmıştır.¹⁶⁴ Adli yargı yargıçları hakkındaki, Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin¹⁶⁵ 2. maddesinin 1. fıkrasında, adalet teşkilatı bulunan yerler beş bölgeye ayrılmış, 3. maddesinin 1. fıkrasında ise ayrıkısı durumlar dışında en az hizmet süresi beşinci bölgede iki, dördüncü bölgede üç, üçüncü bölgede üç, ikinci bölgede beş, birinci bölgede ise yedi yıl olduğu ifade edilmiştir.

İdari yargı yargıçları hakkındaki İdari Yargı Hâkim ve Savcıları Hakkında Uygulanacak Atama Yönetmeliği'nin¹⁶⁶ 2. maddesinin 1. fıkrasında ise bölge idare mahkemesi teşkilatı bulunan yerler üç bölgeye ayrılmış, 3. maddesinin 1. fıkrasında ise ayrıkısı durumlar dışında en az hizmet süresi üçüncü bölgede beş, ikinci bölgede yedi ve birinci bölgede on yıl olarak saptanmıştır.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere yargıçlar için sınırlı bir coğrafi teminat dizgesi öngörülmüştür. Daha açık bir deyişle, örneğin, beşinci bölgede iki yıl görev yapmış bir adli yargı yargıcısı, kendisi istemese bile başka bir bölgeye tayin edilebilecek, bu yargıcının coğrafi teminatı ancak iki yıllık görev süresi boyunca olabilecektir. Yine, üçüncü bölgede beş yıl görev yapmış bir idari yargı yargıcısı, kendisi istemese bile başka bir bölgeye tayin edilebilecek, söz konusu yargıcının coğrafi teminatı ancak beş yıllık görev süresi boyunca olabilecektir.

¹⁶⁴ Yargıçların coğrafi teminatı, yargıcının bağımsızlığıyla yakın bir ilgisi bulunması nedeniyle Anayasada düzenlenmesi gerekirken konunun yönetmeliklerle düzenlenmesi tam bir garabet örneği teşkil etmektedir.

¹⁶⁵ Bkz. 19.2.1988 tarih ve 19730 sayılı *Resmî Gazete*.

¹⁶⁶ Bkz. 19.2.1988 tarih ve 19730 sayılı *Resmî Gazete*.

Yargıçların sınırlı bir coğrafi teminata sahip olması, yargıç bağımsızlığına derin bir zarar vermektedir. Gerçekten de, belirli bir zaman dilimi sonra rızasına bakılmaksızın yerinin değiştirilebilmesi, yargıçta bir kaygı yaratır. Özellikle yerinden memnun olmasına¹⁶⁷ rağmen yerinin değiştirileceğini düşünen bir yargıcın huzuru bozulur, gayret ve dikkati söner, hatta yer değiştirme süresi yaklaşan bir yargıç, bu hissi düşünce ve davranışlarının etkisiyle giderayak adaleti rencide edecek kararlar verebilir.¹⁶⁸ Söz konusu bu tip durumların yargı bağımsızlığını ne kadar rencide edebileceği ortadadır.

Yargıçların, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararıyla yer değişikliğine tabi tutulması da, yargı bağımsızlığına aykırılığı önlemeye yetmez. Gerçekten de, yukarıda belirtildiği gibi özellikle yerinden memnun olmasına rağmen yer nakline tabi tutulan bir yargıcın huzuru bozulur. Huzuru bozulan yargıç ise mesleğinden istifa edebilir. Anayasa Mahkemesi'nin 15.5.1963 tarih ve E.1963/125, K. 1963/112 sayılı kararında da isabetli olarak belirtildiği şekilde; mesleğini kaybedebileceği endişesine kapılacak bir yargıcın, görevini adaletin icaplarına uygun şekilde yapmakta güçlüğü düşebileceği ve bağımsızlığını kaybedebileceği, yalnızca bir yargıcın bu duruma düşebilmesi olasılığının dahi, Anayasada düzenlenen yargıçlık teminatının ve mahkemelerin bağımsızlığı esasının zedelenmesine yeterlidir.¹⁶⁹

Yargıcın öznel bağımsızlığını sağlayabilmek için tanınması gereken teminatlardan en önemlisi olan coğrafi teminatın gereklerini yerine getirebilmek için yargıcın belirli bir yere ataması yapılıncaya -aşağıda yargıçların terfisi kısmında ayrıntılı olarak anlatılacağı üzere Bölge Yüksek Mahkemesi ve Yargıtay'a sınavla üye seçilme durumu dışında- onun emekli olmasına kadar o yerde kalmasını öngören bir dizgenin benimsenmesi gerekir. Daha açık bir deyişle, yargıcın kendi isteği olsa bile başka bir yere ataması yapılmamalıdır. Bir yargıcın ilk görev yeri neresi ise yargıcın rızası olsa bile o görev yerinin hiç bir şekilde değiştirilmemesi gerekir. Bu dizgeyi "*zorunlu ve sınırsız coğrafi teminat*" olarak adlandırmak olanaklıdır.

Önerdiğimiz bu dizgenin, dünyada bir uygulamasının olmadığı

¹⁶⁷ Hatta kimi zaman yerinden memnun olmasa bile.

¹⁶⁸ Bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 49. Yargıçlara sınırsız coğrafi teminat verilmesi lehinde ileri sürülen gerekçeler hakkında fazla bilgi için bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 45-49.

¹⁶⁹ Karar hakkında fazla bilgi için bkz. 28.6.1963 tarih ve 11440 sayılı *Resmi Gazete*.

düşünülmemelidir. Bu dizge, İngiltere’de uygulanmaktadır. Gerçekten de, Yalçinkaya’nın aktardığına göre, İngiltere’de yargıcın belirli bir görevle bir yere ataması yapılıncaya kadar orada görev yapmaktadır. Çünkü herhangi bir mahkemedeki yargıçlık kadrosu boşaldığı zaman o mahkemeye en uygun, bu görevi en iyi yerine getirecek kişi atandığına göre yer ve görev değişikliğinin haklı bir nedeni ve gereği bulunmamaktadır.¹⁷⁰

Yargıçlara zorunlu ve sınırsız coğrafi teminat tanınması düşüncesinin öğretide oybirliğiyle kabul edildiği düşünülmemelidir. Örneğin, Demirkol, yargıçlar için mevcut uygulamadaki sınırlı coğrafi teminat dizgesinin daha uygun olduğu görüşünü savunmaktadır. Yazara göre, her yargıcın, ülkenin sosyal, kültürel ve ekonomik ölçütlere göre sıralanmış bölgelerde belirli sürelerle görev yapmalarını öngören mevcut dizgenin bir yerde adaleti sağladığını ifade etmektedir. Yazar, sosyal, kültürel ve ekonomik yönden gelişmemiş bir bölgede devamlı görev yapmanın, sosyal, kültürel ve ekonomik açıdan ileri bölgede görev yapan iki meslek mensubu arasında bir adaletsizlik doğuracağını, bu açıdan farklı farklı bölgelerde görev yapmanın yararları bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre her bölge farklı bir takım özellikler taşıyacağından farklı özelliklerin yaratmış olduğu durumlara uygulanacak adli faaliyetlerin yerine getirilerek bir derecede eşit şekilde deneyim ve bilgiye sahip olunacaktır.¹⁷¹ Yazarın ortaya koyduğu bu görüş, kanımızca, yargıç teminatının ereğiyle bağdaşmadığı gibi ekonomi biliminin gerçeklerine de aykırı düşmektedir.

Demirkol görüşünde, her yargıcın değişik bölgelerde görev yapması sonucu yargıçların kişisel huzurlarının sağlanacağını ima etmektedir ki, her şeyden önce bu ima, yargıçlık teminatının ereğine aykırı düşmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere yargıçlık teminatı, yargıçların kişisel çıkarları için değil, toplumun çıkarı için kabul edilmiştir. Yargıçlık teminatının konulmasındaki erek; yargıçların nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi ve huzurlarının sağlanmasından ziyade, onların serbestçe ve bağımsız olarak hüküm verebilmesini sağlamak ve dolayısıyla halka, adaletin her türlü tazyik ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven ve itimat vermektir.¹⁷²

¹⁷⁰ Yalçinkaya, *İngiliz Hukuku*, s. 162.

¹⁷¹ Bkz. Demirkol, *a. g. e.*, s. 123.

¹⁷² Fazla bilgi için bkz. Kuru, *a. g. e.*, s. 50.

Diğer yandan, yazarın, yargıcın, ülkenin her bölgesinde görev yapmasının adaleti sağlayacağı görüşü de doğru değildir. Gerçekten de, bir kimsenin yargıçlığa atanması şart işlemdir. Şart işlem; belirli bir kişiyi, genel hukuk kurallarınca önceden düzenlenmiş bulunan nesnel ve kişilik dışı bir hukuki statüye sokan işlemdir. Nesnel ve kişilik dışı hukuki statünün kapsamı önceden genel hukuk kurallarınca düzenlenmiş olduğu için şart işlemlerin bu hukuki durumun kapsamını düzenlemesi söz konusu olmaz.¹⁷³ Dolayısıyla çıkartılması gereken Yargıçlar Kanunu'nda gerekli düzenlemeler yapıldıktan sonra kişinin belirli bir yere yargıçlığa atanınca yer naklinin olmayacağı esasının benimsenmesi şart işlemin bünyesine uygun düşmektedir. Çünkü yargıç, önceden genel bir hukuk kuralı ile kapsamı düzenlenmiş bir hukuki statüye sokulmaktadır. Kişinin sokulduğu hukuki statü, herkes için aynı olan, kişiden kişiye değişmeyen bir durumdur. Bir diğer deyişle, atama işlemi ile yargıç, kendisi için yeni ve özel bir duruma sokulmamakta, mevcut ve doğmuş bir duruma sokulmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir statüye sokulan yargıca adaletsizlik yapıldığı savında isabet payı bulunmamaktadır.

Demirkol, Türkiye'de bölgeleri sosyal, kültürel ve ekonomik yönden gelişmemiş bölgeler ve sosyal, kültürel ve ekonomik açıdan ileri bölgeler, kısacası bölgeleri, kalkınmamış ve kalkınmış bölgeler olarak ikiye ayırarak ekonomi biliminin gerçeklerine aykırı davranmıştır. Gerçekten de, Türkiye'nin en büyük sorunu kalkınmamışlık sorunudur. Todaro'nun belirttiği gibi kalkınma; temel sosyal yapılarda, uygun bakış açılarında ve yerel kuruluşlarda değişimi içerdiği gibi ekonomik büyümenin hızlanması, gelir dağılımı eşitsizliğinin azaltılması ve yoksulluğun ortadan kaldırılmasını da içeren oldukça geniş açılı bir kavramdır.¹⁷⁴ Türkiye'nin hiç bir bölgesi, ayrıntıya girmeden ifade etmek gerekirse Todaro'nun isabetli olarak yapmış olduğu "kalkınmışlık" tanımına uymamaktadır. Dolayısıyla, Türkiye'nin hiç bir bölgesine "kalkınmış" denilemez. Esasen kalkınma bütünsel bir kavramdır; bu çerçevede, bir ülkenin bir kısım bölgelerini kalkınmış, bir kısmı ise kalkınmamış olamaz. Nitekim bugün kalkınmış(!) olduğu ileri sürülen bölgelerin içerisinde yer alan Ankara, İstanbul ve İzmir gibi kentleri

¹⁷³ Günday, a. g. e., s. 116.

¹⁷⁴ Bkz. Todaro, *Economic Development*, s. 16.

düşünelim. Bu kentler günümüzde sağlıklı, kimliksiz ve niteliksiz¹⁷⁵ bir konumdadır. Söz konusu kentler, yaşamlarını buralarda sürdürmeye çalışan insanlar için büyük bir ıstırap kaynağı haline gelmiştir. Dolayısıyla, yargıç için zorunlu ve sınırsız coğrafi teminat dizgesinin öngörülmesi, ekonomi gerçekliğine de aykırı değildir.

c. Yargıçların Terfi Yoluyla Yükselmesi Düzeneginin Kaldırılması

Türk pozitif hukukunda yargıçlar için terfi yoluyla yükselme düzenegi bulunmaktadır. Bu çerçevede, 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 15. maddesinin 1. fıkrasında, yargıçlık mesleği; üçüncü sınıf, ikinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış ve birinci sınıf olmak üzere dört sınıfa ayrılmış, 18. maddesinin 1. fıkrasında ise yargıçlık mesleğinde bulunanların her yıl kademe ilerlemesi ve her iki yılda bir derece yükselmesi yapacakları ifade edilmiştir. 2802 sayılı Kanun'un "*derece yükselmesinin koşulları*" başlıklı 21. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; hâkimlerin derece yükselmesi yapabilmesi için ahlaki gidişleri, mesleki bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve nitelikleri, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen hâl kağıtları ve sicil fişleri, kanun yolu incelemesinden geçen iş sayısı ve bu inceleme üzerine verilen notları, örnek karar ve mütalaaları ve varsa mesleki eser ve yazıları ile katıldıkları meslek içi ve uzmanlık eğitimleri göz önünde tutularak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca ilan edilen derece yükselmeleri ilkelerinde aranan koşulları taşımaları gerektiği ifade edilmiştir.

Bu düzenek, yargıcın öznel bağımsızlığına bütünüyle zarar vermektedir. Her şeyden önce, Adalet Bakanlığına bağlı olan müfettişlerce, yargıçlar hakkında düzenlenen hâl kağıtları ve sicil fişlerinin yargıcın derece yükselmesinde dikkate alınması yargıcı yürütmeye tabi kıldığı için sakıncalıdır.¹⁷⁶

Diğer yandan, yargıçların derece ilerlemesinde Yargıtay'ın verdiği

¹⁷⁵ Daha açık bir deyişle, bir "beton yığını".

¹⁷⁶ Bkz. Demirkol, s. 118.

notların göz önüne alınması da yargı bağımsızlığına önemli bir darbe vurmaktadır. Çünkü Yargıtay'ın verdiği notların derece yükselmesinde dikkate alınması yargıçta sürgit bir şekilde terfi ümit ve korkusu doğurmaktadır. Terfi ümit ve korkusu bulunan bir yargıcın, kanımızca, öznel olarak tam bağımsız olması olanaksızdır. Notu veren merciin Yargıtay olması da yargı bağımsızlığına aykırı olan bu durumu önleyemez. Çünkü Yargıtay, ancak yargı yetkisinin kullanılmasını gerektiren işlerin kapsamı çerçevesinde¹⁷⁷ mahkemelerin ve yargıçların sonul hüküm ve kararlarını inceler. Bunların dışında kalan işlerde, yargıca, Yargıtay tarafından olsa bile müdahale edilmesi yargı bağımsızlığını zedeler. Esasen yargı bağımsızlığının bizzat yargıya karşı korunması gereğinin bulunduğu da unutulmamalıdır.

Öte yandan, dar anlamda yargıçlık teminatı, başlı başına yargıçların öznel bağımsızlığını korumak ve sağlamak için yeterli değildir. Yargıçların öznel bağımsızlığının tam olarak sağlanabilmesi için yargıcın azledilememek ve yerinden oynatılamamak hususunda olduğu kadar terfi hususunda da huzur ve istikrara kavuşturulması gerekir. Bu çerçevede, sürgit bir şekilde zihni işgal eden terfi ümit ve endişesi, yargıçların bağımsızlığına, görevden azledilmek korkusundan daha fazla zarar getirir.¹⁷⁸

Kanımızca, yargıçların öznel bağımsızlığını tam olarak sağlayabilmek için onların, terfi yoluyla yükselme düzeneğinin bütünüyle kaldırılması gerekir. Daha açık bir deyişle, yargıçları sınıflara ayıran ve onların terfi yoluyla yükselmesini öngören bütün hükümlerin mevzuattan çıkartılması gerekir. Bu durumun ayırksı hali olarak, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun açacağı yeterlilik sınavında başarılı gösterenlerin, asgari 5 yıl yargıçlık yapması koşuluyla Bölge Yüksek Mahkemesi'ne, asgari 10 yıl yargıçlık yapmak koşuluyla Türkiye Temyiz Mahkemesi'ne seçilmesi esasını öngören yeni bir düzeneğin getirilmesi uygun olacaktır.

Yargıçlar bakımından terfi rejiminin olmamasının dünyada çeşitli örnekleri bulunmaktadır. Bu çerçevede, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yargıçlar açısından kural olarak bir terfi rejimi bulunmamaktadır. Daha somut bir deyişle, İngiltere'de belirli bir terfi düzeneği bulunmamakta ve yargıçlar ayırksı durumlarda yüksek bir

¹⁷⁷ Yargıca Yargıtay tarafından not verilmesi, yargı yetkisinin kullanılmasının denetlenmesi kapsamına girmemektedir.

¹⁷⁸ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 115.

göreve tayin edilmektedir. Bir kontluk mahkemesi yargıcı, görevini sonul olarak değerlendirmekte ve Yüksek Mahkeme hâkimliğine terfii beklememektedir.¹⁷⁹

İngiltere’de olduğu gibi Amerika Birleşik Devletlerinde de federal yargıçlar için bir terfii rejimi hemen hiç yoktur. Birleşik Devletler’de bir bölge yargıçlığını kabul eden kimse, ileride Yüksek Mahkeme üyeliğine tayin olunmak olanaklarını ortadan kaldırıyor demektir. Kısacası, İngiltere’de olduğu gibi Birleşik Devletler’de de yargıçlık bir basamak değil, hedef-amaç olarak kabul edilmekte ve ilk tayinden sonra yargı organının yürütme organı ile hiçbir ilişkisi kalmamaktadır.¹⁸⁰ Yargının öznel bağımsızlığını sağlamak bakımından muhteşem olan bu düzeneğin Türkiye açısından da benimsenmesi gerekir.

d. Yargıçların Emeklilik Yaşının Yükseltilmesi

Türk pozitif hukukunda yargıçların zorunlu emeklilik yaşı 65 olarak saptanmıştır. Gerçekten de, Anayasa’nın 140. maddesinin 4. fıkrasında hâkimlerin altmış beş yaşını bitirinceye kadar hizmet görecekları, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 44. maddesinde ise hâkimlerin kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevk olunamayacakları ifade edilmiştir.

Yargıçların zorunlu emeklilik yaşının 65 olarak saptanması yargı bağımsızlığına aykırı değildir. Gerçekten de, 1985 tarihli Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri’nin “görev şartları ve süresi” başlıklı prensibinin 2. fıkrasında; seçilmiş veya atanmış olsun yargıçların zorunlu bir emeklilik yaşına veya sürelerinin dolamsına kadar görevde kalmaları teminat altına alınacaktır denilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, yargıçlar için genel bir zorunlu emeklilik yaşının¹⁸¹ saptanması yargı bağımsızlığına aykırı değildir.

Bununla birlikte, yargıçların zorunlu emeklilik yaşının 65 olarak belirlenmesine itiraz edilmesi gereken husus, bu yaşın kamu görevlilerinin zorunlu emeklilik yaşıyla aynı hatta daha düşük saptanma-

¹⁷⁹ İngiltere’de terfii rejiminin yokluğu konusunda fazla bilgi için bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 117-118.

¹⁸⁰ Fazla bilgi için bkz. Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 119.

¹⁸¹ Türkiye’de 65.

sıdır. Gerçekten de, 8.6.1949 tarih ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 40. maddesinin 1. fıkrasında; memurların zorunlu emeklilik yaşı 65 olarak belirtilmiş, bu fıkranın (b) bendinde ise, üniversite öğretim üyelerinin zorunlu emeklilik yaş haddi 67 yaş olarak saptanmıştır.

Yargıçlar, memur olmadığına göre kendilerini her ne bakımdan olursa olsun memur statüsüne, bu bağlamda memurlarla aynı hatta daha düşük zorunlu emeklilik yaş haddine tabi tutmak hatalıdır. Yargıçlar hakkında yaş haddi ve emekliye ayrılma usulleri memurlardan farklı olarak kendi özel kanunları ile nesnel esaslara bağlanmalı,¹⁸² bu doğrultuda, yargıçların zorunlu emeklilik yaşı kamu görevlilerinden daha yüksek olarak (örneğin, 70 olarak) saptanmalıdır.

Zorunlu emeklilik yaşının düşük tutulmasından dolayı ülkemizde bir çok yargıç mesleğinin en verimli ve tecrübeli döneminde emekliye ayrılarak yargı hizmetine gerekli katkıyı sağlayamamakta, kaybolup gitmektedir.

Nitekim, İngiltere'de yüksek yargıçlar, Amerika Birleşik Devletleri'nde ise federal yargıçlar için zorunlu bir emeklilik yaşı saptanmamış ve bu yargıçlar, söz konusu görevlerine yaşam boyu atanmışlardır. Bu ülkelerde söz konusu yargıçlar için zorunlu bir emeklilik yaşının saptanmamasının altında yatan temel neden; mesleğinin en verimli ve yetişmiş dönemlerinde kendilerinin hizmetlerinden mahrum kalmama düşüncesidir. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nin en büyük yargıçların birisi olarak kabul edilen Oliver Wendell Holmes, 1932 yılında emekliliğini istediği zaman 90 yaşına yaklaşmış bulunduğunu anımsatmak gerekir.¹⁸³ İngiltere ve Amerika'daki bu durumu aktararak yargıçların yaşam boyu görevlerine atanmasına savunmuyoruz. Çünkü yaşlılık dolayısıyla yargıcın da fiziki, ruhsal ve sosyal sağlığında bozulmaların olabileceğini kabul ediyoruz. Burada anlatmak istediğimiz husus, tıp bilimindeki gelişmelere koşut olarak insanların ortalama yaşam ile sağlıklı yaşam süreleri sürgit bir şekilde büyüdüğü için yargıçların zorunlu emeklilik yaşı olan 65 yaşının yetersiz olduğunu, bunun 70 yaşına yükseltilmesi gerektiğidir.

¹⁸² Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 106.

¹⁸³ Kapani, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, s. 103 dip not 48.

e. Yargıçların Maaş Düzenine Değiştirilmesi

Yargıca tanınması gereken mali teminat, yargıcın özne bağımsızlığını sağlamak bakımından yaşamsal bir önem taşımaktadır. Gerçekten de, Anayasa'nın 140. maddesinin 3. fıkrasında; yargıçların aylık ve ödeneklerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği ifade edilerek bu gerçeğe vurgu yapılmıştır. Anayasa'daki bu hükme rağmen yargıçların maaş düzeni söz konusu anayasal esaslara göre düzenlenememiştir. Gerçekten de, 24.2.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 102 ve devamı maddelerinde yargıçların kıstas aylık ve yargı ödeneği toplamından oluşan mali hakları düzenlenmiştir. Kanun'un 102. maddesinde, kıstas aylık; en yüksek devlet memuruna mali haklar kapsamında fiilen yapılmakta olan her türlü ödemeler toplamının brüt tutarını, yargı ödeneği ise görevin niteliği ve gereği olarak Kanun'un 106. maddesinde gösterilen oranda hesaplanan tutarı ifade edeceği belirtilmiştir. Bu Kanun'un 103. maddesinde, yargıçlara verilen kıstas aylık; yargıcın "*Yüksek Mahkeme*"lerde başkan ve üyesi olması ile birinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış ve derecesine göre farklı olarak öngörülmüştür. Kanun'un 106. maddesinin 1. fıkrasında ise yargıçlara, brüt aylıklarının %10'u tutarında yargı ödeneğinin verileceği öngörülmüştür.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere yargıca verilen maaş yeterli bir seviyedir. Yargıcın maaş düzenine itiraz edilmesi gereken temel nokta, yargıcın maaşının en yüksek devlet memurunun maaşına endekslenmiş olmasıdır. En yüksek devlet memurunun maaşı, her yıl çıkartılan Bakanlar Kurulu kararıyla belirlendiğine göre yargıcın maaşı da dolaylı olarak Bakanlar Kurulu kararına bırakılmış olmaktadır. Yargıcının maaşını, bir yürütme organı olan Bakanlar Kurulu kararına bırakmak, yargıçlık teminatı ve yargı bağımsızlığının açık bir ihlalidir.

Yargıcın maaş düzenine itiraz edilmesi gereken bir başka nokta; yargıcın maaşının oldukça karmaşık ve gereksiz yere farklı bir şekilde belirlenmiş olmasıdır. Halbuki yargıçlar; ilk derece mahkemesi, Bölge Yüksek Mahkemesi ve Türkiye Temyiz Mahkemesi yargıcı olarak üçe ayrılmalı ve her bir gruba giren yargıca aynı maaşın ödenmesi gerekir. Daha açık bir deyişle, yargıcın derece ve sınıflara göre ayrımının kaldırılmasını önerdiğimizden dolayı yargıçlar sadece yukarıda belirtildiği gibi üç gruba ayrılmalı ve her bir gruba giren yargıca verilecek maaş,

Kanunda standart bir şekilde saptanmalıdır. Böyle bir usul, yargıcın mali teminatını gerçek anlamına kavuşturacaktır.

f. Yargıçların Aylık, Ödenek ve Diğer Özlük İşlerinden Yoksun Bırakılamayacağı Teminatının Yeniden Düzenlenmesi

Son olarak inceleyeceğimiz ve yargıçların öznel bağımsızlığını sağlamada önemli bir yer işgal eden bu teminatın anayasal ve yasal dayanakları bulunmaktadır. Gerçekten de, Anayasa'nın 139. maddesinde; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa yargıçların aylık, ödenek ve diğer özlük işlerinden yoksun bırakılmayacakları ifade edilmiştir. Bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması durumunda ne gibi bir işlem yapılacağı ise 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 45. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddede, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle görevsiz kalanlara mahkemenin veya kadronun kaldırılma zamanında açık bulunan veya ilk açılacak olan aylık ve derecelerine eşit yargıçlık görevinin teklif edileceği, ilgilinin birinci teklifi reddedebileceği ancak ikinci teklifi kabul etmeyen kişinin meslekten çekilmiş sayılacağı ifade edilmiştir. Yapılan bu düzenlemelerin mevcut düzenek içerisinde pek fazla eleştirilecek bir yönü bulunmamasına rağmen, yargı hakkında bir takım yapısal önlemler önerdiğimiz için bu teminatın da söz konusu önerilerimize uygun olarak yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Bu çerçevede, her şeyden önce belirtmek gerekir ki, yargıçlar için zorunlu ve süresiz bir coğrafi teminatın öngörülmesi ve mahkemelelerin kuruluşunu nesnel ölçütlere bağlı olmasını önerdiğimizden bu teminatın uygulanmasına da oldukça ayrıksı durumlarda başvurulması gerekir. Yine, bu çalışmada ileri sürülen fikirlerin doğal sonucu olarak kadro kaldırılması sorunuyla da karşılaşılması gerekir. Çünkü yargıçlar için kadro ve derece dizgesinin kaldırılmasını savunduğumuz ve ilk derece mahkemesi, Bölge Yüksek Mahkemesi ve Türkiye Temyiz Mahkemesi yargıcı olarak üç tür yargıç tipi kabul ederek yargıcın şahsına kadro verilmeyip görev yaptığı mahkemeye tabi kılınmasını önerdiğimizden yargıçlar için kadronun kaldırılması sorunuyla karşılaşılacaktır.

Her ne kadar yargıçlar için kadronun kaldırılması sorunu doğmayacak olsa da ayrıksı durumlarda yargıcın görev yaptığı mahkeme-

nin kaldırılması sorununun doğabileceğini biz de kabul etmekteyiz. Ancak nasıl ki, bir mahkemenin kurulmasının nesnel ölçütlere bağlı kılınmasını savunduğumuz gibi bir mahkemenin kaldırılmasının da nesnel ölçütlere tabi tutulmasını savunmaktayız. Bu çerçevede, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun takdir hakkına dayalı olarak bir mahkemenin kaldırılması yoluna gidilmemeli, Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun kararıyla olsa bile ancak yasada gösterilecek nesnel nedenler çerçevesinde mahkemenin kaldırılması yoluna gidilmelidir.¹⁸⁴

Mahkemesinin kaldırılması sebebiyle de olsa yargıcın aylık, ödenek ve diğer özlük işlerinden yoksun bırakılmayacakları teminatın etkin bir şekilde işlenmesini temin edebilmek için şöyle bir düzenek işletilmelidir: Mahkemesinin kaldırılması durumunda yargıcın yeni bir yere tayini yapılmıncaya kadar mali ve diğer özlük işlerinden aynen yararlanacağı esası kabul edilmelidir. Mahkemesi kaldırılan yargıca, kaldırılan mahkeme türündeki boş olan ilk derece mahkemelerinden¹⁸⁵ tümünün kuraya katılması koşuluyla Yargıçlar Yüksek Kurulu huzurunda kura çektilmeli, kura sonucu çıkan yere gitmeyi kabul etmeyen yargıcın istifa etmiş sayılacağı esası benimsenmelidir. Mahkemesi kaldırılan yargıca, kaldırılan mahkeme türündeki boş olan bir mahkemenin bulunmadığı durumlarda ise bir mahkemenin boşalması beklenilmelidir. Eğer mahkemesi boşalan yargıç sayısı tek, boşalan mahkeme sayısı da tek ise¹⁸⁶ yargıca, Yargıçlar Yüksek Kurulu ilk boşalan mahkeme teklif edilmeli, kabul etmezse yine yargıcın istifa etmiş sayılacağı esası benimsenmelidir.¹⁸⁷ Yapmış olduğumuz bu önerinin yargıca başka bir seçim hakkı tanımadığı için katı ve acımasız olduğu savunulabilir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi yargıçlar için zorunlu ve süresiz coğrafi teminat taraftarı olduğumuzdan aksi bir düşünce kendimizle çelişme anlamına gelecektir.

¹⁸⁴ Örneğin, deprem ve sel gibi doğal afetler veya göç sonucu bir yerleşim yerinin ilçe niteliğini kaybetmesi durumunda o yerdeki mahkemenin Yargıçlar Yüksek Kurulu'nun kararıyla kaldırılacağına yasada belirtilmesi kabul edilebilir bir tutumdur.

¹⁸⁵ İstinaf ve temyiz mahkemesinin kaldırılabilmesi pek düşünülmemeyeceği için sadece ilk derece mahkemelerinin kaldırılabilmesi esasının unutulmaması gerekir.

¹⁸⁶ Bu iki koşul, eş anlı olarak sağlanamazsa kura usulüne başvurulmalıdır.

¹⁸⁷ Kuru'nun önerdiği düzenek ile krş. Kuru, *a. g. e.*, s. 33.

SONUÇ

Kökeninde yasama-yürütme-yargı erkleri arasında bir ayırım yapılmasını savunan erkler ayrılığı kuramı, yasama-yürütme erkleri ayrılığı bakımından¹⁸⁸ siyasi parti dizgesinin etkisiyle günümüzde oldukça köklü değişikliklere uğramıştır. Ancak bu konuda hemen şu hususu belirtmek gerekir ki, çoğunlukla sanıldığığının aksine tek parti ve iki parti sistemleri, erkler ayrılığını köklü bir değişikliğe uğratmaz. Duverger'in belirttiği gibi tek parti ve iki parti sistemleri arasındaki köklü fark, iktidarın sınırlandırılması ve bir muhalefetin varlığı bakımındandır; yoksa erkler ayrılığı, daha doğrusu, erklerin toplanması bakımından bunlar birbirine oldukça yakındır.¹⁸⁹

Tek ve iki parti sistemleri arasında erkler ayrılığı bakımından aralarında anlamlı bir fark bulunmasa da, ülkenin hangi hükümet sistemini benimsediği olgusuna göre siyasal partilerin erkler ayrılığı üzerindeki etkisi de farklılık göstermektedir. Bu çerçevede, başkanlık sistemlerinde bir parti, aynı zamanda hem başkanlığı, hem de meclis çoğunluğunu elinde bulduğu takdirde, anayasal erkler ayrılığı hemen hemen ortadan kalmaktadır.¹⁹⁰ Ancak, bu esasın ayrıksı hali, Amerikan Birleşik Devletleri'dir. Çünkü az sonra anlatılacağı üzere siyasal partilerin iç yapısı, erkler ayrılığını derinden etkilemektedir. Birleşik Devletler'de siyasi partilerin oy disiplininin uzak oluşu ile ademi-merkeziyetçi ve türdeş olmayan yapısı, Başkan ile Kongre çoğunluğu aynı siyasi partiden olsa bile Başkanın otoritesini ve erklerin toplanmasını zayıflatmaktadır. Birleşik Devletler'de, Başkanın, Kongre çoğunluğu ile aynı partiden olmaması durumunda bile erkler ayrılığı açısından pek fazla fark doğmamaktadır. Çünkü az önce sözü edilen siyasal partilerin iç yapısı, Başkanla Kongre arasındaki rekabeti hafifletmekte ve hükümet düzeneğinin felce uğramasını önlemektedir. Bu çerçevede, Amerikan sistemi, erkler ayrılığıyla erkler toplanmasının ortasında yer almakta ve Kongre'yle Başkanlığın karşı partilerin elinde olduğu ayrıksı dönemlerde bunlardan ilkinde, normal zamanlarda ise ikincisine yaklaşmakta; her iki durumda da, Başkanın kişisel prestiji, erklerin ayrılık ya da toplanmasının derecesini etkilemektedir.¹⁹¹

¹⁸⁸ Yargı, çağcıl devletlerde her zaman için bağımsız ve müstakil bir erklerdir.

¹⁸⁹ Duverger, *Siyasal Partiler*, s. 503.

¹⁹⁰ Duverger, *a. g. e.*, s. 505.

¹⁹¹ Duverger, *a. g. e.*, s. 509.

Az önce bahsedildiği üzere siyasal partilerin iç yapısı da, erklerin ayrılık ya da toplanma derecesini büyük ölçüde etkilemektedir. Gerçekten de, parlamenter rejimde çoğunluk partisinin disiplin ve tutarlılığı toplanmayı açıkça artırmaktadır. Çoğunluk partisinin, oy disiplini sıkıysa ve parti-içi hizipler de güçsüz ya da itaatkar kılınmışlarsa, parlamentonun görevi hükümet kararlarını tescilden ibaret kalır ki bu kararlar da uygulamada parti kararlarının aynısı olur. Gerçi, tescil işlemi, azınlık partisinin muhalefetini belirtebileceği özgür tartışmalara yol açarsa da, bu durum platonik olmaktan öteye bir anlam taşımaz. Buna karşılık, çoğunluk partisinin oy disiplini o kadar sıkı değilse, hükümetin çoğunluğu da pek garantili olmaz, iktidar partisi kendi içerisindeki hizipler arasındaki savaşmaları hesaba katmak zorunda kalır; çünkü bunlar, partinin parlamentodaki durumunu tehlikeye düşürebilir; parlamentonun itibarı yükselir ve erkler ayrılığı bir dereceye kadar güç kazanır. Bu yüzden iktidar partisinin değişmesi rejimin niteliğini değiştirmeye de yetebilmektedir. Örneğin, İngiltere’de disiplin, merkezîyet ve tutarlılık, İşçi Partisi’nde Muhafazakar Parti’den daha ileridedir; dolayısıyla, İşçi Partisi çoğunlukta iken daha büyük bir erkler toplanması görülür. XIX. yüzyılda, İngiliz partilerinin örgütleri günümüzdeki kadar güçlü değilken, iki parti sistemi, erkler ayrılığını günümüzdeki kadar etkisiz kılmamıştı. İngiliz parlamenter sistemini, yasa ile yürütme arasında bir denge rejimi, bir “frenler ve dengeler” sistemi olarak nitelendiren klasik tanımları bu olguyla açıklayabiliriz. İngiltere’de partilerin yapısındaki gelişimin anlaşılmasını sonuçunda günümüzdeki İngiliz parlamenter rejiminin bile bir “fren ve denge” modeli olduğu görüşü yaygınlığını devam ettirmektedir ki¹⁹² bu görüşlerin yanlış olduğu açıktır.

Parlamentoların iki ya da çok partili olması da erkler ayrılığını etkilemektedir. Gerçekten de, çok partili parlamento genellikle erkler ayrılığına yol açmaktadır. Bunun türlü nedenleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bu tip parlamentolarda anayasada ifade edilen erklerin ayrı olduğu prensibinin serbestçe işlenmesidir. İkinci olarak, çok partili parlamentolarda hükümet genellikle bir ortak partiler koalisyonuna dayanmak zorundadır. Bu koalisyonun her an için bozulma riski bulunduğu gibi meclis kulislerin de mevcut koalisyonu bozup yerine bir başkasını getirmek için sürgit bir şekilde entrikalar tasarlanır. Çok

¹⁹² Duverger, *a. g. e.*, s. 507-508.

partili sistemlerde meclisler hükümet karşısında özgürlüklerini yeniden ele geçirir ve muhalefetin platonik protestoları arasında bir damga basma göreviyle yetinmekten kurtulurlar. İki-parti sisteminde yapay bir nitelik taşıyan, parlamentoya hükümet arasındaki etkileşme araçları, çok partili sistemde yeniden etkinlik kazanır. Çok partili sistemde, bir erkler dengesinden, bir diğer deyişle, fren ve denge sisteminden bahsetmek olanağı doğar; parlamentoya hükümeti düşürme yetkisi veren güvensizlik oyuyla, hükümete parlamentoyu seçime götürme olanağı sağlayan fesih yetkisi arasındaki simetri, bu dengeyi sembolleştirir. İki-partili parlamentolar, hükümetle ilişkilerinde soruyu kullandıkları halde, çok-partili parlamentolar, gensoru yöntemini tercih ederler; aradaki fark çok anlamlıdır. İki-parti sisteminde güvenoyu, hemen hemen otomatik hale gelir ve bütün gerçek anlamını kaybeder; meclis, denetimini yapabilmek için hiç bir yaptırım olmayan soru ile yetinmek durumundadır. Çok-partili rejimlerde ise, güvenoyu, her an hükümetin varlığını tehlikeye sokabilir; bir oylamayla sonuçlanan gensorunun önemi de bu durumdan ileri gelmektedir.¹⁹³

Çok-parti sistemlerindeki hükümet bileşmelerinde kimi zaman görülen tarafsızlaştırma taktığının uygulanması nedeniyle de, çok parti sistemi, erkler ayrılığına daha uygun düşmektedir. Gerçekten de, çok parti sistemi, anayasadan ya da kurumların niteliğinden doğan erkler ayrılığına, bazen bir ikincisinin eklenmesine de yol açmaktadır. Klasik erkler ayrılığı, çeşitli defalar belirtildiği üzere devlet görevlerinin hukuki niteliklerine göre ayrılmasına dayanır; buna göre, parlamento, genel kapsamlı işlemler olan kanunları yapar; hükümet de, bunları bireysel işlemlerle uygular. Bunun karşısında, yine yukarıda anlatıldığı üzere, erkler ayrılığının günümüzde kazandığı anlam çerçevesinde devletin maddi görevleri (mali, ekonomik, sosyal, kolluk, yargısal, eğitsel, askeri, diplomatik vb.) arasında da bir ayrıma gidilebilir. Bu çerçevede, çeşitli bakanlıkları türdeş sektörler halinde yeniden gruplandırmak suretiyle, devlet faaliyetlerini yatay bakımdan sınıflandırmak olanaklıdır. Böylece; ekonomik sektör (endüstri, ticaret, tarım, deniz ticareti, maliye), sosyal sektör (sosyal refahla, ekonomik bakımdan zayıf kimselerle, az gelirli sınıflarla uğraşan "eşitlikçi" sektör), kamu düzeni sektörü (polis ve adalet), ideolojik sektör (öğretim, eğitim, propaganda, sanat ve edebiyat eserlerinin denetimi, vb.),

¹⁹³ Duverger, *a. g. e.*, s. 510.

diplomatik sektör (dış işleri ve ordu) ortaya çıkacaktır. Çok partili bir parlamenter rejimde, bazen bu yatay erkler ayrılığı, geleneksel dikey ayrılığa eklenir. Hükümete ortak olan her parti, kendi seçmen kütlesiyle ilgili olan ya da siyasal stratejisini geliştirmesine olanak veren belirli bir faaliyet sektörünü isteme eğilimi gösterir. Ancak, her zaman böyle bir uzmanlaştırma bulunmaz. Bazı hükümet bileşkeleri, tam aksine tarafsızlaşma taktiğini uygularlar. Bunda, birbirini tamamlayıcı bakanlıklar rakip partilere verilir ve böylece her bakanın siyasetinin karşı partiye mensup olan komşusu tarafından yatıştırılması sağlanır ya da bu bakana, kendisini gözetlemek ve sınırlandırmak üzere başka partiden bir siyasal müsteşar verilir¹⁹⁴ ki bu uygulamaların erkler ayrılığının gerçekleşmesine yapacağı katkı ortadadır.

Bununla birlikte, Türkiye’de ister çok partili koalisyon dönemlerinde¹⁹⁵ isterse iki partili dönemlerde¹⁹⁶ olsun yoğun bir erklerin toplanması olayıyla karşılaşılmaktadır. Daha açık bir deyişle, yasama-yürütme arasındaki erkler ayrılığı eski gücünü kaybetmiştir. Çünkü temel olarak parlamenter hükümet sistemi rejimine sahip olan ülkemizde, hükümetlerin, Meclisteki çoğunluk partisi liderlerinden kurulması gerekmekte, çoğunluk partisi liderlerinden kurulan bir hükümet ise parti kanalıyla meclise kolaylıkla hakim olabilmektedir. Bir başka deyişle, yürütmenin başındaki hükümetler, parlamentodaki çoğunluk partisi üzerindeki nüfuzları sayesinde istedikleri kanunları meclisten geçirme olanağını bularak Meclisi, adeta hükümetin bir tasdik organı konumuna indirgemişlerdir.¹⁹⁷ Türkiye’de erklerin toplanması olgusuyla karşılaşılmasının temel nedeni, kanımızca, siyasal partilerin oy disiplininin bulunması, merkezîyetçi ve türdeş bir yapıya sahip oluşudur.

Türkiye’de yasama-yürütme arasındaki ayrımın neredeyse ortadan kalkması, söz konusu ayrımın önemsiz bir hale geldiğini göstermez. Gerçekten de, Balta’nın belirttiği gibi yasama-yürütme ayrımının yine de pratik bakımdan büyük önemi bulunmaktadır. Balta, haklı olarak, siyasi hürriyetli demokratik bir rejimde iktidar partisi karşısında teşkilatlı bir muhalefetin mecliste yer alarak hükümeti denetlemesine, eleştirileriyle ilgililer ve halkoyuna uyarak aykırılıkların önlenme ve

¹⁹⁴ Duverger, *a. g. e.*, s. 510-511.

¹⁹⁵ 1970’li yıllarda.

¹⁹⁶ 1950’li yıllardan itibaren 1970’li yıllar hariç olmak üzere.

¹⁹⁷ Krş. Balta, *a. g. e.*, s. 65.

giderilmesine, kanunların yapılışında ve kararların alınmasında isabet sağlanmasına hizmet edeceği görüşünü savunmaktadır.¹⁹⁸

Yine, tüm dünyada, yasama-yürütme arasındaki erkler ayrımının eski gücünü kaybetmesi, yargının müstakil ve bağımsız bir erk olmasının değerini, hatta bütün erkler arasındaki ayırım yapılması gereğinin önemini hiç bir şekilde azaltmaz. Gerçekten de, Erem'in doyum-suz anlatımıyla, erklerin birbirinden ayrılması oldukça önemlidir. En basit, hatta ilkel diyebileceğimiz anlayış, kanunu yapan güç ile onu uygulayan güç arasında bir üçüncü güce yer ve konu bulunamayacağı esasını benimser. Kuşku yoktur ki, bütün erklerin aynı elde toplanmasından sonraya rastlayan yasama-yürütme ayrımı daha ileri bir gelişme göstermiş, yasama-yürütme-yargılama ayırımına ulaşmıştır. Kanunu yapmakla belirli bir olayda kanunun dediğini ortaya koymak aynı şey değildir. Eğer yargıç olmazsa kanun da yok demektir. Çünkü yürütme organı kanunu dilediği gibi uygulayacaktır. O halde yargı erki bir bakıma hukuk devletinin koşuludur. Yürütmenin karşısında yargıç olmazsa, kanun diye uygulanan şeyin keyfi bir uygulama, dolayısıyla yürütmenin arzuladığı bir kanun olması mümkündür. Bu suretle, yürütme, yasamanın yerine geçmiş olur. Demek ki, yargılamanın iş görüselliklerinden en önemlisi yasama ile yürütmeyi ayrı ayrı, hatta birbirlerine karşı koruyabilmektir. Yargının bağımsızlığı sebeplerinden birisi de budur.¹⁹⁹

Öte yandan, hukuk devleti ilkesinin tam olarak yaşama geçmesi bakımından da erkler ayrılığı düşüncesine uygun olarak yargının bağımsız ve müstakil bir erk olarak kabul edilmesi mutlak bir gereksinimdir. Çünkü hukuk devletinin ilkelerinden birisi, idarenin faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygunluğunun yargı denetimine tabi olması, kısacası idarenin yargısal denetimidir.²⁰⁰ Ancak idarenin yargısal denetiminin etkili, doğru ve sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için mahkemelerin bağımsızlığının tam anlamıyla sağlanmış olması gerekir.²⁰¹ Dolayısıyla, yargının bağımsız ve müstakil bir erk olduğu kabul edilmediği müddetçe, hukuk devleti ilkesini yaşama geçirmek ham bir halden öteye geçmeyecektir.

¹⁹⁸ Bkz. A. g. e.

¹⁹⁹ Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, s. 23.

²⁰⁰ Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Günday, *a. g. e.*, s. 45 vd.

²⁰¹ Krş. Günday, *a. g. e.*, s. 46.

KAYNAKLAR

- Aristoteles, *Politika* (Çeviren, Mete Tuncay), 9. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2006.
- Balta T. Bekir, *İdare Hukukuna Giriş I*, TODAİE Yayınları No: 117, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- Black's Law Dictionary With Pronunciations, Fifth Edition*, West Publishing Co., 1979, USA.
- Demirkol, Ferman, *Yargı Bağımsızlığı*, Kazancı Hukuk Yayınları No: 94, İstanbul, 1991.
- Dursun, Hasan, Askeri Yargıya Genel Bir Bakış, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 66, Ocak 2001, Sayı: 1.
- Duverger, Maurice, *Siyasal Partiler* (Çeviren, Ergun Özbudun), İkinci Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1974.
- Erem, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Bası, AÜHFY No: 231, Ankara, 1968.
- Gönenç, Levent. Hükümet Sistemi Tartışmalarında "Başkanlı Parlamento Sistemi" Seçeneği (http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/docs/makaleler/hukümet_sitemi_tartismalari_pdf, Erişim Tarihi: 1.9.2008)
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.
- Harrigan, John J., *Politics and The American Future*, Third Edition, McGraw Hill, Inc., USA, 1992.
- Kapani, Münci, *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli*, AÜHFY: 93, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1956.
- , *Politika Bilimine Giriş*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, AÜHFY No. 431, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Karayalçın, Yaşar, *Hukukda Öğretim - Kaynaklar - Metod - Problem Çözme*, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 1986.
- Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Dokuzuncu Bası, İstanbul, 1989.
- Kuru, Baki, *Hâkim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı*, AÜHFY No: 214, Sevinç Matbaası, Ankara, 1966.
- Locke, John, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, (Çeviren, Fahri Bakırcı), Babil Yayınevi, Ankara, 2004.
- Mole Nuala ve Harby Catherina, *Adil Yargılanma Hakkı*, (Council Of Europe, 2001), Türkçe olarak çoğaltan Türkiye Barolar Birliği, İn-

- san hakları el kitapları, No. 3, Ankara, 2005.
- Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine I*, (Çeviren Fehmi Baldaş), Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1963.
- Mumcuoğlu, Maksut, *Çağdaş Demokrasinin Önkoşulu: Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü in Eksiksiz Demokrasi Sempozyumu (18-19 Ekim 2007)*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.
- Özarpat, M. Hilmi, *Askeri Ceza Yargılama Usulü Hukuku*, İkinci Basım, Harpokulu Basımevi, Ankara, 1950.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1988.
- Reisoğlu, Kemal, *Federal Almanya Cumhuriyeti Adalet Cihazı*, Ankara, 1954.
- Stewart, Iain, *Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on 'Seperation of Powers' and 'The Rule of Law'*, Macquarie Law Journal, 2004, 9 (<http://austlii.law.uts.edu.au/journals/MqLJ/2004/9.html>, Erişim Tarihi, 1.8.2008).
- Taner, Tahir, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, Üçüncü Basım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.
- Todaro, M., *Economic Development*, Fourth Edition, Longman, USA, 1994.
- Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri*, TÜSİAD, İstanbul, 1997.
- Yargılama Düzeninde Kalite*, TÜSİAD, İstanbul, 1998.
- Wade, H.W.R., *Administrative Law*, Oxford University Press, Clarendon Law Series, London, 1961.
- Yalçınkaya, Namık Kemal, *İngiliz Hukuku, Kaynakları, Kurumları ve Temel İlkeleriyle*, Eroğlu Matbaası, Ankara, 1981.
- Yerel Yönetimler Yasa Taslağı*, TÜSİAD, Ocak 1997, İstanbul.

SUÇU BİLDİRMEME SUÇU (TCK m. 278)

Mustafa Ruhan ERDEM*

I. Genel Olarak

Suçu bildirmeme suçu, Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı 2. kitabının "Adliye Karşı Suçlar" başlığını taşıyan 4. bölümü içerisinde düzenlenmiştir.¹ "Suçu bildirmeme" başlığını taşıyan TCK m. 278 uyarınca;

"(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır".

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

¹ Suçu bildirmeme suçunun, 765 sayılı TCK'da karşılığını oluşturan bir düzenleme yoktur. 765 sayılı TCK m. 151'de yer verilen "fesadı bildirmeme" suçunun, TCK m. 278'de düzenlenen suçu bildirmeme suçunun karşılığını oluşturduğunu söylemek mümkün değildir. Her iki düzenleme arasında, yalnızca bildirim yükümlülüğüne konu suçun sınırlandırılmış olması bakımından değil (Bu yönde Döner, "Suçu Bildirmeme Suçu", Atatürk Üniversitesi EHFD, C. IX, S.3-4 (2005), s. 67); aynı zamanda güdülen amaç açısından da önemli bir fark bulunmaktadır. Gerçekten 765 sayılı TCK m. 151 ile işlenmiş bir suçun kovuşturulması amacı güdülmekte iken, TCK m. 278'de işlenmekte olan bir suçu önleme düşüncesi daha ağır basmaktadır.

II. Korunan Hukuksal Yarar

Suçların büyük çoğunluğu, ceza soruşturma ve kovuşturma organlarının bilgisine, ihbar yoluyla ulaşmaktadır. Ancak liberal devletler, özel kişileri, suçu kovuşturma işine bulaştırmaktan özenle kaçınırlar.² Bu nedenle bireylerin *kural olarak* işlenmiş olan suçları, kovuşturmaya yetkili olan organlara bildirme *yükümlülüğü* yoktur.³ Nitekim TCK m. 278'in (en azından öncelikli) amacı da, işlenmiş olan bir suçun *kovuşturulması* değildir.

Öğretide bu suçla korunan yararın ne olduğu konusunda esas itibariyle üç görüş vardır:

Birinci görüşe göre bu suçla, bildirim yükümlülüğüne bağlı suçun tehdit ettiği hukuksal yarara yönelik ihlalin önlenmesi istenmektedir. Bu nedenle hüküm dolaylı olarak, bildirilmek suretiyle ihlali engellenebilecek olan suçu düzenleyen norm tarafından korunan hukuksal yararı koruma amacı gütmektedir.⁴

² Maurach /Schroeder/Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil II* (Straftaten gegen Gemeinschaftswerte), § 98 no. 1.

³ Cramer/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München 2006, § 138 no.1. Bu nedenle TCK m. 278'in gerekçesinde yer verilen "suçluların cezalandırılmasını devletten istemek, kişi açısından bir hak olduğu gibi; herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmesi, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu itibarla, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenmesine rağmen durumun suçu takibe yetkili makamlara bildirilmemesi, genel olarak haksız bir davranıştır. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince sadece belli suçların bildirilmemesi veya sadece belli kişilerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, suç olarak tanımlanmıştır" biçimindeki açıklamalar liberal bir ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Kaldı ki, "herhangi bir suç olgusunun gerçekleşmesi"nden söz edilmekte olan TCK m. 278'in gerekçesinde yer alan bu açıklamaların bu maddenin getirmek istediği düzenleme ile uzaktan yakından ilgisi yoktur (Eleştiri için yine bkz. Ünver, *Adliye Karşı Suçlar* (TCK m. 267-298), İstanbul 2008, s. 285).

⁴ Kindhäuser, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil I* (Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft), Baden-Baden 2003, § 54 no. 1; Ostendorf, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003 § 138 no.3; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.1; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT/II, § 98 no. 6; Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch 2002, § 138 no.2; Hanack, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 138 no. 2; Eisele, *Strafrecht Besonderer Teil I* (Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit), Stuttgart 2008, no.1202; Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil II* (Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit), München 2000, § 52 no.1; Joecks, *Strafgesetzbuch Studienkommentar*, München 2007, § 138 no.2; Hohmann, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 2/2, München 2005, § 138 no. 2; Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München 2007, § 138 no. 1

Diğer bir görüş, suçları önleme işlevi nedeniyle *adliye*yi (de) korunan hukuksal yarar içerisinde değerlendirmektedir.⁵

Üçünü bir görüş ise, bu suçla bireyler arası *dayanışmanın* korunan hukuksal yarar olduğunu belirtmektedir.⁶

Bizim bu konudaki kanaatimize gelince, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlandırılmasına olanak bulunan suçla korunan hukuksal yarar ne ise, bu suçla korunan öncelikli hukuksal yarar da odur. Bununla birlikte bu suçla aynı zamanda ve *ikinci derecede* adliyenin de korunduğunu söylemek yanlış olmaz.⁷ Söz konusu hükümle, işlenmiş bir suçun *kovuşturulması* değil, işlenmekte olan suçun ya da ortaya çıkardığı zararlı neticenin büyümesinin *önlenmesi* amacı güdülmektedir. Her ne kadar bildirimde bulunulması gereken ana kadar işlenmiş olan biçimiyle suç teşebbüs aşamasında kalmış, hatta *tamamlanmış* olduğu için, aynı zamanda bu suçun kovuşturulması da söz konusu ise de; yasa koyucunun amacı o ana kadarki gerçekleşme biçimi itibariyle suçu kovuşturmak değildir. Bununla birlikte bu hükümle suçun *kovuşturulması* değil, *önlenmesi* amacı güdülmüş olsa da, bildirim yapılması gereken andaki koşullara göre, aynı zamanda –en azından teşebbüs aşamasında kalmış olması nedeniyle– *kovuşturulabilir* bir suçun söz konusu olduğu da gözden uzak tutulmaz. Bu nedenle bu suçta (ikinci derecede de olsa) korunan hukuksal yararın *adliye* olduğu söylenebilir. Alman hukukunda bu suçla adliyenin (de) korunduğu görüşüne karşı çıkan yazarlar, ya söz konusu hükmün kanundaki sistematik açıdan bulunduğu yeri⁸ ya da bildirim önlenmek istenen suçun mağduruna da yapılabileceğini dayanak yapmaktadırlar.⁹ Oysa TCK’da suçu bildirmeme “*adliye*ye karşı suçlar”

⁵ Örneğin Rengier, § 52 no.1; Arzt/Weber, *Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch* 2000, § 46 no.3; Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2007, § 138 no.3; Eisele, no.1202; Tag, Nichtanzeige geplanter Straftaten, unterlassene Hilfeleistung oder Freispruch. Besprechungsaufsatz zu BGHSt 39, 164 = NJW 1993, 1871, JR 1995, s. 134; yine bkz. Döner, s. 65

⁶ Bkz. Ünver, *Adliye*ye Karşı Suçlar, s. 282; Hanack, in:LK, § 138 no.1; Döner, s. 64.

⁷ Karşı görüş Kindhäuser, BT/I, § 54 no. 1.

⁸ “*Planlanan suçu bildirmeme*” başlığını taşıyan Alman CK § 138, “Kamu Düzenine Karşı Suçlar” bölümü içerisinde düzenlenmiştir. Öğretide Hanack, suçların önlenmesinin önemli ölçüde kamusal organların görevi olması ve düzenlemenin de “Kamu Düzenine Karşı Suçlar” bölümü içerisinde yer almasından hareketle, hükmün adliye koruduğu görüşüne karşı çıkmaktadır (Hanack, in: LK, § 138 no. 2).

⁹ Hanack, in: LK, § 138 no. 2.

içerisinde düzenlendiği gibi, bildirimde de “yetkili makamlara” yapılması aranmaktadır. Bu nedenle bu suçla ikinci derecede de olsa adliyenin korunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

III. Suç Tipinin Özellikleri

TCK m. 278, *gerçek* bir ihmali suçtur.¹⁰ Bildirim yükümlülüğü, failin, bildirim yükümlülüğüne konu olan suçu önleme konusunda *garantör* konumunda olmamasını gerektirmektedir.¹¹ Gerçekten eğer fail, bildirim yükümlülüğüne konu olan suçun neticesini önleme konusunda hukuksal bir yükümlülük altında ve bunu önlememiş ise, artık TCK m. 278’deki suçtan dolayı değil, işlenmesine engel olmadığı suçu ihmali hareketle işlemekten dolayı sorumlu tutulur.

Suçu bildirmeme, aynı zamanda *somut tehlike suçudur*.¹²

IV. Fail ve Mağdur

Suçun faili olabilecek kişiler bakımından herhangi bir özellik aranmamıştır. Dolayısıyla *herkes* bu suçun faili olabilir.¹³ Öyle ki, TCK m. 279 ve 280’in düzenlediği suç tipi, TCK m. 278’den tamamen farklı olduğu için sağlık mesleği mensupları ve kamu görevlileri de bu suçun faili olabilirler.¹⁴ Bu nedenle bu suçun failinin kamu görevlisi ve sağlık mesleği mensubu dışında bir kişi olabileceği görüşü¹⁵ bize göre de yerinde değildir.¹⁶ Çünkü TCK m. 278 *işlenmekte* olan veya işlenmiş

¹⁰ Kindhäuser, BT/I, § 54 no. 1; Joecks, § 138 no.2; Eisele, no. 1202; Rengier, BT//II, § 52 no.2; Lackner/Kühl, § 138 no.1; Hohmann, in: MK, § 138 no. 3; Ostendorf, in: NK, § 138 no. 1; Tröndle/Fischer, § 138 no. 2; Krey, Volker/Heinrich, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 13. Aufl. Stuttgart 2005, § 8 no. 635.

¹¹ Kindhäuser, BT/I, § 54 no. 2.

¹² Hohmann, in: MK, § 138 no.3; Ostendorf, in: NK, § 138 no. 3; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 98 no. 7; Loos/Westendorf, *Rechtzeitige Anzeige und Rücktritt bei § 138 Abs. 1 StGB*, Jura 1998, s. 406

¹³ Kindhäuser, BT/I, § 54 no.7; Rengier, BT/II, § 52 no.2; Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 276

¹⁴ Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 282

¹⁵ Döner, s. 71 vd.

¹⁶ Bkz. Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 282, ancak karşılaştırınız aynı yazar, s. 301. Yazar, burada ise bizce yerinde olmayarak TCK m. 279 ve 280’in özgü suç olmaları nedeniyle özel norm olarak öncelikle uygulanacağını belirtmektedir. Oysa TCK m.

olmakla birlikte *neticenin sınırlanmasına olanak bulunan* suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü getirdiği halde, gerek TCK m. 279 ve gerekse TCK m. 280, *işlenmiş* bir suçun varlığını şart kılmaktadır.

Bildirim yükümlülüğünün bazı *istisnaları* mevcuttur:

Öncelikle, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticesinin sınırlandırılmasına olanak bulunan suçun *faili* veya *suç ortağı* bu suçun faili olamaz.¹⁷ Çünkü bir kimsenin işlediği veya işlenmesine iştirak ettiği suç açısından bildirim yükümlülüğü altında olduğunu söylemek, bu kimsenin kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı kuralının (*nemo tenetur se ipsum accusare*) inkarı anlamına gelir.¹⁸ Hiç kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağına ilişkin Any. m. 38/5 hükmü, kanaatimizce *doğrudan uygulanabilir* bir kural niteliğindedir. Bu konuda özel bir kişisel *cezazırlık nedenine* yer verilmesi tercih edilebilir ise de; mutlaka bu yönde bir zorunluluk olduğunu söylemek bize doğru görünmemektedir.¹⁹

279 ve 280 ile TCK m. 278'in düzenleme konuları birbirinden tamamen farklıdır. Eğer bir suç (*lex specialis*), bir başka suçun (*lex generalis*) bütün unsurlarını ve bunun dışında en azından bir ek unsuru içeriyorsa, özel-genel norm ilişkisi mevcuttur. Genel norm, a+b+c, özel norm a+b+c+d unsurlarını içerir (Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2005, § 14 no. 12; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl. München 2000, § 21 no. 52; Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1995, § 36 no. 7; Stree, in: S/S, vor § 52 ff no. 110; Hakeri, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005, s. 440; İçel/Evik, *İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Kitap, İstanbul 2007, s. 317; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 532; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10 baskı, Ankara 2008, § 6 no. 459). Özel suç tipi, genel suç tipinin bütün unsurlarını içerdiği için, zorunlu olarak genel suç tipinin haksızlık unsurunu da içerir; dolayısıyla özel suç tipinin gerçekleşmesi, zorunlu olarak genel suç tipinin de gerçekleşmesi sonucunu doğurur (Bkz. İçel/Evik, *Ceza Hukuku*, s. 317; Öztürk/Erdem, § 6 no. 459). Görüldüğü gibi, özel-genel norm ilişkisi her iki normun da olaya uygulanabilir olmasını gerektirir. Oysa burada sözü edilen durumda TCK m. 278 ile diğer normların aynı olaya uygulanması söz konusu değildir. Çünkü TCK m. 279 ve 280, TCK m. 278'den farklı olarak işlenmiş bir suçun varlığını gerektirir.

¹⁷ Hanack, in: LK § 138 no. 42; Kindhäuser, BT/I, § 54 no.9; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.20-21; Ostendorf, in: NK, § 138 no. 6; Tröndle/Fischer, § 138 no. 18; Eisele, no. 1205; Krey/Heinrich, § 8 no. 641; Hohmann, in: MK, § 138 no. 22; karşı görüş Rudolphi in: SK, § 138 no.19; Rengier, BT/II, § 52 no.4; Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 278 vd.

¹⁸ Kindhäuser, BT/I, § 54 no.9; Eisele, no. 1205; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no. 21; Ostendorf, in: NK, § 138 no. 6; Tag, JR 1995, s. 135; Hohmann, in: MK, § 138 no. 22.

¹⁹ Karşı görüş Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 279.

Öte yandan ön suçun failinin veya suç ortağının bildirim yükümlülüğünün bulunmaması, *suç politikası* düşüncesine de uygundur. Çünkü suçun ortaya çıkardığı neticelerin önlenmesi olanağı, böyle bir yükümlülüğün bulunduğu kabul edilmesi durumunda büyük ölçüde ortadan kaldırılmış olurdu.²⁰ Bununla birlikte, failin, bildirimde bulunması durumunda işlenmekte olan suça iştirak ettiği şüphesi altına girecek olmasının, onu bildirimde bulunma yükümlülüğünden kurtarmayacağı da gözden uzak tutulmamalıdır.²¹

Öte yandan işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticenin sınırlandırılması olanağı bulunan suçun *mağduru* da, şikayete bağlı olsun ya da olmasın, söz konusu suç, başka kişilere ait yararları da koruyor olmadıkça, bu suçun faili olamaz.²² Bununla birlikte hukuksal yararın bireye değil, topluma veya devlete ait olduğu bir suç söz konusu ise, tehlike bizzat kendisine yönelmiş olsun veya olmasın, kişi bildirim yükümlülüğü altındadır.²³

V. Maddi Unsur

A. Suçun İşlenmekte Olması veya İşlenmiş Olmakla Birlikte Neticelerini Sınırlandırma Olanağının Bulunması

Bildirim yükümlülüğü, ister kasıtlı, isterse taksirli olsun, ağırlığına bakılmaksızın,²⁴ *herhangi bir suçun*, tüm iştirak biçimleri de dahil olmak üzere, işlenmekte ya da işlenmiş olmakla birlikte *neticelerinin sınırlandırılabilir* olmasını gerektirmektedir. Her ne kadar öğretilerde

²⁰ Rengier, BT/II, § 52 no.5; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no. 20-21; Ostendorf, in: NK, § 138 no. 6; Lackner/Kühl, § 138 no. 6; Tröndle/Fischer, § 138 no. 19; Tag, JR 1995, s. 134 vd.

²¹ Hohmann, in: MK, § 138 no.22.

²² Eisele, no. 1205; Lackner/Kühl, § 138 no.6; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no. 20-21; Tröndle/Fischer, § 138 no. 17; Hanack, in: LK, § 138 no. 40; Rengier, BT/II, § 52 no.7; Hohmann, in: MK, § 138 no. 21; Rudolphi, in: SK, § 138 no.18; Joecks, § 138 no.18; karşı görüş Ünver, Adliye Karşı Suçlar, s. 278.

²³ Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no. 20-21; Hohmann, in: MK, § 138 no.21; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 98 no.16.

²⁴ TBMM'de yapılan görüşmeler sırasında ayırimsız tüm suçlar bakımından bildirim yükümlülüğüne yer verilmesi eleştirilmiş ve özellikle taksirli suçlar ile şikayete bağlı suçların bu yükümlülüğün dışında tutulması önerilmiş ise de (Bkz. Güney/Balo, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, s. 794); bu öneriler bizce yerinde olmayarak dikkate alınmamıştır.

“işlenmekte olan” deyiminin, söz konusu suça *iştirak* biçimlerini de içerecek içermediği tartışma konusu yapılmış ise de;²⁵ *kanaatimizce* de bu tartışmaların pratik açıdan bir yararı yoktur. Çünkü suça *iştirak* edildiği konusunda bilgi sahibi olan fail, zaten *asıl fiil* hakkında da bilgi sahibi olmuş demektir.²⁶ Eğer fail, bir kişinin bir başka kişiyi suç işlemeye azmettirdiği konusunda bilgi edinmiş ise, asıl fiilin icra hareketlerine başlanmadığı sürece, hem önlenmek istenen suçun koruduğu hukuksal yarara yönelik bir tehlike oluşmadığı²⁷ ve hem de sonuçsuz kalan azmettirme cezayı gerektirmediği için suçu bildirmeme suçu oluşmaz.

Aynı durum, işlenmek istenen suçun henüz hazırlık aşamasındaki suça *yardım* niteliğindeki hareketler bakımından da söz konusu olup, asıl fiilin icra hareketlerine başlanmadığı sürece suça yardım niteliğindeki hareketleri cezalandırmak mümkün olmadığı için yine suçu bildirmeme suçunun oluştuğundan söz edilemez.²⁸ TCK m. 278’de *suçtan* söz edilmiş, suçun nitelik ve ağırlığı bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır.²⁹ Öyle ki, bu suçun TCK’da veya yan ceza kanununda düzenleniyor olması da durumda bir değişiklik meydana getirmez. Bununla birlikte bildirim yükümlülüğünün konusunu oluşturan fiilin mutlaka *suç* olması gerektiği için, *disiplin cezasını gerektiren* ya da *kabahat* niteliğindeki bir fiilin bildirilmemesi bu suçu oluşturmaz. Fakat herhalde bu suçla bir suçun işlenmesi tehlikesini önleme amacı güdüldüğünden, hüküm, kusur yeteneği olmayan kişilerin işlediği fiilleri de kapsamaktadır.³⁰ Buna karşılık fiilin *hukuka aykırı* olması gerekir. Bu

²⁵ Bildirim yükümlülüğünün hem failliği ve hem de suça *iştiraki* içerdiği görüşü, öğretide baskın görüştür (Lackner/Kühl, § 138 no.2; Tröndle/Fischer, § 138 no.6; Hanack, § 138 no.9; Rudolphi, in: SK, § 138 no.4c; Hohmann, in: MK, § 138 no. 7; karşı görüş Ostendorf, in: NK, § 138 no.6).

²⁶ Joecks, § 138 no.9; karşı görüş Hanack, in: LK, § 138 no.9.

²⁷ Joecks, § 138 no.9.

²⁸ Suçun hazırlık hareketleri aşamasındaki yardımın asıl fiilin işlenmesi olanağını yarattığı durumlarda bildirim yükümlülüğünün söz konusu olduğu görüşü için bkz. Joecks, § 138 no.9a

²⁹ Ancak bildirim yükümlülüğünü, yalnızca belirli ağırlıktaki katalog suçlarıyla sınırlandıran bazı kanunlar da bulunmaktadır. Örneğin Alman CK § 138.

³⁰ Joecks, § 138 no.8; Eisele, no. 1206; Tröndle/Fischer, § 138 no.8; Hanack, in: LK, § 138 no.10; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.4; Hohmann, in: MK, § 138 no.9; Lackner/Kühl, § 138 no.2; Rudolphi, in: SK, § 138 no.7; Maurach/Schroeder/Maiwald, § 98 no.9.

nedenle işlenmekte olan fiilde herhangi bir hukuka uygunluk nedeni varsa, bildirim yükümlülüğü mevcut değildir.³¹

İlk alternatif olan suçun “işlenmekte olması” (TCK m. 278/1) ile ifade edilmek istenen, suçun teşebbüs aşamasına gelmiş olmasıdır. Başka bir anlatımla işlenmekte olan suç deyimi, teşebbüsün başlaması ile sona ermesi arasındaki zaman aralığını ifade eder.³² Bu açıdan teşebbüsün sona ermiş olup olmaması, bu suçun oluşması bakımından önem taşımaz.³³ Buna karşılık cezalandırmayı gerektirmeyen *hazırlık hareketleri* veya *gönüllü vazgeçme* söz konusu olduğunda bildirim yükümlülüğünden söz edilemez.³⁴ Öyle ki, failin suç henüz hazırlık hareketleri aşamasında bulunduğu halde o suçun doğrudan doğruya icrasına başlandığı ve dolayısıyla teşebbüs aşamasına geçildiğini düşünüyor olması da durumda bir değişiklik yaratmaz. Bunun gibi *elverişsiz teşebbüs* durumunda da bildirim yükümlülüğü mevcut değildir.³⁵

Her ne kadar bazı yazarlar işlenmekte olan suç deyimi için CMK m. 2/j'deki “*suçüstü*” kavramına göndermede bulunmakta iseler de,³⁶ bu hükümlerle CMK m. 2/j'de sözü edilen “işlenmekte olan suç” deyimi arasında herhangi bir ilişki bulunmamaktadır.³⁷

İkinci alternatif olan suçun yol açtığı “*neticelerin sınırlandırılmasının halen mümkün bulunması*” durumundan (TCK m. 278/2) söz edebilmek için, öncelikle *netice suçunun* söz konusu olması gerekir. Netice yüzün-

³¹ Hanack, in: LK, § 138 no.11.

³² Eisele, no. 1206; Tröndle/Fischer, § 138 no. 7.

³³ Joecks, § 138 no.7. Bu nedenle TCK m. 278'in gerekçesinde yer verilen “bu maddeye göre, suçu bildirmeme suçunun oluşabilmesi için henüz icrası devam etmekte olan bir suçun varlığı gereklidir. Örneğin, bir kimsenin kaçırılarak belli bir yerde tutulduğunun bilinmesine rağmen, durumdan yetkili makamların haberdar edilmemesi; keza, mütemadi suç niteliği taşıyan elektrik hırsızlığının işlendiğinden haberdar olunmasına rağmen, durumun yetkili makamlara bildirilmemesi, bu suçu oluşturacaktır” biçimindeki anlatımlar, maddedeki düzenleme ile uyumsuzdur. Verilen örnekte “işlenmekte olan” değil, “işlenmiş olmakla birlikte neticesinin sınırlandırılmasına olanak bulunan” bir suç söz konusudur.

³⁴ Kindhäuser, BT/I, § 54 no.9; Cramer/Sternberg-Lieben, § 138 no.20; Ostendorf, in: NK, § 138 no. 7; Hohmann, in: MK, § 138 no. 22; Tröndle/Fischer, § 138 no. 20; Eisele, no. 1205; Rengier, BT/II, § 52 no.4; karşılaştırınız Hanack, in LK, § 138 no.44.

³⁵ Joecks, § 138 no.8; Hohmann, in: MK, § 138 no.7; Rudolphi, in: SK, § 138 no.7; Lackner/Kühl, § 138 no.2.

³⁶ Döner, s. 73.

³⁷ Bkz. Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 283

den ağırlaşan suçların da netice suçu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, temel suç tipi işlenmiş olmakla birlikte, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren netice henüz gerçekleşmiş değilse, bu durumda da bildirim yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna varmak gerekir. Neticelerin *sınırlandırılması olanağı* ise, neticenin haksızlığının daha da yoğunlaşması tehlikesini ifade etmektedir.³⁸ Bu nedenle TCK m. 278’de yer verilen “*neticeler*” deyimini, *tipik netice veya neticelerle* sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Hükümde, *neticeler* biçiminde çoğul bir anlatımın tercih edilmesinden hareketle, tipik netice dışında kalan neticelerin de bildirim yükümlülüğüne dayanak oluşturacağı sonucuna varılmamalıdır.³⁹ Böyle bir görüşün kabulü, suç tipinin uygulama alanının belirsiz ve tehlikeli biçimde genişlemesi sonucuna yol açar.

Bu suçta işlenmiş olan suçu aydınlatma değil, önleme düşüncesi ağır basmaktadır.⁴⁰ Bu nedenle suçun icra hareketleri bitmiş ve artık yol açtığı neticeleri de sınırlandırma olanağı kalmamış ise, bu durumda TCK m. 278’den ileri gelen bir bildirim yükümlülüğünden söz edilemez.⁴¹ Başka bir anlatımla TCK m. 278’e dayanan bildirim yükümlülüğü, suçun fiilen *sona erdiği* andan itibaren ortadan kalkar.⁴² Bu yüzden TCK m. 278’in gerekçesinde yer verilen “*icrası tamamlanmış olan bir hırsızlık sonucunda elde edilmiş olan malların bir depoda saklandığının bilinmesine rağmen, durumdan yetkili makamların haberdar edilmemesi, bu suçu oluşturacaktır*” yönündeki açıklamalar kanun metnine uygun düşmemektedir. Çünkü burada suç işlenmiş ve artık ortaya çıkan neticeleri de *sınırlandırma olanağı* kalmamıştır.

B. Failin Suçla İlgili İnandırıcı Biçimde Bilgi Sahibi Olması

İşlenmekte olan veya neticelerinin sınırlandırılmasına olanak bulunan suç hakkında, suçun işlenmekte olduğu veya neticeleri sınırlandırma olanağının bulunduğu *anda* fail inandırıcı biçimde bilgi edinmiş

³⁸ Joecks, § 138 no.7.

³⁹ Karşılaştırınız Ünver, *Adliyyeye Karşı Suçlar*.

⁴⁰ Joecks, § 138 no.5.

⁴¹ Kindhäuser, BT/I, § 54 no. 6; Eisele, no. 1206; Rengier, BT/II, § 52 no.3; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.2. Böyle bir durumda bildirim yükümlülüğü, olsa olsa TCK m. 279 ve 280 açısından söz konusu olur.

⁴² Hohmann, in: MK, § 138 no.10.

olmalıdır.⁴³ Bildirimde bulunulması gereken anda suçun işlenmesine veya neticenin sınırlandırılmasına olanak kalmamış ise, TCK m. 278'in amacı, suçu önlemek veya neticesini sınırlandırmak olduğu için, artık bu hükme dayanan bir bildirim yükümlülüğünden de söz edilemez.⁴⁴ Bunun için de failin suçun işlenmesine devam edileceğini veya zaten işlenmiş bir suç söz konusu ise, neticelerinin sınırlandırılacağını ciddi biçimde hesaba katmış olması aranır.⁴⁵ Suç hakkında bilgi edinmiş olmak, TCK m. 278'in uygulanması için yeterlidir; failin ayrıca bu suçun faili ya da suç ortağını bilmesi gerekmez;⁴⁶ meğer ki, suçun işlenmesinin önlenmesi veya neticenin sınırlandırılması için failin veya suç ortağının kim olduğu önem taşısın.⁴⁷

Bunun gibi, bildirimde bulunan kişinin kendi kimliğini açıklamış olması da gerekmez; bu bakımdan anonim bildirim de esas itibariyle yeterlidir. Bildirim yükümlülüğü altında olan kişi, kimliğini, eğer bildirim başka türlü ciddiye alınmayacaksa, ancak bu takdirde açıklamak zorundadır.⁴⁸

C. Bildirimde Bulunmama

Bu madde anlamında *bildirim*, CMK m. 158'deki *ihbar* karşılığında kullanılmış değildir. Burada söz konusu olan, ihbar değil, fiilin işlenmesi veya neticenin önlenmesi amacıyla yetkililerin uyarılmasıdır.⁴⁹ Bildirim, sözlü, yazılı veya bir başka kişi aracı kılınmak suretiyle herhangi bir biçimde yapılmış olabilir.⁵⁰

⁴³ Eisele, no. 1207; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.9; Joecks, § 138 no.12; Hanack, in: LK, § 138 no.14.

⁴⁴ Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.9; Hohmann, in: MK, § 138 no.12; Loos/Westendorf, Jura 1998, s. 406.

⁴⁵ Joecks, § 138 no.10; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.8; Lackner/Kühl, § 138 no.3. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Hanack, in: LK, § 138 no.15 vd.

⁴⁶ Eisele, no. 1207; Hanack, in: LR, § 138 no.14; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.8; Hohmann, in: MK, § 138 no.11; Joecks, § 138 no.14; Lackner/Kühl, § 138 no.3.

⁴⁷ Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.10; Hohmann, in: MK, § 138 no.13; Joecks, § 138 no.14; Lackner/Kühl, § 138 no.4.

⁴⁸ Hohmann, in: MK, § 138 no.13; Hanack, in: LR, § 138 no.44; Lackner/Kühl, § 138 no.4.

⁴⁹ Hohmann, in: MK, § 138 no.13.

⁵⁰ Joecks, § 138 no.14.

Bildirim yapılması gereken *ana* gelince; öğretideki görüşler bu konuda birbirinden ayrılmaktadır. Bir görüşe göre bildirim yetkili makama *derhal* yapılmalıdır.⁵¹ Bizce de yerinde olan çoğunluk görüşüne göre ise, suçun işlenmesinin veya neticesinin *sınırlandırılmasının mümkün* olduğu her aşamaya kadar bildirim yeterlidir.⁵² Böyle olunca da suçun işlenmekte olmasına rağmen, yapılacak bildirim, onun işlenmesinin önlenmesine veya neticesinin sınırlandırılmasına olanak veremeyecekse, böyle bir durumda bildirim yükümlülüğünün bulunduğundan söz edilemez.⁵³ Bu görüş kabul edildiğinde, bildirimle yükümlü olan kişiye, bildirim yapabileceği, aşılmaması gereken belirli bir zaman aralığı tanınmış olmaktadır.⁵⁴ Eğer üçüncü kişi, bu arada zaten bildirimde bulunmuş⁵⁵ veya yetkili makamlar zaten suç hakkında bilgi sahibi ise,⁵⁶ bildirim yükümlülüğünden söz edilemez.

Hükmün uygulanması açısından önemli bir sorun da, bildirim *kime* veya *nereye* yapılacağı konusunda ortaya çıkmaktadır. TCK m. 278 bildirim *“yetkili makamlara”* yapılmış olması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁷ *Kanaatimizce* bu soruya verilecek yanıt açısından belirleyici olan, suçla korunan hukuksal yararadır. Her ne kadar TCK m. 278 bu suçu *“adliye karşı suçlar”* içerisinde düzenlemiş ise de, en azından korunan *öncelikli* yarar, işlenmekte olan ya da işlenmiş olmakla birlikte neticesinin sınırlandırılmasına olanak bulunan suçun koruduğu hukuksal yararadır. Bu nedenle bildirim suç *önlemeye yetkili olan*

⁵¹ Maurach/Schroeder/Maiwald, § 98 no.18.

⁵² Kindhäuser, BT/I, § 54 no. 16; Eisele, no. 1208; Rengier, BT/II, § 52 no.6; Krey/Heinrich, § 8 no. 641; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.12; Hohmann, in: MK, § 138 no. 14; Lackner/Kühl, § 138 no.5; Loos/Westendorf, Jura 1998, s. 403; Joecks, § 138 no.15; Hanack, in: LK, § 138 no.19.

⁵³ Hanack, in: LK, § 138 no.20.

⁵⁴ Cramer /Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.12; Hohmann, in: MK, § 138 no.14.

⁵⁵ Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.12; Hohmann, in: MK, § 138 no.14.

⁵⁶ Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.12; Joecks, § 138 no.14.

⁵⁷ Almanya’da bildirim suç önlemeye yetkili makamlara veya bu suçla ilgili olan kişiye yapılmış olması gerektiği (Eisele, no. 1207; Rengier, BT/II, § 52 no.7; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.13; Hohmann, in: MK, § 138 no.16; Joecks, § 138 no.16; Lackner/Kühl, § 138 no.5), bununla birlikte devlete veya topluma karşı işlenen suçlarda bildirim yalnızca ilgili makamlara yapılabileceği belirtilmektedir (Rengier, BT/II, § 52 no.7; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.13; Hohmann, in: MK, § 138 no.16).

makama yapılması gerekir.⁵⁸ Bu da, *münhasıran* kolluktur.

Bununla birlikte burada gerçek anlamda bir *ihmali suç* söz konusu olduğu için, bu tür suçların dogmatik yapısına da uygun olarak, bildirim yapılması failden *beklenebilmeli* ve *mümkün olmalıdır*.⁵⁹

VI. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olarak *mağdurun rızasından* söz edilmiştir. Bununla birlikte mağdurun rızasının bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlandırılmasına olanak bulunan suçun *münhasıran* bireysel nitelikli bir hukuksal yararı koruyor ve mağdurun bildirimde bulunmaktan vazgeçmiş olması koşuluna bağlıdır.⁶⁰

Bundan başka bildirim yükümlülüğü altında bulunan kişinin, bildirimde bulunması durumunda önemli bir tehlike ile karşı karşıya kalacak olması, *zorda kalma* hukuka uygunluk nedeni içerisinde ele alınır.⁶¹

Sır saklama yükümlülüğü altında olan kişilerin, TCK m. 278'de açık bir düzenleme olmamasına rağmen,⁶² *hakkın kullanılması* hukuka uygunluk nedeninden yararlanabileceği düşüncesindeyiz.⁶³

VII. Manevi Unsur

Suçu bildirmeme, kasten işlenebilen bir suçtur. Kastın suç tipinde yer verilen objektif nitelikteki tüm unsurları kapsamasının bir sonucu olarak, bildirim yapılması gereken anı, bildirim yapılacağı yetki-

⁵⁸ Hohmann, in: MK, § 138 no.16; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.13; Joecks, § 138 no.16

⁵⁹ Tröndle/Fischer, § 138 no.12; Eisele, no. 1208.

⁶⁰ Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no. 22; Hanack, in: LK, § 138 no. 65.

⁶¹ Bkz. Hanack, in: LK, § 138 no. 66

⁶² Oysa Alman CK § 139 III c.2'de sır saklama yükümlülüğü altında bulunan bazı kişiler bildirim yükümlülüğünden istisna tutulmuştur (Geniş bilgi için bkz. Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.23).

⁶³ Karşılaştırınız *Döner*, s. 90.

li makamı ve bizzat bildirim yapılmamasını içermesi gerekir.⁶⁴ Suç olası kastla da işlenebilir.⁶⁵ Suçun taksirli biçimini kanun ayrıca düzenlemediği için söz gelimi failin bildirim içeren mektubu göndermeyi unutmaması durumunda bu suçtan dolayı ceza verilmemesi gerekir.

Failin bildirim yükümlülüğünün hangi *anda* söz konusu olduğuna ilişkin yanılması *tipiklikte yanılma* olup, eğer fail, daha sonraki aşamada da bildirimde bulunabileceğini düşündüğü için geç bildirimde bulunmuş ise, bu durumda kastı ortadan kaldıran tipiklikte yanılmadan söz edilir.⁶⁶ Bunun gibi bildirimle yükümlü olan kişi, hatalı olarak bildirim suçun işlenmesini veya neticenin sınırlandırılmasını engellemeyeceğini sanmış ise, yine kastı ortadan kaldıran bir *tipiklikte yanılma* söz konusudur.⁶⁷

Buna karşılık failin bildirim yükümlülüğünün mevcut olmadığını düşünmesi, tipikliğin unsurlarına ilişkin bir yanılma değil, *haksızlık yanılması* sayılır⁶⁸ ve kaçınılmaz olması durumunda *kusuru* ortadan kaldırır.

Fail, aslında öyle olmadığı halde, ortada işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticesinin sınırlandırılmasına olanak bulunan bir suç olduğunu düşünmesi, tek başına bildirim yükümlülüğüne dayanak oluşturmaz. Böyle bir durumda hukuksal yarara yönelik bir tehlike söz konusu olmadığı için, cezayı gerektirmeyen elverişsiz teşebbüsten söz edilmelidir.⁶⁹

VIII. Nitelikli Haller

Mağdurun 15 yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan bir kimse olması cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli haldir (TCK m. 278/3). Nitelikli hal, özel savunma-

⁶⁴ Bkz. Hohmann, in: MK, § 138 no.19.

⁶⁵ Hohmann, in: MK, § 138 no.19; Tröndle/Fischer, § 138 no.32; Ostendorf, in: NK, § 138 no.19.

⁶⁶ Rengier, BT/II, § 52 no.8; Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.12; Hanack, in: LK, § 138 no. 26; Rudolphi, in: SK, § 138 no.14; Hohmann, in: MK, § 138 no.19.

⁶⁷ Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.9; Hohmann, in: MK, § 138 no.19.

⁶⁸ Rengier, BT/II, § 52 no.8; Hohmann, in: MK, § 138 no.19.

⁶⁹ Joecks, § 138 no.11; Rudolphi, in: SK, § 138 no.9.

sızlık durumunun, bizzat suça maruz kalan kişinin bildirimde bulunması olanağını ortadan kaldırdığı düşüncesiyle kabul edilmiştir. Söz konusu nitelikli halin uygulanabilmesi için öncelikle işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlandırılmasına olanak bulunan suçun *mağdurunun* maddede sayılan kişiler olması aranmaktadır. Bu nedenle sayılan kişilerin suçla korunan hukuksal yararın taşıyıcısı olması gerekir. Bundan başka özel savunmasızlık durumunun, failin bildirimde bulunması gerektiği anda mevcut olması gerektiği düşüncesindeyiz. Sonradan savunmasızlık durumunun ortadan kalkması, örneğin mağdurun 15 yaşını doldurmuş ya da hamileliğin sona ermiş olması, nitelikli halin uygulanmasına engel değildir.

IX. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

Bu suç, bildirim yükümlülüğüne konu olan suçun tamamlanması veya tamamlanmış olmakla birlikte neticelerinin sınırlandırılması olanağının ortadan kalkması aşamasına kadar bildirimde bulunulmaması ile birlikte tamamlanır. Dolayısıyla failin suçla ilgili bilgi edindiği andan itibaren bu aşamaya kadar kendisine tanınan bildirimde bulunma olanağını kullanmış olması gerekir.⁷⁰ Suçun neticelerinin sınırlandırılması olanağının mevcut olduğu aşamaya kadar bildirim mümkün olduğuna ve neticelerin sınırlandırılması olanağının ortadan kalkması ile birlikte artık bildirim yükümlülüğü de ortadan kalktığına göre bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

Bildirime konu suçun işlenmiş olup olmaması, failin bu suçtan dolayı cezalandırılabilmesi için gerekli bir koşul değildir; bu yüzden bildirim yapılmaması, suç işlenmiş olsun ya da olmasın, yine de cezayı gerektirmektedir.⁷¹

B. İctima

Bu suçu düzenleyen norm, tehlikede bulunan kişiye yardım etme suçuna (TCK m. 98/2) göre özel norm niteliğindedir⁷² ve bu nedenle de öncelikle uygulanır.

⁷⁰ Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.26; Hanack, in: LK, § 138 no.54.

⁷¹ Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.28.

⁷² Hohmann, in: MK, § 138 no.24.

Buna karşılık fail, neticeyi önleme konusunda hukuksal yükümlülük altında ise (garantör), fail bu suçtan değil, ön suçtan dolayı cezalandırılır.⁷³ Örneğin işlenmekte olan kasten yaralama suçunun mağduru failin eşi ise, fail garantör konumunda olduğu için, suçu bildirmemekten dolayı değil, duruma göre tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.

C. İştirak

Birden fazla kişi bildirim yükümlülüğü altında ise, bunlar birbirlerinin suçuna iştirak etmiş olmazlar. Bildirim yükümlülüğü altında olan birden fazla kişi arasındaki ilişki, her birisinin yükümlülüğü birbirinden bağımsız olduğu için *yan faillik* olarak⁷⁴ nitelendirilmektedir.⁷⁵

Azmettirme ve yardım bakımından ise iştirake ilişkin genel kurallar burada da uygulama alanı bulur.⁷⁶

Bildirim yükümlülüğü altında bulunan kişinin bildirimde bulunmasını engelleyen kişi TCK m. 278 uyarınca değil, bildirim yükümlülüğüne konu olan suça iştiraktan dolayı cezalandırılır.⁷⁷

SONUÇ

Suçu bildirmeme suçunda, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlandırılmasına olanak bulunan suçun koruduğu hukuksal yarara yönelik zarar veya tehlikenin önlenmesi amacı güdüldüğü için, TCK m. 278'in "*adliyeye karşı suçlar*" bölümü içerisinde düzenlenmesi yerine, "*kamu barışına karşı suçlar*" bölümü içerisinde düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

⁷³ Joecks, § 138 no.27.

⁷⁴ Birden fazla kişi dolaylı fail, birlikte fail veya suç ortağı olmaksızın bir suç tipini gerçekleştirirse yan faillikten söz edilir. Yan faillikte birden fazla kişi birbirinden bağımsız olarak tipikliğin gerçekleşmesine katkıda bulunmaktadır (Bkz. Öztürk/ Erdem, no. 461).

⁷⁵ Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.27; Hohmann, in: MK, § 138 no.21; Tröndle/Fischer, § 138 no.35; Rudolphi, in: SK, § 138 no.33; Joecks, § 138 no.26.

⁷⁶ Hohmann, in: MK, § 138 no.23.

⁷⁷ Cramer/Sternberg-Lieben, in: S/S, § 138 no.27; Rudolphi, in: SK, § 138 no.34; Tröndle/Fischer, § 138 no.36; Hohmann, in: MK, § 138 no.24; Hanack, in: LK, § 138 no.72; Joecks, § 138 no.26

Her ne kadar TCK m. 278'de açıkça bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de, bildirim yükümlülüğüne konu olan suçun fail ya da mağduru, bu suçun faili olamaz. Ancak bu konuda ortaya çıkabilecek duraksamaları gidermek açısından bildirim yükümlülüğüne, TCK m. 281/1 c.2'de olduğu gibi ön suçun fail veya suç ortağı ile TCK m. 283/3, 284/4'te olduğu gibi ön suçun fail veya suç ortağının belirli dereceye kadarki yakınları bakımından istisna getirilmesi yerinde olacaktır.

Bildirim yükümlülüğüne konu olan suçun türü ve ağırlığı bakımından bir ayrıma gidilmemesi yerinde olmamıştır.

Nihayet, suçun "*neticelerinin sınırlandırılmasına*" olanak bulunan her aşamaya kadar bildirim yükümlülüğü getirilmiş olması da, hükmün uygulama alanını tehlikeli biçimde genişleteceği için, bu deyim *tipik* neticeler olarak anlaşılması yerinde olacaktır. Doğrusu, maddenin uygulama alanının bu yönüyle de açığa kavuşturulması ve gerekirse, bu yönde maddede bir değişikliğe gidilmesidir.

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA VE TÜRK HUKUKUNDA TÜKETİCİ KREDİLERİ - II

Ebru CEYLAN**

4. Tarafların Hakları

Tüketici kredisi sözleşmesinin yapılmasında tarafların yararları vardır. Kredi veren bakımından tüketici kredisi faiz oranları yüksek bir getiriye sahiptir. Kredi veren, sabit gelirli tüketiciye kredi verdiği için geri ödenmeme riski azdır.¹ Tüketici ise sabit ve dar gelirli tüketicilere uzun süre bekleme ve para biriktirmekten kurtarmakta bir malı veya hizmeti hemen elde etme imkânına kavuşmaktadır.

4.1. Kredi Veren Hakları

4.1.1. Kredi Borcunun Ödenmemesi Durumunda Kredi Veren Malı Geri Alabilmesi

AB Direktifi m. 7 hükmüne göre, tüketicinin mal edinmek için tüketici kredisi alması halinde özellikle tüketicinin rızasını açıklamadığı durumlarda, malın kredi veren tarafından geri alınabilmesinin şartlarını belirtmesi üye devletlerden istenmiştir.² Üye devletler, ayrıca kredi verenin malları geri aldığı durumlarda, taraflar arasındaki hesabın söz konusu geri alma işleminin herhangi bir haksız zenginleşme doğurmayacak şekilde düzenlenmesini sağlayacaktır.

* Bu makalemiz, Çag Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nce, 29-30 Nisan 2008 tarihlerinde düzenlenen "Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye" konulu ulusal sempozyumda sunduğumuz bildirimizin genişletilmiş halidir.

** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Deryal, Yahya, *Tüketici Hukuku*, Ankara 2004, s. 89.

² Özsunay, *AB Hukuku*, s. 55.

4.1.2. Muacceliyet Şartı

Tüketici kredisi sözleşmesinde muacceliyet şartları sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği geçerlidir. Ancak tüketiciyi koruyucu düzenlemelerin yapılması zorunludur³.

TKHK m. 4/III hükmünde muacceliyet şartı şu şekilde düzenlenmiştir: *“Kredi veren, taksitlerden birinin veya birkaçının ödenmemesi halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak; ancak kredi verenin bütün edimlerini ifa etmiş olması durumunda ve tüketicinin birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi halinde kullanılabilir. Ancak kredi verenin bu hakkını kullanabilmesi için en az bir hafta süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gerekir. Tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, kredi veren, asıl borçluya başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemez”*.

Tüketicinin bütün kredi borcunun muaccel hale gelmesinin şartları sırayla şunlardır:⁴

- Kredi verenin tüketiciyle imzaladığı sözleşmede tüm borcunun muaccel olmasını isteme hakkını saklı tutmuş olmalıdır.
- Kredi veren kendisine düşen bütün borçlarını yerine getirmiş olmalıdır.
- Tüketici birbirini izleyen en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmüş olmalıdır.
- Kredi veren tüketiciye ihtar çekerek en az bir hafta içinde borcunu ödemesi gerektiğini, aksi takdirde borcun tamamının muaccel hale geleceğini bildirmelidir.

Bu şartların gerçekleşmesi durumunda tüketici bir haftalık sürede tüm kredi borcunu ödemezse tüm borcu muaccel olacaktır. Bu hükmün yasanın m. 2 hükmünde sözleşmede bulunması zorunlu unsurlardan *“borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları”* ile birlikte düşünülmesi gerekir.

Kanımızca bu düzenlemede, ödenmeyen borcun, toplam kredi borcunun %10 unu oluşturması şartının aranmaması isabetli değildir.

³ Zevkliler/Aydoğdu, s. 292.

⁴ Zevkliler/Aydoğdu, s. 292.

Borçlar Kanunu'ndaki ve TKHK m. 6/A'daki taksitli satım sözleşmesiyle ilgili düzenlemelere paralellik sağlanmaması eksiklidir.

4.2. Tüketicinin Hakları

4.2.1. Krediyi Kullanma Hakkı

Tüketici kredisi sözleşmesinin yapılmasında ilk olarak tüketici kredi veren tarafından hazırlanan başvuru formunu doldurur. Bu formu gereği gibi doldurmasıyla kredi veren tüketiciye kredi verip vermeyeceğini inceler. Kredi veren aleni icapla sözleşme yapmaya hazır olduğunu duyurur. Tüketici, kimliği, yaşı, aile durumu, işi, malvarlığı, geliri, borçları, kredi miktarı, kredinin harcanma sebebi, ödeme takvimi ve kefilleri hakkında bilgi verir ve kredi verenin sözleşme başvuru formunu doldurarak incelemesine sunar. Kredi veren bu formdaki bilgilerin doğruluğunu kontrol ederek incelemesini yapar, inceleme sonucunda tüketicinin kredi alma talebini kabul eder veya reddeder. Tüketicinin talebini cevapsız bırakması sonucunda tüketici bundan zarar görürse, bu zararını tazmin edebilir.⁵

TKHK m. 10 hükmüne göre tüketici, tüketici kredisi sözleşmesi kurulması ile krediyi kullanma hakkını kazanır.

4.2.2. Tüketicinin Kredi Borcunu Kısmen veya Tamamen Vadesinden Önce Ödeyebilmesi

AB Direktifinde tüketicinin bir kredi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden kredi borcunu sözleşmede belirlenen vadeden önce ödemesi durumunda kredinin toplam masrafından hakkaniyete uygun bir indirim yapılması düzenlenmiştir (m. 8).

AB Direktifi'ne göre kredi verenin kredi sözleşmesinden doğan haklarını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde tüketici, kredi verene karşı ileri sürebileceği defileri takas dâhil olmak üzere üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir (m. 9).

Ülkemizde, 1988 yılında bankacılık sistemimize giren tüketici kredilerinde uygulamada bankaların erken ödeme yapan tüketicilere

⁵ İnal, s. 191.

hiçbir faiz indirimi yapılmamaktaydı ve tüketicilerin taksit vadelerini beklemeden bakiye borcu bir defada ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmek hakkı yoktu,⁶ çünkü bir yasal düzenleme mevcut değildi.

4077 sayılı TKHK erken ödeme durumunda, toplam borç tutarından ödenen miktara göre faiz ve komisyon indiriminin yapılmasını zorunlu hale getirmiştir. Bu düzenleme, 4077 sayılı Kanun'da Değişiklik yapan 4822 sayılı Kanun'la da korunmuştur.

"Kredinin vadesinden önce kapatılmasına ilişkin şartlar" tüketici kredisi sözleşmesinin zorunlu içeriğinde yer almaktadır (TKHK m. 10/II h).

TKHK m. 10/IV hükmünde tüketicinin kredi borcunu kısmen veya tamamen vadesinden önce ödeme imkânı⁷ tanınmıştır. Bu hükme göre, tüketici, kredi verene borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi aynı zamanda vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit ödemesinde de bulunabilir. Bir başka anlatımla, bu hükümde iki ayrı ihtimal söz konusudur: Birincisi, toplam kredi borcunun erken ödenmesidir. İkincisi ise, vadesi gelmemiş taksitlerin erken ödenmesidir. Her iki durumda da kredi veren, ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlüdür.

Borcun vadesinden önce ödenmesi kredi verenin aleyhine bir durumdur, çünkü kredi veren faizin bir bölümünü oluşturan kârdan yoksun kalacaktır. Tüketici ise uygulanan faiz piyasadaki diğer faizlerden fazla ise peşin ödeme nedeniyle kârlı olacaktır. Faiz oranlarının düşme eğilimi olduğu dönemlerde, tüketici erken ödeme hakkını kullandığında daha düşük faiz oranlarıyla vadesi gelmemiş eski kredi borçlarını ödeme imkânına kavuşacaktır.

Kanımızca, kısmen veya tamamen erken ödeme halinde miktar olarak indirilecek olan tutarın hesabında TKHK'da yer alan *"faiz ve komisyon"* ifadesinden diğer masrafların indirim girip girmediği açık değildir, bu husus uygulamada sorunlar ortaya çıkarabilir. Ayrıca faiz

⁶ Arkan, s. 36.

⁷ Bu hüküm BK m. 80 hükmünün bir istisnasıdır. BK m. 80'e göre borçlu vadeden önce ödemede bulunduğu için sözleşme hükmünden veya sözleşmenin niteliğinden veya durumdan taraflar aksini kast etmemişlerse borçlu vadesinden önce borcunu ödeyebilir. Ancak borçlunun vadeden önce ödemesinden dolayı sözleşmeyle veya adet ile öngörülmemişse indirim yapılmasını isteyemez ve bu şarta bağlı bir ödemeyi satıcı kabul etmek zorunda değildir.

ve komisyon indiriminin en az ne kadara kadar olacağı düzenlenmemiştir, bu nedenle uygulamada tüketici aleyhine hukuki sorunlar görülebilir.

Bakanlığa ödenen miktara göre gerekli faiz ve komisyon indiriminin ne oranda yapılacağıın usul ve esaslarını belirleme görevi verilmiştir. Tüketici kredileriyle ilgili Yönetmelik ekinde verilen formül doğrultusunda faiz indiriminin yapılması düzenlenmiştir.

Tüketici kredileriyle ilgili Yön. m. 5 hükmüne göre kredi veren, tüketicinin toplam miktarı önceden ödemesi veya vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunması durumunda, tüketiciden herhangi isim altında ek bir ödemede bulunmasını isteyemez. Erken ödeme miktarı, asgari ödeme miktarının altında olamaz. Asgari ödeme tutarı, taksit tutarlarının farklı olması halinde en düşük olan taksit tutarını, taksit tutarlarının eşit olması halinde en az bir taksit tutarını, tek taksitli kredilerde ise toplam bakiye borcun yüzde onuna denk gelen tutarı ifade etmektedir (Yön. m. 4g)

Yönetmelikte bir veya birden fazla taksitin vadesinden önce ödenmesi ile kredinin tamamının erken ödenmesi durumları ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Bir veya birden fazla taksitin vadesinden önce ödenmesi halinde, erken ödenen taksit tutarı içinde yer alan anapara tutarı üzerinden akdi faiz oranı ve erken ödenen gün sayısı dikkate alınarak bulunacak faiz, faiz üzerinde hesaplanacak kamusal yükümlülükler toplamı ve komisyon tutarı kadar indirim yapılır. Bu halde faiz indirimi Ek1'de verilen formül doğrultusunda yapılır (Yön. m. 6).

Kredinin tamamının erken ödenmesi durumunda ise erken ödeme, taksit tarihinde yapılıyorsa, vadesi gelen taksit ödemesi, geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz ve kamusal yükümlülükler tahsil edilir (Yön. m. 7/I). Erken ödeme, iki taksit tarihi arasında yapılıyorsa, ödeme planında yer alan en son ödenmiş taksit tarihiyle, erken kapatma işleminin gerçekleştiği tarih arasında, anaparaya işleyen faiz tutarı, en son ödenmiş taksit tarihi itibarıyla geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz ve kamusal yükümlülükler tahsil edilir (Yön. m. 7/II).

Özellik arz eden bir tüketici kredisi olan konut kredisinde konut finansmanı kuruluşu, geri ödemelerin yapılmaması halinde kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak tüketicinin birbirini izleyen en az iki ödemede temerrüde düşmesi halinde kullanılabilir. Konut finansmanı kuruluşunun bu hakkını kullanabilmesi için en az bir ay süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması gerekir (TKHK m. 10/B/V).

Finansal kiralama işlemlerinde, tüketicinin muacceliyet uyarısında verilen sürenin sona ermesini takiben, konut finansmanı kuruluşu kalan borcun tamamını ifa etme hakkını kullanmak üzere finansal kiralama sözleşmesini feshettiği takdirde, konutu derhal satışa çıkarmakla yükümlüdür. Konut finansmanı kuruluşu satış öncesinde konut için 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi uyarınca yetki verilmiş kişi veya kurumlara kıymet takdiri yaptırır. Takdir edilen kıymet, satıştan en az on iş günü önce tüketicie bildirilir. Konut finansmanı kuruluşu takdir edilen kıymeti dikkate alarak basiretli bir tacir gibi davranmak suretiyle konutun satışını gerçekleştirir. Tüketici, konut finansmanı kuruluşunun zararının konutun satışından elde edilen bedeli aşan kısmından sorumludur. Konutun satışından elde edilen bedelin kalan borcu aşması halinde aşan kısım tüketicie ödenir. Konut finansmanına yönelik finansal kiralama işlemlerinde 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun 7, 25 ve 31. maddeleri uygulanmaz (TKHK m. 10/B/VI).

Tüketici, konut finansmanı kuruluşuna borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi aynı zamanda bir ya da birden çok ödeme-yi vadesinden önce yapabilir. Her iki durumda da konut finansmanı kuruluşu, vadesinden önce ödenen taksitler için gerekli faiz indirimini yapmakla yükümlüdür. Ödenen miktara göre gerekli faiz indiriminin ve kredinin tüketicie yıllık maliyet oranının hesaplanmasında Bakanlık tarafından çıkartılan ilgili Yönetmelik⁸ hükümleri uygulanır (TKHK m. 10/B XIII).

Faiz oranının sabit olarak belirlenmesi halinde, sözleşmede yer verilmek suretiyle, bir ya da birden fazla ödemenin vadesinden önce yapılması durumunda konut finansmanı kuruluşu tarafından tüketici-

⁸ Konut Finansmanı Sisteminde Erken Ödeme İndirimi ve Yıllık Maliyet Oranı Hesaplama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG, 31/5/2007 -S.26538 yayımlanmıştır.

den erken ödeme ücreti talep edilebilir. Erken ödeme ücreti gerekli faiz indirimi yapılarak hesaplanan ve tüketici tarafından konut finansmanı kuruluşuna erken ödenen tutarın yüzde ikisini geçemez. Oranların değişken olarak belirlenmesi halinde tüketiciden erken ödeme ücreti talep edilemez (TKHK m. 10/B XIV).

4.2.3. Tüketicinin Bilgilendirilmesi

Tüketicinin sözleşme şartları hakkında bilgilendirilmesi, sözleşme kurulmadan önce ve sözleşme kurulduğu sırada yerine getirilmesi gereken önemli bir haktır. Tüketicinin sözleşmenin kurulmasından önce etki altında kalmadan iradesini serbestçe kullanabilmesi tam ve doğru bilgilendirilmesine bağlıdır. Tüketicinin sözleşme kurulması sırasında bütün sözleşme şartlarını ve sözleşmenin doğurduğu hükümler hakkında yeterince aydınlatılması tüketicinin haklarını ve borçlarını bilmesi için gereklidir.

Avrupa Adalet Divanı "*bilinçli tüketici*" modelini geliştirmiştir, bunun anlamı tüketicinin ürünler veya hizmetler hakkında bilinçli bir seçim yapabilmek için yeterli bilgiye sahip olmasının sağlanmasıdır. Bilinçli tüketici modeli bakımından bilgilendirme en önemli strateji olabilir. Özellikle kredinin maliyeti konusunda bilinçli karar verebilmesi ve farklı kredi tekliflerini mukayese edebilmesi tüketicinin bilgilendirilmesi ile gerçekleştirilebilir.⁹

AB Direktifi'nde tüketicinin bilgilendirilmesi ile ilgili m. 6 hükmüne göre kredi veren ile tüketici arasında kredi kartı hesaplarından farklı bir cari hesaba avans şeklinde kredi verilmesi konusunda bir sözleşmenin olması durumlarının Direktif kapsamı dışında tutulmasını öngören m. 2 (1e) hükümleri dikkate alınmaksızın, sözleşmenin kurulmasından önce veya kurulduğu tarihte şu hususlarda tüketici bilgilendirilmelidir:

- Varsa kredi limiti
- Sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren geçerli yıllık faiz oranı veya masraf ve harçlar ve bunların hangi şartlarda değiştirilebileceği
- Sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin usul konuları

⁹ Halfmeier, s. 162.

Ayrıca tüketicieye kredi veren sözleşme devam ettiği sırada yıllık faizde ve masraflarda ortaya çıkacak her değişiklik çıkış anında haber verilmelidir.

Zımni olarak açık kredileri izin verilen üye devletlerde yıllık faiz oranı, masraf ve harçlar konusunda ve açık kredi süresinin 3 ayı geçtiği durumlarda yıllık faiz oranı, masraf ve harçlardaki değişiklikler konusunda tüketicieye bilgi verilmesini sağlamak için gereği yapılmalıdır.¹⁰

Ayrıca kredi reklamlarıyla ilgili reklam veya kredi öneren işyeri duyurularında “*yıllık efektif faiz oranı*”nın gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir (m. 3) . Türk hukukunda ise TKHK m. 16 ve 17 hükümlerine dayanılarak çıkarılan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik m. 7/c-3’te kredili satış gibi ödeme şartları hakkındaki reklamların eksik bilgi vererek anlam karışıklığına yol açarak veya abartılı iddialar ileri sürerek yanlış izlenimler yaratmak suretiyle tüketicieyi doğrudan veya dolaylı olarak yanıltabilecek ifadeler veya görüntüler içermeyeceği, m. 7/e’de krediyle ilgili reklamların malın peşin satış fiyatı, teminat, ödeme takvimi, faiz oranı, malların toplam maliyeti veya diğer satış şartları konusunda yanlış anlamaya yer verecek şekilde sunulamayacağı, m. 7/f’de kredi vermeye ilişkin reklamlarda kredinin türü ve vadesi, istenen teminatlar veya aranan diğer özellikler, geri ödeme koşulları, gerçek faiz ödemeleri ve olası diğer ödentiler hakkında tüketicieyi yanıltabilecek hiçbir ifadeye yer verilemeyeceği düzenlenmiştir.

Türk hukukunda TKHK m. 10 ve Tüketici Kredisi Yönetmeliği’nde tüketicinin bilgilendirileceği konular düzenlenmiştir. Tüketicinin, tüketici kredisi sözleşmesini imzalamadan önce ve kurulmasından önce sözleşme hakkında bilgilendirilmesi zorunludur. Tüketicinin bu sözleşmeyi imzalamasıyla kendisine verilen yazılı sözleşme örneğinde tüketici kredisi sözleşmesinde bulunması zorunlu unsurların varlığını bilmesi mümkün olacaktır. Ayrıca kredi verenin sözleşmeden doğan

¹⁰ Toplam yıllık gerçek maliyet oranı tüketicinin objektif bilgi edinmesini sağladığından tüketici uygulanacak faiz oranının gerçek yüküne göre durumunu değerlendirebilir ve piyasada çeşitli kuruluşlarca uygulanan faiz oranları arasında karşılaştırma yapma imkanına kavuşur. Baykan, *Renan, Tüketici Hukuku Mevzuatına İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri*, Güncelleştirilmiş 2. baskı , İstanbul Ticaret Odası Yayını: 2005-41 İstanbul 2004, s. 420.

yükümlülüklerini ifa etmemesi durumunda haklarını bilme imkânına kavuşacaktır.

Konut finansmanı sözleşmelerinde ise değişken faiz varsa tüketicinin bilgilendirilmesinin ilgili Yönetmelik 'teki usul ve esaslarına göre yapılması gereklidir.¹¹ Konut finansmanı kapsamındaki kredilerin yeniden finansmanı halinde ise Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹² hükümleri dikkate alınmalıdır.

5. Tarafların Borçları

5.1. Kredi Veren Borçları

5.1.1. Krediyi Vermek

Tüketici kredisi sözleşmesinde belirlenen şartlara göre belirlenen kredi miktarını kredi alan tüketiciye verecektir. Kredi, kredi alan kişiye veya onun emriyle bir üçüncü kişiye ödenebilir. Kredinin ödenme zamanı sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa sözleşmenin kurulmasından sonra derhal ödenmesi gerekir. Tüketici, kredi verilmemesi durumunda kredi verene ihtar çekerek BK m. 103 hükmü göre temerrüt faizini ve zararı varsa munzam zararı da (BK m. 105) isteyebilir.¹³

Tüketici, tüketici kredisi sözleşmesi yapılmadan önce veya sonra borç ödemede aciz duruma düşmesi durumunda banka da borcu ifadan kaçınabilir.

Kredi veren, tüketicinin başvuru formunda doğru bilgiler vermediğini belirlerse kredi kullandırmaktan vazgeçebilir, kredi kullanılmışsa sözleşme feshedilebilir ve borç muaccel kılınabilir. Ancak bu yetkinin önemli konularda kullanılması gerekir, çünkü aksi takdirde MK m. 2 hükmü gereği hakkın kötüye kullanılması sayılabilir.¹⁴

5.1.2. Bağlı Kredilerde Kredi Veren Sorumluluğu

Tüketici kredisiyle satın alınan malın teslim edilmemesi veya ayıplı teslimi durumunda kredi veren de tüketiciye karşı sorumlu

¹¹ RG, 31/3/2007-S.26338.

¹² RG, 29/9/2007 -S.26658.

¹³ İnal, s. 223.

¹⁴ İnal, s. 224.

tutulabilir.¹⁵

AB Direktifi'nde, üye devletler eğer kredi ile satın alınmış tüketicinin satın aldığı malın teslim edilmemesi veya ayıplı olması durumunda kredi sözleşmesi, tüketicinin satıcı veya sağlayıcıya karşı hakları etkilemez (m. 11 (1)).¹⁶

AB Direktifi'nde m. 11 (2) hükmüne göre kredi verenin tüketiciye karşı malın teslim edilmemesi veya ayıplı teslimi halinde sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Bu sorumluluğun doğması için şu şartlar olmalıdır:

a. Mal ve hizmetlerin edinilmesi için satıcıdan başka kişiyle bir kredi kararlaştırılmış olması gerekir.

b. Belirli bir satıcıdan mal ve hizmet edinilmesi amacıyla ve sadece belirli bir kredi veren tarafından tüketiciye verilen krediler, kredi veren ile satıcı arasında önceden var olan bir anlaşmaya dayanması gerekir.

c. a) Bende anılan tüketici, satıcı ile kredi veren arasındaki bu anlaşmaya göre krediyi alması gerekir.

d. Kredi sözleşmesine konu mal ve hizmetler yerine getirilmemesi veya kısmen veya sözleşmeye uygun olmayan bir şekilde yerine getirilmesi gerekir.

e. Tüketici satıcıya karşı haklarını ileri sürse de başarıya ulaşamamış olmalıdır. Tüketici kredi verene karşı haklarını kullanabilir. Üye devletler nereye kadar ve hangi şartlar altında bu hakkın kullanılabilirliğini düzenler.

Burada, 200 Ecu'nun altındaysa f. 2 geçerli değildir.

TKHK m. 10/V "Kredi verenin, tüketici kredisini, belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda satılan malın veya hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlu olur".

¹⁵ Aslan, s. 380; Akipek, s. 288.

¹⁶ Özsunay, *AB Hukuku*, s. 56.

TKHK'da iki tür bağılı tüketici kredisi düzenlenmiştir. Belirli marka bir mal veya hizmet satın alınması için verilen tüketici kredisi türü ve belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile sözleşme yapma şartıyla verilen tüketici kredisi türü belirtilmiştir. Bağılı tüketici kredilerinde, üç ayrı sözleşme vardır.¹⁷

Bağılı kredide, belirli bir satıcının veya üreticinin satışlarını artırmak amacı vardır. Kredi verenin satıcıyla sorumlu olması hukuka uygundur, çünkü kredi veren o satıcının ürünlerinin satılması için kredi vermektedir, o firmanın güvenilir bir firma olduğunu ve ürünlerin ayıpsız olduğunu tekeffül etmektedir.

TKHK m. 10 hükmüne göre, kredi veren bağılı tüketici kredisini vermekle sorumluluk altına girmektedir. 4822 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce hüküm, amaca tam olarak uygun bulunmamaktaydı,¹⁸ çünkü bu sorumluluk sadece, malın ayıplı olmasına dayandırılmıştı, satış sözleşmesinden doğabilecek diğer ifa engelleri, borca aykırılık halinde ifanın hiç yapılmaması veya kısmen yapılması maddede yoktu. Bu boşluk 4822 sayılı Kanun'la dolduruldu. Doktinde 4077 sayılı TKHK'daki kredi verenin sorumluluğunu düzenleyen hükmün, bankalar ve finans kurumlarını adeta tüketici kredisi kullandırtmamaya yönelttiğini ileri sürülmüştür¹⁹. *Kanımızca* bağılı kredilerde kredi verenin sorumlu olmasının kabul edilmesi tüketicinin korunmasında olumlu bir adımdır, çünkü satıcının edimini ifa etmemesi veya eksik veya ayıplı ifa etmesi durumunda tüketici malın veya hizmetin bedelini ödememe veya eksik ödeme gibi imkânları kullanmaktan yoksundu, satış sözleşmesinden bağımsız olan kredi sözleşmesi çerçevesinde kredi verene karşı haklarını ileri süremiyordu.

Kredi verenin tüketiciye karşı ayıplı maldan veya hizmetten sorumluluğu TKHK m. 4/III ve m. 4/A /III hükümlerinde de düzenlenmiştir.

Kredi verenin bağılı kredi verilmesindeki sorumluluğunu düzenleyen TKHK m. 10/V hükmünün uygulanması için belirli bir malın

¹⁷ Özsunay, Ergun, panel, s. 5; Akipek, s. 182.

¹⁸ Aslan, s. 380; Ulsan, İlhan, "4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 10. Maddesinin Dördüncü Fıkrasında Yer Alan Banka Ve Finans Kurumlarının Tüketiciye Karşı Mütessesil Sorumluluğu Üzerine Bazı Tespit ve Düşünceler," Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 93.

¹⁹ Teoman, Ömer, *Yaşayan Ticaret Hukuku*, C.I, Kitap 7, İstanbul 1997, s. 245.

veya belirli bir hizmetin satın alınması şartıyla veya belirli bir satıcı veya sağlayıcıyla bir satış sözleşmesi yapılması şartıyla kredi verilmelidir. Belirli bir mal veya hizmetin sadece cins olarak belirlenmesi yeterli olmaz.²⁰ Bu sorumluluk için bazı şartlar gerçekleşmelidir: Tüketicinin kredi sözleşmesini kendisine mal ve hizmet sağlayan başka bir kişiyle yapması; kredi verenle mal veya hizmet sağlayan arasında mevcut bir sözleşmenin mevcut olması ve kredinin bu sözleşme gereği, kredi verence, münhasıran mal veya hizmet sağlayanın müşterilerine mal ve hizmet sağlayandan mal veya hizmet edinmek için vermesi; münhasıran kredi veren ile mal veya hizmet sağlayan mevcut sözleşme gereği tüketici krediyi almış olması; kredi sözleşmesinin konusu olan mal veya hizmetin teslim edilmemesi veya kısmen teslim edilmesi veya ayıplı ifa edilmesi; tüketicinin mal veya hizmet sağlayana karşı haklarını kullanması, ancak başarılı olmaması şartları gerçekleştiğinde kredi veren satış veya hizmet tedarik sözleşmesinin ifa edilmemesi veya kısmen ifası veya ayıplı olmasından dolayı sorumlu olacaktır.

Bağlı kredi verilmesi durumunda kredi verenin sorumluluğunun iki temel özelliği vardır. Birincisi kredi verenin tüketiciye karşı *mütteselsilen* sorumlu tutulmasıdır. Bu sorumluluk, tüketici yararındadır,²¹ çünkü tüketici satıcı, sağlayıcı, acenta, bayi, temsilci, imalatçı-üretici ve ithalatçı yanında kredi verene karşı da malın veya ayıplı olmasından dolayı başvurabilir. TKHK'dan önce, kredi verene satış sözleşmesinin tarafı olmadığı için başvurma imkanı yoktu. Böylece tüketici daha güvenli bir duruma geçmiştir²² çünkü kredi veren ön anlaşma yapacağı imalatçı-üreticiyi, satıcıyı, acenteyi, ithalatçıyı seçerken daha özenli davranmak zorunda kalacaktır. İkincisi ise, kredi verenin sorumluluğu ikinci derecede değildir, *ilk derecede* ve diğerleriyle eş düzeydedir. Böylece tüketici öncelikle satıcı veya sağlayıcıya başvurmak durumunda değildir. Kredi verenin bu sorumluluğunun, geniş bir sorumluluk olduğu, en azından ikinci derecede sorumluluk olması durumunda daha isabetli olacağını belirtilmiştir.²³ Bu hükmün kâğıt üzerinde kalacağı ve kredi verenlerin bağlı kredi vermeme yönünde düşünecekleri-

²⁰ Ulusan, s. 92.

²¹ Demir, Mehmet, "4822 sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler", *Batider*, Yıl 2003, C. XXII s. 1, s. 225.

²² Ulusan, s. 92.

²³ Aslan, s. 381; Ulusan, s. 93.

ni ve tüketici aleyhine olduğu ileri sürülmüştür.²⁴ *Kanımızca* müteselsil sorumluluğun kabul edilmiş olması, Borçlar Hukuku'ndaki sözleşmenin nispiyeti ilkesini aşıldığını gösterir. Kredi verenin tüketici ile anlaşma yapacak olan satıcı, acente ithalatçıyı seçiminde özenli davranmasını sağlaması bakımından müteselsil sorumlu tutulması olumludur, ancak kredi verenin seri ayıplı mallarda ortaya çıkan ayıptan dolayı sorumlu tutulması, sorumluluğunun genişlemesi anlamına gelecektir. Bu nedenle AB Direktifi'ndeki gibi kredi verenin sorumluluğunun ikincil bir sorumluluk olarak düzenlenmesi daha uygun gözükmemektedir.

Tüketici, kredi sözleşmesiyle elde ettiği parayı kullanarak satın aldığı mal veya hizmet ayıplı çıkarsa sözleşmeden dönmek istediğinde malı iade edeceği kişi ile ödediği parayı iade isteyeceği kişi başkadır. Bu nedenle bağlı tüketici kredisiyle satın alınan malın veya hizmetin ayıplı olması halinde tüketicinin kredi sözleşmesinden de kurtulabilmesi imkânının sağlanması yeterlidir.

Tüketici, ayıplı mal veya hizmet nedeniyle sahip olduğu seçimlik hakları kredi verene karşı kullanabilir. Tüketicinin seçeceği seçimlik hak, kredi sözleşmesini de etkileyecektir.

Ayıplı mal durumunda tüketicinin kullanabileceği seçimlik hakları şunlardır:

a. Malı iade ederek sözleşmeden dönme,

b. Malı alıkoyup maldaki ayıp oranında satış bedelinden uygun miktarın indirilmesi,

c. Misli bir mal ise ayıpsız çeşidiyle değiştirilmesi,

d. Ayıplı malın ücretsiz onarımıdır (TKHK m. 4/II) .

Ayıplı hizmet durumunda tüketicinin kullanabileceği seçimlik hakları ise şunlardır:

a. Sözleşmeden dönme

b. Hizmetin yeniden görülmesi

c. Ayıp oranında bedel indirimidir (TKHK m. 4/A II) .

²⁴ Baykan, s. 435.

Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı kredi veren sorumludur. Zarar kavramına “her türlü zarar” girmektedir.²⁵ Tüketici, malın onarılmasını veya yenisiyle değiştirilmesini seçerse ve bu talebi yerine getirilirse kredi sözleşmesi bundan etkilenmez. Ancak tüketici, sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa sözleşmesinin geçersiz hale gelecek, bu geçersizlik tüketici kredisi sözleşmesini de geçersiz hale getirecektir. Ayıplı mal nedeniyle tüketici sözleşmeden döndüğünde tüketici ayıplı malı satıcıya iade edecektir, satıcı kredi verenden almış olduğu bedeli kredi verene geri verecek ve kredi veren tüketicinin ödemiş olduğu taksitleri tüketiciye geri ödeyecektir. Kredi veren taksitleri tüketiciye geri öderken faiz veya masraf olarak kesinti yapıp yapamayacağı tartışmalıdır. Akipek’e²⁶ göre taksitlerin geri ödenmesi sırasında kredi verenin masraf isteyemeyeceğini ancak faiz alabileceğini, Aslan²⁷ ise kredi verenin hiçbir şekilde masraf veya faiz isteyemeyeceğini ileri sürmektedir. *Kanımızca* kredi verenin taksitlerin geri ödenmesi sırasında faiz veya masraf alması tüketicinin korunmasını amacına aykırı olacaktır. Sözleşmeden dönme durumunda tüketici ödediği bedeli geri isteyebilir.²⁸ Kredi veren tüketiciden herhangi bir faiz, masraf talep edemez. Tüketici, malın ayıplı olmasından dolayı sözleşmeden dönmesi durumunda, sözleşmeyi hiç yapmasaydı bulunacağı durumdan daha fazla zarar görmemelidir.²⁹

Kredi verenin ayıplı maldan sorumlu olmayacağına ilişkin tüketici kredisi sözleşmesine konulan kayıtlar, geçersizdir.³⁰

Kredi verenin ifa etmemeden sorumluluğu 4822 sayılı Değişiklik Kanunu’yla TKHK’na getirilmiştir. *Kanımızca* bu düzenleme tüketicinin korunması için olumlu bir adımdır.

TKHK m. 10/B/IX hükmüne göre konut kredilerinde 2499 sayı-

²⁵ Ulusan, s. 93.

²⁶ Akipek, s. 96.

²⁷ Aslan, s. 382.

²⁸ Yavuz, Cevdet/Özen, Burak/ Acar, Faruk, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, İstanbul 2007, s. 141 vd.; Serozan, Rona, “Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirilmesi”, *Yasa Hukuk Dergisi*, C.XV, s. 173/4, 1996, s. 595; Ceylan, Ebru, *Türk Hukukunda Taşınır Satımı Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998, s. 14.

²⁹ Aslan, s. 382.

³⁰ Aslan, s. 382.

lı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlı konut finansmanından kaynaklanan işlemlerde kredi veren konut finansmanı kuruluşu, krediyi belirli bir konutun satın alınması ya da belirli bir satıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, konutun hiç ya da zamanında teslim edilmemesi halinde kredi veren satıcı ile birlikte, tüketiciye karşı, kullanılan kredi miktarı kadar müteselsilen sorumlu olur. Konut finansmanı kuruluşları tarafından verilen kredilerin ipotek finansmanı kuruluşlarına, konut finansmanı fonlarına veya ipotek teminatlı menkul kıymet teminat havuzlarına devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz.

5.1.3. Teminat Verilmesi Halinde Sorumluluğu

Kredi veren tüketiciden alacağı borcu için şahsi teminat istemesi durumunda bu teminatın adı kefalet olması kabul edilmiştir. TKHK m. 10/III c.son 'da tüketicinin "*asıl borçluya başvurmadan kefilden borcun ifasını isteyemeyeceği*" düzenlenmiştir. Böylece bu hüküm emredici olduğundan aksi kararlaştırılmaz, aksine kayıtlar geçersizdir.³¹ Olağan kefalette kredi verenin asıl borçlu olan tüketiciye başvurması gerekir (BK m. 486). Kredi veren bunun aksine davranırsa kefil, öncelikle asıl borçluya başvurması gerektiğine dair tartışma def'ini ileri sürebilir.³² Eğer borçlu iflas etmişse veya borcun iflası ilan olunmadıkça rehlin paraya çevrilmesi imkânı yoksa veya takip alacaklının kusuru olmaksızın semeresiz kalmışsa veya borçluyu Türkiye'de takip imkânı yoksa artık kefil bu hakları ileri süremez (BK m. 486/II). Bu hallerden biri varsa kredi veren kefile başvurabilir.

Kefil, tartışma def'inin dışında teminat olarak ayrıca rehin varsa kefil kendisine başvurulmadan önce rehlin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir.³³

TKHK m. 10/B VIII hükmüne göre kullanılan finansmanın teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, konut finansmanı kurulu-

³¹ Zevkliler/Aydoğdu, s. 293.

³² Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C. 1/II, 5. basım, Ankara 1992, s. 762.

³³ Tandoğan, s. 762.

şu asıl borçluya ve diğer teminatlara başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemez.

5.1.4. Ödemeleri Kıymetli Evraka Bağlama Yasağı

AB hukukunda, tüketici kambiyo senedi yasağı ile koruma altına alınmıştır.

AB Komisyonu'nun ilk direktif önerisinde m. 12(a) bendinde kredi sözleşmeleri çerçevesinde teminat veya ödeme aracı olarak poliçe ve bono kullanılmayacağı kabul edilmiştir. AB Ekonomik ve Sosyal Heyeti bu öneriyle ilgili bu yasağın vazgeçilmez olduğunu ve bu yasağın sadece satıcı ve tüketici arasındaki ilişkiler için geçerli olacağını belirtmiştir.³⁴

AB Tüketici Kredisine İlişkin Direktif'te ise ilgili devletlerin bu konuda tüketiciye uygun bir koruma sağlamaları gerektiği düzenlenmiştir.³⁵ Bu hükmünde şu düzenleme vardır: *"Kredi sözleşmeleri ile ilgili olarak tüketiciye a- poliçe ve bono ile ödemede bulunma, b- poliçe ve bono ve çek ile teminat verme imkânı tanıyan Üye Devletler, bu senetlerin anılan amaçlar için kullanılması sırasında tüketicinin uygun bir korumadan yararlanmasını sağlarlar"* (m. 10)

AB Komisyonu, 11.09.2002 tarihinde tüketici kredisi pazarındaki gelişmeler nedeniyle yeni bir Direktif önerisi kabul etmiştir. Bu öneri m. 18 hükmünde kredi veya garanti sözleşmesinden doğan alacağın alacaklısı veya kredi vereni için tüketiciden veya kefilden bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için poliçe veya bono vermesini önermek veya talep etmek yasağı ve borç miktarının tamamen veya kısmen geri ödenmesinin teminatı için çek keşide etmesi talebinde bu kişilerden bulunamayacağı düzenlenmiştir.³⁶

TKHK m. 10/VI hükmüne göre *"Kredi verenin ödemeleri bir kıymetli evraka bağlaması ya da krediyi kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaktır. Bu yasağa rağmen tüketiciden bir kıymetli evrak alına-*

³⁴ www.europa.eu.int

³⁵ Uzunallı Eroğlu, Sevilay, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, s. 1 2004, s. 118.

³⁶ www.europa.eu.int

cak olursa, tüketici bu kıymetli evraki kredi verenden geri istemek hakkına sahiptir. Ayrıca, kredi veren kıymetli evrakin ciro edilmesi sebebiyle tüketicinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür”.

Bu hükümde, tüketicinin korunması için kredi verenin ödemelerini kıymetli evraka bağlamış veya krediyi kıymetli evrak kabul ederek teminat altına alması yasağı düzenlenmiştir.³⁷ Bu yasağa uyulmaması durumunda tüketici, kredi verenden kıymetli evraki geri isteme hakkına sahiptir. Tüketici, kıymetli evrakin ciro edilmesi nedeniyle zarara uğraması durumunda, bu zararı tazminle yükümlüdür. Bu hüküm *kanımızca* tüketici lehine olup olumludur.³⁸ Bu hükme aykırılık durumunda TKHK m. 25 hükmündeki idari para cezası ve senedin geçersiz olması yaptırımları vardır.

TKHK m. 10/B X hükmüne göre konut finansmanı kuruluşunun ödemeleri bir kıymetli evraka bağlaması ya da kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaktır. Bu yasağa rağmen tüketiciden bir kıymetli evrak alınacak olursa, tüketici bu kıymetli evraki konut finansmanı kuruluşundan geri isteme hakkına sahiptir. Ayrıca, konut finansmanı kuruluşu kıymetli evrakin başkasına devri sebebiyle tüketicinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

5.2. Tüketicinin Borçları

5.2.1. Krediyi Kabul Etmek

Tüketici kredisinde, kredi alan tüketicinin faiz ödemesi gereklidir, bu nedenle kredi veren ödünç tutarını alınmasını isteme hakkı vardır (BK m. 307, TTK.m.3-21/II).³⁹

³⁷ Aslan, s. 384; Serozan, bu yasağı en çarpıcı yeniliklerden biri olarak belirtmektedir. Serozan, *Değişiklik*, s. 344.

³⁸ Aynı kanaatte, Demir, s. 226. Ancak Akipek'e göre, kambiyo senedi almayı yasaklamakla bu sorun çözülemez, çünkü kıymetli evrak alımı uygulamada en çok kullanılan teminat çeşitlerinden biridir. Tüketici için de diğer teminatlara göre verilebilecek en kolay teminattır, ama sakıncası da vardır. Kambiyo senedinin kredi verence tedavüle çıkarılması ve üçüncü kişilere devredilmesi durumunda tüketici, kredi verene karşı ileri süreceği def'ileri üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Akipek, s. 303-304.

³⁹ İnal, s. 224.

5.2.2. Krediyi Geri Ödemek

Tüketici, sözleşme süresi kadar bir dönemde kredi geri ödemesini taksitler halinde ve her taksiti vadesi geldiğinde faizi ve diğer fer'i masraflarıyla birlikte ödemelidir.⁴⁰

5.2.3. Faizi ve Diğer Masrafları Ödemek

Faiz, tüketici kredisi sözleşmesinin en önemli unsurlarından biridir. Faiz, asıl alacağına bağlı fer'i bir alacak olsa da ayrı bir alacak olduğu için faizin ödenmesi kısmi ödeme değildir.⁴¹ Faiz, para olarak borçlanılan bir sermayenin geliri olup, zamanla birlikte yürür.⁴² TKHK m. 10/II f hükmüne göre gecikme faiz oranı kredi verenin keyfi belirlemesine karşı⁴³ şu şekilde düzenlenmiştir: “Akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı”, akdi faiz oranı ise Tüketici Kredisi Yönetmeliği m. 4d hükmüne göre tüketici kredisi sözleşmesinde yer alan faiz oranıdır. TKHK'da ise akdi faiz düzenlenmemiştir, taraflar akdi faizi serbestçe belirleyebilirler, ancak gecikme faizini belirlemede kanundaki sınırlamaya uymaları gerekir. Sözleşmede gecikme faizi oranının önceden belirtilmiş olması, kredi verenin bu oranı değiştirmesini engelleyerek tüketicinin haklarını daha iyi korumasında yararlıdır.⁴⁴ Tüketici kredisi sözleşmesinde bulunması zorunlu unsurlardan “faizin hesaplandığı yıllık oran” tüketicinin ödünç aldığı parayı hangi faiz oranıyla geri ödeyeceğini bilmesini ve faiz artışlarından olumsuz etkilenmemesini sağlamaktadır.⁴⁵

6. Avrupa Birliği Hukukunda Tüketici Kredilerine İlişkin Direktif ile TKHK m. 10 Hükmünün Tüketici Kredisiyle İlgili Sorunlarda Getirdikleri Çözümler Bakımından Değerlendirilmesi

⁴⁰ İnal, s. 223.

⁴¹ Oğuzman, M. Kemal / ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2006, s. 221, Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Tekinay, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. baskı, İstanbul 1993, s. 786.

⁴² Aybay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Genel Bölüm, 12. baskı, İstanbul 2000, s. 108.

⁴³ Kadıoğlu, Kamil, *Gereğçeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, 2. baskı, Ankara 2005, s. 415.

⁴⁴ Zevkliler/ Aydoğdu, s. 287.

⁴⁵ İnal, s. 203.

AB hukukunda Tüketici Kredilerine İlişkin Direktif ile TKHK m. 10 arasında farklı düzenlemeler bulunduğu gibi paralel hükümler de bulunmaktadır.

Öncelikle iki hukuki düzenleme arasındaki farklı hususlar şunlardır:

- AB Direktifi'nde m. 1 (2) (a) hükmünde tüketici kredilerini kullanmada "gerçek kişi" "tüketici" olarak kabul edilmişken, TKHK m. 3'e hükmüne göre ise "tüketici" gerçek ve tüzel kişi'leri içermektedir.

- AB Direktifi m. 1 (2) (b) hükmüne göre "kredi veren" olarak "ticari ve mesleki faaliyetlerinin devam edilmesi için kredi veren gerçek ve tüzel kişiler" kabul edilmişken, TKHK m. 3k hükmüne göre "mevzuatları gereği tüketicilere nakit kredi vermeye yetkili olan banka, özel finans kuruluşu ve finansman şirketleri", "kredi veren"dir.

- AB Direktifi'nde tüketici kredisi hükümleriyle ilgili olarak bir arsa veya arazide veya mevcut veya inşa edilecek bir yapıda edinilecek mülkiyet haklarına ilişkin kredi sözleşmelerine uygulanmayacağı düzenlenmişken,⁴⁶ TKHK m. 3'e göre mal kavramının kapsamına "konut ve tatil amaçlı taşınmazlar"da girdiğinden, bu mallara da tüketici kredileri uygulanacaktır.

- AB Direktifi, belirli miktar altında kalan krediler ve üstündeki krediler için⁴⁷ uygulanmayacaktır, TKHK m. 10 hükmünde ise tüketici kredisinin miktarı ile ilgili bir sınırlama yapılmadığından her çeşit tüketici kredilerine bu hüküm uygulanacaktır.

- AB Direktifi'nde tüketici kredisinde tüketicinin kıymetli evrakla ödeme yapması veya teminat verebilmesi mümkünken, TKHK m. 10/VI hükmünde kıymetli evrakla ödeme yasağı getirilmiştir.

- AB Direktifi'nde tüketici kredisine teminat olarak diğer teminatlardan söz edilmemişken, TKHK m. 10 /III hükmünde ise tüketici kredisi için kişisel teminat verilmesi durumunda kefaletin adi kefalet olacağı düzenlenmiştir. AB Direktifinde kredi verenin sorumluluğu ikinci derecede düzenlenmişken, TKHK m. 10 / V hükmüne göre kredi veren müteselsil sorumludur.

⁴⁶ İnal, konut, s. 228.

⁴⁷ Bu durum, Aslan'a göre önemli bir eksiklik değildir. Aslan, s. 385.

Bazı hususlar ise AB Direktifi'nde düzenlenmişken, TKHK m. 10 hükmünde düzenlenmemiştir:

- AB Direktifi m. 2 (1) hükmünde tüketici sözleşmeleri yanında kredi vaadi sözleşmelerini de düzenlemiştir. TKHK m. 10 hükmünde ise sadece tüketici kredisi sözleşmeleri belirtilmiştir.

- AB Direktifi m. 2 (1) a-g hükümlerinde tüketici kredisiyle ilgili hükümlerin uygulanmayacağı durumlar ve uygulama alanı dışındaki haller düzenlenmişken, TKHK m. 10 hükmünde ise tüketici kredilerinin uygulanacağı durumlar mevcutken, uygulama kapsamı dışında kalanlar ise belirtilmemiştir.

- AB Direktifi m. 6 (1-3) hükümlerinde kredi kartı hesabı dışında cari hesap üzerinde avans verilmesi şeklinde kredi açılması ile ilgili özel düzenleme yapılmıştır.

- AB Direktifi m. 12 hükmünde kredi verenin izin alması ve gözetim ve denetim altında olmaları düzenlenmişken, TKHK ise kredi verenin izin, gözetim ve denetimle ilgili hususlarda özel mevzuata gidilmektedir. AB Direktifi'ne kredi verenin ve krediye aracılık eden kişilerin resmi makamlardan izin alması gerekir. İzin, sadece kredi veren kuruluşlar için değil, tüketici kredisi veren mal ve hizmet sağlayıcıları bakımından da düzenlenmiştir (m.12 (1a)). Kredi veren veya kredi sözleşmelerine aracılık eden kişilerin resmi bir makam veya kuruluş tarafından denetlenmeleri gerekir. Üye devletler, amaca uygun önlemleri almakla yükümlüdür (12 (1b)) Ayrıca üye devletler, tüketici kredilerine ilişkin şartları ve kredi sözleşmelerinden doğan şikâyetleri dinlemek ve bilgilendirmekle görevli kuruluşları meydana getireceklerdir (12 (1c)).

- AB Direktifi'ne göre, üye devletler bu Direktif'teki tüketiciyi koruyucu çözümlerden tüketici aleyhine ayrılmayacaklardır. Üye devletler ayrıca bu Direktif uyarınca çıkaracakları kuralların kredi sözleşmesinin özel bir şekilde düzenlenmesi veya kredi miktarının bölünmesi suretiyle ortadan kaldırılmamasını temin ederler (m. 14). TKHK m. 10/I c son hükmüne göre ise Direktif'e yakın bir düzenleme olarak şunu belirtmek mümkündür: *"Taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen kredi şartları sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez"*.

- AB Direktifi, çeşitli hukuki sorunlarda üye devletlerin amaca uygun düzenlemeler yapmasına imkân vermektedir. TKHK m. 10 hük-

münde ise bu türde bir özel düzenleme yoktur. Üye devletler tüketici kredilerinde tüketiciler bakımından daha fazla koruyucu çözümler öngörebilir (m.15). Bu durum Özsunay tarafından eleştirilmiştir. Özsunay,⁴⁸ önemli hukuki sorunlara çözüm getirilmemesini eksik olarak görmekte ve bu alanda yeniliklerin Türk hukukuna aktarılabilmesi ve AB Direktifi'yle uyumun sağlanması için yeniden bir düzenleme yapılmasının gerektiğini ileri sürmüştür. Aslan⁴⁹ ise tüketici kredilerinde cayma hakkının düzenlenmemiş olması nedeniyle tüketicinin aldığı krediyi sonradan aldığı bilgilere göre gözden geçirme imkânından yoksun kaldığını *kanımızca* da haklı olarak ileri sürmüştür. Aslan,⁵⁰ *kanımızca* da haklı olarak kısmi ödemenin mahsubuyla ve aşırı faiz uygulanmasıyla ilgili bir düzenlemenin olmaması önemli eksikliklerdir.

- AB Direktifi'ne göre sözleşmede yer alması gereken zorunlu bilgiler içinde "yıllık maliyet oranının" bulunmasına rağmen, TKHK m. 10'da bu hususa yer verilmemesi ve Tüketici Kredileri Yönetmeliği'nde, Kanun'a aykırı olarak bu hususun düzenlenmiş olması *kanımızca* eksikliklerdir.

- Düşünme süresinin tanınması tüketicinin piyasadan bilgilenmesi ve değerlendirmesinde önemi olan bir uygulamadır. TKHK m. 10'da sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye cayma hakkının tanınmaması *kanımızca* eksikliklerdir.

- Kefilin bilgilendirilmesi ile ilgili TKHK m. 10'da bir düzenleme yer almamaktadır. *Kanımızca* TKHK'ya kefilin tüketici kredilerinde korunması amacıyla gerekli düzenlemelerin eklenmesi gereklidir. Tüketici kredesi sözleşmesinin bir nüshasının kefile de verilmesi sağlanmalıdır, kefile de cayma süresi tanınmalıdır, sözleşmeye ne kadar yükümlülük altına girdiğinin ve tüketicinin temerrüdü halinde tüketicinin borcunu ödemekle yükümlü olduğunun yazılması gereklidir.

İki hukuki düzenleme arasında benzer hükümler şunlardır:

- AB Direktifi'nde m. 4(1) ve TKHK m. 10/I hükümlerinde tüketici kredisi sözleşmesi "yazılı" şekle bağlanmıştır.

- AB Direktifi'nde m. 4 (2) de belirtilen tüketici kredisi sözleşmesi-

⁴⁸ Özsunay, *AB Hukuku*, s. 63.

⁴⁹ Aslan, s. 386.

⁵⁰ Aslan, s. 386.

nin içeriğinde bulunması gereken şartlar ile TKHK m. 10 /II hükmündeki şartlar uyumludur.

- AB Direktifi'nde m. 8 hükmünde tüketici, kredi borcunu vadesinden önce öderse, kredi masraflarından hakkaniyete uygun bir indirim yapılması düzenlenmiştir. TKHK m. 10 /IV hükmünde de tüketici, erken ödeme yapması durumunda kredi verenin faiz ve komisyon indirimi yapması belirtilmiştir.

- AB Direktifi m. 11 (2) hükmünde bağlı kredide, ifa etmeme durumunda veya ayıplı ifa durumunda kredi verenin de satıcı veya sağlayıcı ile birlikte sorumlu tutulabileceğini kabul etmişken, TKHK m. 10/IV hükmünde de kredi verenin satıcı veya sağlayıcıyla müteselsil sorumlu olduğunu belirtmiştir. Ancak TKHK m. 10/V hükmünde kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı arasında tüketici kredisi sözleşmesinden önce bir sözleşmeden söz edilmemiştir.

- AB Direktifinde tüketici kredisinin bir mal edinilmesi için verilmesi halinde kredi vereni hakları genel olarak düzenlenmişken, TKHK m. 10 /III hükmünde ise tüketicinin krediyi geri ödememesi durumunda kredi verenin hukuki durumu ayrıntılı belirtilmiştir.

SONUÇ

Tüketiciyi korumayı amaç edinen hukuki düzenlemeler, sosyal amaçlıdır. Tüketicinin Avrupa Birliği hukukunda sahip olduğu haklar, Türkiye'nin AB mevzuatına uyumlu yasama faaliyeti içine girme yükümü bakımından önem taşımaktadır. Türkiye, Avrupa Birliği'nin tüketicinin korunmasına ilişkin politikasıyla uyumlu olmak için 1995 yılında başlayan TKHK mevzuatında 2003 yılında değişiklik getiren yasayla değişiklik yapılmıştır. 2006 yılında banka ve kredi kartları yasasıyla tüketicinin korunması için ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda 2007 yılında konut finansmanı sistemiyle ilgili yeni yasal düzenleme ve TKHK m. 10/B hükmü Tüketici hukuku için önem arz etmektedir.

Günümüzde tüketici kredileri, AB'ne üye devletlerde ve ülkemizde önemli bir kullanım yelpazesine sahiptir. Tüketiciler, önceden bir tasarruf yapmak zorunda kalmadan çeşitli mal ve hizmetlerden tüke-

tici kredilerini kullanarak yararlanabilmektedir ve ihtiyaçlarını karşılamaktadır.

Kredi verenin tüketici kredisi uygulamaları kendisine kazanç sağladığı gibi, tüketiciye de nakit ödeme yapmadan satın alma imkânı vermektedir. Tüketici kredileri, satışların artmasında etkili olmaktadır. Özellikle etkili pazarlama yöntemleriyle ve ilgi çekici reklamlarla kuşatılan tüketiciler, satın aldıkları malın fiyatına ve yararına dikkat etmeden kredi kullanmaktadır. Ancak tüketiciler, tüketici kredisini kullanırken ekonomik güçlerinin sınırları içinde kalmadıkları takdirde ödeme zorluğu içine girebilirler. Bu durum, tüketicilerin aşırı ve gereksiz borçlanmalarına neden olabilir. Bu nedenle tüketici kredisinin tüketime yönelten sakıncasını bilerek tüketicilerin harcama yapmalarında yararları vardır. Tüketici kredisi sözleşmesinin kurulması aşamasında şekli şartların zorunluluğu, tüketici kredisi sözleşmesinde yer alması zorunlu şartların varlığı, sözleşme şartlarının tek taraflı tüketici aleyhine değiştirilmesi yasağı, erken ödemede faizden indirim yapılması zorunluluğu, muacceliyet kayıtlarına ilişkin kurallar, ödemelerin kıymetli evraka bağlanmış olması, tüketici kredisindeki kefaletin adi kefalet olması, kredi reklamları hakkında doğru bilgilendirilmesi tüketicinin korunmasını amaçlayan düzenlemelerdir. Bağlı tüketici kredilerinde kredi veren kurumun müteselsilen sorumluluğun yerine kredi verenin sorumluluğunun ikincil bir sorumluluk olarak düzenlenmesi daha uygun görülmektedir.

Tüketici kredileri çeşitleri ve boyutları ile gelecekte Avrupa Birliği ve Türk hukukunda daha da gelişecektir. Tüketicinin, tüketici kredilerinin sakıncalarına karşı kredi verene karşı sahip olduğu haklarını korumasında ve ileri sürmesinde ortaya çıkan sorunlara etkili çözümler getirilmesi için Avrupa Birliği kapsamlı politikalar geliştirmektedir.

Ülkemizde de bilinçli tüketiciler, ekonomi ve teknolojik gelişmeler ile çok yakından bağlantılı olan tüketici kredileri alanında haklarını savunmada ve örgütlenmede önemli adımlar atmışlardır. Tüketici kredileri ile ilgili AB Direktifi'ndeki kurallar ile TKHK m. 10 düzenlemesi karşılaştırıldığında paralel düzenlemeler olduğu gibi farklı düzenlemelerin varlığı da görülmektedir. Türk hukukunda çalışmamızda belirttiğimiz önemli hukuki sorunlara çözüm getirilmesi, yeniliklerin

Türk hukukuna aktarılabilmesi ve eksikliklerin giderilmesi için AB Direktifi'yle uyumun sağlanması amacıyla yeniden bir düzenleme yapılması yararlı olacaktır.

KAYNAKLAR

- "Avrupa Birliğinin Tüketici Politikası ve Türkiye'nin Uyumunu", 2001, İKV Yayını:7, İstanbul 2001.
- Akipek, Şebnem, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, Ankara 1999.
- Altop, Atilla, "Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı", *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3 S.1-2, (Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı" Avrupa Hukuku ve Ulusal Hukuklar Bağlamında Tüketicinin Korunması Hukuku" İstanbul 03-06 Nisan 2004)Aralık 2004, s.3-14.
- Arkan, Sabih, "Tüketici kredisi ve Uygulaması" *Batider*, 1989, C.XV, S. 1 s.19-47.
- Aslan, İ. Yılmaz, *Tüketici Hukuku*, Bursa 2006
- Atamer, Yeşim M., "Tüketici Hukukunun Gelişimi: Dünü, Bugünü ve Yarını", Tüketicinin Korunması Semineri, Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı'nın ve Avrupa Konseyi Proje Ofisi Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün düzenlediği *Tüketicinin Korunması Semineri*, 2-4 Kasım 2006 ,Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s. 21-32 (tüketici hukuku).
- Atamer, Yeşim M., (Tekinalp/Tekinalp) *Avrupa Birliği Hukuku*, 2. baskı, İstanbul 2000.
- Aybay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Genel Bölüm, 12. baskı, İstanbul 2000.
- Aycı, Emrullah / Biçkin, İnci / Artuç, Mustafa, *Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu*, Ankara 2006.
- Bahtiyar, Mehmet: *Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun, Sözleşme Şekli ve Genel İşlem Şartlarına İlişkin 24-26. maddelerinin Değerlendirilmesi*, Makaleler II, İstanbul 2008, s. 329-344.
- Baykan, Renan, *Tüketici Hukuku Mevzuatına İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri*, Güncelleştirilmiş 2. baskı, İstanbul Ticaret Odası Yayını: 2005-41 İstanbul 2005.

- Burcuoğlu, Haluk, "Hukukta Uyarlama-Özellikle Taşınmaz Kiralarında ve Dövizle Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama", *Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan*, MHAD 1996-20, s. 59-91.
- Bozkurt, Kutluhan / Türe, Murat / Oral, Ümit, "Avrupa Birliği ve Belçika Hukuk Sistemlerinde İpotage Bağlı Konut Finansman Sistemi", *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, C.II, İstanbul 2007, s.1756-1794.
- Calais-Auloy, Jean / Steinmetz, Frank, *Droit de la consommation*, 4 ème édition, 1996 Paris.
- Ceylan, Ebru, *Türk Hukukunda Taşınır Satımı Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998. (dönme)
- Ceylan, Ebru, "Belçika Hukukunda Tüketici Kredileriyle İlgili 12 Haziran 1991 Tarihli Yasa", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, *GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/1, s. 747-767. (Belçika Hukuku)
- Ceylan, Ebru, "4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yeni Düzenlemeler", *GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/2, s.267-297. (4822 sayılı Kanun)
- Ceylan, Ebru, *Banka ve Kredi Kartları*, 20.03.2006 Günlü sempozyumun notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2006, s.-41-55. (Sempozyum)
- Ceylan, Ebru, "Tüketici Kredileri", *Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı'nın ve Avrupa Konseyi Proje Ofisi Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün düzenlediği Tüketicinin Korunması Semineri*, 2-4 Kasım 2006, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s. 85-97, 109-110, 205-206. (tüketici kredileri)
- Ceylan, Ebru, "Tekelleşmenin Rekabet Düzenine Etkisi ve Hukuki Durumu", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan Özel Sayısı, 2007/II, s.345-372. (tekelleşme)
- Ceylan, Ebru, "Tüketicinin Kredi Kartlarında Korunması", *İstanbul Barosu Dergisi Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, Kasım 2007, Sayfa 25-38. Baskı hatası nedeni ile "Kredi Kartlarından" ifadesi çıkmıştır) (kredi kartları)

- Çeker, Mustafa, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Tüketici Kredileri Açısından Bankalara Getirdiği Yükümlülükler", *Bankacılık Dergisi*, 1995, S. 15, s. 14 vd.
- Çetin, Ali, "Mortgage (Tut-Sat) Yasası, *İstanbul Barosu, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı*, Kasım 2007, s. 53-58.
- Demir, Mehmet, "4822 Sayılı Kanun ile Tüketici Sözleşmeleri Alanında Getirilen Yenilikler", *Batider*, Yıl 2003, C.XXII S.1, s. 207- 236.
- Deryal, Yahya, "4077 sayılı Kanuna Göre Tüketici Kredisi Sözleşmeleri", *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan*, İstanbul 2001, s. 139-177. (tüketici kredisi)
- Deryal, Yahya, *Tüketici Hukuku*, Ankara 2004.
- Ekinci, Mustafa, *Açıklamalı-Gerekçeli 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu*, Ankara 2006.
- Gezder, Ümit, *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, İstanbul 1998.
- Halfmeier, Axel, Avrupa Birliği'nin Tüketici Politikası ve Almanya'da Tüketicilerin Korunması, Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı'nın ve Avrupa Konseyi Proje Ofisi Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün düzenlediği *Tüketicinin Korunması Semineri*, 2-4 Kasım 2006, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s158- 169.
- İnal, Tamer, *Açıklamalı-İçtihatlı Tüketici Kredileri Ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri: İsviçre Hukuku-Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında*, İstanbul 2002.
- İnal, Tamer, Konut Amaçlı Taşınmaz Alımından Doğan, Şahsi Hakka Dayalı Tapu İptali ve Tescil Davasında Görevli Tüketici Mahkemesi, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S. 35-36, 2007, s. 179-234 (konut) .
- Kadioğlu, Kamil, *Gerekçeli-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, 2. baskı, Ankara 2005.
- Kostakoğlu, Cengiz, *Banka Kredi Sözleşmeleri ve Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar*, Ankara 2006.
- Kuntalp, Erden, "Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara 28-29 Nisan 1995, s. 273-310.
- Mermer, Suat, *Tüketici Hukuku Bakımından Konut Finansmanı, Finans Hukuku ve Mortgage*, İstanbul Barosu Yayını,2007,s. 175-185.

- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2006.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı, *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000, s.665-692.
- Özsunay, Ergun, "AB Hukukunda Tüketici Kredileri (AB Hukukundaki Çözümlerin Işığında 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Tüketici Kredilerine İlişkin Çözümlerinin Değerlendirilmesi)", *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:3, S. 1-2, (*Türk-Avusturya Hukuk Haftası Özel Sayısı* "Avrupa Hukuku ve Ulusal Hukuklar Bağlamında Tüketicinin Korunması Hukuku" İstanbul 03-06 Nisan 2004) Aralık 2004, s. 49-64. (AB Hukuku)
- Özsunay, Ergun, "Türkiye'de tüketici kredileri: hukuki çerçeve ve uygulama üzerine bazı düşünceler", *Tüketici Kredileri ve Batı Ülkelerindeki Uygulamalar Paneli*, İstanbul Ticaret Odası yayını, İstanbul 1992. (tüketici kredileri)
- Paisant, Gilles/Dutoit, Bernard/Favre-Bulle, Xavier/Piotet, Denis/Stauder, Bernd, *La nouvelle loi fédérale sur le crédit à la consommation*, Travaux de la demi-journée organisée le 6 Mars 2002 à L'Université de Lausanne, Lausanne 2002,
- Serozan, Rona, "Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirilmesi", *Yasa Hukuk Dergisi*, C.XV, S.173/4, 1996,s.579-598. (sözleşme)
- Serozan, Rona, "Tüketiciyi Koruma Kanunu Değişikliğinin Artıları ve Eksileri", *İÜHFİM*, C.LXI, S.1-2, 2003, s.339-356. (Değişiklik)
- Sezgin, Ali, "Tüketicilerin Korunmasında Avrupa Birliği Hukukunun Etkisi", *Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı'nın ve Avrupa Konseyi Proje Ofisi Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün düzenlediği Tüketicinin Korunması Semineri*, 2-4 Kasım 2006, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2007, s.170-175.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C. 1/II, 5. basım, Ankara 1992.
- Teoman, Ömer, *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması*, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul 1996.
- Teoman, Ömer, *Yaşayan Ticaret Hukuku*, C.I, Kitap 7, İstanbul 1997.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. baskı, İstanbul 1993.

Uluslan, İlhan, "4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) 10. Maddesinin Dördüncü Fıkrasında Yer Alan Banka ve Finans Kurumlarının Tüketicilere Karşı Müteselsil Sorumluluğu Üzerine Bazı Tespit ve Düşünceler", *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan*, Ankara 2000, s.91-94.

Uzunallı Eroğlu, Sevilay, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1 2004, s.113-176.

Yavuz, Cevdet/Özen, Burak/Acar, Faruk, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 5. baskı İstanbul 2007.

Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara 2004.

Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, Ankara 2007.

İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU'NUN

4. MADDESİ VE DİLEKÇELERİN

KAYDA GİRİŞ TARİHİ

N. Münci ÇAKMAK*

Çalışmamızın amacı “*idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yer*” ifadesinin, verilen dilekçelerin kayda girdiği tarihi belirlemede yol açtığı sorunu incelemek ve Danıştay’ın bu konuda verdiği kararların tahlilini yapmaktır.

İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun 4. maddesi uyarınca “*Dilekçeler ve savunmalar ile davalara ilişkin her türlü evrak, Danıştay veya ait olduğu mahkeme başkanlıklarına veya bunlara gönderilmek üzere idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk hakimliklerine veya yabancı memleketlerde Türk konsolosluklarına verilebilir*”.

Dava dilekçesi, savunmalar ve diğer dilekçelerin 4. maddede sayılan yerlere verildiği tarih, görevli ve yetkili idarî yargı merciine verildiği tarih olarak kabul görmektedir.¹

Danıştay, dilekçelerin verilebileceği yerleri düzenleyen 4. maddenin (ve 6. maddenin) getiriliş amacını “*yasakoyucunun; idarî yargı merciilerinde açılacak herhangi bir davada, davanın taraflarının, o davaya ilişkin dilekçe ve savunma ile her türlü evrakı, davanın görülmekte olduğu yargı merciine kolaylıkla ulaştırabilmelerini sağlamayı amaçlaması*”² olarak de-

* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Bilim Dalı araştırma görevlisi.

¹ Candan, Turgut, *Açıklamalı İdarî Yargılama Usulü Kanunu*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ekim 2006, s. 260. Detaylı bilgi için bkz. Karavelioğlu, Celâl, *Açıklama ve Son İçtihatlarla İdarî Yargılama Usulü Kanunu*, Madde 1-14, Cilt 1, 6. Bası, 2006, s. 488 vd.; Gözübüyük, A. Şeref / Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 2, *İdarî Yargılama Hukuku*, 2. Bası, Ankara 2006, s. 1029 vd.; Gözübüyük, A. Şeref / Güven Dinçer, *İdarî Yargılama Usulü*, 2. Bası, Ankara 1999, s. 294-297.

² 5.D. 10/03/1999 E.1999/322 K.1999/633, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

ğerlendirmektedir. Yine Danıştay'a göre "Kanunun bu hükümlerle amacı, kişilerin Anayasal hakkı olan dava açma haklarını kullanma konusunda açıklanan iradelerinin saptanmasına yöneliktir. Bu açıklamayı tespit edecek merciler arasında asliye hukuk hakimlikleri de sayılmış bulunmaktadır."³

Dilekçelerin verilebileceği yerler arasında asliye mahkemelerinin sayılması davacılara kolaylık sağlamaktadır.⁴

Danıştay'a göre İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun "4'üncü maddesinde sözü edilen "yer" ibaresinden belediye ya da büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde bulunan tüm alanın anlaşılması gerekmektedir. Bu bakımdan; büyükşehir belediyesi bulunan yerlerde bu belediye sınırları içerisinde yer alan ilçelerin 4'üncü maddenin uygulanması açısından ayrı yer olarak kabulü olanaklı değildir."⁵

İdare veya vergi mahkemesi bulunmayan yer kavramı ile ilgili olarak dilekçelerin kayda geçtiği tarihlerle ilgili ihtimaller şu şekilde karşımıza çıkmaktadır:

İdare veya Vergi Mahkemesi Bulunmayan Bir İlden, İdare veya Vergi Mahkemesi Bulunan Bir İle Dilekçe Gönderilmesi Hali

İdare veya vergi mahkemesi bulunmayan bir ilden, idare veya vergi mahkemesi bulunan bir ile dilekçe gönderilmesi halinde dilekçenin kayda girdiği tarih, dilekçenin idare veya vergi mahkemesi bulunmayan yerdeki asliye mahkemesine verildiği tarihtir. Bu hususta konumuz açısından her hangi bir problem yaşanmamaktadır.

³ 4.D. 27/12/1995 E.1995/1175 K.1995/5867, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

⁴ Gözübüyük/Tan, s. 1030.

⁵ "2577 sayılı Kanun'un anılan 4. maddesinde sözü edilen "yer" ibaresinden belediye ya da büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde bulunan tüm alanın anlaşılması gerekmektedir. Bu bakımdan; büyükşehir belediyesi bulunan yerlerde bu belediye sınırları içerisinde yer alan ilçelerin 4'üncü maddenin uygulanması açısından ayrı yer olarak kabulü olanaklı değildir. Sözü edilen hukuki durum karşısında; davanın, dilekçenin Şişli ... Asliye Hukuk Hakimliği kaydına girdiği tarihte değil, anılan Hakimlikçe gönderilmesi üzerine İstanbul ... Vergi Mahkemesi'nin kaydına girdiği tarihte açılmış sayılmasının kabulü zorunlu olduğundan; aksi yolda verilen vergi mahkemesi kararında isabet görülmemiştir." 7. D. 13/10/2005 E.2005/492 K.2005/2453, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

İdare veya Vergi Mahkemesi Bulunan İllerde; Dilekçenin, Belediye veya Büyükşehir Belediyesi Sınırlarına Bağlı Olmayan Bir İlçedeki Asliye Hukuk Hakimliğine Verilmesi Hali

İdare veya vergi mahkemesi bulunan illerde; eğer dilekçe belediye veya büyükşehir belediyesi sınırlarına bağlı olmayan bir ilçedeki asliye hukuk hakimliğine verilirse; başvuru tarihi, dilekçenin asliye hukuk hakimliğine verildiği tarihtir. Bu durumda da her hangi bir problem söz konusu değildir.

İdare veya Vergi Mahkemesi Bulunan İllerde; Dilekçenin, İldeki İdare veya Vergi Mahkemesinin Yetki Alanı İçinde Olan İlçedeki Asliye Mahkemesine Verilmesi Hali

Bu durumda Danıştay iki farklı şekilde karar vermektedir. Birinci halde, idare veya vergi mahkemesi bulunan illerde; eğer dilekçe, ildeki idare veya vergi mahkemesinin yetki alanı içinde olan ilçedeki asliye mahkemesine verilirse, başvuru tarihi olarak dilekçenin asliye mahkemesine kaydı esas alınmamaktadır. Kayıt tarihi, asliye mahkemesinin dilekçeyi idare veya vergi mahkemesine göndermesi üzerine, idare veya vergi mahkemesine ulaştığı ve kaydolduğu tarih olarak kabul edilmektedir.⁶ Örneğin Ankara İdare Mahkemesi yerine Gölbaşı Asliye

⁶ - "Dosyanın incelenmesinden, düzeltilmesi istenilen Danıştay ... Dairesi kararının davacıya 28.12.1985 gününde tebliğ edildiği, davacının karar düzeltme istemini içeren dilekçesini yukarıda anılan kurala aykırı olarak söz konusu yerde idare ve vergi mahkemeleri bulunmasına karşın Kartal Asliye Hukuk Hakimliğine verdiği, dilekçenin 17.1.1986 gününde İdare Mahkemesinde kayda geçtiği anlaşılmış olup, 15 günlük yasal sürenin geçirildiği açıktır. Bu nedenle istemin süre aşımı yönünden reddine karar verildi." 6.D. 15/04/1986 E.1986/323 K.1986/369, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

- "Bu itibarla, davacının, dava dilekçesini, Ankara İdare Mahkemesi'ne gönderilmek üzere, Ankara İl Merkezi dışında bir yer sayılması olanaksız olan Altındağ ilçesindeki ... Asliye Hukuk Hakimliği'ne verdiği tarihin dava tarihi olarak kabulü olanaksız olup; dava dilekçesinin Ankara İdare Mahkemesine intikal ettiği tarihin dava tarihi olarak kabul edilmesi gerekmektedir." 10.D. 07/11/1988 E.1986/451 K.1988/1807, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

- "Dosyanın incelenmesinden, 17.11.2004 günlü İstanbul ... İdare Mahkemesi kararının davacı vekiline 29.3.2005 gününde tebliğ edildiği, yukarıda anılan yasa hükümleri uyarınca 30 günlük temyiz süresi dikkate alınarak en geç 28.4.2005 günü mesai saati bitimine kadar temyiz başvurusunda bulunulması gerekirken, bu süre geçirildikten sonra 2.5.2005 günü İstanbul ... İdare Mahkemesi kayıtlarına

Hukuk Mahkemesi'ne verilen dilekçenin kayda giriş tarihi, dilekçenin Gölbaşı Asliye Hukuk Mahkemesi kalemine kaydolduğu tarih değil, bu mahkemenin Ankara İdare Mahkemesi'ne göndermesiyle Ankara İdare Mahkemesinin kalemine kaydolduğu tarihtir. İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararı⁷ bu yönde olmasına rağmen Danıştay'ın uygulaması dairelere göre farklılık göstermektedir.⁸

Bu uygulamayı benimseyen Danıştay'ın bazı dairelerine göre⁹ asliye mahkemesinin bulunduğu yer, belediye veya büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde olduğu takdirde, dilekçenin asliye mahkemesi kaleminde kayda geçtiği tarih dikkate alınmamaktadır. O halde bulunulan yerde ayrı bir adliye teşkilatı bulunsa bile veya bu yer merkeze ne kadar uzak mesafede olursa olsun dilekçelerin kayda geçtiği tarih, asliye mahkemesinin dilekçeyi idare veya vergi mahkemesine göndermesi üzerine dilekçenin idare veya vergi mahkemesine ulaştığı tarih olarak kabul edilmektedir.

Ancak bu uygulama, İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 6. maddesi ile çelişir gibi görünmektedir. Kanun'un 6/1 maddesi uyarınca *"Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına veya 4 üncü maddede yazılı yerlere verilen dilekçelerin harç ve posta ücretleri alındıktan*

giren dilekçe ile temyiz isteminde bulunulduğu anlaşılmıştır. Her ne kadar, temyiz dilekçesinin 27.4.2005 gününde Pendik Asliye Hukuk Hakimliği'ne sunulduğu görülmüş ise de, İstanbul İlinde idare ve vergi mahkemesinin bulunması ve Pendik İlçesi ayrı bir ilçe olsa bile İstanbul İlının içinde yer alması nedeniyle, yukarıda Yasa hükmünde belirtilen, İdare ve Vergi mahkemelerinin bulunmadığı bir yer olarak değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır." 8.D. 24/10/2005 E.2005/5247 K.2005/4229, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

- "Olayda, 2577 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, İstanbul ilinde idare ve vergi mahkemeleri bulunması karşısında Gaziosmanpaşa Asliye Hukuk Mahkemesi kanalıyla gönderilen temyiz dilekçesinin İstanbul ... İdare Mahkemesi'nde kayda girdiği tarih esas alınmaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 15.12.2005 günlü, E:2005/3326, K:2005/2807 sayılı kararı da bu yöndedir. Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Kanun'un 55. maddesinin 5. fıkrası ve 48. maddesinin 7. fıkrası uyarınca temyiz isteminin süre aşımı yönünden reddine, dosyanın İstanbul ... İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, 18.9.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi." 6.D 18/09/2006 E.2006/181 K.2006/4145, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

- Benzer yönde karar için bkz. İdari Dava Daireleri 10/03/2005 E.2005/102 K.2005/74, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 15.12.2005 E:2005/3326, K:2005/2807 sayılı kararı, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

⁸ Candan, s. 260-261.

⁹ Bkz. 6 numaralı dipnot.

sonra deftere derhal kayıtları yapılarak kayıt tarih ve sayısı dilekçenin üzerine yazılır. Dava bu kaydın yapıldığı tarihte açılmış sayılır”.

Danıştay’ın diğer uygulaması ise aksi yönde bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. İlgili karara göre “... 4. maddenin uygulanmasında, idare veya vergi mahkemelerinin bulunduğu illerde, idari yönden ayrı adliye teşkilatı kurulmuş yerlerde asliye hukuk hakimliklerine, idare veya vergi mahkemesi başkanlıklarına gönderilmek üzere dilekçe verilmesi halinde, dilekçelerin asliye hukuk mahkemesinde kayda geçtiği tarihte davanın açılmış sayılması gerekir.”¹⁰

Görüldüğü gibi aynı konuda iki farklı uygulama mevcuttur. Bu farklılığın giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Yapılması gereken bu iki uygulamadan bir tanesinin seçilmesi veya ikili uygulamaya meydan vermeyecek şekilde 4. maddenin yeniden düzenlenmesidir. Danıştay’ın idare veya vergi mahkemesi bulunan yerlerde asliye mahkemelerine yapılan başvuru tarihini esas almaması şu anki mevzuatın mantığına daha yakın bir uygulama olmasına rağmen, aksi yönde olan daire kararlarının gerekçeleri de “kolaylık sağlanması” açısından daha yararlıdır. Ayrıca İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nun 6. maddesi karşısında başka bir yola başvurmak da mümkün değil gibi görünmektedir.

¹⁰ 4.D. 10/04/1990 E.1987/3882 K.1990/1302, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

Benzer yönde karar:

“Davacı kurumun ihtirazi kayıtla verdiği 2000 Nisan ayı muhtasar beyannamesi üzerinden yapılan tahakkuka karşı açılan davaya ilişkin dilekçe Çerkezköy Asliye Hukuk Mahkemesi kanalıyla gönderilmiştir. Çerkezköy Asliye Hukuk Hakimliğinin davacının dilekçesine derkenar ettiği 3.11.2000 günlü yazıda, dava dilekçesinin 14.6.2000 gününde .../114 muhabere no’su ile kayıtlarına girdiği ancak, harç ve posta ücretinin 19.6.2000 günü ödenmesi nedeniyle muhabere defterinin .../116 numarasına kaydının yapıldığı bildirildiğinden ve dava açma süresinin son günü olan 14.6.2000 tarihinde kayda girdiği anlaşılan dilekçeyle açılan davanın süresinde olduğu sonucuna varıldığından; mahkemece, uyuşmazlığın esasını incelemeye bir karar verilmesi gerekirken, davanın süre aşımı nedeniyle reddi hukuka uygun bulunmamıştır. Bu nedenlerle temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından yargılama giderleri yönünden hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 8.11.2002 gününde oyçokluğu ile karar verildi.” Vergi Dava Daireleri 08/11/2002 E.2002/277 K.2002/409, bkz. Danıştay Bilgi Bankası. Benzer kararlar için bkz Candan, s. 261.

İdare veya Vergi Mahkemesi Bulunan Bir İlden Başka Bir İldeki İdare veya Vergi Mahkemesine Dilekçe Gönderilmesi Durumu

İdare veya vergi mahkemesi bulunan bir ilden başka bir ildeki idare veya vergi mahkemesine dilekçe gönderilmesi durumunda dilekçe, asliye hakimliğine verildiği tarihte değil, idare veya vergi mahkemesine ulaşıncaya kayda girmiş sayılmaktadır.¹¹ Örneğin; Ankara'dan İstanbul idare mahkemelerine gönderilecek bir dilekçe 4. madde uyarınca Ankara idare mahkemelerine verildiği takdirde, verildiği bu tarih kayda geçecektir. Dilekçenin Ankara asliye hukuk hakimliğine verilmesi halinde ise dilekçe, İstanbul'a ulaştığı gün kayda geçecektir. Üzerinde durulması gerektiğini düşündüğümüz ikinci ihtimal ise budur. Madem ki 4. maddenin getiriliş amacı tarafların *"her türlü evrakı, davanın görülmekte olduğu yargı merciine kolaylıkla ulaştırabilmelerini sağlamayı amaçlamak"*¹² olarak değerlendirilmektedir o halde idare veya vergi mahkemesi bulunan bir ilden başka bir ilde dilekçe gönderileceği takdirde taraflar dilerse idare veya vergi mahkemesi bulunan ildeki asliye mahkemesine de başvurabilmelidirler. Aynı yargı çevresinde bile bazı Danıştay daireleri, asliye mahkemesine verilen dilekçeleri kayda geçmiş saymalarına rağmen (yukarıda incelediğimiz durum) farklı şehirlerde sayılmaması istikrarsızlığa neden olmaktadır. Yine bu uygulama da İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 6. maddesi ile ters düşmektedir. Dosya, Ankara'dan İstanbul'a gönderilecektir, gönderen mahkemenin idare veya vergi mahkemesi, veya asliye mahkemesi olmasının bir farkı olmadığı kanaatindeyiz. 4. maddenin lafzı karşısında Danıştay'ın bu uygulaması hukuka uygundur. Buna karşılık 4. maddede yeni bir düzenleme yapılarak yukarıda açıklamaya çalıştığımız istisnai durumla ilgili düzenleme yapılması yararlı olacaktır.

Sonuç olarak, Danıştay'ın farklı uygulamaları gerekçe açısından

¹¹ "İstanbul ilinde idare mahkemelerinin bulunması nedeniyle Kadıköy ilçesinin 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 4. maddesinde belirtilen idare ve vergi mahkemesi bulunmayan yer olarak değerlendirilemeyecek olması karşısında, 26.5.2006 tarihinde Kadıköy ... Asliye Hukuk Mahkemesi kayıtlarına giren karar düzeltme dilekçesinin 15 günlük yasal süreden sonra 02.06.2006 tarihinde idare mahkemesi kayıtlarına girdiği anlaşıldığından karar düzeltme isteminin süre aşımı nedeniyle inceleme olanağı bulunmamaktadır." 11.D. 18/09/2006 E.2006/6070 K.2006/4283, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

¹² 5.D. 10/03/1999 E.1999/322 K.1999/633, bkz. Danıştay Bilgi Bankası.

kendi içerisinde tutarlı olmasına rağmen, farklı Dairelerin aynı konuda başka hükümler vermesi gibi bir sonuç karşımıza çıkmaktadır. Bu durumun bir içtihadı birleştirme kararı veya mevzuat değişikliği ile ortadan kaldırılması bireyler açısından olumlu sonuçlar doğuracaktır.

KAYNAKLAR

Candan, Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ekim 2006.

Danıştay Bilgi Bankası için bkz. www.danistay.gov.tr

Gözübüyük, A. Şeref / Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü*, 2. Bası, Ankara 1999.

Gözübüyük, A. Şeref / Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, 2. Bası, Ankara 2006.

Karavelioğlu, Celâl, *Açıklama ve Son İçtihatlarla İdarî Yargılama Usulü Kanunu*, Madde 1-14, Cilt 1, 6. Bası, 2006.

KAMU HASTANESİNDE YAPILAN TIBBİ MÜDAHALEDE HEKİMİN ÖZEL HUKUKTAN DOĞAN SORUMLULUĞUNUN DAYANAĞI

Ferhat CANBOLAT*

I. GİRİŞ

Kamu hastanesinde görev yapan sağlık personelinin çoğu ve bu arada da hekim, kamu görevlisi ve kamu personeli statüsündedir. Kamu personeli durumundaki hekimin, kamu hastanesindeki tıbbi müdahalesinin hem kamu (ceza, idare) hukuku hem de özel hukuk bakımından çeşitli sonuçları vardır. Hekimin kamu personeli olmasının ceza hukuku bakımından en önemli sonucu, hakkında ceza davası açılabilmesi için ilgili hakkında izin verilmesinin gerekmesidir.¹ İdare hukuku bakımından ise, tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen zararlar bakımından, idarenin birinci ve asli derecede sorumlu olmasıdır.² Hekimin, kamu personeli olmasının özel hukuk bakımından en önemli sonucu ise, yapılan tıbbi müdahalede, kusurlu davranışı ile zararın ortaya çıkmasına neden olan hekimin doğrudan doğruya sorumluluğuna gidilebilmesidir.

Kamu hastanesi ile hasta arasında kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkar. Buna bağlı olarak da tıbbi müdahalede bulunulmasından dolayı ortaya çıkabilecek zararlar bakımından idare hukuku kuralları çerçevesinde hareket edilmesi gerekir. Kural bu olmakla birlikte son yıllarda kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahalelerden dolayı, doğrudan doğruya hekimler aleyhine hukuk mahkemelerinde tazminat davaları açıldığı da görülmektedir. Bunun yanı sıra yakın zaman-

* Dr., Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü araştırma görevlisi.

¹ Bkz. Hakeri, Hakan, *Hastane Yönetimin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 161 vd.

² Kızılyel, Serkan, *İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 205 vd.

da Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bazı kararlarda, hizmet kusuru ve kişisel kusur ayırımı yapılmakta ve kişisel kusurlardan dolayı hekimler aleyhine hukuk mahkemelerinde tazminat davası açılabileceği sonucuna varılmaktadır. Bu durum karşısında kamu hastanesinde çalışan bir hekimin, nasıl ve hangi durumda doğrudan hukuki sorumluluğuna başvurulabileceği ve bu sorumluluğun hukuki niteliğinin belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.

Kamu hastanelerinde idari faaliyet çerçevesinde yerine getirilen sağlık hizmetinden bir zararın ortaya çıkması halinde devlet veya ilgili kamu tüzel kişisinin sorumluluğu, kamu ve özellikle de idare hukuku boyutunu oluşturduğu için bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Aynı şekilde yapılan tıbbi müdahalenin ceza hukuku boyutu da bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu çalışma da hekimin, kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğunun hangi çerçevede söz konusu olabileceği ve bu sorumluluğun hukuki niteliği incelenecektir. Bu amaçla öncelikle kamu hastanesi ve tıbbi müdahale kavramları, kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahaleden dolayı kimin hangi hukuki kurallar çerçevesinde sorumlu olması gerektiği, kamu hastanesinde çalışan hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ve hekimin tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğu incelenecektir.

II. KAMU HASTANESİ VE TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI

Kamu hastanesi, vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak amacıyla kurulmuş olan ve kamu yönetiminin içinde yer alan teşekküldür.³ Kamu hastanelerinde amaç, sağlık hizmeti sunmak suretiyle kamu yararına hizmet etmektedir. Ancak hangi hastanenin kamu hastanesi niteliği taşıdığını belirlemede, kamu yararına hizmet etmek yeterli olmaz. Bu unsurun yanısıra hastanenin kuruluş, örgütleniş ve işleyiş biçimi itibariyle devlet veya diğer kamu tüzel kişisi tarafından kurulmuş ve işletiliyor olması da gerekir.⁴ 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu m.1 hükmünde, *"Devletin resmi hastanelerinden ve hususi idarelerle belediye hastanelerinden başka ... sağlık yurtları 'hususi hastaneler'den sayılır..."* ifa-

³ Bkz. Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991, s. 171; Yılmaz, Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 2007, s. 161.

⁴ Ayan, s. 171; Yılmaz, s. 161.

deleri kullanılmaktadır. Bu ifadelerden hareketle kamu hastanelerine; devletin resmi hastaneleri ile il özel idareleri ve belediyeler tarafından açılan hastanelerin dâhil olduğu sonucuna varılabilir. Bu hastanelerin yanısıra askeri hastaneler ile Üniversite hastanelerinin de kamu hastanelerine dâhil olduğu doktrinde eskiden beri kabul edilmektedir.⁵ Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı hastanelerin statüsü doktrinde tartışmalı olmakla⁶ ve Yargıtay⁷ tarafından da özel hastane olarak kabul edilmekle birlikte Sağlık Bakanlığı'na devredilen bu hastanelerin artık kamu hastanesi niteliği taşıdığına şüphe yoktur.⁸

Kuruluş, örgütleniş ve işleyiş biçimi itibariyle devlet veya diğer kamu tüzel kişisi dışındaki kişiler tarafından hizmet yürüten ve yatırılarak tedavi etme, rehabilitasyon ve doğum yardımlarında bulunmak amacıyla kurulan sağlık kuruluşu, özel hastane olarak kabul edilecektir. Buna göre gerçek kişi, adi ortaklık, dernek, vakıf ve Türk Ticaret Kanunu anlamında ticari şirketler tarafından kurulan ve işletilen hastaneler özel hastane kapsamında değerlendirilecektir.⁹

Kamu hastanesinde hizmet veren hekim ve yardımcı sağlık çalışanları, "kamu personeli" statüsündedir. Nitekim bu durum, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 36'da bu Kanuna tabi kurumlarda çalıştırılan memurların sınıflandırması yapılırken, "Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı" ihdas edilmiş ve bu sınıfın, sağlık hizmetlerinde mesleki eğitim görerek yetişmiş olan tabip, diş tabibi, eczacı, veteriner hekim gibi memurlar ile bu hizmet sahasında çalışan yüksek öğrenim görmüş sağlık memuru ve benzeri sağlık personelinin

⁵ Bkz. Ayan, s. 172; Yılmaz, s. 161.

⁶ Sağlık Bakanlığı'na devirden önce doktrinde savunulan bir görüş, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından kurulup işletilen hastanelerin özel hukuka tabi olduğunu kabul etmesine karşın (Bkz. Atabek Reşat, "Hastanelerin Sorumluluğu", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1986, C. 60, s. 10-11-12, s. 642); bir başka görüş, gerek kuruluş ve işleyişleri gerek sağlık personelinin istihdam tarzı ve sigortalı hastalarla aralarındaki bağımlılık ilişkisi dikkate alındığında Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından kurulup işletilen hastanelerin de kamu hastanesi olarak kabul edilmesini isabetli bulmaktadır. Bkz. Ayan, s. 172.

⁷ YHGK 26.2.2003 tarih ve E.2003/21-95, K.2003/113 sayılı karar için bkz. Savaş, Halide, *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, Ceza-Hukuk, Ankara 2007, s. 352 vd.

⁸ Bkz. Hakeri, Hakan, *Tip Hukuku*, Ankara 2007, s. 40.

⁹ Hatırnaz, Gültezer, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, Ankara 2007, s. 39; Atabek, s. 646.

kapsadığı hükme bağlanmıştır. Buna göre kamu hastanesinde çalışan ve tıbbi tedavi ve girişimlerde bulunan hekim, kamu personeli olarak kabul edilecektir.

Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade etmektedir.¹⁰ Diğer bir tanımlama ile tıbbi müdahale, hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla yapılan teknik ve bilimsel çalışmalar yoluyla vücut bütünlülüğüne el atma ve araya girmeyi ifade eder.¹¹ Bu tanımlara göre tıbbi müdahale, bir hekimin tedavi amacına yönelik olarak en basit teşhis ve tedavi yönteminden en ağır cerrahi müdahale olarak kabul edilen ameliyatlara kadar her çeşit faaliyeti ifade etmektedir.¹²

Bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilmesi için, vücuda yapılacak müdahale konusunda eğitimli bir kişinin, tıp bilim ve tekniğine ve tedavi amacına uygun olarak müdahalede bulunması gerekir. Bu nedenle de tıbbi müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi ve doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olması gerekir.¹³

III. HEKİMİN KAMU HASTANELERİNDE YAPILAN TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Bağımsız bir şekilde çalışan bir hekim ile hastası arasındaki hukuki ilişki, "sözleşme", "vekâletsiz iş görme" ve "haksız fiil" olmak üzere üç ayrı şekilde ortaya çıkabilir.¹⁴ Somut olayın özelliklerine göre ise, sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan sözleşme öncesi sorumluluk

¹⁰ Bkz. Ayan, s. 5. Ayrıca bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 31-32; Savaş, Halide, "Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 177.

¹¹ Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 51.

¹² Ayrıca geniş bir tanım ve değerlendirmeler konusunda Çakmut, Yenerer Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2002, s. 24.

¹³ Bkz. Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 53; Ayan, s. 5 vd.

¹⁴ Bkz. Özpinar, Berna, "Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 272-273; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 295.

(*culpa in contrahendo*) da söz konusu olabilir.¹⁵

Kişinin tıbbi müdahalede bulunulması amacıyla hastaneye başvurusu durumunda hukuki ilişki hastane ile hasta arasında kurulmaktadır. Bu durumu da hastanenin niteliğine göre ikiye ayırmak gerekir. Hastane özel hastane niteliğinde ise, sözleşme ilişkisi özel hastane ile hasta arasında kurulmakta ve bu sözleşmeye "*hastaneye kabul sözleşmesi*" adı verilmektedir.¹⁶ Tıbbi müdahalede bulunan hekim ve sağlık personeli ile hasta arasında sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. Burada hekim ve sağlık personeli, ifa yardımcısı durumundadır. Hekimin, tedavi faaliyetlerinden dolayı vermiş olduğu zararlardan dolayı özel hastane, BK m. 100 hükmü çerçevesinde sorumlu olur.

Tıbbi müdahalede bulunulması amacıyla başvuru hastane, kamu hastanesi ise, bu durumda hasta ile hastane arasındaki ilişki, özel hukuk ilişkisi niteliğinde değildir. Burada idare hukuku kurallarına göre çözümlenecek kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Aşağıda önce bu ilişki sonucuna bağlı olarak, tıbbi müdahaleden doğan zararlardan kimin sorumlu olduğu ve hekimin bu tür hastanelerdeki tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluğu ve bu sorumluluğun hukuki niteliği incelenecektir.

B. Kamu Hastanelerinde Yapılan Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk

Kamu hastanesi ile kamu hastanesinde tıbbi müdahalede bulunan hasta arasında bir kamu hukuku ilişkisi vardır.¹⁷ Burada hasta, kamu hizmetinden yararlanan bir kişi durumundadır. Hasta, bulunduğu hastane dâhilinde kendisine sunulan sağlık hizmetinden dolayı zarar görecektir olursa, devlet veya ilgili Kamu Tüzel Kişisi aleyhine İdare Hukuku esasları çerçevesinde dava açmalıdır. Sağlık hizmetinden dolayı idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilebilmesi için, hizmet kusurunun bulunması, bir zararın ortaya çıkması, ortaya çıkan bu

¹⁵ Bkz. Şenocak, Zarife, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1998, s. 9 vd.; Özdemir, Hayrunnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara 2004, s. 51 vd.; Ayan, s. 44-45.

¹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hatırnaz, s. 25 vd.; Ayan, s. 45-46; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 296; Özdemir, s. 51 vd.

¹⁷ Ayan, s. 46; Hakeri, *Hastane Yönetiminin Sorumluluğu*, s. 162-163; Yılmaz, s. 25; Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 39.

zararın idari faaliyetlerden doğması ve idari faaliyet ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.¹⁸

İdari faaliyet çerçevesinde sağlık hizmetinin yerine getirildiği esnada ortaya çıkan zararlardan dolayı kamu hizmetini yerine getiren hekime karşı doğrudan dava açılması mümkün değildir.¹⁹ Nitekim bu durum Anayasa m.40 ve m. 129/5; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 13’de açıkça hükme bağlanmıştır. Bu hükümlere göre, “...kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar...”. Bu düzenlemelerin yanısıra bu konuya ilişkin düzenleme getiren Hasta Hakları Yönetmeliği’nin “Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Sorumluluğu” kenar başlığını taşıyan m. 43 hükmünde açıkça bir düzenleme getirilmektedir. Buna göre, hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir. Ancak aleyhine dava açılacak merciin kamu kurum ve kuruluşu olması halinde; 2577 sayılı İYUK m. 12’ye göre; hakkın bir idari işlem dolayısı ile ihlal edilmesi halinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler. Hasta Hakları Yönetmeliği’ndeki bu hükümden de anlaşılacağı üzere tıbbi müdahaleden dolayı ortaya çıkan zararın tazmini için öncelikle idareye başvurulması gerekmektedir.

Yargıtay kararlarında da, kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahaleden doğan zararlar bakımından öncelikle idare aleyhine dava açılması, idarenin tazminat ödemekle yükümlü olması halinde kamu personeline rücu imkânının bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bir kararında Yargıtay şu şekilde hüküm vermiştir; “*Davacılar, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Balcalı Hastanesinde görevli olan doktorların kusurlu tedavileri sonucu murisleri A. A.’nın vefat ettiğini... Anayasanın 129/5 maddesi hükmüne göre kamu görevlilerinin yetki ve görevlerinin yerine getirirken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu*

¹⁸ Sağlık hizmetlerinden dolayı idarenin sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Kızılyel, s. 205 vd.

¹⁹ Ayan, s. 180; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 301; Yılmaz, s. 161; Hakeri, *Hastane Yönetiminin Sorumluluğu*, s. 162-163; Kızılyel, s. 233.

edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabilir. Bu durumda davalı doktorlar bakımından Anayasa m. 129/5 gereğince husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir".²⁰

C. Hekimin Hukuki Sorumluluğu

1. Kamu Hastanelerinde Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahalelerden dolayı idarenin birinci ve asli derecede sorumlu olduğunu yukarıda ifade ettik. Tazminat ödemekle yükümlü kılınan idare, tıbbi müdahalede kusuru bulunan ve zarara yol açan hekim ve diğer sağlık çalışanlarına idare hukuku kuralları çerçevesinde rücu edebilir. Ancak bazı durumlarda tıbbi müdahaleden dolayı zarar gören kişi veya ölümü halinde yakınları, idare aleyhine tam yargı davası açmanın yanısıra doğrudan doğruya hekim aleyhine de hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilir. Bu tür bir tazminat davasına esas teşkil edebilecek hukuki sebebin belirlenmesi açısından hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin tespiti gerekir.

Borçlar hukukunda tazminat sorumluluğunun kaynağını, sözleşme ve doğrudan doğruya kanun hükümleri oluşturur. Buna göre tazminat talepleri, ya sözleşmeye ya da kanuna dayanabilir. Aşağıda kamu personeli durumundaki hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığı veya kanundan doğan bir başka borçlar hukuku ilişkisinin bulunup bulunmadığı incelenecektir.

²⁰ Yarg. 13. HD 13.12.2004 T. ve E.2004/8677, K.2004/181152 sayılı karar için bkz. Yılmaz, s. 27. Ayrıca bu konuya ilişkin olarak, Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 28.04.2003 Tarih, E.2003/16, K.2003/23 sayılı karar ve Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 14.10.1991 Tarih, E.1991/28, K.1991/28 sayılı karar kamu görevlilerine karşı değil, idare aleyhine idare mahkemesinde dava açılması gerektiği konusundaki içtihatlardır. Bkz. Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 302-303.

a. Hekim ile Hasta Arasında Sözleşme İlişkisinin Bulunup Bulunmadığı Sorunu

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2001 yılında vermiş olduğu bir kararında, kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahalelerde; bilgi, beceri veya dikkat eksikliğinden doğan zararlarda kişisel kusur ve görev kusuru ayırımı yapmak suretiyle tıbbi müdahalede bulunan hekimler aleyhine doğrudan dava açılacağı sonucuna varmıştır. Söz konusu kararda YHGK, kamu hastanesinde çalışan doktor ile hasta arasında iki çeşit ilişki bulunduğunu, birinci ilişkinin kamusal ilişki olduğunu tespit ettikten²¹ sonra ikinci ilişkiyi şu şekilde ortaya koymuştur; *“...İkinci ilişki ise sözleşme ilişkisi olup, bunun üzerinde de durmakta yarar vardır. Kişinin yaşam ve sağlığı onun kişisel değerlerini oluşturur. Kişilik hakkının koruduğu bu değerlere el atılması ancak tıbbi tedavi amacıyla ve doktorla hasta arasında oluşturulan bir sözleşmeyle yani izinle mümkündür. Bir hastaya tedavi amacıyla yapılan el atma ve yardım bir özel hukuk ilişkisi olan vekâlet sözleşmesinin varlığını gerektirir. Tıbbi yardımın yapıldığı yer, doktorun görev ve sıfatı sonucu değiştirmeyeceği gibi doktor nerede ve ne sıfatla olursa olsun tıbbi el atma ve yardım yapma yetkisini kamu kurallarından*

²¹ “...Bu olgular karşısında davalı doktorun salt idari bir görevin yerine getirilmesi sırasında zarara yol açmayıp, idari görevi cümlesinden olmakla birlikte hekimlik sanatının icrası sırasında hakkında verilip kesinleşen mahkûmiyet kararıyla da belirlenen ve görevinden ayrılabilen salt kişisel kusuru ile davacı zararına yol açtığına duraksama bulunmamaktadır.

Bir başka bakış açısıyla doktorla hasta arasındaki ilişki yönünden olay ele alındığında ise; öğretilerde ve yargı kararlarında Memur ve kamu görevlisi doktorla hasta arasında kabul edilen iki çeşit ilişki söz konusudur.

Bunlardan ilki kamusal ilişkidir. Bu ilişkide memur olan doktor görevini yaparken bir takım idari kurallarla bağlıdır ve bu bağlılık hastayı tedavi zorunluluğunun kişinin rızasını gerektirmediği tıbbi el atmalar (zorunlu aşı gibi ya da AİDS hastalığında olduğu gibi kamu sağlığının gerektirdiği hallerde) ve tıbbi el atma ve yardımı gerektirmeyen rapor düzenlenmesi gibi hallerde söz konusudur. Bu gibi idari görev ve yetkilerini kullanırken doktor kusurlu eylemiyle bireylere zarar vermişse burada Anayasa'nın 129/5 maddesinin uygulanacağına kuşku bulunmamaktadır. Ancak somut olay bu yönü ile de ele alındığında davalı doktor kusurlu hareketiyle bireye zarar vermesi eylemi nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanmış ve ceza almıştır. Doktor ceza mahkemesinde yargılanıp mahkûm olduğuna göre artık Anayasa'nın 129/5. maddesindeki memuru korumak amacı ortadan kalkmış, diğer taraftan da zarar gören kişi memura karşı kişisel sorumluluğa giderek dava açmıştır. Bu noktada sorunun anılan maddeye göre çözümlenmesi özsel olmaktan çok biçimsel bir yorum olur. Yeri gelmişken şunu hemen ifade etmek gerekir ki, memurun kasıtlı eylemi ile taksirli eylemi arasında kişisel kusurun varlığı noktasında bir farklılık bulunmamaktadır...” YHGK. 26.09.2001 gün ve E. 2001/4-595, K. 2001/643 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr (28.09.2008 tarihli erişim).

değil hasta ile yaptığı özel hukuk sözleşmesinden alır. En önemlisi tedavi sırasında uygulanan kural ve yöntemleri idare hukuku değil tıp bilimi belirlemiştir ve tüm doktorlar tıbbi yardım yaparken öncelikle bu kurullarla bağlıdırlar. Kaldı ki günümüzde kamu kurumlarında sosyal güvencesi olmayan hastalar ücret karşılığında tedavi edilmekte ve hastanın burada da doktorunu seçme hakkı bulunmaktadır. O halde doktorla hasta arasındaki sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra Anayasa'nın 129/5. maddesinin uygulanmaması ve doktora karşı doğrudan dava açılabilme olanağının varlığının kabulü gerekir. Çünkü zarar, memur ya da kamu görevlisi olan doktorun idari yetkilerini kullanırken değil tıp bilimi kurallarına göre yapılan tıp san'atının uygulanması sırasında meydana gelmektedir. Burada doktor özel hukuk sözleşmesine aykırı davranan kişi durumundadır..."

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2007 yılında vermiş olduğu bir başka kararında da benzer gerekçelerle kamu hastanesinde çalışan hekim aleyhine doğrudan doğruya tazminat talebinde bulunulabileceği sonucuna varmaktadır.²²

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında, kamu hastanesinde çalışan doktorlar bakımından ikili bir ayırımı gidilmesi ve hekim ile hasta arasında kamusal ilişkinin yanısıra yapılan müdahalelerden dolayı sözleşme ilişkisinin de kurulduğunun kabul edilmiş olması isabetli değildir. Zira kamu hastanesinde çalışan hekim, kamu personeli statüsündedir. Hasta ile hukuki ilişki kuran hekim değil, hastane yönetiminin bağlı bulunduğu idaredir. Dolayısıyla hasta ile idare arasında kurulan ilişki, bir sözleşme ilişkisi değil, bir kamu hukuku ilişkisidir. Bu ilişkiden doğan hukuki sorunlar da idare hukuku kuralları çerçevesinde idari yargıda çözümlenmelidir. Zira Anayasa m.125/7 hükmüne göre, "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür". Ayrıca yine Anayasa m. 129/5 hükmüne göre, "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir". Bu maddelerin yanısıra 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.13 hükmüne göre de, "Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar". Bu hükümler bir arada değerlendirildiğinde, kamu

²² YHGK 31.10.2007 Tarih ve E.2007/4-800, K.2007/797 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr (28.09.2008 tarihli erişim).

personelinin görevini yaparken baskı altında kalmaması yanında, zarar gören kişinin, ekonomik bakımdan gücü sınırlı olan kamu personeline değil, ödeme gücü yüksek olan devlet veya ilgili kamu tüzel kişisine yönelme hakkı sağlanmak istendiği sonucuna ulaşılabilir.

YGHK kararında belirtildiği gibi sosyal güvencesi olmayan hastaların ücret karşılığında kamu hastanelerinde tedavi olması, verilen hizmetin kamu hizmeti olma vasfını ortadan kaldırmadığı gibi, hasta ile idare arasında kurulan ilişkiyi de bir özel hukuk ilişkisi haline dönüştürmez. Zira kamu ilişkisini doğuran sebep, sosyal güvencenin varlığı değildir. Ayrıca Atabek'in²³ de işaret ettiği üzere, kamu hastanesinde alınan ücret, hizmetin tam karşılığını oluşturmadığı gibi, bir vergi olarak da nitelendirilemez. Ancak hastanenin genel masraflarına bir katkı olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle de mali durumu iyi olmayan bir hastanın sırf ücretini ödeyemediği için tıbbi müdahalesinin yarıda kesilerek kamu hastanesinden çıkarılması düşünülemez. Bu değerlendirmeler ışığında somut olayda YGHK'nun vermiş olduğu karar tekrar değerlendirildiğinde, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olmaktan çıkarılıp sözleşme ilişkisine dönüştürülmesinin doğuracağı sakıncalı sonuçlar, işin doğası gereği ortay çıkacaktır. Sırf zarar gören hastanın, tazminat talebinde bulunmak amacıyla hekime de doğrudan başvurmasının önünü açmak amacıyla, hekim ile hasta arasında özel hukuk sözleşmesinin doğduğu kabul edildiğinde, bir sözleşme ilişkisinin gereği olarak, sözleşmenin esaslı noktalarında tarafların anlaşamaması durumunda hekime, kamu hastanesine başvuran hastaya tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınma hakkı tanınmış olur ki, bu da devletin, sosyal devlet olma özelliğiyle bağdaşmaz.

Kamu hastanesi ile kamu hastanesinde tıbbi müdahalede bulunan hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin kurulmadığı ve kamu hukuku ilişkisinin bulunduğu sonucuna varıldıktan sonra kamu hastanesinin personeli durumundaki hekim ile hasta arasında doğrudan bir ilişkinin bulunduğu ve bu ilişkinin de, sözleşme ilişkisi olduğu sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Tabi ki varılan bu sonuç, kamu hukuku ilişkisinin yanısıra aynı zamanda hekim ile hasta arasında borçlar hukukuna dayanan bir hukuki ilişkinin kurulmayacağı

²³ Bkz. Atabek, s. 637.

anlamına da gelmez.²⁴ Aşağıda bu tür bir ilişkinin varlığının bulunup bulunmayacağı değerlendirme konusu yapılacaktır.

b. Hekim ile Hasta Arasında Vekâletsiz İş Görme veya Haksız Fiil İlişkisinin Varlığı

Hekim ile hasta arasında açık veya zımni olarak kurulan bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda borçlar hukuku bakımından söz konusu ilişkinin hukuki niteliği çeşitli durumlara göre farklılık gösterecektir.²⁵ Hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahaleden dolayı bir zararın ortaya çıkması durumunda tazminat sorumluluğunun kaynağını doğrudan doğruya kanun hükümleri, yani somut durum bakımından vekâletsiz işgörme veya haksız fiil sorumluluğu oluşturur.

Hekimin sorumluluğunun hukuki niteliğini vekâletsiz iş görme oluşturabilir. Öyle bazı durumlar olabilir ki, bu durumların varlığı halinde hekim, hastaya müdahalede bulunmak zorunda kalabilir. Nitekim kamu hastanesinde çalışan bir hekimin, kendi sorumluluk alanına girmeyen bir konuda acil durumların varlığı nedeniyle tıbbi müdahalede bulunması, müdahalede bulunulan kişinin çıkarına ve muhtemel iradesine uygun bir şekilde gerçekleştiğinden vekâletsiz iş görme olarak kabul edilmelidir.²⁶ Bu durumda uygulanacak hükümler, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerdir (BK m. 410 vd.). Nitekim MK m. 25/3'deki kişilik haklarına saldırıdan elde edilen kazancın, haksız fiil hükümlerine göre değil, vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümlere göre talep edilebileceğine ilişkin düzenlemede bu sonuca ulaşmada destek noktası olabilir.²⁷

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı veya vekâletsiz iş görmenin kabul edilmediği diğer durumlarda hekim, kusurlu tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle bir zarar verdiğinde hekim ile hasta arasında Borçlar Kanunu m. 41 vd. hükümleri uyarınca

²⁴ Bkz. Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 40-41.

²⁵ Bkz. Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 30.

²⁶ Reisoğlu, Seza, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983, s. 3 vd.; Ayan, s. 60; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 102 vd.; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 295; Yılmaz, s. 38.

²⁷ Bkz. Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Ankara 2008, s. 566-567.

bir haksız fiil ilişkisi ortaya çıkabilir.²⁸ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2001 yılında vermiş olduğu kararda, "görev kusuru" ve "kişisel kusur" ayırımı yapılmakta ve kişisel kusurunun bulunduğu durumlarda memura doğrudan adli yargıda dava açılabileceği sonucuna varılmaktadır.²⁹ Ayırım ve değerlendirme doğru olmakla birlikte kararda yapılan hata, kişisel kusurdan kaynaklanan zararların tazmin edilmesinin, özel hukuk hükümleri bakımından sözleşme ilişkisine dayandırılmasındadır. Zira hekimin kişisel kusuru nedeniyle vermiş olduğu zararlardan dolayı, hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi değil, haksız fiil ilişkisi ortaya çıkar.³⁰

2. Hekimin Sorumluluğu

a. Hekimin Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluğu

Kamu hastanesinde çalışan hekim, hastanın veya yakınının herhangi bir başvurusu olmaksızın, hastanın sağlığının daha da kötüleşmesi tehlikesine karşı, acil olarak hastaya tıbbi müdahalede bulunmak zorunda kalabilir. Bu tür durumlar daha ziyade, bir kimsenin sağlığının zarar gördüğü veya tehlikeye düştüğü bir olayda hekimin tesadüfen hastanın yanında olmasında gerçekleşebilir. Bu durumda hekim, kamu hukuku ilişkisinden bağımsız ve acil olarak hastaya tıbbi mü-

²⁸ Bkz. Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 109 vd.; Ayan, s. 116; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 295; Kızılyel, s. 234; Özpınar, s. 273.

²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında kişisel kusur şu şekilde ifade edilmektedir; "...Bilindiği gibi, görev kusuru daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılmayan kişisel kusuru olarak kendini gösterir. Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev yetki ve araçlarla işlenmektedir. Kişisel kusurda ise; kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Bir başka söyleyişle kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlemiştir. Gerek öğretilerde gerek yargısal kararlarda personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamış, kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin adli yargı olduğu, hasmının da kişinin kendisi olduğu kabul edilmiştir...". Bkz. YHGK. 26.09.2001 gün ve E. 2001/4-595, K. 2001/643 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr (28.09.2008 tarihli erişim).

³⁰ Kızılyel, s. 234. Ayrıca idare hukukunda geçerli esaslar çerçevesinde kamu personelinin sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2003, s. 325 vd.

dahalelerde bulunursa bu müdahale, müdahalede bulunulan kişinin çıkarına ve muhtemel iradesine uygun bir şekilde gerçekleştiğinden vekâletsiz iş görme olarak kabul edilmelidir.³¹

Doktrinde vekâletsiz iş görmeye ilişkin ayırımlara uygun olarak bu tür acil durumlarda gerçek³² bir vekâletsiz iş görmenin bulunduğu kabul edilmelidir. Zira gerçek vekâletsiz iş görmenin unsurları³³ değerlendirildiğinde iş görme iradesi bulunan hekim, yapmış olduğu tıbbi müdahale ile bir iş görmekte, görülen bu iş başkasına ait bulunmakta, buna karşılık iş gören hekimin herhangi bir vekâleti bulunmamaktadır.³⁴ Ancak caiz olan vekâletsiz iş görmenin mi yoksa caiz olmayan vekâletsiz iş görmenin³⁵ mi bulunduğu somut olayın şartlarına göre değerlendirilecektir. Hekim, iş sahibinin menfaatine uygun olarak bir iş görmekte ise caiz olan vekâletsiz iş görme; buna

³¹ Bkz. Ayan, s. 60-61; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 102 vd.; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 295; Yılmaz, s. 38; Özpınar, s. 284.

³² Gerçek vekâletsiz iş görme, işin bir başkasının menfaatine olacak şekilde görülmesidir. Buna karşılık gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ise, vekâletsiz iş gören kişinin, kendi menfaatine, yani sırf gördüğü işten bir menfaat elde etmek amacıyla iş görmesidir. Bkz. Huguenin, Claire, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zürich-Basel-Genf 2002, N. 611 vd.; Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, C. II, Ankara 1987, s. 678 vd.; Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*, Yenilenmiş 5. Baskı İstanbul 2007, s. 520 vd.; Hatemî, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s. 489 vd.

³³ Vekâletsiz iş görmenin unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich 1988, s. 257 vd.; Schmid, Jörg, *Zürcher, Kommentar, Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 419-414 OR, Bd. V/3a, Zürich 1993, Art. 419, N. 9 vd.; Tandoğan, Haluk, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyile Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İşgörme*, İstanbul 1957, s. 74 vd.; Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, İzmir 2007, s. 351 vd.; Huguenin, N.618 vd.; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 678 vd.; Hatemî /Serozan/ Arpacı, s. 489-490; Yavuz, s. 520 vd.

³⁴ Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 102-103; Reisoğlu, *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s. 3 vd.; Ayan, s. 60; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 295; Yılmaz, s. 38.

³⁵ Caiz olan vekâletsiz iş görme, iş sahibinin menfaatine uygun olarak girişilen bir iş görmeyi gerektirir. Ayrıca, bu tür bir iş görme, BK m. 411/3 hükmüne göre, iş sahibinin geçerli, yani, kanuna ve ahlaka uygun bir yasaklamasına aykırılık oluşturmamalıdır. İş sahibinin geçerli bir müdahale yasağını açıklamasına rağmen işin görülmesi söz konusu ise, caiz olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olur. Bkz. Huguenin, N. 625; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 676-677; Zevkliler/ Havutçu, s. 352-353; Ayrıca BK m. 410 hükmüne göre, vekâletsiz iş gören durumundaki hekim, tıbbi müdahaleyi, hastanın gerçek veya varsayıma dayalı amacına uygun bir şekilde yerine getirmekle yükümlüdür.

karşılık hastanın varsayımına dayalı iradesi veya dürüst makul ortalama bir hekimin bakış açısı dikkate alındığında herhangi bir tıbbi müdahalede bulunulması gerekmiyorsa veya hasta bu tür bir müdahaleyi açıkça yasaklamışsa caiz olmayan vekâletsiz iş görme söz konusu olur.³⁶

Caiz olan vekâletsiz iş görmenin, hukuki işlem benzeri ve özellikle de sözleşme benzeri bir fiil niteliğinde olduğu, doktrinde kabul edilmektedir.³⁷ Bu durumda vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenleyen BK m. 96 vd. hükümlerine göre belirlenecektir. BK m. 96 hükmüne göre alacaklı, hakkını kısmen veya tamamen istifade edemediği takdirde borçlu, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur. Buna göre vekâletsiz iş gören durumdaki hekimin sorumluluğu için, vekâletsiz iş görmeden doğan bir borcun ihlali, kusur, zarar ve illiyet bağının olması gerekir. Diğer unsurların gerçekleştiği bir durumda BK m. 96 hükmü uyarınca sorumluluktan kurtulmak isteyen hekimin, yapmış olduğu tıbbi müdahaleden dolayı meydana gelen zararda herhangi bir kusurunun olmadığını ispat etmesi gerekir. Zira söz konusu hüküm, kusurunun bulunmadığının ispatını borçluya yüklemektedir.³⁸ Ayrıca tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekimin, her türlü ihmâl ve ihtiyatsızlıktan sorumlu tutulacağı BK. m.411’de hükme bağlanmaktadır. Bu durumda vekâletsiz olarak tıbbi müdahalede bulunan hekimin, kusurlu kabul edilmemesi ve böylelikle sorumluluktan kurtulabilmesi için, işin görülmesi sırasında her türlü özeni göstermesi gerekir.³⁹ Bunun için, vekâletsiz olarak iş gö-

³⁶ Bkz. Huguenin, N.636; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 677.

³⁷ Bkz. Huguenin, N.627; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 676; Tandoğan, *Vekâletsiz İşgörme*, s. 53-54; Yavuz, s. 521-522.

³⁸ Bkz. Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 346; Von Tuhr Andreas/ Escher Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, s. 117; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası İstanbul 2006, s. 356-357; Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası Ankara 2006, s. 476; Eren, s. 1022.

³⁹ Bkz. Demir, Mehmet, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 155; Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 7. Baskı Ankara 2007, s. 405-406; Başpınar, Veysel, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarin, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara 2004, s. 121 vd.; Gümüş, M. Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul 2001, s. 104 vd.; Huguenin, N.634; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 681-682; Yavuz, s. 524-525; Zevkliler/ Havutçu, s. 353; Ayan, s. 113; Yılmaz, s. 45 vd.

ren hekimin, tedavi sırasında amaçlanan sonucun gerçekleşmesi için hayat deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı bir tedavi sonucunu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekir.⁴⁰

Caiz olmayan bir vekâletsiz iş görmenin bulunduğu durumlarda hekimin tıbbi müdahalesi, kişilik haklarına aykırılık oluşturur.⁴¹ Böyle bir tıbbi müdahale sonucunda hastada bir zarar meydana gelmişse ve zararın meydana gelmesinde hekim kusurluysa hekim, BK m. 41 vd. hükümleri uyarınca hastaya karşı sorumlu olur. Bu durumda hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için, vekâletsiz olarak tıbbi müdahalede bulunmanın caiz olmadığı, hekimin kusurlu olduğunun ve bir zararın ortaya çıktığının ve bunun miktarının ispatı gerekir. Buna ilişkin ispat yükü, hastaya aittir.⁴²

b. Hekimin Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğu

Kamu hastanesinde çalışan hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından, vekâletsiz iş görmenin şartlarının gerçekleşmediği durumlarda hekim, kusurlu tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle bir zarar verdiğinde haksız fiil hükümleri çerçevesinde⁴³ sorumlu

⁴⁰ Bkz. Ayan, s. 88-89; Gümüş, s. 104. Nitekim Aral, vekilin göstereceği özenin ölçüsü konusunda, soyut özen ölçüsüne göre değerlendirme yapılması gerektiğini, mesleğinde gerekli ortalama zihni, bedeni ve manevi yeteneklere sahip ve hiçbir kaçınılabilen hatayı işlemeyen insan modelinin esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu model de mesleğe göre değişeceği için, mesleğe özgü ortalama davranışın ölçü olarak kabul edilmesi gerekir. Bkz. Aral, s. 406. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin (Bkz. 19.02.1960 tarih ve 10436 Sayılı Resmi Gazete) 2. ve 14. maddelerine göre hekim, gerek hastalığın teşhisinde gerekse tıbbi müdahale boyunca özen borcu altındadır.

⁴¹ Ayan, s. 116.

⁴² Bkz. Şenocak, Zarife, "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 246-247; Ayan, s. 118.

⁴³ Yargıtay'a intikal eden bir olayda kamu personeli durumundaki hekimin, tıbbi müdahalede bulunurken kişisel kusuru ile zarara sebebiyet vermesinden dolayı haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olacağına karar verilmiştir. Dava konusu olayda hekim, kaymakamlık tarafından düzenlenen sünnet şöleninde görevli doktor olarak hazır bulunmuş ve davacının oğlunun sünnetini yaparken gerekli özeni göstermemesi sonucu zarara neden olmuştur. Manevi tazminat talebiyle açılan dava sonucunda temyiz üzerine Yargıtay, şu şekilde hüküm vermiştir; "...Memur ve kamu görevlilerinin kişisel kusur teşkil eden eylemleri, Anayasanın memur ve

olur.⁴⁴ Hekimin haksız fiil sorumluluğundan söz edilebilmesi için haksız fiilin unsurlarını oluşturan; fiil, hukuka aykırılık, zarar, kusur ve fiille zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir.⁴⁵

Hekimin, haksız fiilden doğan sorumluluğunun söz konusu olması için, öncelikle bilinçli ve iradesine dayanan bir fiilin bulunması gerekir.⁴⁶ Buradaki fiil, bir şey yapma (olumlu) şeklinde olabileceği gibi yapması gereken bir davranışı gerçekleştirilmeme biçiminde de (olumsuz) ortaya çıkabilir.⁴⁷ Hekimin yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmemesi ya da hiç yerine getirmemesi halinde hastaya karşı tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.

Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğu için, ikinci unsur olarak fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Türk ve İsviçre hukukunda kabul edilen objektif teoriye göre hukuka aykırılık, doğrudan veya dolaylı olarak başkasına zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk normunun

kamu görevlileri için öngördüğü teminat kapsamında kabul edilemez. Kişisel kusur ise; sadece kin, hınc, düşmanlı ve benzeri duyguların etkisi altında gerçekleştirilen eylemler bakımından değil, görevin gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi ve mesleğin gerektirdiği ilkelere uyulmadan yerine getirilmesi durumlarında da söz konusu olur... memurun kamu görevini yerine getirirken zararı oluşturan davranışı, bir idari eylem veya işlemde kaynaklanmıyorsa çoğu kez suç teşkil eden bu davranışlar nedeniyle memur zarar görene karşı doğrudan doğruya ve kişisel kurdan dolayı sorumlu olacaktır...". Yarg. 4. HD. 30.11.1998 tarih ve E.1998/6342, K.1998/9531 sayılı karar için bkz. Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 379 vd.

⁴⁴ Bkz. Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 109 vd.; Ayan, s. 116. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda da hekim, hastanın beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerde bulunduğu için sözleşmeye aykırı zarar verici her türlü davranışının, aynı zamanda BK m. 41 vd. maddeleri anlamında haksız fiili oluşturacağı, dolayısıyla sözleşmeye dayanan sorumlulukla haksız fiil sorumluluğunun yarışacağı doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. Ayan, s. 116; Özpinar, s. 273.

⁴⁵ Haksız fiilin unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, s. 406 vd.; Schwenzler, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. Bern 2006, s. 335 vd.; Tekinay Selahattin, Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 475 vd.; Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, İstanbul 2006, s. 140 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 491 vd.; Eren, s. 468 vd.; Kılıçoğlu, s. 195 vd.

⁴⁶ Oğuzman/ Öz, s. 492; Kılıçoğlu, s. 195; Eren, s. 468; Yılmaz, s. 14.

⁴⁷ Kılıçoğlu, s. 195-196; Eren, s. 469 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 493.

ihlalini ifade eder.⁴⁸ Bir başka deyişle hukuka aykırılık, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her davranıştır. Böylece kişilerin gerek malvarlığı gerekse şahıs varlığı değerlerine zarar vermeyi yasaklayan hukuk normunun ihlali hukuka aykırılığı oluşturur.⁴⁹

Kişinin şahsiyet haklarının kapsamına giren hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğüne yapılacak her türlü müdahale, tıbbi müdahale niteliğinde de olsa hukuka aykırıdır.⁵⁰ Hekim tarafından yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı sayılmaması için, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması gerekir.⁵¹ Tıbbi müdahale, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilen esaslara uygun bir şekilde yapılmak kaydıyla özel bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde hukuka aykırılık ortadan kalkar.⁵²

Hukuka uygunluk sebepleri arasında, hastanın rızasının alınmış olması, hastanın menfaatine uygun bir hareketin bulunması veya kamu yetkisinin kullanılması sayılabilir.⁵³ Örneğin kamu hastanesinde çalışan bir hekimin, alkollü bir sürücünün kanındaki alkol miktarını ölçmek için onun rızasına aykırı olarak kanını alması, hukuka aykırılığı ortadan

⁴⁸ Von Tuhr/ Peter, s. 409; Schwenger, s. 336; Eren, s. 546; Oğuzman/ Öz, s. 493-494; Kılıçoğlu, s. 197 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 476; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 140.

⁴⁹ Von Tuhr/ Peter, s. 408 vd.; Eren, s. 548.

⁵⁰ Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 111; Ayan, s. 116; Özpınar, s. 274.

⁵¹ Hukuka uygunluk sebepleri konusunda bkz. Schwenger, s. 349; Kılıçoğlu, s. 199 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 500 vd.; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 142 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 485 vd.

⁵² Ayan, s. 117; Özpınar, s. 274.

⁵³ Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin olarak Yargıtay bir kararında şu değerlendirmelerde bulunmaktadır; "...Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için bazı şartların gerçekleşmesi öngörülmüştür. Bunlar sırasıyla, A) Hekimin tıp mesleğini icra etmeye kanunen yetkili olması, B) Hastanın rızası bulunması, C) Eylemin tıp biliminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalmasıdır. İlk koşul olayımızda mevcuttur. Hastanın rızası koşuluna gelince; Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir... O halde, davalının yaptığı muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikelerini davacıya açıkça bildirdiği sabit olmadıkça davalı tazminatla sorumlu olacaktır...". Yarg. 4.HD. 07.03.1977 tarih ve E.1976/6297, K.1977/2541 sayılı karar için bkz. Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 365 vd.

kaldıran olan kamu yetkisinin kullanılmasına örnek olarak verilebilir.⁵⁴

Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğu için, üçüncü unsur olarak, bir zararın ortaya çıkmış olması gerekir. Zararın bulunmadığı bir durumda hekimin tazminat ödeme sorumluluğu söz konusu olmaz.⁵⁵ Zarar, bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir.⁵⁶ Zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Hekimin sorumluluğu bakımından zarar, insan yaşam ve sağlığı ile ruhsal bütünlüğünde oluşan istenmeyen değişiklikler sebebiyle ortaya çıkar. Malvarlığında eksilme maddi, kişisel değerler üzerindeki eksilme ve bozulma ise manevi zararı oluşturur.⁵⁷

Hekimin sorumluluğu bakımından maddi zarar, yükümlülüğüne uygun bir müdahale gerçekleşseydi hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yapılan hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farktır. Manevi zarar ise, hatalı bir tedavinin sonucu olarak hastanın duyduğu bedensel ve manevi acıyı, hayat zevklerinde meydana gelen azalmayı ifade eder.⁵⁸ Maddi zarar kapsamına, tedavi giderleri ve çalışma gücünün kaybindan doğan zararlar; zarar görenin ölmesi halinde ise defin masrafları ve destekten yoksun kalma girer. Hekimin kusurlu eyleminin neticesinde meydana gelen zarar nedeniyle yapılan tanı, tedavi, ameliyat, ilaç gibi giderler bu kapsamdadır. Kişinin beden bütünlüğünün hekimin fiili sonucunda bozulması ve

⁵⁴ Bkz. Ayan, s. 117; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 112. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Bkz. 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı *Resmî Gazete*) n. 18'de hekimlere acil durumlarda yardımda bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu maddeye göre hekim, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir. Tehlikeli ve acil durumun tıbbi yardımı zorunlu hale getirebilmesi için, hastanın yaşam ve sağlığının ağır bir zararla karşı karşıya olması ve bu durumun da geçici olmaması gerekir. Ayrıca tehlikenin varlığının yanısıra yardıma çağrılan doktorun, hastanın durumunu ayrıntıları ile birlikte sorup öğrenmesi ve tehlikenin niteliğini bilmek için araştırma yapması gerekir. Böyle bir araştırmayı yapmaksızın doktorun hastaya müdahale etmekten kaçınması hukuka aykırı olur. Bkz. Aşçıoğlu, Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara 1993, s. 71.

⁵⁵ Eren, s. 472.

⁵⁶ Oğuzman/ Öz, s. 514; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 547-548; Kılıçoğlu, s. 209; Eren, s. 473.

⁵⁷ Bkz. Kılıçoğlu, s. 210; Aşçıoğlu, s. 99.

⁵⁸ Reisoğlu, *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s. 10; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 10 ve özellikle s. 75-76; Yılmaz, s. 15; Hatırnaz, s. 117-118; Kızılyel, s. 218-219; Özpınar, s. 277.

bunun neticesinde çalışma gücünde meydana gelen kayıp ise çalışma gücünün kaybına ilişkin zararı oluşturur. Zarara uğrayan hasta eğer ölmüşse, defin masraflarının yanısıra ölenin yardımından yoksun kalanlar da destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir.⁵⁹

Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğu için, dördüncü unsur olarak, hekimin, kast veya ihmal şeklinde bir kusurunun bulunması gerekir.⁶⁰ Sözleşmeye dayanan sorumluluktaki kusur ile haksız fiile ilişkin kusur arasında içerik bakımından bir farklılık yoktur. Farklılık ispat yükünün kime ait olacağı noktasındadır. Zira sözleşmeye dayanan sorumluluktan farklı olarak burada kusurun ispatı zarar gören durumundaki hastaya aittir.⁶¹

Hekimin tıbbi müdahalelerden sorumluluğu bakımından kusur, kast ve ihmal şeklinde ikiye ayrılır. Tazminat hukuku bakımından kusurun ağırlığı, belirlenecek tazminatın miktarı bakımından önem taşır.⁶² Hekimin sorumluluğunu ifade etmek bakımından doktrinde “meslek kusuru” ve “meslek hatası” deyimleri kullanılmaktadır.⁶³ Genel bir tanımlama ile meslek kusuru (hatası), “tıp biliminin ve uygulamasının genellikle kabul edilen prensiplerine dayanan tıbbi özen yükümlülüğünün hekim tarafından kusurlu olarak ihlalidir”.⁶⁴ Bu tanım, hem genellikle kabul

⁵⁹ Aşçıoğlu, s. 100 vd.; Yılmaz, s. 66-67; Hatırnaz, s. 119; Kızılyel, s. 222 vd.; Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*, s. 300.

⁶⁰ Von Tuhr/ Peter, s. 427-428; Eren, s. 529; Oğuzman/ Öz, s. 526 vd.; Kılıçoğlu, s. 219 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 492; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 147.

⁶¹ Ayan, s. 168. Ancak bu noktada da açılan tazminat davalarında, somut olaya uygun meslek kurallarının, yani tıbbi standartların tespiti ve bu standartlara aykırılığın ispatı ile meslek kurallarına aykırı davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağının ispatı sorununun önem taşıdığı ve hem haksız fiile hem de sözleşmeye aykırılığa dayanan taleplerde meslek kurallarına aykırı davranışı ve uygun illiyet bağını ispatın MK m. 6 hükmü uyarınca davacı durumundaki hastaya düşeceği doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. Şenocak, *Tıbbi Standartlar ve İspat*, s. 246.

⁶² Ayan, s. 100 vd.; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 79 vd., Yılmaz, s. 83 vd.; Hatırnaz, s. 116-117; Özpınar, s. 275.

⁶³ Bkz. Demir, s. 155 vd.; Ayan, s. 104 vd.; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 83 vd.; Özpınar, s. 276.

⁶⁴ Ayan, s. 105; Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 84. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2001 yılında vermiş olduğu kararda, “görev kusuru” ve “kişisel kusur” ayırımı yapılmakta ve kişisel kusurunun varlığı halinde memura doğrudan tazminat davası açılabileceği hükmüne bağlanmaktadır. Ancak bu tazminat davasının dayanağının da sözleşme ilişkisi olduğu vurgulanmaktadır. Oysaki davacının talep dilekçesinde hukuki dayanak olarak açıkça haksız fiil hükümlerine işaret edilmektedir. Dosya özetinde bu durum şu şekilde ifade edilmektedir; “...Davacı vekili cevaplara

edilen meslek kurallarına aykırılığı ifade eden objektif unsurdan hem de fiili işleyen hekimde bulunması gereken özenin ve dikkatin eksikliğini ifade eden sübjektif unsurdan oluşmaktadır. Hekimin göstermesi gereken özenin ölçüsü konusunda, BK m. 390 ve onun atfı nedeniyle BK m. 321 hükmünün uygulanması gerekir.⁶⁵ BK m. 321 hükmünde işçinin özenin ölçüsü bakımından biri sübjektif diğeri ise objektif olmak üzere iki kıstas söz konusudur. Objektif kıstas bakımından, sözleşmeye uygun olarak görülecek işin çeşidi, güçlüğü ve gerektirdiği öğrenim ve bilgi derecesi göz önünde bulundurulur. Sübjektif ölçüye göre ise, işçinin iş sahibince bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer niteliklerinin hesaba katılması gerekir.⁶⁶ Hekimin sorumluluğunda göstereceği özenin ölçüsünü belirleme bakımından, hekim, uzun süreli bir eğitim ve sınavlar sonucunda alınan diploma ile devletçe verilmiş ruhsatnameye dayalı olarak faaliyet gösterdiği için, kural olarak, sübjektif kıstasa dayanılmayacağı ve hekimin sorumluluğunun objektifleştirilmiş olduğu doktrinde Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir.⁶⁷ Buna göre, hekim, kendi sübjektif durumundan

cevabında ve aşamalarda beyanlarında; davanın sadece idari hizmet kusuruna dayanmadığını, *davalılardan doktorun haksız fiiline ve kusuruna dayanıldığını*, zamanışımı definin de dinlenemeyeceğini, davalı doktor hakkında açılmış ve Sakarya Asliye 1. Ceza Mahkemesi'nde 1995/37 esas sayılı dosyada görülmekte olan ceza davası bulunduğunu, davalı doktorun olayda şahsen kusurlu olduğundan mahkemenin görevli olduğunu belirtmiştir...". YHGK 26.09.2001 gün ve E. 2001/4-595, K. 2001/643 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr (28.09.2008 tarihli erişim). Bu talep karşısında ilişkinin sözleşme olduğuna ilişkin YHG Kurulu nitelendirmesi isabetli olmamıştır.

⁶⁵ BK m. 390 ve BK m. 321 hükümleri sözleşme hukukuna ilişkin olmakla birlikte, sözleşmeye dayanan sorumluluktaki kusur ile haksız fiile ilişkin kusur arasında içerik bakımından bir farklılık bulunmadığından, haksız fiil sorumluluğundaki kusurlu davranışın içeriğinin belirlenmesi bakımından sözleşmeye dayanan sorumluluktaki kusur kavramından faydalanılabilir.

⁶⁶ Bkz. Başpınar, s. 155 vd.; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 411; Aral, s. 404-405; Yavuz, s. 428 vd.

⁶⁷ Bkz. Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 682; Ayan, s. 89; Demir, s. 156 vd.; Yılmaz, s. 45. Yargıtay da bir kararında kusurun saptanmasında objektif ölçünün esas alınacağını belirtmektedir. Objektif ölçüyü de objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamak olarak açıklamaktadır. Kararda aynen şu ifadeler kullanılmaktadır; "...davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasında tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla olayın bir uzman önünde inceletirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü bir operatörün, ameliyat esnasında mesleki değıl, meslek dışı dikkatinin bile, böyle bir olaya meydan

bağımsız olarak, mensup olduğu ihtisas alanına dâhil “ortalama düzeydeki bir hekimin aynı hal ve şartlar altında göstereceği özeni” göstermekle yükümlüdür. Böylece hekim, gerek teşhisi koyup bu teşhise uygun tedavi yöntemini seçerken, gerek seçilen tedavi yöntemini uygularken ve diğer tüm yükümlülüklerini yerine getirirken, kendisiyle aynı ihtisas alanındaki ortalama bir hekimin benzer şartlar altında göstermesi gereken özenli davranışı göstermesi gerekir.⁶⁸

Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğu için, son unsur olarak, hastanın uğramış olduğu zararın, hekimin hukuka aykırı davranışı sonucunda meydana gelmiş olmalıdır. Diğer bir ifade ile hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.⁶⁹ Hekim ancak kusurlu tıbbi müdahalelerinin uygun sonucu olan zararlardan sorumlu tutulabilir. Eğer hekimin, hukuka aykırı ve kusurlu davranışı ile verilen zarar arasında uygun illiyet bağı yoksa hekimin tazminat sorumluluğu doğmaz.⁷⁰ Uygun illiyet bağının ispatı zarar gören durumundaki hastaya düşer.⁷¹ Ancak burada kesin bir ispat yerine, emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimali ispatlamanın yeterli olacağı, yani ilk görünüş ispatının hastaya yardımcı olacağı doktrinde kabul

vermemesi asırdır... Öyleyse gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığına bilirkişiye inceletirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır...”. Yarg. 13. HD. 14.03.1983 tarih ve E.1982/7237, K.1983/1783 sayılı karar için bkz. Savaş, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 191.

⁶⁸ Bkz. Ayan, s. 88-89; Gümüş, s. 104; Yılmaz, s. 45 vd. Yargıtay bir kararında, “...doktor, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır... Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedainin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir... Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır...” Yarg. 13. HD. 08.07.2005 tarih ve E. 2005/3645, K.2005/11796 sayılı karar için bkz. Yılmaz, s. 47-48. Bir başka kararında Yargıtay, vekil durumundaki hekimin, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Yarg. 13. HD. 07.02.2005 tarih ve E. 2004/13012, K. 2005/1711 sayılı karar için bkz. Savaş, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 189.

⁶⁹ Von Tuhr/ Peter, s. 96 vd.; Eren, s. 487 vd.; Kılıçoğlu, s. 214 vd.; Oğuzman/ Öz, s. 518 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 567 vd.; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 151 vd.

⁷⁰ Yılmaz, s. 15; Özpınar, s. 277-278.

⁷¹ Şenocak, *Hekimin Sorumluluğu*, s. 11 ve özellikle s. 14.

edilmektedir.⁷² Buna göre hastanın, hadiselerin olağan akışına göre hekimin davranışının böyle bir sonucu meydana getirmeye elverişli olduğunu ispatlaması yeterli olacaktır.

IV. SONUÇ

Kamu hastanesi, vatandaşlara sağlık hizmeti sunmak amacıyla kurulmuş olan ve kamu yönetiminin içinde yer alan teşekküldür. Kamu hastanesinde çalışan ve tıbbi tedavi ve girişimlerde bulunan hekim, kamu personeli statüsündedir. Kamu hastanesine devletin resmi hastaneleri, il özel idareleri ve belediyeler tarafından açılan hastanelerin yanısıra askeri hastaneler ile devlete üniversitelerine ait hastanelerinin dâhildir. Buna karşılık gerçek kişi, adi ortaklık, dernek, vakıf ve Türk Ticaret Kanunu anlamında ticari şirketler tarafından kurulan ve işletilen hastaneler özel hastane statüsündedir.

Tıbbi müdahale, bir hekimin tedavi amacına yönelik olarak en basit teşhis ve tedavi yönteminden en ağır cerrahi müdahale olarak kabul edilen ameliyatlara kadar her çeşit faaliyeti ifade eder.

Bağımsız bir şekilde çalışan bir hekim ile hastası arasındaki hukuki ilişki, "sözleşme", "vekâletsiz iş görme" ve "haksız fiil" olmak üzere üç ayrı şekilde ortaya çıkabilir. Kişinin tıbbi müdahalede bulunulması amacıyla hastaneye başvurması durumunda hukuki ilişki hastane ile hasta arasında kurulmaktadır. Başvurulan hastane, kamu hastanesi ise, bu durumda hasta ile hastane arasındaki ilişki, sözleşme ilişkisi değil, kamu hukuku ilişkisidir. Hasta, kamu hizmetinden yararlanan bir kişi olduğundan, kendisine sunulan sağlık hizmetinden dolayı zarar görecektir olursa, devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine İdare Hukuku esasları çerçevesinde dava açmalıdır.

Bazı durumlarda tıbbi müdahaleden dolayı zarar gören kişi veya ölümü halinde yakınları, idare aleyhine tam yargı davası açmanın yanısıra hekim aleyhine doğrudan doğruya hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilir. Hekim ile hasta arasında açık veya zımni olarak kurulan bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda borçlar hukuku bakımından hekimin yapmış olduğu tıbbi müdahaleden dolayı bir zarar ortaya çıkmışsa tazminat sorumluluğunun kaynağını

⁷² Bkz. Reisoğlu, *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*, s. 9; Ayan, s. 118; Özpınar, s. 278.

doğrudan doğruya kanun hükümleri, yani somut durum bakımından vekâletsiz işgörme veya haksız fiil sorumluluğu oluşturur.

Kamu hastanesinde çalışan hekim, hastanın veya yakınının her hangi bir başvurusu olmaksızın, hastanın sağlığının daha da kötüleşmesi tehlikesine karşı, acil olarak hastaya tıbbi müdahalede bulunmak zorunda kalmışsa bu müdahale, müdahalede bulunulan kişinin çıkarına ve muhtemel iradesine uygun bir şekilde gerçekleştiğinden haksız fiil değil, vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilir. Caiz olan vekâletsiz iş görme, hukuki işlem benzeri ve özellikle de sözleşme benzeri bir fiil niteliğindedir. Bu durumda vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk, sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenleyen BK m. 96 vd. hükümlerine göre belirlenecektir. Buna göre vekâletsiz iş gören durumundaki hekimin sorumluluğu için, vekâletsiz iş görmeden doğan bir borcun ihlali, kusur, zarar ve illiyet bağının olması gerekir. BK m. 96 hükmü uyarınca sorumluluktan kurtulmak isteyen hekimin, yapmış olduğu tıbbi müdahaleden dolayı meydana gelen zararda herhangi bir kusurunun olmadığını ispat etmesi gerekir. Ayrıca vekâletsiz olarak tıbbi müdahalede bulunan hekimin, BK m. 411 hükmü uyarınca kusurlu kabul edilmemesi ve böylelikle sorumluluktan kurtulabilmesi için, işin görülmesi sırasında her türlü özeni göstermesi gerekir. Bunun için, vekâletsiz olarak iş gören hekimin, tedavi sırasında amaçlanan sonucun gerçekleşmesi için hayat deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı bir tedavi sonucunu engelleyecek davranışlardan kaçınması gerekir. Caiz olmayan bir vekâletsiz iş görmenin bulunduğu durumlarda hekimin tıbbi müdahalesi, kişilik haklarına aykırılık oluşturur ve hekim, haksız fiil hükümleri uyarınca hastaya karşı sorumlu olur.

Kamu hastanesinde çalışan hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmadığından, vekâletsiz iş görmenin şartlarının da gerçekleşmediği durumlarda hekim, kusurlu tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle bir zarar verdiğinde haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu olur. Bunun için de haksız fiilin unsurlarını oluşturan; fiil, hukuka aykırılık, zarar, kusur ve fiille zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Hekim tarafından yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı sayılmaması için, hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması gerekir. Hukuka uygunluk sebepleri arasında, hastanın rızasının alınmış olması, hastanın menfaatine uygun bir hareketin bulunması veya kamu yetkisinin kullanılması sayılabilir.

Hekimin sorumluluğu bakımından maddi zarar, yükümlülüğüne uygun bir müdahale gerçekleşseydi hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yapılan hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farktır. Manevi zarar ise, hatalı bir tedavinin sonucu olarak hastanın duyduğu bedensel ve manevi acıyı, hayat zevklerinde meydana gelen azalmayı ifade eder.

Hekimin tıbbi müdahalelerden sorumluluğu bakımından kusur, kast ve ihmâl şeklinde ikiye ayrılır. Hekimin sorumluluğunu ifade etmek bakımından doktrinde “meslek kusuru” ve “meslek hatası” deyimleri kullanılmaktadır. Meslek kusuru (hatası), tıp biliminin ve uygulamasının genellikle kabul edilen prensiplerine dayanan tıbbi özen yükümlülüğünün hekim tarafından kusurlu olarak ihlalidir. Haksız fiile ilişkin kusur ile sözleşmeye dayanan sorumluluktaki kusur arasında içerik bakımından bir farklılık yoktur. Farklılık ispat yükünün kime ait olacağı noktasındadır. Zira sözleşmeye dayanan sorumluluktan farklı olarak burada kusurun ispatı zarar gören durumundaki hastaya aittir.

KAYNAKLAR

- Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 7. Baskı, Ankara 2007.
- Aşcıoğlu, Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara 1993.
- Atabek, Reşat, “Hastanelerin Sorumluluğu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1986, C.60, s. 10-11-12, s. 628 vd.
- Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991.
- Başpınar, Veysel, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara 2004.
- Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, (Bucher, AT).
- Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*. 3. Aufl., Zürich 1988, (Bucher, BT).
- Çakmut, Yenerer Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2002.

- Demir, Mehmet, "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 152 vd.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Ankara 2008.
- Gümüş, M. Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul 2001.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Ankara 2003.
- Hakeri, Hakan, "Hastane Yönetimin Sorumluluğu", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 161 vd. (Hakeri, *Hastane Yönetimin Sorumluluğu*).
- Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, (Hakeri, *Tıp Hukuku*).
- Hatemî, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992.
- Hatırnaz, Gültezer, *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, Ankara 2007.
- Huguenin, Claire, *Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zürich-Basel-Genf 2002.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası Ankara 2006.
- Kızılyel, Serkan, "İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 203 vd.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası İstanbul 2006.
- Özdemir, Hayrunnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara 2004.
- Özpinar, Berna, "Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 269 vd.
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, İstanbul 2006, (Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*).
- Reisoğlu, Seza, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983, s. 1 vd. (Reisoğlu, *Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu*).
- Savaş Halide, "Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları", *Ceza-Hukuk*, Ankara 2007, (Savaş, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk*).

- Savaş Halide, "Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu", *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 171 vd., (Savaş, Hekimin Sorumluluğu).
- Schmid, Jörg, Zürcher Kommentar, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Art. 419-414 OR, Bd. V/3a, Zürich 1993.
- Schwenzer, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. Bern 2006.
- Şenocak, Zarife, "Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları", *Tıbbi Standartlar ve İspat*, *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2007, s. 241 vd., (Şenocak, Tıbbi Standartlar ve İspat).
- Şenocak, Zarif, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1998, (Şenocak, Hekimin Sorumluluğu).
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, C.II, Ankara 1987.
- Tandoğan, Haluk, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İşgörme*, İstanbul 1957.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Von Tuhr, Andreas/ Escher, Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.
- Von Tuhr, Andreas/ Peter, Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.
- Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*, Yenilenmiş 5. Baskı İstanbul 2007.
- Yılmaz, Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 2007
- Zevkliler, Aydın/ Havutçu, Ayşe, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 9. Baskı, İzmir 2007.

KAR MI İNSAN HAKKI MI “BİR İNSAN HAKKI OLARAK SU HAKKININ DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ”

Erol ÇİÇEK*

I. ÖNSÖZ

İnsan olarak, sürekli bizimle olan, kişi ve nesnelerin kıymetini ancak onları kaybedince anlıyoruz. Bu da insani bir özellik olsa gerek!.. Kaybettiğimiz kişileri tekrar yerine koymamız olanaklı değil, nesnelere ise yenileriyle değiştirebiliyoruz. Ama bazı nesnelere var ki, aslında sınırlı olmalarına rağmen biz onları tükenmez sanıyoruz. Oysa onlar da tükenebilir, en azından tekrar yerine konması uzun süre alabilir. İşte bunlardan biri de su...

Son zamanlarda su için “*mavi altın*” terimi kullanılmaya başlandı.

Küresel iklim değişimi ile birlikte suyun önemi giderek artıyor. Çokuluslu şirketler su krizine göre senaryo çalışmaları yaptırıp, karlılıklarını nasıl koruyabileceklerinin hesabını yaparken, bazı ordular da su krizine karşı savaş senaryolarını güncelleştirip, hazırlıklarını yapıyorlar. Bizde ise çeşitli kesimler kuraklık başlayınca biraz uyanır gibi oldular.

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) 2004 yılı tahminlerine göre¹ dünyada 1,1 milyar insan temiz içme suyundan, 2,4 milyar insan gerekli hijyen koşullarından yoksundur ve Dünyadaki toplam hastane yataklarının yarısı su kaynaklı hastalıklara maruz insanlar tarafından doldurulmaktadır. Günde 6000 çocuk yeterli su bulunamamasından kaynaklanan hijyenik nedenlerle ölmektedir. Birleşmiş Milletler raporlarına göre; içinde bulunduğumuz yüzyılın yarısında (2050’lerde) dünya nüfusunun 9 milyara ulaşacağı, en kötü senaryoya göre 60 ülkede 7

* Bursa Barosu eski avukatlarından.

¹ http://www.who.int/water_sanitation_health/en/factsfigures04.pdf, 13.10.2008

milyar insanın su kıtlığından etkileneneği, en iyi senaryoya göre bu sayının 48 ülkede 2 milyara düşürülebileceği öngörülmektedir.

200'e yakın çok uluslu şirketin World Business Council for Sustainable Development (WBCSD) (Sürdürülebilir Gelişme İçin Dünya İş Konseyi) çerçevesinde, uzmanlara (Water Scenarios to 2025) 2025 Yılına kadar su senaryoları adlı raporu hazırlattılar.²

Uzmanlar bu raporda gelecek 20 yılın dünyadaki ülkeler için kritik olduğunu; ülkelerin zenginleşirken kıt olan su kaynakları üzerinde ağır baskı oluşturacaklarını belirtiyorlar.

Bu raporda belirtilen senaryolara göre; su krizi, toplumsal kalkışmalara, ekonomik krize ve Avrupa'ya doğru kitlesel bir göçe sebep olabilir. Ülkelerin kendi sanayi, tarımsal, içme ve kullanma suyu ihtiyaçlarını karşılama mücadelesi nedeniyle çatışmalar yaygınlaşabilir. Raporu hazırlatan konseyin sözcüsü, Lloyd Timberlake'in söylediği gibi, *burada şirketler açısından önemli olan, karlılığı sürdürerek bu sorunun üstesinden nasıl gelinebileceğidir.*

Yine aynı sözcünün belirttiğine göre; Çin'de artan su ihtiyacı aşırı tüketime sebep olurken, evsel, tarımsal, endüstriyel ve enerji üretimi için gereken suyun azalmasına sebep olabilir. Bu kaçınılmaz olarak tarımsal ve endüstriyel üretimin azalmasına, bunun sonucunda da halk sağlığının etkilenmesine ve ekonomik krize neden olabilir. Çok uluslu şirketler açısından sorun tamamen karlılığın sürdürülebilmesidir.

Dünya Doğal Hayatı Korumu Vakfı (WWF) ve Uluslararası Su Yönetimi Enstitüsü'ne göre su sıkıntısı tahminlerin ötesinde artmaktadır. Doğu Çin'de, yetkililer milyonlarca insana tankerlerle su dağıtmaktadır. Enstitü yöneticisi Frank Rijsberman'nın³ açıklamalarına göre; dünyadaki su tüketimi 2050 yılına kadar iki kat artacak. Bazı ülkelerin de tarımsal ihtiyaçları için kullanabilecekleri suyu kalmadı. Bunların sonucu olarak su fiyatlarının hızla artması ve sıkıntının yaygınlaşması kaçınılmaz. Gelecek 20 yılın yiyecek ihtiyacının karşılanması için gereken suyun fiyatının %50 artması beklenmektedir. Enstitünün değerlendirmelerine göre; Mısır, yiyecek ihtiyacının yarısını ithal ediyor,

² <http://www.wbcd.org/plugins/DocSearch/details.asp?type=DocDet&ObjectId=MTk2MzY> 13.10.2008

³ <http://www.guardian.co.uk/environment/2006/aug/17/water.international-news> 16.10.2008

çünkü tarımsal sulama için yeterli suya sahip değil. Orta Asya'da Aral Gölü aşırı kullanımdan dolayı iyice küçüldü. Yine Avrupa'nın Atlantik kıyılarında kuraklık var, sulu tarım ve suya dayalı turizm (golf sahaları) Akdeniz ülkelerinde su kaynaklarını tehdit ediyor. İklim değişimi nedeniyle artacak buharlaşmanın sorunu daha da büyütmesi kaçınılmaz.

Son olarak, 18 Eylül 2007 tarihinde kitle iletişim araçlarında yayınlanan bir haberde, TSK (Türk Silahlı Kuvvetleri) dergisinde suyun ulusal güvenlik sorunu olduğu yönünde tespitlerin bulunduğuna ilişkin bir haber yer aldığından ve makalede ulusal güvenlik stratejisinde bu yönde değişiklik yapılması gereğinden bahsedildiğini belirtelim.

II. GİRİŞ

Dünya Su Konseyi Başkanı, Mr. Loïc Fauchon Meksika'da 4. Dünya Su Forumu'nda şöyle diyordu: *"Su hakkı insan onurunun ayrılmaz bir parçasıdır. Gelin bunu her devletin anayasasına yazalım, gelin bunu merkezi hükümet ve belediye binalarının ön yüzüne işleyelim ve gelin bunu her okulda, çocuklarımızın defterlerine yazalım."*⁴

Günlük ihtiyaçlarını karşılamak için, her insanın günde minimum 20-50 litre temiz suya ihtiyacı vardır.⁵ Dünyada milyarlarca insan temiz içme suyundan mahrumdur. Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) 2002 tahminlerine göre; 1,1 milyar insan (toplam dünya nüfusunun %17'si) temiz içme suyundan, 2,6 milyar insan (%42) hijyen ve temizlik olanaklarından mahrum. Her gün 5 yaşın altında 3900 çocuk suyla ilgili hastalıklardan ölüyor.

Suyun temel insan hakkı olarak kabulü, insanların, insan onurunun ve yaşamının vazgeçilmez temel unsuru olan suya ulaşmalarını kolaylaştıracak ve bunu çeşitli kişi ve kurumlar önünde ileri sürmelerine yardımcı olacaktır.

Ülkemizde kamusal bir mal olarak suya yeterli önemin verildiği söylenemez. Eğer suyu kamusal bir mal olarak değil de ticari bir meta

⁴ http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/wwc/About_us/Governance/President_statements/discours_conf_rence_minist_rielle_EN.doc 13.10.2008

⁵ www.who.int/entity/water_sanitation_health/hygiene/om/linkingchap6.pdf 13.10.2008

olarak kabul edersek, suyun çeşitli işlevlerini de (yaşamın temeli olması, günlük temizlik ve yeme içme işlevleri) parasal olarak değerlendiriyoruz demektir. Bu durum insan yaşamını da parayla değerlendirdiğimiz anlamına gelir. Bu kesinlikle bir abartma değildir. İnsan yaşamı ve onuru serbest piyasa koşullarına terk edilemez.

Bu makalede temel insan hakkı olarak su hakkının kapsamı, içeriği ve dava edilebilirliği uluslararası ve ulusal mevzuat açısından incelenecektir. Bu makale 10 başlıktan oluşmaktadır. Giriş bölümünde konunun önemini belirtmek açısından dünyada suyla ilgili güncel gelişmelere kısaca yer verilmiştir. Ana başlıklar; (III) İnsan hakları kavramı genel olarak açıklanmış ve niteliklerine kısaca değinilmiştir. (IV) Su hakkının kapsamı, gelişimi incelenmiştir. (V) Bu bölümde, su hakkının sözleşme metinlerinde doğrudan veya dolaylı olarak yer aldığı uluslararası sözleşmelere yer verilmiş ve sözleşmeler hakkında kısa açıklamalarda bulunulmuştur. (VI)15 Numaralı Direktif çerçevesinde su hakkının niteliği ve normatif kapsamı geniş olarak ele alınmış, Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Komitesi 15 Numaralı Genel Direktifinin devletler açısından bağlayıcılık sorunu uluslararası anlaşmalar, BM belgeleri ve genel yorumlar açısından açıklanmaya çalışılmıştır. (VII) Uluslararası Alanda Su Hakkının Dava Edilebilirliği (VIII) Ulusal bazda su hakkının kullanılması ülkemizin taraf olduğu sözleşmeler ve T.C. Anayasası hükümleri çerçevesinde ayrı ayrı incelenmiştir. (IX) Su hizmetlerinin özelleştirilmesini öngörmesinden dolayı, GATS (Hizmet Ticareti Genel Anlaşması) anlaşmasına da değinilmiştir.

III. İNSAN HAKLARI KAVRAMI

Hak, hukuken korunan menfaattir. Hukuk düzeninin kişilere tanımış olduğu yetkiler olarak tanımlanabilir. Bu yetkilerin belirli bir sınırı vardır, aşıldığı takdirde aşan kişi cezalandırılabilir ya da hakkını ihlal ettiği kişiye tazminat ödemeye mahkum edilebilir. Hak kullanılırken başkalarının haklarını çiğnemek suç ve/veya haksız fiil teşkil eder.

İnsan Hakları ise her insanın doğuştan sahip olduğuna inanılan, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikte oldukları kabul edilen haklardır. İnsan Hakları Beyannamesi,⁶ insan haklarını güvence

⁶ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı

altına almak için oluşturulan bir nevi uluslar üstü anayasa gibidir. Bu beyanname 10 Aralık 1948 yılında hazırlanmıştır ve Türkiye Cumhuriyeti bu sözleşmeyi 1954 yılında imzalamıştır.

İnsan hakları, insanların doğumundan itibaren sahip oldukları bazı temel hak ve özgürlükler ile insan onurunu kapsar.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, m.1'de bu tanım şöyledir: "Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar." Beynamede en öncelikli hak olarak; yaşam hakkı, özgürlük ve kişi güvenliği yer almıştır.⁷

İnsan hakları, ırk, din, dil ve cinsiyet ayrımı gözetmeksizin tüm insanların yararlanabileceği haklardır. Bu hakları kullanmakta herkes eşittir. Diğer yandan *insan hakları* terimi bir ideali içerir. Bu terimi kullananlar, bu alanda olanı değil, *olması gerekeni* dile getirirler. İnsan hakları, tüm insanların hak ve saygınlık açısından eşit ve özgür olarak doğduğu anlayışına dayanır. İnsan hakları, her bir bireye bağımsız seçim yapma ve yeteneklerini geliştirme özgürlüğü sağlar. Bu özgürlükler başkalarının haklarına saygılı olmak ve bu hakları çiğnememe zorunluluğu ile dengelenmektedir. Bir başka deyişle, birçok hakkın yanında sorumluluk da bulunmaktadır.

Can ve mal güvenliği, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü ve siyasi haklar gibi geleneksel hak ve özgürlükler birinci kuşak, çalışma hakkı, adil ve eşit ücret, insan haysiyetine yaraşır bir yaşam düzeyine kavuşma hakkı ve sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı gibi bir takım ekonomik ve sosyal haklar da ikinci kuşak haklar olarak adlandırılmaktadır. Üçüncü kuşak haklar ise, çevre hakkı gibi haklardır.

Hak kavramı, hem pozitif, hem de negatif bir anlam taşır. Negatif haklar, insanın doğal haklarıdır. Negatif haklar, devletin insanlara lüt-fettiği ya da bahsettiği haklar değildir. Yaşama hakkı ve baskılara karşı direnme hakkı gibi haklar, negatif özellikte doğal haklardır. Devlet bu hakların kullanılması için gerekli ortamı hazırlar, kendisinden veya 3. kişilerden bu hakların kullanılmasına engelleyebilecek, sınırlayabilecek müdahaleleri önlemekle yükümlüdür.

Resmi Gazete' de yayınlanmıştır.

⁷ Madde 3 Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır.

Pozitif haklar, bizzat devlet tarafından vatandaşlara sağlanan haklardır. Sosyal güvenlik hakkı yada eğitim hakkından söz edildiğinde, bu hakların devlet tarafından vatandaşlara sağlanması anlaşılır. Pozitif haklar, devlete bir takım görev ve sorumluluklar yükler. Pozitif hak olarak adlandırılan şeyler, mutlaka devletin bir takım edimler ifa etmesini ve somut önlemler almasını gerektirir.

İnsan hakları, uluslararası sözleşmeler, ulusal anayasalar ve yasalarla koruma altına alınmıştır. Yurttaşlık, kültürel, sosyal, politik ve ekonomik haklar insan haklarına dahildir. İnsan hakları kavramı niteliği gereği, devlet ve kişiler arasındaki ilişkiyi belirler. Bu ilişki sonucu devlete birtakım sorumluluklar yüklenir. Bu sorumluluklar; insan haklarına saygı gösterme, onları koruma ve yerine getirmedir. Saygı gösterme, devletin hakların kullanımına doğrudan veya dolaylı olarak müdahale etmemesini; koruma, 3. kişilerin bu haklara müdahalesinin devlet tarafından önlenmesini; yerine getirme, hakların kullanımının sağlanması için gerekli tedbirleri alma görevini devletlere yükler.

IV. İNSAN HAKKI OLARAK SU

Su hakkı uluslararası alanda ilk olarak 1977 BM Su Konferansı Mar Del Plata deklarasyonu ile kabul edilmiştir.⁸ Bundan sonra, Rio Konferansı'nda, Marrakech (1997) Su Forumunda, Hague (2000), ve Kyoto 2003 Dünya Su Forumu'nda su, bir ihtiyaç ve hak olarak kabul edilmiştir. Suyun bir hak olarak tanınması, hakkın kullanımının etkin kılacak ve uygulanmasının kontrolünü sağlayacaktır.

Bu hakkın ülkeler bazında kabulü için yoğun çaba göstermek gerekmektedir. Hakkın etkin kullanımı için hükümetlerin bu sorumluluğu üzerine almaları, uygulanması için etkili çaba sarf etmeleri gerekmektedir.

A. Su Hakkının İnsan Hakkı Olarak Tanımlanmasının Anlamı Nedir?

Temiz su hakkı, ticari bir mal ve yardım anlamında bir hizmet olmaktan ziyade hukuk düzenin koruması altında olan bir haktır.

⁸ 1977'de BM öncülüğünde Mar Del Plata'da (Arjantin) toplanan ilk küresel "Su Konferansı" öncelikli sorunu "artan nüfusun sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını karşılayabilmek amacıyla yeterli ve iyi kalitede su temini" olarak belirlemiştir.

Temel ve gelişmiş seviyede temiz suya ulaşım çabaları hızlandırılmalıdır.

En az hizmet alanlar hedef alınıp, eşitsizlikler azaltılır.

Mağdur grup ve topluluklar karar alma süreçlerine katılma hakkı elde eder.

BM insan hakları sisteminde bulunan araçlar ve mekanizmalar devletlerin su hakkını uygulamalarının izlenmesinde ve devletlerin sorumlu tutulmasında kullanılır.⁹

B. Su ve İnsan Sağlığı ile İlgili Hakların Gelişimi

İnsan hakları bazı uluslararası sözleşmeler ve deklarasyonlarda yer almaktadır. Bu belgelerden biri de 1946 da kabul edilen (WHO) Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'dır.¹⁰ Erişilebilecek en yüksek düzeyde, sağlıktan yararlanmak, ırk, din, politik inanç, ekonomik ve sosyal koşullar gözetmeksizin her insanın temel haklarından biridir. Bundan sonra 1948 de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.25'de sağlık hakkını tanımıştır.

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 11 ve 12. maddelerdeki yaşam ve sağlık hakkı hükümlerini kapsamlı bir yoruma tabi tutmuştur.¹¹ Bunun sonucu olarak; temiz su, yeterli hijyen, yeterli ve güvenli yiyecek, beslenme, barınma, sağlıklı iş ve çevre, sağlıkla ilgili eğitim ve bilgilendirilme gibi hususları da sağlık hakkını belirleyen faktörler olarak saymıştır.

Komite, 2002'de suyu bağımsız bir hak olarak tanıdı. Uluslararası sözleşme ve deklarasyonlara atıf yaparak; su hakkının, yeterli bir

⁹ The right to water, s.9, http://www.who.int/water_sanitation_health/rightwater/en/, 31.10.2008

¹⁰ WHO Anayasası 22 Temmuz 1946 tarihinde 61 ülkenin temsilcisi tarafından imzalanmıştır. WHO Anayasası en az 26 üye ülke tarafından resmen kabulü ile yürürlüğe girecektir. Bu süre içerisinde WHO işlevlerini yerine getirecek bir Ara Komisyon seçilmiştir. Bu Ara Komisyon iki yıl süreyle WHO'nun görevlerini yürütmüştür. Yugoslav Prof. Dr. Andrija STAMPAR başkanlığındaki Ara Komisyon tüm çalışmalarını tamamlamış ve 26 üye ülkenin onayı 7 Nisan 1948'de gerçekleşmiştir.

¹¹ BM Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Komitesi 15 Numaralı Genel Direktifi.

yaşam standardının sağlanması için temel olduğunu belirtmiştir.¹² Bu durumda sözleşmeye taraf olan devletler, kaynaklarına bakılmaksızın hakkı minimum seviyede yerine getirmek zorundadır. Su hakkı söz konusu olduğunda bu hak, yeterli içme suyu ve hastalıkları önlemeye yetecek kadar kullanma suyunu kapsar.

C. Su Hakkının Kapsamı

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin yorumlanmasıyla ilgili olarak yayınladığı 15 numaralı Genel Direktifinde, suyu sadece sınırlı bir kaynak olarak değil, aynı zamanda kamusal bir mal olarak tanımlamıştır.¹³ Su hakkı kavramı herkesin, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın yeterli, temiz, uygun, fiziksel olarak ulaşılabilir ve ödenebilir su kullanmasını kapsar.

Su hakkı, özgürlükleri ve hakları kapsar. Özgürlük kapsamında, mevcut su kaynaklarından yararlanma, bunun gelişigüzel su kesintileri ve kirlenmelerden korunması gibi hakları kapsar. Diğerleri ise; su ile ilgili altyapı sistemlerinin mevcut olması ve bunların fırsat eşitliği çerçevesinde insanların kullanımına açık olarak yönetilmesini gerektirir.

V. ULUSLARASI SÖZLEŞMELERDE SU HAKKI

Her insanın minimum miktarda da olsa temiz su hakkı çeşitli uluslararası belgelerde ve anlaşmalarda yer almıştır. Bu anlaşmaların en önemlilerine, bunların su hakkıyla ilgili maddelerine ve kısa açıklamalarına aşağıda yer verilmiştir.

¹² Right to water. Health and human rights publication series; no. 3. s. 8.

¹³ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 15 Numaralı Genel Direktifi, Giriş bölümü

A. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹⁴ Madde 25

a. Herkesin gerek kendisine gerekse ailesi için, beslenme, giyim, barınma, sağlık ve öteki sosyal hizmetler de içinde olmak üzere; sağlığını ve güvencini sağlayacak, uygun bir yaşam düzeyine hakkı vardır. İşsizlik, hastalık, dulluk, yaşlılık ya da geçim olanaklarından kendi isteği ve iradesi dışında yoksun kalma gibi durumlarda sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

b. Analık ve çocukluk, özel koruma ve yardım görme hakkına sahiptir. Bütün çocuklar, evlilik içinde ya da dışında doğsunlar aynı sosyal korunmadan yararlanırlar.

Bu hak doğrudan yaşam hakkıyla ilgilidir. Yaşam hakkı; yaşamı sürdürme, makul, önlenbilir dert ve sıkıntılardan arı olarak yaşamayı kapsar. Madde kapsamındaki hakların yeterli standartta sağlanması için devletlerin harekete geçmesini gerektirir. Yiyecek, giyim, barınma, sağlık ve sosyal hizmetler bu hakkın temel unsurlarıdır. Yaşam hakkının unsurları kısaca şöyle özetlenebilir:¹⁵

Temiz içme ve kullanma suyuna ulaşım hakkı,
Hijyenik yaşam ortamının sağlanması,
Beslenme için yeterli yiyecek,
Kapsamlı aşı, ilaç ve tedavi hizmetleri,
Doğum öncesi ve sonrası bakım hizmetleri,
Hastalıkların önlenmesi ve yetersiz beslenme hakkında insanların bilinçlendirilmesi

Farklı sosyo-ekonomik standartlarda bulunan devletler için yeterli yaşam standardının kesin olarak belirlenmesi ise oldukça zordur. Ayrıca gelişmekte olan ülkelerin minimum standartları bile sağlayamadıkları dikkate alındığında, madde kapsamında ki hakların gelişt-

¹⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu ile "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde munasip neşriyatta bulunulması" kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 aayılı *Resmi Gazete'* de yayınlanmıştır.

¹⁵ <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/studyguides/righttohealth.html>
13.10. 2008

rilmesi ve yerine getirilebilmesi için uluslararası işbirliği gereksinimi açıktır.

B. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi¹⁶

Yaşama Standardı Hakkı

Madde 11

1. Bu Sözleşmeye Taraf olan Devletler herkese, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olma sağlar. Bu standart, yeterli beslenmeyi, giyinmeyi, barınmayı ve yaşama koşullarının sürekli olarak geliştirilmesini de içerir. Taraf Devletler bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak için, kendi serbest iradelerine dayalı uluslararası işbirliğinin esas olduğunu kabul ederek, uygun tedbirleri alırlar.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, açlıktan kurtulmanın herkes için temel bir hak olduğunu kabul ederek, kendi başlarına ve uluslararası işbirliği yoluyla, özel programlar da dahil, aşağıdakiler için gerekli olan tedbirleri alır:

a. Teknik ve bilimsel bilgiyi tam olarak kullanarak, beslenme prensipleri ile ilgili bilgileri duyurarak ve doğal kaynakların etkili bir biçimde geliştirilmesini ve kullanımını sağlayacak bir yolla tarım sistemlerini ilerleterek veya reform yaparak, üretme, üretilenleri saklama ve dağıtma yöntemlerini geliştirmek;

b. Yeryüzündeki besin kaynaklarının ihtiyaçlara göre eşit dağıtılmasını sağlamak için, gıda ihraç eden ve gıda ithal eden ülkelerin sorunlarını dikkate almak.

¹⁶ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi,

BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. Yürürlüğe giriş: 3 Ocak 1976

Türkiye, "Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi"ni 15 Ağustos 2000 tarihinde imzaladı. Bugüne kadar BM üyesi 188 ülkeden 137'sinin imzaladığı sözleşme, 4 Haziran 2003 tarihinde TBMM'de onaylandı, 17 Haziran 2003 tarihinde Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından onandıktan sonra *Resmî Gazete*'de yayınlandı.

Sağlık Standardı Hakkı Madde 12

1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanıır.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gerekli tedbirleri içerir:

a. Varolan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması,

b. Çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileriye götürme,

c. Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü,

d. Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması.

Bu sözleşmenin yukarıda belirtilen maddelerinde yaşam ve sağlık hakkı düzenleniş itibariyle uluslararası insan hakları hukukundaki en kapsamlı düzenlemedir. WHO Anayasası, sağlık hakkını, fiziki, ruhi ve sosyal refahı da kapsar şekilde kavramsallaştırmıştır.¹⁷ Sözleşmede tanınan hakları mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirmek için, özellikle yasal tedbirlerin alınması da dahil, gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt eder.¹⁸ Sözleşmeyi yorumlayanların buradan çıkardıkları sonuç, sözleşmenin taraf devletlere amaç ve hedefler gösterdiği; buradaki hakların gerçek anlamda birinci nesil haklardan olmadığı yönündedir. Sözleşmede yer alan haklar ikinci nesil haklardır ve devletlere pozitif görevler yüklemektedir.¹⁹

¹⁷ <http://www.who.int/governance/eb/constitution/en/> 11 Ekim 2008

¹⁸ Sözleşme, m.2/1. Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, gerek kendi başına ve gerekse uluslararası alanda özellikle ekonomik ve teknik yardım ve işbirliği vasıtasıyla bu Sözleşmede tanınan hakları mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirmek için, özellikle yasal tedbirlerin alınması da dahil, gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt eder.

¹⁹ The Human Right to Water, s. 29, Salman M. A. Salman and Siobhán McInerney-Lankford

Sözleşme'nin su hakkıyla ilgili olarak yorumu 15 numaralı Direktif ile yapılmıştır. Bu konu aşağıda kapsamlı olarak incelenmiştir.

C. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi²⁰

Madde 14/2 Taraf Devletler erkekler ile kadınlar arasında eşitliği sağlamak üzere, kırsal alanda meydana gelen gelişmelere katılmaları ve bu gelişmelerden yararlanmaları için kırsal alanda yaşayan kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek için gerekli her türlü tedbiri alır ve bu kadınlara özellikle aşağıdaki hakları tanır;

h. Özellikle konut, sağlık, elektrik ve *su temini*, ulaştırma ve haber-

²⁰ Genel Kurul'un 18 Aralık 1979 tarihli ve 34/180 sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır. Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1979'da kabul edildi, 1981'de sözleşme biçimini aldı. Türkiye CEDAW'ı 1985 yılında imzaladı; ama yasalarımızda Sözleşme ile çelişen hükümler olduğu için, iç hukukta gerekli düzenlemeler yapıp ayrımlıklar giderilene kadar olmak kaydıyla belgeye bu noktalarda çekince koydu. Türkiye, yeni yasa taslaklarının hazırlanması üzerine çekincelerini 1999 yılında kaldırdı.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne İlişkin İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun No. 4770 Kabul Tarihi: 30.7.2002

İhtiyari Protokol diye adlandırılan bu belge, taraf devletlerin yargılama yetkisi altında bulunan bireyler ve gruplara Sözleşme'de yer alan hakların ihlal edildiği durumlarda Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne hukuki başvuru yapabilme yolunu açmaktadır. İç hukuk yollarının tükenmesi veya çok zaman alması durumunda yapılabilen başvurunun açık ve doğru temellere dayandırılması ve Sözleşme hükümlerine uygun olması gerekmektedir.

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne Yasal Başvuru için Protokol 22 Aralık 2000 tarihinde Birleşmiş Milletler nezdinde yürürlüğe girmiştir. Ancak, Protokol'ün geçerli olabilmesi ve kadınlar tarafından kullanılabilmesi için bir ülkenin şu şartları yerine getirmesi gerekmektedir.

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ni imzalamış olmak,

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ni onaylamış olmak,

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne Yasal Başvuru için Protokol'ü imzalamış olmak,

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne Yasal Başvuru için Protokol'ü onaylamak.

Türkiye'nin 8 Eylül 2000'de imzaladığı protokol, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 30 Temmuz 2002'de onaylanarak Türkiye'de de kadınların bu başvuru olanağından yararlanmasının yolu açılmıştır.

leşme konularında yeterli yaşam standartlarından yararlanma haklarını sağlamak.

Taraf Devletler, kadınlara karşı her türlü ayrımı kınar, tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldıracı bir politika izlemeyi kabul etmişlerdir. (m.2)

D. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme²¹

Madde 24

1. Taraf Devletler, çocuğun olabilecek en iyi sağlık düzeyine kavuşma, tıbbi bakım ve rehabilitasyon hizmetlerini veren kuruluşlardan yararlanma hakkını tanır. Taraf Devletler, hiçbir çocuğun bu tür tıbbi bakım hizmetlerinden yararlanma hakkından yoksun bırakılmamasını güvence altına almak için çaba gösterirler.

2. Taraf Devletler, bu hakkın tam olarak uygulanmasını takip ederler ve özellikle:

a. Bebek ve çocuk ölüm oranlarının düşürülmesi;

b. Bütün çocuklara gerekli tıbbi yardımın ve tıbbi bakımın; temel sağlık hizmetlerinin geliştirilmesine önem verilerek sağlanması;

c. Temel sağlık hizmetleri çerçevesinde ve başka olanakların yanı sıra, kolayca bulunabilen tekniklerin kullanılması ve besleyici yiyecekler ve temiz içme suyu sağlanması yoluyla ve çevre kirlenmesinin tehlike ve zararlarını gözönüne alarak, hastalık ve yetersiz beslenmeye karşı mücadele edilmesi;

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi ile Çocuk Haklarına Dair Sözleşme dair sözleşmelerin konumuz açısından önemi; her iki sözleşmede de su hakkının açık ve doğrudan yazılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Su hakkına kay-

²¹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 49. maddeye uygun olarak 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamış ve 9 Aralık 1994 tarihinde ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 4058 sayılı Onay Kanunu 11 Aralık 1994 gün ve 22138 sayılı *Resmî Gazete'* de yayınlanmıştır. Türkiye'nin koyduğu ihtirazi kayıt şöyledir: "*Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 17., 29. ve 30. maddeleri hükümlerini T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama ve uygulama hakkını saklı tutmaktadır*".

naklılık eden sözleşmelerin hiçbirinde bu hak açık olarak yazılmamıştır. Bu hakkın açık olarak yazılmadığı sözleşmelerde, su hakkına yaşam ve sağlık hakkının ayrılmaz parçası olması nedeniyle yorum yoluyla ulaşılmıştır. Her iki anlaşma için BM tarafından uygulamaları izleme komiteleri oluşturulmuştur.

E. Avrupa Sosyal Şartı²²

Madde 11:

Sağlığın Korunması Hakkı

Akit taraflar, sağlığın korunması hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde diğer önlemlerin yanı sıra;

1. Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak,

2. Sağlıklı olmayı teşvik etmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluk duygusunu geliştirmek üzere eğitim ve danışma hizmetleri sağlamak,

3. Kazalar açısından olduğu gibi, salgın, yöresel ve diğer hastalıkları olabildiğince önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı, taahhüt ederler.

Sözleşme'nin giriş kısmında da belirtildiği gibi; bu Şartı imzalayan Avrupa Konseyi'ne üye hükümetler; Avrupa Konseyi hedefinin, kendilerinin ortak mirası olan ideal ve ilkelerin gerçekleştirilmesi ve korunması amacıyla üyeleri arasında daha güçlü bir birliğin sağlanması ve özellikle insan hakları ve temel özgürlüklerin gerçekleştirilmesi ve sürdürülmesi yoluyla sosyal ve ekonomik gelişmenin kolaylaştırılması olduğunu belirtmişlerdir. Bu sözleşmede de su hakkı açıkça yer almamaktadır.

²² 16/6/1989 tarihli ve 3581 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan 1961 tarihli Avrupa Sosyal şartı'nın (AŞŞ) yerini almak üzere, Avrupa Konseyi tarafından 1996 tarihinde kabul edilen ve ülkemiz tarafından 6/10/2004 tarihinde imzalanan "(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal şartı", onaylandı. Onayı uygun bulan 5547 sayılı Kanun, 3 Ekim 2006 tarihinde *Resmî Gazete*'de yayımlandı.

VI. EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE SU HAKKININ NORMATİF KAPSAMI

15 Numaralı Direktife²³ göre; su hakkı bazı hak ve özgürlükleri kapsar. Özgürlüklerin içinde mevcut su kaynaklarından yararlanma, gelişi güzel su kesintilerinin olmaması ve suların temiz olması gibi unsurlar yer alır. Haklar kapsamında ise, suyun kullanımında fırsat eşitliğini sağlayan bir su dağıtım ve yönetim sisteminin bulunması yer alır. Su, toplumsal ve kültürel bir mal olarak algılanmalı, ekonomik anlamda bir meta olarak değerlendirilmemelidir.²⁴

15 Numaralı Direktif “*yeterli suyu*” değişik koşullara göre tanımlamaktadır. Her halükarda 3 kriter uygulanmaktadır.

A. Mevcudiyet

Her insan içme,²⁵ kişisel temizlik, yiyecek hazırlama, kişisel ve evsel hijyen gibi kişisel ve evsel ihtiyaçları için yeterli ve sürekli²⁶ olarak suya erişim hakkına sahiptir. Yeterli suyun miktarı WHO'nun tespit ettiği miktarlardır.

B. Kalite

Kişisel ve evsel ihtiyacın karşılanmasında kullanılan su, mikro organizmalardan, kimyasal maddelerden ve radyolojik riskler gibi insan

²³ 15 Numaralı Genel Direktif, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından Kasım 2002 de kabul edilmiştir. (UN Doc. E/C.12/2002/11)

²⁴ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, 15 No'lu Genel Yorum, parag.10-11

²⁵ Bu bağlamda, “içme” ile kastedilen, gıda maddeleri ve meşrubat aracılığıyla gerçekleştirilen su tüketimidir. “Kişisel sağlık koruma”, insan dışkısının atılması anlamında kullanılmıştır. Su bazı araçların söz konusu olduğu yerlerde, su, kişisel sağlığın korunması için gereklidir. “Yiyecek hazırlama”, içinde su karıştırılan ya da suyla temasa geçen tüm maddeler dahil gıda maddelerinin temizliği ve hazırlanmasını içermektedir. Suyun “kişisel sağlığı ve ev içi sağlığı koruma” amacıyla kullanımı ise, kişisel temizlik ile hane halkının içinde bulunduğu ortamının temizliği anlamına gelmektedir. (Bkz. 15 No'lu Genel Yorum, 13 numaralı dip not)

²⁶ Suyun “sürekli” olarak sağlanması, buradaki düzenliliğinin kişisel ve ev içi kullanım için yeterli olması anlamına gelmektedir. (Bkz. 15 No'lu Genel Yorum, 12 numaralı dip not)

sağlığına zararlı etkenlerden arındırılmış olmalıdır. Bu su kabul edilebilir, renk, koku ve tatta olmalıdır.

C. Ulaşılabilirlik

Su ve yeterli su hizmetleri ayırım yapılmaksızın devletin yargı yetkisindeki herkesin ulaşımına açık olmalıdır. Suyu ulaşımın ortak dört boyutu vardır. Bunlar:

1. Fiziksel Ulaşılabilirlik

Su imkanları ve tesisleri nüfusun tüm kesimlerinin, konut, eğitim kurumları ve işyerlerinin güvenli fiziksel ulaşımında olmalıdır. Bu imkanlar yeterli kalitede, kültürel olarak uyumlu, cinsiyete ve özel yaşama duyarlı olmalıdır.

2. Ekonomik Ulaşılabilirlik

Su ve suyla ilgili hizmetler, doğrudan ve dolaylı ücret ve masraflar herkesin ödeyebileceği miktarda olmalıdır.

3. Ayrımcılık Yapmama

Su ve suyla ilgili hizmetlere ulaşım, ırk, dil, din, cinsiyet, politik düşünce, ulusal, sosyal orijin ve zenginlik ayırımı yapılmaksızın hukuk düzen içerisinde gerçekleşmelidir.

4. Bilgiye Ulaşılabilirlik

Bu da suyla ilgili konularda, öğrenme, bilgi alma ve açıklama hakkı olarak tanımlanır.

D. Geniş Kapsamlı Uygulaması Olan Belirli Konular

15 Numaralı Direktif, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2 ve 3 maddeleri gereği, kadın ve erkek eşitliği temelinde ayırım yapılmaksızın, herkesin sözleşme hükümlerinden yarar-

landırılması yükümlülüğünü devletlere yükler.²⁷

Sözleşme'nin 2. maddesi, Sözleşmenin iç hukukta uygulanması ve ayrımcılık yasağı başlığı altında, sözleşmeye taraf devletlere bazı görevler yüklemiştir:

Yine Genel Direktif'in devletlerin yükümlülükleri ile ilgili 3. Bölümü devletlerin mevcut kaynaklarının sınırlı olduğunu kabul etmekle birlikte, su hakkıyla ilgili bazı önlemleri acil olarak alması gerektiğini belirtmektedir. Bu önlemler arasında, ayrımcılık yapmama (m.2/2), madde 11/1 ve 12'nin tam olarak uygulanması için gerekli adımların atılması görevi (m.2/1) devletlere yüklenmiştir.²⁸

Su hakkı da diğer insan haklarında olduğu gibi devletlere 3 tip görev yüklemektedir. Bunlar bu hakka saygı gösterme, koruma ve yerine getirmedir.²⁹

E. Taraf Devletlerin Yükümlülükleri

*"Bu sözleşmeye taraf her devlet, gerek kendi başına ve gerekse uluslararası alanda özellikle ekonomik ve teknik yardım ve işbirliği vasıtasıyla bu sözleşmede tanınan hakları mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirmek için, özellikle yasal tedbirlerin alınması da dahil, gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt eder."*³⁰

F. Özel Hukuki Yükümlülükler

Su hakkı, tüm diğer insan haklarında da söz olduğu üzere, taraf devletlere üç tür yükümlülük yüklemektedir: bunlar, *saygı duyma* [ria-yet etme] yükümlülüğü, *koruma* yükümlülüğü ve *yerine getirme* [gerçekleştirme] yükümlülüğüdür.

²⁷ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, 15 No'lu Genel Yorum, paragraf. 13.

²⁸ A. g. e., s. 8, paragraf. 17.

²⁹ A. g. e., s. 9, paragraf. 20.

³⁰ BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, m. 2.

1. Saygı Gösterme

Saygı gösterme görevi, devletlerin bu hakkın kullanılmasına dolaylı veya dolaysız müdahalede bulunmadan kaçınmasını gerektirir. Suyu eşit ulaşım hakkını sınırlayabilecek pratiklerden ve hareketlerden kaçınma, su dağıtımını (paylaşımı) konusunda geleneksel uygulamalara karışmama, hukuka aykırı olarak suları kirletmeme, azalmasına neden olmama (devlete ait tesisler yoluyla kirletme, silah denemeleri ve ceza olarak su alt yapısını tahrip etme gibi) gibi sorumlulukları kapsar.

2. Koruma

Koruma görevi, devletlerin üçüncü kişilerin herhangi bir şekilde su hakkının kullanımına dönük müdahalelerinin önlenmesini gerektirir. Üçüncü kişiler; bireyleri, grupları, şirketleri diğer tüzel kişileri ve bunların emri altındaki çalışanları kapsar. Koruma görevi, eşit ve yeterli suya erişimi engelleyen, suyu kirleten, su kaynaklarını eşitsiz olarak kullanan 3. kişileri gerekli ve etkin hukuki ve diğer tedbirleri alarak sınırlamayı gerektirir. Devletler aynı zamanda su hizmetlerini sağlayan 3. kişilerin, eşit, yeterli, temiz, fiziki olarak ulaşılabilir, ödenabilir su hakkını tehlikeye atmalarını önlemelidir. Bunu yaparken de sözleşmeye ve genel direktife uygun davranmalıdırlar.

3. Yerine Getirme

Uygulama görevi, kolaylaştırma, destekleme, tedarik etme alt başlıklarından oluşur. Kolaylaştırma, bireylerin ve kurumların hakkın kullanımına yardımcı olacak pozitif tedbirlerin devlet tarafından alınmasını gerektirir. Destekleme, devletin suyun hijyenik kullanımına, su kaynaklarının korunmasına, atık suların azaltılmasına dönük uygun eğitimin sağlanması için gerekli tedbirleri almasını gerektirir. Tedarik görevi, bireylerin ve grupların kendi kontrolleri dışındaki sebepler ve tasarruflarındaki araçlarla su hakkını kullanamadıkları durumlarda devletin hakkın kullanımını sağlaması gerekir.

Suyun makul, ödenabilir ücreti olması için devletin diğer tedbirlerin yanında, uygun, düşük maliyetli teknik ve teknolojilerin kullanımını, düşük ücretlendirme veya bedava tedarik ve gelir desteği gibi gerekli tedbirleri alması gerekir. Su hizmetini sağlayanlar ister kamu ister özel sektör kuruluşları olsun, su için yapılan ödemeler eşitlik

prensibine bağlı olmalı ve toplumsal olarak mağdur grupları da kapsayacak şekilde, herkes için makul olarak ödenebilir olmalıdır.

4. Temel Yükümlülükler

Komasyon, 3 No'lu Genel Direktifi'nde (1990) Sözleşme kapsamında beyan edilen tüm hakların az azından asgari düzeyde yerine getirilmesini sağlamanın, taraf devletlerin ana yükümlülüğü olduğunu teyit etmiştir. Bunlar aşağıdaki gibi tespit edilmiştir:³¹

a. Hastalıklardan korunma amacıyla; kişisel ve evsel ihtiyaçlar için yeterli, temiz suya minimum, zorunlu miktarda erişimin sağlanması,

b. Özellikle dezavantajlı veya marjinal gruplar için, ayırım yapmadan su, su hizmetleri ve kolaylıklarına erişim hakkının sağlanması,

c. Yeterli, temiz ve düzenli, su, kolaylık tesis ve hizmetlerine fiziksel erişimin sağlanması ve bu tesislerin evlere makul bir uzaklıkta bulunması, hakkın kullanımını engelleyecek beklemlere sebep olmaması gerekir,

d. Suya fiziksel erişim esnasında kişisel güvenliğin sağlanması,

e. Suyla ilgili tüm kolaylık tesis ve hizmetlerinin eşit dağıtılması,

f. Tüm topluma hitap eden ulusal bir su stratejisinin ve uygulama planının kabul edilmesi, bu planın katılımcı ve şeffaf olarak tasarlanması ve periyodik olarak gözden geçirilmesi (...),

g. Su hakkının gerçekleştirilmesinin gözetimi,

h. Marjinal ve hassas grupların görece düşük maliyetli programların kabulüyle korunması,

i. Özellikle, uygun sağlık hizmetleriyle suyla ilgili hastalıkların kontrol, tedavi ve önlenmesiyle ilgili tedbirlerin alınması.

5. İhlal Oluşturan Durumlar

Genel Direktif 15, devletlere su hakkının kullanımı ile ilgili olarak gerekli adımları atma, genel ve özel yükümlülüklerini yerine getirme

³¹ 15 No'lu Genel Yorum, parag. 37.

görevi vermiştir.³² Bunların, uluslararası hukuka uygun olarak dürüstlük kuralı çerçevesinde yerine getirilmesinde, ihmal, başarısızlık, hakkın kullanımının ihlali demektir. Taraf devletler 37. paragraftaki temel yükümlülüklerine uymamayı mazur gösteremezler ve bu yükümlülüklerini savaş, olağanüstü hal gibi gerekçelerle askıya alamazlar. (*non-derogable*)

Direktif, ihlallerin tam bir listesini önceden belirlemenin mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte, bir kısım tipik örnekleri 47. paragrafta saymıştır. Bunlar özet olarak şöyle sayılabilir:

Suyla ilgili kolaylık ve hizmetlerden gelişigüzel dışlanma, ayrımcılık, su kaynaklarının kirletilmesi ve azaltılması, su kirliliği önlenmesi ve eşit dağıtım konusunda yasal tedbirlerin alınmaması, su hizmet sağlayıcılarının yetersiz denetimi vb.

6. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin Ulusal Bazda Uygulanması

Sözleşme m.2, parag.1 göre, devletlerin sözleşme gereği yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde, özellikle yasama tedbirleri kabulü dahil uygun tüm araçları kullanmaları gerekir. (...) Sözleşme, devletlere su hakkının mümkün olan en kısa zamanda kullanılması için her türlü tedbirleri alma görevini yükler.³³

Ulusal su stratejisi ve eylem planı, şeffaflık, hesap verilebilirlik, bağımsız yargı, prensiplerine dayalı olmalıdır. İyi yönetim, su hakkı da dahil olmak üzere bütün insan haklarının yerine getirilmesinde esastir. (...) ³⁴

7. Sorumluluk ve Hukuki Çareler

Su hakkı ihlal edilen kişi veya gruplar etkin hukuki ve diğer çarelere, ulusal ve uluslararası alanda başvurabilmelidirler.³⁵ Komisyon, su hakkının bazı devletlerin anayasalarında yer aldığını, ulusal mahkemelerde dava konusu edilebildiğine de dikkat çekmiştir.

³² A. g. e., parag. 40.

³³ A. g. e., parag. 45.

³⁴ A. g. e., parag. 49.

³⁵ A. g. e., parag. 55.

(...) Hiçbir kimse, hiçbir durumda minimum gerekli sudan yoksun bırakılamaz. Kişilerin ödeme güçleri de dikkate alınmalıdır.³⁶

Hakimler, hakemler ve hukukun uygulanmasıyla uğraşan kişiler, su hakkının uygulanması ile ilgili olarak taraf devletler tarafından cesaretlendirilmelidirler.³⁷

G. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 15 Numaralı Genel Direktif'in Devletler Açısından Bağlayıcılık Sorunu

Su hakkı, temel insan haklarıyla ilgili 6 anlaşmanın ikisinde yer almaktadır. Bunlardan biri *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme*³⁸(CEDAW m.14/h, 1979) diğeri ise; Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'dir. (m. 24/c, 1989) Bu sözleşmeler bunları imzalayan tüm devletler için bağlayıcıdır. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'yi iki devlet hariç, dünyadaki tüm devletler imzalamıştır. Ayrımcılık yasağının evrensel hukukun temel ilkelerinden olduğu göz önüne alınırsa, kadın ve çocuklarla birlikte erkekler açısından da ayrımcılık yapılamayacağı ve dolayısıyla bu hakkın tüm insanları kapsadığı hukuki bir gerçekliktir.³⁹

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 15 Numaralı Direktif hukuken bağlayıcı olan bir sözleşme kapsamında yayınlanmıştır. Bu bağlamda su hakkını en açık ve kesin olarak tanıyan bir belgedir.

Bazı devletler 2002 tarihli 15 Numaralı Genel Direktif'in bağlayıcı olmadığını, bunun sadece açıklayıcı olduğunu belirtmişlerdir. Bu tartışma, direktifin su hakkının insan hakkı olarak (*enumareted*) belirten ilk belge olmasından kaynaklanmaktadır. Genel direktifler yeni haklar yaratmazlar, sadece mevcutları yorumlarlar ve devletlerin bu konulardaki ödevlerini açıklarlar.

Sözleşme'nin ve dolayısıyla 15 Numaralı Genel Direktif'in bağlayıcılığını uluslararası hukuk açısından incelemek gerekir. Uluslararası hukukun kaynaklarının biri de anlaşmalardır. Viyana Anlaşmalar Hu-

³⁶ A. g. e., parag. 56.

³⁷ A. g. e., parag. 58.

³⁸ Bkz. Yukarda dip not 20.

³⁹ http://www.righttowater.org.uk/code/no15_3.asp (31.10.2008)

kuk Sözleşmesi uluslararası anlaşmaları düzenlemektedir.⁴⁰

Sözleşme'nin 27. maddesine göre; (İç hukuk ve anlaşmalara riayet) Bir taraf bir anlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz. Yine aynı anlaşmanın 26. maddesi Ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi gereği, yürürlükteki her anlaşma ona taraf olanları bağlar ve tarafların onu iyi niyetle icra etmesi gerekir. Bu hüküm aynı zamanda uluslararası hukukun temel ilkelerindedir.

Viyana Konvansiyonu m. 31/3(c), anlaşmaların yorumunda taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralının kullanılabileceğini belirtmiş, ayrıca bu kurallar arasında Uluslararası Adalet Divanı statüsüne ilişkin 38 1(c)'de belirtilen milletlerarası hukukun genel prensiplerinin de bulunduğunu ifade etmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 8'e göre; herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır.

1993 Dünya İnsan Hakları Viyana Konferansı'nda kabul edilen Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı⁴¹ m. 5 Tüm insan hakları ve temel özgürlükler evrensel, bölünmez, karşılıklı olarak birbirine bağımlı ve birbirine bağlıdır. Uluslararası toplum insan haklarını küresel olarak, adil, eşit, aynı önem ve düzlemde ele almalıdır.⁴²

Su hakkının diğer temel insan hakları gibi dava edilemeyeceğini ileri sürmek, insan haklarının bir bütün ve birbirine bağlı olduğu şeklindeki genel prensibe de aykırıdır.

*Bunun anlamı, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların önem açısından diğer haklarla eşit olduğu; nitelik ve dava edilebilirlik açısından aynı konumda olduklarıdır. Bu yüzden, bu hakların korunma mekanizması da sivil ve politik haklarla aynı güçte olmalıdır.*⁴³

⁴⁰ Andlaşmalar Hukuku, 22 Mayıs 1969 tarihli, "Andlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi" ile düzenlenmiştir.

⁴¹ Türkiye, Viyana Deklarasyonu'nu 9 Ekim 1993 tarihinde imzalamıştır.

⁴² [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En) (21.10.2008)

⁴³ Report by the Special Rapporteur on the right to food, Mr. Jean Ziegler, submitted in accordance with Commission on Human Rights Resolution 2001/25, parag. 33. www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/832c9dd3b2f32e68c1256b970054dc

Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar pozitif haklar olduğundan devletlerin olumlu edimlerde bulunmasını gerektirmektedir. Sivil ve politik haklar ise devlete negatif sorumluluk yüklemektedir. Bunun anlamı ise, bu hakların devlet veya 3. kişiler tarafından ihlal edilmesini engellemekten ibarettir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, ile Sözleşme'ye taraf her devlet, gerek kendi başına ve gerekse uluslararası alanda özellikle ekonomik ve teknik yardım ve işbirliği vasıtasıyla bu Sözleşmede tanınan hakları mevcut kaynakları ölçüsünde giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirmek için, özellikle yasal tedbirlerin alınması da dahil, gerekli her türlü tedbiri almayı taahhüt etmiştir. Bu ifade şekli, devletler tarafından hakkın yerine getirilmesinin iyi niyet ve kaynaklara bağlı olduğu şeklinde yorumlanmış ve mahkemelerin yaptırım uygulamasını gerektiren, ivedi, bağlayıcı, hukuki bir yükümlülük olarak görülmemiştir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar komitesi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların dava edilememesini, Viyana Deklarasyonu'nun insan haklarının bölünmez, karşılıklı olarak birbirine bağımlı ve birbirine bağlı olduğu prensibiyle bağdaşmaz ve keyfi bulmaktadır.⁴⁴

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin uygulanması ile ilgili olarak Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komisyonu'nun yayınladığı, 9 No'lu Genel Yorum⁴⁵ m. 4'ün Sözleşme'nin ülke içinde uygulanması ile ilgili açıklaması şöyledir: *"Genel olarak, yasal açıdan bağlayıcı uluslararası insan hakları standartlarının her bir taraf Devletin iç hukuk sisteminde doğrudan ve derhal işlerlik kazanması ve böylelikle, bireylerin ulusal mahkeme ve davalar yoluyla haklarının uygulanmasını talep etmelerine olanak sağlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, iç hukuk yollarının tüketilmesini öngören kural, ülke içerisindeki başvuru yollarının birincil önceliğini güçlendirmektedir. Bireysel hak başvurularının takibine ilişkin uluslararası usul işlemlerinin mevcudiyeti ve daha da geliştirilmesi önem taşımaktadır; ancak, bu türden usul işlemleri nihayetinde yalnızca etkin ulusal başvuru yollarını tamamlayıcı niteliktedir."*

89/\$FILE (21.10.2008)

⁴⁴ A. g. e., p. 36, 37.

⁴⁵ [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1998.24,+CESCR+General+comment+9.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1998.24,+CESCR+General+comment+9.En?OpenDocument) (09.10.2008)

Yine aynı direktif m. 15'te ulusal mevzuatın bir devletin uluslararası hukuki yükümlülükleri ile mümkün olduğunca uyulacak şekilde yorumlanması gerektiğinin, genel olarak kabul gördüğü, bu esasta, yerel düzeyde karar alan bir merciin devleti Sözleşme'yi ihlali eden bir konuma düşüren yerel bir yasa yorumu ile devletin Sözleşme'ye uygun davranmasına olanak sağlayan bir yasa yorumu arasında tercih yapması söz konusu olduğunda, uluslararası hukuka göre tercihin ikinci yönde kullanılması gerektiği, eşitlik ve ayrımcılık yasağıyla ilgili güvenceler, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tam anlamıyla korunmasına olanak sağlayacak şekilde, mümkün olan en geniş ölçekte yorumlanmalıdır.

9 No'lu Genel Yorum m. 11'de şöyle bir hüküm yer almaktadır. (Doğrudan uygulanabilirlik) *"(...)Sözleşmenin doğrudan uygulanabilirliği hukuk eğitiminde tam anlamıyla dikkate alınmalıdır. Normların doğrudan uygulanabilir olmadıkları yönündeki a priori varsayımın engellenmesi özellikle önem taşımaktadır. Gerçekte, bu normların çoğu, doğrudan uygulanabilirlikleri mahkemelerce yaygın biçimde kabul gören diğer insan hakları sözleşmeleri hükümlerindeki kadar açık ve ayrıntılı bir ifadeyle Sözleşmede yer almaktadır."*

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, tüm hukuk normlarında olduğu gibi 15 Numaralı Genel Direktif'in bağlayıcılığı, ulus üstü ve ulusal mahkeme kararlarıyla uygulama sırasında daha da açıklığa kavuşmuş ve içi doldurulmuş olacaktır.

VII. ULUSLARARASI ALANDA SU HAKKININ DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ

Dava edilebilirlik hakların gerçekleştirilmesinin en temel unsurudur. Hakların ihlali halinde hukuki çarelere başvurabilme, hakların gerçekleştirilebilmesinin gereğidir.

İnsan hakları alanında, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar uzun zamandan beri, dava edilebilir olarak görülmüyordu. Bir hakkın sahibi, o hak ihlal edildiğinde, ihlali mahkeme önüne getiremiyorsa, o hakkın içi boş demektir. Yaptırım olmayın hak savunulamaz.

What Price for the Priceless?: Implementing The Justiciability of the Right

to Water başlıklı notta su hakkının dava edilebilirliği incelenmiştir.⁴⁶ Uluslararası alanda ve gelişmekte olan ülkelerde, su hakkının kamu tarafından yerine getirilmediği durumlarda dava edilebilir bir hak olarak tanınması yönünde gelişmeler olduğu belirtilmiştir.

Su hakkının ulusal alanda dava edilebilirliğinin üç önemli sonucu vardır. Bunlardan birincisi dava etme; mümkün olduğu takdirde su özelleştirmelerinin yaygınlaştığı gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde, yurttaşların haklarını korumada bir denge unsuru olmasıdır. İkinci olarak, dava edilebilir su hakkı; şirketlerin kar öncelikli tutumları karşısında, bunlara karşı olan normları destekler. Üçüncü olarak, bu hakkın dava edilebilir olması mahkemelerin bu hakkın anlamını açıklayarak ve yorumlayarak hükümetlere yardımcı olur.⁴⁷

Hakkın dava edilebilirliği konusunda iki yaklaşım öne çıkmaktadır. Bunlardan biri Güney Afrika uygulamasıdır. Bu uygulamada hak hem anayasada yer almakta hem de anayasa mahkemesi tarafından tanınmaktadır. İkinci uygulama Hindistan uygulamasıdır. Bu uygulamada ise Hindistan yargısı hakkın dava edilebilirliğini anayasadaki "yaşam hakkından" yola çıkarak kabul etmektedir. Su kısıtlığı özellikle gelişmekte olan ülkelerde ciddi şekilde hissedilmekte ve gittikçe kötüleşen başka problemlere de kaynaklık etmektedir. Su hakkı taraftarlarına göre, hükümetler bu hakkı, temel bir insan hakkı olarak tanıyan uluslararası hukuka aykırı olarak ihlal ettiklerinde sorumlu tutulmalıdırlar.

A. Hindistan Modeli

Hindistan anayasasında su hakkının dava edilebilirliği konusunda açık bir hak bulunmamaktadır. Bunun yerine yargı su hakkının dava edilebilirliğini anayasal olarak tanımış "yaşam hakkından" yorum yoluyla çıkarmaktadır. Anayasaya göre yaşam hakkı temel haklardandır. Mahkemeler yaşam hakkını yorumlamak suretiyle su hakkının dava edilebilirliğini tanımışlardır. Hindistan Yüksek Mahkemesi kararlarıyla bu hakkın çerçevesini çizmiş ve birçok durumda onaylamıştır.

Attakoya Thangal v. Union of India davasında, davacı, hükümetin

⁴⁶ www.harvardlawreview.org/issues/120/feb07/note/note.pdf 01.11.2008

⁴⁷ A. g. e., s.1077,1078.

komşu bir bölgenin içme suyu ihtiyacını karşılamak için davacının yaşadığı bölgenin yer altı sularından faydalanma planını dava etmiştir. Mahkeme davacı lehine verdiği kararda; “*anayasal yaşam hakkının*” su hakkını da kapsadığına karar vermiştir. İdarenin, Hindistan Anayasası madde 21’deki temel hakkın altını oyan şekilde hareketine izin verilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre; yaşam hakkı, hayvani bir varoluştan farklı bir şeydir ve nitelikleri, özellikleri yaşamın kendisi gibi çoktur. Bu alanlarda, insan ihtiyaçlarında öncelik ve yeni değerler sistemi kabul edilmiştir. Temiz su ve temiz hava hakkı yaşam hakkının unsurlarıdır; çünkü bunlar yaşamın sürmesini sağlayan temel unsurlardır.

Hindistan mahkemeleri üçüncü kişilerin suları kirlettiği durumlarda da devletin kayıtsız kalmasının da devletin sorumluluğunu gerektirdiğine karar vermişlerdir. (M.C. Mehta v. State of Orissa kararı)⁴⁸

Aşağıda Hindistan mahkemeleri tarafından verilmiş bir karar bulunmaktadır.

India -- F.K. Hussain v. Union of India, O.P. 2741/1988 (1990.02.26) (Right to Potable Water as part of a Right to Life)⁴⁹

Dava mercan adası olan Lakshadweep adalarının yer altı su kaynakları ile ilgilidir. Davacılar, adaların yeraltı su ve içme suyu kaynaklarının sınırlı olduğunu; pompalarla bu suyun büyük ölçeklerde çıkarılmasının kaynakları bitireceğini, bunun sonucunda Arap Denizi (Hint Okyanusu) tuzlu sularının tatlı suyun çekildiği bölgelere sızacağını iddia etmişlerdir. İdare artan su ihtiyacını karşılamak amacıyla, kuyular vasıtasıyla yer altı sularından faydalanmayı öngören bir proje geliştirmişti. Davacılar, yer altı suyunun pompalarla çekilmesinin tatlı su dengesini bozacağını ve tuzlanmaya sebep olacağını söylüyorlardı. İdarenin bu tasarısının Hindistan Anayasası madde 21’in ihlali anlamına geldiğini ve idarenin bu tasarısının engellenmesini mahkemeden talep ediyorlardı.

Davacılar adada 0,6 ila 0,7 metre derinlikteki suların kullanılması gerektiğini, daha derindeki suların çekilmesi durumunda tuzlu suyun

⁴⁸ A. g. e., s.1081,1082.

⁴⁹ <http://www.elaw.org/node/2497> 15.10.2008

buralara sızıp tatlı su kaynaklarını azaltacağını; ancak eski usul kuyulardan suyun elle çekilmesi durumunda dengenin sürdürülebileceğini iddia etmişlerdir. Davacılar bu iddialarını, Merkezi Yeraltı Suları Kurulu, Hindistan Tarımsal Araştırma Konseyi, Merkezi Kamu Sağlığı ve Çevre Dairesi ve diğer uzman kurumların rapor ve gözlemlerine dayandırmışlardır.

Davacıların ana dayanağı, Prof. M.G.K. Menon'un (Hindistan Başbakanlık Bilim Danışmanı) "*Strategy for an Integrated Development of Lakshadweep*" başlıklı raporudur. Bu belgede, "*Kerala kamu sağlığı biriminin hazırladığı rapora rağmen, su kaynaklarının hacminin, kendini yenileme hızının ve tuzlu su sızması olgusunun uzmanlarca dikkatlice incelenmesi gerekir.*" yönündeki ifadeler vardı. Ayrıca bu raporda, adaların jeolojik incelemesinin gerekli olduğu belirtiliyordu. Ayrıca mahkeme savcısı da Sachidanand Pandey v. State of West Bengal, Yüksek Mahkemesi'nin AIR 1987 SC 1109 kararına atıf yaparak, doğaya yapılan müdahalenin onun tolere edebileceğinin ötesinde olması riskinin aydınlatılması gerektiğini belirterek davacıların yanında yer aldı. İnsanın doğaya karşı her zaferinde doğanın öcünü aldığını belirtti.

Davalılar artan su ihtiyacını başka türlü karşılamanın mümkün olmadığını, çevre hijyenin bozulmasına bağlı hastalıkların artabileceğini, bu nedenle de bu projenin gerekli olduğunu, pompaların çok derine yerleştirilmeyeceğini ve pompalamanın yarım saatle sınırlı tutulacağını ve sonuç olarak bu metodun tatlı su dengesini bozmayacağını iddia etmişlerdir.

Mahkeme, Merkezi Yeraltı Suları Kurumu'nu konu hakkında ayrıntılı bir rapor hazırlamakla görevlendirmişti.

Kurulun bazı bulguları şöyledir:

Çıkarılabilir yer altı suyu 23 milyon metreküp, projede çıkarılması öngörülen 18 milyon metreküptür. Pompalamanın çok olduğu yerlerde tuzlu suyun iç kesimlere ilerlediği, pompalamanın yasayla durdurulması gerektiği, yeraltı su seviyesinin ve kalitesinin sürekli izlenmesi gerektiği, su çekiminin 0,23 milyon metreküpü aşması durumunda tuzlanma oluşacağı, test pompalaması sırasında yapılan ölçümde suyun elektrik iletkenliğinin arttığı tespit edilmiştir.

Gerekli su ihtiyacının karşılanması için yağmur sularının toplanması, tuzdan arındırma ve ozmos yöntemleri önerilmiştir. Mahkeme-

ye sunulan diğer raporlarda da benzer öneri ve tespitler yapılmıştır. Raporlarda yeraltı su kaynaklarının sınırlı olduğu, bu kaynakların aşırı kullanımının tuzlanmaya sebep olacağı ve artan ihtiyacın diğer yöntemlerle giderilmesi önerilmiştir. Mahkeme, kuyularda infiltrasyon yoluyla toplanan suyun çıkarılmasına karşı değildir, belirlenmesi gereken ne miktar suyun hangi yöntemlerle çıkarılacağıdır. Mahkeme bu tür görevlerin idarenin sorumluluğunda bulunduğunu ve etkin, sağlıklı, disiplinler arası işbirliğinin gerekli olduğunu ifade etmiştir. Aynı zamanda, idarenin Anayasa m.21'e aykırılık teşkil edecek işlemlerine izin verilemeyeceğini, yaşam hakkının hayvani varoluştan daha fazla bir şey olduğunu ve bu özelliklerin çoğu zaman hayatın kendisi olduğunu, insan ihtiyaçlarının önceliklerinin yeni bir değerler sistemi olarak kabul gördüğünü belirtmiştir. Temiz su ve temiz hava hakkının yaşam hakkının içinde olduğunu ve yaşamı sürdürmek için gerekli temel elementler olduğunu kararında belirtmiştir.

Çevrecilerin ve bilim insanlarının su yönetiminin önemine işaret ettiklerine, su yönetiminin 21. yüzyılın başında en önemli problemlerden biri olacağına, su kaynaklarının korunması gerektiğine ilamda yer vermiştir.

M. C. Mehta v. Union of India (Kanpur Tanneries' matter) davasında davacı, deri işleme tesislerinin atık sularının, Ganj Nehri sularını kullanan insanların yaşamlarını ve nehirdeki canlı yaşamı ciddi şekilde tehdit ettiğini iddia ediyor ve nehrin korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını talep ediyordu.

Hindistan Federal Mahkemesi, (...) çevrenin geliştirilmesi ve korunmasının devletin anayasal görevi olduğunu, çevrenin, su, hava, ormanlar, vahşi yaşam ve mikro organizma yaşamı dahil bir bütün olduğunu ve çevrenin korunmasının devletin görevi olduğunu belirtiyordu. Mahkeme, ayrıca burada çalışan işçilerin işlerini kaybetmesinin insan sağlığından daha önemli olmadığını söylüyordu.

Bu kararın belirtilmesi gereken iki özelliği, çevrenin korunması konusunda devlete yüklenen kusursuz sorumluluğa varan sorumluluk ve ekonomik çıkarların ve tesis fizibilitesinin çevre korunması karşısında koruma görmeyeceği hususlarıdır.

B. Güney Afrika Modeli

Güney Afrika Anayasası, Dünyanın en modern anayasalarından biridir. Sadece temel ve politik haklar değil, ekonomik haklar da bu anayasa ile dava edilebilir hale gelmiştir. Ekonomik ve sosyal haklar hem anayasada hem de haklar bildirgesinde yer almaktadır. Anayasa, herkesin yeterli yiyecek ve suya ulaşım hakkının bulunduğunu, bunun da devletin imkanları dahilinde karşılanacağını öngörmektedir. Anayasa, devletin sosyo-ekonomik haklar da dahil olmak üzere, tüm haklara saygı göstermesini, korumasını ve bunları yerine getirmesini emretmektedir.

Su hakkının dava edilebilirliği ile ilgili en önemli karar, *South Africa v. Grootboom* kararıdır.

Government of South Africa v. Grootboom and others Constitutional Court - CCT11/00 2001 (1) SA 46 (CC) 4 October 2000⁵⁰

Bu dava yeterli barınma (iskan) hakkıyla ilgilidir. Anayasa m.26 yeterli barınma hakkı ve 28(1) (c), çocukların barınma hakkı konularında devletin görevlerini ortaya koymuştur. Ayrıca, sosyal ve ekonomik hakların uygulanması tartışılmıştır. Bay Grootboom gayri resmi Wallacedene yerleşiminde berbat koşullarda yaşayan 510'u çocuk, 309 yetişkin olan kişilerden biridir. Bu kişiler, civarda düşük maliyetli konutlar için ayrılmış araziye illegal olarak işgal etmişler ve daha sonra inşa ettikleri barakalar buldozerle yıkılmak ve eşyaları tahrip edilmek suretiyle bölgeden tahliye edilmişlerdir.

The Cape of Good Hope High Court mahkemesi çocuklar ve ailelerinin m. 28(1) (c)'ye göre barınma hakları olduğunu kabul etmiş ve yerel ve ulusal hükümetlerle birlikte Cape Metropolitan Konseyi'ne, Oostenberg Belediyesi'ne bu kişilerin ivedi çadır, portatif tuvalet asgari barınma koşulları ve düzenli su ihtiyaçlarının karşılanmasını emretmiştir. Bu karar daha sonraki Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruya temel teşkil etmiştir.

İnsan hakları Komisyonu ve Western Cape Üniversitesi kamu hukuku merkezi temyizde "*amici curiae*" (mahkeme fahri müşaviri diye çevrilebilir) olarak kabul edilmişlerdir. 11 Mayıs 2000 günkü duruş-

⁵⁰ <http://southernafrica.homestead.com/files/sacourt.htm> 15.10.2008

mada, Grootboom ve arkadaşları durumlarını iyileştirme doğrultusundaki devlet teklifini kabul etmişlerdir. 21 Eylül'e kadar devlet sözünü tutmamıştır.

Mahkeme, oybirliğiyle verdiği kararda, ülkede acınacak şartlarda yaşayan yüz binlerce kişinin durumlarının iyileştirilmesinin devletin pozitif yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir. Devlet, bu durumdaki kişilere ve onların bakmakla yükümlü olduğu kişilere yeterli barınma, sağlık, yiyecek, su ve sosyal güvenlik sağlamak zorundadır. Mahkeme, haklar bildirgesindeki hakların, birbirleriyle ilgili ve birbirlerini destekleyici olduğunu özellikle belirtmiştir. Sosyo-ekonomik hakların gerçekleştirilmesi durumunda, bunun ırklar ve cinsler arasındaki eşitlik, kadın ve erkeklerin eşit olarak kendi potansiyellerini gerçekleştirdiği bir toplumsal gelişmeye ve haklar bildirgesindeki diğer hakların kullanılmasını olanak sağlayacağı da belirtilmiştir. Giyim, barınma ve yiyecek olmaksızın; eşitlik, özgürlük ve insan onuru olamaz. Devletin pozitif yükümlülüğü kaynaklarıyla sınırlıdır ve makul olmalıdır. Fakat bu durum acil ihtiyaç halinde olanların bu durumunun görmezden gelinmesini de gerektirmez. Mahkemeye göre; ne 26. kısım ne de 28 (1) (c) davacılara, barınma hakkının ivedi olarak yerine getirilmesini isteme hakkı vermez. Bununla birlikte Cape Metropolitan Konseyi'nin bölgesinde başlatılan programın başarısız olması, m.26'nın devlete yüklediği yükümlülüğün yerine getirilmediğini gösterir. Devlet 1994 yılında başlattığı barınma programıyla ciddi miktarda konut üretmesine rağmen, başlarını sokacak bir çatısı bulunmayan ve korkunç koşullarda yaşayanlara durumlarını geçici olarak iyileştirecek koşulları sağlamada başarısız olmuştur. Bu kişilerin acil barınma sorunları zorunlu standartta sağlam, yaşanabilir ve güvenilir iyileştirmelerle sağlanabilirdi.

Mahkeme, kararının bu durumda bulunan kişilerin, arazi işgali yoluyla devlet üzerinde baskı oluşturup, imtiyazlı bir şekilde barınak elde etmelerini onayladığı anlamına gelmediğini özellikle vurgulamıştır. Mahkeme kararında kötü koşullarda yaşayan bu kişilere, daha önceki programla iyileştirilemeyen yaşam koşullarının iyileştirilmesi için devlet tarafından bir program tasarlanmasını ve bunun uygulanmasını istemiştir.

In Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local kararında G. Afrika Yüksek Mahkemesi, su parasını ödeyememe

nedeniyle suyun kesilmesi durumunda, suya ulaşım hakkının engellendiği ve devletin anayasal görevinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Belediye'nin suyu kesmesi üzerine davacılar mahkemeye başvurmuş, bunun hukuka aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme, Belediye'nin bir kamu kurumu olarak, Anayasa gereği gerekli yasal ve diğer tedbirleri, imkanları ölçüsünde almak zorunda olduğunu, su hakkının anayasal bir hak olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, ayrıca, kişilerin su parasını ödeyemediklerini ispatlarsa; hiçbir şekilde su hakkından mahrum bırakılmayacaklarını, suyun kesilmesiyle ilgili tedbirlerin adil ve dengeli olması gerektiğine karar vermiştir. Bu karar Anayasa Mahkemesi tarafından onaylanmıştır.⁵¹

Makalede de belirtildiği gibi her iki modelin de fayda ve sakıncaları vardır. Hindistan modeli tamamen mahkeme kararlarına dayandığı için hükümete esneklik tanımakta, su hakkı negatif bir hak olan yaşam hakkının geniş yorumuyla tanındığı için dava edilebilirliği sınırlı kalmaktadır. Küresel bir krizde ihtiyaç duyulan, pozitif, olumlu bir yetkidir. Negatif haklarda, devletin bu hakların kullanımında pasif kalması gerekirken, Güney Afrika modelinde hakkın gerçekleşmesi için devlete gerekli tedbirleri alma görevi yüklenmektedir.

Hindistan modelinde negatif hak, mahkeme kararıyla dava edilebilir hale gelmiştir. Bunun sakıncalarından biri hakkın kapsamının mahkeme içtihatları yoluyla genişletilmesidir. Güney Afrika modelinde haklar sayılı olduğu için mahkeme yorumlarıyla genişletilemez; sadece, hakların korunmasına dönük politikaların uygunluğu denetlenir.⁵²

Sonuç olarak her iki model de su kıtlığına maruz kalacak ülkeler için yol göstericidir. Her ülke, su hakkını temel insan hakkı olarak değerlendirdiği takdirde yapılacak düzenlemeler bu hakkın korunmasını yardımcı olacaktır.

⁵¹ www.harvardlawreview.org/issues/120/feb07/note/note.pdf. s.1084

⁵² Güney Afrika Anayasası , 27. kısım

Herkes,

a. Sağlık hizmetleri, üreme sağlığı dahil,

b. Yeterli yiyecek ve su ve

c. Eğer, kendileri ve bakmakla yükümlü oldukları kimselerin mali gücü yetmiyorsa, sosyal güvenlik ve sosyal yardım haklarına sahiptir.

Uluslararası Alanda Suyu Bir Hak Olarak Tanıyan Anayasalar

Güney Afrika Anayasası, 1996⁵³ Güney Afrika Anayasası'na göre; herkes yeterli su ve yiyeceğe erişim hakkına sahiptir.

1994 Panama Anayasası, yeterli bir gelişim için suyun garanti edilmesini devlete sorumluluk olarak yüklemiştir.

1995 Etiyopya Anayasası'na göre politikaların amacı; Etiyopyalıların temiz suya erişimi olmalıdır.

1995 Uganda Anayasası, sosyal adalet, ekonomik gelişme ve temiz su gibi temel hakları yerine getirme zorunluluğunu devlete yüklemiştir.

1996 Gambiya Anayasası'na göre, devlet; temiz ve sağlıklı içme suyuna eşit erişimi kolaylaştırmak için çaba gösterecektir.

2004 Uruguay Anayasası, su hakkını yapılan bir halk oylamasıyla garanti altına almıştır. Çocukların refahı ve haklarıyla ilgili Afrika Şartı'nda (Addis Ababa, 1990) su temel bir hak olarak tanınmıştır ve imzacı devletlere sorumluluk yüklenmiştir.

Avrupa'da suyun bir hak olup olmadığı konusunda durum açık değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bu konuda alınmış bir kararı bulunmamaktadır. Ancak, AİHM çevre hakkıyla ilgili olarak aldığı kararlar vardır. Bunlardan ilki, 9 Aralık 1994 günlü Lopez Ostra v. Spain kararıdır. Diğerleri Guerra v. İtaly (19.2.1998), McGinley and Egan v. United Kingdom (9.7.1998) ve Taskin v. Turkey⁵⁴ kararları olarak sayılabilir. Mahkeme, bu kararlarında çevre hakkını AİHS m. 8 (özel yaşamın ve aile yaşamının korunması) çerçevesinde kabul etmiştir. Mahkeme, genel olarak hava, su, toprak, gürültü kirliliğinden veya biyolojik zenginliklerin yok olması, yaban hayatın yaşama alanlarının tehlikede olması, kültür ve tabiat varlıklarının yok olması alanında yapılan başvuruları bu madde kapsamında değerlendirmektedir.

Bu kararlar incelendiğinde, mahkemenin temiz içme ve kullanma suyuna erişim ile ilgili olarak önüne gelebilecek bir davada konusunu AİHS m. 8 kapsamında ele alması beklenir.

⁵³ <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm> 15.10.2008

⁵⁴ Bkz; www.echr.coe.int , 10/11/04, Taskin and others v.Turkey 46117 / 99) 01.11.2008

11 Eylül 1996'da Fransız Senatosu'nun kabul ettiği su ile ilgili düzenlemeye göre; herkes kabul edilebilir ekonomik koşullarda, kendi ihtiyacı olan içme ve kullanma suyuna erişim hakkına sahiptir.

Avrupa'da su hakkı resmi olarak, Belçika, İspanya, Finlandiya, İsveç, Rusya ve Ukrayna'da tanınmıştır. Belçika Hükümeti 19 Nisan 2005'de aldığı bir kararla, su hakkını temel bir insan hakkı olarak tanımıştır.

VIII. TÜRK HUKUKU VE SU HAKKININ DAVA EDİLEBİRLİĞİ

A. Su Hakkı ve Ülkemizdeki Ulusal Düzenlemeler

Ülkemizde mevcut mevzuat çerçevesinde su hakkının dava edilebilirliğini incelemeye başlamadan önce, başta Anayasa olmak üzere konuyla ilgili hükümlere değinmek gerekir. Normlar hiyerarşisine göre, Konuyla ilgili Anayasa ve yasa hükümleri şöyle sıralanabilir:

1. Su ile İlgili Anayasa Hükümleri

MADDE 17 - Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

MADDE 56 - Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir.

Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Tabii Servetlerin ve Kaynakların Aranması ve İşletilmesi

MADDE 168 - Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda

gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir.

2. Türk Medeni Kanunu Hükümleri

MADDE 715 - Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.

Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tabidir.

MK Kaynak ve Yeraltı Sularının Mülkiyet ve İrtifak Hakkı ile İlgili;

MADDE 756 - Kaynaklar, arazinin bütünleyici parçası olup, bunların mülkiyeti ancak kaynadıkları arazinin mülkiyeti ile birlikte kazanılabilir.

Başkasının arazisinde bulunan kaynaklar üzerindeki hak, bir irtifak hakkı olarak tapu kütüğüne tescil ile kurulur.

Yeraltı suları, kamu yararına ait sulardandır. Arza malik olmak, onun altındaki yeraltı sularına da malik olmak sonucunu doğurmaz.

Arazi maliklerinin yeraltı sularından yararlanma biçimi ve ölçüsüne ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır.

167 sayılı Yeraltı Suları Kanunu, bu kanunla ilgili açıklamaları aşağıda yapacağımız için kanunu zikretmekle yetiniyoruz.

B. Türk Mevzuatında Kamu Yararına Ait Sular ve Özel Mülkiyet

Türkiye’de su konusunda çerçeve bir yasa bulunmamaktadır. Anayasa hükümleri, Medeni Kanun hükümleri ve yeraltı suları hakkında

kanun suyla ilgili mevzuatı oluşturmaktadır. Bu mevzuat da dağınık, eksik ve yeterli açıklıkta değildir.

Suları, konumuzla ilgili olarak hukuki yönden akarsular, yeraltı suları, kaynaklar, göller olarak ayırabiliriz. Medeni Kanunu'nun sular ile ilgili hükümleri incelendiğinde, kaynaklar dışında, akarsu, göl ve yer altı sularının özel mülkiyete konu olamayacağı ve bunların kamu yararına ait sular olduğu ortaya çıkmaktadır. Sadece kaynaklar özel mülkiyete konu olabilir. Eski MK dönemine ait genel su, özel su ayrımı terkedilmiştir. Kamu yararına ait sular kavramı da, yeraltı suları hariç yargı organlarının ve öğretinin tanımları çerçevesinde belirlenecektir.

167 sayılı Yeraltı Suları Kanunu 1. maddesinde açıkça yeraltı sularının genel sular olduğunu belirtmiş ve 2. maddesinde de “*yeraltı suyu, yeraltındaki durgun veya hareket halinde olan bütün sulardır*” diyerek genel sulardan hiç değilse bir tanesinin maddi sınırlarını açıkça çizmiştir. YSK, yeraltı sularının tamamını kapsamı içine almış, büyüklük, küçüklük veya durgunluk akarlık gibi bir fark gözetmemiş ve bir derecelendirme de yapmamıştır. O halde yeraltı suları bakımından Türk hukukunda genellik ve özellik ayrımı yapılmasına yer ve imkân kalmamıştır.⁵⁵

MK'nın diğer kıstası da “*aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular*” kavramıdır. Bu kavram da eski MK zamanındaki umumi sular (genel sular) kavramının karşılığı olarak kullanılmıştır. Dolayısıyla 4721 sayılı, yeni MK hükümleriyle eskisinin hükümleri arasında bir paralellik bulunmaktadır.

Bu durumda Türk hukuku bakımından, özel su hükmünde tutulan kaynaklar dışında, üzerinde özel kişilerin mülkiyetinin ispat edilemediği bütün doğal sular genel sulardır sonucuna varıyoruz. Yalnız başına özel hakların ispatı ise, suya özel su niteliği kazandırmaz ve suyun kamunun kullanmasına açık oluşunu engellemez. Su üzerinde kazanılmış hakların oluşu suyun genellik niteliğini ortadan kaldırmaz. Bu gibi haklar ancak belli tür bir yararlanma yetkisi verir. Bu nedenle

⁵⁵ Dr. İrfan Yazman, *Kaynakların Türk Medenî Hukukunda Tabî Olduğu Rejim*, s. 49, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 258, Ankara 1970. <http://auhf.ankara.edu.tr/kitaplar/ozel-hukuk/irfan-yazman-kaynaklarin-turk-medeni-hukukunda-tabi-oldugu-rejim/> 01.11.2008

özel su olan kaynaklarla, genel su üzerinde meydana gelmiş özel hakları, birbirinden ayırmak gerekir.⁵⁶

Yargıtay'ın da Türk hukukundaki ayırım bakımından bu görüşte olduğu pek çok kararlarından çıkarılabilecek bir sonuçtur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 16.5.1967 tarihli ve 3069/4256 sayılı kararında, sadece kaynakların ve üzerinde eski hukuktan kalma kazanılmış özel hakların bulunduğu suların özel su sayılacağı, bunun dışındaki suların genel olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak yukarıda verdiğimiz Yargıtay içtihatlarından da anlaşılacağı üzere bu özel haklar çoğunlukla sudan belli oranda yararlanma konusunda sınırlı bir hak olduğu için, suyun tamamına sirayet etmezler. Bu nedenle suyun genellik niteliği bozulmaz. 7478 sayılı Köy İçme Suları Kanunu'nun 11. ve 12. maddelerindeki genel su-özel su ayırımının da bu nitelikte olduğu, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin yukarıda adı geçen kararı ile doğrulanmaktadır.⁵⁷

Su hakkını ilgilendirmekle beraber, kamu yararına ait sular kavramının çok geniş olması nedeniyle, konu hakkında yukarıda yaptığım açıklamaları yeterli görüyorum.

C. Türkiye'nin İmzaladığı Sözleşmeler Nedeniyle Su Hakkı Dava Edilebilir mi?

1982 Anayasası'nın nitelemesine göre, Anayasa'nın 12. ila 74. maddeleri arasında yer alan hakların hepsi temel hak ve özgürlüklerdendir.

Yaşam hakkı Anayasa'nın temel hak ve hürriyetler bölümünde yer almaktadır. Dolayısıyla devletin pozitif ve negatif görevlerini gerektirir. Anayasa öğretisinde negatif görev hakların kullanımında devletin bu hakların kullanılmasına müdahale etmemesini gerektirir. Hakkın kullanılmasını engelleyenlere müdahale söz konusudur. Pozitif haklar ise bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkanını tanıyan haklardır. Örneğin çalışma hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı, sosyal güvenlik hakkı bu tür haklardandır.

Bu ayırımı incelememizin sebebi Anayasa'nın "*Sosyal Ve Ekonomik Hakların Sınırı*" başlığı altında m. 25'te yer alan "*Devlet, sosyal ve eko-*

⁵⁶ A. g. e., s. 66.

⁵⁷ A. g. e., s. 69.

nomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” hükmüdür.

Dolayısıyla, su hakkını yaşam hakkının içinde değerlendirdiğimizde, Anayasa’ya göre devlete hem negatif hem pozitif yükümlülükler yüklenmektedir. Bu durumda devlet su hakkının kullanılmasını engelleyen unsurları ortadan kaldırmak ve hakkın kullanımını sağlamak için gerekli olumlu edimleri de yerine getirmek zorundadır.

Ulusal mevzuatımız açısından konuyu, Türkiye’nin imzaladığı uluslararası anlaşmalar ve Anayasa hükümleri çerçevesinde ele alacağız.

Bilindiği gibi, Anayasa m. 90’da yapılan değişiklik ile; *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 m.)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.”* hükmü Anayasa’ya girmiştir. Ulusal hukukumuz ile onayladığımız sözleşmeler arasında bir uyuşmazlık bulunması durumunda uluslararası sözleşmelerin esas alınması anayasal bir buyruk haline gelmiştir.

Bazı devletler 2002 tarihli 15 Numaralı Genel Direktif’in bağlayıcı olmadığını, bunun sadece açıklayıcı olduğunu belirtmişlerdir. Bu tartışma, direktifin su hakkının insan hakkı olarak (*enumareted*) belirten ilk belge olmasından kaynaklanmaktadır. Genel direktifler yeni haklar yaratmazlar, sadece mevcutları yorumlarlar ve devletlerin bu konulardaki ödevlerini açıklarlar.

Genel direktifin de belirttiği gibi, su hakkı, temel insan haklarıyla ilgili 6 anlaşmanın ikisinde yer almaktadır. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi (1979) ve Çocuk Hakları (1989) konvansiyonlarında su hakkı yer almaktadır. Bu sözleşmeler bunları imzalayan tüm devletler için bağlayıcıdır. Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni iki devlet hariç, dünyadaki tüm devletler imzalamıştır.

Bazı yazarlar ayrımcılık yasağının insan haklarının temel prensiplerinden olduğu ve insan haklarıyla ilgili birçok belgede yer aldığı gerçeğinden yola çıkarak; Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi (1979)

ve Çocuk Hakları (1989) sözleşmelerini imzalayan devletler açısından aynı muamelenin erkekler için de yapılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüş hukuken mantıklı ve güçlüdür. Bu görüşe göre, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ni yorumlayan 15 Numaralı Genel Direktif olmasa dahi ayrımcılık yasağı gereği, su hakkı herkes için temel bir insan hakkıdır ve Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi (1979) ve Çocuk Hakları (1989) sözleşmelerini imzalayan devletleri bağlar.

Uluslararası hukukta genel görüş, 15 Numaralı Genel Direktif'in devletler açısından bağlayıcı olmadığı doğrultusundadır.

D. Su Hakkı Anayasa Yoluyla İleri Sürülebilir mi?

Yukarıda bahsettiğimiz uluslararası sözleşmeleri Türkiye imzalamamış olsaydı dahi, acaba suyu temel bir insan hakkı olarak mahkemeler önünde ileri sürebilir miydik? Bence bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Hindistan modelinde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi su hakkının, yaşam hakkının içinde yer alan temel bir hak olduğuna karar verebilir.

Bir anayasa normu kamusal alanda, özel hukuk ve ceza hukuku alanında doğrudan uyuşmazlığın çözümüne uygulanabilir. Anayasa m. 11 bağlamında Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Aynı maddenin gerekçesinde de yargı kuvvetinin gerektiğinde Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabileceği açıklamasına yer verilmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.9.1983 tarih ve E. 1980/4-1714, K. 1983/803 sayılı kararına göre ise "1982 Anayasası yürürlük açısından önceki 1924 ve 1961 anayasalarına ve bunların tadillerine göre çok daha ayrıntılı ve kesin hükümler içermektedir. Anayasa'nın yürürlüğe girmesi kenar başlıklı 177. maddenin (e) bendinde, 11. maddeye de atıfta bulunmak suretiyle, kanunların Anayasa'ya uygunluğu sağlanıncaya ya da yeni kanunlar çıkarılıncaya kadar mevcut kanunların Anayasa'ya aykırı olmayan hükümlerinin veya doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanacağı çok açık bir biçimde belirtilmiştir. Bu hükmün muhalif mefhumundan, kanunların Anayasa'ya aykırı hükümlerinin, Anayasa'ya rağmen uygulanma-

sının söz konusu olamayacağı sonucunu çıkartmak gerçekçi ve aynı zamanda Anayasa'nın özüne ve sözüne uygun bir yorum biçimi olarak kabul edilmelidir. Anayasa bu hükmü ile 1961 Anayasası'ndan ayrılmış, kanunlardaki Anayasa'ya aykırı hükümlerin çözümü için öngörülmüş prosedüre başvurulmaksızın doğrudan ve tereddütsüz Anayasa hükümlerinin uygulanması zorunluluğunu getirmiştir.”⁵⁸

Öğretide, Özbudun'un Anayasa'da kanunların Anayasa'ya aykırılığı halinde, bu aykırılığın iptal yoluyla giderilmesi öngörüldüğünden, ayrıca zımnen ilga yolu kabul edildiğinde, bunu saptama yetkisinin Anayasa mahkemesi dışında bütün mahkemelere tanınması gerekeceğinden zımnen ilga yolunun sakıncalı bir yol olduğu ve pozitif hukuka uygunluğunun şüpheli olduğu yolundaki bir görüşe karşı, Teziç haklı olarak 1982 Anayasası'nın, Anayasa kurallarının doğrudan uygulanabilirliğine ilişkin açık bir kural öngördüğünü ve bu kuralın m. 177/e olduğunu ileri sürmüştür.⁵⁹

Ancak Anayasa'nın 11. maddesi ve bu maddeye model oluşturan, 1961 Anayasası'nın 8. maddesinin Anayasa kurallarının sadece yasa organına değil kişilere de hitap ettiği yolundaki gerekçesi, 1982 Anayasası'nın 11. maddesinin “yargı kuvveti gerektiğinde Anayasa'ya diğer kanunlar gibi uygulayacaktır” şeklindeki gerekçesi; yargıçların hüküm verirken ilk başvuracakları kaynağın ve ilk kullanacakları kriterin Anayasa olduğu emredici hükmünü içeren Anayasa'nın 138. maddesi ve bu maddenin, (1961 Anayasası, 8. maddesine göre Anayasa hükümlerinin yargı organlarını bağlayan “doğrudan doğruya uygulanması gereken temel hukuk kuralları” olduğunu ve yargıcın bir kanunu uygularken onun Anayasa'ya uygun olup olmadığını her zaman dikkate alacağını vurgulayan) gerekçesi ile doğrudan Anayasa hükümlerinin Anayasa'nın 11. maddesi gereğince uygulanacağı emredici 177 (e) maddesi dikkate alınarak yapılacak tarihsel ve sistematik yorum sonucu, sadece temel hakların değil, tüm Anayasa kurallarının özel hukuka doğrudan etkisini Anayasa kurallarının bütün kişileri de bağlayan emredici hukuk kuralları olduğunu ve sözleşme ile ortadan kaldırılıp değiştirilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Anayasa Mahkemesi de

⁵⁸ Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 9, s. 11.

⁵⁹ Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, (11 Mayıs 2001) Banka ve Ticaret Hukuku araştırma Enstitüsü, Prof. Dr. Zafer Gören, Temel Hakların Yatay Etkisi, s. 29.

(1991/25E; 1991/18K: AMKD, s. 31, C.1, S.8) yargı kuvvetinin gerektiğinde Anayasa'yı diğer yasalar gibi uygulayabileceğini belirtmiştir.⁶⁰

Anayasa kurallarının özel hukuku doğrudan etkilemesinin sonucu ve gereği olarak, kişiler doğrudan doğruya Anayasa'nın subjektif hakkı niteliğini taşıyan temel haklarına dayanarak dava açabilmelidirler.⁶¹

Şimdi, somut bir olgudan hareketle, su hakkının temel insan hakkı olarak tanınmaması sonucu, Adana'da kaçak su kullandığı iddiasıyla 80 yaşındaki Nazife Davarcı adlı kadının 5 ay hapis cezasına mahkum edildiği basındaki haberlerde yer aldı.⁶² Gazeteye göre olay şöyle gelişti: Adana Büyükşehir Belediyesi Su ve Kanalizasyon İdaresi (ASKİ) Genel Müdürlüğü, Akdeniz Mahallesi'nde yalnız yaşayan Nazife Davarcı'nın evinin su saatini borcundan dolayı 10 Ekim 2005'de mühürledi. Davarcı, mühür bozup suyu kaçak kullanmaya devam edince ASKİ görevlileri, Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulundu. Yapılan soruşturma sonunda Davarcı hakkında Adana 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nde "Mühür bozma" suçundan 3 yıla kadar hapis cezası istemiyle dava açıldı. Tutuksuz yargılanan Davarcı, yakınlarının yardımıyla gittiği mahkemede, su borcunu ödeyemediği için mühürlenmiş su saatindeki mühürü söküp kaçak su kullandığını doğruladı.

Bizce mahkeme kararı hukuka uygun değildir. Su borcunu ödeyemeyen bir kadın olduğuna göre; Mahkeme'nin Anayasa m. 90 nedeniyle, *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, madde 14/h* (Özellikle konut, sağlık, elektrik ve su temini, ulaştırma ve haberleşme konularında yeterli yaşam standartlarından yararlanma haklarını sağlamak.) göz önüne alıp olayı çözümlenmesi gerekirdi.

Eğer kadın mali gücünün yetersizliği nedeniyle borcunu ödeyemediyse, Türkiye açısından bağlayıcı olan sözleşme doğrultusunda su hakkını temel insan hakkı olarak niteleyip, yasal şekil ve şartlara uygun bir mühürleme işlemi yapılmış bulunmaması sebebiyle suçun oluşmadığına karar vermeliydi. Nitekim, Artuk ve Yenidünya da bu görüşümüzü desteklemektedir.

⁶⁰ A. g. e., s. 31.

⁶¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.118

⁶² 2 Nisan 2008 tarihli *Hürriyet Gazetesi*.

Bizim de iştirak ettiğimiz diğerk bir görüŖe göre ise,⁶³ suçun hukuka aykırılık ögesinin oluşması için, mühürleme işleminin de hukuka uygun bulunması gerekir. Hukuka aykırı olan bir işleme dayalı olan mührün sökölmesi suç oluşturmamalıdır.⁶⁴ Nitekim doktrinde Erman-Özek de, mühür, kanun hükmü veya amirin emri üzerine konmamışsa, mührü koyan memur yetkisiz ise, mühür kanunun öngördüğü usule riayet edilmeden konulmuşsa fertten bu usulsüz tasarrufa riayet etmek vecibesinin beklenemeyeceğini ifade etmiştir.⁶⁵ Örneğın, her hangi bir arama kararı olmaksızın bir eve girilip de orada bulunan eşya mühür altına alınmışsa, bu mührü daha sonra söken ferdin cezalandırılması mümkün olmamalıdır.⁶⁶ Nitekim Yargıtay 4. CD.'nin 21.05.1996 tarih ve 36/4575 sayılı kararında; "1580 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 19. fıkrasında Belediye Encümeni'ne otobüs mühürleme yetkisi verilmemiş bulunmasına göre, mühürlemeye ilişkin 15.09.1994 gün ve 1994/66 sayılı Encümen kararının başkaca bir yasal dayanağı bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre hüküm kurmak gerekirken, eksik soruşturma ile karar verilmesi... yasaya aykırıdır..."⁶⁷ denmiş, yine aynı dairenin 24.10.2000 tarih, 6421/7189 sayılı içtihadında; "sanığın kiracı olarak işlettiği belediyeye ait işyerinin kira sözleşme süresinin bitmesi nedeniyle tahliye amacıyla belediye tarafından mühürlenmesi üzerine mührü bozup işe devam etmesi biçimindeki ve hukuksal uyuşmazlık niteliğindeki eyleminin, belediyenin mühürleme yetkisinin bulunmaması karşısında mühür bozma suçunu oluşturmayacağı

⁶³ Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk / M.E., Dr. Yenidünya, / A.C., *Mühür Fekki Cürmü* (Tck. m. 274) http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/36/web/ceza_hukuku/prof_dr_mehmet_emin_artuk_dr_ahmet_caner%20yenidunya.htm (21.10.2008)

⁶⁴ A. g. e., dipnot 30, Belirtelim ki, Mukayeseli Hukukta memurun yetkisiz olarak görevini icra etmesi veya yaptığı işlem dolayısıyla cezalandırılmasının gerektiği hallerde mührü sökenin cezalandırılmayacağına ilişkin düzenleme ihtiva eden kanunlara rastlanmaktadır. Örneğın, Avusturya CK.m.272/2. TCK. Tasarisına da benzeri bir hükmün alınması yukarıdaki tartışmaları sona erdireceğinden faydalı olacaktır kanaatindeyiz

⁶⁵ Erman / Özek, s. 442'den aktaran, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, M. E., Dr. Yenidünya, A. C., *Mühür Fekki Cürmü*.

⁶⁶ Erman / Özek, s. 442'den aktaran, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, M. E., Dr. Yenidünya, A. C., *Mühür Fekki Cürmü*.

⁶⁷ Malkoç, II, 2002, s.2220'dan aktaran Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, M.E, Dr. Yenidünya, A.C., *Mühür Fekki Cürmü*.

gözetilmeden, beraat kararı yerine hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır” denilerek⁶⁸ bu husus vurgulanmıştır

E. Suda Faydalı İhtiyaç Karmaşası

Suda faydalı ihtiyaç kavramı, su hakkının dava edilebilirliği açısından konumuzu doğrudan ilgilendirmemekle birlikte, faydalı ihtiyaç kavramı adı altında suyu ticari amaçlarla kullananlardan, kullandıkları miktar için ücret alınmaması nedeniyle su hakkının dolaylı olarak ilgilendiren bir konudur. Suyu ticari amaçlarla kullananlar bedelini ödememekte, fakat günlük içme ve hijyen amaçlı kullanım ücretlendirilmektedir.

Türkiye’de kullanılan yeraltı suları, 16 Aralık 1960 tarihli ve 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun hükümlerine tabidir. Bu kanunun m. 4/3’deki “Kuyu açan kimse, bulunan suyun ancak kendi faydalı ihtiyaçlarına yetecek miktarını kullanmaya yetkilidir.” ifadesi sonucu, buradaki “faydalı ihtiyaç” kavramı ortaya çıkmakta ve bu kavram buna bağlanan sonuçları açısından önem kazanmaktadır.

Bu fıkraya 3 Temmuz 2003 tarih ve 4916 sayılı Kanun’un 22. maddesi ile ilave edilen “Bu miktarı aşan sular ile sulama, kullanma ve işlenerek veya doğal haliyle içme suyu olarak satılmak üzere çıkarılan yeraltı suları, hazinenin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki kaynak suları, 2886 sayılı Kanun hükümlerine uyularak il özel idarelerince kiraya verilir.” ibaresiyle yeni bir düzenleme getirilmiştir. Neyin “faydalı ihtiyaç” neyin “faydalı ihtiyaç miktarını aştığı” konusu gündeme gelmiştir.

⁶⁸ Malkoç, II, 2002, s.2224; “...Adana İdare Mahkemesi’nin 28.01.1997 ile 31.3.1997 tarihli kararlarında da mühürleme işleminin geçerli yasal bir nedene dayanmadığı gerekçesiyle iptal edilmiş bulunması karşısında, yasal ve hukuka uygun bir mühürleme işlemi bulunmadığı gözetilmeden “inşaatın imar yoluna tecavüzlü olduğundan mühürlendiği” biçimindeki dosyadaki bilgi ve belgelere ters düşer bir kabilde yasal olmayan gerekçeye dayanılarak hükümlülük kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir” Yarg. 4.CD.05.06.2000, 3847/4844 (Malkoç, II, 2002, s.2225); “İcra İflas Kanununda icra memurunun haczedilen mallar üzerinde ne gibi yetkileri olduğu saptanmış olup, borçlunun iş yerinin mühürleneceğine dair bir hükme rastlanmadığı bu nedenle yasal bir biçimde mühürleme söz konusu olmadığından mühür bozma suçunun oluşmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi hukuka aykırıdır” Yarg.4. CD.02.05.1979, 2491/2587 (Malkoç, II, 2002, s.2224). dan aktaran Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, M. E., Dr. Yenidünya, A.C., *Mühür Fekki Cürmü*.

Örneğin; suyu çok kullanan tekstil, meşrubat firmalarının sondajla çıkardığı su, yapılan üretimde kullanıldığı için faydalı ihtiyaç kabul edilmekte; fakat su üretiminde (ambalajlanıyorsa) dolduruluyorsa “faydalı ihtiyacı aşan” kabul edildiği için özel idare tarafından kira tahakkuku yapılmaktadır.

Günde 3 ila 6 bin ton su kullanan Cargill gibi tesisler, yeraltı suyunu bedavaya kullanmakta, yer altı suyundun dolum yapan firmalar ise kira ödemekte. Oysa her iki kullanımın amacı da ticari kullanımdır. Yani kar elde etme amacıyla yapılmaktadır. Bundan daha vahimi, yaşamak için, su kullanan insanlar suyu parayla satın almakta, ama bu işten para kazananlar yeraltı suyunu bedavaya kullanmaktadırlar. Bu durumun hukuk ve adalet anlayışıyla bağdaştırılabilmesi mümkün değildir. Bu, kamu yararına, sosyal devlet ilkesine ve eşitlik ilkesine aykırıdır.

Üstelik bu sular, kanunda kamu yararına ait sular olarak nitelendirilmiştir. Yeraltı suları aynı zamanda stratejik değeri olan sulardır. Bunlar buharlaşmamakta, kirlenmeleri yüzey sularına göre daha zor olan sulardır.

IX. GATS (HİZMET TİCARETİ GENEL ANLAŞMASI) VE SU

A. GATS Nedir?

GATS (The General Agreement on Trade in Services) Hizmet Ticareti Genel Anlaşması’dır.⁶⁹1947 yılında imzalanan GATT Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması kapsamında 1986-1994 yıllarında yapılan Uruguay Raundunda GATT’a dahil edilmiştir. GATS müzakereleri GATT’ın devamı olarak 01.01.1995 tarihinde faaliyete geçirilen Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) içerisinde sürdürülmektedir. Temmuz, 2006’da ertelenen Doha görüşmeleri, Ocak, 2007’de tekrar başlamıştır.

Türkiye’nin de kurucu üye olarak imza attığı ve 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe giren Nihai Senet ile ülke Taahhüt ve Muafiyet listeleri, 25 Şubat 1995 tarihinde TBMM’de onaylanmış ve 26 Mart 1995 tarihi itibarıyla, Türkiye’nin DTÖ’ne üyeliği resmi hale getirilmiştir. Böylece, GATS da bir “iç hukuk” düzenlemesi haline gelmiştir.⁷⁰

⁶⁹ <http://www.mmo.org.tr/mmo/yayinlar/bulten/bulten52/gats.htm> 15.10.2008

⁷⁰ TMMOB’nin GATS nedir? <http://www.mmo.org.tr/mmo/yayinlar/bulten/bul->

B. GATS Anlaşmasının Genel Kapsamı

GATS, tüm hizmet alanlarının serbest piyasaya açılması için mevcut düzenlemeleri genişleten ve hukuki işlerlik kazandıran ilk çok taraflı yatırım ve ticaret anlaşmasıdır. Hatta Dünya Ticaret Örgütü sekreteryası bu anlaşma için şöyle demektedir: *“GATS, sadece sınır ötesi ticaret ve yatırımları kapsamakla kalmayıp; bir hizmetin yerine getirilmesiyle bağlantılı olarak akla gelebilecek tüm sektörleri (hizmet ve mal üretim sektörleri) kapsayan bir hizmet yatırımları ve hizmet ticareti anlaşmasıdır.”*

DTÖ, GATS müzakerelerini 11 ana başlık altında yürütüyor ve belirlenen ana başlık, alt bölüm ya da sektör ve grupların anlam ve içeriğinin tanımlanmaması için DTÖ'nün ciddi çaba sarf ettiği görülüyor. Böylece, anlaşma hayata geçirildiğinde yazılması unutulmuş boyutları bile kapsayabilecek kadar esnek bir metin elde edilmesi planlanıyor. Piyasanın eline teslim edilmesi konusunda anlaşma sağlanan 11 temel kategori ise şöyle:

- Telekom, posta hizmetleri, görsel ve işitsel iletişim hizmetleri de dahil olmak üzere iletişim,

- İnşaat ve bağlantılı mühendislik hizmetleri,

- Eğitim,

- Su iletim sistemleri, enerji ve atık su işleme,

- Tüm çevresel hizmetler,

- Finansal, Mali ve Bankacılık hizmetleri,

- Sosyal hizmetleri de kapsayacak şekilde sağlık ve bağlantılı hizmetler,

- Turizm, seyahat ve bu iki sektörle bağlantılı tüm hizmet ve ürünlerin üretimi,

- Kültürel ve sportif hizmetler,

- Kara, hava, deniz ve tüm diğer ulaşım hizmetleri ve

- Diğer hizmet alanları.

Belli alt hükümlerinde ilgili mal üretimlerini bile içine alan GATS anlaşması, aslında muazzam bir kapsama sahip. Örneğin; dağıtım hizmetleri söz konusu olduğunda, dağıtıma konu olan sınırsız sayıdaki ürünün üretiminin de piyasa koşulları ve GATS talimatlarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekiyor. Dünya Ticaret Örgütü eski Baş-

kanı Renato Roggerio anlaşma ile ilgili düşüncelerini şöyle özetliyor: *"GATS ile, daha önce ticaret politikası içinde tanımlamadığımız alanları bile piyasa ekonomisine açabiliyorsunuz ve yabancı hizmet tacirlerine yerlilere tanıdığımız hakların aynısını tanıyıp; objektif (sermayenin kendi içinde objektiviteden söz ediliyor) kriterler uygulanacağını garanti ediyorsunuz."*

C. Su Dağıtım Hizmetleri De Anlaşma Kapsamında

GATS'ın bu maddesiyle hedeflenen sadece suyun yerelde boru hatlarıyla iletimi değil kuşkusuz; su kaynaklarının da kamudan özel sektöre el değiştirmesi amaçlanıyor. Bu konu özellikle düşük gelir grubundaki ülkeler için çok ciddi ve yaşamsal sorunlar üretme potansiyeline sahip. Aylık gelirinizin üçte birini su faturası olarak ödediğinizi bir hayal edin. Böyle bir gelişmenin iki türlü sonucu olacaktır: 1. Daha düşük bir bedel ödemek için eskiye oranla çok daha az su kullanılması ya da 2. Kullanılan su miktarında bir değişiklik yapmadan diğer yaşamsal harcamalarda kısıntıya gidilmesi. Birinci tercihin kullanılması halinde başta salgın enfeksiyon hastalıkları olmak üzere toplum sağlığı ciddi bir tehdit altında olacak, ikinci tercihte ise kısıtlanan diğer harcamaların özelliğine göre psikolojik ve sosyolojik yeni sorunlar ortaya çıkacaktır. Suyun piyasa ekonomisine açılmasının bir diğer çok önemli boyutu ise tarımsal üretimdir. Özellikle ulusal gelirin önemli bir bölümünü tarım üretiminden sağlayan ülkelerde tarım giderek küçülmek zorunda kalacak, bu durum da dünyanın gelecekteki gıda yeterliğini daha da sürdürülemez boyutlara taşıyacaktır.

Sağlık sektörünün dünya çapında 3.5 trilyon \$, eğitim hizmetlerinin 2 trilyon \$ ve su hizmetlerinin ise 1 trilyon \$ civarında pazarlar olduğu bilinmektedir.⁷¹

D. Su Hizmetlerinin Özelleştirilmesi

Dünya nüfusunun yalnızca %5'i suyu ulusötesi şirketlerden satın aldığı halde, şirketlerin su satışından elde ettiği yıllık gelirler daha şimdiden petrol gelirlerinin yarısına ulaşmış durumda. İşte bu muazzam karlılık potansiyeli ulusötesi şirketlerin suyu DTÖ-GATS anlaşması üzerinden ticarileştirme çabalarını meşrulaştırıyor. *Fortune* dergisinin

⁷¹ <http://www.mmo.org.tr/mmo/yayinlar/bulten/bulten52/gats.htm> 15.10.2008

Mayıs 2000 sayısında su endüstrisinin küresel trendi ile ilgili olarak şu tasvir yapılmıştı: “20. yüzyılda petrol, devletler ve şirketler için ne ifade ettiyse, 21. yüzyılda da ulusların varlık düzeyini belirleyecek, değerli bir meta olan SU aynı değerde olacaktır.” Aynı tarihte uzmanların su endüstrisi için yaptıkları yıllık gelir tahminleri ise 400 milyar \$ ile petrol gelirlerinin %40’ı ya da dünya ilaç sanayinin üçte biri düzeyindeydi. Ancak, dikkat edilmesi gereken ve ayırt edici özelliğe sahip olan en önemli husus, suyun satışından elde edilen bu devasa gelirin dünya nüfusunun yalnızca %5’inden sağlandığı gerçeği. 1998 yılında, bu kez Dünya Bankası’nca hazırlanan bir raporda ise su piyasasının 800 milyar \$’a yükselmesinin beklendiği açıklandı. Fakat DB, geçen yıl su piyasasının büyüme hedefini revize ettiklerini ve yeni tahminlerin 1 trilyon \$’ı aştığını açıkladı.⁷²

Su hizmetlerinin özelleştirilmesinden yana olanlar “Su bedava olarak algılandığı için şimdiye kadar sorumsuzca kullanıldı. Eğer paralı olursa insanlar kıymetini bilir.” şeklindeki görüşü savunuyorlar. Öte yandan, buna karşı çıkanlar ise, su kullanım hakkı, insan onurunun temel unsurlarından biridir ve kaynakların adil dağıtılması gerekir görüşündedirler.

Doğal olarak kar amacıyla hareket edecek şirketlerle su sorunun çözülmesi zordur. Ayrıca suyun temel bir insan hakkı olduğu düşünüldüğünde özelleştirmenin yarardan çok zarar vermesi mümkündür.

X. SONUÇ

Yaşamın temel taşı su, o olmadan diğer insan hakları anlamını yitirir ve insan onurunun korunması mümkün olmaz.

Mevcut Anayasa hükümleri, yasalar ve Türkiye’nin imzaladığı uluslararası sözleşmeler kapsamında; su hakkının, temel bir insan hakkı olarak, mahkemeler önünde dava edilebileceğini kabul etmek gerekir. Yalnız, bu konuda hukuk sistemimizin, Kara Avrupa’sı hukukuna dayanıyor olması nedeniyle mahkemelerin çekingen davranacakları açıktır. Burada Yargıtay ve Danıştay’ın içtihatlarıyla mahkemelerin önünü açması gerekir.

⁷² <http://www.antimai.org/mky/sumakale.htm>, Henry Heyneardhi Jakarta Post-Endonezya, 13 Kasım 2002. 15.10.2008

Ülkemizde suyla ilgili çerçeve bir yasa eksikliği hissedilmektedir. Bu eksiklik, çelişkili olgulara sebep olmakta, hukukun eşitlik ve hakka-niyet ilkeleri bile zedelenmektedir. Küresel ısınma bir olgu olarak tüm Dünya'da kabul edilmiştir. Artık bunun tartışması yapılmamaktadır. Tüm Dünya da küresel ısınmanın hangi sonuçlara sebep olabileceği, etkilenecek bölgeler ve bu etkilenmenin derecesi üzerine araştırmalar yapılmakta, alınacak önlemler tespit edilip uygulamaya konmaktadır.

Pozitif hukuk ve uygulayıcılar yaşamın gerçeklerini dikkate almak zorundadır. Dünyayı ve ülkemizi etkilemesi kesin olan, hatta etkileri hissedilen, küresel ısınma olgusu da dikkate alınarak, ulusal gereksinimler çerçevesinde, bütüncül bir su çerçeve yasası ivedi çıkarılmalıdır. Bu yasa mevzuatın dağınık hükümlerini de tek bir çatı altında toplamalıdır. Sürdürülebilir bir yaşamı baz alarak, öncelik toplumsal ve kamusal ihtiyaçlara verilmeli, karar alma süreçlerini halkın etkin katılımının önü açılmalıdır. Halkın katılımı sağlanırken halkın su ile ilgili açık ve kesin bilgilere ulaşma hakkı da gözetilmelidir.

CEZA SİYASETİNDE SEÇENEK YAPTIRIMLARIN RASYONELLİĞİ

Mustafa Tören YÜCEL*

Kriminoloji Bilinci

Durkheim'in "*Hukukî Gelişim Teorisi*" ne göre, toplumlar karmaşık yapılı modern tiplere doğru geliştikçe, hukuk sistemlerindeki cezalandırıcı kuralların, tüm kurallara oranı azalmakta, buna karşılık iade edici/tazmini nitelikteki hukuk kurallarının tüm kurallara oranı ise gittikçe büyümektedir. Bu kurama karşın bazı ülkelerdeki görüntü halen 150 yıl öncesi anlayışını sergiler niteliktedir. Bu durum belli ölçüde rasyonel akıl ile duygusal zekanın aynı derecede gelişme göstermemesi sonucu belirlemekte ise de, konumuz açısından, kriminoloji/penoloji konularındaki okur yazarlığın derecesi ve yaygınlığının etkili olduğu belirtilebilir. Bunu özellikle Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde kriminoloji dersi alan öğrencilerimin farkındalık ve duyarlılığında gözledim. Kuşkusuz, insanın duygularının sesini hiç dinlememesini beklemek, insandan fıtratını terk etmesini istemek de olsa, ortak kararlar alınması gereken konularda ise ortak veri tabanından hareket etmek zorunluluğu vardır. Bu anlamda suç ve ceza konusundaki duygular ortak değildir. Benzer olaylarda dahi toplumların değişik duygularla davranabildiğini dünya penolojik profiline bakıldığında saptamak kolaydır. Ortak payda ise, yalnızca ve yalnızca kriminolojik araştırmaların sergilediği ortak akıldır. Bu payda ise kuralları, sistematığı, metodolojisi ortak tayin edilmiş araştırmalarda, rasyonel akıl kullanarak geliştirilmektedir. Şimdi sizlerle gelişen ortak akıl bulgularını mesleki gözlemlerim ışığında paylaşmak istiyorum.

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Sosyoloji Anabilim Dalı başkanı.

Hapis Cezası

Hapis cezası etkinlik ölçüsü olarak, toplam cezaevi nüfusundaki yüksek hükümlü oranı, özellikle aynı ceza siyasetini uzun yıllar takip eden ülkelerde az suç işlenmesi şeklinde beklenebilir. Bu konuda geçerli testler yapılamazsa da, korelasyonun, kriminolojik görüntünün beklenen yönde olmadığı, suç ve ceza olgusunun ayrı dinamikleri olduğu görülmektedir. Öte yandan, mevcut korelasyonun, cezaevi nüfus oranı düşük ülkelerin daha sert bir ceza siyaseti uygulayan ülkelere daha az oranda suç işlendiğine işaret ettiği de açıkça saptanmamıştır. Bunun en belirgin örneğine Finlandiya'da tanık olunmuştur. Ülkede işlenen suçların artış göstermesine karşılık cezaevi nüfus oranı azalmaktadır. 100.000 nüfustaki mahpus sayısı Finlandiya'da 60'dır. Japonya'da ki oran da aynı düzeydedir(62).

Ülkeler cezaevi nüfusundaki farklılıkta temel parametre, para cezası ile seçenek yaptırımlara başvurulması oranı ötesinde, hükmedilen hapis cezalarında çekilen ortalama hapis cezası süresidir. Bu bağlamda negatif göstergeler sergileyen ülkeler arasında(2004/2005 yıllarında ABD 726, Rusya 550, Doğu Avrupa 182, Batı Avrupa 109, İskandinavya 72) ülkemiz de(2008 yılında 135)¹ yer almaktadır. 5275 sayılı yeni CGTİK ile şartlı salıverilmesi için çekilmesi gereken süre 1/2'den 2/3'e yükseltilmiş (CGTİK m. 107) ve çalışmayı motive etmek üzere açık cezaevlerinde bulunan hükümlülere özgü her ay için altı günlük indirim de kaldırılmış bulunmaktadır.²

¹ Bu sayılar 100.000 genel nüfustaki mahpus sayısını göstermektedir. Ayrıca bkz. <http://www.prisonstudies.org/>
Türkiye'de yıllar itibariyle 100.000 nüfustaki mahpus sayısı

1992	31,582	(54)
1995	49,895	(82)
1998	64,907	(102)
2001	61,336	(89)
2004	71,148	(100)
2007	85,865	(122)
2008	95.551	(135)

² Bu yaklaşım sonucu cezaevleri inşası ve yönetimi için ayrılan bütçe, eğitime ayrılan bütçe ile karşılaştırıldığında artış oranının yükselmesi kaçınılmaz olacaktır. Aynı türde siyasetin yer aldığı ABD California eyaletinde 1985 ve 2000 yılları arasında cezaevlerine ayrılan bütçe, yüksek öğrenime ayrılan %24 oranındaki bütçeye karşılaştırıldığında % 166 oranında artış göstermiştir. <http://www.justicepolicy.com>

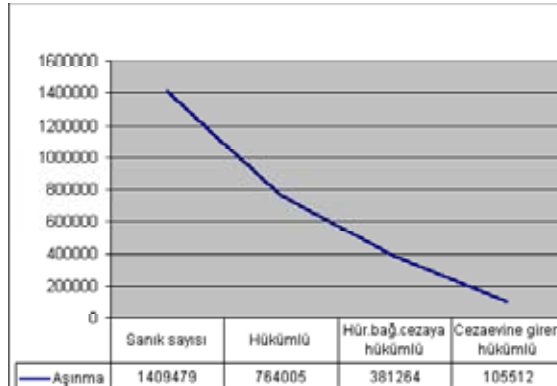
Yakalanan suçluların hapsedilmesiyle suç kontrolü ve kamusal güvenliğin sağlanabileceği bir mit veya illüzyon olma ötesinde oldukça da pahalı bir siyasettir. Etkili suç önleme yalnızca ceza hukuku ve siyaseti ile sınırlı olmayıp; sosyal/durumsal tedbir ve stratejilerle yaklaşımı ön görmektedir.³ Bu konuda en geçerli slogan “*iyi derecedeki sosyal kalkınma siyaseti, en iyi ceza siyasetidir*” önermesinde saklı bulunmaktadır.

Bu yaklaşımın ne derece akılcı olduğu salt istatistik verilerine baktığımızda görülecektir. Suç aritmetiğindeki karanlıklıkta kalan suçlar sayısı (*dark number*) ötesinde yakalanan sanıklara özgü aşağıdaki erime ve aşınma olgusu klasik suçlulukla mücadele amaçlarının ne derece yetersiz olduğunu aşağıdaki tablo kanıtlamaktadır. Ceza siyasetindeki klasik amaçlar artık şu ikili amaçla ikame edilmelidir:

1. Suç ve suç kontrolü bedeli ile zararlı etkilerinin olabildiğince azaltılması(*minimuma indirilmesi amacı*); ve

2. Bu bedellerin sosyal adalet gereği suçlu, toplum ve mağdur arasında adil bir biçimde dağıtılmasıdır(*adil dağıtım amacı*).

Sanık/hükümlü sayısına göre aşınma eğrisi (2000):



org/article.php?id=3

Amerika, şimdilerde nerede yanlış yaptığını sorgularken ülkemizde *Cezaların İnfazı Hakkındaki kanunla* (1965) getirilen reformist yaklaşım ruhu terk edilerek 1950'li yıllarda benimsenmiş cezaların ağırlaştırılması siyasetin yeniden benimsenmesi penolojik gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Bkz. G. Jahic. “Ceza Adaleti Sistemini Kullanarak Suçu Önlerken Adaleti Sağlamak”, *Hukuk ve Adalet*, Yıl 2, Sayı 5 (Nisan 2005) s.167-175.

³ Bkz. M. T. Yücel, *Kriminoloji*, Ank. 2008.

	%
Mahkum olan sanık/Toplam sanık:	54
Hapis cezasına hükümlü/Toplam Hükümlü:	50
Cezaevine giren hükümlü/Toplam sanık:	7.4
Cezaevine giren hükümlü/Toplam hükümlü:	13.8

Artan cezaevi nüfusu karşısında genel bütçeden kaynak artırımı çok zor olacağı gibi kamu güvenliği açısından hürriyeti bağlayıcı cezaya fazlaca başvurulmasının gerçekten gerekli olup olmadığı üzerinde ciddi olarak durulmalıdır. Tarihsel penolojik bulgular, bunun gerekli olmadığına işaret etmektedir. Hükümet artık ülkedeki mevcut kaynakların önemli bir kısmını (daha etkili seçenek yaptırımların var olduğu ceza siyasetinde) salt hapis cezası için kullanmaya devam edemeyeceğini açıkça dile getirmelidir. Yalnız bu siyasetin *de jure* benimsenmesi yeterli olmayıp; hukuk sosyoloji gerçeklerinden boşluk (*gap*) teorisi⁴ bağlamında ülke genelinde *de facto* standart bir uygulamaya kavuşturulması sağlanmalıdır.

Gelecekte rasyonel bir ceza siyaset uygulaması için hürriyeti bağlayıcı cezaya ancak şu dört halde başvurulmalıdır:

1. Suçlunun yeterince tehlikeli olması nedeniyle hürriyeti bağlayıcı cezanın halkın korunması için gerekli olması,
2. Suçun ciddiyet göstergesine yalnızca uzun süreli hürriyeti bağlayıcı ceza ile vurgu yapılabileceği,
3. Ciddi beyaz yakalı suç örneğinde olduğu gibi suçun ciddiyetini vurgulamak üzere diğer yaptırımlar yanında hürriyeti bağlayıcı cezaya da ihtiyaç duyulması, ve
4. Nihayet suçun kendisi hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmekte ise de, suçlunun diğer yaptırımlara riayet etmemesi nedeniyle gerekli olması halidir.

Bu ölçütler bağlamında, suçun ciddiyeti, kişinin suçtaki sorumluluk derecesi veya önceki sabıkası koşulsuz hapis cezasını gerektirmediğinde, erteleme, para cezası ve kısa süreli cezaya seçenek yaptırımlar devreye girmelidir. Bu konuda geliştirilecek ilkeler ve ölçütlerle yaptırımlar

⁴ Bkz. M. T. Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, Ank. 2008.

rımlara özgü tutarlılık sağlanmalı; mağdur odaklı bir yaklaşımla zararın giderilmesi için “giderici adalet” bilinci artırılmalıdır.

Ceza Yaptırımlarında Farklılık

Hukukun uygulamasında oldukça farklılıklara tanık olunmaktadır. Bu farklılık gerçeklik yargısında olduğu kadar değer yargısında da olmaktadır.⁵ Bu farklılığın en belirgin olanına hükmedilen yaptırımlarda tanık olunmaktadır. Gerçekte, bu farklılıkları girdideki (suçun ciddiyeti, işleniş biçimi ve suçlunun karakteristikleri değişkenlerle açıklamak mümkün değildir (TCK m. 61). Tüm araştırma sonuçlarına karşın uygulamacıların savunması ise, her dava veya suçlunun özel olduğu ve niceliksel araştırmanın bu özneliği asla ölçemeyeceği şeklindedir.

Araştırmaların çoğu, hâkimlerin aynı uyarıcı materyal karşısında ekseriya farklı kararlar verdiğini göstermiş; burada kişinin önemi vurgulanmıştır. Bu bağlamda ceza yaptırımlarındaki farklılık daha da çarpıcı bir görüntü sergilemektedir.

Ceza yaptırımları uygulaması ile hükmedilen hürriyeti bağlayıcı ceza süresi bakımından ülkeler arasında farklılıklar olduğu gibi aynı ülkedeki mahkemeler arasında da farklılıklara tanık olunmaktadır. Bu tür ülke içi karşılaştırmalar Kanada, Avustralya, ABD, İngiltere ile Türkiye için yapılmış olup; İngiltere’de otuz sulh ceza mahkemesini kapsayan çalışmada; bir mahkemenin, önüne gelen suçluların % 46’sını para cezasına mahkum ettiği, diğerinde para cezası uygulamasının % 76’ya ulaştığı; hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasında ise, mahkeme-

⁵ Satranç oyunu, yaz tatili planı veya bir resmin veya müzik parçasının tasarımı sorun çözme (ve kuşkusuz bilgi işleme) biçimleri olduğu gibi ceza davalarında hüküm verilmesi de sorun çözme olarak yorumlanabilir. Satranç oyunu gibi sorunlarda, kişi çözümün doğru olup olmadığını genellikle bilebilirse de, bu yargı ceza mahkemesi kararları için geçerli değildir. Kişi ancak oldukça sınırlı sayıdaki davalara ilişkin çözümün doğruluğundan emin olabilir: Kural olarak, adli sorun çözümleyicisi için verdiği kararın doğruluğunu test için başvurabileceği tartışmasız bir ölçüt yoktur. Bu doğrultuda çeşitli sorun türleri iki kategoride toplanabilir (Sorun çözme ve bilgi işleme teorisi):

İyi tanımlanmış sorunlar: Bunlar, doğru çözümleri sorun çözümleyici tarafından kesinlikle test edilebilecek sorunlardır.

Açık sorunlar: Bunlar, test için nesnel ölçütlerinin olmadığı sorunlar olduğundan sorun çözümleyici, çözümün doğru olduğunu saptayamaz.

ler arasındaki değişimin % 3 ile % 19 arasında olduğu saptanmıştır. Ne var ki, anılan mahkemelerde yıllar itibariyle bir değişime tanık olunmamıştır.

Türkiye’de ceza uygulaması bakımından mahkemeler arasında görülen farklılığa ise, özellikle hapis cezasına seçenek yaptırımların uygulanmasında tanık olunmuştur. Nitekim 31/12/1986 tarihinde yapılan bir saptamaya göre, Türkiye genelinde bu oran % 9 iken, Ağır Ceza Merkezleri arasında bu yüzdenin (0)’dan (38)’e kadar değiştiği görülmüştür.

Bu değişimde Ağır Ceza Merkezlerinden % 73’ü Türkiye ortalaması altında kalırken (Bergama, Ceyhan, Dinar, Karaman, Sandıklı, Siverek ve Zile’de (0) iken) % 27’si ise ortalamanın üstünde bir görünüm (en fazla yüzde gösteren merkezlerden, 6 aydan az cezaya hükümlü yüzdesinin 30’dan fazla olduğu Bakırköy, Boğazlayan ve Kartal) sergilemektedir.

Bu farklılık yalnızca seçenek yaptırımlara özgü olmayıp, tüm diğer yaptırımlar için de geçerli olmaktadır. Nitekim, 1993 yılına ait seçilmiş metropol adliyeleri ceza mahkemelerince verilen mahkumiyet kararlarındaki yaptırımların oransal dağılım tablosu, bu görünümü destekler niteliktedir. Şöyle ki;

ADLİYE	Hapis	Para	Hapis & Para	Erteleme	Diğer
İSTANBUL	52.0	33.1	4.4	7.5	3.0
İZMİR	50.9	33.7	3.1	8.5	3.8
KONYA	45.5	26.6	10.8	14.8	2.3
BURSA	43.4	34.4	4.7	13.9	3.6
ANKARA	39.1	40.1	4.5	14.4	1.9
SAMSUN	31.7	45.8	8.3	12.4	1.8
ADANA	25.5	33.3	24.5	14.9	1.8
TRABZON	20.7	39.3	4.6	25.2	10.2
ERZURUM	20.0	57.7	5.0	13.3	4.0
DIYARBAKIR	17.8	50.8	7.8	14.7	8.8
TÜRKİYE	32.6	38.6	6.5	16.7	5.6

TCK’nın ihlali bağlamında; yoğunluk gösteren tipik suç maddelerine göre mahkum olanların, (1993 yılı itibariyle) ağır ceza merkezlerindeki ortalama hürriyeti bağlayıcı ceza miktarı (yıl) dağılımı (*farklılıkları*) ise aşağıda verildiği gibidir.

TCK	Adana	Ankara	Erzurum	İstanbul	İzmir	Konya	Samsun	Sivas	Trabzon
202	2.4	2.6	2.4	1.9	2.8	2.3	2.9	2.1	2.7
227	3.0	3.1	2.3	2.6	2.8	3.1	3.9	2.5	3.1
342	2.4	2.5	2.3	2.5	2.5	2.4	2.4	2.6	2.4
345	0.7	1.3	0.8	1.4	1.3	1.6	1.6	1.0	1.5
403	8.4	10.1	11.4	10.0	8.6	10.8	10.3	10.5	9.3
404	3.8	4.6	2.5	3.9	3.8	3.9	3.3	3.8	3.4
414	6.6	8.9	7.1	8.0	7.0	7.5	7.5	7.6	8.3
416	2.6	4.1	4.8	4.7	4.1	3.7	5.3	5.2	3.3
418	4.2	5.8	7.2	7.3	6.1	6.8	6.9	7.1	5.8
448	16.0	15.6	15.4	14.7	14.6	15.3	15.8	15.7	15.9
449	18.6	19.3	20.6	17.9	17.8	19.0	19.1	17.5	20.6
450	24.9	24.9	20.0	23.0	25.5	22.4	24.3	24.7	24.1
456	2.1	1.9	2.6	1.9	2.8	1.8	1.9	2.1	1.7
491	0.9	1.0	1.2	0.9	1.1	0.9	1.0	1.0	0.7
492	1.6	1.6	1.0	1.5	1.8	1.3	1.8	1.5	1.1
493	1.9	2.1	2.0	2.1	2.3	2.1	1.7	1.9	1.7
497	13.6	14.5	17.2	15.7	14.0	13.1	14.4	13.9	13.5

Adaletsizliğin en yoğun hissedildiği cezaevi ortamında hükümlüler açısından ceza yaptırımlarındaki farklılıkların, “*adalette kara perdeler var*” düşüncesine kapılmalarını önlemek üzere cezalarda gereksiz farklılıklardan kaçınılması; cezaların saptanmasında ilkesel bir tutarlılık benimsendiği mesajının hükümlülere verilmesi gerekmektedir. Bu amaçla hâkimler için seminerler düzenlenmelidir.

Giderici Adalet

Yeni Türk Ceza Siyasetinde ve genelde yaptırım modelinde “*giderici adalet*” gerçekçi bir paradigma olarak belirmektedir. Bu yaklaşım Türk Ceza sistemine yabancı olmayıp, *Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunda* (1965) yer alan kısa süreli hapis cezasına seçenек bir tedbir olarak (*aynen iade veya tazmin*) sisteme girmiş ve yeni TCK ile korunmuş bulunmaktadır. Bu koşul hapis cezasının ertelenmesi için de getirilmiş bulunmakta; gerektiğinde hapis ile erteleme birlikte uygulanmaktadır (TCK m. 51/2). Giderici adalet yaklaşımının geleneksel yaptırım sistemine göre başlıca avantajları şunlardır:

1. Suç mağdurlarına el uzatılması-yardım sağlanması;
2. Tazminat elde edebilme olanağının mağdurların suçlu ihtar etmeye ve mahkeme huzuruna çıkmaya cesaretlendirmesi;
3. Tazminat keyfiyetinin, suçlunun kendisine bir şey yapılması yerine onun bir şeyler yaparak iyileştirilmesine katkı yapabileceği;
4. Bütçe giderlerinde önemli ölçüde tasarruf sağlanacağı; ve

5. Suçun kazançlı bir iş olmaktan çıkartılabileceğidir.

İşte aynen iade/tazminat etrafında şekillenen bu sistemin en büyük avantajı, hiç kuşkusuz, mağdurlarca ceza adalet sistemine sağlanacak “destek” olacaktır.

Çoğu mağdurların ceza adaleti (hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası) yerine giderici adaleti tercih ettiklerine dair fazlaca kanıt vardır. Mağdur için önemli olan çalınan malın iadesi, kırılan camın değiştirilmesi, hasar gören arabasının tamiri ve genelde zararının giderilmesidir. Bu beklenti oldukça gerçekçidir. Öte yandan, ailevi veya kişisel ilişkiler içinde bulunan insanlar arasında işlenen şiddet suçlarına bakıldığında cezai adaletin devreye girmesi sonucu sosyal ve aile bağları kopmakta ve tarafların uzlaşma şansı azalmakta/yok olmaktadır. Bu süreçte fail ve mağdur arasında beliren kutuplaşma ve oluşan taraftarlarla nefret ve düşmanlığın körüklendiğine tanık olunmaktadır. Bu sosyolojik gerçek bile tek başına anlaşmazlıkları çözümleyici mekanizmanın ileride vuku bulacak şiddeti önlemek açısından ne derece önemli olduğunu kanıtlamaktadır.

Geleneksel ceza modelinde zarara zararlar, acıya acıyla yanıt verilmekte (*lex talionis*); suçlunun ıstırapı arttıkça mağdurun ıstırapının azalacağı düşünülmektedir. Bu yaklaşım mantığı ile “göze göz dünyayı kör yapmış” (Ghandi); zarara zararlar verilen yanıt toplumdaki zararı katlamış; mağdur (kul) hakkı teslim edilmemiştir. Bu sistemde suç mağdurlarının menfaati/en belirgin ihtiyaçları göz ardı edilmekte; ceza hükmü mağdurun mağduriyetini belgeleyen resmi bir belge olmak dışında fazlaca bir anlam taşımamaktadır. Sistem “mağdura ne olacağı” yerine “faile ne olacağına” odaklandığında ceza hükmü ile mağdur eski bütünlüğüne kavuşamamaktadır.

Öte yandan, mağdurları yankıladığını iddia edenler, mağdurların ancak en ağır cezaların uygulanması ile tatmin olabileceklerini dile getirmekte iseler de, bu genelleme çoğu mağdurlar için geçerli değildir. Yukarıda değinildiği üzere, iyileşme, iade, tazminat ve gelecekte mağdur olmayacağından emin olma çoğu suç mağdurları için temel amaçlardandır. İşte sosyal müdahalenin ana amacının toplumsal huzuru sağlamak, zararı gidermek, yaraları sarmak ve yeni suçların işlenmesini önlemek ise, ceza sisteminin başarısız olduğu yerde uzlaşma, iade ve tazminata dayalı “onarıcı sistem”i ile diğer seçenek tedbirlerin nasıl ve neden başarılı olacağını anlamak daha kolay olmaktadır.

Muhafazakar/Liberal Yaklaşım

Kuşkusuz, fikirler ve genel değer kavramları formasyonumuz ve kuralların uygulanmasının başlıca kaynaklarıdır. Bu bağlamda, sosyal bir organizasyonun belirli özellikleri yaşamın belirli koşulları altında “*adil*” izlenimini verirken, başka koşullarda “*adaletsizlik duygusu*” yaratmaktadır. Bu konuda hâkimlerin otoriter/ konformist yaklaşımı ile liberal tutum ve davranışlarının etkili olduğu hipotezi araştırma ile test edilmeğe değerdir. Anılan ayrımcı (*differential*) tutum denetimli serbesti görevlileri içinde söz konusu olabilecektir. Olası bu tutumlara karşı hâkimlerin kürsü davranışları bir psikolog eşliğinde gözlenmeli ve analiz edilmelidir. Öte yandan, kadın hâkimlerin yaklaşımları da araştırmaya değer görülmeli; seçenek yaptırımlara hükmetme konusunda etkileri etüt edilmelidir. Bu araştırma bulgularına göre hâkimlerin tutum değiştirmesi ve değiştirmeyenlerin de hukuk hâkimliğinde görevlendirilmesi sağlık verilebilir. Hiç kuşkusuz, algı ve tutum araştırmaları vazgeçilmeyecek enstrümanlardır. Bu tür araştırmalara ek olarak düzenlenecek farkındalık/ bilinçlenme toplantıları da değişim ve standart uygulamaya doğru yönelme açısından önemlidir.

Hapis Cezası ve Kriminolojik Gerçekler

Ceza tipik bir eyleme yönelik iken; cezalandırma tekniği bir yaşama yöneliktir. Bu doğrultuda, suçlunun “*yaşam hikayesinin*” bilinmesi ve düzeltilme işleminin “*yaşam tekniği*”ne (*dinamik değişkenlere*) yöneltilmesi hedeflenmelidir. İşte bu bağlamda denetimli serbesti (*probation*) görevlileri önemli bir rol üstlenmektedirler.

Suçluların tretmanı üzerine yapılan analizlerin vurguladığı üzere, suçlulara yönelik toplum odaklı tretman yöntemleri iyi sonuç verirken, negatif, soyutlayıcı ve özellikle kurumsal(cezaevi) nitelikli yöntemler kötü sonuç vermektedir. Bu önermenin açılımı bağlamında aşağıdaki parametrelerin ağırlıklı niteliği göz önüne alınmalıdır:

- Suçun işlenmesinde etkili olan faktörlere odaklanması;
- Pragmatik bir yaklaşımla, arzulan ve elde edilebilir sonuçlara yönelmesi-iş/ meslek edindirmenin tretman sürecinde özel bir önemi olduğunun bilinmesi;
- Açık uçlu psikolojik dinamikleri etkileme arayışlarından kaçınarak suçluların “*algılama ve davranışları*” üzerine yoğunlaşmalı;

- Tretman çalışmalarının elverdiğince toplumda yer almasına özen gösterilmesi;
- Kurumsal çalışmaların daha az başarılı olduğunun unutulmaması;
- Kişisel yeteneklerin geliştirilmesi üzerinde önemle durulması;
- Yürütülen çalışmaların esnek ve *multi-model* referanslı olması; diğer bir anlatımla, tüm yumurtaların aynı sepete konulmaması;
- Suçlulara yapılacak müdahalenin kapsam ve yoğunluğunun suçlunun sergilediği risk/tehlikelilik derecesine göre ilişkilendirilmesi ve tretman programının bir kısmı olarak “yapılanların” dikkatlice izlenerek değerlendirilmesidir.

Bu açıklamalar sonrası hapis cezası dışındaki gün para cezası ile diğer seçenek yaptırımlar uygulama oranında artışın ne derece gerekli olduğunu sergilemek üzere ceza siyaseti *de jure* benzerlik gösteren Almanya ile Türkiye’ye ait istatistik verilerine aşağıdaki tablolarda yer verilmiştir. Bu tablolardan Türkiye’deki mahpus sayısına bakıldığında 2004-2008 yıllarında her kategorideki cezaevi nüfusu bakımından artışa tanık olunduğu; cezaevlerindeki tutuklu oranının Almanya’ya (%19.7) göre oldukça yüksek olduğu (beş yıllık ortalaması % 45.8); tutuklama konusunda “*adli kontrolün*” yeterli bir uygulamaya kavuşmadığı; zorunlu bir kötülük olarak tutuklamaya fazlaca başvurulma geleneğinin sürdürüldüğü görülmektedir.

31 Aralık İtibariyle Cezaevleri Nüfusu (2004-2008)

Yıl	Tutuklu %	Hükmen Tutuklu %	Hükümlü %	Toplam	Değişim
2004	27.565(47.5)	4.355 (7.5)	26.010(45.0)	57.930	100
2005	26.425(47.3)	4.587(8.2)	24.858(44.5)	55.870	96
2006	34.412(49.0)	9.529(13.5)	26.336(37.5)	70.277	121
2007	38.028(42.0)	15.201(16.7)	37.608(41.3)	90.837	157
2008*	40.832(43.2)	15.988(17.0)	37.584(39.8)	94.409	163

* 31 Mart

Ceza yaptırımları bakımından Almanya (%6) ile mukayese edildiğinde hapis ceza oranının yüksek iken, seçenek yaptırıma ait değerlerin oldukça düşük olduğu aşağıdaki tabloda görülmektedir.

Yıllar İtibariyle Hükmedilen Ceza Yaptırımları Dağılımı 2004-2007

Yıl	Hapis %	Para Cezası %	Hapis-Para Cezası %	Erteleme	Diğer Tedbirler
2004	30.3	30.8	4.7	25.4	8.8
2005	20.7	35.5	5.7	25.9	12.3
2006	36.3	32.2	6.7	9.3	15.5
2007	41.6	27.9	6.1	10.8	13.6

Türkiye’de hapis cezası oranının yüksek olmasında, sayısı son yıllarda artış gösteren (% 15 oranında) icra cezaları etkili olmaktadır.

Hapis cezasının ertelenmesi bakımından Almanya’da, 1970’ten başlayarak büyük oranda artış göstermiş ve aşağıdaki tabloda 2003 yılında tüm hapislerin 2/3’ünü; *gün para ceza*⁶ uygulaması da % 80’i bulmuştur.

Gün para	% 79.9
Hapis	% 6.2
Erteleme	%13.9

Almanya’da Toplam Cezaevi Nüfusu (2004)

Tutuklu %	Hükümlü %	Genç Hükümlü %	Diğerleri %
15999(19.7)	54.960(67.7)	7023 (8.7)	3184 (3.9)

⁶ 1921 yılında Finlandiya’da kabul edilen gün para cezasında gün sayısı suçun ciddiyetine, gün para miktarı ise suçlunun mali durumuna göre belirlenmektedir (TCK m.52).

Almanya’da hüküm giyenlerden yalnızca % 1.7’si (34.414) daha önce tutuklu kalmışlar.

Tutuklama siyaset ve uygulaması, suçun ciddiyet göstermesi, kaçma riski ve kanıtların karartılması/manipule edilmesi/tanıkları etkileme riski yanında cinsel sapıklara özgü tekerrür riski olduğunda başvurulacak zorunlu bir kötülük iken; bu ölçütlerin göz ardı edilmesi tutukluluk enflasyonuna neden olmakta; Türkiye’de tutuklu sayısı toplam cezaevi nüfusunun yarısını bulmaktadır. İşte cezaevi nüfus enflasyonu konusunda tutuklama sayısı kadar süresinin de aynı derece etkili olduğu belirtilebilir. Almanya’da (2003) tutukluk süresi dağılımına bakıldığında ise, bu sürelerin Türkiye’ye göre kısa, % 80’ninin 6 aya kadar tutuklu olduğu; % 15.3’ünün 6 - 12 ay arasında ve % 4.4’ünün ise bir yıldan fazla tutuklu kaldığı görülmektedir.

1 aya	%31.7
1-3 ay	%24.3
3-6 ay	%24.3
6-12 ay	%15.3
1 yıl+	%4.4

Öte yandan Almanya’da hükmedilen hapis cezası süresi dağılımı ise oldukça ekonomik bir boyut sergilemekte; cezaların daha yumuşak olduğu belirmektedir. Bu tablolar yeni TCK’ya egemen olan cezaların ağırlaştırılması siyasetinin ne kadar kriminolojik gerçeklerle bağdaşmadığını kanıtlamağa yeter niteliktedir.

Almanya’da Hükmedilen Hapis Cezasında Süre Dağılımı (2003)

12 aya	%77.6
1-2 yıl	% 15
2 yıl+	% 6
5yıl+	%1.3
Müebbet	% 0.1

Almanya’da Hapis/Erteleme Cezalarının Dağılımı (2003)

Süre	Erteleme	Hapis
6 aya	%75.9	% 24.1
6-12 ay	% 76.1	% 23.9
1-2 yıl	% 68.8	% 31.2
2-5 yıl		8118
5-15 yıl		1663
Müebbet		80

Seçenek Yaptırımlar ve Ceza Ekonomisi

Seçenek yaptırımlar (TCK m. 50) ne fazlaca girift ve ne de fazlaca pahalı teknikler değildir. Bu yaptırımlar uygun suçlular için topluma, mağdura ve suçluya daha iyi hizmet etmek ve cezaevinden daha ekonomik olmaktadır. Bu yaklaşım, oyun kuramı (*game theory*) bağlamında “işbirliği mümkün oyunlar” türündendir.

Seçenek yaptırımlar açısından suçluların istekli olup olmadıkları psikolojik olarak nasıl algıladıkları önemlidir.⁷ Kuşkusuz, şiddet derecesine göre sıralamada erteleme, gün para cezası, seçenek yaptırımlar (denetimli serbesti) yer almaktadır. Bazı ülkeler verilerine göre, bu seçenekler ve programların %20 ile % 60 arasında mükerrirlik oranında bir azalma sağladığı belirtilmektedir. Almanya’da Aşağı Saksonya Kriminoloji Enstitüsü araştırma bulgularına göre, 100.000 nüfustaki mükerrirlik, hapis cezasının norm uygulama olduğu yörelerde % 7 artış gösterirken; seçenek yaptırımlara odaklanan yörelerde % 13’lük bir azalmaya tanık olunmuştur. Kuşkusuz, bu sonuçta iş ve eğitsel faaliyetlerdeki artışın etkili olduğu görülmektedir. Cezaevlerinde de bu olanakların sağlanmasına karşılık salıverilen hükümlülerin iş bulabilme olanakları negatif olarak etkilenmektedir.

Seçenek yaptırımların da sihirli bir değnek olmadığı bilinmelidir. Bunları sihirli yapacak denetim görevlilerin tutumları ile iletişim yetenekleridir. Bu görevlilerin, suçluların ıslah olacaklarına dair inanç-

⁷ M.T. Yücel, *Adalet Psikolojisi*, Ank. 2007.

ları ile örneklerin özellikle uyuşturucu kullananlar için sergilenmesi önemli birer parametredir.

Bu doğrultuda 5402 sayılı *Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu* (2005) uygulaması için bedel-yarar analizi projelendirilmelidir. Bazı ülkeler ceza sistemlerinde 100 yıllık bir uygulamaya sahip olan ve kaynak sorunu nedeniyle yetersizliğine değinilen bu kurumun (*probation* ve *parole*) ülkemizde etkin bir uygulamaya kavuşturulması (Yönetmelikteki standartlara uyarlı pratikler geliştirilmesi) üzerinde önemle durulmalıdır.

Medya ve Halkla İlişkiler

Denetimli serbesti hizmeti boşlukta değil; toplum içinde toplum için hizmet vermektedir.⁸ Bu hizmet ceza adalet sisteminin çeşitli evrelerinde özgürlük ortamında yer aldığından halk katında hizmetin anlam ve işlevi hakkında farkındalık/inandırıcılık yaratılması ve bu konuda aktivist bir yaklaşım sergilenmesi ön görülmelidir.

Ceza siyaseti bağlamında medyanın gücü de küçümsenmemelidir. Medya gerçekleri, hakikatleri ve yanlışları rapor etmektedir. Halk, suçu da içeren çoğu şeyler hakkında medya kanalıyla fikir/bilgi sahibi olmaktadır. Bu nedenle, halkın farkındalığı, olumsuz tutum ve davranışlarına karşı en etkili antidottur. Halk, siyaset ve uygulamanın *legallitesi* hakkında bilgilendirilmeli; halka gazete eki olarak bilgilendirme broşürleri verilmelidir.

Halkın tepkisine duyarlık içinde ceza siyaseti değiştirildiğinde daha adil bir uygulama sağlanacağı düşüncesine kapanılmamalı; mevcut bir sistemi yanlış bilgilenmeye dayalı gelişen kamuoyunu tatmin için değiştirmenin hatalı olacağı bilinmelidir. Bunun yerine aktivist bir yaklaşımla halk devamlı bilgilendirilmeli; yerel/ulusal medya mensupları ile sık sık yuvarlak masa toplantıları yapılmalıdır. Ancak bu sayede, kriminolojik okur yazarlık⁹ giderilebilir.

⁸ Japonya'da 50.000'i gönüllü ve 1100'i resmi denetimli serbesti görevlileri yıllık 60.000 kişiyle ilgilenmektedirler.

⁹ M. T. Yücel, *Kriminoloji*, Ank. 2008; *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB, Ank. 2007.

Araştırma ve Değerlendirme

Tüm projelerde olduğu gibi seçenek yaptırımlara özgü araştırma ve değerlemelerin yapılması planlanmalıdır. Buna özgü değerlendirme için temel ilkeleri içeren *Avrupa Kuralları* vardır (Toplumsal yaptırımlar ve tedbirler üzerine Avrupa Kuralları 1992).¹⁰ Bu kurallardan bazılarını aşağıda değinilmektedir.

89. Kural: *Toplumsal yaptırımlar ve tedbirler üzerine araştırma teşvik edilecektir. Bunlar muntazam olarak değerlendirilmelidir.*

90. Kural: *toplumsal yaptırımlar ve tedbirlerin değerlendirilmesi bağlamında aşağıdaki parametreler bakımından nesnel olarak beklentilerinin ne ölçüde karşılandığının belirlenmesini ön görmektedir:*

Yasa koyucu, adli eyleyicilerin ve denetimli serbesti görevlilerin seçenek yaptırımlardan beklediği amaçların ne ölçüde karşılandığı;

Cezaevi hükümlü oranında azalmaya katkısının ne derece olduğu;

Kişinin suça ilişkin dinamik değişkenler bağlamında gereksinmelerinin ne ölçüde karşılandığı;

Yapılan harcamanın ne derece yararlı olduğu; ve

Toplumda işlenen suçların azalmasına katkısının ne olduğudur.

Bu doğrultuda ceza sistemine giren her yeni seçenek yaptırım için değerlendirme projesi ön görülmelidir. Ne var ki, evrensel nitelikli bu temel ilke ekseriya takip edilmemektedir. Bu yaklaşım, değerlendirme için harcanacak kuruluşları düşünmenin ilerde liralara kaybı doğuracağı bilincinden yoksunluğun ürünüdür. Bundan da en çok ceza siyaseti ile ceza uygulaması zarar görmektedir. Ceza sisteminde yeni yaptırımlar uygulamaya konulduğunda yapılacak değerlendirme bütçesi anılan program için ön görülen bütçenin en azından % 10 olması gerektiği bilinmelidir. Abartılı görünen bu oran sağlanamadığında da mütevazı ölçütlerde bütçe harcamasıyla değerlendirme çalışmalarının kaçınılmaz olduğu bilinmelidir. Bu konuda Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Daire Başkanlığına önemli görevler düştüğü bilinmelidir.

¹⁰ Ayrıca bkz. *United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures* (Tokyo Kuralları) -45/100 sayılı Genel Kurul Kararı.

Bu türden bir değerlendirmede sorulacak sorular şöyledir:

Seçenek yaptırımla hangi suçluları etkileyebilmektedir?

Seçenek yaptırımlar dışındaki bir yaptırımla kimi etkileyebilmektedir?

Yaptırım nasıl kişileştirilmektedir?

Yaptırım hakkında toplumdaki genel kanı nedir?

İlgili kişilerden karar alıcılar, uzmanlar ve halkın düşüncesi nedir?

Sonuç

Ceza hukukuna/hapis cezasına dayalı suç önleme etkisiz, çok pahalı ve gayri insani olduğundan, seçenek yaptırımlara, özellikle giderici adalete olanak sağlamak üzere fazlaca başvurulması akılcı bir siyaset olacaktır. Öte yandan, suç önlemenin ceza korkusundan ziyade cezalandırmanın ahlaki bilinç yaratması ve değerleri vurgulaması ile sağlanabileceği unutulmamalı;¹¹ ceza hukuku normları ve yansıttığı değerlerin kişilerce içselleştirilmesine odaklanılmalıdır. Bu amaçla, ceza siyasetinde rasyonel bir uygulamaya kavuşmak için hukuk/sosyoloji/sosyal hizmet fakülteleri ile Adalet Akademisi programlarında kriminoloji dersine ağırlık verilmelidir.

¹¹ Bk. M. T. Yücel, *Hukuk Felsefesi*, Ank. 2005.

ENSEST, “GENEL AHLAK” VE ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ’NİN KARARI

Türkan Yalçın SANCAR*

Tuğçe Nimet YAŞAR**

I. GİRİŞ

Bu kısa yazıda “*ahlak*”,¹ “*genel ahlak*”² gibi içinin doldurulması son derece zor olan kavramlarla ilgili saptamalar yapmaya çalışılmayacaktır. *Kanunilik* ve dolayısıyla *belirginlik* ilkesinin bir gereği olarak, somutlaştırmanın çok önem taşıdığı ceza normlarında, bu kavramlara sıkça atıf yapılmasının yargıcı ne denli zorladığı ve yasayı uygulayanın ahlak anlayışına göre nasıl farklı yorumların ortaya çıktığı bir gerçek. “*Genel ahlak*” gibi özellikle cinsel suçlar ya da cinsel ahlaka aykırı eylemlerle özdeşleştirilen bir kavramın, kadın cinselliği ve kadına yönelik suçlar söz konusu olduğunda, son derece acımasızca, kadın aleyhine bir söylemi ve uygulamayı beraberinde getirdiği de hepimizin malumu. Erkek söz konusu olduğunda başka, kadın söz konusu olduğunda ise başka bir “*genel ahlak*” anlayışının var olduğu gerçeği, yaşanan her olayda kendisini bir kez daha gösteriyor. Elbette ki bu durumu “*ataerkil*” yapıdan bağımsız sorgulamak da doğru değil. Ancak bu başka yazılarda derinleştirilecek bir konu.

Bu yazı “*genel ahlak*”la çok ilişkilendirilen ve hukuk terminolojisinde sıkça yanlış bir anlam verilerek tanımlanan “*ensest*” söz konusu

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. sınıf öğrencisi. (Alman Anayasa Mahkemesi kararının çevirisi Tuğçe Nimet Yaşar tarafından yapılmıştır.)

¹ Kavram hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Ioanna Kuçuradi, Özgürlük, *Ahlak, Kültür Kavramları, Uludağ Konuşmaları*, Türk Felsefe Kurumu, Ankara 1988, s. 20 vd.

² Tanım için bkz. Sulhi Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, B. 4, İstanbul 1975, s. 38 vd.; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, B. 3, İstanbul 1991, s. 296 vd.

olduğunda, genel ahlakın tersine bir işlev üstlenerek, bu konuyu nasıl konuşulamaz tartışılmaz hale getirdiğini vurgulamak ve ensestin TCK'da neden suç sayılmadığını ya da suç sayılmasının gerekip gerekmediğini tartışmaya açmak amacıyla kaleme alınmıştır. Yani, bu yazı, "kafa karışıklığı" nı bir parça yaygınlaştırmak çabası taşımaktadır. Akla gelen sorular birkaç noktada toplanmaktadır:

- TCK neden "ensest" adını taşıyan bir suça yer vermiyor?
- Ensest suç olmalı mı?
- Ensestin suç olarak düzenlenmesi konusunda bir fikir birliği olursa, hangi değeri ihlal ettiği kabul edilecek dolayısıyla ceza kanununun neresinde yer alması gerekecektir?
- Ensesti suç saymanın yaratacağı sonuçlar, suç saymamanın yaratabileceği sonuçlardan daha mı ağır olur?
- Kutsal kitaplarda yasaklanan, Avrupa'nın hemen hemen bütün devletlerinde ve ABD'nin tüm eyaletlerinde suç olarak kabul edilip ciddi cezalarla yaptırıma bağlanan ensest konusuna; "bu suç oralarda çok işlendiği için toplumsal düzen bozulmuştur. Türkiye toplumunda böyle bir suçun işlenmesi mümkün değildir, genel ahlak ve 'kutsal aile' anlayışı buna engeldir" şeklinde bakmak ne denli gerçekçidir?

ENSEST NEDİR?

Bugün uygarlığın temeli olan bir cinsel yasak şeklinde görülen ve tarihin çeşitli dönemlerinde zaman zaman meşru, doğal hatta gerekli sayılan³ ensest, değişik biçimlerde tanımlanmaktadır: Kelimenin Latince aslı *incestus* olup sıfat olarak "pis, kirlenmiş, temiz olmayan" anlamına gelmektedir. Ayrıca "ahlaksız, uygunsuz, iffetsiz, suçlu" karşılığında kullanılmaktadır. İsim olarak da "kirlilik, iffetsizlik, uygunsuzluk" demektir. Dilimizde karşılığı olmayan bu kelime Arapça'da *fücur*la karşılanmaktadır. *Osmanlıca-Türkçe Sözlük*'te *fücur*; "günah, zina" olarak karşılık bulmaktadır. *TDK Sözlüğü*'nde ise; günahın her çeşidi olarak ifade edilmektedir. Bugün bu terim toplumumuzda "evlenmeleri, ahlakça, hukukça ve dince yasaklanmış (nikâh düşmeyen) yakın akraba olan kadın

³ Tarihçe için bkz. Cahit Can, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 23 vd. ; Oğuz Polat, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Tanımlar*, Ankara 2007, s. 162 vd.

ile erkeğin cinsel ilişkide bulunmaları" anlamında kullanılmaktadır.⁴

Psikoloji ve ilgili diğer bilimlerde "ensest"; birbirleriyle evli olmayan ve evlilikleri yasaklanmış aile üyeleri arasındaki cinsel temas olarak tanımlanmakta ve bu tanım, bazen hem taraflar hem de fiiller bakımından genişletilerek; kan bağından bağımsız olarak "güven" ilişkisini ve sadece cinsel birleşmeyi değil, her türlü cinsel eylemi kapsama sokmaktadır.⁵

Bazı hukukçular da, bu geniş anlamı esas alarak TCK'da "ensest" in zaten suç olduğunu söylerler ve toplumda da böyle bilinir. Oysa burada dile getirilen ve ensest olduğu söylenen suçlar; "cinsel saldırı" (TCK m. 102/3-c) ve "çocukların cinsel istismarı" (TCK m. 103/3) kapsamında olan, cezayı ağırlaştıran bir neden olarak ortaya çıkan ve rızaya dayanmayan ya da geçerli rızaya dayanmayan cinsel suçlardır.

Ceza hukuku söz konusu olduğunda ensest başka bir anlam taşır. Ceza hukuku literatüründe ve ceza kanunlarında ensest; "evlenmeleri yasak olan reşit kişiler (rıza ehliyeti olan) arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkidir". Tanımdan kolayca anlaşılacağı gibi, "cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen" suçlardan farklı olarak ensestte taraflardan biri mağdur değildir, her iki taraf da suçun failidir. Kısaca ifade etmek gerekirse, "ensest çok faili bir suçtur".⁶ O halde karışıklığı önlemek için en azından "rızaya dayanmayan ensest" ve "rızaya dayanan ensest" şeklinde bir ayırım yapılmalıdır. TCK'da, aralarında evlenme yasağı bulunan ve reşit olan akrabalar arasında rıza ile gerçekleşen cinsel ilişkiyi yasaklayan bir hüküm olmadığı için ceza verilmesi mümkün değildir.

EVLENME ENGELLERİ-ENSEST -RIZA

Ensesti "cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen" suçlardan bağımsız olarak düzenleyen ve cezalandıran bütün ceza kanunları, suçu işleyebilecek kişilerle, evlenmeleri yasak olanlar arasında doğrudan bir ilişki kurmuşlardır. Evlenmeleri yasak olan kişilerin sınırı genişledikçe, suçun kapsamı da genişlemekte ve ilişkinin yakınlık derecesi sadece farklı cezalar verilmesinde bir ölçüt olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun "Hısımlık" başlığını taşıyan 129. mad-

⁴ Ayrıntılar için bkz. Polat, s. 159.

⁵ Tanımlar için bkz. Polat, s. 160. vd.

⁶ Bkz. Türkan Yalçın Sancar, *Çok Faili Suçlar*, Ankara 1998.

desi evlenmeleri yasak olan kimseleri saymıştır. Buna göre;

“Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:

1. *Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,*

2. *Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,*

3. *Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında.”*

Söz konusu yasağa uymamanın MK’da elbette ki bir karşılığı vardır ancak TCK’da bir karşılığı yoktur. İşte tartışma da bu noktada, yani ceza kanununda bir karşılığının bulunmasının gerekip gerekmediği noktasında ortaya çıkmaktadır.

Ensest ilişki söz konusu olduğunda, TCK’da bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen “rıza” nasıl değerlendirilecektir? 26/2. maddeye göre *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”* Kişi kural olarak reşit olduktan sonra, cinsel yaşamı konusunda istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Acaba Türkiye’de fiilin suç sayılmasını engelleyen husus, “rıza”ya verilen mutlak değer midir? Buna “evet” demek mümkün değildir. Türkiye’de yaygın kabul, bu toplumda böyle bir rızanın zaten olmayacağı aksini söylemenin toplumu rahatsız edeceği, inciteceği yönündedir.

Ensesti suç olarak öngören hukuk düzenlerinde de elbette ki “rıza” bir hukuka uygunluk nedenidir. O halde “rıza”nın varlığına rağmen, cinsel özgürlük gibi üzerinde tasarruf imkânının bulunduğu bir alanda hangi gerekçelerle suç yaratılmaktadır? Her suç mutlaka bir değeri ihlal eder. Herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmeyen yani *“hukuki konusu”* olmayan bir suç düşünülemez.⁷ O halde *“ensest”* hangi değeri ya da değerleri ihlal etmektedir? Bu noktada çok farklı argümanlar ortaya atılmıştır ancak her argümana verilecek bir cevap da mutlaka bulunmuştur.⁸

⁷ Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 37 vd.

⁸ Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Raffaele Dolce, *Incesto, Enciclopedia del Diritto*, XX, s. 973 vd.; Domenico Pısapia, *Incesto, Novissimo Digesto Italiano*, VIII,

ENSEST HANGİ DEĞER YA DA DEĞERLERİ İHLAL EDER?

Yukarıda belirtildiği gibi bu konuda farklı yaklaşımlar vardır. Aynı şekilde, ensest suçuna ceza kanunları da farklı başlıklar altında yer vermişlerdir. Zarara uğradığı düşünülen değerlerin başında “*genel ahlak*” gelmektedir. Bundan başka, “*ailevi*” menfaatlerin ihlal edildiği yani aile düzeninin bozulduğu; gelecek nesillerin sağlıklı olmasına dair menfaatlere hanel geldiği, ensest ilişkiden doğacak çocukların ruhsal ve fiziksel açıdan sorunlu olacakları ve karışan roller karşısında bocalayacakları, sosyal ilişkiler kurmakta zorlanacakları savunulmuştur.⁹ Esasında bu söylenenlerin tümü doğrudur. Ancak kanun koyucular, daha fazla zarar gördüğünü düşündükleri değeri dikkate alarak farklı tercihler yapmışlardır.

Örneğin İtalyan Ceza Kanunu 564. maddesinde yer verdiği ensesti “*aile ahlakı*” (morale familiare)na karşı bir suç sayarken, Alman Ceza Kanunu “*Şahsi Hale, Evlilik Birliğine ve Aileye Karşı Suçlar*” başlıklı bölümde (m. 173) enseste yer vermiştir. Avusturya Ceza Kanunu ise daha farklı bir boyutta, konuyu “*cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük*” sorunu olarak görmüştür (m. 211). İsviçre kanun koyucusu da aileye ilişkin değerleri ön plana çıkararak, Ceza Kanununun 213. maddesinde ensesti “*aileye karşı*” işlenen bir suç saymıştır. Suçun kapsamı, şartları kanundan kanuna değişmektedir. Örneğin İtalyan Ceza Kanunu “*skandalın alenileşmesi*”ni, ön şart saymıştır.

CEZA HUKUKU NEREYE KADAR UZANIR/UZANMALIDIR?

Bir fiilin suç olup olmadığını belirlemek konusunda yasa koyucunun keyfi olduğunu söylemek mümkün değildir. O halde yasa koyucuyu yönlendiren temel etmenler nedir? Buna verilecek cevap, en önemli belirleyicilerin, “*politika*”¹⁰ ve “*ahlak*”¹¹ olduğudur. Her toplumun bir siyasi, bir de ahlaki yapısı vardır ve bir toplumun yapısı siyasetten ve

s. 499 vd.; Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, I, Milano 1986, s. 395 vd.

⁹ Bkz. Dolce, s. 973;; Pısapıa, s. 502; Antolisei, Parte Speciale, s. 395, 396

¹⁰ Nevzat Toroslu, Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, s. 1 vd.; Ferrando Mantovani, Diritto Penale, Parte Generale, seconda edizione, Padova 1988, s. 15 vd.

¹¹ Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, undicesima edizione, Milano 1989, s. 8 vd.

ahlaktan oluşur. Hepimizin iyi ve kötü hakkında düşünceleri vardır ve bu düşünceler, yaşadığımız toplumdan bağımsız değildir.¹²

Ceza hukuku ve ceza, sosyal yaşamın çekilebilir bir hale getirilmesinde yararlanılabilecek en son araçtır. Çünkü ceza hukukunun bir alana müdahale etmesi demek; suç yaratmak ve ceza vermek, dolayısıyla da temel hak ve hürriyetleri başka hukuk dallarında görülemeyecek bir şekilde kısmak demektir. Eğer toplumsal düzen başka tedbirlerle sağlanabiliyorsa yani başka bir çare varsa, ceza hukukuna başvurulmamalıdır. Devletin asıl görevi her fırsatta ceza hukukuna başvurmak değil; sosyal düzeni, temel hak ve hürriyetleri ölçüsüz bir şekilde kısmaksızın sağlamaktır.

Toplum düzenini bozan her sosyal sapmaya karşı devlet ceza müeyyidesi uygulamaz, uygulamamalıdır. Toplum bakımından ortaya çıkan tehlike, fiilin işleniş biçimi, faildeki ahlaki kötülük, devletin değişik türde olan ceza müeyyidelerle müdahalesini zorunlu kılar. Hukukun diğer dallarında mevcut yaptırımların yetersiz kaldığı hallerde, devlet, fiili ceza müeyyidesi ile karşılayacaktır. Ceza hukukunun meşruluğu, cezanın meşruluğu ile açıklanabilecek bir konudur. Cezanın meşruluğu ise, cezanın toplumsal açıdan mutlaka gerekli mi olduğu sorusunun yanıtına bağlıdır.

Ensest söz konusu olduğunda ise üzerinde esas olarak durulan “*ahlak*” ve daha dar anlamda “*cinsel ahlak temelli toplumsal ahlak*”tır. Ahlakla hukuk arasındaki ilişki her zaman tartışma konusu olmuştur.¹³ Bir ülkede hakim olan temel ahlaki esaslarla çatışma halinde olan ceza hukuku etkisiz kalmaya mahkumdur. Çünkü böyle bir ceza hukuku müşterek inançtan yoksun olacaktır.

Ahlak da hukuk gibi insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemeyi kendisine konu edinmiştir. Hatta bir toplumun ahlaki görüşleri, o toplumun ceza hukukunu önemli ölçüde etkilemektedir. Ancak, toplumsal ahlakın kınadığı bütün fiiller ceza kanunlarına girip, suç niteliğini kazanmamıştır ve kazanması da doğru değildir. Ahlaki anlamda suçluluk ile kanuni anlamda suçluluk birbirinden farklıdır. Hukuk kuralları ile ahlak kuralları, birbirini kesen iki daireye benzetilebilir. Hu-

¹² Patrick Devlin, “Ahlakın Dayatılması” in Siyasal Düşünce (Der. Michael Rosen-Jonathan Wolff), Ankara 2006, s. 194.

¹³ Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Antolisei, Parte Generale, s. 8 vd.

kuk kurallarının, ahlak kurallarının tümünü bünyesine almış olduğu düşünülemez. Devlet hukuk kurallarını tespit ile yetinmeli, insanların vicdanlarına hitap eden ahlak kuralları alanına müdahale etmemelidir. Ahlak ile hukuk birbirine karıştırılmamalıdır. Kişide gayri ahlaki bir karakter olduğu halde hukuka uygun hareket edebildiği gibi, hukuka aykırı hareket eden herkesin ahlaksız olduğu da söylenemez.

Ceza hukuku, toplumdaki yaygın inanca göre, müeyyideye bağlanması gereken bir takım fiilleri cezalandırmayabilir. Bu durumda ceza hukuku, ahlaktan iyice uzaklaşır. Tüm bunlara rağmen, ceza hukuku her zaman ahlaka yaklaşmakta ve ahlakla daha sıkı bir ilişki içine girme eğilimi taşımaktadır.

Cinsel ahlak/ahlaksızlık ile ilgili olarak yaşanan norm koyma süreci, belki ceza kanunlarının başka hiçbir alanında olmadığı kadar; hukukla ahlakı, gelenekleri, töreleri, aileyi bir araya ya da karşı karşıya getirir. Kanun koyucunun bu alanda yapacağı tercihler, gerçekten reformcu olup olmadığını, kalıplaşmış toplumsal önyargıları kırıp kırmadığını, toplumu sadece koruyan değil aynı zamanda ilerletmek isteyen bir yaklaşımı kavrayıp kavramadığı konusunda da ölçüt olacaktır. Örneğin “zina”nın ahlaka aykırı bir fiil olduğu herkes tarafından kabul edilmesine rağmen, TCK dahil birçok kanunda zina suç olarak öngörülmemiştir. Çünkü aile kurumunun, zinayı suç saymakla korunması mümkün değildir.

Ancak unutulmaması gereken bir gerçek de vardır: Ahlaktan iyice uzaklaşan bir hukuk da toplumun zihninde “meşru” değildir.

KISA BİR DEĞERLENDİRME

Türkiye’de “rızaî ensest” olarak anlatmaya çalıştığımız ensest bir yana, “rızaî olmayan ensest” dahi konuşulamamakta ve yok sayılmaktadır. Cinsel suçların ortaya çıkmaları son derece zordur ve bu zorluk ensest söz konusu olduğunda daha da katlanmaktadır. Suç mağdurlarına inanılmamakta ve mağdur olanlar mağduriyetlerini dile getirdiklerinde çok ağır tepkilerle karşılaşmaktadırlar.

Ülkemizde “genel ahlak”ın güçlü olduğuna ve bu nedenle ensest gibi suçların işlenemeyeceğine dair inanç, artık “rızaî olmayan” ensesti örtmeye yetmemektedir. Rızaî ensestin örneklerinin olup olmadığı ise

fazlaca bilinmemekte, bilinse de dile gelmemektedir. Bu eylemin suç olarak kabul edilmemiş olması, bir kez daha vurgulamak isteriz, eylemin kabul edilebilirliğine değil, eylemin asla gerçekleşmeyeceğine dair söyleme dayanmaktadır.

Amacımız, tüm bileşenlerinden bağımsız, yüzeysel ve ahlakçı bir bakışla cinsel ahlak/ahlaksızlık temelli bir eylemin mutlaka cezalandırılmasını talep etmek değildir. Ama bu vesileyle “genel ahlak” taki ikiyüzlülüğü de görmek gerekir.

II. ALMANYA’DA ALEVLENEN TARTIŞMA VE ANAYASA MAHKEMESİ’NİN KARARI

Almanya’nın Saksonya eyaletinde yaşayan Patrick S. ve Susan K., kardeş olmalarına rağmen birlikte yaşayarak dört çocuk sahibi oldular. Almanya’da ensest ilişki yasalara göre suç sayılmasına rağmen ikili bu ilişkiden vazgeçmedi. Ülkede yakın akrabalar arasındaki evliliğin suç olmasının gerekip gerekmediği tartışması bir kez daha şiddetlendi. Ensest suçunun işlendiği iddiasıyla yapılan yargılamada, çift, ilişkilerinde bir yanlışlık olmadığını savunarak, Alm. CK’nın 173. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğunu iddia edince sorun Anayasa Mahkemesi’nin önüne gitti ve Mahkeme bu konuda yapılan tartışmalar açısından son derece önemli bir karar vererek, “ensest yasağı”nu Anayasa’ya aykırı bulmadı.

Bu kararda; ensestin tarih içinde ve çeşitli kültürlerde yeri, dinlerin yaklaşımı, karşılaştırmalı hukukta durum, ceza hukuku-ahlak ilişkisi, bir fiili suç sayarken kanun koyucunun değerlendireceği hususlar, ensest yasağı lehine düşünceler ve yasak aleyhine değerlendirmeler çok ayrıntılı bir şekilde yer almaktadır. Konunun her yönüyle tartışılabilmesi için, metin, herhangi bir kısaltma yapmadan ve araştırmacılara kolaylık olması açısından, atıflar da korunarak tümüyle çevrilmiştir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, (26 Şubat 2008 tarihli İkinci Daire Kararı- 2BvR 392/07) Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) “kardeşler arası cinsel ilişki”yi cezalandıran 173/2-2 maddesini, Alman Anayasası’na uygun bularak, Anayasaya aykırılık itirazını reddetmiş ve 26 Şubat 2008 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir:

GEREKÇE

A. 1. Kardeşler arası cinsel ilişkiyi yasaklayan hüküm gereğince cezalandırılan taraf, Anayasa'ya aykırılık iddiası ile itiraz konusu maddenin hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmektedir.

I. 2.

Cinsel ilişkide bulunan kan bağı ile bağlı kardeşleri, iki seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandıran Alman Ceza Kanunu madde 173, fıkra 2, cümle 2 hükmü, kültürler tarihi boyunca süregelen ve uluslar arası alanda yayılmış ve içerisinde birçok amacın birleştiği bir yasaklayıcı norma dayanmaktadır.

3.

1. Encest yasağının kökenleri ilkçağa kadar dayanmaktadır. Bu yasağa ilişkin ilk düzenlemeler Hammurabi yasalarında, Musevi (*Tevrat-Levililer bölüm 18 bap 6 vd., bölüm 20 bap 11 vd; Yasa'nın Tekrarı bölüm 27 bap 20 vd.*) ve İslam hukukunda (*Kur'an sure 4, ayet 23*), antik Yunan hukukunda (*bkz. Karkatsoulis, Inzest und Strafrecht, 1987, s. 35 vd.*), Roma hukukunda (*bkz. Mommsen, Römisches Strafrecht, 1955, s. 682 vd.*), geniş biçimde kilise (*bkz. Palmen, der Inzest. Eine strafrechtlich-kriminologische Untersuchung, 1968, s. 44 vd.; v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 19927, s. 563 vd.*) ve Cermen Hukukunda (*Wilda, Geschichte des deutschen Strafrechts. Das Strafrecht des Germanen, 1. Cilt, 1842 <yeni baskı 1960>, s. 855 vd.*) ve eski Alman Ceza Kanunlarında (*Bamberg Ceza Kanunu (Bamberger Halsgerichtsordnung) madde 142, Beşinci Karl'ın Ceza Kanunu (Peinliche Gerichtsordnung Karl V.) madde 117, Prusya Devletinin Genel Eyalet Kanunları (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten) madde 1033 - 1047 ve özellikle madde 1041'de yer almaktadır. Encest konusu mitolojide, efsanelerde ve şiirde de işlenmiştir (bkz. Rank, Das Inzest-Motiv in Dichtung und Sage. Grundzüge einer Psychologie des dichterischen Schaffens, 2. Baskı 1926 <yeni baskı 1974>).*

4.

2. 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'na dayanan Kuzey Almanya Konfederasyonu (*Norddeutscher Bund*) Ceza Kanunu'nun 171. maddesi, 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun (*Reichstrafgesetzbuch*) 173. maddesine örnek oluşturmuştur. Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun "ahlaka karşı suç ve kabahatler" isimli 13. bap ve

“ensest” başlıklı 173. maddesi, özellikle halkın ahlaki anlayışı gereğince düzenlenmiştir. 1902 yılında başlayan Ceza Hukuku Reformu çerçevesinde –sadece ahlaksızlığı cezalandırdığı için ensest yasağını kaldırma çabalarına rağmen- ensestin ailenin ahlaki varlığına karşı en büyük saldırıyı oluşturması ve gelecek nesiller için tehlikeler yaratması nedeniyle, Alman İmparatorluk Ceza Kanunu’nun 173. maddesi neredeyse hiç değiştirilmeden 1909 tarihli tasarının 249. maddesine alınmıştır (bkz. *Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1909, s. 688 vd.*; ayrıca Glaser, *Die Sittlichkeitsdelikte nach dem Vorentwurfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch, ZStW 31 <1911>, s. 379 <394 vd.>*). Daha sonraki 1911, 1913, 1919 ve 1922 tarihli kanun tasarıları ile 1925 tarihli Genel Alman Ceza Kanunu’nun resmi tasarısı da ensest yasağını muhafaza etmişlerdir (bkz. *Jähnicke, Die Blutschande, 1929, s. 51 vd.*). 1927 tarihli tasarı ise kayın hısımları arası ensesti kaldırmıştır. Gençlerin ve de reşitlerin, otoriter şahısların suiistimallerine karşı, cezai araçlar vasıtasıyla korunmaları gerektiği düşüncesi nedeniyle, 1927 tarihli karşı tasarı (*Gegenentwurf*), ensestin cezalandırılmasından vazgeçmemiş ancak diğer ülkelerin düzenlemelerine kıyasen hafifletilmiş ve farklılaştırılmış ceza öngörmüştür (bkz. *Gegen-Entwurf zu den Strafbestimmungen des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs über geschlechtliche und mit dem Geschlechtsleben im Zusammenhang stehende Handlungen, 1927, s. 36 vd.*).

5.

Nasyonal sosyalizm döneminde, 23 Nisan 1938 tarihli “Aile hukuku kurallarının değiştirilmesi ve tamamlanması ve vatansızların hukuki durumu hakkında kanunun yürütülmesine dair tüzüğün (*Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen*) 4. maddesi gereğince, fiilin işlendiği sırada kayın hısımlığının dayandığı evliliğin sona ermiş olması durumu için ensest cezalandırması ortadan kaldırılmıştır. Buna göre mahkeme, fiilin işlendiği sırada eşlerin aynı evde yaşamamaları durumunda da ceza tayin etmeme yetkisine sahiptir. Bu belirtilen değişiklikler, nasyonal sosyalist diktatörlük döneminde, kayın hısımlarının cezalandırılmasının gerekli olmadığını gösteren öjenik nedenlerin ön planda tutulması sebebiyle yapılmıştır (bkz. V. Gleispach, in: *Gürtner <yayımlayan>, Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrecht-*

skommission, 1935, s. 124; ayrıca bkz. Palmen, s. 84 vd.) Prusya Adalet Bakanı, 1933 tarihli açıklamasında enseste bağlı olan hukuki neticelerin amacının esasen akrabalar arası cinsel ilişki sonucu doğabilecek irsi tehlikelerin önüne geçmek olduğunu ve halkı koruma olmadığını belirtmiştir (bkz. Kerrl, *Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des preussischen Justizministers, 1933, s. 68*).

6.

4 Ağustos 1953 tarihli Ceza Hukuku'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Üçüncü Kanun ile belirtilen Tüzüğü'nün 4. maddesinde öngörülen düzenlemeler Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesine de eklenmiştir.

7.

1960 tarihli Ceza Kanunu'nun tasarısı, ceza miktarının artırılması yanında, kayın hısımları arası ensestin -sadece ahlaksızlık olarak görülmesi nedeniyle- hukuka aykırı fiil olmaktan çıkarılmasını öngörmüş (bkz. *BRDrucks 270/60, s. 321 vd.*) ve sadece 16 yaşına kadar olan fürular arası ensesti cezasız bırakmıştır. Tasarı gerekçesinde, ensestin Ceza Hukukunun tanıdığı en büyük suçlardan biri olduğu bildirilmiştir (bkz. *BRDrucks 200/62, s. 347 vd.*). 1962 tarihli tasarıya karşı hazırlanan 1968 tarihli Ceza Kanununa karşı tasarı (Alternativ-Entwurf) gereğince ensest hükmünün anlamlı bir fonksiyonu olmaması ve ahlaki bozukluğun tek başına cezalandırılmayı haklı göstermemesi nedeniyle kaldırılması düşünülmüştür (ancak kaldırılmamıştır) (bkz. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, 1968, s.59*).

8.

23 Kasım 1973 tarihli Dördüncü Ceza Hukuku Reformu Kanunu (*BGBI I s. 1725*) ile Ceza Kanunu'nun 173. maddesi kapsamlı bir şekilde gözden geçirilmiş ve "akrabalar arası cinsel ilişki" başlığı altında "şahsi hal, evlilik ve aileye karşı suçlar" babına eklenmiştir. Alman Federal Meclisi'nin Ceza Hukuku Reformu Özel Komisyonu (*Sonderausschuss für die Strafrechtsreform des deutschen Bundestages*) birden fazla oturumunda etraflıca hükmün koruma amacını (*Schutzzweck*) tartışmış ve sonuçta, Üçüncü Ceza Hukuku'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dan sonra, kalan dar uygulama alanı nedeniyle, kayın hısımları arası ensestin cezalandırılmasının kaldırılması konusunda uzlaş-

ma sağlanmışır (bkz. *Deutscher Bundestag, Protokolle der Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Cilt 1, 34. Sitzung, s. 1251*). Ayrıca komisyonda akrabalar arası cinsel ilişkinin cezalandırılmasının sürdürülmesi konusu da tartışılmış ve tartışmada birçok sosyolog ve psikiyatir, cezalandırmanın muhafazasına eleştirel bakmışlardır. Sosyolog ve psikiyatlara göre ensest, travmatik bir olay olup terapi gerektirmekte, “bir denemek” için yapılan bir davranış olmadığı takdirde, kardeşler arası cinsel ilişki için de geçerli olmak üzere, çoğunlukla önceden bozulmuş olan düzenin bir belirtisi olarak değerlendirilmektedir. Bilirkişilere göre; problemin olağanüstü tahrip gücü dikkate alındığı takdirde kardeş ensesti suç olarak kabul edilmemeli, terapiye başlanabilmesi için cezai olmayan tedbirler yeterli olmalıdır. İncelenen kardeşler arası ensest ilişkileri sadece ebeveynsiz ailelerde meydana gelmekte ve genellikle yalnızlık problemi nedeniyle kardeşler arasındaki güvenin cinsel eylemlere dönüşmesinden kaynaklanmaktadır.

9.

Buna mukabil var olan ensest cezası lehine şu hususlar belirtilmiştir: Aile mümkün olan herhangi bir cinsel rekabetten uzak tutulmalı ve “çocukların büyümesi için gereken alan” korunmalıdır. Kardeşler arası ensest, özellikle müteakip evlilikler ve aileden ayrılma süreci göz önüne alındığında, bir dizi istenmeyen neticelere yol açmakta, ensestin psikolojik etkileri önemli olabilmekte ve uzun süre ensest ilişkisine maruz kalmış ergen kız çocuklarında psiko-sosyolojik alanda ağır davranış bozuklukları tespit edilebilmektedir (bkz. *Deutscher Bundestag, 28. Sitzung, s.882 vd., 919, 922; 29. Sitzung, s. 929, 932 vd., 989 vd., 1002 vd., 1007*).

10.

Ensest cezasını muhafaza amacı hakkındaki soruya yönelik olarak Alman Federal Hükümeti, Özel Komite önünde, Alman Anayasası'nın 6. maddesinde öngörülen “evlilik ve ailenin korunması”nı ileri sürmüştür. Usul ve furu arasındaki ensest ilişkileri esas itibarıyla aile için ağır bir yük anlamına gelmekte, evliliği bozucu etki ve birçok durumda genç partnerlerde çevrenin ayrımcı tepkileri dolayısıyla daha da ağırlaşan duygusal hasarlar meydana getirmektedir. Bunların yanında, faillerin çekinik genlerinin ensest nedeniyle ortaya çıkması gibi genetik sebepler de ceza hükmünün lehindedir. Ensestin toplum tarafından ta-

bulaştırılması, ensest ilişkisi sonucu doğan ve bu nedenle ayrımcılığa maruz kalan çocuk üzerinde de ayrıca mühim etkilere sebep olmaktadır. Bu son iki cezalandırma nedeni –özellikle meydana gelebilecek genetik hasarlar bakımından- kardeşler arası ensestin cezalandırılmasını haklı göstermektedir (bkz. *Deutscher Bundestag, 34. Sitzung, s. 1247 vd.; ayrıca bkz., BTDrucks VI/1552, s.14; BTDrucks VI/3521, s.17 vd.*). Bu bağlamda yetişkin olduktan sonra tanışan iki üvey kardeşin cinsel ilişkiye girme durumu da tartışılmıştır. Alman Federal Hükümeti temsilcileri böyle bir durumda “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153. maddesi gereğince davanın sukutuna gidilmesi” görüşünü savunmuştur. Ensest cezasının kaldırılması durumunda, özellikle toplu iletişim araçlarının kardeş ensestinin, cinsel eylemlerin moda formu olduğuna dair propaganda yapmaları durumunda, bu davranışların anormal olduğu bilincinin kaybolabileceği de belirtilmiştir. Birçok kez, ensest yasağı geleneğinin bozulmasının istenmediğinin üzerinde durulmuştur (bkz. *Deutscher Bundestag, 34. Sitzung, s. 1247 vd.; 36. Sitzung, s.1298 vd.; 71. Sitzung, s. 2031; bkz. Ayrıca BTDrucks VI/1552, s.14, 46; BTDrucks VI/3521, s. 18*).

11.

2 Temmuz 1976 tarihli Evlat Edinme ve Diğer Hükümlerin Değiştirilmesi Kanunu’nun (Evlat Edinme Kanunu) (*Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften – Adoptionsgesetz; BGBl I s.1749*) 6. maddesinin 3. bendi gereğince ceza hükmünün redaksiyonel biçimde gözden geçirilmesini müteakip, Alman Ceza Kanunu madde 173 aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

12.

(1) Her kim füruuyla cinsel ilişkide bulunursa, üç seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır.

13.

(2) Her kim usulüyle cinsel ilişkide bulunursa, iki seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır; akrabalık ilişkisi sona ermiş bile olsa bu durum geçerlidir. Aynı şekilde cinsel ilişkide bulunan kan bağı ile bağlı kardeşler de cezalandırılmaktadırlar.

14.

(3) Fiilin işlendiği sırada on sekiz yaşını doldurmamış füru ve kardeşler bu maddeye göre cezalandırılmazlar.

15.

3. Anayasa Mahkemesi İkinci Dairesi'nin, yabancı ve uluslararası ceza hukuku hakkındaki araştırma isteği üzerine Freiburg'daki Max-Planck-Enstitüsü'nün hazırladığı ve Anglo-Amerikan, Kıta Avrupası ve diğer Avrupa dışı toplam 20 ülkenin hukuki durumunun analizini oluşturan raporda (*Gutachten*), Avrupa içi ve Avrupa dışı ülkeler karşılaştırılarak; kardeşler arası cinsel ilişkinin cezalandırılma nedenleri bakımından hukuki durumun çoğunlukla aynı olduğu, ancak detaylı incelemede farklılıkların ortaya çıktığı sonucuna ulaşılmıştır. Rapora göre kardeş ensesti -başka bir deyişle reşit kardeşler arasındaki rızai cinsel ilişki- incelenen 13 ülkede cezalandırılmakta iken; Çin, Rus Federasyonu, Türkiye, İspanya, Fransa ve Napoleon'un Code Pénal'ından etkilenen- Hollanda ve Fildişi Sahili Cumhuriyeti (*Côte d'Ivoire*) hukuk düzeninde cezalandırılmamaktadır. İspanya, Fransa ve Fildişi Sahili Cumhuriyeti'nin ceza kanunlarında -kardeşler arasındaki de dahil olmak üzere- ensest fiillerinin ağırlaştırıcı neden olabileceği; incelenen diğer hukuk düzenlerinde cezalandırmanın söz konusu olmamasına rağmen -özellikle evlenme yasağı ve Fransa'da ensest ilişkisinden doğan çocukların hukuki olarak tanınmaması gibi- başka yöntemlerle ensestin yasal kabul görmediği tespit edilmiştir. Birleşmiş Milletler Üçüncü Komisyonu'nun "*Çocuk haklarının korunmasına*" dair hazırladığı raporlarında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun ensestten korunma hakkında kanun çıkarılması ricaları üzerine (*bkz. 30 Kasım 1999 tarihli UN-Doc No. A/54/601, s. 4 vd.; 25 Şubat 2000 tarihli A/RES/54/148, s. 1 vd.; 26 Şubat 2002 tarihli A/RES/56/139, s. 1, 3*) Fransa 2004 yılında ensestin hukuki tanımını içeren ve ensest eylemlerini konu eden Ceza Kanununu Değiştiren Kanun Tasarısı çıkarmıştır (*Proposition de Loi No 1896 de l'Assemblée Nationale du 4 novembre 2004*). Ayrıca Max-Planck-Enstitüsü'nün raporunda kardeş ensestinin -çocuklara ya da bağımlı kimselere karşı işlenilmesi veya şiddet kullanılması gibi- nitelikli halleri, incelenen tüm uluslararası hukuk düzenlerinde cezalandırılmaktadır.

16.

Max-Planck-Enstitüsü'nün raporu, ulusal ceza kanunlarının detaylı incelenmeleri sonucu, üvey veya evlat edinilmiş akrabalar ve kayın

hımsımlarının sadece istisnaen normun muhatabı (*Normadressat*) sayıldığını belirtmektedir. Bazı devletlerde cinsel ilişki benzeri davranışlar ile diğer cinsel ve homoseksüel davranışlar kapsam içine alınmış ve hatta bazen bu tip ensest ilişkileri cezalandırılmıştır. Birbirlerinden çok farklı ceza sınırları olmakla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde ömür boyu hapis cezasına kadar varmaktadır. Cezai hükmün meşrulaştırılmasının gerekçesi; dini, sosyolojik, genetik ve ahlaki ve açıkça tabuya dayalı argümanlara kadar dayanmaktadır. Genelde bu argümanlar karma biçimde ortaya çıkmaktadırlar.

17.

Ensesti cezalandıran normlar, bazı devletlerde yüksek mahkeme veya Anayasa mahkemelerinin kararlarına konu olmuştur. İtalyan Anayasa Mahkemesi 2000 yılında verdiği bir kararında -kardeşler arasındaki de dahil olmak üzere- *aleni skandal* yaratacak biçimde gerçekleşen ensesti cezalandıran Codice Penale madde 564'ü, Anayasaya uygun bulmuş (*bkz. Corte costituzionale, 15 novembre 2000, n.518, Giur. It. 2001, s. 994*) ve hükmün, -evli çiftler hariç- aile fertlerinin cinsel teması nedeniyle aile hayatının bozulmasını engelleme amacını yerine getirmek için yasa koyucunun istediği sınıra kadar gidebileceğini belirtmiştir. Macar Anayasa Mahkemesi de 1999 yılında kardeşler arası cinsel ilişkinin cezalandırılmasını Anayasaya uygun bulmuştur (*bkz. Ahlaklılık, hukuki menfaat sayılmaktadır: AB hat. 20/1999. <VI.25>, AB hat. 21/1996 <V.17>e dayanarak <Max-Planck-Enstitüsü Bildirisinden alıntı yapılmıştır>*). Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin (United States Supreme Court), Texas Eyaleti'nin fiili livata yasağı hakkındaki kamu ahlakı düşüncesinin yasağı meşrulaştıramayacağı kararına rağmen (*Lawrence v. Texas, 123 S. Ct. 2472 <2003>*), 2005 yılında Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi'nin Yedinci Dairesi (*United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*) Wisconsin Eyaleti'nin ensest yasağını Anayasaya uygun bulmuştur (*bkz. Muth v. Frank, 142 F.3d 808 <7th Cir.>, cert. Denied, 126 S. Ct.575 <2005>*). Ensest ilişkisi konusunda "anlaşılmış olunması" ile ilişkiye "katlanma" arasındaki farkın zor belirlenebilir olması ve bu ilişkiden doğan çocuklar açısından ortaya çıkabilecek sosyal ve psikolojik etkiler nedeniyle, ensesti suç olmaktan çıkarma çabalarını Kanada Temyiz Mahkemesi 1996 yılında eleştirmiştir (*bkz. R.v.M.S. <1996>, 111 C.C.C. <3d> at 478*). Krakau Temyiz Mahkemesi 1991 tarihli bir kararında kardeşler arası ensesti de ceza-

landıran Polonya Ceza Kanunu'nun 176. maddesinin meşruluğunu genetik, aileyi koruyucu ve ahlaki sebeplere dayandırmıştır (4 Nisan 1991 tarihli Karar, II Akz 28/91, KZS 1991/4/16).

18.

4. Alman Ceza Kanunu madde 173 Alman cinsellik hukukunun gelişiminden ayrı bir şekilde değerlendirilmemelidir. İki karşıt eğilim aşağıda belirtilmektedir:

19.

Birçok ceza hukuku reformu, bir taraftan cinsel ahlak konusunda değişen toplumsal anlayış ile hukuk politikası ve hukuk bilimi tarafından talep edilen, sıkı "ceza hukuku ve ahlak ayrımı"nı göz önünde tutmuştur (bkz. Hanack, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags 1968, Gutachten A, s. 28 vd.*). Özetle "cinsel ceza hukukunun suç olmaktan çıkarılması" ve "ahlaki standartlar yerine, hukuki menfaatlerin korunmasına yönelmiş (Rechtsgut) ceza hukukuna doğru dönüşüm" (Renzikowski, in: *Münchener Kommentar, StGB, 2005, Vor §§ 174 vd. Para. 2, 61*) olarak nitelenen bir eğilim ortaya çıkmıştır. Bu eğilim 25 Temmuz 1969 tarihli "Birinci Ceza Hukuku Reform Kanunu" (BGBl I s. 645) ile cinsel ceza hukuku (*Sexualstrafrecht*) ile ahlaksızlığın cezalandırılmasının birbirinden ayrılmasını öngörmektedir. Bu suretle Alman Ceza Kanunu'nun on üçüncü babının başlığını "cinsel özgürlüğe karşı suçlar" olarak değiştiren (önceden: "Ahlaka karşı suçlar") 23 Kasım 1973 tarihli "Dördüncü Ceza Hukuku Reform Kanunu" (BGBl I s.1725) ve 31 Mayıs 1994 tarihli "Ceza Hukukunun Değiştirilmesine Dair Yirmidokuzuncu Kanun (BGBl I s. 1168) Alman Ceza Kanunu madde 175'i (gençlere yönelik homoseksüel eylemlerin cezalandırılması) iptal etmiş ve ayrıca zinanın, reşitler arası homoseksüelliğin, hayvanlar ile cinsel ilişkinin ve hile ile evlilik dışı cinsel ilişkinin cezalandırılmasını da kaldırmıştır.

20.

Aksi eğilim, cinsel özgürlüğe saldıran suçların cezalarının genişletilmesi ve ağırlaştırılması ile nitelendirilmektedir. Bu eğilim, 14 Temmuz 1992 tarihli Ceza Hukuku'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Yirmialtıncı Kanun -insan ticareti- (BGBl I s. 1255), 23 Temmuz 1993 tarihli Ceza Hukuku'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Yirmiyedinci

Kanun –çocuk pornografisi- (BGBl I s. 1346), 1 Temmuz 1997 tarihli Ceza Hukuku’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Otuzüçüncü Kanun –Alman Ceza Kanunu madde 177’den 179’a kadar- (BGBl I s. 1607), 26 Ocak 1998 tarihli Cinsel ve Diğer Tehlikeli Suçlarla Mücadele Kanunu (BGBl I. s. 160), 26 Ocak 1998 tarihli “Altıncı Ceza Hukuku Reform Kanunu (BGBl I. s. 164), 27 Aralık 2003 tarihli Cinsel Özgürlüğe Karşı Suç Hükümlerinde ve Diğer Hükümlerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (BGBl I. s. 3007) ve 11 Şubat 2005 tarihli Ceza Hukuku’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Otuzyedinci Kanun – Alman Ceza Kanunu’nun 180b ve 181. maddeleri- (BGBl I s. 239) gibi kanunlarda kendisini göstermektedir. Bu kanunlar özellikle çocukların cinsel istismara karşı daha iyi korunmalarını (bkz. BTDrucks 15/1311, s. 1 vd), halkın “mükerrirlerden” (Hangtäter) daha iyi korunması (bkz. BTDrucks 15/1311, s. 1 vd.; bu bağlamda 21 Ağustos 2002 tarihli Saklı Tutulan İhtiyati Tevkif Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun ve 23 Temmuz 2004 tarihli sonraki İhtiyati Tevkif Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun da söz konusu olmaktadır) ve insan ticareti ile daha iyi mücadeleyi (bkz. BTDrucks 15/3045, s.1) amaçlamaktadırlar.

II. 21.

1. Sulh Ceza Mahkemesi (Amtsgericht), Anayasaya aykırılık nedeniyle itiraz yoluna başvuran tarafı (Beschwerdeführer) eyleminden dolayı Alman Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 bent 2 gereğince bir yıl ve iki aylık hapis cezasına çarptırmıştır. Bunun yanında mahkeme, davalının –arasında 6 Nisan 2004 tarihinde akrabalar arası cinsel ilişki hükmü gereğince verilmiş olan tek defalık on aylık hapis cezası da bulunan- önceki mahkûmiyetlerinden doğan cezaları içtima ederek ayrıca toplam bir yıl ve dört aylık hapis cezasına çarptırmıştır.

22.

Sulh Ceza Mahkemesi, 1976 yılı doğumlu itiraz yoluna başvuran taraf (erkek kardeş S) ile onun 1984 yılında doğan öz kız kardeşi, müşterek davacı K. arasındaki mevcut kişisel ilişki hakkında aşağıdaki bulguları saptamıştır: Sanıkların ebeveyni, K.’nın doğumundan kısa bir süre önce boşanmıştır. Anneleri kız kardeş K.’nın ve küçük erkek kardeşin velayetini, baba ile temasta bulunulmadan tek başına üstlenmiştir. Yetiştirme koşulları son derece zorlu geçmiştir. Ailenin bakımı Jugendhilfe (Gençlik Yardım Kuruluşu) tarafından sağlanmıştır. K. beş

yaşında Gençlik Yardım Kuruluşunun tesislerinde kalmıştır. 2000 yılında annesinin ölmesi ile birlikte Gençlik Hizmetleri Dairesi (*Jugendamt*) K.'nin vesayetini üstlenmiş ve K. küçük erkek kardeşi ile birlikte öz babalarının yanında yaşamışlardır. İtiraz yoluna başvuran taraf (erkek kardeş S.) üç yaşından itibaren, alkolik babasının defalarca kötü muamelesinden sonra, devlet çocuk yurdunda ve birçok koruyucu ailede (*Pflegefamilie*) kalmıştır. Yedi yaşında, o zamanki koruyucu ailesi tarafından evlat edinilmiş ve onların ismini almıştır. O zamandan itibaren kendi öz ailesi (*Ursprungsfamilie*) ile hiçbir temas kurmamıştır. 2000 yılında Gençlik Hizmetleri Dairesi (*Jugendamt*) vasıtasıyla kendi öz annesi ile görüşüp varlığından bile haberdar olmadığı kız kardeşi K. ile tanışmıştır. Erkek kardeş S annesinin ölümünden sonra da kız kardeşi K. ile birlikte kalmış ve bu esnada K. ile arasında yakın bir ilişki ortaya çıkmıştır. 2001, 2003, 2004 ve 2005 yıllarında çocukları olmuştur. Kız kardeş K.'nin korkak, içine kapalı olması ve bağımlı kişiliği ile birlikte içinde bulunduğu kusurlu aile yapısı nedeniyle itiraz yoluna başvuran tarafa (erkek kardeş S.'ye) bağımlı olduğundan yola çıkılmaktadır. Bu hususta Sulh Ceza Mahkemesi ağır bir kişilik bozukluğu ile birlikte hafif zihinsel özrü nedeniyle K.'nin tam ceza ehliyetine (*verminderte Schuldfähigkeit*) sahip olmadığını belirtmiştir. İtiraz yoluna başvuran taraf (erkek kardeş S.) 2002 ve 2004 yıllarında akrabalar arası cinsel ilişki hükmü gereğince, 16 olaydan birinde infazı ertelenen bir yıllık hapis cezasına ve bir diğerinde de on aylık hapis cezasına mahkum edilmiştir. On aylık hapis cezasını da içine alacak biçimde ayrıca kız kardeşi K.'nin yüzüne yumruk atarak dudağının şişmesi ve burnunun kanamasına neden olması sebebiyle kasten yaralama hükmü gereğince toplam on bir aylık hapis cezasına çarptırılmıştır.

23.

2. Sulh Ceza Mahkemesinin kararına karşı yapılmış temyiz başvurusu ile Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesinin Anayasaya aykırılığını iddia etmiş ve Alman Anayasası madde 100 fıkra 1 gereğince somut norm denetimi (*Richtervorlage* – yargıç başvurusu) talep etmiştir.

III. 24.

Anayasaya aykırılık iddiası ile itiraz yoluna başvuran taraf, doğrudan doğruya sulh ceza mahkemesinin kararına ve yüksek eyalet mahkemesi temyiz kararına yönelmekte, dolaylı olarak da Alman

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin Anayasa'ya aykırılığını iddia etmektedir. İtiraz yoluna başvuran taraf, ceza normunun; Alman Anayasası'nın 2. maddesinin 1. fıkrası ile 1. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "cinsel özgürlüğü" ve 3. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen "ayrımcılık yasağı"nı ihlal ettiğini ve Anayasa'nın 3 maddesinin 1. fıkrasında öngörülen "eşit davranma ilkesi" ile bağdaşmadığı ve cezai sonucunun (başka bir deyişle kriminal cezaya çarptırılma) "yasaklama (caydırma) etkisi" (*Verbotswirkung*) ile orantılı olmadığını iddia etmekte ve ayrıca Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 gereğince verilen kararın, Alman Anayasası'nın 6. maddesinin 1. fıkrasına dayanan hakkını da ihlal ettiğini belirtmektedir. İtiraz yoluna başvuran taraf hukuki görüşünü hükmün yalnızca ahlak anlayışını ele aldığına ve hukuki menfaatlerin korunmasına (*Rechtsgüterschutz*) hizmet etmediğine dayandırmakta ve yasa koyucunun ensestini ailesel, sosyal ve genetik açıdan tehlikeli etkiler doğuracağını ileri sürerek hukuki menfaatlerin korunduğunu iddia etse de, bu etkilerin deneysel olarak ispatlanamadığını ileri sürmektedir. Ayrıca cezai hüküm, -cinsel ilişki benzeri davranışların ve evlatlık, koruyucu (süt - Pflege) ve üvey kardeşlerin cezalandırılmaması nedeniyle- boşluk içermesinden dolayı, ailenin korunması için uygun değildir. Hükmün sözde koruma amacı gereğince cezalandırılmaması gereken davranışları -aile bağları artık var olmayan reşit kardeşler arası veya aile bağları korunarak yapılan cinsel ilişkiyi veya kısır olunması durumlarını- yasaklaması nedeniyle ilgili ceza maddesinin gerekli olmadığını da belirtmektedir. Son olarak mahkeme kararının, itiraz yoluna başvuran tarafın ve kız kardeşinin içinde bulunduğu zor sosyal durumu göz önünde tutmaması nedeniyle orantılılık ilkesine uygun olmadığını ileri sürmüştür.

IV. 25.

Konuyla ilgili olarak, Alman Federal Meclisi'ne (*Deutscher Bundestag*), Alman Federal Konseyi'ne (*Bundesrat*), bütün eyalet hükümetlerine (*Länderregierungen*), M.E.L.I.N.A. Tecavüz/Şiddetten Doğan Ensest Çocukları/İnsanları Derneği'ne, Din Adamları Kuruluna (*Bischofskonferenz*), Alman Protestan Kilisesine (*Evangelische Kirche in Deutschland*), Alman Özürlüler Konseyine (*der Deutsche Behindertenrat*) ve Alman Çocuk Koruma Birliği Federal Derneğine (*Deutscher Kinderschutzbund Bundesverband e.V.*) görüşlerini bildirmek için olanak tanınmıştır.

26.

1. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichtshof) Ceza Dairelerinin Başkanları, dairelerin Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesi 2. fıkrasının 2. cümlesinin Anayasaya uygunluğu hakkında şimdiye kadar şüphe duymadıklarını belirtmişlerdir. 29 Eylül 1993 tarihli kararında (BGHSt 39, 326) 2. Ceza Dairesi, 173. madde tarafından korunan menfaatleri ayrıntılı şekilde açıklamıştır.

27.

2. Federal Almanya Başsavcılığı'nın (*Generalbundesanwalt*) görüşüne göre itiraz edilen mahkeme kararları, Anayasal bir hükme ve uygulanmasına dayanmaktadır. Her türlü durumu göz önüne alarak cezalandırılacak eylemlerin sınırını belirlemek esas itibarıyla yasa koyucunun görevidir. Yasa koyucunun takdir alanını (*Beurteilungsspielraum*) Alman Anayasa Mahkemesi sadece sınırlı bir şekilde denetleyebilmektedir. Hükümün amacı özellikle, ailevi iç ilişkilerin muhafazası ve ailenin kurumsal korunmasında yatmaktadır. Aile içinde rollerin değişmesi nedeniyle ailenin toplumsallaşma ve zor durumlarda yardım görevini yerine getirememesi, ailenin işlerliğini tehlikeye düşürebilmektedir. Yakın aile çevresinde cinsel ilişkiler, diğer yakın akrabalar ile kaçınılması mümkün olmayan ve uzun vadeli ilişkilere onarılmayacak biçimde sıkıntı verecek, mevcut sıkıntılarda da ensest ile yeni boyutlara ulaşacaktır. Diğer cinsel ilişkilere farklı olarak kardeşler arasındaki bağ feshedilememektedir. Bu nedenle, bir kardeş diğerinin durumundan bilerek veya bilmeyerek yararlanmakta iken, diğer kardeşin kaçınılmaz olarak gördüğü cinsel ilişkiye girmemek için gerekli olan hareket alanı kısıtlanmaktadır. Buna ek olarak halk sağlığının korunması da meşrulaştırıcı ağırlık kazanmaktadır. Kardeş ensestinin neticeleri bilimsel olarak tamamen açıklanmadıkça yasa koyucunun bu hukuki menfaatleri koruması için ceza hukukundan faydalanmasına engel olunmamalıdır. Kanunun uygulanması bakımından verilen ceza kabul edilebilir gözükmemektedir.

28.

3. Ensest ilişkilerinden doğan çocuklara da yardım eden M.E.L.I.N.A.(Tecavüz/Şiddetten Doğan Ensest Çocukları/İnsanları Derneği) cezalandırılan ensest yasağının, kan bağı ile bağlı akrabaların ahlaki sınır ihlallerine karşı korunmasındaki önemini vurgulamış-

tır. Ensest yasağı, zarara uğramış ensest çocuklarının yaşama hakkına yönelmemekte, kendilerinin belirleyebilecekleri onurlu yaşam haklarına saygı gösterilmesini amaçlamaktadır. Ensest ilişkilerinden doğmuş olan çocukların genel olarak fiziksel ve psikolojik bozuklukları, toplum tarafından dışlanılmaları ve yakın aile mensuplarının “çift fonksiyonu”ndan dolayı kişisel kimlik ve aile yapısının kaybı nedeniyle onurlu yaşam hakkına saygı duyulması mümkün olmamaktadır. Böylelikle ensest mevcut sosyal bağları koparmaktadır. Ensest ilişkisinden doğan çocuklar ayrıca kendilerinden doğabilecek çocuklarda meydana gelebilecek genetik hastalıkların korkusuyla yaşamak durumunda kalmaktadırlar. Alman Ceza Kanunu madde 173, yakın akrabalar arasında cinsel suistimallerin ifşasını ve mücadelesini de sağlamaktadır. Dernek ilaveten ciddi şekilde yükselen ölüm oranlarını ve ensest ilişkisinden doğan çocukların diğer çocuklara oranla daha fazla artan fiziksel bozukluk oranlarını saptayan bilimsel araştırmalara da işaret etmekte ve bu çocukların kaderleri hakkında bilgi vermektedir.

B. 29.

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan itiraz başvurusu usulen kabul edilmiş ve esasa yönelik incelemede, uygun bulunmamıştır.

I. 30.

Kardeşler arası cinsel ilişkiyi cezalandıran Alman Ceza Kanunu 173. madde 2. fıkra 2. cümlesi Alman Anayasası’na uygundur.

31.

1. Kanun koyucunun kardeşler arası ensesti cezalandırma yönündeki kararı, Alman Anayasası’nın 1. maddesi 1. fıkrası¹⁴ ile bağlantılı olan 2.maddesi 1. fıkrasına¹⁵ aykırı değildir.

32.

a) aa) Alman Anayasası, insanların mahrem ve cinsel alanını, onların özel alanlarının (*Privatsphäre*) parçası olarak madde 1 fıkra 1 ile

¹⁴ Madde 1 (*İnsan onurunun korunması*) (1) İnsan onuru dokunulmazdır. Bütün kamu gücü, ona saygı göstermek ve korumakla yükümlüdür.

¹⁵ Madde 2 (*Genel kişi hakları*) (1) Herkesin, başkalarının hakkını ihlal etmediği, Anayasa düzenine ya da ahlak kurallarına karşı gelmediği sürece, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı vardır.

bağlantılı olan madde 2 fıkra 1 gereğince Anayasal koruma altına almıştır. Böylece kişi cinsellik anlayışını ve bir partner ile cinsel ilişkisini kendisi kurabilmekte ve esas itibarıyla hangi sınırlar altında ve hangi amaçla üçüncü kişilerin tepkilerini kabul edeceğine veya etmeyeceğine kendisi karar verebilmektedir

(bkz. BVerfGE 47, 46 <73 vd.>; 60, 123 <134>; 88, 87 <97>; 96, 56 <61>).

33.

Ancak genel kişilik hakkı (*Persönlichkeitsrecht*), cinsel tercih hakkı olarak kayıtsız şartsız sağlanmamıştır. Kişi, özel yaşam biçiminin dokunulmaz alanına saldırı söz konusu olmadıkça, halkın menfaatinin veya üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması durumunda orantılılık ilkesine uygun olarak alınan devlet önlemlerine uymalıdır (bkz. BVerfGE 27, 344 <351>; 65, 1 <44>; 96, 56 <61>; *stRspr*). Özel yaşam biçiminin çekirdek alanı mutlak olarak korunmakta ve kamu gücünün etkilerinden uzak tutulmaktadır (bkz. BVerfGE 80, 367 <373>; 90, 145 <171>; 109, 279 <313> *m.w.N.*). Bir durumun, dokunulmaz çekirdek alana dahil olup olmadığı, içeriğinin şahsiliğine ve nasıl ve hangi yoğunlukta başkalarının alanını ya da toplumun menfaatlerini ilgilendirdiğine göre belirlenmekte; somut olayın koşulları önem arz etmektedir (bkz. BVerfGE 34, 238 <248>; 80, 367 <374>; 109, 279 <314 vd.>).

34.

bb) Alman Anayasası'nın 1. maddesi 1. fıkrası ve bununla bağlantılı 2. maddesi 1. fıkrası kapsamında genel kişilik hakkının sınırlandırılması; sınırlamanın şartlarının ve sınırının açık ve herkes tarafından anlaşılabilir şekilde, Anayasaya uygun yasal düzenleme gerektirmektedir (bkz. BVerfGE 65, 1 <44>). Yasa koyucu maddi açıdan orantılılık ilkesine uymakla yükümlüdür.

35.

Orantılılık ilkesi, Alman Anayasası madde 2 fıkra 2 cümle¹⁶ gereğince kişilerin hürriyetinin sağlanması için hapis cezasına hükmeden (bkz. BVerfGE 90, 145 <172>)- bir ceza normunun kişilerin ve halkın korunmasına hizmet etmesini gerektirmektedir (bkz. BVerfGE 90, 145 <172, 184>; ayrıca BVerfGE 27, 18 <29 vd.>; 39, 1 <46>; 88, 203 <257>).

¹⁶ Madde 2 (2) Herkes, yaşam ve beden bütünlüğü hakkına sahiptir. Kişi hürriyetine dokunulamaz. Bu haklara ancak bir kanuna dayanarak kısıntı getirilebilir.

Belirli bir fiile ceza hukukunda hukuki menfaatlerin korunması için “ultima ratio” (son çare) olarak yer verilmesine; o fiilin yasak olmanın ötesine geçerek toplum yönünden zararlı ve insanların yaşam düzenleri için çekilmez hale gelmiş ve engellenmesi ivedilik gerektirmesi durumunda başvurulmaktadır. Ceza ile tehdit, cezaya çarptırılma (*Verhangung*) ve cezanın infazıyla (*Vollziehung*) ifade edilen sosyal-etik değersizlik kararı (*Unwerturteil*) nedeniyle, ceza normunun denetlenmesinde ölçek alınan “aşırılık yasağı” (*Übermaßverbot*) ayrı bir önem kazanmıştır (bkz. *BVerfGE* 90, 145 <172>; 92, 277 <326>; 96, 10 <25>). Ancak cezalandırılacak fiillerin alanını bağlayıcı bir şekilde belirlemek esas olarak kanun koyucunun görevidir. Kanun koyucu, korunması gerektiğini düşündüğü bir hukuki menfaati, ceza hukuku vasıtaları ile savunup savunmayacağını veya icabında bunu nasıl yapacağını belirlemede serbesttir. (bkz. *BVerfGE* 50, 142 <162>; *kriminal hukuka aykırılık ile düzene aykırılık arasındaki ayrım için BVerfGE* 27, 18 <30>; 80, 182 <186> m.w.N.; 96, 10 <26>).

36.

Ceza Normu, elde edilmeye çalışılan amaca ulaşılabilmesi için “uygun” ve “gerekli” olmalıdır. Bir araç yardımıyla istenilen başarıya ulaşılabiliriyorsa, o araç “uygun”dur. Her somut olayda başarıya gerçekten ulaşılması veya her halükarda ulaşılabilir olması gerekli olmayıp, başarıya ulaşılmasının mümkün olması da yeterlidir (bkz. *BVerfGE* 96, 10 <23>). Kanun koyucu, aynı etkiyi yaratacak fakat temel hakları hiç veya daha hafif bir şekilde kısıtlayan başka bir araç seçemiyorsa, o kanun “gerekli”dir. Elde edilmeye çalışılan amaca ulaşabilmek için seçilen araçların uygunluğunun ve gerekliliğinin takdirinde ve bu bağlamda kişiler veya halk için oluşmuş yakın tehlikelerin değerlendirilmesi ve teşhisinde, kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucunun bu takdir yetkisini Anayasa Mahkemesi somut olaya, tehlikede olan hukuki menfaatlere ve sağlam bir karar oluşturma durumuna göre sadece sınırlı olarak denetleyebilmektedir. (bkz. *BVerfGE* 90, 145 <172 f.> m.w.N.).

37.

Sonuç olarak, fiilin ağırlığı ve ciddiyeti ile fiili meşrulaştıran nedenlerin önceliğinin değerlendirmesinde, yasağın muhataplarına isnat edilebilirliğinin sınırı da muhafaza edilmelidir (dar anlamda orantılı-

lık). Önlemler onlara aşırı yük olmamalıdır. Devlet cezalandırması alanında, “kusur” (*Schuldprinzip*) ve “orantılılık” ilkesi neticesinde, ceza ile suçun (*Straftat*) ağırlığı ve failin kusurluluğu (*Verschulden*) orantılı olmalıdır. Ceza ile tehdit, nitelik ve nicelik bakımından yaptırıma tabi tutulan davranışla ölçülü olmalıdır. Tipik fiil ve hukuki sonucu maddi anlamda birbirleri ile uyumlu olmalıdır (bkz. BVerfGE 90, 145 <173> m.w.N.).

38.

İlgili durumu dikkate alarak cezalandırılacak davranışların alanını belirlemek, esasen kanun koyucunun görevidir. Anayasa Mahkemesi ise sadece kanun hükmünün Anayasa hükümlerine ve yazılı olmayan Anayasal ilkelere (ungeschriebene Verfassungsgrundsätze) ve Alman Anayasası'nın temel gerekçelerine uyup uymadığını denetlemekle yükümlüdür (bkz. BVerfGE 27, 18 <30>; 80, 244 <255> m.w.N.; 90, 145 <173>; 96, 10 <25 vd.>).

39.

cc) Ceza normları, Anayasa gereğince hedefledikleri amaç bakımından Anayasa dışında düzenlenen, katı hiçbir koşula tabi değildir. Bu koşullar özellikle hukuki menfaat öğretisinden doğmamaktadır. Hukuki menfaat terimi üzerinde henüz uzlaşma sağlanamamıştır (değişik görüşler için bkz. Hefendehl/von Hirsch/Wohlers <Hrsg.>, *Die Rechtsgutstheorie*, 2003; tartışmanın güncel durumunun özeti için bkz. Hefendehl, GA 2007, S. 1 vd.). Normatif hukuki menfaat kavramı bağlamında, “hukuki menfaat” in, kanun koyucunun yürürlükte olan hukuka göre korumaya değer gördüğü olgu olarak anlaşılması durumunda terim, söz konusu ceza normunun “ratio legis”ini ifade ederek kendisini kısıtlamaktadır; dolayısıyla kanun koyucu için yönlendirici fonksiyonu söz konusu olmamaktadır (bkz. Weigend, in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Cilt 1, 12. Aufl. 2007, Einleitung para. 7). Tabii hukuk menfaati teorisi gereğince, kanuni hukuk menfaatini “sosyal hayatın gerçekliği” olarak tanımlamak (bkz. Weigend) veya başka bir şekilde “pozitif üstü hukuki menfaat teriminden” yola çıkılabilmektedir. Bu (Anayasal denetim ölçeğinin (*Prüfungsmaßstab*) unsuru olarak anlaşılan ve uygulanan) konsept, Anayasal düzen uyarınca, cezalandırma amaçları gibi (bkz. BVerfGE 45, 187 <253>) ceza hukukunun araçları ile koru-

nacak menfaatleri belirlemenin ve ceza normlarını toplumsal gelişime uyarlamanın “demokratik kanun koyucunun” yetkisi olmasıyla çelişkiye düşmektedir. Kanun koyucunun bu yetkisi, sözde önceden var olan veya kanun koyucunun ötesinde mercilerce “tanınan” hukuki menfaatlere kısıtlanmamaktadır. Bu yetki, -ceza hukuku gibi diğer alanlarda da- sadece Anayasa ile belirli bir amacın güdülmesine baştan itibaren izin vermeyerek kısıtlanabilmektedir. Konseptin hukuk politikası ve ceza hukukunun dogmatığı için hangi katkıyı sağlayacağı burada değerlendirilmeyecektir (ceza hukukunun asıl hedefi ve hukuki menfaat teorisinin tarihsel oluşumu hakkında: Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 15 vd.). Ancak bu konsept her halükarda, görevi kanun koyucunun yasama yetkisinin sınırlarını çizmek olan Anayasa hukukunun zorunlu olarak benimseyeceği içerikle ilgili ölçütler sunmamaktadır (bkz. tümü için Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 143 vd., 536; Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 390; ders., *KritV* 1999, S. 278 <286 vd.>; Müller-Dietz, in: *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, S. 123 <132>; Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 11 vd.; a.A. Roxin, *Strafrecht*, AT, 4. Aufl. 2006, § 2 para. 27, 86 vd. m.w.N.).

40.

b) Kanun koyucu Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesi 2. fıkrası 2. cümlesinde yer alan cezai hüküm gereğince; kan bağı ile bağlı kardeşlerin birbirleri ile cinsel ilişkiye girme yönündeki cinsel tercih haklarını, para cezası veya iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile tehdit ederek sınırlandırmaktadır. Bu nedenle, özellikle birbirlerine yakın kişiler arasındaki cinselliğin (bkz. *BVerfGE* 109, 279 <314 vd., 321 vd.>) belirli şekillerde ifade edilmesinin cezalandırılması, özel yaşam biçimine sınır koymaktadır. Ancak bu hususta kanun koyucu için baştan itibaren yasak olan “özel yaşam biçiminin çekirdek kısmına müdahale” söz konusu değildir. Kardeşler arası cinsel ilişki yalnızca onları ilgilendirmemekte aynı zamanda aileyi ve toplumu da etkileyebilmekte ve ayrıca ilişkiden doğabilecek olan çocuklar için de sonuçlar doğurabilmektedir. Cezai ensest yasağı, sadece dar bir davranış biçimini ele alması ve cinsel ilişki imkânlarını sadece sınırlı bir şekilde (punktuell) kısıtlaması sebebiyle kişiler, insan onuru ile bağdaşmayan çaresiz bir duruma sokulmamaktadırlar.

41.

c) Kanun koyucu kardeşler arası ensest ilişkisini cezalandıran hüküm ile, Anayasaya uygun olan ve bir bütün olarak cinsel tercihinin sınırlandırılmasını meşrulaştıran amaçları gütmektedir. Kanun koyucu, ensestin zarar verici etkilerinden aile düzeninin korunması ile ensest ilişkisine giren tarafların korunmasını ve ensest ilişkisinden doğacak çocuklarda ortaya çıkabilecek ağır genetik hastalıkların önlenmesini göz önüne alarak, toplumda yerleşmiş ensest tabusunu cezai yaptırıma bağlamakla, yasama yetkisi alanı dışına çıkmamıştır.

42.

aa) Kanun koyucu ve yargı organının, Alman Ceza Kanununun 173. maddesi ile kardeşler arası ensest ilişkisini cezalandırmasının en önemli gerekçesi, Alman Anayasası'nın 6. maddesinde talep edilen evlilik ve ailenin korunması olmuştur (bkz. *BTDruks VI/1552*, s. 14; *VI/3521*, s. 17; *RGSt 57*, s. 140; *BGHSt 3*, 342 <343 vd.>; 39, 326 <329>). Yeni yazılı eserlerde de Ceza Kanunu madde 173'ün amacının öncelikle evlilik ve ailenin objektif korunması olduğu kabul edilmekte, ancak aynı zamanda bu meşrulaştırmanın kısmen yetersiz olduğu değerlendirilmektedir (bkz. *Dippel*, in: *Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl.*, § 173 Rn. 10 m.w.N.; *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006*, § 173 Rn. 1; *Horn/Wolters*, in: *Systematischer Kommentar, StGB, Stand: März 2007*, § 173 Rn. 2; *Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004*, § 173 Rn. 1; *Sturm*, *JZ 1974*, S. 1 <3>; *Amelung, a.a.O.*, S. 377).

43.

Alman Anayasası'nın 6. maddesinin özel korunması altında tutulan aile, Anayasal norm bağlantısı ile geleneksel yaşam biçimi ve Anayasa'nın diğer değer yargılarından oluşan yapısal ilkelere göre düzenlenmiştir (bkz. *BVerfGE 10*, 59 <66>; 31, 58 <69>; 36, 146 <162>). İnsanların bir arada yaşayabilmeleri için gereken yaşamsal parçayı oluşturması bakımından evlilik ve aile, kamusal hukuk düzeni tarafından özel olarak korunmaktadır. Çocukların fiziksel ve ruhsal gelişiminin asıl temeli ailede ve ebeveynlerin yetiştirmesinde bulunmaktadır (bkz. *BVerfGE 80*, 81 <90>; 108, 82 <112 vd.>). Çocuğun iyiliği için akrabalar arası ilişkiler, rollerin dağılımı ve sosyal düzen de önemli rol oynamaktadır (bkz. *BVerfGE 24*, 119 <137>; 108, 82 <101 vd., 103>).

44.

Kardeş encestinin aile ve toplum için yarattığı zararların, sosyal bilimsel metotlar ile diğer etkenlerin tesirlerinden ayrılması ve dolayısıyla belirlenmesi zor olmaktadır (*eksik ampirik temellerin eleştirisi için bkz. Dippel, a.a.O., Rn. 7, 13, 15 m.w.N.; Hörnle, a.a.O., S. 454*). Bu zorluğun, Anayasa Mahkemesi İkinci Daire'sinin görevlendirmesi üzerine Max-Planck-Enstitüsü'nün hazırladığı raporda da yer aldığı üzere, zararların var olduğunun kabulünün inandırıcılığına etkisi olmamaktadır. Encestin zararları olarak; azalmış özsaygı, reşit yaşlarda fonksiyonel cinsel bozukluk, tıkanmış bireyselleşme, psikoseksüel kimlik bulmada ve ilişki kurmada bozukluklar, cinsel ilişki kurmada ve yürütmede zorluk, iş hayatında başarısızlık, genel olarak hayatından memnun olmama, depresyon, uyuşturucu ve alkolün aşırı kullanımı, kendini yaralama, yeme bozukluğu, intihar düşüncesi, cinsel gelişigüzellik/hafifmeşreplik ve travma sonrası olaylar ile üçüncü aile fertleri için de söz konusu olan dışlama ve sosyal izolasyon gibi dolaylı zararlar sayılabilmektedir. Bu değerlendirmelerin dayandığı ampirik araştırmaların, Max-Planck-Enstitüsü raporunda konu için temsili olamayacağı belirtilmiştir. Ancak kanun koyucunun, kardeşler arası encest ilişkilerinde aileye ve topluma ağır zararlar verebilecek etkilerin meydana geleceğini düşünerek yola çıkması durumu, kanun koyucunun takdir yetkisi alanı dışına çıkmadığını göstermektedir.

45.

Encest ilişkileri, -kardeşler arası olan da dahil olmak üzere-M.E.L.I.N.A. e.V. derneğinin de işaret etmiş olduğu gibi, akrabalık ilişkilerinin ve sosyal rol dağılımının kesişmesine ve bu nedenle ailedeki yapısal düzenin bozulmasına yol açmaktadır (*ayrıca bkz. Schall, JuS 1979, S. 104 <108 Fn. 47, 109>*). Bu tip rol kesişmeleri, Alman Anayasasının 6. maddesinin 1. fıkrasında temel alınan aile modeline uymamaktadır. Encest ilişkisinden doğan çocuklar aile yapısında yerlerini bulmakta ve en yakın kişi ile güven ilişkisi kurmakta büyük zorluk çekeceklerdir.

46.

Bu sebeplerden dolayı en dar aile birliğinde (ebeveyn ilişkileri hariç) cinsel ilişkinin önlenmesinin Anayasa Mahkemesinin de tespit etmiş olduğu gibi "iyi bir anlamı" vardır. Alman Anayasasının 6. mad-

desinin 1. fıkrasında da Anayasal garanti altına alınan ailenin, toplum için gerekli yaşamsal fonksiyonu, ensest ilişkiler nedeniyle aile düzeninin sarsılması sonucunda bozulmaktadır (bkz. BVerfGE 36, 146 <167>). Bu bozulmayı önlemek amacıyla; dünya çapında hukukların karşılaştırması sonucunun da gösterdiği gibi enseste karşı, ceza hukuku veya en azından evlilik yasağı gibi diğer hukuki kurumlar vasıtasıyla ailenin korunması uygun bir tedbir olarak değerlendirilmektedir.

47.

bb) Cezai hükmün haklılığının gösterilmesinde cinsel özgürlüğün korunması söz konusu olduğu zaman (bkz. Frommel, in: *Nomos Kommentar, StGB, § 173 Rn. 1, 6*), cezai hükmün sadece çocuklar ve reşitler arasındaki ilişki için değil, kardeşler arasındaki ilişki için de önem taşıdığı anlaşılmaktadır. Tıbbi-antropolojik eserlerde, erkek kardeşin babanın “halefi” olduğu olaylardan ve zor kullanılan kardeşler arası “despotik ensest”lerden bahsedilmekte ve ayrıca “evlilik ensestleri”nde erkek kardeşin, kız kardeşten yaşça çok büyük olduğu da belirtilmektedir (bkz. Staudacher, *Anthropologische Untersuchungen zum Inzestproblem unter besonderer Berücksichtigung des Bruder-Schwester-Inzests*, 1974, S. 16 vd.; benzer (Hirsch, *Realer Inzest. Psychodynamik des sexuellen Missbrauchs in der Familie*, 3. Aufl. 1994, S. 177 vd.)). Hukuki eserlerde de, kardeşler arası büyük yaş farklılıklarının olduğu bu gibi durumlarda, inandırıcılığı bozan bir etkinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir (bkz. Hörnle, a.a.O., S. 453). Mevcut dava konusu olayın gerçekleri de aynı yöne işaret etmektedir.

48.

Cezai norma karşı olarak; cinsel özgürlüğün, Alman Ceza Kanunu madde 174’te kapsamlı ve yeterli derecede korunmuş olması nedeniyle ve özellikle dar uygulama alanının da dikkate alınması sonucu, Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) 173. maddesi 2. fıkrası 2. cümlesinde yer alan cezai hükmün meşru olmadığı görüşü de gerekçe olarak ileri sürülmüştür (bkz. Tröndle, in: *Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl. 2007, § 173 Rn. 2; Al-Zand/Siebenhüner, KritV 2006, S. 68 <74>; Hörnle, a.a.O., S. 454 f.; Jung, in: *Festschrift für Heinz Leferez* 1983, S. 311 <317>). Ancak bu gerekçe, 173. maddenin spesifik, aile içi yakınlığa bağlı veya akrabalık ilişkilerinden doğan yükümlülükler, bağımlılıklar ve aile içi taşkın davranışları kapsadığı gerçeğini görmezlikten gelmektedir. Alman*

Ceza Kanunu'nun 173. maddesi hakkında çıkan içtihatlar, akrabalar arası cinsel ilişkinin çoğunlukla, çocukların ve vesayet altında bulunan kimselerin cinsel istismarı süreci içinde ortaya çıktıklarını göstermektedir. Çocuğun istismarının on sekiz yaşından sonra da devam etmesi durumunda ise akrabalar arası cinsel ilişki -örneğin yıllarca süregelen istismar ve tecavüz mağdurunun rüştünden sonra da cinsel davranışların devam etmesi, mağdurun ailevi ilişkilerden kaynaklanan bağımlılığı sebebiyle istemediği cinsel ilişkiyi açıkça reddetmemesi ve failin cinsel şartlı tehdit (*sexuelle Nötigung- Ceza Kanunu madde 177*) gereğince cezalandırılması olayı gibi- tek başına başka bir anlam ifade etmektedir- (bkz. BGH, 13. Nisan 1999 tarihli - 1 StR 111/99 -, NStZ 1999, s. 470, ve 12. Haziran 2001 tarihli -1 StR 190/01- kararlar). Böyle durumlarda cinsel özgürlüğün korunmasının ön planda olması, reşit mağdurun cinsel ilişkiyi içten reddetmesi nedeniyle Ceza Kanununun 173. maddesi uyarınca cezalandırılmaması ile daha belirgin olmaktadır (bkz. BGH, 13. Nisan 1999 tarihli karar). Çocuklar ile reşitler arasındaki ensestte çocuk ve genç cinsel istismar mağdurlarının, rüştlerinden sonra cinsel istismara maruz kalmalarına neden olan aile yapısından kaçmalarının mümkün olmaması tezi, özellikle kardeşler arası belirgin yaş farklılığının mevcudiyeti veya büyük kardeşin ebeveynlerden birinin rolünü üstlenmesi durumundaki kardeş ensesti için de az da olsa geçerli olabilmektedir.

49.

cc) Kanun koyucu öjenik bakış açısına dayanarak ensest ilişkisinden doğan çocuklarda çekinik genlerin toplanması nedeniyle meydana gelebilecek önemli hasarların olasılığını göz önüne almaktadır (bkz. BTDrucks VI/1552, s. 14; BTDrucks VI/3521, S. 17 vd.). Buna karşılık ceza hukuku eserlerinde bu açıklamaya getirilen itirazlar ampirik gerçeklik eksikliği nedeniyle kabul görmemiştir (bkz. Roxin, a.a.O., S. 27; Dippel, a.a.O., Rn. 12; Ritscher, in: Münchener Kommentar, StGB, 2005, § 173 Rn. 3; Ellbogen, ZRP 2006, S. 190 <191>; Klöpffer, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, 1995, S. 103 m.w.N.; Hörnle, a.a.O., S. 456; Stratenwerth, in: Festschrift für Hans Hinderling 1976, S. 303; Jung, a.a.O., S. 313 vd. m.w.N.). Tıbbi ve antropolojik eserler ensest dolayısı ile çocuklarda özellikle irsi hasarların oluşabilme tehlikesine işaret etmiştir. (bkz. Szibor, Rechtsmedizin, 2004, S. 387 vd. m.w.N.; Staudacher, a.a.O., S. 152 vd.) Bu tehlikenin erkek ve kız kardeş arasındaki ilişkilerde baba-

kız ilişkilerine göre daha çok mümkün olduğu da kısmen kabul edilmiştir (bkz. *Staudacher, a.a.O., S. 153*). Bu bulgular Anayasa Mahkemesi İkinci Daire'nin görevlendirdiği Max-Planck-Enstitüsü tarafından hazırlanan raporda belirtilen ampirik araştırmada da desteklenmektedir. Bu bağlamda cezalandırılan ensest yasağı, irsi hasarların önlenmesi açısından bakıldığında da mantıksız görünmemektedir. (bkz. *Schubarth, in: Festschrift für Gerald Grünwald 1999, S. 641 vd. Eibl-Eibesfeld, Wickler ve piskopos'un araştırmalarına atf ile*). İrsi hastalıkları ve özürleri olan insanların tarihte bazı haklarından mahrum kalmaları ve istismar edilmeleri, irsi hastalıkları ve özürlü insan mevcudunu önleyecek ensest cezasının meşruluğunu pekiştirmektedir.

50.

dd) Yasama sürecinde, tartışmalı ensest yasağının muhafazası ayrıntılı bir biçimde açıklanmış ve ensest yasağı geleneğinin bozulmasının istenmediği vurgulanmıştır. Ensestin toplum tarafından tabulaştırılması ve ensest ilişkisi sonucu doğmuş çocukların soyları nedeniyle ayırma uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalmalarının da göz önünde bulundurulması gerekmiştir (bkz. *BTDruks VI/1552, S. 14; VI/3521, S. 17 vd.*). Yukarıda belirtilmiş cezalandırma amaçları böylece yasa koyucu organların toplumda yerleşmiş "hukuka aykırılık bilinci"ni benimsemiş ve bu bilinci ceza hukuku araçları ile desteklemeye devam etmeleri gerektiği kanaatlerinde dayanak bulmaktadır. Bununla kanun koyucu takdir yetkisini aşmamıştır. Sadece ahlaki düşüncelere dayanan ceza normları ile hukuki menfaatlerin korunmasına hizmet eden ceza normları arasındaki farkın (bkz. *für § 173 StGB Dippel, a.a.O., § 173 Rn. 14; Tröndle/Fischer, a.a.O., § 173 Rn. 1; Lenckner, a.a.O., § 173 Rn. 1; Ritscher, a.a.O., § 173 Rn. 6; Horn/Wolters, a.a.O., § 173 Rn. 2; Hörnle, a.a.O., S. 457; Jung, a.a.O., S. 316 ff.; Roxin, a.a.O., S. 415 vd.*), kabul edilebilir olup olmadığı ve kabul edildiği takdirde sadece ahlaki düşüncelere dayanan ceza normlarının Anayasaya uygun olup olmadığı sorusu cevapsız kalabilmektedir. Ancak burada bu durum söz konusu değildir. Daha ziyade, uluslararası karşılaştırma ile de tespit edildiği üzere, söz konusu cezai hüküm, kültürel tarihe ve ensestin cezalandırılması gerektiği yönündeki, hala eskisi kadar etkili toplumsal inanca dayanan haklı cezai amaçları gütmesi nedeniyle kendisini meşrulaştırmaktadır. Bu cezai hüküm -cezalandırdığı dar alanı aşan etkisi ile de-, cinsel özgürlüğün korunması, toplumun ve özellikle ailenin sağlığının korun-

ması vasıtası olarak, kanun koyucunun belirlediği değerleri açıklayan ve bu değerleri muhafaza eden tanıtıcı, hukuki istikrarı sağlayıcı ve dolayısıyla genel önleyici fonksiyonu ifa etmektedir.

51.

d) Söz konusu cezai hüküm Anayasal olarak özgürlüğü kısıtlayıcı kurallar için öngörülen “uygunluk” (*Geeignetheit*), “gereklilik” (*Erforderlichkeit*) ve -dar anlamda- “orantılılık” (*Verhältnismäßigkeit*) koşullarına uymaktadır.

52.

aa) Ensestin cezalandırılmasının amacına ulaşamayacağını belirten görüşler gereksiz kalmıştır.

53.

Kardeş ensesti, çoğunlukla sosyal açıdan zayıf ve ceza tehdidinden psikolojik olarak muhtemelen etkilenmeyecek, zaten bozulmuş aile birliklerinde ortaya çıkıyor olabilir (*bkz. Stratenwerth, a.a.O., S. 312*). Ancak bu durumun -Anayasal muhakeme gereğince de- kanun koyucunun sosyal açıdan zararlı olduğu düşünülen davranışları cezalandırma yetkisini, ceza normunun önleyici etkisinin bütün yaşam alanlarında kanıtlanabilir olmamasına rağmen, şüphe altında bırakamayacağı değerlendirilmektedir.

54.

Ceza hükmünün eksik kaleme alınmış olması ve Alman Ceza Kanunu madde 173 fıkra 3'te yer alan cezalandırma imkanını ortadan kaldıran neden dolayısıyla amaca ulaşamayacağı eleştirisi (*bkz. Dippel, a.a.O., Rn. 24; Hörnle, a.a.O., S. 454 vd.; Ellbogen, a.a.O., S. 191; zu § 173 Abs. 3 StGB Klöpper, a.a.O., S. 115*); yasak ile kardeşler arası cinsel ilişkinin belli bir görünüş biçiminin cezalandırılması, geleneksel aile modeli ile kardeşler arası ensestin bağdaşmadığını açıkça belirtmekte olması ve doğabilecek çocuklarda meydana gelebilecek zararlı sonuçları önlemesi gerçeklerini göz ardı etmektedir. Kanun koyucunun cezalandırılan davranışın çekirdek kısmını vurgulaması ve diğer eylemleri cezalandırmaması, geniş düzenleme alanı bakımından Anayasal olarak ele alınmalıdır. Cezalandırılacak fiilleri belirlemek kanun koyucunun görevi olduğu gibi, geniş anlamda ayırım yapmaya da yetkilidir. Anayasa Mahkemesi sadece dış sınırların aşılması durumunu de-

netleyebilmekte ve yaptığı ayırımın gerekçesi anlaşılabilir nitelikte değilse kanun koyucuya karşı çıkabilmektedir. (bkz. BVerfGE 50, 142 <162 m.w.N., 166>; BVerfGE 90, 145 <195 f., 198>). Böylece bir ceza normu kural olarak belli hukuka aykırı değerler içeren mevcut özel durumları kapsamadığı için Anayasaya aykırı sayılmamalıdır (bkz. BVerfGE 50, 142 <166>). Görünürde tamamı kapsanmayan ensest fiili için objektif nedenler ortaya konulmaktadır.

55.

Cezai unsurların üvey, evlatlık veya koruyucu (süt) kardeşleri (Pflegegeschwister) de kapsayacak biçimde genişletilmemesi, söz konusu davranışların ailenin geleneksel modeline *kısmen* aykırı olmaları ile açıklanabilmektedir. Buna göre -kan bağı ile bağlı kardeşlerin mutlak evlenme yasağına karşın- kan bağı ile bağlı olmayan kardeşlerin evlenmeleri yasaklanmadığı (Alman Medeni Kanunu madde 1307 cümle 1) ve evlatlık kardeşlerin, Alman Medeni Kanununun 1308. maddesinin, daha az katı olan özel düzenlemesine tabi oldukları da işaret edilmektedir. Ayrıca bu haller genetik endişe uyandırmamakta ve kan bağı ile bağlı kardeşler arasında üvey, evlatlık veya koruyucu (süt) kardeşlere kıyasen daha büyük ölçüde bağımlılık oluşabilmektedir.

56.

Cinsel ilişki benzeri davranışların ve aynı cinsiyetli kardeşler arası eşcinsel ilişkinin cezalandırılmaması ancak diğer taraftan da gebe kalmanın olanaksız olduğu kardeşler arası cinsel ilişkinin suç unsurlarını tamamladığının kabul edilmesi; cinsel özgürlüğün korunması ve genetik hastalıkların önlenmesi (alt) amaçlarına aykırı olmamaktadır.

57.

Alman Ceza Kanunu Madde 173 fıkra 3 gereğince sadece reşit kardeşler cezalandırılabilir, ensest suçu işlemiş reşit olmayan kardeşler cezalandırılmamaktadır. Ensest cezasının aile yapısını korumaya yönelik olduğu iddia edilirken, reşit kardeşler genellikle aile birliğinden ayrılabilir. Dolayısıyla ensest cezasının aile birliğini koruma amacına ulaşamadığı savunulmaktadır. Özellikle kardeşlerin birbirlerini reşit olduktan sonra tanımaları durumunda, olmayan aile birliğini koruma amacı büsbütün gerçekleşmemektedir. Ensest ceza

normu bir taraftan etkisini tam olarak ekstrem (sınır ve geçiş) durumlarda göstermektedir. Ayrıca ceza normu, kendisine kapsamlı ve olaylardan bağımsız olarak geçerlilik sağlayan mutlakiyeti ile önem kazanmaktadır. Diğer taraftan da kanun koyucu hukukun uygulanması ile münferit olaylarda adalete ulaşılabileceğine güvenerek bu tür olayları suç olarak düzenlemek zorunda değildir (bkz. Aşağıda cc).

58.

Sonuç olarak kanun koyucunun; çocukların ve gençlerin kişiliklerinin cinsel açıdan da yeterli şekilde olgunlaşması için özgürlük alanı sağlama, kadınların cinsel özgürlüklerini belirli bir ölçüde koruma ve kriminal-politik açıdan istenmeyen ceza normlarının kaldırılması ile çocukların, gençlerin ve kadınların amaçlanan kapsamlı korumalarına ters etki yaratmama kararına saygı gösterilmelidir.

59.

bb) Söz konusu cezai hüküm kanuni gereklilik unsuru bakımından da Anayasal açıdan tereddüde neden olmamaktadır. Kardeşler arası ensest durumunda vesayet hukuku ve gençler için teşvik ve sosyal yardıma yönelik önlemler söz konusu olmaktadır (bkz. *Deutscher Bundestag, a.a.O., 28. Sitzung, S. 919, 922*). Ancak bunlar cezalandırma göre aynı etkiyi doğurabilecek olan daha hafif tedbirler değildir. Ceza hukuku -genel olarak ve söz konusu olan durumla bağlantılı olarak- sosyal yardım önlemlerini aşan bağımsız etkisinden yoksun kılınamaz. Vesayet hukuku ve gençler için teşvik ve sosyal yardıma yönelik tedbirler daha çok somut olayda kurula aykırı davranışların ve sonuçlarının önüne geçme ve ortadan kaldırmayı amaçlamakta olup, genel önleyici ve hukuki istikrarı sağlayıcı etkileri yoktur. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesi İkinci Daire tarafından görevlendirilen Max-Plank-Enstitüsü'nün raporunda, ensest hakkında bir ceza davasının yürütülmesi -mağdurun yeniden yaralanma olasılığı dava sayesinde önlenmiş ise (ikincil kurbanlaşma)- ensestin bir suiistimal olarak algılanması, toplum tarafından mağdur olarak tanınma, suç hissini azaltılması, özsaygı duygusunun artması veya moral açısından adil bir karar hakkında memnuniyet sağlamak gibi pozitif etki yaratabileceği tespit edilmiştir.

60.

cc) Son olarak ceza tehdidi orantısız değildir. Kişisel yaşam biçiminin sadece dar bir alanına dokunmaktadır. Ensest utancı nedeniyle sadece az sayıda kardeş çiftleri bu yasaktan sınırlayıcı olarak hissedilir şekilde etkilenmektedir. Ceza tehdidi -iki yıla kadar hapis cezası veya para cezası- ölçülüdür, asgari ceza öngörülmemiştir.

61.

Diğer taraftan ailenin kurumsal anlamı önemli ağırlık kazanmıştır. Anayasa koyucusu, Alman Anayasası'nın 6. maddesindeki hukuki kurumu özel devlet koruması altına almıştır. Ensest ilişkisinde bulunan kişilerin cinsel özgürlüğünün korunması ve ağır genetik hastalıkların önlenmesi görüşleri de ceza normunun orantılılığını desteklemektedir.

62.

Öngörülen ceza alanı, sanığın kabahatinin az olması nedeniyle cezalandırılmanın uygunsuz gözüktüğü somut olaylar bakımından davanın sukutuna karar verilmesine, ceza verilmemesine veya cezanın takdirine izin vermektedir (bkz. BVerfGE 50, 205 <213 vd.>; 90, 145, <191>). Her halükarda yasama sürecinde göz önünde tutulan bu bağlam gereğince (Deutscher Bundestag, a.a.O., 34. Sitzung, S. 1251 vd.), cezalandırılan, kardeşler arası ilişki yasağı, hukuk devleti ilkesi olan "aşırılılık yasağı" nı ihlal etmemektedir.

63.

2. Söz konusu norm diğer temel haklara da aykırı değildir.

64.

a) Kardeşler arası ensestin cezalandırılmasının Alman Anayasası madde 6 fıkra 1'in koruma alanını etkileyip etkilemediği veya hangi açıdan etkilediği soruları cevapsız kalmaktadır. Her halükarda bu norm, söz konusu temel hak açısından yapılacak bir denetime karşı da sağlam durmaktadır.

65.

b) Aynı şekilde Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin, Alman Anayasası 3. madde 1. fıkrasında belirtilen genel eşitlik ilkesine

uygun olup olmadığı da cevapsız kalmaktadır (bkz. BVerfGE 13, 290 <296>; 64, 229 <238 vd.>). Ceza kanunu koyucusu (Strafgesetzgeber) geniş alanda maddi kanuni tipikliği belirleme yetkisine sahiptir. Belirtilen sebeplerden dolayı kanun koyucunun getirilen dış sınırları aşması durumu tespit edilememektedir.

66.

Kanun koyucu orantılılık ilkesi çerçevesinde, ensest cezasını üvey kardeşler arası değil sadece kan bağı ile bağlı kardeşler arası cinsel ilişki ile sınırlamaktadır. Üvey kardeşler ve kan bağı ile bağlı kardeşler arasında yapılan bu ayırım Alman Anayasası 3. maddesi 3. fıkrasında düzenlenen “soydan dolayı ayrımcılık yapılamaz” ilkesine aykırı değildir.

II. 67.

Ceza mahkemelerinin hukuku uygulamalarında da anayasaya aykırılık söz konusu değildir.

68

1. Alman Anayasası'nın 20. maddesinin 3. fıkrası ile bağlantılı olan 1. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kusur ilkesi ile kusura uygun ceza kuralı (Gebot schuldangemessenen Strafers) denetlemede ölçü kabul edilmektedir.

69.

a) “Kusursuz ceza olmaz” (keine Strafe ohne Schuld) ilkesi Anayasaldır ve temelini insan onuruna saygı gösterilmesi kuralı ile Alman Anayasası madde 2 fıkra 1 ve hukuk devleti ilkesinde bulmaktadır (bkz. BVerfGE 9, 167 <169>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>). Bu ilkeyi, ceza mahkemelerinde, münferit olay için “kusura uygun ceza” kuralı izlemektedir. Daha sonra ceza, fiilin ağırlığı ve failin kusurluluğunun ölçüsü ile adil bir oranda olmalıdır (bkz. BVerfGE 20, 323 <331>; 25, 269 <285 vd.>; 50, 5 <12>; 73, 206 <253 vd.>; 86, 288 <313>; 96, 245 <249>).

70.

b) Cezanın takdiri ilk derece mahkemelerinin görevidir ve verilen ceza, objektif açıdan keyfi olabilecek şekilde suç ile adil olarak denk olmaması haricinde, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından de-

netlenememektedir (bkz. BVerfGE 18, 85 <92 vd.>; 54, 100 <108, 111>). Alman Federal Anayasa Mahkemesi, karar için önemli unsurların her durumda doğru şekilde değerlendirilip değerlendirilmediği veya başka bir kararın daha isabetli olup olmayacağını denetleyememektedir. Sadece kusur ilkesinin dikkate alınıp alınmadığını ya da bu ilkenin kapsamının ceza hukukunun yorumlanması ve uygulanmasında yanlış takdir edilip edilmediğini denetleyebilmektedir (bkz. BVerfGE 95, 96 <141>).

71.

2. a) Kusur ilkesinin ceza mahkemeleri tarafından ihlali söz konusu değildir. İtiraz eden, birden çok aynı suç nedeniyle verilen mahkûmiyetlerine ve enstet ilişkisi sonucu çocukların olmasına rağmen cezai ehliyetini zayıflatmadan-kendisinden yaşça çok küçük ve ilk derece mahkemesince tespit edildiği gibi kendisine önemli şekilde bağımlı- kan bağı ile bağlı kız kardeşi ile birçok kez cinsel ilişkiye girmiştir. Sulh ceza mahkemesi bu tespitler nedeniyle Anayasaya uygun olarak hapis cezasını meşrulaştıran, cezai kusur oranı bulmuştur Bu bağlamda ceza davasının sukutuna ya da ceza verilmemesine Anayasal olarak izin verilmemiştir.

72.

b) Cezanın takdiri, suç ile adil oranlılık düşüncesine aykırı değildir. Sulh ceza mahkemesi ceza takdirinde; özellikle itiraz eden tarafın itirafı, zor sosyal şartlar altında son derece sıkıntılı kişisel gelişimi ve halkın kendisi ve davranışı ile ilgili olması nedeniyle ortaya çıkan sıkıntılar gibi, itiraz eden taraf lehine olan unsurları göz önünde bulundurmıştır. Sulh ceza mahkemesinin, müşterek davacı olan itiraz edenin kız kardeşine, Çocuk Ceza Hukuku (Jugendstrafrecht) gereğince bakım tedbiri (Betreuungsweisung) kararı vermiş olması, cezanın takdirinde kişisel kusurun ve failinin kişiliğinin dikkate alındığını göstermektedir. Mahkeme tarafından hükmedilen ceza Anayasaya aykırı değildir. Cezanın kusura uygunluğunun daha kapsamlı denetimi Anayasaya aykırılık itirazı davası ile mümkün olamamaktadır.

**Hakim Winfried Hassemer'in İkinci Daire tarafından
26 Şubat 2008 tarihinde verilmiş olunan karara
"Karşı Oy" Gerekçesi
-2 BvR 392/07-**

73.

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin, Alman Anayasası'nın bir ceza normunun tipikliği için öngördüğü şartlara uyduğu yönündeki karara katılmıyorum. Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesi 2. fıkrası 2 cümlesi ceza kanunu koyucusunu (*Strafgesetzgeber*) kısıtlayan orantılılık ilkesine uygun değildir; bu kadar başarısız bir ceza tehdidinin geçmesine izin vermek, kanun koyucunun ağır hatalarını ve kusurlarını Anayasal olarak onaylamakta ve ceza hukukunda yasamaya ilişkin hareket alanını, Anayasa Mahkemesi'nin denetleme yetkisi pa-hasına fazla genişletmektedir.

74.

Cezai hüküm kendisiyle çelişmeyen ve mevcut durum ile uyuşan bir düzenleme amacı izlememektedir (I.). Alman Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2, hükmün temelinde yatan amaçlar için uygun bir yol öngörmemektedir (II.). Ceza tehdidinden daha hafif ve ayrıca daha uygun araçlar bulunmaktadır (III.) ve hüküm suçluyu aşırı zorlayıcı hukuki sonuçlar doğurmaktadır (IV.).

I. 75.

1. Ceza hukuku yoluyla yapılan müdahaleler, özellikle ağırdır-lar. Kanun koyucuya sağlanan en keskin silahı taşımaktadırlar (*bkz. BVerfGE 39, 1 <45>*). Ceza ile mahkûmun üzerine hukuka aykırı ve sosyal etik açıdan kötü bir davranış yüklenmektedir (*bkz. BVerfGE 95, 96 <140>*). Mahkûmu; temel haklarının ceza tehdidi, ceza davası ve ce-zanın icrası ile ihlal edilmesi dışında, sosyal etik bir değersizlik yargısı kapsamaktadır. Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatları bu durumu ceza hukuku doktrinine de uygun olarak, göz önünde bulundurmaktadır.

76.

a) Ceza kanunu koyucusu işlemlerinin nedenlerini ve amaçlarını seçmede serbest değildir. İşlemleri topluluk hayatının esaslı değerleri-

nin (bkz. BVerfGE 27, 18 <29>; 39, 1 <46>; 45, 187 <253>), toplum düzeninin temellerinin korunması (bkz. BVerfGE 88, 203 <257>) ve toplum menfaatlerinin muhafazası (BVerfGE 90, 145 <184>) ile kısıtlanmıştır. Dolayısıyla bir ceza normu, *sadece özgürlüklerin kısıtlanmasının sebep ve meşruiyetini oluşturan, meşru bir kamusal amacı izlemekle yetinemez; burada ayrıca önemli bir menfaat, asli bir değer ve ortak yaşamımızın temeli söz konusu olmalıdır.*

77.

b) Kanun (Ceza Kanunu) koyucu cezai araçların seçimi ve kullanılmasını düzenlerken Anayasal sınırlara tabidir. Ceza hukuku son çare (*ultima ratio*) olup halkın menfaatini korumak için mevcut son araçtır. Bu nedenle suçlanan davranış yasak olmasından öte özel bir şekilde toplum için zararlı ve insanların birlikte yaşamaları için çekilemez ve önlenmesi ivedi ise ceza hukukuna başvurulmaktadır (bkz. BVerfGE 88, 203 <257 f.>).

78.

c) Cezai emirler ve yasakların nedenleri, amaçları ve araçları hakkında her zaman ceza kanunu koyucusu karar vermektedir. Bu husus Alman Federal Anayasa Mahkemesinin denetleme yetkisini kısıtlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun amaca en uygun, en makul veya en adil çözümü bulup bulmadığını denetleyememekte; ancak kanun koyucunun kararının Anayasal değer düzenine maddi olarak, yazılı olmayan Anayasal ilkelere ve Alman Anayasası'nın temel gerekçelerine uygun olup olmadığını denetlemektedir (bkz. BVerfGE 27, 18 <30>; 37, 201 <212>).

79.

d) Her halde kanun koyucunun kararının vazgeçilemez unsuru, kanuni düzenlemeler ile izlediği amaçların açıklığıdır. Kanun koyucu, cezai norma sonradan bir amacın eklenmesini, hukuk uygulamasına veya hukuk bilimine bırakmamalıdır. Bu husus ezcümle amacı açık olmayan bir normun orantılılık ilkesine uygunluğunun denetlenmesinin mümkün olmaması ve hatta metodik açıdan düzgün uygulanamaması ile açıklanmaktadır. *Neyin elverişli, gerekli ve ölçülü olduğu; neye hangi araçlarla ulaştırılması gerektiği ile çözülemeyen bir ilişki içindedir.* Bir normun amacı, kapsamının dayanak noktasıdır ve amaç ile birlikte kapsam da değişmektedir.

80.

Örneğin kanun koyucunun kardeş ensestinin cezalandırılmasını cinsel ilişki ile sınırlandırma ve diğer cinsel davranışları cezasız bırakma kararı, muhtemelen sadece üremede oluşacak tehlikeleri karşılamak için uygundur; ancak cinsel özgürlüğün muhafazası ve şüphesiz evlilik ve ailenin korunması için uygun değildir. Dairenin çok az değindiği cezai hukuki menfaat öğretisinde bu durum uzun süre boyunca incelenmiştir. Kanun koyucunun izlemediği bir norm amacının sonradan eklenmesi, orantılılığın koordinatlarını, hatlarını ve içeriğini değiştirmektedir.

81.

2. Bu sınırlama ve açıklık için getirilmiş temel koşullar ile İkinci Daire çoğunluğunun Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'yi "*uluslararası karşılaştırma ile de tespit edildiği üzere, kültürel tarihe ve ensestin cezalandırılması gerektiği yönündeki, hala eskisi kadar etkili toplumsal inanca dayanan haklı cezai amaçları gütmesi nedeniyle*" meşrulaştırması ile uyuşmamaktadır. Ne belirsiz kültürel tarih ile açıklanan, etkili toplumsal (sadece ensesti sosyal açıdan kanun dışı bırakma değil de gerçekten ensestin cezalandırılması hakkında olan) inanç, ne de uluslar arası karşılaştırmada (boşluklu ve değişken) cezalandırma, bir ceza normunu Anayasal olarak meşrulaştırmak durumundadırlar. Daire tarafından ortaya konulan hukuki menfaatler, ya toplumumuzun korunmasında kanuni bir amaç izlememekte (a) ya da düzenlenişi ile Daire tarafından belirlenen amaçları izlemeyen Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin somut yorumundan anlaşılammamaktadır (b) Alman Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında ısrar edilen orantılılık ilkesinin "*katı muhafazası*" (bkz. BVerfGE 27, 344 <351>; 96, 56 <61>) söz konusu olan ensest yasağında tasdik edilememektedir.

82.

a) Öjenik unsurların dikkate alınması, bir cezai hükmün taşıyabileceği Anayasal bir amaç değildir. Sadece öjenik düşüncelerin, yürürlükteki kanunun cezalandırmayı cinsel ilişki ile kısıtlamasını (BTDrucks VI/1552, S. 14) anlaşılır yapması nedeniyle, kanun koyucunun iradesine göre "*büyük önem*" taşıyan (BTDrucks VI/3521, S. 18) halk sağlığının korunması, korunan menfaat olarak göz önüne alınmamaktadır.

83.

Bu arada, ensest ilişkiler sonucu doğan çocuklar için gerçekten irsi hastalığa yakalanma tehlikesi olup olmadığı sorusu net olarak yanıtlanmamaktadır. Anayasa gereğince, doğabilecek çocukların sağlığının korunması için cezai yaptırımların kullanılması yasaklanmıştır. Fiilin işlendiği sırada ilgili kardeş çift dışında, menfaatleri ensest yasağını meşrulaştıran herhangi bir hukuki menfaat sahibi mevcut değildir. Doğabilecek çocukların genetik zararlardan cezai araçlarla korunması görüşü; potansiyel doğmuş çocuğun bir taraftan genetik bozukluklarıyla yaşam için olan olası menfaatlerini, diğer taraftan da kendi yokluğu üzerindeki olası menfaatleri arasında bir absürt değerlendirmeyi varsaymaktadır. Bu nedenle enseste nazaran, çocukların özürlü doğabilme riskinin daha fazla olduğu ve beklenen özürlerin daha ağır olduğu cinsel ilişki türlerinde makul sebepler dolayısıyla cezalandırma mevcut değildir.

84.

Bu tür değerlendirmeler Anayasal olarak korumaya değer amaçları açıklamaya yeterli değildir. Öjenik unsurların dikkate alınması da engelli bir çocuğun doğduğu aile veya sosyal yardım yükümlülüğü olan halk gibi üçüncü kişilere getirilen yükleri de haklı çıkarmamaktadır. Bu husus, yaşama aykırı menfaatler ve diğerlerinin devlet hazinesinden doğan yararları dolayısıyla özürlü çocukların yaşam hakkının reddedilmesine götürmektedir.

85.

Halk sağlığı da -soyut- koruma konusu olarak dikkate alınmaktadır. *“Uyuşturucu madde ceza hukukundan”* farklı olarak kardeş ensesti dolayısıyla oluşabilecek olası irsi hastalıkların bilinen enderliği sebebiyle, cezai normun korunması gereken bir sebebi oluşturacak ne bireysel ne de sınırlı halk gruplarının sağlığı için kayda değer bir zarar önceden tahmin edilmektedir.

86.

b) Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2, cinsel özgürlüğün korunması için bir araç da değildir. Kanun koyucu bile bu hususa dayanmamıştır (*bkz. BTDrucks VI/3521, S. 17 vd.*). İkinci Daire'nin çoğunluğu kanuni düzenlemeye bu amacı sonradan eklemek zorunda kalmıştır.

Hem cezai hükmün metin olarak ifadesi hem de kanunun sistematigi, hükmün amacının cinsel özgürlüğün korunması olduğunu göstermekten çok bu varsayımı çürütmektedirler.

87.

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin lafzı, çocukların ve gençlerin cinsel özgürlüklerinin korunması hakkındaki diğer hükümlerden (bkz. *Ceza kanunu madde 174, 176 ve 182*) farklı olarak yalnızca kardeşler arası cinsel ilişkinin gerçekleşmesini yeterli görmektedir. Fail ile mağdur arasındaki ilişkinin diğer ayrıntıları önem taşımamaktadır. Örneğin ne korumaya muhtaç genç kardeşin yaşı, ne de mağdurun bağımlılığı (bkz. *Ceza Kanunu madde 174 fıkra 1 bent 2*), mevcut zor durum (madde 182 fıkra 1) veya mağdurun cinsel özgürlüğünü belirleme ehliyetinden mahrum olması (bkz. *madde 182 fıkra 2*) gibi. Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2, -cinsel özgürlüğü düzenleyen diğer ceza hükümlerinde belirtilen- cinsel özgürlüğün ihlalini oluşturan olayları kapsadığını içeriğinde belirtmemektedir. İlk bakışta şunlar göze çarpmaktadır: Cinsel özgürlüğe karşı suçların unsurları (*Ceza Kanunu madde 174 vd*) mağdurun azalmış özerkliğinin göstergelerini belirtmekte ve cezalandırmanın koşulu haline getirmektedirler; Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 çok daha değişik yapılandırılmış ve bu tür göstergeleri içermemektedir.

88.

Daire çoğunluğunun madde 173'ün "*spesifik, aile içi yakınlığa bağlı veya akrabalık ilişkilerinden doğan yükümlülükler, bağımlılıklar ve aile içi taşkın davranışları*" kapsadığı varsayımı, kanun sistematigine uymamaktadır. Kanun koyucu madde 173'ü cinsel özgürlüğü koruyan normların olduğu bölüme koymamaya, onun yerine "*şahsi hal, evlilik ve aileye karşı suçlar*" babında düzenlemeye karar vermiştir.

89.

Ceza normunun amacı cinsel özgürlüğü korumak değildir, çünkü sadece reşit kardeşleri cezalandırmaktadır. Bu sınırlama, korumayı sağlayacak ceza kanunu sisteminin yapısına uymamaktadır.

90.

Ceza kanunu koyucusu, söz konusu kişilerin özerkliğine saygı göstererek, cinsel özgürlüğün korunmasını en geç reşit olma yaşı sınırında

bırakmaktadır. Sadece - zor kullanımı veya karşı koyamama durumu gibi -kişinin kendi davranışlarını kontrol edemediği, iyi açıklanmış ve formüle edilmiş istisna hallerinde, kanun koyucu cinsel özgürlüğün korunmasını reşit olma yaşını aşacak şekilde korumaktadır.

91.

İkinci Daire çoğunluğu, diğer ceza normlarının, rüşte ulaşmadan ailevi suiistimali mümkün kılan yapıdan kaçamayanların korunma ihtiyaçlarını karşılayamamasını, Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin meşrulaştırılmasına gerekçe göstererek, kanun koyucunun cezalandırmanın sınırlarına dair açık ve belli ana kararını görmezlikten gelmektedir. Bu -sağlam olmayan- düşünce, normun hukuki bir menfaat olan cinsel özgürlüğü dikkate almış olabileceği hakkında hiçbir şey belirtmemektedir. Rüşte geçiş süresince cinsel özerkliğin henüz tam oturmamış olduğu varsayımına dayanarak ceza normunun bu durumları ele almak istediği sonucu çıkarılmamalıdır. Ancak tam olarak bu husus, *"cinsel davranışların rüştten sonra da devam etmesi ve istenmeyen cinsel ilişkinin açık olarak reddedilmemesi"* hallerini, kanunun cinsel özgürlüğün korunması altında cezalandırmak isteyip istemediğini kendisine sormadan, kimin bu tür durumlar için norma *"bağımsız bir anlam"* atfettiğini belirtmektedir.

92.

c) Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'de belirtilen kardeşler arası enest yasağı, mümkün olabilecek (herhangi) bir hukuki menfaati ve Anayasal meşruluğunu, *"evlilik ve ailenin korunması"*nda da bulamamaktadır. Dördüncü Ceza Hukuku Reformu Kanunu'nun kanun koyucusu enest yasağını evlilik ve aileyi bozucu etkisi nedeniyle dikkate almış ve Alman Federal Yüksek Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) madde 173'ün üstün hukuki menfaati olarak, evlilik ve ailenin korunmasını değerlendirmiştir (*bkz. BGHSt 39, 326 <329>*). Ancak enesti yasaklayan ceza normunun yakın incelemesi, normun gerçekten evliliğin ve ailenin korunması için düzenlenmediğini göstermektedir.

93.

Alman Anayasa Mahkemesi 1973 tarihli bir kararında; eşler dışında aile birliği içerisindeki cinsel ilişkileri engellemenin, Anayasal düzenin cinsel ilişkiler nedeniyle sarsılmasıyla ailenin insan toplumu için

yaşamsal fonksiyonunun bozulmasına yol açacağı gerekçesiyle, makul anlamı olduğu sonucuna varmıştır (*bkz. BVerfGE 36, 146 <167>*). Mesele zinanın cezasız kalmasının, aile üyeleri arasında aileye zarar veren cinsel ilişkiyi göze alma anlamına geleceğini varsayan ailenin işlevine dair bu düzen tasavvurunun bugün hala geçerli olup olamayacağı bir kenara bırakılabilir. Her halükarda ceza normu somut yapısı gereğince, ailenin kardeşler arası cinsel davranışlara karşı korunmasını gerçekten amaçlamamaktadır.

94.

Sadece kan bağı ile bağlı kardeşler arasındaki cinsel ilişki cezalandırılmaktadır. Erkek ve kız kardeş arasındaki diğer bütün cinsel davranışlar hariç tutulmaktadır. Aynı cinsiyetten olan kardeşler ile kan bağı ile bağlı olmayan, başka bir deyişle üvey, evlatlık ve koruyucu kardeşler arasındaki cinsel ilişkiler de ceza kapsamı içinde tutulmuşlardır. Bu husus kanuni tipin, ailenin kardeşler arası cinsel ilişkiden korunması ve buna bağlı olarak ailede doğabilecek muhtemel olumsuz sonuçlar ile bir ilgisi olmadığı, sadece kan bağı ile bağlı kardeşlerin cinsel ilişkilerini cezalandırmakla ilgilendiği anlamına gelmektedir. Ceza hükmü gerçekten ailenin cinsel davranışlara karşı korunması için konulmuş olsa idi, aileye zararlı diğer davranışları da kapsar, ceza kanununun korunma tekniğine uygun olarak davranışları belirtir ve cezalandırmanın koşullarını içine alırdı. Sadece bir şekli kapsayan, cinsel ilişkiye indirgenmiş ceza tehdidi genel koruma menfaatini çürütmektedir.

95.

Bunun yanında kanun koyucunun Ceza Kanunu madde 173 fıkra 3 gereğince sadece 18 yaşın üstündeki kardeşleri cezalandırması önem taşımaktadır. Kanuni tipin bu kısıtlaması genel anlamda ailenin korunmasına uymamaktadır. Kardeş enestinin kanuni tipikliğinin asgari yaş ile sınırlandırılması ancak bunun dışında hiçbir sınırlayıcı nitelik getirmemesi; kardeşlerin yaşının ve onunla birlikte değişen fiil ve karar verme ehliyetinin enest davranışının cezalandırılması bakımından, dar sosyal bağlara dayanan ve işleyen bir aile birliğinin olmaması veya aslen ebeveynler ile oluşturulan “ev ve yaşam birliğinin” zamanla gerçek “aile yaşamı” olmadan “salt bir rastlantı birliği” olması durumu gibi az önem taşıdığı sonucunu yaratmaktadır (*aile birliğinin bu gelişim çizgileri için bkz. BVerfGE 10, 59 <66>*).

96.

Daire'nin de ayrıntılı biçimde açıkladığı gibi, ensest ilişkisinin ailede meydana getirebileceği zararlı etkilerin mevcut olan "bağlılığın" boyutuna bağlı olması ve dolayısıyla bu tür durumlarda daha az veya hiçbir şekilde hissedilebilir olmamasına rağmen ceza normunun açık lafzı uyarınca belirtilen bütün bu unsurlar söz konusu olmamaktadır. Bu da maddenin lafzının "ailenin korunması" kanuni amacı ile bağdaşmadığını göstermektedir.

97.

Daire çoğunluğunun ensest ilişkisinden doğan çocuklar için oluşabilecek ve Alman Anayasası'nın 6. maddesi ve 1. fıkrasına göre aile resmi ile uyuşmayan rollerin kesişmesi argümanı başka bir şey belirtmemektedir. Örneğin evlilik dışı doğmuş çocukların da bu şekilde dikkate alınması hariç kalmak üzere, gebeliği önleme için olası güvenli yolların olduğu ve cinsel ilişkinin sonuçsuz kalabileceği zamanlarda, cinsel ilişki sonucu gerçekten çocuk yapmanın somut ihtimali yoktur. Kanun koyucu kasıtlı olarak kan bağı ile bağlı olan kardeşlerin üremelerini engellemeyi hukuki açıdan uygun bulunmayan netice olarak belirten değil, kapsamlı cinsel ilişki yasağı ile hazırlık döneminde bulunan bir davranışı cezalandıran bir ceza normu oluşturmuştur. Kan bağı ile bağlı kardeşlerin cinsel ilişkileri sonucu çocuklarının olması olağan bir durum değildir. Dolayısıyla bu tür olağan dışı tehlikeler aileyi korumak için kanun koyucuya bir gerekçe oluşturmamaktadır.

98.

d) Daire tarafından hükme atfedilen hiçbir hukuki menfaat, Anayasaya uygun amaç oluşturmamaktadır. Kanun koyucu, kardeş ensesti yasağının hangi amaçları izleyeceği hakkında açık ve tutarlı karar verememiş ve amaçların hangilerinin kanuni tip ile bağdaşıp bağdaşmadığı, ulaşıp ulaşılmadığı veya nasıl ulaşıldığı konusunu saptamamıştır. Kanun koyucu bu ceza normunu yıllardır yürürlükte tutmasına rağmen, anlamı konusunda ya hiç açıklama yapmamış ya da net olmayan açıklamalarda bulunmuştur. Kanun koyucunun neyi gerçekten korumak istemiş olduğu veya istediği ve bu nedenle normun kanun koyucunun beklentilerini yerine getirip getirmediği güvenilir şekilde tespit edilememektedir.

99.

Hüküm mevcut lafzı ile -ceza hukuku literatürünün geniş bir kısmının da belirttiği gibi (*Dippel, Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl., Rn. 4, 14*)- belirli bir hukuki menfaati değil sadece mevcut olan veya tahmin edilen ahlaki düşünceleri göz önüne almaktadır. Son olarak halkın kardeş ensestinde hukuka aykırılık görmesi ve normun kalkması durumunda davranışın anormal olduğu bilincinde zayıflama olabileceğinden yola çıkarak, kanun koyucu kardeş ensestinin kaldırılmasına karar vermek istememiştir.

100.

Ancak değerler üzerine toplumsal bir uzlaşmanın -burada kardeşler arası cinsel ilişkinin yasak olması- oluşturulması veya muhafazası bir cezai hükmün doğrudan amacı olmamalıdır. Son çare (ultima ratio) ve cezai yaptırımların Anayasal kısıtlaması olarak orantılılık ilkesi gereğince, başka ve daha uygun araçlar bulunmaktadır. Ahlaki düşüncelerin kuvvetlendirilmesi her halükarda -dolaylı olarak- adil, açık, rasyonel ve istikrarlı ceza yargılamasının uzun süreli bir sonucu olarak beklenebilmektedir.

101.

Aslında İkinci Daire de esas itibariyle bu durumu farklı görmemektedir. Daire, norm ile izlenilen düzenleme amaçlarını belirtmekte ve ceza hukukunun sadece ahlaki düşünceleri koruduğu bir olayın söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Ancak Daire çoğunluğu tarafından açıklanan düzenleme amaçları, bir hukuki menfaatin korunmasını sağlayamamaktadırlar. Bu sebeple Daire, çareyi, "norm ile izlenilen düzenleme amaçlarının bütünlüğünde" veya "benimsenebilen ceza amaçlarının özetinde" aramaktadır. Bu husus bir taraftan her bir amacın, kendi açısından ve Daire çoğunluğunun da görüşü uyarınca, Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin kanun koyucusu için kanuni bir amaç olarak hizmet edemeyeceğini açıklamaktadır. Ancak Dairece benimsenen, ceza normunun eksik, yetersiz, somut lafzından anlaşılmayan ve kabul edilebilir olmayan amaçları, neden bu normu Anayasaya uygun hale getirdiği sorusunu cevaplamamaktadır. Son olarak Daire "kültürel tarihe dayalı ensestini cezai liyakatine yönelik toplumsal inanç"ın cezai korunmasına karşı itirazda bulunamayacağını gizlememektedir. Bu durumu toplumsal ahlaki düşüncelerin korunması olarak görmekteyim.

II. 102.

Daire ile birlikte Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 ile izlenen amaçların bütününde aynı maddenin Anayasal olarak meşru bir amacı görmek istense dahi normun Anayasa bakımından desteği olmazdı.

103.

Daire çoğunluğunun, kardeş encestinin cezalandırılmasının hedeflenen başarıya ulaşma kapasitesinden yoksun olmadığı varsayımı kanunun lafzı karşısında tutunmamaktadır. Kanuni tip tarafından sağlanan araçlar belirtilen amaçlara uymamakta olup bir taraftan dar kapsamlı diğer taraftan ise başka istikametlere yönelmektedir.

104.

Daire çoğunluğu dahi kendisi tarafından norma atfedilen amaçların somut kanuni tip ile bağdaştığını kabul etmemektedir. Dolayısıyla uygunluğun denetiminde varsayılan her bir amaçtan uzaklaşan bir hedef tanımlamasına başvurmaktadır. Ailenin korunmasından, ceza normunun öjenik açıdan hukuka uygunluğundan sadece genelleştirilmiş biçimde bahsedilmektedir. Çocukların ve gençlerin cinsel kişiliklerinin bireysel olgunlaşması için gereken özgürlük alanı ile kadınların cinsel özgürlüğünün muhafazası ifade edilmiştir ki bu iki konu birbirlerinden çok ayrılmaktadır. Kanun amaçlarının bu mobil ve belirsiz tasviri, kanunun gerçekte ne istediğini ve ne işe yaradığı sorusunun kesin ve somut denetlenmesine yardımcı olamamaktadır.

105.

1. Belirtilenlere rağmen, Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 bir çok görüş açısından Anayasal tereddütlere yol açmaktadır.

106.

Ceza hukuku vasıtalarının, ailenin cinsel davranışlardan kaçınmasını sağlamak ve böylece zararlı etkileri engellemek veya önemli derecede azaltmak için uygun araçlar olup olmadığı tartışmalıdır. Max-Planck-Enstitüsü'nün raporunun B.I.3. bölümünde de belirtildiği üzere, kardeş encestinin açık bir şekilde sosyal bakımdan zayıf ve bozulmuş aile birliklerinde vuku bulduğu durumu ihmal edilmemelidir. Rapor, normun muhataplarının ceza tehdidinin psikolojik etkilerine

karşı çok az duyarlı olduklarını ispat etmektedir. Bu husus ensest yasağı gibi bir ceza normunun uygunluğu için temel ama olumsuz bir kriterdir.

107.

Tek başına bu durum -Daire çoğunluğunun da işaret ettiği üzere- ceza normunun uygunluğunu kural olarak sorgulayamamaktadır. Ancak ensest yasağının cezai uygulamasının yoluna çıkan başka bir zorluk daha vardır.

108.

Uyuşturucu madde suçundan farklı olarak ensest yasağında, ceza kanunu koyucusunun amacı eksiksiz devlet kontrolünün cezai muhafazası olmamalıdır. Cezalandırmanın cinsel davranışın sadece bir kısmını kapsaması durumu ve cezanın uygulanmasını müteakip cezalandırılmayan cinsel davranışlara riayet edilmesi gerekliliği dahi ceza normunun yönlendirme fonksiyonunu kesin olarak zayıflatmaktadır. Daire çoğunluğu -uygunluk denetimi çerçevesinde kesin olarak benimsememiş olsa da- bunu gözden kaçırmamış, fakat başka bir yerde normun cezalandırdığı dar alanı aşan etkisi ile tanıtıcı, hukuki istikrarı sağlayıcı ve genel önleyici fonksiyonu ifa ettiğini bildirmiştir. Temel hakların derinden kısıtlandığı ve sosyal etik değerlerin insanların aleyhine döndüğü durumlarda ceza hukukunda normun uygulama alanı dışındaki bir etkiye Anayasal meşruiyet kazandırma gibi tehlikeli bir düşünce oluşmaktadır.

109.

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2, fiilin işlendiği sırada henüz 18 yaşında olmayan kardeşler için kişisel cezayı ortadan kaldıran bir neden öngörmektedir. Buna göre kardeşler arası cinsel ilişkinin cezalandırılması, ailenin birlikte yaşama etkilerinin, çocukların gelişim-psikolojisi uyarınca aileden ayrılma süreci nedeniyle zayıfladığı veya sona erdiği zaman elverişli hale gelmektedir. "Aile" (çocukların cezalandırılması ile), ev ve yaşam birliği olmamasına ve onun için zararlı etkiler beklenilmemesine rağmen korunmaktadır. Diğer taraftan kardeşlerden birinin reşit olmaması nedeniyle, o kardeşin cezalandırılmaması ve sadece reşit olan kardeşin cezalandırılması, geleneksel anlamda ailenin cezai korunması ile bağdaşmamaktadır. Kanun koyu-

cu yasama serbestisine sahip olsa bile, bu tür bir norm yapısı ile ailenin korunması amacına ulaşmamaktadır.

110.

Kan bağı ile bağlı kardeşlerin cezalandırılmasının aileyi zararlı etkilerden korumak için uygun olup olmadığı, Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin boşluklu lafzı gereğince tartışılmaktadır. Daire çoğunluğunun varsaydığı gibi üvey, evlatlık veya koruyucu (süt) kardeşler arasındaki cinsel ilişkinin dar ölçüde geleneksel aile modeline aykırı olması, ailede doğabilecek muhtemel olumsuz etkinin, cezalandırılan davranışın etkisinden değişik veya daha hafif olmayacağı hususunu değiştirmemektedir. Ayrıca kan bağı ile bağlı kardeşler arasındaki bağımlılığın kan bağı ile bağlı olmayan kardeşler arasındakine oranla daha fazla olduğunu doğrulayan dayanak bulunmamaktadır.

111.

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin, ayrı cinsten olan kardeşler arası cinsel ilişkiyi cezalandırması ile getirdiği kısıtlama, ailenin cinsel davranışların yaratabileceği zararlı etkilere karşı korunmasını sağlayabilecek durumda değildir. Aynı hasarı meydana getirebilecek olan davranış biçimlerini cezalandırmadığı ve ilaveten kan bağı ile bağlı olmayan kardeşleri olası fail olarak ele almadığı için hüküm çok sınırlı kalmaktadır. (Artık) aile birliği için zararlı olmayacak davranışları kapsadığı için de hüküm çok geniştir; davaya konu olan olayda da bu husus açıkça görülmektedir. Kanun koyucunun hukuku düzenlemesindeki serbest alan da dikkate alındığında, cezai hüküm baştan itibaren amacına ulaşmamaktadır.

112.

2. Hüküm, kan bağı ile bağlı kardeşlerin sakat çocuklarının olma ihtimalini önlemek için "uygun" görülse de -yukarıda da belirtildiği üzere-, bu etki yönünde Anayasal meşru bir amaç izlememektedir. Ancak kanuni tipin çocuk yapamayacak (kısır) olanların fillerini cezasız bırakmayan açık lafzı sakat zürriyetin önlenmesi amacı ile bağdaşmamaktadır. Norm, kendisine atfedilen amaçlara başka nedenlerden dolayı ulaşılmış olması durumlarında dahi ceza tehdidini sürdürmektedir.

113.

3. Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin, kadınların veya çocuk ve gençlerin cinsel özgürlüğünün özel muhafazasına hizmet etmeye uygun olmaması, cezalandırılan fiilin incelenmesi sonucu kendiliğinden anlaşılmaktadır. Fiilin böyle bir koruma konusuyla ilişkisi bulunmamaktadır.

114.

Cinsel özgürlük hukuki menfaati için de genellikle aynı şey geçerlidir. Kan bağı ile bağlı kardeşler arasındaki cinsel ilişki yansımaları olarak bir tarafın cinsel özgürlüğünü zedeleyen o veya bu olayı da kapsayabilmektedir. Ancak kanuni tipin lafzı bunu amaçlamamış ve bu hukuki menfaati planlamamıştır. Ensest bu durumlar gereğince de doğal olarak cinsel özgürlüğe karşı suçların arkasında kalmaktadır. Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2, Ceza Kanunu'nda cinsel özgürlüğün korunmasını sağlayan diğer ceza normlarından aşağıdaki farklılığı göstermektedir: Normlar Ceza Kanununda ayrı ve açık şekilde belirtilen baplarda bulunmakta ve cinsel özgürlüğü koruyan ceza tehditleri ise (Ceza Kanunu madde 174 vd.) madde 173'ten tamamen farklı olarak, koruma amaçlarını ve cezalandırma koşullarını dikkati çeken tüm nitelikleriyle, ustaca ve kapsamlı biçimde koruma tekniğine uygun bir bağlantı içinde düzenlemektedir.

III. 115.

İkinci Daire çoğunluğunun, Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin, kendisine atfedilen amaçlara ulaşabilmesi için gerekli olduğu varsayımı, kabul edilemez niteliktedir. Kardeşler arası ensestin cezalandırılması, ailenin aynı ve hatta daha iyi bir şekilde korunmasını sağlayabilecek diğer tedbirler göz önüne alındığında, orantılılık ilkesi açısından Anayasal tereddütlere neden olmaktadır.

116.

Max-Planck- Enstitüsü'nün hazırladığı rapor sadece gençliği geliştirici ve destekleyici tedbirlere değil aile ve vesayet hukukuna dair, ensest sonucu doğmuş çocuklar ile onların ebeveynleri için söz konusu olan çözüm olanaklarına da işaret etmektedir (bkz. A.I.6). Bu araçlar, ceza normu reşit olmayan çocukları kapsamadığı için sadece belirli bir zamanda harekete geçebilmektedirler. Gösterilen olanak-

ların her zaman sosyal pedagojik bir kriz girişimine izin verdiği ve terapatik önlemlerin alınmasına yol açabilecek çeşitliliği (Max-Planck-Enstitüsü'nün Raporu B.I.8 altında) istenmeyen saldırıların neticeleri ile birlikte engellenmesi, tasfiyesi ve azaltılmasıyla Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'ye göre önceden daha fazla ve etkin çocuk ve aile koruması sağlamaktadır.

117.

Bu husus, hükmün, Daire çoğunluğu tarafından varsayılan ve kaldırılması ile sona eren hukuki istikrarı sağlayıcı ve dolayısıyla genel önleyici etkisine rağmen geçerlidir. 19 yaşından sonra cezalandırmanın başlaması nedeniyle ancak genel önleyici etki sınırlı bir şekilde mevcut olmaktadır. İlaveten kardeşlerin büyümesi ve ebeveynlerin evinden ayrılmaları karşısında ailenin korunması için *"tanıtıcı etkisi"* olan bir ceza normuna ihtiyaç duyulup duyulmadığı tartışmalıdır. Daire çoğunluğunun kabul ettiği gibi, ensest yasağının toplumun kültürel tarihsel inancına dayandığı varsayılırsa, ceza hükmünün kaldırılmasıyla halkta kardeş ensestinin normatif olarak *"serbest bırakıldığı"* düşüncesinin ortaya çıkabileceğinden de korkmamak gerekmektedir.

118.

Daire çoğunluğunun, ceza davasının mağdur için pozitif etkiler yaratabileceği düşüncesi kişileri yanılığa sürüklemektedir.

119.

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 gereğince, kan bağı ile bağlı kardeşler arasında cinsel ilişki ile tanımlanmış ve cezalandırma için başka hiçbir koşulu olmayan kardeş ensestinde, fail ve mağdur şeklindeki rol dağılımı, taraflardan birine vakitsiz ve asılsız sorumluluk isnat edilmesi için tehlikeli bir yoldur. Bu fail - mağdur rol dağılımı, bazı somut olaylarda haklı olabilir; ancak tipik değildir, çünkü kardeş ensesti irza geçme gibi fail-mağdur-suçu değildir. Ensestte bu tür atipik (fail - mağdur) rol dağılımının mevcut olması durumunda, cinsel özgürlüğe karşı suçları düzenleyen ceza normları gibi diğer ceza hükümleri uygulanmaktadır.

120.

Diğer taraftan ceza hukuku ile bağlantısı olan ve kendi açısından hukuki menfaat ihlallerini derinleştiren *"ikincil kurbanlaşma"*yı önle-

me görevinden bahsedilmektedir. Bu görev Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin düzenlediği cinsel ve hassas durumlarda yerine getirilemeyecektir. Bu durumlarda ceza soruşturması ve yargılama aşamasında söz konusu kişilerde sonradan yoğun tedavi gerektiren zararlar meydana gelmektedir (bkz. *Max-Planck- Enstitüsü'nün raporu B.I.9.*). Cezai araçların kullanımı da mağdurlar için ayrıca tehdit oluşturmaktadır. Bu nedenle kardeş ensestinde gereklilik ilkesi gereğince cezai müdahaleler katı ölçütlere tabi tutulmalıdır.

IV. 121.

Sonuç olarak Alman Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin cezai hükmü, Anayasal ilke olan "aşırılılık yasağına" aykırı düşmektedir. Korunan amaçlar için tehlikeli olmayacak davranışların cezalandırılmasının kanuni sınırı hükümde eksiktir; tehlikeye yol açan suç olarak düzenlenmiş ve çok geniş kapsamlıdır.

122.

1. "Ailenin korunması" amacı için, failin reşit yaşa ulaşması bakımından ev ve yaşam birliği anlamında somut aile birliğinin olmadığı belirli bir zamanda cezai korumanın başlaması önem taşımaktadır. Her halükarda, zarar görme veya tehlikeye maruz kalabilecek aile sayısı azaldıkça, ailenin cezai korunması daha az gerekli olmaktadır. Bu cezai amaca dayanan ve bu suretle kendini meşrulaştıran bir ceza normu ailedeki bu gelişmeleri dikkate almak zorundadır. Kısırlık veya güvenilir gebelik kontrolü nedeniyle üremenin mümkün olmadığı durumlarda "genetik bozuklukların önlenmesi" amacı cezai girişimler olmadan da güvence altına alınabilmektedir. Cinsel özgürlüğün ihlal edilmediği, örneğin kardeşler arasında devamlı olan bir ilişkinin var olduğu ve bu nedenle kişiliği serbestçe geliştirme hakkının önemli olduğu, eğer mümkünse çocukların doğumunu müteakip kendisinin de Alman Anayasası'nın 6. maddesinin birinci fıkrası gereğince korunmasını talep edebileceği yeni bir ailenin kurulduğu durumlarda cezayı ortadan kaldıran tedbirler alınmalıdır.

123.

2. Cezalandırma dışında diğer tedbirleri kanun koyucu dikkate almamış, takdiri indirimler veya usulü yollar ile ceza adaletinin sağlanacağını farz etmiştir (bkz. *Deutscher Bundestag, Protokolle der Beratun-*

gen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Bd. 1, 34. Sitzung, S. 1251 vd.). Bu koruma tekniği sonunda aşırı koruma tehdidine ve adil olmayan cezalandırmaya yol açmaktadır.

124.

Şüphesiz uygunluk, ceza vermeme veya cezanın takdirinde özel durumların dikkate alınması nedeniyle davanın düşmesi, somut olayda fiil ve kusura uygun sonuç elde etmek için yardımcı olabilecektir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında yer alan aşırılık yasağının, adli makamlara hukuka aykırılığın ve kusurun az olduğu münferit durumlarda Anayasaya uygun karar verme için yeterli olduğu görüşü -Daire çoğunluğunun dayandığı gibi- doğrudur (bkz. BVerfGE 90, 145 <189 vd.>).

125.

Ancak bu ilke, baştan itibaren ve geniş anlamda cezalandırılmayacak davranışları kapsayan ceza normlarının durumlarına erişememektedir. Burada -her somut olayın ötesinde- belirli olay biçimleri için kanuni tipikliği düzeltici ve cezalandırmayı kısıtlayıcı etki gösteren cezai adaletin düzeltme yapması beklenmektedir. Böyle bir düzeltme adaletin değil kanun koyucunun görevidir.

126.

Fiilin suç olup olmadığının tespit edilip edilmeyeceğini ve kanun koyucunun görüşü çerçevesinde hüküm verilip verilmeyeceğini mahkemelerin görüşüne bırakmak, Alman Anayasası'nın 103. maddesinin 2. fıkrasında ifade edilen kuvvetler ayrılığına aykırı olarak, cezalandırmanın olup olmayacağı kararını yetkisiz yargı erkine devretmek anlamına gelmektedir. Kanun koyucu, bu durumlarda maddi hukukun kesin şekilde çerçevesini çizmeli, suç oluşturmaması gereken davranışı uygulama alanından çıkarmalı ve sadece usul hukuku düzenlemelerine güvenmemelidir. Kanun koyucuya bu yol kardeş enstesinde kapatılmamıştır; sadece kanun koyucu bu yolu seçmemiştir.

127.

Ensest cezasının yasama sürecinde de birbirleriyle yetişkin iken tanışmış ve cinsel ilişkiye girmiş üvey kardeşlerin olayı görüşülmüştür. -Davaya konu olan durum gibi- ensest utancının olmadığı, reşit

yaşlarda meydana gelen ve bir aile birliğinin olmaması nedeniyle ailenin tehlikeye uğramasının da mümkün olmadığı bu olayda, o zamanki Federal Hükümet görüşüne göre mahkûmiyete değil, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu madde 153 gereğince davanın düşmesi kararına varılmıştır. Kanun koyucu, bir ceza hükmünde suç oluşturmamayan eylemlerin cezalandırılmış olduğunu kabul ederse ve bu eylemlerin somut olayın yargılama aşaması sonunda cezasız bırakılacağına güvenirse, aşırılık yasağını ihlal etmiş olacaktır. Aşırılık yasağı nedeniyle, kanun koyucunun, suç oluşturmaması gereken fiilleri kapsam dışı bırakan farklı bir maddi düzenleme yapması gerekirdi. Onun yerine Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 -bir ceza normu için ender biçimde- açık şekilde kan bağı ile bağlı kardeşlerin cinsel ilişkisini kapsamakta ve ceza mahkemesi de bu açık normun tutarlı uygulaması ile görevini yerine getirmektedir.

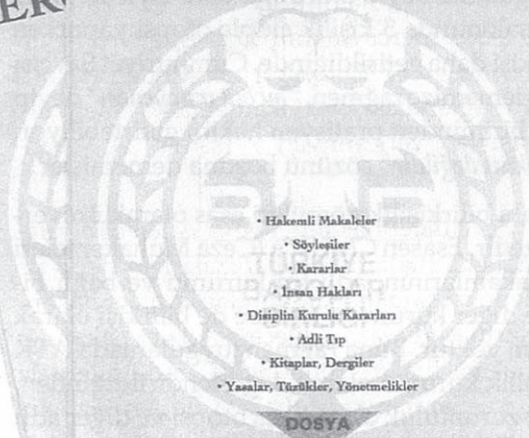
128.

Son olarak ceza hükmünün aşırılık yasağına uygunluğunu, normun *“kişisel yaşam biçiminin sadece dar bir alanına dokunduğu”* ve çok az kişinin yasaktan sınırlayıcı olarak hissedilir şekilde etkilenmesi nedeniyle meşrulaştırmamak gerekmektedir. Bu tür argümanlar öteden beri özel şekilde insanlara yöneltilmiş olan ceza hukukunda kinik etki yaratabilmektedir: *Ensest yasağından kim etkilenmekte ise, yaşam biçiminin merkezi alanına dokunulmakta ve bu dokunma onu derinden ve uzun süreli etkileyebilmektedir.*

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1302-2004



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulu Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

YIL 1302-2004

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

KÜRESEL GIDA KRİZİ VE BESLENME HAKKI (Right to Food)

Turan GÜZELOĞLU*

GİRİŞ

Uzun zaman önce çevre ile ilgili yapılan her yorumda Kızılderili Şef Seattle'ın şu sözleri muhakkak yer alırdı:

“Beyaz adam annesi olan toprağa ve kardeşi olan gökyüzüne, alıp satılacak, işlenecek, yağmalanacak bir şey gözüyle bakar. Onun bu ihtirasıdır ki toprakları çölleştirecek ve her şeyi yiyip bitirecektir. Beyaz adamın kurduğu kentlerde, bir çiçeğin taç yapraklarının açarken çıkardığı tatlı sesler, bir kelebeğin kanat çırpışları duyulamaz. Son ırmak kurduğunda son ağaç yok olduğunda son balık öldüğünde; beyaz adam paranın yenilemeyen bir şey olduğunu anlayacak.”

Sanırsanız büyük şefin bahsettiği o günlere gelmek üzereyiz. Biri yerken diğerleri baktığı için midir? Küresel Felaket mi dersiniz? İklimsel değişikliklerimi? Yoksa sera gazı salınımlarının artması mı? Soruna nasıl yaklaşırsanız yaklaşın, karşımıza çıkan gerçek; artık ürkütücü boyutlara ulaşmıştır. Bu gün tüm dünya gıda krizini ve bunun etkilerini minimize etmeyi konuşmaktadır. Bu soruna temel insan hakkı olan gıda hakkı açısından yaklaşmak, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Birey, devlet ve hatta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi mekanizması, açısından bireyin hakkı ile gelinen noktanın acizliği ve yaşanan paradoks, gözler önüne serilmeye çalışılacak, gıda hakkının bulunduğu noktanın sorgulanması sağlanılacaktır.

Gündemimiz ekonomik kriz, mali kriz, sosyal kriz, söylemleri ile dolu iken son dönemde gıda krizi sözünü de sıkça duymaya başladık. Bu krizin tüm dünyayı etkileyecek olması, diğer krizlerden ayıran en büyük etken olsa gerekti. Hoyratça harcadığımız doğa bu kaçınılmaz

* Cumhuriyet Savcısı

sonu bize oldukça hızlı hazırlamakta idi. Acaba insanlığın son yüzyılını yaşadığını söylemek çalan alarmı duymayan kulaklar için fayda edecek mi idi?

Gezegelimiz 4,65 milyar yıllık tarihi boyunca birçok kez ısınmış ve soğumuştur. Günümüzde dünyamız yine hızlı bir ısınma periyoduna girmiştir ve bu kez diğerlerinden farklı olarak, oldukça fazla bir nüfus kitlesiyle bu etkiye maruz kalacak olmasıdır. Küresel ısınmayı sade bir tanımlama ile “atmosfer, okyanuslar ve kara kütleleri yüzeyindeki sıcaklıktaki yükselme” olarak tanımlayabiliriz. Bu ısınmaya kömür, petrol ve doğal gaz gibi fosil yakıtların yakılması sonucu atmosfere dâhil olan sera gazlarının neden olduğu sanılmaktadır.¹

GIDA KRİZİ

6.6 milyar nüfusu aşan Dünyamızda, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Teşkilatı (FAO) 2007 yılı rakamlarına² göre 854 milyon insan açlık çekmektedir. Her 4 saniyede 1 insanın açlık sebebiyle hayatını kaybettiği dünyamızda, bunların büyük çoğunluğunu çocuklar oluşturmaktadır. Birleşmiş Milletler rakamlarına göre dünyamızda her yıl 6 milyon çocuk açlık ve yetersiz beslenme nedeni ile ölmektedir. 7 milyon 800 bin insan da gıda yetersizliği nedeniyle her yıl göç etmektedirler.

Dünyada en zengin üç kişinin toplam varlığı, en fakir 48 ülkenin toplam gayri safi hâsılasından daha büyük! Birleşmiş Milletlerin yapmış olduğu çalışmalarda; dünyada temel yiyecek, su, eğitim ve sağlık ihtiyaçlarını karşılamak için en zengin 225 kişinin toplam varlıklarının yüzde 4’ünün yeterli olabileceği, temel sağlık ve yiyecek ihtiyaçlarını karşılamak için 13 milyar doların gerektiği, bu miktarın ise ABD ve AB’de bir yılda yapılan parfüm harcamalarına eşit olduğu hesaplanmıştır. Günümüzde, milyarlarca insan açlık ve yoksullukla mücadele ederken, 1. 2 milyar insan ise aşırı beslenmenin neden olduğu aşırı şişmanlık (obezite) sorunları ile mücadele etmektedir. Yetkililer, yoksulluk nedeni ile yaklaşık 1 milyar insanın 21’inci yüzyıla okuma ve isimlerini yazma yeteneği olmadan girdiğini ifade etmektedir. Dün-

¹ Ahmet Atalak, “Küresel Isınma, Su Kaynakları ve Tarım Üzerine Etkileri”. www.zmo.org/odamiz/küresel_isinma.pdf (Erişim tarihi 10/10/2008)

² www.fao.org (Erişim tarihi 09/10/2008)

yada yaşanan çok önemli bir başka çarpıklık da; Birleşmiş Milletlerin İnsani Gelişme Raporu'na göre, gelişmiş ülkelerin oluşturduğu dünya nüfusunun yüzde 20'lik kesimi, küresel üretimin yüzde 86'sını tüketmesidir. BM'nin 2000 tarihli İnsani Gelişme Raporu'na göre dünyanın en fakir 48 ülkesinin küresel ihracattaki toplam payı yüzde 0.4'ten azdı. 2004 yılı İnsani Gelişme Raporu'nda ise günümüzde 1.2 milyar insanın temiz su, 2.7 milyar insanın koruyucu sağlık imkânlarından yoksun olduğu belirtilmektedir. Aşağıdaki veriler, dünyamızın ve insanlığın nasıl bir uçurum ve dram yaşadığını açıkça ortaya koymaktadır. 1998 yılında dünyadaki tüm çocukların temel eğitimi için 6 milyar dolar, su ve koruyucu sağlık için 9 milyar dolar, temel sağlık ve beslenme için 13 milyar dolar harcanmışken; Avrupa'da dondurma için 11 milyar dolar, Avrupa ve ABD'de ev hayvanları için 17 milyar dolar, Avrupa'da sigara alımları için 50 milyar ve alkollü içkiler için 105 milyar dolar, tüm dünyada uyuşturucu maddeler için 400 milyar dolar harcadığı da kaynaklarda ifade edilmektedir. Geçen sürede küresel yoksullukla mücadelede önemli gelişmeler kaydedilememiştir. 2003 Yılı İnsan Gelişme Raporu'na göre 1990 yılına kıyasla, 54 ülke daha da yoksullaşmıştır. 14 ülkede ölen çocuk sayısı artmış, 34 ülkede ise yaşam süresi kısalmıştır. 2003 yılında çoğu Afrika'da olmak üzere AIDS'e yakalanmış insan sayısı 42 milyona yükselmiş ve Afrika'da her gün 6500 kişi AIDS nedeni ile ölmektedir.³

Yine bir başka ilginç rakam ise Dünyamızda 1 milyarın üzerinde insan günlük 1 doların altında bir para⁴ ile temel ihtiyaçlarını karşılamaya çalışırken ABD de büyük baş hayvanlar için devletin çiftçilere ödediği destekleme primi 2.5 dolardır. UNICEF 2008 Çocuk Durum Raporu'na göre, gıda yoksulu ülkelerde her yıl 1000 çocuktan, 119'u beşinci yaş gününü göremeden yaşamını yitiriyor. Rapora göre, çocuk

³ Gürkan Dağdaş, "Yarı Münevverler", *TESKOMB Dergi*, sayı 274, Mart 2006.

⁴ Dünya Bankası verilerine göre, Doğu Asya ve Pasifik ülkelerinde yaşayan 267.1 milyon kişi, Doğu Asya ve Pasifik (Çin hariç) ülkelerinde yaşayan 53.7 milyon kişi, Doğu Avrupa ve Orta Asya ülkelerinde yaşayan 17.6 milyon kişi, Latin Amerika ve Karayipler'de yaşayan 60.7 milyon kişi, Orta Doğu ve Kuzey Afrika'da yaşayan 6 milyon kişi, Güney Asya'da yaşayan 521.8 milyon kişi, Sub-Saharan Afrika'da yaşayan 301.6 milyon kişi olmak üzere toplam 1.2 milyar kişi, günde 1 dolardan daha az gelire yaşamını sürdürüyor. Son günlerde dünyanın gözlerinin çevrildiği Afganistan'da günlük 44 cent, Etiyopya ve Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde ise 27 cent gelir elde ediliyor. www.tema.org.tr/CevreKutuphanesi/Kuresellsinma/pdf/kuresel_haberler.pdf (Erişim tarihi 11/10/2008)

ölüm oranlarında birinci sırada yer alan Siera Leone’da, her yıl beş yaş altındaki 1000 çocuktan 282’si, diğer bir deyişle dört çocuktan biri hayatını kaybetmektedir.

Dünya tarım üretiminin % 80’inini endüstrileşmiş 25 ülke gerçekleştirmekte, en yoksul 50 ülke ise tarım üretiminin sadece % 1’ini gerçekleştirmektedir. Fakir dünya lehine ciddi bir işsizlik problemi var. İnsanlar ellerinde parası olmadığı için yiyecek satın alamaz, en temel haklarından biri olan gıda ve beslenme hakkına ulaşamaz durumdadır. Dünyanın % 78’i fakir, % 11’i orta gelirli ve % 11’i zengindir. Zengin, zengin-zengin, fakir, fakir-fakir arasında kıyasıya bir yarış var. Gelişmiş ülkelerde kişi başı günde ortalama gelir (200 USD), fakir ülkelerdeki kişi başı günde ortalama gelirin 200-300 katı. Amerika Birleşik Devletleri’nde her yıl 550 milyon adet, Japonya’da 150 milyon adet Big Mac fast food tüketiliyor. Newyork’lu bir insan 13 dakika çalışarak, Tokyo’da yaşayan bir insan 10 dakika çalışarak bir Big Mac yemeğe hak kazanırken Nairobi’de yaşayan 91 dakika çalışmak zorunda kalıyor. Ekmek için de durum pek farklı değil. 1 kg ekmek almak için bir İngiliz 5 dakika çalışırken bir Çinli 42 dakika çalışıyor. Varsayalım gıda hakkı sağlanmış olsa bile “Gıda Demokrasisi” ufukta bile görünmüyor.⁵

1996 yılında yapılan Birleşmiş milletler gıda zirvesinde herkesin gıdaya ulaşmasının insan hakkı olduğu vurgulanmış; o tarihte dünya nüfusunun 840 milyonu açlıkla boğuşurken bu gün sayının 854 milyonu aştığını görmekteyiz. Yine zirvede alınan karar ile insan sayısının 2015 yılına kadar en az yarıya düşürülmesine söz verilmiş ise de; bu rakama 4 milyon insan daha eklenmiştir. Bundan sonra da bu rakamın giderek artacağı bir gerçektir. Bunun temel nedeni silahlanmaya 1 trilyon dolar ayrılırken Dünya Gıda Programı’nın aldığı toplam yardım miktarı yıllık 2 milyar 700 milyon dolardır. Karamsarlığımızı artıran diğer etmen ise gıda fiyatlarının son bir yılda Dünya genelinde ortalama % 40 civarında son üç yılda ise toplam %80 artmasıdır. Gıda fiyatlarının artması dünya üzerindeki aç nüfusunda doğru orantıda artmasını sağlarken, yapılan yardımlarında ters oranda azalmasını sağlamaktadır.⁶ O halde sorulması gereken soru gıda fiyatlarının ne-

⁵ Necdet Buzbaş “Dünya Gıda Günü”, <http://www.tugis.org/tr/articleDetail.asp?articleID=10> (Erişim tarihi 11/10/2008)

⁶ Birleşmiş Milletler (BM) önderliğinde İsviçre’nin başkenti Bern’de düzenlenen zirveden, gıda fiyatlarındaki önlenemez yükselişle mücadele için acil eylem kararı

den artmıştır. İlk başta akla gelen cevabı ise; üretimin azalması sonucu arz talep dengesi gereği fiyatların artmış olmasıdır ki akla da yatkındır. Ancak maalesef yanıt bu değildir. Şaşırtıcı olmasına karşın geçtiğimiz yıl küresel ısınmanın etkisine rağmen dünya gıda üretimi azalmamış hatta bir miktar artmıştır.

Asıl nedenler yanlış tarım ve dünya ticaret politikaları, hızla artan nüfus artışı,⁷ son dönemde keşfedilen biyo-yakıt üretimi için tarım ürünlerinin kullanılması, gıda spekülörleri olarak gösterilebilir. Yine bir başka neden de Avrupa Birliğinin, Avrupa'nın gıda fazlasını Afrika'ya ihraç ederek fiyatları düşürüyor ve bu şekilde Afrika'da tarımın ölmesini sağlaması olarak gösterilebilir. Bu nedenlerden son dönemde en öne çıkan gıda maddelerinden enerji üretme yöntemi-

çıktı. BM'ye bağlı örgütler ve Dünya Bankası yetkililerini bir araya getiren toplantının ikinci gününde konuşan BM Genel Sekreteri Ban Ki-Moon tabloyu, "Dünya yaygın ve daha önce benzeri görülmemiş ölçekte bir açlık tehlikesi, yetersiz beslenme ve sosyal huzursuzluk riski ile karşı karşıya" sözleriyle özetledi. İsviçre'deki zirveden, Dünya Bankası ile beraber gıda fiyatlarının düşmesini sağlamak için özel kuvvet kurma kararı çıktı.

Yoksullara Tehdit: BM yetkilileri, "Gıda fiyatlarındaki inanılmaz yükseliş, dünya çapında öngörülmemiş bir kriz oluşturuyor ve özellikle de şehirlerde yaşayan yoksul kişileri tehdit ediyor" yorumunda bulundu. BM'in tahminine göre artan gıda fiyatları nedeniyle dünyanın en yoksul insanları arasında yer alan 100 milyon kişi şu anda gıda yardımına muhtaç durumda. Pirinç, tahıl, yağ ve şeker gibi temel gıda maddelerinin fiyatları geçen yıl bu zamana göre en az yüzde 50 artmış durumda ve bu durum Birleşmiş Milletler'in yardım çalışmalarını da zora sokuyor.

Destek Bütçesi Yetersiz: Bu yıl 73 milyon kişinin gıda ihtiyacını karşılamayı hedefleyen Dünya Gıda Programı'nın kısa vadede fazladan 755 milyon dolara ihtiyacı var ve örgütün 2008 için önceden öngörülen bütçesi, artan fiyatları ve yükselen talebi karşılamaya yetmiyor. Dünya Bankası yetkilileri ise fakir ve hassas ülkelere yardım etmek için, hızlı bir mali yardım aracı geliştirdiklerini belirtti. Banka önümüzdeki yıl Afrika'da tarımın gelişmesi için ödemeyi planladığı miktarı ise 800 milyon dolara çıkardı.

Dünya Gıda Programı, pirinç fiyatlarındaki artış yüzünden Kamboçya'da 450 bin yoksul öğrenciye ücretsiz pirinç dağıtma faaliyetini belirsiz bir süre için askıya aldığı bildirdi. Programın Kamboçya Direktörü Thomas Keusters, "Pirinç fiyatlarındaki artışın" ülkedeki 1343 okulu etkileyecek olan bu kararı almalarındaki başlıca neden olduğunu belirtti. Keusters, örgütün, okullara dağıtılan pirincin maliyetini karşılayacak durumda olmadığını söyleyerek, okullardan bazılarının öğrencilerini doyurmak için kendi stokları bulunduğunu, ancak bu stokların da bir ay bile yetmeyeceğini kaydetti.

<http://www.haberler.com/buyuk-aclik-gorundu-bm-ozel-kuvvet-formulu-buldu-haberi/> (Erişim tarihi 08/10/2008)

⁷ BM verilerine göre dünya nüfusu her yıl 70 milyon artmaktadır.

dir. Özellikle Avrupa da diğer enerji kaynaklarının doğal olmaması ve çevreye zarar vermesi ile biyo yakıtların çevreci yanı ve ekonomik olmaları nedeni ile tahıl ürünlerinden ucuz yakıt üretimi, çığ gibi büyümektedir.⁸

Toprak tahribi ile tarım alanlarının azalması, öte yandan hızlı nüfus artışı, kişi başına düşen tarım alanı miktarını azaltmış ve gittikçe azaltacaktır. Gerçekten dünyada 1950'li yıllarda kişi başına düşen tahıl ekilen alan miktarı 0,23 ha iken, bu miktar 2000 yılında 0,11 hektara düşmüş, bunun 2050 yılında 0,07 ha olacağı tahmin edilmektedir.⁹

Dünya genelinde açlıkla mücadele de birçok kampanyalar yapılmakta hatırı sayılır rakamlar toplanmaktadır. Ancak bu yardımların açlara ulaşması çoğu zaman mümkün olmamakta, ülke halklarını sefaletle sürükleyen yönetimlerce silah parası olarak kullanılmaktadır. Bir kısım Avrupa ülkeleri ile ABD hükümetleri tarafından yapılan yardımlar gıda üretimine yönelik kullanılmadığı gibi, açlıkla mücadele eden ülkelerin dış borçlarını da kabartmakta bütçelerindeki en büyük kalemi bu borçlar oluşturmaktadır.

Ülkemizdeki duruma da kısaca bir göz atmak gerekir ise; yukarıdaki tablo kadar vahim olmasa da bizim için de tehlike çanları epeydir çalmaktadır. Ülkemizde 1927 yılında 13 milyon olan nüfus, 2000 yılında yuvarlak olarak 67 milyon olmuştur. Adrese dayalı nüfus kayıt sistemindeki son verilere göre ülkemiz nüfusunun 2007 sonu itibari ile 70. 586. 256 olduğu açıklanmıştır. Yıllık nüfus artışı hızı %2 civarında olup, nüfusun iki katına çıkma zamanı 32-33 yıldır. Hızlı nüfus artışı, su ve besin kaynaklarının sınırlı olması nedeni ile gelecekte beslenme sorunlarını ortaya çıkaracaktır Ülkemizde tarım arazilerinde erozyonla kaybedilen toprak miktarı ise yılda 500 milyon tondur. Tarım arazisinden yaklaşık olarak yılda 1800 ton/km² (18 ton/ha) toprak kaybedilmektedir. Dünyadaki toprak kaybıyla karşılaştırıldığında, erozyonla kaybedilen toprağın bizde, dünya ortalamasına kıyasla yaklaşık 5 kat

⁸ BM'nin gıda konusundaki özel raportörü Jean Ziegler; dünyada büyük miktarda biyo-yakıt üretiminin "insanlığa karşı suç" olduğu yorumunu yaptı. BM raportöre Ziegler, Fransız Devrimi'yle mukayese ederek günün birinde aç insanların zalimlere karşı ayaklanacağını düşündüğünü söyledi. www. gezegenimiz. com. (Erişim tarihi 06/10/2008)

⁹ www.tema.org.tr/CevreKutuphanesi/Kuresellsınma/pdf/EM/_Konu_12.pdf (Erişim tarihi 07/10/2008)

daha çok olduğu anlaşılmaktadır. Ülkemizde ise kişi başına düşen tahıl ekilen alan miktarı 1950’li yıllarda 1 ha iken, bu miktar 2000 yılında 0,35 hektara düşmüştür. Bu miktarın 2050 yılında 0,16 hektara düşeceği tahmin edilmektedir.¹⁰

Ülke genelinde yaklaşık 67 milyon hektarlık bir arazide toprak giderek yok olmaktadır. Erozyon büyük ölçüde tarım alanlarında yaşanmaktadır. İşlenen tarım alanların %75’inde (yaklaşık 20 milyon Ha) yoğun erozyon görülmektedir. Diğer bir anlatımla Türkiye tarım alanlarının ancak 5. 0 milyon hektarlık bölümünde erozyon yoktur. Su ve rüzgar erozyonu tüm ülke topraklarının %86. 5’inde cereyan etmekte, rüzgar erozyonu 506 bin hektarlık bir yayılımla daha çok kural iklimine sahip olan Konya ve dolaylarında görülmektedir. Türkiye’de akarsularla birlikte alandan taşınan toprak, ABD’nin 7, Avrupa’nın 17 ve Afrika’nın 22 katı daha fazla düzeydedir¹¹. Bir başka veride Türkiye’nin, kişi başına salımlar açısından en alt sıralarda olmasına rağmen, nihai enerji tüketimi başına sera gazı salımlarında AB içinde 1. sırada yer alan Belçika ile aynı değere sahip olduğu dur¹².

Yine verilere göre ülkemizde açlık sınırı altında yaşayan insanların sayısı bir milyonu aşmış durumdadır. Belki asıl neden olarak açlıktan ölümler ülkemiz de görülmesi de zaman zaman “açlık öldürdü” gibi haberler gazetelerin ilk sayfalarında yer almaktadır¹³. Birleşmiş Millet-

¹⁰ www.tema.org.tr/CevreKutuphanesi/Kuresellsinma/pdf/EM/_Konu_12.pdf (Erişim tarihi 07/10/2008)

¹¹ <http://www.tema.org.tr/CevreKutuphanesi/Erozyon/TurkiyedeErozyon.htm> (Erişim tarihi 07/10/2008)

¹² *Cumhuriyet Gazetesi*’nin 03/03/2008 tarihli nüshası.

¹³ Organlarıyla 6 kişiye hayat veren Sercan’ın ölümünün ardından bir dram çıktı. Ailenin arka arkaya üç gün aç yattıkları olmuş. İzmir Buca’da oturan 14 yaşındaki Sercan Bodruk, geçtiğimiz hafta Buca Atatürk İlköğretim Okulu’ndan çıktıktan sonra, karşıdan karşıya geçmek isterken hızla gelen bir otomobilin altında kaldı. Talihsiz kız 6 gün süren yaşam savaşını kaybedince, ailesi organlarını bağışladı. Ancak küçük Sercan’ın ölümünün ardından büyük bir dram çıktı. Annesi Durdu Doruk, inşaat işçisi olan eşi Himmet Bodruk’un düzenli iş bulamaması nedeniyle, bazen günlerce evlerine yiyecek girmediğini söyleyerek, “Akşam evde kalan son unla bir ekmek yapmıştım. Kızım akşam yemeği olarak, üzerine margarin sürdüğü 1 dilim ekmek ve bir domates yemişti. Sabah bir dilim ekmeğimiz dahi kalmamıştı. Sabahçı olan kızımı, akşam geldiğinde yine ‘margarinli ekmek hazırlama sözü’ vererek, aç aç okula gönderdim. Kızım da yoldan karşıya geçerken, açlığın neden olduğu dalgınlıkla minibüsün altında kalmış olabilir” dedi. <http://www.8sutun.com/node/58162> (Erişim tarihi 07/05/2008)

ler Dünya Gıda Programı tarafından gıda krizinin etkileyeceği ülkeler arasında ülkemiz de sayılmış ancak en az riskli ülkeler sırasında yer almıştır. Özellikle kırsal kesimde yaşayanlar, çiftçiler ve şehirlerde yaşayan fakir halkın “gıda kıtlığından en çok zarar görebilecekler” arasında olduğu anılan raporda belirtilmiştir.¹⁴

Robinson Crusoe romanının yazarı Daniel Defoe'nun “açlık, ne dost, ne akraba, ne insanlık, ne de hak tanır” sözü gerçekleşmek üzeredir. Zira Gıda krizinin sonuçları milyonlarca insanın açlık sonucu ölümü ile kalmamakta; gıda krizi nedeni ile çıkan isyanlar ve savaşlar¹⁵ da ölen insan sayısını oldukça artırmaktadır. İngiltere'nin önde gelen savunma kuruluşlarından Royal United Services Institute'ün 23 Nisan'da, yayımlanan raporunda, “İklim değişikliği ve onun sonucu gıda krizi iki

¹⁴ Forum İstanbul'un davetlisi olarak Türkiye'ye gelen 'Amerikan Bilim adamları Federasyonu' Başkanı Dr. Henry Kelly, küresel ısınma sonucu Türkiye'nin önümüzdeki dönemde önemli ölçüde kuraklıkla karşı karşıya kalacağını söyledi. *Milliyet*, 10. 05. 2007.

¹⁵ İşte dünyadaki yiyecek savaşları:

Haiti: Temel gıda maddesi pirincin yüzde 80'ini ithal eden Haiti'de, 50 kiloluk bir pirinç torbasının satış fiyatı son 1 haftada 35 dolardan 70 dolara çıktı. Halk da iki haftadır, hükümet karşıtı gösteriler için sokağa döküldü. 5 Haitili hayatını kaybetti. Gösteriler nedeniyle Başbakan Jacques Edouard Alexis, istifa etmek zorunda kaldı. .

Bangladeş: Pirinç fiyatlarının artışı protesto eden 20 bin tekstil işçisi maaşlarının yükseltilmesi için başkent Daka'da gösteri düzenledi. Gösteriyi polis müdahale edince ortalık birden savaş yerine döndü. Göstericiler, etraftaki dükkanlara ve araçlara saldırdı. Birçok araç ateşe verildi.

Mısır: 76 milyonluk ülkede nüfusun yüzde 40'ı günlük 2 dolar gelire yaşam savaşı veriyor. Fakirlik bu denli derinken, son birkaç ayda yemeklik yağ ve pirincin fiyatının iki katına, fırınlarda ekmeğin fiyatının beş katına çıkması sonrası sokağa dökülen halk polisle çatıştı, 11 kişi öldü.*

Pakistan: Tahıl fiyatları artınca, halk ambarlara saldırdı. Tahıl ambarlarının güvenliğini sağlamak için ordu alarına geçti.

Kamerun: Afrika ülkeleri Burkina Faso, Moritanya, Fildişi Sahilleri, Senegal, Etiyopya, gibi ülkelerde son aylarda gıda zamları nedeniyle yapılan gösterilerden çok sayıda insan yaşamını yitirdi. Sadece Kamerun'da 3 ayda polisle çatışan 40 kişi öldü.

Özbekistan: Özbekistan, Yemen, Bolivya ve Endonezya'da gıda fiyatlarının artışını protesto eden on binlerce insan sokağa döküldü.

<http://www.milliyet.com.tr/default.aspx?aType=SonDakika&ArticleID=516766> (Erişim tarihi 07/05/2008)

Tunus'un orta kesimlerindeki Redeyef'te, hayat pahalılığı ve işsizliği protesto eylemlerinde polis ile göstericiler arasında üç gündür şiddetli çatışmalar yaşanıyor. <http://www.borsagundem.com/haber-detay.php?id=1454> (Erişim tarihi 14/10/2008)

*dünya savaşı çapında çatışmalara yol açabilir, bir farkla ki bu çatışmalar bu kez yüzlerce yıl sürebilir*¹⁶ diyerek durumun vahametini ortaya koymuştur.

BESLENME HAKKI

Yukarıda aktarılan tabloda insani olarak yapılması gerekenler, çevresel olarak yapılması gerekenler ve ekonomik olarak yapılması gerekenlerin hepsi konuşulup tartışılabilir. Birey olarak neler yapabiliriz? Ya da Ülkelerin politikaları nasıl şekillenmeli? Bu sorun karşısında nasıl bir pozisyon almalılar? Bu konularda şimdiye kadar düzenlenen yüzlerce konferans ve çözüme yönelik yöntemler yeniden yeniden tartışılabilir. Bu noktada bizim arayacağımız sorunun yanıtı hukuki korumanın nasıl olacağıdır. Bu hukuki korumanın ulusal ve uluslar arası boyutu nasıldır? Nasıl olmalıdır?

Beslenme hakkı herkesin; yeterli, güvenli, sağlıklı gıdaya kolayca ve sürdürülebilir şekilde, ulaşma hakkını kapsar. Çağımızda sağlık ile beslenme hakkı iç içe geçmiştir. Beslenme, sosyal bir hak olan sağlık hakkıyla doğrudan ilişkilidir. Kabul gören en eski insan haklarından olan beslenme hakkı mutlaklıdır.

Haklar sınıflandırmasındaki yerine bakmak gerekir ise; birinci, ikinci ve üçüncü kuşak haklar biçiminde yapılan ayırmda, beslenme hakkının insanın tarihsel gelişimi içerisinde kazandığı ilk haklardan¹⁷ olması nedeni ile birinci kuşak haklardan olduğunu söyleyebiliriz. Beslenme hakkını gerçek haklar, şekli haklar ayırımında, gerçek hak, insan hakları, yurttaş hakları¹⁸ ayırımında insan hakkı olarak görmekteyiz.

Kişî hakları iki ana hak kategorisinden oluşur: kişinin temel haklarından (yani, her insanın sırf insan olduğu için sahip olduğu haklardan) ve yurttaşlık haklarından (yani, kişinin bir devletin yurttaşı olmasından dolayı, belirli bir devlet tarafından kişiye tanınan ekonomik, sosyal, siyasal haklardan) oluşur. Bu temel haklardan bir kısmı, kişinin insan olanaklarını gerçekleştirilmesiyle doğrudan doğruya ilgilidir. Kişilere ilişkin bazı istemlerdir bu haklar: kişilerin sırf insana

¹⁶ Ergin Yıldızoğlu, "İnsanlığın Son Yüzyılı", *Cumhuriyet Gazetesi*, 30/04/2008 .

¹⁷ Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Adalet bakanlığı yayınları Ankara 2004 s. 15.

¹⁸ A. g. e., sayfa 18.

özgü bazı etkinlikleri gerçekleştirirken, engellenmemeleri –yalnızca bunda engellenmemeleri isteminde bulunurlar. Bu istemler, kişilere verilmesi-tanınması söz konusu olmayan, ancak kişilerin kişilerde saygı göstermeleri (ya da çiğnemeleri) söz konusu olan hakları dile getirirler. Yaşam hakkı, düşünce getirme hakkı bu tür haklardır. Bu haklara “doğrudan korunan” temel haklar denir.¹⁹

Temel kişi haklarının ikinci kısmı, kişilerin insan olarak olanaklarını geliştirebilmelerinin önkoşullarıyla ilgili istemlerdir: sağlık hakkı, eğitim hakkı, çalışma hakkı gibi. Bu haklar da, her kişinin sırf insan olduğu için sahip olduğu haklardır; ama ilk grup haklara göre özellikleri şudur: bu haklar ancak dolaylı olarak, yani bir ülkede kişilere devletçe tanınan sosyal, ekonomik, siyasal haklar aracılığıyla ve çeşitli kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla korunabilen haklardır. Başka bir deyişle bu hakların korunması, devletin bunlarla ilgili görevlerini yerine getirmesini gerektirir.²⁰ Beslenme hakkı da bu kategoridedir. Diğer temel insan hakları kategorisinden ayrı olarak devletin beslenme hakkını sağlayabilmesi için edimde bulunması gerekir. Engel olmamasının ötesinde işlevi gerekir.

Dolaylı korunan kişi haklarının (sağlık hakkı, eğitim hakkı, beslenme hakkı gibi) korunma derecesinin, yurttaşlık haklarının sınırlarının nasıl çizildiğine sıkı sıkıya bağlıdır. Kişi haklarının bu iki kategorisi arasındaki kaçınılmaz ilgi, devletin, sürekli olarak çıkardığı her yasayla, kurduğu her kurumla bütün ilgili yurttaşların bu haklarının eşitçe –aynı derecede- korunabilmesini sağlamaya çalışmasını gerektirir. Çünkü kişilerin sırf insan olduklarından dolayı sahip oldukları düşünülen bu haklar, kişilerin insan olanaklarını geliştirebilmelerinin önkoşullarıdır; ama ancak dolaylı olarak –tanınan haklarla ve ilgili kurum ve kuruluşlar aracılığıyla- korunabilirler.²¹

Beslenme hakkı uluslar arası insan hakları belgelerine ilk kez 1924 yılındaki Çocuk hakları bildirgesi ile girmiştir. Bildirgede aç çocukların beslenmesi gerektiği belirtilmiştir. 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgenin 4. ilkesinde ise; sağlıklı büyüme için gerekli olan beslenme, barınma dinlenme ve oyun olanakları birlikte değerlendirilmiştir.

¹⁹ Ioanna Kuçuradi, *Uludağ Konuşmaları, Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları, Türkiye Felsefe Kurumu*, Ankara, 1997, s. 14.

²⁰ A. g. e., sayfa 16.

²¹ A. g. e., sayfa 17.

4. ilke: Çocuklar sosyal güvenlikten yararlanmalı, sağlıklı bir biçimde büyümesi için kendisine ve annesine doğum öncesi ve sonrası özel bakım ve korunma sağlanmalıdır. Çocuklara yeterli beslenme, barınma, dinlenme, oyun olanakları ile gerekli tıbbi bakım sağlanmalıdır.

İnsan haklarının gelişiminde milat kabul edilen 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ise beslenme hakkı hem bireyin kendisi için hem de ailesi için isteyebileceği bir hak olarak belirtilmiştir.

Madde 25. Yaşam standardı hakkı ve sosyal güvenlik hakkı

1- Herkes kendisinin ve ailesinin sağlığı ve iyiliği için beslenme, giyinme, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetlerden yararlanmayı da içeren yeterli bir yaşam standardı hakkına ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık durumu veya kendi iradesi dışında geçim vasıtalarından yoksun kaldığı diğer haller için bir güvenceye sahip olma hakkına sahiptir.

2- Annelik ve çocukluk özel bakımdan ve yardımdan yararlanır. İster evlilik içinde istese evlilik dışında doğmuş olsun, her çocuk aynı sosyal korumadan yararlanır

Beslenme hakkının korunmasına ilişkin en etkin ilke ise 3 Ocak 1976 tarihin de yürürlüğe giren; BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'dir. Sözleşme'nin 11. maddesinde bu günkü kriz görülmüşçesine devletlere işbirliği yapma yükümlülüğü getirilmiştir.

Madde 11. Yaşama standardı hakkı

1. Bu Sözleşmeye Tarafolan Devletler herkese, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olma sağlar. Bu standart, yeterli beslenmeyi, giyinmeyi, barınmayı ve yaşama koşullarının sürekli olarak geliştirilmesini de içerir. Taraf Devletler bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak için, kendi serbest iradelerine dayalı uluslararası işbirliğinin esas olduğunu kabul ederek, uygun tedbirleri alırlar.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, açlıktan kurtulmanın herkes için temel bir hak olduğunu kabul ederek, kendi başlarına ve uluslararası işbirliği yoluyla, özel programlar da dahil, aşağıdakiler için gerekli olan tedbirleri alır:

a) Teknik ve bilimsel bilgiyi tam olarak kullanarak, beslenme prensipleri ile ilgili bilgileri duyurarak ve doğal kaynakların etkili bir biçimde geliştirilmesini ve kullanımını sağlayacak bir yolla tarım sistemlerini ilerleterek veya reform yaparak, üretme, üretilenleri saklama ve dağıtma yöntemlerini geliştirmek;

b) Yeryüzündeki besin kaynaklarının ihtiyaçlara göre eşit dağıtılmasını sağlamak için, gıda ihraç eden ve gıda ithal eden ülkelerin sorunlarını dikkate almak.

1974 BM Açlık ve Sefaletin Ortadan Kaldırılmasına dair Evrensel Bildiri de, 1981 Anne Sütü Muadillerinin Pazarlanmasıyla İlgili Uluslararası Yasa'da, 1986 Kalkınma Hakkı Bildirgesi'nin 8. maddesinde, 1989 Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de, 1990 Çocukların Yaşatılmaları, Korunmaları ve Geliştirilmelerine Yönelik Dünya Bildirgesi ve Eylem Planı'nda, gıda hakkına ilişkin hükümler bulunmaktadır. 1992 yılında gerçekleştirilen Uluslararası Beslenme Konferansı ve 1996 yılında gerçekleştirilen Dünya Besin Zirvesi'nde, gıda hakkı ile ilgili kararlar alınmıştır. Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Teşkilatı (FAO) konseyi tarafından 2004 yılında gıda yönergesi kabul edilmiştir. Bu yönerge gıda hakkının uygulanabilmesi için atılması gereken somut adımları belirlemekte yol haritası çıkartmaktadır. Üye ülkelere açlık ve yoksullukla mücadele de tavsiyelerde bulunmaktadır. Yine gıda hakkı Amerika İnsan Hakları Bildirgeleri ile Afrika İnsan Hakları Belgeleri'nde yer bulmuştur. Buna karşın beslenme hakkının uluslar arası belgelerde hak ettiği yeri aldığını söylemek mümkün değildir.

XX. yüzyılın en önemli başarısı, insan hakları fikrini ön plâna getirmesidir. İkinci Dünya Savaşından sonra ön plâna çıkmaya başlayan insan hakları, yüzyılın sonlarına doğru moda haline gelmiş, moda olunca da kavramın içi boşalmaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak insan hakları sayılanların sayısında bir enflasyon, uluslararası kuruluşlarca kabul edilen insan hakları belgelerinde de gitgide artan bir kavram kargaşası gözleniyor. İnsan haklarından bunca söz edilmesine rağmen, insan hakları ihlalleri birçok ülkede ve uluslararası ilişkilerde pervasızca devam ediyor; yapılan hukuksal düzenlemeler de insan haklarıyla bağlantılanarak yapılmıyor. Yani insan hakları için yaratacakları sonuçlar hesaba katılmıyor. Bunların en temel nedeni, insan haklarının ne olduğuna ilişkin bilgi eksikliğidir.²²

Kavram kargaşası giderek artıyor baktığınızda insan hakkı olarak değerlendirilemeyecek haklar bile insan hakları kategorisinin de değerlendirilip aynı korumaya tabii tutulabiliyor. Örneğin mülki-

²² www.inhak-bb.adalet.gov.tr/dkaynak/dkaynak.htm-74k
(Erişim tarihi 10/05/2008)

yet hakkının kişi ye sıkı sıkıya bağlı olduğunu söylemek güçtür. Zira tapu hakkı için de aynı şey geçerlidir. Azınlık haklarının ise bireylerden çok toplulukları ilgilendirdiği eleştirisi yapılabilir. Yine yaşam hakkı ile seçme seçilme hakkının her ikisinin de insan hakkı olduğunun söylenmesi aynı korumadan yararlanacağını söyleyemeyecektir. Bu anlamda beslenme hakkının da gerçek anlamda insan hakkı olduğunu ve en üst derecede korunması gerektiğini söyleyebiliriz.

Yukarıda da değinildiği üzere XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren “*insan haklar*” kavramı “*demokrasi*” kavramı ile birlikte yüzyıla damgasını vurmuştur. Bundaki en önemli faktör İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’dir. Zira BM İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinden farklı olarak getirilen sistem ile sözleşmeye taraf ülkeler, bireyin uluslararası hukukta hak sahibi olabilmesini kabul etmişlerdir. Böylelikle insan haklarının çiğnendiği iddiasıyla birey, devlet karşısında haklarını uluslararası yargıya taşıyacaktır. Avrupa İnsan hakları sözleşmesinin getirdiği sistem Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan ve Halk Hakları Sözleşmesi gibi bölgesel antlaşmalara da örnek olmuştur.²³

Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin(AİHS) koruduğu hakların hangileri olduğunun önemi bir kat daha artacaktır. Avrupa Konseyi’ne üye 47 ülkede yaşayan 800 milyonu aşkın insan bu haklara kavuşacak ihlalini düşündüğünde ise bunu sözleşme ile kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine(AİHM) taşıyabilecektir. Sözleşme çok önemli insan haklarını içermektedir. Yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı en başta sayılabilir. Bunun yanı sıra dernek kurma hakkı, mülkiyet hakkı, serbest seçim hakkı, eşler arasında eşitlik hakkı gibi hakları da barındırmaktadır. Bu hakların insan hakkı olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak en azından birinci kuşak insan hakkı olmadıkları aşikardır. Buna karşın kurulan korumadan yararlanırlar. Ancak Beslenme hakkı gibi çok önemli olan bir hak sözleşme de bulunmamaktadır. Bu yüzden de yukarıda belirtilen korumadan yararlanamaz. Yani Avrupa konseyine üye ülke vatandaşı transseksüel olduğu için ayrıma tabi tutulduğunu belirterek AİHM ne

²³ A. Feyyaz Gölcüklü. / A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan yayınları 4. Bası Ankara 2003 s. 27.

gidebilir.²⁴ Ya da garson bahşişlerinin AİHS ne ek 1 protokol 1. maddede ki mülkiyet hakkına aykırı olduğunu öne sürebilir.²⁵ Hatta 800 milyon aşkın insandan herhangi biri oturduğu site deki kablolu yayını alamama nedeni ile ifade özgürlüğünün sekteye uğradığını belirterek bu çok önemli! Sorununu AİHM önüne götürebilir.²⁶ Ancak açlık çektiklerini yeterli beslenemediklerini belirterek AİHM ne gidemezler.

Sözleşme salt üye ülke vatandaşlarını korumakla kalmaz Sözleşme'ye taraf olmayan üçüncü devlet vatandaşlarının ve hatta vatansız olan kişilerin de temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alır. Kişi bakımından sözleşmenin uygulanmasını mahkeme geniş yorumlamaktadır. Örneğin Jabari davasında²⁷ bunu görmekteyiz. İran Vatandaşı olan Bayan Jabari ülkesinde evlilik dışı cinsel ilişkiye girmiş ve Türkiye'ye yasa dışı yollarla girmiştir. İran'a iade edilmesi durumunda taşlanarak öldürülecektir. Sığınma talebinin kabul edilmemesi üzerine AİHM'ye müracaat etmiştir. AİHM Bayan Jabari İran vatandaşı olmasına karşın, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Peki, Bayan Jabari ülkesinde aç kaldığını bu yüzden gitmek istemediğini belirtse idi aynı karar çıkacak mı idi? Bu sorunun yanıtını olumlu vermek güç. Öte yandan AİHS'nin koruduğu haklar üye ülkelerin iç hukukuna da yansıyor gelişmektedir. Beslenme hakkı Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi ile korunmadığı için, iç hukuklara yansması da olmamaktadır. Dolayısı ile bu korumadan da söz etmek mümkün değildir. İşte bu nedenledir ki Afrika ve Bir kısım Asya ülkelerinden, Avrupa ülkelerine giden göçmenler, açlık nedeni ile gittiğini, yoksulluk nedeni ile ülkesini terk etmek zorunda kaldığını, beyan etmemekte, cinselliğini yaşayamadığını, ya da ülkesinde düşünce özgürlüğünü kullanamadığını veya ayrımcılığa tabii tutulduğunu belirtmekte, bu gerekçelerle sığınma talebinde bulunmaktadırlar. Açlık nedeni ile geldiklerini belirtenler yeniden ülkesine gönderilmekte, hatta bazen İtalya'nın yaptığı gibi, Akdeniz deki mülteci gemilerine ateş dahi edilmektedir.

Beslenme hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile üye ülke vatandaş-

²⁴ B. /Fransa Başvuru No: 13343/87 25/03/1992, Van Oosterwijk/ Belçika Başvuru No: 7654/76 06/11/0980, Rees/ Birleşik Krallık Başvuru No: 9532/81 17/10/1986

²⁵ Nevre Ve Diğerleri/ Birleşik Krallık Başvuru No: 42295/98 24/09/2002

²⁶ Informationsverein Lentia/ Avusturya Başvuru No: 37093/97 28/11/2002

²⁷ Jabari/ Türkiye Başvuru No: 40035/98 11/07/2000

larının hiçbir şekilde AİHM'ye müracaat edemeyeceğini söylemek de doğru olmasa gerekir. Zira Sözleşme'nin 2 maddesindeki yaşam hakkı ile sözleşmenin 3. maddesindeki işkence yasağı sözleşmeye taraf devletlere yaşamı koruma pozitif yükümlülüğü getirir. Üye Devlet öldürmeme ve işkence yapmama yükümlülüğünü yerine getirmekle kalmayacak, sorumluluk alanındaki insanların yaşamlarını korumak için de pozitif görev yüklenecektir.²⁸ İşte bu nedenlerle bireyler beslenme hakkının korunmaması, açlık çekmeleri nedeni ile ölüm riski ile karşı karşıya kaldıklarını ya da yaşadıkları bu durumun yani açlık ve yoksulluğun insanlık dışı yada onur kırıcı bir durum olduğu devletin bu anlamda üzerine düşen görevleri yapmadığı iddiası ile AİHM'ye gidebilirler.²⁹

²⁸ Mahkeme devletlerin yaşamı koruma konusunda pozitif yükümlülüğünü Pretty/ Birleşik Krallık (Başvuru No: 2346/02 29/04/2002) kararında bir kez daha açıklamıştır. İyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanan bayan Pretty yaşadığı günlerin işkence dolu olduğunu felç durumu ve tüple beslenmesinin ıstırap verdiğini yaşam hakkının içerisinde ölüm hakkının da olduğunu kendisinin tek başına intiharı bile gerçekleştirmesinin mümkün olmadığını bu nedenle eşi tarafından öldürülmesini istediğini, bu öldürmeden ötürü eşi hakkında ceza soruşturması açılmamasını istemiş buna karşın mahkeme "2. maddenin yaşama hakkını, Sözleşme'deki diğer hakların kullanılmasını hükümsüz kılmayacak şekilde tanımış olduğunu hatırlatır. Sözleşme'nin 2. maddesi sadece kasten öldürmeleri değil, ama aynı zamanda istenmediği halde ölümle sonuçlanan güç kullanılmasına izin verilen durumları da kapsar. Mahkeme ayrıca Sözleşme'nin 2(1). fıkrasının devlete sadece kasten veya hukuka aykırı olarak öldürmekten kaçınma değil, ama ayrıca kendi egemenlik yetkisi içinde bulunanların yaşamlarını koruyucu gerekli tedbirleri de alma yükümlülüğü yüklediğini belirtmiştir. Bu yükümlülük ayrıca, yaşamı başka bir kişinin suç fiillerinin tehdidi altında olan bir bireyi korumak için yetkililer tarafından önleyici operasyonel tedbirler alınması şeklinde pozitif yükümlülüğe de içerir. Mahkeme'nin bu alandaki içtihatları, devletin yaşamı koruma yükümlülüğü üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu koşullarda Mahkeme, "yaşama hakkı" nı güvence altına alan Sözleşme'nin 2. maddesinin olumsuz bir yönü içerdiği şeklinde yorumlanabileceğine ikna olmamıştır. Sözleşme'nin 2. maddesinin dili tahrif edilmedikçe, tam tersi bir hakkı yani ölme hakkını verdiği şeklinde yorumlanamaz; bu madde, bir bireye yaşamak yerine ölmeyi seçme anlamında bir irade özgürlüğü hakkı da yaratmaz " demiştir. yine 3. maddeye ilişkin "...Bununla birlikte başvuruçunun ileri sürdüğü devletin pozitif yükümlülüğü, devletin yaşamı sonlandırmaya yönelik eylemler üzerindeki yaptırımını kaldırmasını gerektirecektir ki böyle bir yükümlülük 3. maddeden çıkarsanamaz." demiştir.

²⁹ Bu çalışma esnasında AİHM'nin kararlarının birçoğu gözden geçirilmiş ancak bu nedenle şimdiye kadar bir başvuruya rastlanmamıştır. Çok değerli Hocam ve Ülkemizde İnsan Hakları Eğitimi denince ilk akla gelen kişi olan ve bu alanda hiç kimseden yardımlarını esirgemeyen Sayın Prof. Dr. Osman Doğru ile yazışmamızda kendisi de salt açlık nedeni ile bir başvuru hatırlamadığını belirtmiştir.

Gıda hakkının başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere tam uluslar arası sözleşmelerde etkin bir şekilde bulunması için gayretler de devam etmektedir. "Yoksullar Gıda Yardımının Nesnesi Değil Gıda Hakkının Öznesidir."³⁰ Parolası ile BM Gıda ve Tarım Teşkilatı (FAO) her yıl kutlanan gıda gününü 2007 yılında gıda hakkına ayırmış, Dünya genelinde çeşitli toplantılar düzenlemiştir.

Ulusal boyuttaki duruma ülkemiz özelinde bakmak gerekir ise; beslenme hakkı bir çok ülke anayasasında ekonomik ve sosyal bir hak olarak değerlendirilmiş, devletler gıda hakkına ilişkin yükümlülükleri, çok da fazla üzerlerine almamışlardır. 1982 Anayasamız da böyledir. Her zaman 1961 Anayasası ile karşılaştırılan 1982 Anayasası bu alanda da sınıfta kalmıştır. Zira 1961 Anayasası'nın 52. maddesinde, devlete, halkın gereği gibi beslenmesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. 1982 Anayasası'nın da ise beslenme hakkına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bazı hukukçular beslenme hakkını 17. madde deki yaşama hakkı ile 56. maddede ki sağlık hakkı kapsamında değerlendirmektedirler. Bunların da ötesinde "değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek olan" Anayasa'nın 2. maddesi "Sosyal Devleti" Cumhuriyetin niteliği olarak saymıştır. Türkiye Cumhuriyeti nasıl ki bir hukuk devleti ise nasıl ki Laik bir devlet ise aynı zamanda sosyal bir devlettir de.

Buna karşın "sosyal devlet" ilkesinin tam anlamı ile Anayasa'dan çıkıp hayatın tüm alanına, özellikle de; gıda güvencesi açısından geçtiğini söylemek güçtür. Tutuklu ve hükümlüler ile yatılı olarak hastanelerin sağlık hizmetinden yararlananlarla ilgili bir koruma mevcuttur. Yine 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu uyarınca korunmaya muhtaç çocukların beslenme hakkından yararlandıklarını söylemek mümkündür. Bu konuda tüm ülkelere öncülük etme zorunluluğumuzu ise tarihten almaktayız. Genç Cumhuriyetin Kurucusu Ulu Önder'e yurt gezilerinden birinde "Cumhuriyet nedir?" diye soran köylü vatandaşa Büyük Gazi "Cumhuriyet kimsesizlerin kimsesidir." diye yanıt vermiştir. Cumhuriyetin bu tanımını belki de bugün hayata geçirmek zamanlama açısından çok da iyi olacaktır.

³⁰ "Yoksullar Gıda Yardımının Nesnesi Değil Gıda Hakkının Öznesidir", *Dünya Gıda Dergisi*, Ekim 2007.

6762 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU VE

TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI KAPSAMINDA

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU VE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU - I

Levent UYSAL*

GİRİŞ

Küreselleşen ve kapitalist dünya ile birlikte, gelişen teknolojik gelişmeler ekonomiye yön vermekte ve ekonomik işletmeleri, bunların yapısını, yönetim şekillerini ve hatta yöneticilerini etkileyip değiştirmektedir. İşte dünya ekonomik düzenindeki bu gelişmeler, sosyal bilimlerin bir dalı olan hukuku da yakından ilgilendirmekte ve bu düzlemde hukuk, her geçen gün kendini yenilemekte ve geliştirmektedir.

Bu dünya düzeni içinde günümüzde adeta küçük sermaye grupları, esnaf işletmeleri... vb. işletmelerin yaşam şansı giderek azalmakta ve buna münhasır, bu işletmelerde ekonomik yaşantılarına devam etmek için; büyük sermaye gruplarına ortak olmakta veya olmayı düşünmekte ve hatta esnaf ve küçük işletmeler kendi aralarında işletme evlilikleri yaparak piyasada tutunmaya çalışmaktadırlar. İşte bu evliliklerin de en pratik ve en güvenilir yolu uygulamada *anonim ortaklık* kurmak olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü tek başlarına anlam ifade etmeyen ve kapitalist ekonomik düzende yok olmaya mahkum sermaye gruplarına yaşam şansı vermektedir. Fakat bu küçük sermayenin, ekonomik işbirliği ve kazanca katılmasının devam edebilmesi; hem ortak olmayı düşündükleri, hem de birleşerek kurmayı düşündükleri şirketlerin müesseseseleşmiş güvenine bağlı olmaktadır. Şirketlere yönelik bu güveni sağlamanın yolu da elbette, şirketlerin Yönetim ve Denetim organlarını güçlendirmek, bu organların sorumlulukları artırmak

* Av., İstanbul Barosu.

ve tabii ki bu sorumlulukları artırırken de ölçüyü kaçırmamaktan geçmektedir. Aksi durumda yönetim ve denetim organları üyeleri sorumluktan kurtulma yolları arayacaklardır ki bu güven sağlamanın aksine sermaye şirketlerine olan güveni azaltacak bir durumdur.

SINIRLAMA

Ticaret Ortaklıkları, holding ortaklıkları... vb ortaklıkların bir organı olarak Yönetim Kurulu ortaklıklar hukukunun vazgeçilmez ve ortak organı niteliğindedir. Ancak benim bu çalışmamdaki temel amacım yönetim kurulu ve üyelerinin sorumluluğunu özellikle büyük sermayenin birleştiği, ekonominin temelini oluşturan anonim ortaklıklar bir diğer adıyla anonim şirketler açısından değerlendirip, irdeleyip, inceleyeceğim.

Bu kapsamda çalışmamın bilimselliği yönünden de konuyla ilgili mevzuatımızdaki (TTK) durum, bu mevzuatımızdaki eksiklikler ve bunlara bakışım, eleştirilerim, doktrin değerlendirmeleri, gerekli gördüğüm durumlarda, ileride TBMM'ye yasalaşması için sunulacak ve hala üzerinde tartışılan TTK Tasarısı'nın konumuza getirdiği yeni düzenlemeler, bu tasarıdaki eksiklikler, önerilerim ve doktrin önerilerine yer verilecektir. Ayrıca yeri geldiğinde yargı kararlarına da yer verilerek konumuz uygulama açısından da tetkik edilip, eski ve yeni Yargıtay HD ve Yargıtay GK Kararlarına yer verilerek konumuz ayrıntılı, açıklayıcı, yön gösterici bir şekilde irdelenecektir.

İNCELEME YÖNTEMİ

Çalışmamın birinci bölümü yönetim kurulu ve yapısına, ikinci bölümü ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ayrılmıştır.

Birinci bölümde yönetim kurulu anlamında; yönetim kurulunun hukuki niteliği, oluşturulması, üyelerinin seçimi, sayıları belirlenecek, yönetim kurulu üyesi olabilmenin şartları, üyeliğin kazanılması ve kaybedilmesi, üyelerin hukuki durumu, görev süresi, azledilmeleri, üyelikteki boşalmada başvurulacak yöntem gibi konularla, yönetim kurulunun görev ve yetkileri, kurulun teşkilat yapısı, çalışma düzeni, görevlerin üyeler arasında taksimi ve murahhaslara bırakılması, üyelerin hak ve borçları ... vb konular incelenip ele alınacak,

İkinci bölümde ise; yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu kapsamında; üyelerin sorumluluklarının nitelikleri, hangi hallerde sorumluluğun doğacağı, sorumluluk halinde kimlerin dava açma hakkının olduğu, açılacak sorumluluk davaları ve bu davaların nerede nasıl açılacağı, hangi usul hükümlerine uyulacağı, kamu borçlarından sorumlu olup olmadıkları ve sorumluluğun sona erme halleri gibi konular incelenmiş ve son olarak da müdürlerin sorumluluğu gibi konulara değinilmiştir.

Tüm bu konular mevzuatımız olan Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) düzenlemeleri, gerek duyduğum durumda kanun tasarısı halindeki Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın (TTKTas) getirdiği yenilikler ele alınarak bu tasarı ve mevzuattaki eleştirilere yer verilerek, doktrinin görüşleri de belirtilerek ve örnek gördüğüm ve uygulamada önemlilik arz eden yargı kararlarına da yer verilerek irdelenmiş ve kaleme alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. YÖNETİM KURULUNUN ORGAN NİTELİĞİ

Tüzel kişilerin medeni haklarını kullanabilmeleri için, organlara sahip olmaları gerekir (MK m. 47). Tüzel kişinin iradesi bu organlar vasıtasıyla açıklanır (MK m. 48). MK m. 48'in de ifade ettiği gibi organ, tüzel kişinin iradesini açıklayan bir parçasıdır ve bu bağıllık nedeni ile kendi iradesini açıklayan, kendi faaliyetinde bulunan temsilciden ayrılır.¹

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu; açıkça belirtilmese de TTK m. 317'nin MK m. 47 ve m. 48 göz önüne alınarak değerlendirilmesi sonucu organ sıfatına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim TTK m. 317;

"...Anonim şirket idare meclisi tarafından idare ve temsil olunur." demektedir. Nitekim burada yönetim kurulunun, anonim ortakta iç ilişkide idare işlerini, dış ilişkide temsil yetkisini yapmakla görevli organ olduğunu belirtmektedir.

¹ Helvacı Mehmet Doç. Dr., *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, Beta, İkinci Bası, İstanbul 2001, s. 29; Öztan, Bilge, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fillerinden Sorumluluk*, s. 86, Ankara 1970.

Organ kavramı bilindiği üzere soyut bir kavramdır ve bunun tanımını kanunen de yoktur. İşte bu kavramın içeriğini yönetim kurulunda, bu kurulun üyeleri doldurmaktadır. İşte bu sebeptendir ki anonim şirketle yönetim kurulu arasında bir sözleşme ilişkisi değil bir organik bağ söz konusu olmaktadır.²

Bu organik bağ ana sözleşmede özel bir hüküm yoksa vekalet akdi ile sağlanmaktadır. Ancak anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyesi sözleşmenin niteliğini serbestçe tayin edebileceklerdir. Hizmet akdi de koşullar mucibinde söz konusu olabilmektedir.

Ayrıca HGK 15.01.1964 tarih ve 600-T/55 sayılı bir kararında;

"... Anonim ortaklık olan bir bankanın esas mukavelesine banka müdürü bankanın organıdır. MK'nın 48. maddesi uyarınca tüzel kişiler organları eliyle iradelerini açığa vururlar. Bu hüküm TTK'nın 138. maddesine göre ticaret ortaklıkları hakkında da uygulanır. Organ olan banka müdürünün avukat olmasa bile bankayı mahkemede temsile yetkisi vardır." demiştir.³

II. YÖNETİM KURULUNUN YETKİ VE GÖREVLERİ

Yönetim kurulunun kurul olarak görev ve yetkileri kanundan veya sözleşmeden doğar. Yönetim kuruluna ortaklık sözleşmesiyle kanunda öngörülenlerin dışında verilen çeşitli görevler kurul için aynı zamanda bir yetkiyi ifade eder.⁴ Belirtildiği üzere görev ve yetkileri yönetim kurulu topluca yani kurul olarak kullanacaktır ancak istisnai bazı işlerde üyelere bireysel yetkiler de verilmiştir.

Anonim ortaklık yönetim kurulunun yetki ve görevleri genel çerçeve ile Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilmekle birlikte bazı özel

² Pulaşlı, Hasan Prof. Dr., *Şirketler Hukuku Temel Esaslar*, Karahan Kitapevi, Seyhan-Adana 2004, s. 275; Yönetim Kurulu ile A.Ş. arasındaki ilişkinin vekalet aktine mi yoksa hizmet akdine mi dayandığı tartışmalıdır. Bkz. Arslanlı, Halil, *Anonim Şirketler*, Cilt: II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960; Atan T., *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti*, Ankara 1967, s. 12.

³ Moroğlu/ Kendigelen, *Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Beta-İstanbul 2004, s. 136; *Ankara Baro Dergisi*, 1964, Sayı:4, s. 423.

⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 10. Bası, Arıkan, İstanbul 2005, s. 297.

kanunlarda da yönetim kuruluna yetki ve görevler verilmiştir. Özel kanunlardaki bu düzenlemeler daha çok kurulun yetkilerinin genişletilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda Sermaye Piyasası Kanunu Yönetim Kurulu'na özel ve geniş görev ve yetkiler vermektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nda Yönetim Kuruluna Verilen yetki ve Görevler

- *TTK m. 317*; ortaklığı yönetmek ve temsil etmek. Yönetim; ortaklık iç ilişkisinde, temsil ise ortaklık dış ilişkisinde söz konusu olmaktadır. Yine *TTK m. 328'*de ortaklığın; memur, çalışan, temsilcisinin atanması ve azledilmeleri de ana sözleşmede aksi öngörülmemişse yönetim kuruluna aittir. Bu işte yönetim kapsamın içindedir.

- *TTK m. 365*; genel kurulu (GK) olağan veya olağanüstü toplantıya çağırarak,

- *TTK m. 369*; GK toplantı gündemini hazırlamak,

- *TTK m. 375*; GK tutanaklarını ve hazirun cetvelini hazırlamak,

- *TTK m. 325, 326, 327*; ortaklık hesap ve defterlerinin tutulması, yönetim kurulu yıllık faaliyet raporunun kar ve zarar hesabınca, kar dağıtımına ilişkin tekliflerin hazırlanması,

- *TTK m. 324*; şirket esas sermayesinin kısmen veya tamamen kaybedilmesi halinde kanunda belirtilen işleri yapmak, bu kapsamda ortaklık esas sermayesi yarısı oranında azalmışsa YK derhal toplanıp durumu genel kurula bildirecek. Yine ortaklıkla ilgili aciz halinde şüphesi uyandıran emareler varsa ara bilanço hazırlayarak durumdan genel kurulu haberdar etmek YK'nın görevidir. Ortaklığın aktifleri borçlarını karşılamaya yeterli değilse, yönetim kurulu İİK m. 345 gereği; mahkemeye başvurarak ortaklığın iflasını istemekle mükelleftir. Bu yükümlülükler aksi davranışlar cezai müeyyideye tabidir.

- *TTK m. 392*; şirket esas sermayesinin artırılması için ayın sermaye getirildiğinde bu ayına değer biçmek, *TTK m. 394* kapsamında yine sermaye artırımında yeni çıkarılan paylar üzerinde, mevcut ortakların rüçhan haklarını kullanmalarını sağlamak,

- *TTK m. 386* şirket esas sözleşmesinin değiştirilmesi halinde, Sa-

nayi ve Ticaret Bakanlığı'ndan ön izin alınması,

- TTK m. 336; genel kurulun almış olduğu kararları uygulamak,

- TTK m. 38; genel kurul kararlarına karşı gerekli durumlarda iptal davası açmak,

- TTK m. 418; nama yazılı pay senetlerinin devrini onaylamak ve bundan imtina etmek,

-Tescil ve ilan görevi de kanunun emrettiği hallerde yönetim kurula aittir.

- Ortaklığın sona ermesi ve tasfiyesi halinde TTK m. 445, 451, b. 1 ve 454'te öngörülen işlemler ile tasfiye memuru bulunmayan hallerde TTK m. 441 gereği tasfiye memuru sıfatıyla şirket malvarlığının tasfiye işlemlerinin yapılması,

... gibi işlemler sayılabilecektir.

Yönetim kurulunun kullanacağı yukarıdaki yetki ve görevlere karşılık, bazı görev ve yetkiler bireysel olup, her bir üye bunları tek başına kullanabilir. Örneğin; yolsuzluk olup olmadığını inceleme ve şayet varsa denetçilere ihbar etme (TTK m. 308, 337...vd), uygulanması kişisel sorumluluk doğuracak genel kurul kararlarının iptalini dava etme (TTK m. 381, b.2), sorumluluktan kurtulmak için kararlara muhalif kalıp bunu zapta yazdırarak denetçilere bildirme (TTK m. 338), yönetim kurulunun toplantıya çağırılması için başkandan talepte bulunma (TTK m. 331/II), bilgi isteme (TTK m. 331/I) gibi.⁵

Sermaye Piyasası Kanunu'nda Öngörülen Özel Yetkiler

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) getirdiği yeni kurumlar yönetim kurulunun yetkilerini genişletmiştir. Bu genişletme önemli niteliktedir. İşte yönetim kuruluna devredilebilen yetkiler;

Klasik anonim ortaklıklarda genel kurulun münhasır yetkisine giren *ortaklık esas sermayesini artırma* yetkisi SerPK m. 12 ile "*kayıtlı sermaye*" sistemini kabul etmiş "*menkul kıymetleri halka arz olunan*" anonim ortaklıklarda yönetim kuruluna verilmiştir. SerPK m. 12. V ile de *imtiyazlı hisse senedi çıkarma* yetkisi de bu tür anonim ortaklıklarda ortaklık

⁵ Bahtiyar, Mehmet Doç. Dr., *Ortaklıklar Hukuku*, 1. Bası, Beta, İstanbul 2005, s. 119.

ana sözleşmesine konulacak hükümle yönetim kuruluna verilebiliyor-ken, *itibari değerinin üzerinden hisse senedi çıkarma*, pay sahiplerinin *rüşhan haklarını sınırlandırma* veya *imtiyazlı hisse sahiplerinin haklarını kısıtlama* yetkileri ve TTK'da yine genel kurula ait yetki olan tahvil çıkarma yetkisi de SerPK m. 13 son f. İle bu tür ortaklıklarda ana sözleşmeye konulacak hükümle yönetim kuruluna tanınabilmektedir.⁶

A. Yönetim Yetkisi ve Görevi

Anonim ortaklıklarda yönetim yetki ve görevinin asıl sahibi yönetim kuruldur. Bu sebeptir ki; işletmenin konusu sınırlarında kalmak koşuluyla; esas sözleşme ile genel kurula verilen ve münhasıran genel kurula ait olan yetki ve görevler (yönetim ve denetim kurulunun seçimi ve azli, ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi, ortaklığın hesaplarının onaylanması ... vb.) dışında kalan yönetime ilişkin tüm yetkiler yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulunun bu yetkisi ortaklık ana sözleşmesi ile daraltılabilir veya genişletilebilecektir.

TTK tasarısı; madde 374'te; *yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir. Demektedir*

Ancak buradaki; *"...genel kurulun yetkisinde..."* ibaresinin yerine, *"...genel kurulun münhasır yetkisinde..."* ibaresinin getirilmesi gerektiği aşikardır.⁷

Yönetim, ortaklık iş ve ilişkilerinin yürütülmesinin yanında, ortaklık ile ortaklar arasındaki ilişkileri düzenleyen, kanun ve ana sözleşme hükümlerinin öngördüğü görev ve yetkileri de kapsar. Ortaklık iş ve ilişkilerinin yürütülmesine örnek olarak; gündelik işlerin yapılması, memur ve müstahdemlerin atanması, ticari temsilcilerin atanması ve azli, defterlerin tutulması, yazışmaların yürütülmesi, tebligat yapılması ve kabul edilmesi verilebilir. Ortaklık ile ortaklar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesine örnek olarak da, GK'yı davet, toplantı hazırlık-

⁶ Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 296; Proy/Tekinalp/Çamoğlu, *a. g. e.*, s. 298.

⁷ Moroğlu, Erdoğan Prof. Dr., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, Ekim 2007, İstanbul, s. 170.

ları yapılması, tutanak ve cetvellerin düzenlenmesi, rüçhan haklarının kullandırılması, nama yazılı pay devrine izin verilmesi, ortaklara bilgi verilmesi verilebilir.⁸

Yönetim kurulu bu iç ilişkide ortaklığın işleyişini devam ettirirken, aynı zamanda ortaklığın amacına ve hedeflerine ulaşması içinde gerekli kararları almakla görevlidir. Bu yetkilerin amacı budur.

TTK tasarısı m. 375'te devredilmez görev ve yetkiler şu şekilde düzenlenmiştir:

“Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri şunlardır:

a. Şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi.

b. Şirket örgütünün belirlenmesi.

c. Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal plânlama için gerekli düzenin kurulması.

d. Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları.

e. Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönetmeliklere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi.

f. Pay, karar ve genel kurul tutanak defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi.

*g. Borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması”.*⁹

1. YÖNETİM HAKKININ KULLANILMASI

Yönetim yetki ve görevlerinin bir kısmı herhangi bir karar olmaksızın, doğrudan doğruya kullanılabilirken, ortaklık iş ve ilişkileri-

⁸ Bahtiyar, Mehmet, *a. g. e.*, s. 120.

⁹ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tktasarisi.htm>

nin yürütülmesi kapsamındaki şirketin memur ve müstahdemlerinin atanması, ticari mümessil tayin edilmesi... gibi bazı yetkiler esas sözleşmede aksine hüküm yoksa yönetim kurulunun yetkisine girer.

a. YK Toplantısı

Yönetim kurulu bir kurul organdır. Dolayısıyla görevlerini de kurul halinde yerine getirirken, yönetim yetkilerini de kurul halinde alır.

TTK tasarısı madde 359'da; *"Anonim şirketin... bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur"* demekle;

Kurul niteliğini kabul etmekle birlikte bir kişinin tek başına üye olduğunda kuruldan nasıl bahsedilebilecektir, bu madde düzenlenmelidir. Bu düzenleme de tek üye olduğunda yöneticiden, birden fazla üye söz konusu ise kuruldan bahsedilmeli ve maddeye böyle işlenmelidir.

Yönetim kurulu toplantılarına katılmak, oy kullanmak, görüş açıklamak her üye için hem bir yükümlülük hem de bir haktır.

İş bölümü; YK her yıl bir başkan ve bir başkan vekilini üyeleri arasından seçer. Vekil başkan olmadığında ona vekalet eder (TTK m. 318).

TTK Tasarısı m. 366'da yeni bir düzenleme getirilerek; *"Esas sözleşmede, başkanın ve başkan vekilinin veya bunlardan birinin, genel kurul tarafından seçilmesi öngörülebilir."* Hükmü getirilmiştir.

Çağrı; Yönetim kurulunu toplantıya, başkan veya başkan vekili çağırır. Yine kurul üyelerinden her biri de başkan veya başkan vekiline yazılı olarak başvurup, kurulun toplantıya çağrılmasının talep edebilir (TTK m. 331, f.2). İşte bu toplantıya çağrı yapan; başkan, başkan vekili veya çağrı yapılmasını isteyen YK üyesi çağrı talebinde görüşülmesini istediği konu veya konuları belirtecek yani toplantı gündemini de bildirecektir. Ancak belirtmek gerekir ki yönetim kurulu toplantılarında gündeme bağlılık yoktur, gündemde olmayan konularla ilgilide karar alınabilir. Gündeme bağlılık ortaklık Genel Kurul toplantısında söz konusudur.

Çağrının nasıl yapılacağına ilişkin kanunda bir hüküm yoktur. Dolayısıyla mühim olan ispat kavramıdır. Çağrının yapıldığının ispatı önemli olduğundan herhalde çağrı yapılabilir. Yani şekle bağlılık yok-

tur. Dolayısıyla; mektup, telgraf, imza karşılığı elden tebligat, hatta telefon ve karşı tarafın okuduğunun kanıtlanabilmesi koşuluyla e-mail yoluyla da yapılabilecektir.

Toplantı bildiriminin; bütün üyelerin rahatlıkla toplantıda hazır bulunabilecek ve hazırlık yapabileceği kadar bir süre önceden yapılması gerekir. İşin önemi ve müstaceliyeti gerekli kıldığı takdirde YK hiç süre verilmeden derhal toplantıya çağrılabilir. Bu husustaki ölçü; objektif iyi niyet kurallarına uygunluktur.¹⁰

b. YK Toplantı Yeter Sayısı

TTK m. 330 özetle; *“esas sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça yönetim kurulunun toplantı yeter sayısı, üyelerinin en az yarısından bir fazlasının toplantıda hazır bulunmasıyla sağlanır”* demektedir. Dolayısıyla aslında kanundaki amaç; üyelerin çoğunluğunun olduğu bir toplantı gerçekleştirmek iken, özellikle az üyeli yönetim kurullarında *“...yarısından bir fazla...”* hükmü gereği adeta oy birliği veya nitelikli çoğunluk aranmaktadır. Oysa kanun koyucunun amacı üye çoğunluğudur. Ancak yasadaki bu açık hüküm gereği, yasaya göre toplanmak kanunidir, ama olması gereken; *yönetim kurulu üye sayısının çoğunluğuyla* ibaresidir. Örneğin 3 kişilik bir YK yasadaki hükme göre; yarısı 1,5 ve bir fazlası 2,5 olacağından asgari oybirliğiyle yani 3 kişiyle toplanabilir. Oysaki çoğunluk amacından yola çıkıldığında 2 kişiyle toplanması mümkündür. Yine 7 kişilik bir YK, asgari 5 üye ile toplanabilecekken, kanun koyucunun amacı dikkate alındığında aslında 4 kişiyle toplanabilmelidir. Yargıtay ve doktrinde bazı kişilerde (Oğuz, İmregün, Gönen, Eriş... vs.) yasadaki *“...yarısından bir fazla...”* ibaresi gereği ilk şekilde toplanması gerektiğini çıkarmaktadırlar (Bkz. Yarg. 11. HD 28.11.1985 t. E.5890, K.7155):

“... Yönetim kurulunun müzakerelere başlayabilmesi için, üye tam sayısının yarısından bir fazlasının toplantıda hazır bulunması şarttır; kararlar toplantıda hazır bulunan üyelerin ekseriyeti ile alınır...”

Mevcut TTK m. 330 gereği kanaatimde Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda olmakla birlikte, kanun hükmünün değiştirilip, toplantı yeter sayısının; yönetim kurulu üye sayısının çoğunluğuyla olması gerekti-

¹⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 300.

ğini düşünmekteyim ancak mevcut kanun çoğunlukla toplanmaya cevaz vermemekte, yarıdan bir fazlasını aramaktadır. Tabii ki çoğunluk yeter sayıyı oluşturur diyen değerli hocalarımız; Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Reha Poroy, Ersin Çamoğlu, Hamdi Yasaman ... vs. görüşlerine de saygı duyuyoruz.

YK toplantısı için; YK üyelerinin çoğunluğu yeter diyenler için...¹¹

Yönetim kurulu toplantılarında yetersayı, fiili üye sayısına göre değil, yönetim kuruluna genel kurul tarafından seçilen üye sayısına göre tespit edilir. Söz gelimi, YK'na beş üye seçilmiş ve sonradan iki üye istifa ederek ayrılmışsa, toplantı yeter sayısının tespitinde baz alınacak üye sayısı üç değil, beştir.¹² Ayrıca toplantı ve karar yeter sayılarında TTK m. 275 gereği kamu tüzel kişileri tarafından atanmış yönetim kurulu üyeleri de hesaba katılır.¹³

Tartışmasız ki yasada da belirttiği üzere esas sözleşme ile yeter sayı artırılabilir. Yönetim kurulunun alacağı kararın önemi, külfeti ... vs.'ye göre de esas sözleşmede farklı toplantı nisapları öngörülebilecektir.

Peki ya TTK tasarısında toplantı yeter sayısı nasıl düzenlenmiştir.

TTK tasarısı madde 390'ın ilgili hükmü; *“Esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tamsayısının çoğunluğu ile toplanır ve ...”*

Görüldüğü üzere toplantı yeter sayı konusunda mevcut TTK'daki yanlıştan tasarıda dönülmüş ve yukarıda da olması gereken olarak değindiğim hüküm tasarıya işlenmiştir. Bu durum olumludur.

Yargıtay Kararı : *Yönetim Kurulunda Toplantı ve Karar Nisabına Aykırılık*

¹¹ Yasaman, Hamdi Prof. Dr., Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağırılması Ve Toplantı Yeter Sayısı, *Yaklaşım*, S. 117, Eylül 2002, s. 22 vd.; Poroy/ Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 301.

¹² İpekçi, Nizam Av., *Açıklamalı İçtihatlı TTK Şerhi Ticaret Şirketleri Tatbikatı*, I. Cilt, I. Bası, Adil Yayınevi, Ankara 2002, s.1170; Eriş, Gönen, *Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ticari İşletme ve Şirketler*, C. I, 2. Bası, Ankara 1992, s. 938.

¹³ İpekçi, Nizam Av., a. g. e., s. 1170; İmregün, Oğuz, *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 1989, s. 212.

ÖZET: Üç yönetim kurulu üyesinden oluşan bir anonim şirkette, diğer iki yönetim kurulu üyesinin toplantı yaparak, diğer üyenin yetkilerini kaldırması halinde, bu üye verilen kararın tesciline, sicil memuru nezdinde ilgili sıfatıyla itirazda bulunabilir. Çünkü yönetim kurulunun karar verebilmesi için TTK'nın 330.uncu maddesine göre üye tam sayısının yarısından bir fazlası ile gerçekleştirilir. 3 kişilik bir yönetim kurulunda toplantı yeter sayısı üçtür. Davanın kabulü gerekirken reddi BOZMAYI gerektirmiştir. (Yarg. 11. HD. 28.11.1985 T. , E.1985/5890, K.1985/7511)

c. YK Üyelerinin Toplantıya Katılma Yasağı

TTK m. 332 "yönetim kurulu üyeleri; şahsi menfaatlerine veya usul ve furuundan biriyle eşi ve üçüncü dereceye kadar(bu derece dahil) kan ve kayın husumlarının menfaatlerini ilgilendiren hususların müzakeresine iştirak edemezler." Demekle böyle bir durumda üyenin müzakereye katılmayacağını ve bu yöndeki bir engeli açıklaması ve tutanağa geçirtmesi zorunluluğunu vurgulamaktadır. Bunun aksi bir durumda YK üyesi, TTK m. 332/II hükmünce; ilgili olduğu muamele yüzünden ortaklığın uğradığı zararı tazminle yükümlü olacaktır.

d. Denetçilerinde YK Toplantılarına Katılabilmesi

TTK m. 357 hükmü gereği; ortaklık denetçileri de yönetim kurulu toplantıların da müzakerelere yani görüşmelere katılmama ve oy kullanmama şartıyla, toplantıda hazır bulunabilirler ve münasip görüşleri teklifleri gündeme aldırarak toplantıda müzakere edilmesini sağlayabilirler.

Toplantının içeriği, müzakere edilen konular ... vb bir tutanakla tespit edilmek, katılan tüm üyelerin imzasına sunulmak zorundadır. Tüm YK üyelerinin toplantıdaki görüş, oy, muhalefet şerhlerini tutanağa geçirtme hakları vardır. Üyeler müteselsil sorumluktan kurtulmak için bunları yapmak zorundadır (TTK m. 338),¹⁴ tutanağa geçirme işlemi bir YK üyesi veya dışarıdan seçilen bir zabıt katibi tarafından yapılabilecektir. YK toplantısının banda kaydettirilip sonra tutanağa geçirtilmesine karar verebilir. Muhalif üyeler dilerlerse muhalif şerhi koyabilirler. Kararlar yazılı olup yeterli çoğunluktaki üyece imza edil-

¹⁴ Bahtiyar, Mehmet, *a. g. e.*, s. 120.

medikçe geçerli olmaz. Alınan kararlar oylar ve diğer açıklayıcı bilgilerle YK karar defterine geçirilir ve ortaklık temsilcilerince imzalanır (TTK m. 78).¹⁵

e. YK Üyelerinin Oyu ve Toplantıda Oylamanın Usulü

YK toplantılarında her üye, tek bir oy kullanma hakkına sahiptir. Bu oyun bizzat kullanılması gerekir. Dolayısıyla oyun temsilci vasıtasıyla kullanılmasına imkan yoktur. Oylamanın açık yapılması genel kuraldır. Ancak oylamanın gizli yapılmasına YK karar verebilir. Haklı bir mazeret dolayısıyla toplantıda bulunamayan üyenin, gündeme ilişkin görüşlerini ve oyunun yönünü yazılı olarak bildirmesi kabul edilmeli, tutanağa geçirilmeli ve karar yeter sayıda dikkate alınmalıdır. TTK üyelerin, çekimser oy kullanmalarına ilişkin düzenleme olmadığından, kullanabileceği öngörülmektedir ve karar yeter sayıda ret olarak sayılır.¹⁶ TTK Tasarısı'nda da; "temsile izin verilmemiş ve tek oy ilkesi benimsenmiş ve çekimserliğe ilişkin açıklamada yer almamıştır."

f. YK Karar Yeter Sayısı

TTK m. 330/I hükmünce; YK kararları; toplantıya katılan üyelerin çoğunluğuyla alınır. Bu durum özellikle çok üyeli yönetim kurulları bulunan ortaklıklarda önemlidir. Nitekim 3 üyeli bir YK'da toplantı yeter sayısı 3, karar yeter sayısı ise 2'dir. Ama 7 üyeli bir yönetim kurulunda toplantı yeter sayısı; 5, ve karar yeter sayısı; 3'tür. Oy eşitliği söz konusu ise; ilgili konu gelecek toplantıya ertelenir ve gelecek toplantıda da eşitlik bozulmazsa, konu reddedilmiş sayılır (TTK m. 330/I).

TTK tasarısı da 390. maddeden anlaşılacağı üzere yukarıdaki düzeni aynen benimsemiştir.

Dolayısıyla YK başkanına bizim sistemimizde bir üstün oy hakkı tanınmamıştır. Bizim kanun sistemimizin oluşturulmasında model kanun olan İsviçre BK da 1991 yılında yapılan değişiklikle, oyların eşitliği durumunda YK başkanının üstün oyu, ortaklık esas sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa kabul edilmiştir (İsvBK m. 713/1). Yine

¹⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 303

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 303-304.

bazı diğ er yabancı çevrelerde tanınan bu hakkın bizde de tanınması gerektiğini savunanlar vardır.¹⁷ Ancak kanaatimce kanunda bu yönde bir hüküm yoktur. Kanun koyucunun böyle bir amacı olsaydı böylesine önemli bir üstün oy kanun metninde yer almalıydı. Doktrinde benimle aynı görüşte olanlar da vardır.¹⁸ Tabi ki ortaklık ana sözleşmesi ile karar yeter sayısı ağırlaştırılabileceği gibi başkana üstün oy hakkının da tanınabileceği kanaatindeyim.

g. YK Kararlarının Geçerliliği

YK kararları da belirtmek gerekir ki; öncelikle genel hükümlere tabidir. Dolayısıyla alınan kararlar BK m. 19 ve 20 kapsamında; kamu düzenine, şahsiyet haklarına, ahlaka ve adaba, kanunun emredici hükümlerine aykırı olamaz ve karar konusunun imkansız olmaması da şarttır. Bunlara uyulmaması halinde alınan karar batıldır. Gerekli toplantı ve karar yetersayısı olmaksızın alınan kararlar yok hükmündedir.¹⁹

1. Türk Ticaret Kanunu Kapsamında

Öncelikle geçerli bir karar alabilmek için genel hükümlerle birlikte TTK m. 330 da öngörülen şekli koşullara uyulmuş olması gerekir. Buradaki önemli şartlardan biri tüm yönetim kurulu üyelerinin toplantıya çağrılmış olması gerekir. Bu koşula uyulmadan; üyelerden bir veya birkaçı toplantıya çağrılmaksızın toplanılmış ve karar alınmış ise bu karar yoklukla maluldür.²⁰ Yukarıda açıklandığı üzere genel hükümlere veya burada açıklanan durumlara rağmen alınan kararlar hakkında "hükümsüzlüğün tespiti" davası açılabilir. Batıl olan YK kararlarına her pay sahibi butlan veya yokluğun tespiti için dava açabilecektir.²¹

¹⁷ Araslanlı, Karayalçın, Tekinalp, başkanın üstün oyunu savunmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için; Karayalçın, Yaş ar, Anonim Şirket Yönetim Kurullarında Başkanın Üstün Oyu, *Batider* 1970/3, s. 526 vd.; Tekinalp, Ünal, Yönetim Kurulu Başkanının Üstün Oya Sahip Olup Olamayacağı Sorunu, *İkt. Mal.*, C. XVIII, S. 9, 1971, s. 301vd.

¹⁸ Aynı görüşte; Ülgen Hüseyin, Eriş, Gönen,

¹⁹ Bkz: Yargıtay 11. HD 13.05.1993 t. 1992/6736E., 1993/3457K.

²⁰ Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 298-299; İmregün *a. g. e.*, s. 214.

²¹ Bkz. Yargıtay 11. HD 05.04.1993 tarihli, 1993/1379E., 2195K. (Eriş, Gönen, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1995, s. 270); Değerli Hocamız Çamoğlu, Ersin ise; "YK kararlarına karşı her ilgilinin tespit davası açarak butlanın veya yokluğun hüküm altına alınmasını isteyebilir." demektedir. (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, *a. g. e.*, s.

Görüldüğü gibi TTK'da YK kararlarının yokluğu ve butlanına ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu sebeple genel hükümlerin uygulanması suretiyle yokluk ve butlan yolu açılmıştır. İleride yasalaşması beklenen

TTK Tasarısı m. 391'de açıkça batıl kararlar başlığında bu konu düzenlenmiştir. TTK Tas. m. 391;

"Yönetim kurulu kararlarının batıl olduğunun tespiti mahkemelerden istenebilir. Özellikle; ..."

demiş ve a-b-c-d bentlerini saymış ve bu kararları batıl saymıştır. a bendinde eşit işlem ilkesi düzenlenmiştir. Bu durum hatalıdır. Çünkü genel kurul kararlarının eşitliğe aykırı olunmasına iptal edilebilirlik öngörülürken burada butlan öngörülmesi tutarsızlıktır. Maddenin başında yoluktan bahsedilmemesi yanlıştır. Diğer bentlerde daha kapsamlı olmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki kanun koyucu tasarıda bentlere geçmeden özellikle demiş ve bentlere geçmiştir. Bunun anlamı butlan sebepleri bentlerde sayılan 4 halle sınırlı olmamasıdır.

Batıl YK kararlarına ilişkin tespit davalarının herhangi bir süreye bağlı olmaksızın, her zaman açılabileceği ileri sürülmekte ise de, özellikle hukuk güvenliği açısından yasal düzenlemeyle belirli ve makul bir süreye bağlanması gereklidir.²² Bununla birlikte haklı olarak butlanın uzun süre geçtikten sonra ileri sürülmesinin MK m. 2'deki dürüstlük kuralı çerçevesinde haklı görülmemektedir.²³

Batıl YK kararlarına karşı genel kurula itiraz yolu kapalıdır. Çünkü genel kurula itirazın olabilmesi için, şeklen bir YK kararının olması gerekir oysaki butlan da karar yoktur.²⁴

Batıllık ve yokluktan sonra *YK kararlarının iptal edilebilirliği* hususu gelmektedir. Ancak TTK yönetim kurulu kararların iptal edilebilirliğini düzenlememiş, yalnızca genel kurul kararların iptalini düzenlemiştir (TTK m. 381 vd.). Dolayısıyla sakatlığı iptal edilebilirlik derecesinde olan kararlara ilişkin iptal edilebilirlik hükmü kanunda olmadığı gibi

304.);) (Bkz: Yarg. 11. HD. 26.01.1989 t. 3414E., 260K.)

²² Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 299 ; Moroğlu, Erdoğan, *Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, s. 50-51, Ankara 1967.

²³ Moroğlu, Erdoğan, *a. g. e.*, s. 50-51, Ankara 1967.

²⁴ Yarg. 11. HD. 25.10.1991 t. 6515E./5628K. (Eriş, Gönen, *Anonim Şirketler Hukuku II*, Ankara, 1995, s. 958)

genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümlerin kıyasla YK kararları hakkında da uygulanıp uygulanmayacağı yönünde doktrinde de tartışma vardır.

Kanaatimce kanun koyucu bu konuda özellikle susmuştur. Çünkü genel kurul kararlarına ilişkin iptal edilebilirliği düzenlemiştir. Dolayısıyla YK kararlarına ilişkin iptal davası yolu kullanılamaz. Kanun koyucu iptalin ticaret yaşamını olumsuz etkileyeceği, YK ile işlem yapan 3. kişileri tehlikeye sokacağı ve ticari hayatın güvenliğini tehlikeye düşüreceğini öngörerek özellikle bu hususu düzenlememiştir. TTK Tasarısı'nda bu konu yine düzenlenmemiştir.

Kanundaki bu eksikliğin YK üyelerinin sorumluluğu yoluna gidilmek suretiyle giderilebileceği ileri sürülmüşse de,²⁵ YK aleyhine açılacak davanın buradaki menfaatler dengesini kuracak etkinlikte olmadığı görüşünü paylaşıyorum.²⁶ Yargıtay ise; TTK sisteminde YK kararları aleyhinde iptal davası açılmayacağı, ancak genelde itiraz edebileceğini ve genel kuruldan bu itiraza çıkan karara karşı iptal davası açılabilirliğini benimsemiştir.²⁷ Ancak "...pay sahiplerinin kişisel haklarını ihlal eden YK kararları aleyhinde iptal davası açılabilir." demek suretiyle iptal davasının yalnızca "ortakların kişisel haklarının ihlali" halinde açılabilirliğini görüşünü kabul etmiştir.²⁸ Ayrıca pay sahipleri genelde itiraz prosedürünü de işletebilecektir. Pay sahipleri YK kararının, ortaklığın menfaatini ihlal ettiğini ileri sürerek iptalini dava edemezler. Ancak bu hususu genel kurul gündemine aldırıp, yönetim kurulunun ibrasında dile getirip, genel kurulda YK'ya ibra ettirmeyip, YK üyeleri hakkında sorumluluk davası açılmasını sağlayabilirler.

2. Sermaye Piyasası Kanunu Kapsamında

SerPK yürürlüğe girdiğinde iptal davasına ilişkin bir hükme yer vermemiş, bu konuda TTK hükümlerine bağlı kalmıştır. Ancak 1992

²⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 305; İmregün, Oğuz, a. g. e., s. 215; Domaniç, Hayri, *Anonim Şirketler*, İstanbul, 1978, s. 606 vd; Arslanlı, Halil, *Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller*, İstanbul 1960, s. 120.

²⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 305.

²⁷ Yarg. 11. HD. 10.11.1994, 4596E./8382K.(Bahtiyar, Mehmet, a. g. e., s. 124.

²⁸ Pulaşlı, Hasan, a. g. e., s. 300; Yarg. 11. HD. 05.04.1993, 1379E./ 2195K. (Eriş, Gönen, a. g. e., s. 270.)

yılı itibariyle SerPK 12. maddeye yeni fıkralar eklenerek, sınırlı da olsa YK kararlarına karşı iptal davasına izin vermiş ve SPK'ya (sermaye piyasası kurumu) da dava açma izni verilmiştir (SerPK m. 46/b). İptal davası düzenlenmesinin sebebi ise; ekonomik ve ticari gerekler nedeniyle, yönetim kurulunun SerPK sisteminde birçok konuda genel kurulun işleviyle donatılmasıdır. Nitekim halka açık anonim ortaklıklarda daha önce değindiğim; SerPK m. 12/V;

“Yönetim kurulunun; imtiyazlı veya itibari değerinin üzerinde hisse senedi çıkarılması, pay sahiplerinin yeni pay almak haklarının sınırlandırılması konularında veya imtiyazlı hisse senedi sahiplerinin haklarını kısıtlayıcı nitelikte karar alabilmesi için; esas sözleşme ile yetkili kılınması şarttır.”

13/VI; *“Tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senedi ihraç yetkisi, esas sözleşme ile yönetim kuruluna devredilebilir. Bu takdirde Türk Ticaret Kanununun 423 ve 424 üncü maddeleri uygulanmaz”*

maddeleri ile bazı çok önemli yetkiler genel kurul yerine YK'ya bırakılmıştır.

SerPK m. 12/VI'in 4487 yasa ile düzenlenmiş hali; Ek fıkra: 29/4/1992-3794/10 m.; Değişik 24/6/1995 - KHK - 558/2 m.; İptal: Anay. Mah.'nin 13/11/1995 tarih ve E. 1995/45, K. 1995/58 sayılı Kararı ile; Yeniden düzenleme: 15/12/1999 - 4487/3 m.;

“Yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine, Türk Ticaret Kanunu'nun 381. maddesinin birinci fıkrasında sayılan hallerde yönetim kurulu üyeleri, denetçiler veya hakları ihlal edilen pay sahipleri, kararın ilanından itibaren otuz gün içinde anonim ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler. Bu halde, Türk Ticaret Kanununun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin 382, 383 ve 384. maddeleri hükümleri uygulanır. Şirket, davanın açıldığını öğrendiği tarihi izleyen üç işgünü sonuna kadar durumu Kurula bildirmekle yükümlüdür.”²⁹

Ayrıca 4487 s. Kanun SerPK'da değişiklik yaparak, Halka açık anonim ortaklıklarda avans temettü dağıtılması imkanını getirmiş m. 15/IV içeriği;

“Halka açık anonim ortaklıklar, sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak düzenlenmiş ve bağımsız denetimden geçmiş üçer aylık ara dönemler itiba-

²⁹ <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=1.5.2499&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>

riyle hazırladıkları mali tablolarında yer alan karlarından, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayırmak zorunda oldukları yedek akçeler ile vergi karşılıkları düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını geçmemesi, ana sözleşmelerinde hükmü bulunması ve genel kurul kararıyla ilgili yıla sınırlı olmak üzere yönetim kuruluna yetki verilmesi koşullarıyla temettü avansı dağıtılabilirler..."dir.³⁰

Olarak düzenlenmiş ve buna istinaden 15. maddenin 5. fıkrasında; "...yönetim kurulunun avans, temettü dağıtımına ilişkin kararlarına karşı da iptal davası açma imkanını getirmiştir."

h. Elden Dolaştırma Yoluyla Karar

YK kararları kural olarak, YK toplantısında alınır. Ancak günümüz koşullarında YK toplantısının herkesin olduğu bir yerde yapılması mümkün olamayabilmektedir. Çünkü üyeler farklı ülkelerde de olabilmektedirler. Dolayısıyla TTK m. 330/II hükmü gereğince, YK'nın karar alabilmesi için toplantı yapma zorunluluğu yoktur ve diğer üyelerin muvafakatlarını yazılı olarak bildirmeleri suretiyle de karar alınabilecektir. Ancak belirtmek gerek ki; üyelerden birisi müzakere isteminde bulunursa toplantı yapılmak zorundadır. Bu sebeple elden dolaştırma yoluyla alınan kararın geçerli olabilmesi için yazılı önerinin bütün üyelere ulaşması, bu husus da karar metninden anlaşılması gerekir. Bu vesile ile her üyenin karar altında, taslağın kendisine ulaşmış olduğunu gösteren imzası bulunmalıdır. Üye sunulan karar taslağına hiçbir şey yazmamakta ısrarlı ise, bu durum bir tutanakla saptandığı takdirde yasal gerek yerine getirilmiş sayılır.³¹ Bu tür bir karar alınabilmesi, yazılı önerinin tüm YK üyelerine sunulması zorunluluğundan bahsettik. Dolayısıyla bu gösteriyor ki; elden dolaştırma yoluyla karar da toplantı yeter sayısı oybirliğidir.³² Tüm üyelere önerinin ulaşmasının ardından karar yeter sayısı oy çoğunluğudur.³³

³⁰ <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.2499&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>

³¹ Teoman, Ömer, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Toplantı Yapmaksızın Karar Alması, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1147-1159.

³² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 305, ; Ayrıntılı bilgi için; aynı görüşte; İmreğün, Oğuz, a. g. e., s. 212-213 ; Domaniç, Hayri, a. g. e., s. 406.

³³ Aynı yönde; İpekçi, Nizam, a. g. e., s. 1165; Eriş, Gönen, a. g. e., s. 950.

TTK Tasarısında da bu durum m. 390/IV'te aynen şöyle düzenlenmiştir;

*“Üyelerden biri müzakere isteminde bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu kararları, içlerinden birinin belirli bir konuda yaptığı öneriye, üye tam sayısının en az çoğunluğunun yazılı onayı alınmak suretiyle de verilebilir. Onayların aynı kağıtta bulunması şart değildir”.*³⁴

Görüldüğü üzere mevcut TTK m. 330/II içeriği tasarıda daha da genişletilmiş ve aslında uygulamaladki esaslar tasarı metnine de girmiştir.

i. Yönetim Yetkisinin Bölünmesi ve Murahhaslara Bırakılması

1. Yönetim Yetkisinin Bölünmesi

Anonim ortaklıklarda yönetim hak ve yetkisi, kural olarak yönetik kuruluna aittir. Ancak istisnai olarak bu yetkinin üyeler arasında bölünmesi veya murahhaslara bırakılması sözkonusu olabilmektedir. Nitekim TTK m. 319 bu konudaki hükmü ile; ortaklık ana sözleşmesinde hüküm varsa, yönetim yetkilerinin diğer üyeler arasında bölünmesi mümkündür. Ana sözleşmede yönetim yetkisinin bölünüp bölünmeyeceği, bölünecekse bunun nasıl yapılacağı saptanır (TTK m. 319). Örneğin; belirli bir(veya birkaç) üyenin ticari, diğerinin teknik, başkasının da hukuk işleriyle yetkili bulunduğu kabul edilebilir.³⁵ Bölme üyeler arasında yapılabileceği gibi, ana sözleşme ile komisyonlara, komitelere de bırakılabilir. Ana sözleşmede olmaksızın yapılan bölünme geçerli olmaz ve olası ihmalde tüm YK üyeleri müteselsilen sorumlu olacaktır.

Bölünme halinde YK üyelerinin görev bölümü ortaklık ana sözleşmesinde belirtilmişse buna uyulur. Belirtilmemiş ise, TTK. m. 326 gereği tutulması gerekli YK karar defterinde alınacak bir kararla idare meclisi üyeleri arasında görev bölümü karar defterine yazılır ve buna göre sirküler düzenlenerek uygulanır. Bu bağlamda YK' nın en az bir üyesine temsil yetkisi verilir(Bu ibare; TTK. m. 321/III ile çelişmektedir. Çünkü; TTK m. 321/III; *“Anonim şirket adına tanzim edilecek evrakın*

³⁴ <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/997.html>

³⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 306.

*muteber olması için, aksine esas mukavelede hüküm olmadıkça temsile salahi-yetli olanlardan ikisinin imzası kafidir.”)*³⁶

Yönetim hak ve yetkilerinin hukuka uygun bölünmesi, kurul üyelerinin sorumluluklarında da bölünmeyi beraberinde getirir. Her üye veya komite ancak kendisine bırakılan işlerden sorumlu olacaktır. Dolayısıyla YK üyeliğine münhasır müteselsil sorumluluk burada uygulanmaz.

2. Yönetim Yetkisinin Murahhaslara Bırakılması

TTK m. 319 mucibinde yönetim yetkisinin tamamının veya bir kısmının murahhaslara bırakılabilmesi, ortaklık ana sözleşmesine bu yönde bir hüküm konulmasına bağlıdır. Ana sözleşmedeki düzenlemeye göre YK veya GK yönetim yetkisinin tamamının veya bir kısmının murahhaslara bırakılabilecektir. Ana sözleşme ile murahhaslara bırakma yetkisi YK ya verilse bile bu murahhasları azil yetkisi, GK'ya aittir.³⁷ Murahhas pay sahibi olmayan kişi(murahhas müdür) olabileceği gibi, YK üyesi de(murahhas üye) olabilir.

Belirtmek gerekir ki YK, yönetim yetkilerinin tamamını devretse dahi, münhasır yetkileri kapsamında olan, yani devri olanaklı olmayan yetki ve görevleri (TTK m. 325, 326, 327, 331, 365, 381) bünyesinde muhafaza etmektedir. Ayrıca YK'nın murahhaslar üzerinde genel bir gözetim yükümü bulunmaktadır. bu sebeple YK üyelerinin; münhasır yetkiye giren işlerden veya gözetim yükümünü gereği gibi yerine getirmemeden doğan sorumlulukları devam etmektedir.³⁸

TTK Tasarısı'nda ise yönetim yetkisinin bölünmesi ve murahhaslara bırakılması hususu m. 367'de düzenlenmiştir. Madde 367 şu şekildedir;

“(1) Esas sözleşmede öngörülecek bir hükümle, yönetim kurulu, düzenlenecek bir örgüt yönetmeliğine göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya bir kaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişilere devretmeye yetkili kılınabilir. Bu yönetmelik yönetimi düzenler; bunun için gerekli olan görev yer-

³⁶ İpekçi, Nizam, a. g. e., s. 1132-1133.

³⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 306.

³⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 307 ; Arslan, İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya, 1994.

lerini gösterir, görevleri tanımlar, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine, pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, yönetim örgütü yönetmeliği hakkında, yazılı olarak bilgilendirir.

(2) Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir.”

Ana sözleşmeye hüküm konulursa; görüldüğü gibi, yönetim görevi, üyeler arasında paylaştırılabileceği veya bırakılabileceği gibi, 3. kişilere de devredilebilir. Bu devri yapacak olan ise YK'dır. GK'nın bu yetkisi yeni düzenleme ile elinden alınmıştır. TTK m. 319 da bölünme veya bırakmanın nasıl yapılacağını ana sözleşme belirlerken, tasarıda ise bunu YK. belirleyecektir. Hatta tasarı maddesinde bunun kapsamında biraz çizilmiştir (...düzenlenecek bir örgüt yönetmeliğine göre...). Diğer önemli nokta paylaşımı veya devri ana sözleşme yapmaz. Ana sözleşme bu yönde YK'yı yetkilendirebilir...vs

2. ORTAKLIĞI TEMSİL YETKİSİ VE KULLANILMASI

Temsil; ortaklığın 3. kişilerle ilişkilerinde, ortaklığı hak sahibi yapan ve borç altına sokan ilişkidir. TTK m. 317 kapsamında; Anonim ortaklıklarda; YK iç ilişkide yönetim organı olduğu gibi dış ilişkide de tek yasal temsil organıdır.

A. Yönetim Hakkının Kullanılması

Temsil yetkisi; anonim ortaklığın taraf olduğu sözleşmeler ve 3. kişilerle yapılan hukuki ilişkilerde, tasarruf işlemlerinde, ortaklığın sorumlu olabimesi için; YK tarafından seçilmiş murahhas veya müdürler veya seçilmemişse YK üyelerinin birlikte ortaklık kaşesi altına atacakları imzaları ile kullanılacaktır.³⁹ Bu konuda TTK m. 321/III' teki düzenleme ile;

“Anonim şirket adına tanzim edilecek evrakın muteber olması için, aksine esas mukavelede hüküm olmadıkça temsile salahi yetli olanlardan ikisinin imzası kafi.”

³⁹ İpekçi, Nizam, a. g. e., s. 1126.

Denilmek suretiyle, ortaklık ana sözleşmede aksine bir durum düzenlenmiş olmaması halinde, temsile yetkili iki şahsın imzası ortaklık adına düzenlenmiş evrakı geçerli kılacaktır, anlamı çıkmaktadır.

TTK Tasarısı m. 370' te de;

“Esas sözleşmede aksi öngörülmemişse, temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.”⁴⁰ demektedir. Ancak burada eleştirilecek husus tasarı m. 359 da *“YK'nın bir veya daha fazla üyeden oluşacağı”* belirtilirken 370. maddede çift imza kuralının getirilmesi yanlıştır. Bu madde metninin ilgili fıkrası şöyle olmalıdır:

“Ana sözleşmede aksi öngörülmemiş veya ortaklık yönetimi yöneticiye bırakılmamış isetemsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.”⁴¹

Esas sözleşme ile ferdi imza kuralı, ikiden çok imza kuralı konabilir veya bir üyenin temsil yetkisi elinden tamamen alınabilir. Bu tür düzenlemelerin üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilmesi için ticaret siciline tescil ver ilan edilmesi gerekmektedir.⁴² YK üyesi ortaklık ünvanı altına atacağı imza ile ortaklığı temsil yetkisini kullanacağından; ortaklığı temsile yetkili olanlar, göreve başlarken imza sirkülerini(örneklerini) notere onaylattırıp, ticaret siciline tevdi etmek zorundadırlar (TTK m. 322,42/II). Eğer YK üyeleri dışında ortaklığa ticari temsilci, ticari vekil, veya sınırlı yetkileri olan bir müstahdem atanmışsa bu kişi yetkili olduğu konularda ortaklığı tek başına temsil edebilir(TTK m. 319 burada; tüm YK üyelerinin hepsinin temsil yetkilerinin alınması sözkonusu olamaz, en az birinin de temsil yetkisine sahip olması şarttır), ancak imza sirkülerinde bunların hangi işlemleri yapmada ve hangi ölçüde temsilci oldukları da gösterilir.

Yönetim kurulu anonim ortaklığın temsili alanında tek yasal temsil organıdır.⁴³ Tabi bunun istisnai halleri mevcuttur. Bunlar; organ seçimlerinde ve kruluştan sonra devralmada ortaklığın temsili genel kurulun yapması. TTK m. 381 kapsamında; YK genel kurulun iptalini

⁴⁰ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/ttktasarisi.htm>20.03.2008.

⁴¹ Aynı yönde değerlendirme ve ayrıntılı bilgi için Bkz: Moroğlu, Erdoğan Prof. Dr., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, Vedat Kitapçılık,1. Bası, Ekim 2007, İstanbul, s. 157

⁴² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 307.

⁴³ Pulaşlı, Hasan, a. g. e., s. 302 .

dava ederse, bu halde anonim ortaklığı temsile yetkili olan denetçilerdir. Görevdeki yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılmışsa ortaklığın temsil eden yine denetçilerdir. Anonim ortaklıkça; hem YK hem de denetçiler aleyhinde sorumluluk davası açılmasına karar verilmiş ise, ortaklığa bir veya birden fazla kayyım atanır ve ortaklık adına kayyım, YK ve denetçiler aleyhinde dava açar. Dolayısıyla burda temsile yetkili kayyımdır. Ortaklığın tasfiyesi durumunda ise temsile yetkili tasfiye memurlarıdır.

Kendilerine temsil yetkisi verilmemiş olsa bile ortaklık YK üyelerinin her birinin ayrı ayrı "pasif temsil" yetkileri vardır ve bu yetki sınırlandırılmaz. Bu bağlamda ortaklığa karşı yapılacak olan; ihtar, ihbar, şikayet ve tebligatlar tüm yönetim kurulu üyelerine yapılmış sayılır. Yani bunlardan herhangi birine yapılan bildirimler tüm kurulu bağlar⁴⁴.

1. Temsil Yetkisinin Bölünmesi ve Murahhaslara Bırakılması

TTK m. 319 yönetim gibi temsil yetkisinde üyeler arasında bölünmesi ve murahhaslara devredilmesini mümkün kılmıştır. Ancak buradaki hükmü TTK m. 321/III'teki hükümlerle değerlendirmek gerekecektir.

2. Yetkinin Bölünmesi

Ortaklık esas sözleşmesinde hüküm bulunmak şartı ile temsil yetkisi YK üyeleri arasında bölünebilir. Yetkinin bölünmesi yer itibariyle yani merkez, şube ayrımına tabi olarak bölünmüşse; geçerlidir ve üçüncü kişilere hüküm ifade etmesi için ticaret siciline tescil ve ilan gerekir. Bu bölünme ile üye veya birkaç üyenin yetkisi sadece şubeye veya merkeze hasredilebilir. Nitekim TTK Tasarısı m. 317/III hükmü;

*"(3) Temsil yetkisinin sınırlandırılması, iyiniyet sahibi üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez; ancak temsil yetkisinin sadece merkezin veya bir şubenin işlerine özgülendiğine veya birlikte kullanılmasına ilişkin tescil ve ilân edilen sınırlamalar geçerlidir."*⁴⁵ demektedir.

⁴⁴ İpekçi, Nizam, a. g. e., s. 1126.

⁴⁵ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/ttktasarisi.htm>

Yetki konu bakımından bölünmüş ise, bu bölünme anonim ortaklıkta sadece; iç ilişkide bir talimat niteliğindedir ve sicile tescili ve ilan yapılsa bile üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyecektir. Dolayısıyla burada sicile güven ilkesi uygulanmaz. YK üyelerinin; iç ilişkide talimat niteliğindeki yetki bölünmesine aykırı işlem ve eylemleri ortaklığı bağlar. Ancak aykırı hareket eden üyenin ortaklığa karşı sorumluluğu doğabilecektir.

3. Yetkinin Murahhaslara Bırakılması

TTK ms. 319/II'ye göre ana sözleşmede açıkça belirtilmek suretiyle genel kurul veya yönetim kurulunca murahhaslara (murahhas üye, murahhas müdür) temsil yetkisi verilmişse, murahhaslar yetkili temsilci olacaklardır.

Temsil yetkisinin murahhaslara bırakılması suretiyle dahi ancak yer ve kişibakımından sınırlama yapılabilir konu ve miktar sınırlanması yapılamaz. Esas sözleşme ile murahhaslara bırakma yetkisi YK veya GK verilebilir. TTK Tasarısı'nda ise m. 367 ile yetkinin murahhaslara bırakılması nı YK na bırakmış, dolayısıyla GK nın bu konudaki yetkisini kaldırmıştır. Nitekim m. 370/II de;

ii. *“Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla üyeye (murahhas) veya üçüncü kişilere (müdürler) devredebilir. Son durumda en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır.”*⁴⁶ Demektedir.

Temsil yetkisi, pay sahibi olmayan murahhas müdürlere bırakıldığı takdirde, yönetim kurulunun en az bir üyesine de temsil yetkisi verilmesi şarttır. Böylelikle temsil yetkisinin tamamen dışarıdan kişilere verilmesi önlenmiştir.⁴⁷ Kanun bu durumda en az bir YK üyesinin yetkilerinin saklı tutulmasını istemiştir. Dolayısıyla temsil yetkisine haiz YK üyesinin yetkileri herhangi bir şekilde sınırlandırılmaz. Atanan murahhas müdürlere; en az bir tam yetkili YK üyesi bırakmak koşulu ile paralel yetkiler verilebilecektir.⁴⁸

Ortaklığı temsil yetkisi tek murahhasa bırakılarak YK üyelerinin imza yetkisi alınabilir. Ancak birden fazla murahhasa bırakılmış ise,

⁴⁶ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/ttktasarisi.htm>

⁴⁷ Bahtiyar, Mehmet, *a. g. e.*, s. 127.

⁴⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ *a. g. e.*, s. 309.

bunlara tek başına temsil yetkisi bırakılabileceği gibi, birlikte imza şartı da konabilir.

Bırakmanın üçüncü kişilere sirayet etmesi ise ancak bu yöndeki kararın tescil ve ilanı ile mümkün olmaktadır. Tescil ve ilan yapılmadığı halde yetkinin murahhaslara bırakıldığından haberdar olan üçüncü kişilere karşı da bırakma geçerlidir.

3. Temsil Yetkisinin Sınırları

Temsil yetkisinin de bir kapsamı, bir sınırı vardır işte bu sınır öncelikle; TTK m. 137 ile tespit edildiği gibi;

“Ticaret şirketleri hükmi şahsiyeti haiz olup şirket mukavelesinde yazılı işletme mevzuunun çevresi içinde kalmak şartıyla bütün hakları iktisap ve borçları iltizam edebilirler. Bu husustaki kanuni istisnalar mahfuzdur.”⁴⁹ demektedir.

Dolayısıyla ticaret ortaklıklarının hak ehliyetleri kural olarak ana sözleşmelerinde yazılı işletme konusu ile sınırlandırılmıştır (Ultra Vires İlkesi). Hak ehliyetinin bulunmadığı yerde fiil ehliyetinden de bahsedilemeyeceğinden,⁵⁰ bu sınırlandırma temsil yetkisinde de aynen kendini gösterir. Bu *kanundan doğan işletme konusu ile sınırlandırmadır*. Ortaklığın konusu dışında yapılmış işler yok hükmündedirler. 137. maddede *“...kanuni istisnalar mahfuzdur”* demekle ayrı durumlara açık seçik vurgulanmıştır.⁵¹

TTK m. 321 anonim ortaklık temsilcilerinin *“maksat ve mevzu”* içinde her nevi hukuki işleme yetkili olduklarını belirtse de bu madde ile yetkide kanuni sınırı maksat ve konu olarak genişletmiş değildir. Çünkü kanun maksat terimini çoğu yerde konu ile eş anlamlı, aynı anlama gelir halde kullanmıştır.⁵² Belirtmek gerekir ki; sınır olarak konunun dar yorumlanmaması gerekir. Örneğin; Yargıtay ve çoğunluk; konuya bağlı ve onu kolaylaştıran işlemleri de konu içi saymakta, özellikle ortaklık ana sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olmasa dahi, bir ortaklığın diğerine kefil olması veya onun borcu için ipotek vermesi

⁴⁹ <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/997.html>

⁵⁰ Bahtiyar, Mehmet, *a. g. e.*, s. 127.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz: İpekçi, Nizam, *a. g. e.*, s. 840-841.

⁵² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu / *a. g. e.*, s. 309; Karşı Görüş; İmregün, Oğuz.

durumunda, bunu ticari yaşamın olağan işlemleri arasında ve geçerli saymaktadır.⁵³

Yer ve birlikte temsil; Temsil yetkisinin işletme konusu içerisinde sınırlanamayacağı hususunun istisnasının ilki; temsil yetkisinin *merkezin veya şubenin işlerine* hasrolunabilmesidir. İkincisi ise; *birlikte imza kuralının* getirilmesidir. Yukarıda açıkladığım üzere YK üyelerinden herhangi iki üyenin imzası temsil için yeterli iken; ana sözleşmeye konulacak hükümle bundan ayrılarak, ikiden çok imza kuralı veya herhangi iki imza yerine belli iki imza şartı koyabilirler. Tabi yer ve birlikte temsil sınırlamalarının üçüncü kişiler nezdinden hüküm doğurması bunların tescil ve ilan edilmesi ile mümkündür (TTK m. 321/II). Tescil edilmese de böyle bir sınırlamayı bilenlere karşı, sınırlama ileri sürülebilecektir. Ancak kanıt olarak tescil ve ilan aranır.

Bu iki hal dışında kalan hallerde yapılan yetki sınırlandırmaları; iç ilişkide talimat niteliğinde olup, her nasılsa tescil ve ilan edilseler bile, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

III. YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ VE ÜYELERİN HUKUKİ DURUMU

A. YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİNİN NİTELİKLERİ

Ortaklık ana sözleşmesi ile; üyelikle ilgili kanundaki niteliklerden daha özel nitelikler aranabilir (uzmanlık, eğitim, ikametgah, yaş, tecrübe ... vs.). Bu hususlar bir tarafa kanunda aranan nitelikler şunlardır;

1. Gerçek Kişi Olmak

YK, ancak gerçek kişilerden oluşabilir. Bu vesile ile anonim ortaklıkta pay sahibi olan bir tüzel kişi, yönetim kurulu üyesi seçilemez, ancak kendi temsilcisi olan gerçek kişilerin yönetim kuruluna üye seçtirebilirler (TTK m. 312/II). Bu tüzel kişilerin şirket yönetim kurulunda birden fazla üye bulunduramayacağı Danıştay uygulamasında benimsenmiştir.⁵⁴ Ancak yabancı sermaye uygulamasında yabancı ya-

⁵³ Bahtiyar, Mehmet, *a. g. e.*, s. 127; Bkz: Yarg. 11. HD. 23.03.1982 ve 21.01.1994 tarihli kararları.

⁵⁴ Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 302; Danıştay 3. Daire, 29.12.1976 tarih, 790E./890K.(Yasa

tırımcı tüzel kişininin YK'da birden çok temsilci bulundurmasına imkan verilmektedir.⁵⁵ Bu durum anlaşılması güç bir ayrılık yaratmaktadır.

TTK tasarısı m. 359/II hükmüne göre;

“Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilân olunur; ayrıca tescil ve ilânın yapılmış olduğu, şirketin web sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir.”⁵⁶ denilmektedir.

Dolayısıyla tasarı ile tüzel kişilerde YK'ya üye seçilebilektir. Ancak burada yalnızca tüzel kişilerin seçilmelerinde bahsedip atanmalarından basedilmemesi bir eksikliklidir.⁵⁷

2. Pay Sahibi Olmak

TTK m. 312/II uyarınca; yönetim kurulu üyeleri pay sahibi olanlar arasından seçilecektir. Pay ve pay senedi üzerinde intifa hakkı sahiplerinin genel kurula katılma ve oy kullanma haklarının olması, bunların yönetim kuruluna üye seçilebilme amacı için “pay sahibi” olarak değerlendirilmez.⁵⁸ YK üyesi olarak göreve başlamanın koşulu pay sahibi olmaktır. Dolayısıyla pay sahibi olmayanlar üye olarak seçilebilirler, ancak göreve başlayabilmeleri için, ortak sıfatını yani pay sahibi(en az bir pay) sıfatını kazanması gerekir. Üyenin ortak sıfatını taşıması gerekliliğinin konulmasındaki amaç; üyenin ortaklığa şahsi menfaat bağı ile bağlanmasıdır. Tabii ki bu bir payın şahsi menfaat bağını ne kadar sağladığı tartışılabilir. Kanaatimce bu yasal zorunluluğu yerine getirmek için uygulanmaktadır.

TTK m. 275 gereği kamu tüzel kişilerininin YK'ya temsilci göndermeleri halinde pay sahipliği sıfatı aranmaz. Dolayısıyla kamu tüzel kişileri tarafından atanan üyeler hariç, diğer yönetim kurulu üyeleri pay

D. 1978/5, S.915 vd.)

⁵⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 319.

⁵⁶ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/ttktasarisi.htm>

⁵⁷ Moroğlu, Erdoğan Prof. Dr., Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, Vedat Kitapçılık,1. Bası, Ekim 2007, İstanbul, s. 149.

⁵⁸ Pulaşlı, Hasan, a. g. e., s. 286;

sahibi kişilerden oluşmalıdır.⁵⁹

Bankalar kanununda eskiden banka YK'ya üye olabilmek için kişinin banka sermayesinin en az %1 paya sahip olması gerekliliğini ve bu payında TC Merkez Bankası'na yatırılması gerekliliğini aramakta iken, 4389 sayılı yeni yasa bu hüküm kaldırılmış ve bu yönde özel hüküm konulmadığından, TTK genel hüküm olarak uygulanacağından yukarıdaki hükümler bankalarla ilgili olarak da uygulanır.⁶⁰

3. Fiil Ehliyetine Sahip Olmak

Kanunumuzda ehliyetle ilgili bir hüküm yoktur. Ancak kanaatimce tam ehliyet aranması gerekir. Çünkü anonim ortaklıklarda yönetim kurulu bir yetki ve sorumluluk organıdır, dolayısıyla tam yetki ve tam sorumluluk için tam ehliyet aranmalıdır. Ekonomik düzendeki yerleri ve kamu menfaati de bunun çabasıdır. Böylelikle mümeyyiz küçükler ve mahcurlar YK üyesi olamazlar.⁶¹ Aksi yönde bir düşünce TTK m. 320'deki objektif özen yükümü ve TTK m. 336 ve devamında düzenlenen sorumluluk neden ve şartlarını düzenleyen maddelerle çelişik düşer.

TTK tasarısı ile yeni bir düzenleme gelmiş ve bu düzenleme; "Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır..." hükmü getirilmiş ve YK üyelerinin niteliklerinde açıkça tam ehliyet aranması düzenlenmiştir.

Bankalar kanunu yönetim kurulu üyelerinin yarından bir fazlasının; hukuk, iktisat, işletmecilik, maliye, bankacılık veya mühendislik dallarında yüksek öğrenim görmüş olmasını aramaktadır.⁶²

⁵⁹ Karahan, Sami Prof. Dr., Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, *Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı*, Cilt:12, Sayı:1-3, Beta, Haziran 2006-İstanbul, s. 174.

⁶⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 319.

⁶¹ Aynı yönde Yarg. 11. HD. 03.10.1986, 4520E./4958 K.: "ÖZET: Küçükler ve macurlar anonim ortaklık ortağı olabilirler. Ancak bu kişiler yönetim kurulu üyesi olamazlar. TTK da bu yönde bir hüküm olmamakla birlikte TTK 315/II. maddeye göre YK'na seçilen bir kişinin sonradan ehliyetinin kısıtlanması onun görevinin kendiliğinden sona erme sebebi kabul edildiğine göre, yönetim kuruluna seçilecek kişinin başlangıçta da kısıtlı olmaması gerekmektedir." demektedir. (İpekçi, Nizam, a. g. e., s. 1115,1116.); Aynı yönde görüştekiler: Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ansay T., İmregün Oğuz; Karşı yönde: Arslanlı, Halil)

⁶² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 319.

4. Seçilme Engellerinin Olmaması

TTK m. 315/II’de belirtilen yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren nedenlerin baştan var olması, TTK m. 347 hükmünce; yönetim kurulu üyeliği ile denetçilik görevi bağdaşmaz, bu sebeple denetçiler YK üyeliğine seçilirlerse denetim kurulu üyelikleri sona erer.⁶³ Devlet Memurları Kanunu m. 28 hükmünce; memurlar ticaret ortaklıklarında müdürlük ve yönetim kurulu üyeliği yapamayacaklardır. Ayrıca Noterlik Kanunu’nda da üyeliğe engel hükümler vardır. Av. K m. 12/f hükmü uyarınca; avukatlık YK üyeliğine engel işlerden değildir.

5. Tescil ve İlan

Yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması ve kaybedilmesi *ticaret siciline tescil ve ilan* ile olur (TTK. m. 300/b. 8). Ancak yönetim tescil ve ilan kurucu nitelikte değildir. Üyeliğin kazanılması veya sona ermesi, durumdan haberdar olmayan üçüncü kişilere karşı ancak tescil ve ilan edildikten sonra ileri sürülebilir.⁶⁴

TTK tasarısı m. 359/II’nin ikinci cümlesinde;

“...ayrıca tescil ve ilânın yapılmış olduğu, şirketin web sitesinde hemen açıklanır.” demekle yeni bir nitelik getirmiştir.

Ayrıca yönetim kurulu üyesinin üyeliğinin kaldırılmasına yönelik kararlarda ticaret sicilinde tescil ve ilan edilmedikçe, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez. Ancak kardırmayı bilmediğini iddia eden, ticaret ortaklığının ortağı veya ilgisi ise iyi niyetli sayılmaz.⁶⁵

TTK Tasarısı ile Yönetim Kurulu Üyeliği Niteliklerine Getirilen Yeni Şartlar

Öncelikle belirtmek gerekir ki; yukarıda açıklanan kriterlerdeki değişiklikler ilgili başlığın altında açıklanmış ve değinilmeyen nitelikler ise tasarıda da aynen korunmuştur. Dolayısıyla yenilikler;

⁶³ TTK m. 374 gereği görevi sona eren yönetim kurulu üyeleri, genel kurul tarafından *ibra edilmedikçe* denetçiliğe seçilemezler.

⁶⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 320; Pulaşlı, Hasan, a. g. e., s. 287; Tescil zorunluluğu yönünde Yarg. 11. HD. 24.11.1981 tarih ve 4751E./1019K. (Eriş, Gönen, a. g. e., s. 247, Note 4)

⁶⁵ Yarg. 12. HD. 10.09.1993 tarih, 8967E./14047K. (Eriş, Gönen, a. g. e., s. 247.

TTK tasarısı m. 359/I' de;

"... Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşme yerinin Türkiye'de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır."⁶⁶ demekle

yeni bir nitelik getirmektedir. Ancak bu hüküm Moroğlu'na göre; eğer bu temsilci tek başına ve genel bir temsil yetkisini haiz değilse fazla bir anlam taşımaz demektedir⁶⁷ ve aynı görüşü bende paylaşmaktayım.

Yine TTK tasarısı m. 359/III' ün ikinci cümlesi;

"...Yönetim kurulu üyelerinin en az yarısıyla tüzel kişi adına tescil ve ilân edilen kişinin ve tek üyeli yönetim kurulunda bu üyenin yüksek öğrenim görmüş olması şarttır."⁶⁸ demekle, bankalar kanunundaki düzenlemeye benzer bir şart getirmiştir.

B. YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ SIFATININ KAZANILMASI

Yönetim kurulunun seçimi, genel kurulun yetkisi dahilinde olup bu yetki münhasır bir yetki ve devredilmez bir yetkidir (TTK m. 312/1). Ancak kanunumuz bazı durumlarda değişik seçim ve atama şekilleri öngörmüştür. Nitekim kanunda belirtildiği üzere yönetim kurulu üyesi veya üyeleri; ana sözleşmeyle tayin edilmiş de olabilirler. Yönetim kurulunun seçim ve atamansına ilişkin durumlar sunlardır.

1. GENEL KURUL TARAFINDAN SEÇİLMESİ

Temel ve norma olan seçim yöntemidir. Bu yetki yukarıda belirtildiği gibi münhasırdır. Pay sahipleri önerilen adaylardan istedikleri kişileri yönetim kuruluna seçebilirler. TTK da farklı pay gruplarının ve özellikle azınlıktaki pay sahiplerinin yönetim kurulunda temsil edilmesini sağlayan özel bir hüküm yoktur. Uygulamada şirketteki pay sahibi grupların, yönetim kurulunda temsili, ortaklık ana sözleşmesine konan hükümlerle olmaktadır.⁶⁹ TTK tasarısı m. 360 yeni bir düzen-

⁶⁶ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/ttktasarisi.htm>

⁶⁷ Moroğlu, Erdoğan Prof. Dr., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, Vedat Kitapçılık,1.Bası, Ekim 2007, İstanbul, s. 149.

⁶⁸ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/ttktasarisi.htm>

⁶⁹ Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 288.

leme getirerek;

“2. Belirli grupların yönetim kurulunda temsil edilmesi

Madde 360 - (1) *Esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Haklı bir neden gösterilmedikçe, genel kurul tarafından, yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa dâhil bir pay sahibinin üye seçilmesi zorunludur. Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının üçte ikisini aşamaz.*

(2) *Bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır.”⁷⁰*

demektedir. Aslında mevcut düzlemde uygulamada olan kural, mevzuatada dahil edilmeye çalışılmıştır.

Üyeler, TTK m. 314' e göre en çok 3 yıl için genel kurulda temsil edilen oyların çoğunluğuyla (TTK m. 378) seçilebilirler. Genel kurulun seçim kararında belli bir süre belirtilmemişse, seçim bir faaliyet yılı için yani olağan genel kurul toplantısında yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar geçerli sayılmalıdır.⁷¹ YK üyeleri ana sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça yeniden seçilebilirler. Bu 3 yıllık süre emredici nitelikte olup, ana sözleşme ile bu 3 yılı aşan süreler öngörülsün bile bunlar geçersizdir. Bu yöndeki bir geçersizlik TTK m. 381 deki koşullar aranmaksızın (3 aylık süreye bağlı olmaksızın) her zaman talep edilebilir.⁷²

Genel kurul tarafından YK üyesi seçilmişse, bu yöndeki karar seçilen üye için icap kesbeder ve üye açık veya zımni iradesi göstermesi halinde üyelikle bağı kurulacaktır. Genel kurulda bulunupta seçime itiraz etmemek, gıyapta alınan kararın üzerine yönetim kurulu toplantısına katılmak veya elden dolaştırma yoluyla alınan kararı imzalamak üyeliğin zımnen kabulü anlamına gelir. Genel kurul toplantılarında

⁷⁰ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/ttktasarisi.htm>

⁷¹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 312.

⁷² İpekçi, Nizam, a. g. e., s. 1118.

bizzat hazır bulunmayanların yönetim kuruluna seçilmeleri, bunların göreve aday olduklarını seçimden önce “imzası noterden onaylanmış yazılı beyanda bulunmaları” şartına bağlamıştır.⁷³ GK. Toplantıları İle Komiserler Hakkında Yönetmeliğin 25. maddesi; TTK m. 315 hükmüne göre; yönetim kurulunda yıl içinde vaki boşalmaların onaya sunulması veya TTK m. 315 uyarınca doldurulmamış olanların yerine seçim yapılması konuları, genel kurulun çoğunluğu tarafından oylanmasının ardından gündeme alınabilecektir.⁷⁴

Yönetim kurulu üyesi sıfatının kazanılması ve kaybedilmesi durumlarında tescil ve ilan şarttır. Ancak bu durum üçüncü kişilere açıklayıcı nitelikte olup kurucu değildir, seçilmeleri ile üyelik sıfatını kazanırlar.

3. ANA SÖZLEŞME İLE ATAMA

TTK m. 292 hükmü uyarınca; tedrici kuruluşta ilk yönetim kurulu üyeleri ana sözleşme ile atanırlar. Bu zorunlu değildir. Dolayısıyla ana sözleşme ile atanmamışlarsa, kuruluş genel kurulu tarafından seçileceklerdir. Ani kuruluşta ise; ilk yönetim kurulu üyelerinin ortaklık ana sözleşmesi ile atanması şarttır (TTK m. 303).

Kamu Tüzel Kişilerinin Üye Seçmesi: TTK m. 275; “Devlet, vilayet, belediye gibi amme hükmi şahıslarından birisine esas mukaveleye dercedilecek bir kayıtlı pay sahibi olmasa dahi, mevzuu amme hizmeti olan anonim şirketlerin idare ve murakabe heyetlerinde temsilci bulundurmak hakkı verilebilir.”⁷⁵

Hükmü uyarınca; konusu kamu hizmeti olan anonim ortaklıkların ana sözleşmelerinde bu yönde bir hüküm varsa, üye ortak olmasa dahi, ilgili kamu tüzel kişileri yönetim veya denetim kuruluna temsilci gönderme haklarına sahiptirler. Bu şekilde atanan üyelerin sayısına ilişkin net veri olamamakla birlikte diğer şekilde seçilen ve atanarlardan fazla olamaması gerrettiği hakkaniyete uygun düşmektedir. Yine bu şekilde atanan üyelerin hak ve sorumlulukları tamdır. Yani diğer üyeler gibi sorumludurlar ve aynı haklara sahiptirler. Bu üyelerin atanmaları ve azilleriyerlerine yenisinin atanması ilgili kamu tüzel ki-

⁷³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 312

⁷⁴ Pulaşlı, Hasan, a. g. e., s. 288; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 312

⁷⁵ <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/997.html>

şisinin yetkisindedir.⁷⁶

Ayrıca belirtilmelidir ki; BanK m. 14 hükmüne göre, bir bankanın kanuna, kararlara, bankacılık ilke ve teammüllere aykırı ve emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye sokacak nitelikte işlemler yaptığı BDDK tarafından saptanırsa, yapılan uyarıya rağmen tedbirler alınmaz ve işlemler tekrerrür ederse, BDDK çeşitli tedbirler alma yetkisine sahiptir. Bu önlemler arasında, banka yönetim kurulu üyelerinin tamamını veya bir kısmını görevden alarak veya üye sayısını artırarak üye atamakta sayılmıştır (BanK. m. 14/I,a).⁷⁷

4. YÖNETİM KURULU TARAFINDAN YAPILAN GEÇİCİ SEÇİM

TTK m. 315 hükmünce; yönetim kurulu üyeliğinde herhangi bir boşalma sözkonusu olursa, mevcut yönetim kurulu üyeleri kanuni şartları ve nitelikleri taşıyan bir kişiyi pay sahibi olma şartıyla, geçici olarak yönetim kurulu üyesi seçer ve ilk toplanacak genel kurulda onaya sunar. Boşalma hallerine örnek olarak; ölüm, fiil ehiliyetinin kaybı, temyiz kudretinin yitirilmesi...vs. verilebilir. TTK m. 315 yönetim kuruluna tanıdığı yetki açısından emredici nitelikte değildir. Yani ana sözleşmeye konulacak bir hükümle bu yetki yönetim kurulundan tamamen alınabilir. 315 ile sunulan yetki mutlak suretle genel kurulun onayına sunulmak zorundadır.⁷⁸

Geçici olarak seçilen üye genel kurula sunulma anına kadar norma bir üyenin hak ve yetkilerine sahiptir. Geçici üye pay sahibi olan üye olmalıdır.⁷⁹ Çünkü pay sahibi olmayanları yönetim kurulu üyesi yapma yetkisi sadece genel kurula tanınmış bir yetkidir (TTK m. 312, 316). Genel kurul onaya sunulan geçici üyenin üyeliğini onaylamazsa bu ileriye doğru hüküm doğurur. Boşalan üyeliğe üye seçmekle yönetim kurulunun yetkisi sona erer ve artık bu geçici üyeyi azlederek

⁷⁶ Bahtiyar, Mehmet, *a. g. e.*, s. 130.

⁷⁷ Bahtiyar, Mehmet, *a. g. e.*, s. 130.

⁷⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ *a. g. e.*, s. 313.

⁷⁹ Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 290; Arslanlı Halil, *Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve tahviller*, Cilt: II-III, 1960, s. 105; Aynı Yönde Yargıtay Kararı: 11. HD. 27.06.1994, 1729E./5530K. ; Aksi Yönde Görüş; Eriş, Gönen, *Anonim Şirketler Hukuku*, Ankara-1995, s. 208.

yerine başkasını seçemezler. Nitekim TTK m. 316 hükmünce; artık bu üyeyi azil yetkisi münhasıran genel kurula aittir.

Yönetim kurulu kurul-organ olarak toplanıp karar alma yeteneğine sahip olduğundan boşalan üyeliklere, bu sıfatını sürdürdüğü sürece yeni üyeler seçebilecektir. Yani m. 315'teki "üyeliğin açılması" her ne kadar tekil gözüksede birden fazla boşalmadada üye seçebilecektir. Peki ya yönetim kurulunun bu seçimlerde toplantı ve karar yeter sayısı nedir? Bu konuda kanun açık bir hüküm belirtmemiştir. Bazı görüşlere ve kanaatime göre; yönetim kurulu, kurul- organ olarak toplanıp karar alma yeteneğine sahip olduğu sürece boşalan üyelikler için yeni üyeler atayabilir. Yani yönetim kurulu boşalmalar nedeniyle toplantı nisabını kaybetmişse, artık toplanıp TTK m. 315 hükmüne göre "yeni üye seçemez"⁸⁰ denilmektedir. Çünkü yönetim kurulunun TTK m. 330 kapsamında kurul-organ olarak çalışabilmesinin koşulu üye tamsayısının yarısının bir fazlası ile toplanmasıdır. Dolayısıyla talep ve hızlı işleyiş düzenlemenin bu yönde olmaması yönünde olsada, kanun lafzından çıkan budur. Kanun koyucu aksini amaçlasa idi özel bir düzenleme yapması gerekirdi. Ancak kaosun aşılması için kanunda düzenleme yapılması şarttır.

Bazı yazarlar ise; yönetim kurulu karar alma yeter sayısına sahipse üye seçimleri hakkında karar alabilir demektedirler. Çünkü düzenlemedeki amaç ortaklığın organsız kalmamasıdır. Aksi durumda m. 315 hükmüne göre seçim yapılmasının çok zorlaşması sonucu, daha külfetli ve masraflı yol olan olağanüstü genel kurula gitme gerekliliği doğarki, buda kanun koyucunun amacını aşmış olur denilmektedir.⁸¹ Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur. Ancak karşı oy yazılarında Yargıtay kararlarında azımsanacak düzeyde değildir.

Yedek Üye Seçimi

Kanunumuzda bu yönde bir hüküm olmamakla birlikte; genel kurulun, yönetim kurulu üyeliği için yedek üye veya üyeler seçebileceği

⁸⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 314 ; Domaniç, Hayri, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi II, İstanbul 1988, s. 470 vd.; Teoman, Ömer, *Yaşayan Ticaret Hukuku*, Kitap 8, İstanbul 1988, s. 48; Eriş, Gönen, *Açıklamalı- İcraatlı Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler*, C. I, 2. Bası, Ankara 1992, s. 891 vd. (Karşı Oy Yazısı)

⁸¹ Aynı görüşte olan; Pulaşlı, Hasan, a. g. e., s. 290, Arslanlı Halil, a. g. e., s. 105.

uygulamada ve öğretilerde kabul edilmektedir. Bu suretler KoopK'nun 55/II hükmünde benimsenen ve uygulamada rastlanan bu sistem anonim ortaklık içinde geçerli kılınmaktadır.⁸² Böylelikle üyelikte herhangi boşanmada yerine yedek üye geçebilektir.

C. YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ SIFATININ KAYBEDİLMESİ

1. KENDİLİĞİNDEN SONA ERME

Yönetim kurulu üyeliği; üyenin iflası, kısıtlanması, ağır hapis cezasına çarptırılması, üyelik için gerekli nitelikleri kaybetmesi veya TTK m. 315 sayılan yüz kızartıcı suçlardan ("*...Ağır hapis cezasıyla veya sahtekarlık, emniyeti suiistimal, hırsızlık, dolandırıcılık suçlarından dolayı mahkumiyet...*") birisinden dolayı mahkum olması hallerinde kendiliğinden sona erer (TTK m. 315/II).⁸³ TTK m. 315 te sayılan suçlardan dolayı üyeliğin sona ermesi, mahkumiyet kararının kesinleşmesi koşuluna bağlıdır. Ancak tabiki genel kurul bu durumlarda üyeyi kararı beklemeden görevden alabilir.⁸⁴

Belirtmek gerekir ki ölüm, görev süresinin bitmesi de kendiliğinden sona erme sebepleridir. Görev süresi ile ilgili, TTK m. 314 gereği en çok 3 yıl için üyeler seçilebilirler. Ana sözleşme ile bu süre kısaltılabilir, ancak uzun bir süre belirlenemez. Ana sözleşme ile üyelerin görev süresi 3 yıldan daha uzun belirlendi ise, 3 yılı aşan kısım hüküm doğurmaz ve üyelik sıfatı; 3 yılın bitiminde, süreli olarak seçimde ise sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer.⁸⁵ Belirtmek gerekir ki *yönetim kurulu üyesi 3 yıllık seçilmiş ise; yönetim kurulunun, genel kurul topluyarak yeni yönetim kurulunun seçilmesini sağlama yetki ve yükümlülüğü altındadır. 3 yılın bitiminden sonra kanunun emredici hükmü gereği şirketin yönetim organından yoksun kaldığı kabul edilmeli ve artık tüm ilgililerin MK m. 426 vd. hükümlerine göre ortaklığa bir kayyım atanmasını talep etme hakkı vardır. atanacak kayyım da saddece acil işleri yapar ve önemlisi olarakta en kısa sürede genel*

⁸² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 314. ; Eriş, Gönen, *Anonim Şirketler*, m. 312, Ankara 1995, s. 188 ; İmregün Oğuz, a. g. e., s. 194.

⁸³ Yarg. 11. HD. 24.11.1981, 81/4751E., 81/5019K.(YKD 1982, sayı:4, s. 517 vd.)

⁸⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 315

⁸⁵ Yarg. 11. HD. 24.11.1981, 81/4751E., 81/5019K.(YKD 1982, sayı:4, s. 517 vd.)

kurulu toplanyıya çağırarak organları oluşturmaktır.kayıyımın yetkilerinin sınırlarının belirtilmesi de önemlidir.⁸⁶

Uygulamada yönetim kurulunun görev süreleri genellikle 1 yıl, 2 yıl 1,5 yıl gibi ifade edilir. Bu sebeple üyelik süresinin sona ermesi; üye ana sözleşme ile atanmışsa, ana sözleşmenin tescili ve ilanı ile görevine başlayacağı için, tescil ve ilandan itibaren, genel kurul kararı ile seçilmişse, karar gününden itibaren işleyecek süreler neticesinde kendiliğinden sona erecektir. Tabi genel ifadelerle görev süreleri belirtilmişse (1 yıl, 2 yıl...gibi) bunu yönetim kurulunun bir faaliyet göne mi veya 2 faaliyet dönemi olarak anlamak gerekir. Seçim kararlarında hiç süre belirtilmemişse, bu seçimin bir faaliyet dönemi için anlamak gerekir. Yani bu üyeler bir sonraki genel kurulda yeni yönetim kurulu üyeleri seçilinceye kadar görev yaparlar.

Yargıtay, genel kurulda *“ilk yapılacak genel kurula kadar görev yapamamak üzere”* seçilen yönetim kurulu üyelerinin üyelik sıfatının olağan genel kurulun gecikmesinde dahi, GK toplantısı yapıncaya kadar devam edeceğini kabul etmektedir.⁸⁷

Yönetim kurulu üyelerinin görev süresi bittiği takdirde, ilk genel kurul gündemine yönetim kurulu üyelerinin seçimi maddesinin alınması gerekir. Şayet ilk genel kurul gündemine seçim maddesi alınmadı ise; GK Toplantıları ile Komiserler Hakkındaki Yönetmelik'in 25. maddesi uyarınca, seçim maddesi genel kurul sırasında Komiser tarafından gündeme zorunlu olarak ilave ettirilir. Dolayısıyla bu durum görev süresi dolan YK üyeleri yerine yenilerinin seçiminin gündeme bağlılık ilkesinin istisnalarından biri olarak mevzuatımızda da karşımıza çıkmaktadır.

2. İSTİFA

Üyelik sıfatı üyenin istifası ile son bulur. İstifa tek tafaflı bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olduğundan ortaklık iç ilişkisinde, bu yöndeki beyanın ortaklığa ulaşmasıyla hukuki sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla YK nun kabulüne bağlı değildir. Ancak dış ilişkide, iyi ni-

⁸⁶ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 317

⁸⁷ Yarg. 11. HD. 27.03.2000t. 2000/1426E., 2000/2264K.- yayınlanmamıştır.(Poroy/ Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 316).

yetli üçüncü kişiler bakımından sonuç doğurabilmesi için, istifa beyanının ticaret sicilinde tescil ve ilan edilmesi gerekir.⁸⁸

Ticaret sicilinin olumlu etkisi yalnız hukuki işlemlerden kaynaklanan borçlar açısından geçerlidir. Doalısıyla doğumunda sicilin rol oynamadığı borçlar(haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden, VUK m. 10 ve AATUHK Mük. m. 35'teki gibi kanundan doğan borçlar) açısından istifanın ortaklığa ulaşmakla sonuçlarını yaratacağı belirtilmektedir.⁸⁹İstifa hakkının kullanma şartları ise; üye ile ortaklık arasındaki sözleşmenin niteliğine bakmakla anlaşılabilir. Bu sözleşme ilişkisi genellikle vekalet olduğundan uygun olmayan bir zamanda tazminat talep edilebileceği gibi, ortaklığın bu yüzden uğradığı zararın tazmininde talep edilebilir.

3. AZİL

Üyeleri azil yetkisi ortaklık genel kurulunun yetki alanındadır. Bu yetki genel kurulun münhasır ve emredici yetkisidir. Ana sözleşme ile atansalar dahi, yönetim kurulu üyeleri genel kurul tarafından azledilebilirler ve bu azil neticesinde tazminat gerektirmez (TTK m. 316). Azil ile üyelik sona erer. Yasada azil için belli şartlar öngörülmediğinden, üyeler hiçbir sebep gösterilmeden de azledilebilirler.⁹⁰

Azil konusundaki genel kurulun takdir hakkı mutlaklıdır. Dolayısıyla takdir hakkının yanlış kullanıldığı iddiası ve görevin devamı talebi ile dava açılmaz. Ancak genel kurul kararı şekil itibariyle geçerli değilse, iptali dava edilebilir. Azil kararı; azledilen yönetim kurulu üyesine tebliğ edilmesi ile hüküm doğurur. Ancak genel kurul tüm yönetim kurulu üyelerini azletmişse, azil kararı denetçilerce ticaret siciline tescil ve ilan ettirilir ve üçüncü kişilere karşı bu tescil ve ilandan itibaren hüküm ifade eder (TTK m. 33, 38, 323).⁹¹

Yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından azli gündeme bağlılık ilkesinin kapsamı içindedir.⁹² Yani gündemde yönetim ku-

⁸⁸ Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 291.

⁸⁹ Bahtiyar, Mehmet, *a. g. e.*, s. 131 ; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ *a. g. e.*, s. 317.

⁹⁰ Eriş, Gönen, *a. g. e.*, s. 216,217; Ayrıca, Yarg. 11. HD. 03.02.1983t. , 5836E./432K.

⁹¹ Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 293; Arslanlı Halil, *a. g. e.*, s. 205.

⁹² Eriş, Gönen, *a. g. e.*, md.316 s. 906; Yarg. 11. HD. 20.12.1985 t. 7001E./7178K.

rulunu azle imkan verecek bir madde olmadığı sürece azil konusu görüşülüp karara bağlanamaz. Ancak gündemdeki maddeleri geniş yorumlamak esastır yoksa her ufak ayrıntının ayrıntılı gündeme yazılması söz konusu olurki bu da amaçla çelişir. Dolayısıyla yönetim kurulunun, genel kurula hesap vermesi anlamını taşıyan her maddenin (bilanço ve kar-zarar hesabının, faaliyet hesabının, faaliyet raporunun veya özel denetçi raporunun görüşülüp oylanması...vs) gereğinde “ilgili” yönetim kurulu üyelerinin azlini de içerdiği kabul edilir.⁹³ Genel kurulda yönetim kurulu üyelerinin azline karar verildiği takdirde, aynı toplantıda “çoğunluk kararı” ile yerlerine yenilerinin seçimi maddesi gündeme alınarak karara bağlanabilir (Genek Kurul Toplantıları ve Komiserleri Hakkında Yönetmelik m. 25).⁹⁴

D. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HAKLARI

1. KİŞİSEL NİTELİKTE HAKLARI

Ortaklık yönetiminde bulunmanın ve ortaklık iş ve işlemlerinden müteselsilen sorumlu olmanın doğal sonucu kişisel hakları ortaya çıkarmıştır. Yani bu haklar mali nitelik taşımayan aynı zamanda birer yükümlülük niteliğinde olan haklardır. Bunlar kişisel olduğu kadar idari nitelikte de haklardır.

a. Yönetim Hakkı

Yönetim ve temsil olgularının oluşması ve bunların icrası bakımından kişisel nitelikteki yönetim hakkının varlığı kaçınılmazdır. Bu sebeple her üyenin; yönetim kurulu toplantılarına davet ve katılma hakkı, yönetim kurulunu, başkana sunulacak yazılı talep ile toplantıya çağırma hakkı (TTK m. 331/II) ve istediği konuları toplantı gündemine aldırma hakkı vardır. üyenin yönetim kurulu toplantısına katılmasını yasaklayan bir hal bulunmadıkça, toplantıda fikirlerini açıklamak, oyunu kullanmak hakkına da sahiptir.⁹⁵

⁹³ Teoman, Ömer, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçim ve Azillerinin, Gündeme Bağlılık İlkesi ile İlişkisi, *İktisat ve Maliye Dergisi*, S. 1, s. 20 vd.

⁹⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 318.

⁹⁵ Pulaşlı, Hasan, a. g. e., s. 310.

b. Temsil Hakkı

TTK m. 319 uyarınca ana sözleşmede aksine düzenleme olmadıkça her yönetim kurulu üyesi, diğer bir yönetim kurulu üyesi ile birlikte ortaklığı temsil etme hak ve yükümlülüğüne sahiptir (TTK m. 321/III). Yönetim kurulu üyelerinin; yerine getirilmesi kişisel sorumluluklarını gerektirecek genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakları da vardır (TTK m. 381/III).⁹⁶

c. Bilgi Alma Hakkı

Üyelerin; ortaklığı temsile ve ortaklık işlerini görmeye yetkili temsilci veya yöneticilerden (temsilci üyeler, müdür veya murahhaslar) genel olarak işlerin gidişatı veya belirli bazı iş veya işlemlerle ilgili "*Bilgi alma hakları*" vardır (TTK m. 331). Bu hak üyelerin müteselsil sorumluluğunun bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat ortaklık defterler ve evraklarını bizzat inceleyebilmeleri için, yönetim kurulunun bu konuda onay kararı vermesi gerekmektedir (TTK m. 331/I).

Kural olarak müteselsil sorumluluğa tabi olan ve seleflerinin işlemlerini incelemesi yükümü bulunan yönetim kurulu üyelerinin ortaklık defter ve evrakını inceleme yetkisinin bu derece kısıtlanması kanunun kurduğu sistem içinde bir çelişki ve eksiklik yarattığı söylenebilir.⁹⁷ Bu çelişkiyi, İsviçre yasa koyucusu, İsviçre borçlar kanununda 1991 yılında yaptığı değişiklikle gidermeye çalışmıştır. Bu düzenleme ile, yönetim kurulunun her üyesi, toplantıda ortaklığın bütün işleri hakkında bilgi verilmesini, ortaklığın işlerini yürütmekle görevli kişilerden işlerin gidişi hakkında bilgi isteyebilir. Ayrıca görevin yerine getirilmesi için gerekli hallerde her üye; yönetim kurulu başkanından defter ve belgelerin kendisine ibrazını isteyebilecektir. Başkan talebi reddederse buna yönetim kurulu karar verir.⁹⁸ İsviçredeki bu düzenlemenin benzerinin Türk hukukunda da yapılması gerekmektedir.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 13 vd.

⁹⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 321

⁹⁸ Bkz. İsv. BK m. 715a (Pulaşlı, Hasan, a. g. e., s. 311)

2. MALİ NİTELİKTEKİ HAKLARI

a. Huzur Hakkı

Ana sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, yönetim kurulu üyelerine hazır buldukları her toplantı için belli bir ücret verilir. İşte buna huzur hakkı denir. Bu ücret ana sözleşmede tayin edilebilir, edilmiş ise genel kurul ücreti takdir edecektir (TTK m. 333). Huzur hakkı tayin yetkisi genel kurul için münhasır yani devredilmesi imkansız bir yetkidir. Huzur hakkının alınamayacağı ana sözleşmede tesbit edilsede, üyelerin toplantıya katılabilmek için harcadıkları masrafları ortaklıktan isteyebilirler.⁹⁹ Huzur hakkının üst sınırı ana sözleşmede belirtilmiş ise ayda kaç toplantı yapılırsa yapılsın, alınacak huzur hakkı ücreti bu üst sınırı geçemez.¹⁰⁰

b. Ücret

Yönetim kurulu üyelerine belirli dönemlerde ücret ödenmesine; ana sözleşmeye konulan bir hükümle veya genel kurul kararı ile karar verilebilir. Ücretin miktarı ana sözleşmede belirtilebileceği gibi genel kurulun takdirine de bırakılmış olabilir. Benimde katıldığım genel ortak kanaate göre ücretin tesbiti eğer genel kurula bırakılmış ise, bu tesbit yetkisi genel kurulun münhasır yetkisindedir.

c. Kazanç Payı

Yönetim kurulunun teşvik edilmesi, iyi ve verimli çalışması ve başarısının tetiklenmesini amaçlar. Bu ortaklık kazancından (karından) yönetim kurulu üyelerine pay verilmesi şeklinde olur. Bu yönde teşvik hem ortaklık, hem ortaklar, hemde yönetim kurulu üyeleri için yararlıdır.

TTK m. 279/II/V e göre; *kazanç payı verilebilmesi ana sözleşmede hüküm bulunmasına bağlıdır.*

TTK m. 472 kazanç payı verilmesini bazı şart ve kısıtlamalara bağlamıştır. Bunlar; *“safi kazanç üzerinden kanuni yedek akçeler ayrıldıktan*

⁹⁹ İmregün *a. g. e.*, s. 238.

¹⁰⁰ İmregün Oğuz, *a. g. e.*, s. 238.

sonra, ve ana sözleşmede daha fazla bir oran öngörülmemişse, ortaklara en az %4 kar dağıtıldıktan sonra verilebilir". Dolayısıyla bu pay ortaklığın karlılık durumuna ve yönetim klurulunun katkılarına göre genel kurulca tayin edilmektedir.

Kazanç payı müktesep hak ihtiva etmez. Yani ana sözleşme ile kazanç payı öngörülse bile ana sözleşme değişikliği ile bu pay artırılabilir gibi, düşürülebilir veya kaldırılabilirde.¹⁰¹ Ancak ana sözleşme değişikliğine kadar doğmuş kazanç payı, değişiklikten önceki uygulamaya göre hesaplanacaktır. Çünkü genel kurul kararları ileriye doğru hüküm doğurur. Kazanç payı alma hakkı doğmuş ancak üyelere bu dağıtılmıyorsa üyelerin dava açıp, temerrüt faizi ile bu payı tahsil imkanları vardır.¹⁰² fakat pay sahiplerine kar payı dağıtılmasına genel kurul karar vermemişse, yönetim kurulu üyelerine de kazanç payı dağıtılamaz.¹⁰³

Kazanç payı görev süresi ile doğru orantılıdır.¹⁰⁴ Dolayısıyla istifa veya azil ile görev süresi sona eren üyenin kazanç payı, görev yaptığı süre ile tesbit edilir.¹⁰⁵

Kazanç payı haksız ve kötü niyetle alınmış ise, yönetim kurulu üyeleri bunları iade ile mükelleftirler (TTK m. 473). Paranın alındığı tarihten itibaren 5 yılda zamanaşımına uğrar (TTK m. 473/II).

TTK m. 474/I, II, hükmü;

"...Şirketin iflası halinde idare meclisi azaları şirket alacaklılarına karşı, iflasın açılmasından önceki son üç yıl içinde kazanç payı veya başka bir nam altında hizmetlerine karşılık olarak aldıkları ve fakat münasip ücreti aşan ve bilanço münasip bir ücret miktarına göre tedbirli bir tarzda tanzim edilmiş olduğu takdirde, ödenmemeleri gereken paraları geri vermekle mükelleftirler.

¹⁰¹ Yarg. 11. HD. 21.11.1987t. , 7744E./6613K. (Eriş, Gönen, a. g. e., s. 794 Note:5)

¹⁰² Bu Yönde Karar: Yarg. 11. HD. 14.05.1993t. , 3189E./3491K. (Eriş, Gönen, a. g. e., s. 795 Note:6)

¹⁰³ Pulaşlı, Hasan, a. g. e., s. 313 ; Yarg. 11. HD. 28.04.1983t. , 1506E./2181K. (Eriş, Gönen, a. g. e., s. 795 N:3)

¹⁰⁴ Toplantılara Katılmayan Bir Yönetim Kurulu Üyesinin Kazanç Payı Alabilip Alamayacağı Sorunu Hakkında Ayrıntılı Bilgi İçin: Teoman, Ömer Prof. Dr., *Otuz Yıl Ticaret Hukuku –Tüm Makalelerim*, Cilt II, Beta, Şubat 2001, İstanbul, Makale-57, s. 245 vd.

¹⁰⁵ Pulaşlı, Hasan, a. g. e., s. 313 ; Yarg. 11. HD. 22.10.1986t. , 4506E./5480K. (Eriş, Gönen, a. g. e., s. 795 N:4)

Sebepsiz iktisap hakkındaki hükümler gereğince istirdadı mümkün olmayan paraların geri verilmesi mükellefiyeti yoktur.”¹⁰⁶

demekle kazanç payının geri verileceğini belirtmektedir.

d. İkramiye

Yönetim kurulu üyelerine çalışmalarını sırasında başarı elde etmeleri sebebiyle, ana sözleşmede yer almasına ve ortaklığın kar etmesine gerek olmadan ikramiye verilebilir. Yani ortaklık zarar etse dahi ikramiye verilebilir. Örneğin; ortaklığın zararı önceki yıl veya yıllara göre azaltıldıysa genel kurul ikramiye kararı alabilir. Bu konudaki yetki yani ikramiyenin takdiri tamamen ortaklık genel kuruluna aittir. İkramiyenin bir hak olmadığını da belirtmek gerekir. Bu sebeple yönetim kurulu üyelerince talep edilebilir niteliği yoktur. Genel kurul takdir yetkisini kullanarak ikramiyeye verebilir veya vermez. Tabi ki bu yetki kullanılırken, iyi niyet, dürüstlük, sadakat kurallarına (TTK m. 2, TTK m. 381) uymak şarttır.

TTK tasarısı m. 394 ile mali nitelikteki haklar; *“Yönetim kurulu üyelerine, tutarı esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak şartıyla huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. ancak burada paylaştırmadan bahsedilmemiş olup bu hussunun maddeye ek fıkra olarak şu şekilde;

“Yönetim kurulu üyelerine topluca verilecek olan kazanç payının üyeler arasında nasıl dağıtılacağı genel kararında belirtilmemiş ise yönetim kurulunca belirlenir.” Şeklinde eklenmesi gerekir.”¹⁰⁷

E. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN BORÇLARI (YÜKÜMLERİ)

1. YÖNETİME İLİŞKİN YÜKÜMLER

a. Yönetimsel Yükümü

Yönetim kurulu üyeleri, yönetim hakkının kullanılmasıyla ilgili

¹⁰⁶ <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/997.html>

¹⁰⁷ Moroğlu, Erdoğan Prof. Dr., *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, Ekim 2007, İstanbul, s. 179.

tüm faaliyetlere katılmaya mecburdurlar. Bu hem bir hak, hem bir yükümlülüktür. Toplantılara katılmak, oy kullanmak, ortaklığın zararına gördüğü hususlarda karşı oy kullanmak, önerilerde bulunmak, müzakerelere iştirak etmek... vs. yönetsel bir hak ve yükümlülüktür. TTK m. 338 hükmüne göre; ortaklığın zararına gördüğü hususlarda veya diğer yönetim kurulu kararlarında, muhalefetini zapta geçirecek durumdan yazılı olarak denetçileri haberdar eden yönetim kurulu üyesi müteselsil sorumluluktan kurtulacaktır.

Elden dolaştırma yoluyla alınan kararlara katılmamak veya muhalefetini öneriye yazmamak sorumluluk nedeni oluşturmaz. Çünkü bu suretle alınacak kararlarda; toplantı yeter sayısı oy birliği olduğundan, önerideki imza eksikliği kararın oluşumunu önleyecek ve karar uygulanma yeteneği kazanmayacaktır.¹⁰⁸

b. Gözetim Yükümü

Yönetim kurulu üyeleri, ortaklık iş, işlem ve ilişkilerinin gidişatını, ortaklık idaresinin durumunu gözetmekle de yükümlüdürler. Esasında bu yüküm, özen ve sadakat borcunun bir yansımasıdır. Ortaklığın deyim yerindeyse denetlenmesi, yukarıda açıkladığım bilgi alma hakkının kullanılması ile gözetim yükümlülüğü yerine getirilebilecektir. Üyeler; iş ve işlemlerin gidişatını, bunların kanunlara, ortaklık esas sözleşmesine, ortaklık yararına uygunluğunu gözlemek durumundadırlar. Kurul üyeleri incelemeleri sırasında tespit ettikleri usulsüzlük ve yolsuzluklardan, denetçileri haberdar etmekle görevlidirler. Hatta gereğinde genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma hakkındadırlar.¹⁰⁹

Genel gözetim yükümü, yönetim yetkisi tümüyle murahhaslara bırakılsa dahi devam eder. TTK m. 308 gözetim ve inceleme görevini özel olarak; *"ilk yönetim kurulu üyeleri, kuruluş işlemlerini özel olarak incelemek ve saptadıkları yolsuzlukları denetçilere bildirmekle yükümlüdürler"* şeklinde düzenlenmiş ve gözetim yükümünü ihlal eden üyelerin müteselsilen sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır. Ayrıca; TTK m. 337 gereğince; yeni seçilen veya tayin olunan yönetim kurulu üyeleri, kendinden önceki üyeleri işlemlerini incelemekle ev gerekli halde

¹⁰⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 322.

¹⁰⁹ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 322.

denetçilere bildirmeye mecbur tutulmuşlar ve bunun ihmali halinde kendilerinden önceki yapılan usulsüzlük ve yolsuzluğa iştirak edecekleri düzenlenmiştir.

2. ORTAKLIK İLE İŞLEM YAPMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

a. Yükümlülüğün Kapsamı

TTK m. 334 hükmüne göre; “İdare meclisi azalarından biri umumi heyetten izin almadan kendi veya başkası namına bizzat veya dolayısıyla şirketle şirket konusuna giren bir ticari muamele yapamaz. Aksi takdirde şirket yapılan muamelelerin batıl olduğunu iddia edebilir. Aynı hak diğer taraf için mevcut değildir.” Demekle yönetim kurulu üyesinin; kendisi veya başkası adına, bizzat veya dolayısıyla ortaklığın işletme konusuna giren bir işlemi ortaklık ile yapamayacağını belirtmektedir. Böylelikle yasa; üyelerin yetkilerini kötüye kullanmalarının önüne geçerek ortaklık çıkarını gözetmektedir.

Ancak anonim ortaklık genel kurulu; yönetim kurulu üyeleri için konan ortaklıkla işlem yapma yasağını kaldırma yetkisine sahiptir. Genel kurul yasak işlemlerin yapılmasına izin verebileceği gibi, icra olunmuş somut bir işleme icazette verebilir. Genel kurul bu izni tüm üyelere veya belli üyelere verebilir. İznin geçerlilik süresi belirlenebilir, belirlenmemişse izin; verilen üye veya üyeler için süresiz olarak geçerlidir. Yani izin verilen üye veya üye kadrosu değişmedikçe diğer genel kurullarda yenilenmesine gerek yoktur. Ayrıca ortaklık ana sözleşmesine konulacak bir hükümle de bu yasak kaldırılabilir, ama konan bu hükümden tüm yönetim kurulu üyeleri yararlanacak ve ana sözleşmede bu yönde hüküm olduğu sürece genel kurul aksi yönünde karar alamayacaktır¹¹⁰.

TTK tasarısında m. 395 ile yeni düzenlemeler getirilmiştir. Madde metni;

“Madde 395 - (1) Yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin almadan, şirketle başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz.

¹¹⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 323 ; Ayrıntılı bilgi için: Çamoğlu Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı, İkt. Mal., C. XVII, S.2, Mayıs 1970, Sh.78vd.,

(2) Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve güvence veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler." şeklindedir.

b. Yükümlülüğe Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları

TTK m. 334 ikinci ve üçüncü cümlesinde "...Aksi takdirde şirket yapılan muamelelerin batıl olduğunu iddia edebilir. Aynı hak diğer taraf için mevcut değildir..." şeklinde düzenlenmiştir. Sakatlığın derecesi belli olmadığından ve genel kurulun icazet verebilmesi de mümkün olabileceğinden, işlem yapmama yükümlülüğüne uyulmayarak yapılan işlemlerin akıbeti "askıda hükümsüzlük" olup ortaklık işlemin kendisi yönünden geçersizliğini öne sürebilir. Fakat yönetim kurulu üyesi bunu ileri süremez (tek taraflı bağlamazlık kuralı).¹¹¹ Ortaklık genel kurulu, ortaklığı bağlayıp bağlamayacağı yönünde karar verecektir. Ortaklık bu işlem dolayısıyla bir zarara uğramışsa, bu zararın tahsili için; işlemi yapan yönetim kurulu üyesi veya üyeleri aleyhine, ortaklığa tazminat davası açma hakkının tanınması gerekir.¹¹²

3. ORTAKLIK İLE REKABET ETMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yönetim kurulu üyeleri, ortaklığın işletme konusuna giren iş ve işlemleri kendi veya bir başkasının hesabına yapamayacağı gibi, aynı türden ticari işlerle uğraşan bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla da giremez (TTK m. 335).¹¹³ TTK m. 335 bu hali ile üyelerin aynı

¹¹¹ Bahtiyar, Mehmet, *a. g. e.*, s. 133.

¹¹² Ortaklıkla İşlem Yapmama Yükümlülüğü Konusuna İlişkin Ayrıntılı Bilgi İçin: Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklıkla İşlem Yapma Yasağı, *İkt. Mal.*, C.XVII, S. 2, Mayıs 1970, s.78 vd.; Öçal, Akar, Avrupa Tipi Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Öngörülen Rekabet ve Şirketle Muamele Yapma Yasağı, *İkt. Mal.*, C. XXVII, S. 12, Mart 1981, s. 451-455.

¹¹³ Yarg. 11. HD. 21.11.1985 t. , 5620E./6350K. " ...bir anonim şirketin yönetim kurulu üyesi ve genel müdürü olan şahsın, genel kuruldan izin almadan, aynı konuda faaliyet gösteren bir limited şirket kurup, müdür sıfatıyla bu şirketin işlerini yürütmesi TTK m. 335 hükmüne aykırıdır." (Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 317; Çevik, O.,

konu ile uğraşan bir kolektif şirkete girmelerini veya komandit ortaklıkta komandite ortak olmalarını rekabet yasağına aykırı saymıştır. Bana karşılık YK üyesi komandit ortaklığa komanditer veya anonim ya da limited ortaklığa ortak olarak girebileceklerdir. Rekabet yasağının ihlali için öncelikle işlemin ortaklık konusuna girmesi gerekir. Bu da ortaklığın uygulamada fiilen uğraştığı işlerdir. TTK m. 335 ortaklığın konusuna giren “*ticari muameleleri*” yasaklamıştır. Öyleyse, ortaklık konusuna girse dahi ticari olmayan işlerde rekabet yasağı yoktur. Tabi burada ticari niyetle yapılmış muamelelerden bahsetmek amaca uygun düşer.¹¹⁴

Peki, ama yönetim kurulu üyesi konusu aynı olan diğer bir ortaklıkta yönetim kurulu üyesi olabilir mi? Kanunda bu yönde bir düzenleme olmamakla birlikte TTK m. 335 in ruhu ve sadakat borcu kavramları değerlendirilmesi ile buna müsaade edilemeyeceği kanaatindeyim.

Ortaklık genel kurulu, yönetim kurulu üye veya üyelerine rekabet yasağı kapsamına giren iş ve işlemleri yapabilme izni verebilir (TTK m. 335). Bu tür bir izinde rekabet yapmama yükümlülüğü işlemez. Genel kurulun izni açık veya zımni olabilir. Hatta yapılan iş ve işlemlere icazet vermek suretiyle de yükümlülüğü kaldırabilir. Genel kurulun izni yeni seçilen üyeler hakkında uygulanmaz. Ana sözleşmeye konulacak rekabet izni hükmü ile de yasak kaldırılabilir ve bundan tüm yönetim kurulu üyeleri ve yeni seçilenler faydalanabilir ve bunun süresi değiştirilmesi anına kadardır. Genel kurulun verdiği rekabet etme izninde ise; süre belirtilmişse sürenin bitiminde, belirtilmemişse, izin verilen üye veya üyeler için onların üye sıfatları sonuna veya izin kaldırılana kadardır. Yani her olağan genel kurulda yenilenmesine gerek yoktur.¹¹⁵

TTK m. 335 kapsamındaki rekabet yasağına aykırı davranışın bir yaptırımını söz konusudur. Ancak unutmamak gerekir ki bu madde ile TTK m. 56 vd. maddelerdeki *haksız rekabet* hükümlerini karıştırmamak gerekir. TTK m. 56 vd. genel olarak herkese uygulanacaktır; m. 335 ise yukarıda açıkladığımız hususlara özel bir durumdur. Bu sebeple genel kurul veya ana sözleşme ile üye veya üyelerin TTK m. 335 hükmüne göre rekabet yasakları kaldırılrsa dahi bu TTK m. 56 vd. maddelerdeki

Anonim Şirketler, Ankara-1988, s. 551.)

¹¹⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 325.

¹¹⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 326.

haksız rekabet hükümlerine sirayet etmez ve yönetim kurulu üyelerinin TTK m. 56 vd. maddelerdeki sorumlulukları devam eder.

TTK m. 335 rekabet yapmama yükümlülüğüne aykırı eylem ve işlemlerin yaptırımını; “...*Bu hükme aykırı harekette bulunan idare mec-lisi azasından şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan mua-meleyi şirket namına yapılmış addetmekte ve üçüncü şahıslar hesabına ak-dolunan mukavelelerden doğan menfaatlerin şirkete aidiyetini talep etmekte serbesttir*”.¹¹⁶

Şeklinde düzenlemiştir. Öyleyse rekabet yapmama yükümlülüğüne aykırı hareket eden üyeye karşı ortaklığın 4 seçimlik hakkı vardır. Bunlar:

- Zararın tazminini talep etme,
- Sözleşme üçüncü kişi hesabına yapılmışsa, bundan doğan menfaatlerin ortaklığa devrini talep etmek,
- Yapılmış işlemin ortaklık namına yapılmış sayılmasını istemek,
- Eğer yönetim kurulu üyesi aynı konu ile uğraşan başka bir ortaklığa sınırsız sorumlu olarak girmişse, ortaklıktan çıkmasını veya yönetim kurulu üyesinin bu ortaklıkta elde ettiği menfa-atlerin ortaklığa devrini talep etmek.

Tabi ki; yönetim kurulu üyesinin üyelikten azledilmesi de mümkündür. Ayrıca genel kurul üyeden rekabetten kaçınmasını ve o işlem hakkında hesap ve bilgi verilmesini de isteyebilir. Yasağa aykırılıktan doğan menfaat ortaklığın zararından fazla bile olsa bunun devri talep edilebilir. Belirtilen 4 alternatifi kullanmaya yetkili organ TTK m. 335/ II ye göre yönetim kuruludur. TK m. 335/II hükmünce; “*Bu haklardan birinin tercihi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan azadan başka azalara aittir.*” demek suretiyle bu 4 haktan birisinin tercihi aykırılık yapanın dışında yönetim kurulunun üyelerinden birisine aittir şeklindedir. Yönetim kurulu usulüne göre karar alarak alternatiflerden birisini kullanır. Ancak yasağı ihlal edenlerin sayısı çok ve bu durumda yeter sayıyı etkileyip karar almaya etki ediyorsa(yeter sayı oluşmuyorsa), bu durumda alternatif hakkı genel kurul kullanır.¹¹⁷

¹¹⁶ <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/997.html>

¹¹⁷ Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 318 ; Poroy/Tekinalp/Çamoglu/ *a. g. e.*, s. 327.

Yönetim kurulu üyelerinin rekabet yasağına aykırı hareket etmeleri nedeniyle sorumlu tutulabilmeleri için *kusur aranmamıştır*.¹¹⁸

TTK m. 335 rekabet yapmama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle ortaklığın haklarını kullanmasını belli bir süreye tabi tutmuştur. Bu süre TTK m. 335/III'te; *"Bu haklar, zikredilen ticari muamelelerin yapıldığı veyahut idare meclisi azasının diğer bir şirkete girdiğini sair azaların öğrendikleri tarihten itibaren üç aylık ve herhalde vukularından itibaren bir yıllık mürruzamana tabidir"*

şeklinde düzenlenmek suretiyle 3 ay ve herhalde davranışın vukuu bulmasından itibaren 1 yıllık zaman aşımı sürelerine bağlanmıştır.

Rekabet etmeme yükümlülüğü için ayrıntılı bilgi edinmek isteyenler;¹¹⁹

4. GÖRÜŞMELERE KATILMA YASAĞI

TTK m. 332 hükmüne göre; *"İdare meclisi azaları şahsi menfaatlerine veya 349 uncu maddede sayılan (usul ve furuundan biriyle eşi ve üçüncü dereceye kadar (Bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları) yakınlarının menfaatlerine taalluk eden hususların müzakeresine iştirak edemezler. Böyle bir husus müzakere konusu olunca, ilgili aza, ilgisini kurula bildirmeye ve keyfiyeti o toplantının zaptına yazdırmaya mecburdur. 330 uncu maddenin 2 nci fıkrasındaki halde bu cihet teklifi tespit eden kağıda yazılır."*¹²⁰ Bu maddede yazılı hallerde üyeler yönetim kurulundaki görüşmelere katılamazlar. Yasağın kapsamına giren üye derhal durumu yönetim kuruluna bildirmeye ve keyfiyeti toplantı tutanağına yazdırmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı hareket edilmesi sonucu ortaklık aleyhinde zarar meydana gelirse TTK m. 336/V hükmü gereği; bu üyenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

¹¹⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 327.

¹¹⁹ Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağı, *İkt. Mal.*, C. XVI, S.9, Aralık 1969, s. 358 ; Kalpsüz Turgut, Anonim Şirkette İdare Meclisi Üyelerinin Şirketle Rekabet Teşkil Eden Davranışları, *Oğuzoğluna Armağan*, Ankara-1972, Sh.373.

¹²⁰ <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/997.html>

5. ÖZEN BORCU

a. Niteliği

TTK m. 320 ve atıf yapılan BK m. 528/II; anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin, ortaklık iş ve işlemlerinde dikkatli ve basiretli davranma, gerekli özeni göstermelerini aramıştır. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri görevlerini yaparken, ortaklığın ve pay sahiplerinin menfaatlerine göre hareket etmek ve ilgili iş ve işlemlerde gerekli, olağan dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar.¹²¹ Özen borcu üyenin iş ve eylemlerinde kusurlu olup olmadıkları da tayin edilir. Özen borcunu gereği gibi yerine getirmeyen YK üyesi ortaklığa, ortaklara ve ortaklık alacaklarına karşı akde aykırılık sebebiyle sorumlu olur.

b. Özen Derecesi

TTK m. 320, özen hususunda BK m. 528/II'nin uygulanacağını ve adi şirket özen borcunu düzenleyen BK m. 528/II'ye göre; *"şirket işlemlerini ücretle gören şerikin özen borcu vekilin özen borcu hususundaki hükümlere tabidir."* Vekilin özen borcunu düzenleyen BK. m. 390 da, işçinin özen borcunu düzenleyen BK m. 321'e atıf yaptığı için, buradan, yönetim kurulu üyesinin işçinin göstermesi gerekli özen borcunu göstermesi gerektiği sonucu ortaya çıkar. BK. 321 de objektif özen ölçüsü koymaktadır.¹²² Bu sebeple ücret alan yönetim kurulu üyesi veya yönetici objektif özen yükümlüğü altında olmaktadır. Fakat ücretin kapsamına hangi ödemelerin gireceği ve ücret almayan üyelerin özen yükümlülüğünde ölçütünün ne olacağı tartışmalıdır. Ücret almayan üyelerin özen borcu subjektif addedilmektedir. Bu vesile ile anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin özen borcu hakkındaki düzenleme anonim ortaklık bünyesine, işleyişine ve menfaatler düzenine uygun değildir.¹²³ TTK m. 320 ücret alan almayan ayrımı yapmadan, özen borcuna ilişkin BK. 528/II'nin uygulanacağını belirterek. Kanun koyucunun amacı; yönetim kurulu üyelerinin özen borcuna ilişkin, ücret alanlarındaki gibidir. Nitekim yalnızca BK. m. 528/II'ye atıf yapılması da bunun kanıtıdır.

¹²¹ Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 318.

¹²² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ *a. g. e.*, s. 328-329.

¹²³ Bahtiyar, Mehmet, *a. g. e.*, s. 135. (Arslanlı, İmregün Oğuz, Çamoğlu/Poroy/Tekinalp)

Yargıtay da bir kararında yönetim kurulu üyelerinin “ ...tedbirli bir idareci gibi hareket etmeleri” gerekliliğini” vurgulamıştır¹²⁴. Yüksek mahkeme başka bir kararında; “...özen borcunun derecesinin, yönetim kurulunun ticari yaşamda belli yetkilerle donatılıp donatılmadığına göre tayin edilmesi” gerektiğini vurgulamıştır.¹²⁵

Görüldüğü üzere kanun koyucunun yönetim kurulu üyesinin özen borcunu tespiti için koyduğu hüküm başarılı bir hüküm değildir. Çünkü böylesine dolambaçlı bir hüküm kanun koyucuyu varmayı arzuladığı sonuçtan uzaklaştırabilir. Doğru olan bu konuda açık ve net bir hüküm koymaktır.¹²⁶

c. Objektif Olmasının Anlamı

Ortalama bilgi ve yeteneğe sahip bir yöneticinin aynı şartlar altında seçeceği hareket tarzına uygun davranan bir yönetim kurulu üyesi, kendinden beklenen özeni göstermiş sayılır. Tabi ki özen ölçüsü, aynı nitelik ve büyüklükteki anonim ortaklıklar yönetim kurulu üyeleri için aynıdır ve her somut olayın özelliklerinin ayrı değerlendirmesi yapılmalıdır. Ayrıca özen ölçüsünün değerlendirilmesinde, yönetim kurulu üyesinin o iş için gerekli olup iş sahibi tarafından bilinen veya bilinmesi gereken malumat ve mesleki eksiklikleri ile şahsi özellikleri ve vasıfları da dikkate alınacak, ayrıca genel kurul tarafından seçilen yönetim kurulu üyesinin de özgeçmişini bilerek seçtiği göz önüne alınır ve genel kurul tarafından bilinen veya bilinmesi gereken kişisel nitelik, gereklilik, uzmanlık ve mesleki birikimde göz önünde tutulacaktır.¹²⁷

d. Halka Açık Anonim Ortaklıkta YK Üyelerinin Özen Derecesinin Tespiti

Özen borcunun objektifliği yukarıda açıkladığım gibi, bulunduğu statü ve hacim bakımından aynı büyüklükte ve aynı nitelikteki anonim

¹²⁴ Yarg. Tic. D. 16.12.1962t., 4545E./4384K. (Pulaşlı, Hasan, a. g. e., s. 319)

¹²⁵ Yarg. 11. HD. 17.12.1974t. , 3677E./3733K. (Eriş, Gönen, AŞ. , 232, N.3)

¹²⁶ Helvacı, Mehmet Doç. Dr., *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, Beta, 2. Bası, İstanbul Mayıs 2001, s. 44. (İmregün, Oğuz, a. g. e., s. 229.)

¹²⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ a. g. e., s. 330.

ortakların yönetim kurulu üyelerinin aynı olmasıdır. Dolayısıyla halka açık anonim ortaklık ile küçük ölçekli, içine kapanık bir aile şirketinin nitelikleri ve büyüklükleri aynı olamayacağından YK üyelerinin özen borcu da aynı olmayacaktır. Çünkü bu ortaklıkların uğraş alanlarının kapsamaları ve dereceleri aynı olamayacaktır.¹²⁸

e. Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcunun Belirlenmesinde Ölçü

Bu konudaki İsviçre ve Alman hukukundaki çağdaş eğilim yönetim kurulu üyelerin bilgi, beceri, kişisel yetenek ve deneyimleri düzeyinde özen yükümlülüğü (uübjectif Ölçü) beklenebileceğidir. Buna "makul ölçü" denilmektedir.¹²⁹

Dolayısıyla banka yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsü de yine TTK'daki karma sistem ile belirlenecektir. Öyleyse ölçü; orta deneyim ve yetenekte bir banka yöneticisinin aynı somut olaydaki davranış biçimidir. Benzer bir durumda sektördeki meslektaşlarının çoğunluğu gibi davranan banka yönetim kurulu üyesi kendinden beklenen özeni göstermiş olur ve sorumluluğu doğmaz. Üyenin sorumluluğunun tespiti amacıyla özen derecesine, yaptığı işlemlerin geneline bakarak değerlendirme yapmak gereklidir. Ülkenin somut gerçekleri ve verileri de özen borcunun tespitinde önem taşır. Yine banka yönetim kurulu üyelerinin de seçiminde, genel kurulca bilinen veya bilinmesi gereken kişisel bilgi ve yetenekleri de göz önünde tutulacağından, örneğin yönetim kuruluna seçilen bir emekli asker, siyasetçi, sanatçı veya bilim adamından profesyonel bir banka üst düzey yöneticisinden beklenen özen beklenemez.¹³⁰

6. SADAKAT BORCU

Yönetim kurulu ile anonim ortaklık arasındaki ilişki güven temelinde dayanır. Bu sebeple, yönetim kurulu üyeleri ortaklığa ve pay sahiplerine karşı; sadık olmalı, bütün işlerinde ortaklık menfaatlerini en üstte tutmalı ve ortaklık sırlarını saklamalıdır. Ortaklığa ait sırların saklan-

¹²⁸ Pulaşlı, Hasan, *a. g. e.*, s. 319.

¹²⁹ Tekinalp Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, İstanbul 1988, s. 78.

¹³⁰ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ *a. g. e.*, s. 331.

ması kapsamına; ortaklığa ait belgelerin üçüncü kişilere verilmemesi ve incelettilmemesi, suret veya fotokopilerinin saklanmaması veya görev süresi bitmesi halinde bazı evrakları iade etmesi girmektedir.¹³¹ Sır saklama yükümlülüğü üyelerin görevi bittikten sonrada devam eder.

7. TEMİNAT VERME YÜKÜMÜ

TTK m. 313 hükmü uyarınca;

“İdare meclisi azalarından her biri, itibari kıymetleri esas sermayenin en az yüzde birine muadil miktarda hisse senetlerini şirkete tevdi mecburdur. Şu kadar ki; esas sermayenin yüzde biri 5 000 lirayı aşarsa fazlasının tevdi mecburi değildir. Tevdi olunan hisse senetleri azanın umumi heyetçe ibrasına kadar vazifesinden doğan mesuliyete karşı merhum hükmünde olup başkalarına devrolunamaz ve şirketten geri alınamaz.

İdare meclisinin muvafakatiyle rehin makamında olan hisse senetleri, bir üçüncü şahıs tarafından da tevdi edilebilir.”¹³²

Demektedir. Yani her bir yönetim kurulu üyesi, görevi sırasında yol açabileceği zararların güvencesi olarak, ortaklık esas sermayesinin “yüzde biri” oranında pay senedini ortaklığa tevdi ile yükümlüdür ancak sermayenin yüzde biri 5.000- TL’yi geçerse fazlayı tevdi mecburiyeti yoktur. Fakat yukarıdaki hüküm gereğince verilen teminat miktarı bu günkü şartlar altında sadece sembolik bir zorunluluktan ibarettir. Kanun koyucunun amacını gerçekleştirmekten uzaktır. Öyleyse teminat miktarının ana sözleşme ile fazla belirlenmesi de mümkün olduğundan bu miktarın ana sözleşmede fazla belirtilmesi adeta bir zorunluluk halidir.

TTK m. 275 uyarınca; anonim ortaklık yönetim kurulunda temsilci bulundurmak hakkına sahip bulunan kamu tüzel kişilerinin bu teminatı göstermek yükümü yoktur (TTK m. 313/3, 275/3).

¹³¹ Bahtiyar, Mehmet, *a. g. e.*, s. 135 ; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu/ *a. g. e.*, s. 332.

¹³² <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/997.html>

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ'NİN KURULUŞU VE İLK GÜNLERİ

Ertuğrul AKÇAOĞLU*

“*Türk Devrimi*” ve “*Türk Hukuk Tarihi*” içinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin çok özel bir yeri vardır. Cumhuriyet'in ilk yüksek öğretim kurumu olma sıfatı ve *yeni Türk toplum yaşamının kurucusu ve güçlendiricisi olma savı*¹ ile 5 Kasım 1925 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi çatısı altında öğretim faaliyetlerine başlayan bu hukuk okulu geçen seksen dört yılda yetiştirdiği onbinlerce mezunu ile Cumhuriyet hukukunun kurulması, korunması ve geliştirilmesinin yanı sıra Türk toplumunun çağdaşlaşmasında da asli görev ifa etmiştir.

Bu yazının kaleme alınmasının amacı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kuruluş öyküsünü ve Cumhuriyet hukukunun oluştu-
rulma sürecinde Fakültenin yerini hatırlatmaktan ibarettir.

Evrım, İhtilâl ve Devrim

Doğa gibi, onun bir parçası olan insan ve insanların oluşturduğu topluluk ve toplumlar da sürekli değişirler. Değişim yavaş yavaş, toplumun bünyesini sarsmadan gerçekleştiğinde *evrimden*; toplumların sosyal ve iktisadi bünyelerinin aşırı bozulması sonucu ortaya çıkan kırılma halinde *ihtilâlden*; ihtilâl neticesinde eski düzeni büyük ölçüde

* Hukukçu. akcaoglu@law.ankara.edu.tr, www.akcaoglu.com

¹ Gazi Mustafa Kemal Paşa'nın Ankara Hukuk Mektebi'nin açılışında verdiği söylevde bu hedef şu sözcüklerle ifade edilmiştir: “Talebe Efendiler: Yeni Türk Hayat-i içtimaiyesinin bâni ve müeyyidi olmak iddiasıyla tahsile başlayan sizler; Cumhuriyet devrinin hakikî ulema-i hukuku olacaksınız.” Ahmet Mumcu, *Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne (1925-1975) - Ankara Hukuk Fakültesi'nin Yarım Yüzyıllık Tarihi*, Ankara 1977, s. 79.

inkâr eden *yeni bir düzenin* kurulması halinde ise *devrimden* bahsederiz.² İşte evrim süreci içindeki Türk toplumunun XX. yüzyıl başında I. Dünya Savaşı'nın kaybedilmesine bağlı olarak 23 Nisan 1920 ile 29 Ekim 1923 arasında yaşadığı kırılma bir *ihtilâl*³ ve ardından 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet'in kurulması ile başlayan süreç ise bir *devrim* olarak nitelendirilebilir.⁴ 5 Kasım 1925 tarihinde kurulan Ankara Hukuk Mektebi'nin tarih çizgisi üzerindeki yeri *Devrim Tarihi* içindedir.

Ömrü yaklaşık altı yüzyıl süren Osmanlı İmparatorluğu çöküş sürecini durdurabilmek için şüphesiz ki çok çaba sarf etmiştir. Hukuk alanında bu çabaların en başında II. Mahmut döneminde (1808-1839) Mustafa Reşit Paşa tarafından hazırlanan ve 3 Kasım 1839'da yayınlanan Tanzimat Fermanı (Gülhane Hatt-ı Hümayunu) sayılabilir.⁵ Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile bütün Osmanlı tebaasının mal, can, ırz ve konut dokunulmazlığını güvence altına almayı amaçlayan Tanzimat döneminde *iktidarın kendi kendini sınırlaması*, *yasaların kurullar tarafından kolektif usullerle hazırlanması*, *kişi dokunulmazlığı ve güvenliği* ve *kanunsuz suç ve ceza olmaması* gibi yenilikler Osmanlı hukukuna girmiştir.⁶ Bu dönemde –başkaca iyileştirme çabalarının yanı sıra– kanunlaştırma hareketine girilmiş; toprak hukuku, ceza ve ceza usul hukuku, kara ve deniz ticaret hukuku, usul hukuku ve medeni hukuk alanlarında önemli kanunlar çıkarılmıştır.⁷ Kanunlaştırma hareketi Osmanlı'da

² Ahmet Mumcu, *Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1973, s. 2.

³ "İhtilâl" ile "hükümet darbesi"ni karıştırmamak gerekir: "Hükümet darbesi kısa süreli fiili bir durumdur. İhtilâl ise toplumlardaki uzun gelişmenin sonucunda kendiliğinden meydana gelir." Mumcu (1973), s.3.

⁴ Türk devriminin başlangıcını Cumhuriyet'in ilanından daha önceki bir tarihe, örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin açıldığı tarihe kadar çekmek de mümkündür. Şüphesiz ki, 30 Ekim 1922'de saltanatın kaldırılması, 24 Temmuz 1923'de Lozan Barış Anlaşması'nın imzalanması gibi Türkiye Cumhuriyeti'nin temellerini oluşturan pek çok kazanım ve yenilik 1920-1923 arasında gerçekleşmiştir. Yine de, kanaatimce, bir "*yeni düzen*" olarak devrimin tarihini Cumhuriyet'in ilanı ile başlatmak daha isabetli olacaktır.

⁵ Tanzimat Fermanı II. Mahmut döneminde hazırlanmış olmakla birlikte, II. Mahmut'un ölümünün ardından, oğlu Abdülmecit döneminde yayınlanmıştır. Ferman, Gülhane Parkı'nda okunmuş olması sebebiyle Gülhane Hatt-ı Hümayunu olarak da bilinir.

⁶ Bülent Tanör, *Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul 1992, s.63-68.

⁷ Tanör, s. 74-75. 1840'da Ceza Kanunu, 1850'de Ticaret Kanunu, 1861'de Ticaret Muhakeme Usulü Tüzüğü, 1864'de Deniz Ticareti Kanunu, 1880'de Ceza ve Hukuk Muhakeme Usulü Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanunların tümü Fransız mevzuatından aktarılmıştır. Aynı dönemde Fransız Medeni Kanunu'nun iktibas

teokratik ilkelerden sapılmaya başlandığını göstermesi, “şer’i hukukun yanında, eski örfi hukukun doğrultusunda ama onu aşan bir mevzuatın, dinsel kaynaklı olmayan yasalar topluluğunun oluşmaya başlaması” bakımından önemlidir. Bu dönemde çıkarılan kanunların bir kısmı Avrupa ülkelerinden aktarılan metinler iken bir kısmı ise yerel kaynaklı, ancak şeri hukuka değil örfi hukuka dayanan metinlerdir.⁸

Tanzimat Fermanı ile başlayan hukukta batılılaşma ve çağdaşlaşma süreci önemli kesintilere uğrasa da önce *I. Meşrutiyet* ile ilk anayasasının (Kanun-i Esasi - 23 Aralık 1876) yapılması ve ilk meclisin (Meclis-i Mebusan - 19 (20) Mart 1877) açılması ve uzun bir *istibdat devrini*⁹ takip eden *II. Meşrutiyet* ile devam etti. *II. Meşrutiyet* döneminde de şer’i hukuktan uzaklaşan, *yargı birliği* ilkesine yönelmiş kanunlaştırmalar yapıldığı görülür. Bu dönemde anayasal değişikliklerin yanı sıra *toplantı, grev* ve *basın* kanunları da yapılmıştır.¹⁰

30 Ekim 1918’de Mondros Mütarekesi (ateşkes anlaşması) ile Osmanlı Devleti’nin Birinci Dünya Savaşı’nı kaybettiğini kabul etmesi ve tümüyle çökmesinin ardından, Osmanlı topraklarının işgali ve buna karşı Mustafa Kemal Paşa önderliğinde 19 Mayıs 1919 başlayan ulusal kurtuluş savaşı sürecinde, Osmanlı Devleti’nin çöküşünden doğan iktidar boşluğunu doldurmak amacıyla 23 Nisan 1920’de Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin kurulması ile bir ihtilâl gerçekleşmiş,¹¹ 29 Ekim

Sadrazam Ali Paşa tarafından gündeme getirilmişse de, bu din adamlarının baskısı sonucu gerçekleşmemiştir. Medeni Kanun bakımından gösterilen direncin, söz gelimi, Ticaret Kanunu bakımından gösterilmemesi o dönemde ticaret ile uğraşanların büyük kısmının Müslüman olmamaları ile izah edilmektedir. Din adamlarının direnci nedeniyle Fransız Medeni Kanunu’nun iktisap edilememesi üzerine dönemin adalet bakanı Ahmet Cevdet Paşa’nın önerisiyle fıkıh esaslarından ayrılmaksızın bölümler halinde medeni hukukun ve borçlar hukukunun genel hükümlerini içeren bir kanun olan Mecelle hazırlanmış; Mecelle 1868-1876 yılları arasında bölüm bölüm yürürlüğe sokulmuştur. Şevket Memedali Bilgişin, “İnkılâpçı (Mahmut Esat Bozkurt) ve Türk Hukukunda İnkılâp”, *AÜHFD*, Yıl 1944, Cilt 1, Sayı 3, s. 320; Esat Arsebük, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkışaf Safhaları”, *AÜHFD*, Yıl 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 8-9, 12-13.

⁸ Tanör, s. 77.

⁹ “İstibdat” sözcüğü *TDK Sözlüğü*’nde “Uyruklarına hiçbir hak ve özgürlük tanımayan sınırsız monarşi, despotluk, despotizm” olarak tanımlanmaktadır. Padişah II. Abdülhamit’in 14 Şubat 1878’de meclisi “tatil” e sokmasıyla başlayan ve 23 Temmuz 1908’e (II Meşrutiyet’in ilanına) kadar süren dönem Osmanlı tarihinde İstibdat Devri olarak bilinir.

¹⁰ Tanör, s. 171-172.

¹¹ Mahmut Goloğlu, 23 Nisan 1920 ile Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun (Anayasa) kabul edildiği 20 Ocak 1921 arasındaki dönemi “3. Meşrutiyet” olarak nitelendirir.

1923’de Cumhuriyet’in ilanı ile *ihtilâl aşamasının* tamamlanmasının ardından yeni devlette *devrim aşamasına* geçilmiştir.

Eski Hukuk - Yeni Hukuk

Osmanlı Devleti’nde geçerli olan hukuk sistemi esas itibariyle kaynağını doğrudan doğruya İslam dininden alan *şer’i hukuktadır*. Temel hukuk kaynağı *Kitap* yani *Kuran-ı Kerim* idi. Kuran’da hüküm bulunmayan konularda *Sünnet’e* (Hz. Muhammet’in uygulama ve sözlerine) başvurulurdu. Burada da düzenleme bulunamazsa *İcmâ’ya* (bütün din bilginlerinin birbirlerinden habersiz olarak üzerinde hemfikir oldukları çözüm yoluna) başvurulurdu. İcmânın da bulunmaması halinde *Kıyas* (hakkında *nass* [ayet ve/veya sünnet] bulunmayan bir meseleyi, aralarındaki ortak illiyet ve/veya özellikten dolayı, hakkında *nass* bulunan bir meseleye bağlamak yolu) ile çözüm aranırdı. İcma ve kıyasın *nassa* uygun olması şarttı. Dolayısıyla Kuran ve sünnet *şer’i hukukun* temel kaynaklarını oluşturuyorlardı.

Şer’i hukuk, kamu yönetimi alanında kadınlara hiçbir hak tanıması, kadın-erkek eşitliğini kabul etmemesi, miras hukukunda kız ve erkek kardeşler arasında ayırım yapması, kadınların tanıklığına erkeklerin tanıklığına göre çok daha az değer biçmesi, erkeklerin çok eşli olmasına izin vermesi, kadına boşanma hakkı tanınaması, ceza hukuku alanında pek çok suçu düzenlememesi, bununla birlikte düzenlediği suçlar bakımından çok ağır cezalar öngörmesi, ticaret hukuku alanında pek çok kurumu düzenlenmemiş olması ve hukuk kaynaklarının kodifiye edilmiş olmaması gibi yönlerden eleştirilmiştir.¹²

Şer’i hukuk sadece Müslümanlar bakımından geçerli iken Müslüman olmayanlar bakımından ise bağlı oldukları dinin kuralları uygulanırdı. Dolayısıyla Osmanlı’da hukuk birliği yoktu. Her ne kadar Tanzimat döneminde Osmanlı tebaası arasında eşitliğin sağlanması, hukuk düzenindeki aksaklıkların giderilmesi için çabalar sarf edilmişse de (örneğin, dağınık durumdaki bir kısım hukuk kaynağı *Mecelle* adı altında sistemleştirilmiş ve ticaret hukuku ile ceza hukuku gibi alanlarda Avrupa hukuklarından aktarım yoluyla kanunlaştırmalar

Ona göre bu dönemde milli mücadele henüz ihtilâlcî karakter kazanmamıştır. Bkz. Mahmut Goloğlu, 3. *Meşrutiyet*, Ankara 1970.

¹² Mumcu (1973), s. 155.

yapılmışsa da) kaynağını doğrudan Kuran ve sünnetten alan hukuk kurallarına hiç dokunul(a)mamıştı.¹³

Yukarıda, *devrim*, 'eski düzeni büyük ölçüde inkâr eden *yeni bir düzenin* kurulması' biçiminde tanımlanmıştı. Cumhuriyet devlet sistemini tümüyle değiştirirken hukuk sisteminde de eskiyi reddetmiş ve yeni bir sistem kurmuştur.

Cumhuriyet'in temel amaçlarından biri tüm vatandaşlar arasında dinlerine veya cinsiyetlerine göre ayırım yapmaksızın tam eşitliğin sağlanması; tüm hukuki ilişkilerin modern bir biçimde düzenlenmesiydi. Bu amaç sadece laik ve modern bir hukuk sisteminin kurulması ile gerçekleştirilebilirdi. Çalışmalara medeni hukuk alanı ile başlandı. Devrimi yapanlar sıfırdan yeni bir kanun hazırlamak yerine ileri bir ülkenin kanununu olduğu gibi yeni Türk hukukuna aktarmayı tercih ettiler. O dönemde Avrupa'daki en yeni medeni kanun İsviçre'ninki idi. Bir bütünün iki parçası olan Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu İsviçre'den aynen Türkçe'ye çevrilerek 16 ve 22 Nisan 1926 tarihlerinde kanunlaştırıldılar. Şevket Memedali Bilgişin, kanun yazmak yerine, Avrupa kanunlarını çevirerek bir an evvel uygulamaya sokmak isteyen zamanın Adalet Bakanı Mahmut Esat (Bozkurt) Bey ile Gazi Mustafa Kemal Paşa arasında şöyle bir konuşmanın geçtiğini işittiğini aktarır:¹⁴

"Çocuğum; istediğini yaparsak tercüme ettireceğimiz bu kanunları memleketimizde tatbik edebilecek elemanlarımız var mıdır?"

"Paşam; bir gün Avrupa'da çok mükemmel yeni bir silâh icat edildiğini işitirseniz, memleketimizde bunu kullanmasını bilen askerimiz yoktur diye o silâhı almakta tereddüt mü edersiniz? Elbette ki hayır... Silâhı alır ve onu kullanabilecek askerleri de yetiştirirsiniz."

İşte Ankara Hukuk Mektebi bu noktada, eski hukuku bilen ve uygulayan hukukçular yerine yeni hukuku yaratacak, uygulayacak ve geliştirecek hukukçuları yetiştirmek üzere çıkar.

¹³ Mumcu (1973), s. 155-156.

¹⁴ Bilgişin, s. 317

Ankara'da Bir Hukuk Mektebi

1 Mart 1924¹⁵ tarihinde, Büyük Millet Meclisi'nin ikinci dönem ilk oturumunda, Gazi Mustafa Kemal Paşa adalet anlayışımızın, kanunlarımızın ve adli teşkilatımızın çağın gereklerine uygun olmayan bağlardan kurtarılması gerektiğini ifade eden, Cumhuriyet devrimlerinin hukuk alanındaki sayfasının açılmak üzere olduğuna işaret eden bir konuşma yapar.¹⁶ Bilgişin'e göre, o gün mecliste bulunanların çoğu konuşmasında "*hukuk-i medeniyede, hukuk-i ailede izleyeceğimiz yol ancak medeniyet yolu olacaktır*" diyen Paşa'nın sözlerinin üzerinde durmamış, mahiyetini kavrayamamıştır.¹⁷ Oysa bu konuşmadan 3 gün sonra Hali-felik kaldırılmış, ardından Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile öğretim birliği sağlanmış ve hemen ardından 8 Nisan 1924'de şer'i mahkemelerin varlığına son verilmiştir. Tüm bu gelişmeler laik ve modern hukuk siteminin yaratılmasının ve bu yeni hukukun öğretiminin yapılabilmesinin hazırlık aşamalarıdır.

Esasen Ankara'da bir hukuk okulu açılması konusunu Meclis'in gündemine ilk getiren Kastamonu Milletvekili Abdülkadir Kemali Bey'dir. 16 Mart 1921'de Abdülkadir Kemali Bey, I. Dünya Savaşı'nda askere gönderildikleri için eğitimleri yarım kalan öğrenciler için Ankara'da Adalet Bakanlığı'na bağlı bir hukuk okulu açılmasını ön-gören üç maddelik bir kanun teklifi vermiş; ancak, teklif Maarif Encümeni (Meclis Milli Eğitim Komisyonu) tarafından *ilkokullara bile bina, malzeme ve öğretmen bulunamadığı* gerekçesi ile reddedilmiştir.¹⁸

Başta Medeni Kanun olmak üzere tüm hukuk sistemini yenileyip, eski hukuk ile ilişkisi kesilmiş hukukçular yetiştirmek isteyen kişi Mahmut Esat (Bozkurt) Bey'di. Her ne kadar günün koşulları itibariyle bu görüşünü Mecliste tüm açıklığıyla ifade edemese de, Mahmut Esat Bey, 1925 yılı Bütçe Kanunu tasarısına bir yatılı hukuk okulu açılması için ödenek koydurtmuştu. Gerekçesi yargıç azlığıydı. İstanbul Hukuk Fakültesi yılda kırk-elli mezun veriyordu ve bunlarla açıkları doldur-

¹⁵ Mustafa Kemal Paşa'nın değinilen konuşmasını yaptığı tarih Bilgişin tarafından 28 Şubat 1924, Mumcu tarafından ise 1 Mart 1924 olarak verilmektedir. Karş. Bilgişin, s. 316 ve Mumcu (1977), s. 32.

¹⁶ Şevket Aziz Kansu, "Ankara Üniversitesi'nin İlk Öğretim Yılına Açış Söylevi", *AÜHFĐ*, Yıl 1946, Cilt 3, Sayı 2-4, s. 233-234.

¹⁷ Bilgişin, s. 316

¹⁸ H. Cahit Oğuzoğlu, "Ankara Hukuk Fakültesinin Kuruluş ve İlk Yılları", *Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı*, Ankara 1966, s. 2. Mumcu (1977), s. 24-26.

mak mümkün değildi. Ancak, tasarımı inceleyen Muvazene-i Maliye Encümeni (Meclis Bütçe Komisyonu) yeni bir yatılı hukuk okulu açmak yerine mevcut İstanbul Hukuk Fakültesi'ne bir yurt eklenmesi suretiyle daha az masrafla daha fazla hukuk öğrencisi yetiştirilmesi amacının sağlanabileceği görüşüyle -haklı olarak- bu ödeneği İstanbul Hukuk Fakültesine kaydırmıştı.¹⁹ 21 Şubat 1925 günü Bütçe Kanunu Meclis Genel Kurulu'nda görüşülürken söz Ankara'da bir hukuk okulu açılmasına gelmiş, uzun tartışmalardan sonra dört ayluk bir farkla Ankara Leyli (yatılı) Hukuk Mektebi'nin açılması kabul edilmiştir.²⁰ Cemil Bilsel, Mahmut Esat Bozkurt'un Meclis önündeki isteklerinin son derece mütevazı olduğunu; İstanbul Hukuk gibi mükemmel bir fakülte değil, zaman içinde gelişecek bir çeşit meslek okulu talep ettiğini ve taleplerini devlet merkezine ve devrime dayandırmış olması sebebiyle Meclis'ten okulun kurulması kararının alabildiğini kaydeder:²¹

*"Merkez-i Cumhuriyette bulunuyoruz. Buranın bir Mekteb-i Hukuka behemehâl ihtiyacı vardır. Yapılacak tedrisattan bu muhit de istifade edecek-tir, yalnız talebe değil. Dünyanın en güzel inkılâbını yapmış bir memlekette asrın hukukiyatı okunmaz olur mu, efendiler? Biraz da İstanbul'un ettiği istifade kadar Anadolumuz da maariften hissemend olsun..."*²²

Komisyon ve "Profesör"

Aynı yıl içinde hukuk okulunu hayata geçirmeyi çok arzu eden Mahmut Esat Bey bir kısmı Avrupa'da öğrenim görmüş arkadaşlarından oluşan güvendiği hukukçuları 15 Eylül 1925'de Adalet Bakanlığı'nda bir araya toplayarak bir komisyon oluşturmuştur.²³

Komisyonunda okulun adının ne olacağı tartışılan konulardan bi-

¹⁹ Oğuzoğlu (1966), s. 2-3. Cemil Bilsel, "İkinciteşrin ve Mahmut Esat Bozkurt", *AÜHFD*, Yıl 1943, Cilt 1, Sayı 3, s. 311-312. Mumcu (1977), s. 34.

²⁰ Mumcu (1977), s. 35-58.

²¹ Bilsel, s. 311-312.

²² Oğuzoğlu (1966), s. 3.

²³ Komisyonun ilk toplantısına kimlerin katıldığı hususunda iki farklı bilgi mevcuttur. Süheyp Derbil'e göre toplantıya katılanlar şunlardır: Ahmet Ağaoğlu, Yusuf Akçura, Şevket Memadali Bilgişin, Cemil Bilsel, Tevfik Kamil Koperler, Yusuf Kemal Tengirşenk ve Süheyp Nizami Derbil. Mumcu ise, Cemil Bilsel'in bu kişilerin yanı sıra Hasan Saka, Refik Sayfdam, Sadri Maksudi ve Şükrü Kaya'yı da saydığını aktarmaktadır. Mumcu (1977), s. 60, dn. 40.

riydi. İsim olarak Ankara Adliye Hukuk Mektebi²⁴ seçilmişti. Bunun iki sebebi vardı. İlk olarak, okula *fakülte* demek uygun değildi, zira fakülte ancak bir üniversiteye bağlı olarak kurulabilirdi. Oysa henüz Ankara'da bir üniversite yoktu.²⁵ Ayrıca kurulacak olan okuldan yetişecek hukukçuların İstanbul Hukuk Fakültesi'nde yetişmekte olan *muhafazakâr* hukukçulardan farklı, *geniş düşünceli ve uyanık* olması hedefi vurgulanmak isteniyordu. Hedefe ulaşırsa *Ankara Mektebi* (Ankara Ekolü) olarak anılacaktı.²⁶

O gün, komisyon toplantısında okulun müfredatı da esas hatlarıyla belirlendi. Örneğin, İstanbul Hukuk Fakültesi'nde okutulmakta olan *Mecelle*, yeni hazırlanacak Medeni Kanun'un İslam hukuku ile olan ilişkiyi koparacağı komisyon üyelerince bilindiği için, Ankara Hukuk Mektebi'nde okutulmayacaktı! Genel hukuk tarihi derslerine ek olarak, Mahmut Esat Bey'in önerisiyle, ilk kez *Türk Hukuk Tarihi* kürsüsü kurularak bu ders okutulmaya başlanacaktı.²⁷ Türk Hukuk Tarihi dersi getirilirken, İslam hukukunun en önemli dallarından biri olan *Usul-i Fıkıh* da kaldırılmıştı.²⁸

Üzerinde epeyce tartışılan bir husus da okulda ders verecek olan öğretmenlerin unvanının ne olacağı idi. İstanbul Hukuk Fakültesi'nde öğretmenlere *müderris* deniyordu. Müderris unvanının medreseyi çağrıştırdığını düşünen Ankara Hukuk Mektebi kurucuları kendilerine bu unvan ile hitap edilmesini istemiyorlardı. Akla gelen bir diğer sıfat *muallim* idi. İstanbul Hukuk Fakültesi'nde doçentlere muallim denildiği öğrenilince, İstanbul'dan gelen Müderris (Profesör) Cemil Bilsel'in unvanının sanki doçentliğe düşürülmüş gibi algılanabileceği kaygısıyla bu unvan da kabul görmedi. Müderrisin batıdaki karşılığı *profesör* idi. Ankara Hukuk Mektebi'nin kurucuları 15 Eylül 1925

²⁴ Bütçe kanunlarında 1927 yılına kadar okulun adı Ankara Leyli Hukuk Mektebi olarak geçmiştir. Bununla beraber, okulun açılmasından altı gün sonra, 11 Kasım 1925 tarihinde İcra Vekilleri Heyetince (Bakanlar Kurulunca) çıkarılan bir kararname ile okulun talimatnamesi (yönetmeliği) düzenlenirken, komisyon kararına uygun olarak, okulun adı Ankara Adliye Hukuk Mektebi olarak belirlenmiştir. Talimatname metni için bkz. Mumcu (1977), s. 105.

²⁵ Gerçekten de Ankara Üniversitesi çok daha sonradan, 1946 yılında kurulabilmiştir.

²⁶ Süheyp Derbil, "Fakültenin En Kıdemli Profesörünün Konuşması", AÜHF, Yıl 1950 Cilt 7, Sayı 3-4, s. 11-12.

²⁷ Derbil, s. 13.

²⁸ Mumcu (1977), s. 67.

günü, hiç hoşlanmadıkları *müderris* unvanı yerine – biraz da alternatif-sizlikten olsa gerek – *profesör* unvanını seçtiler. Böylece Ankara Hukuk Mektebi'nde öğretimin başlaması ile birlikte profesör sözcüğü dilimize girmiş oldu.²⁹

Komasyon toplantısında en önem verilen konulardan biri de kurulacak okulun izleyeceği metottu. Gerek bilimsel araştırmada ve gerekse öğretimde *tetkik ve tenkit* (araştırma ve eleştirme) metodu seçildi.³⁰ Komisyon, toplantının sonunda kendisini *Profesörler Meclisi* olarak adlandırdı, Gazi Mustafa Kemal Paşa'yı bu meclisin *Fahri Reisliğine* (onursal başkanlığına) ve başbakan İsmet Paşayı da *Türk Hukuk Tarihi Fahri Profesörlüğüne* seçti.³¹ Mahmut Esat Bey Profesörler Meclisi Reisliği'ni ve İhtilâller Tarihi dersinin profesörlüğünü üstlendi.³² Cemil Bey *Reis Vekili*, yani okulun ilk dekanı olarak atandı.³³

Okulun ilköğretim heyeti şu kişilerden oluşuyordu:³⁴

Ağaoğlu Ahmet Bey (Kars Mebusu) - Hukuku Esasiye Profesörü
Akçuraaoğlu Yusuf Bey (İstanbul Mebusu) - Tarihî Siyasî Profesörü

Bahaeddin Bey (Darülfünun Müderrislerinden) - Hukuku Ceza ve Usulü Cezaiye Profesörü

Tevfik Kâmil Bey (İstanbul Mebusu) - Roma Hukuku Profesörü
Cemal Hüsnü Bey (Gümüşhane Mebusu) - İktisat Profesörü

²⁹ Derbil, s. 15, H. Cahit Oğuzoğlu, "Fakülte Mezunları Adına Yapılan Konuşma", *AÜHFD*, Yıl 1950, Cilt 7, Sayı 3-4, s. 22

³⁰ Derbil, s. 12, Mumcu (1977), s. 68.

³¹ Gerek Mustafa Kemal Paşa'nın ve gerekse İsmet Paşa'nın kendilerine verilen bu onursal unvanları büyük bir memnuniyetle kabul ettikleri Mahmut Esat Bey'e yolladıkları cevap telgraflarından anlaşılmaktadır. Bkz: Mumcu (1977), s. 69-70.

³² Cemil Bilsel, Mahmut Esat Bozkurt'un ihtilâller tarihi profesörü olarak sadece 3 derse gelebildiğini, ancak 8 yıl sonra Türk İnkılâp Tarihi (Devrim Tarihi) profesörü olduğunda doya doya ders anlattığını anlatarak ekler: "Mahmut Esat İnkılâbın, Adliye Vekili iken ödevli ve ondan sonra gönüllü bekçisi idi." Bilsel, s. 312-313.

³³ Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, 1925-1935 yılları Ankara Hukuk Mektebi'nin dekanlığını yürüten Cemil Bilsel'in 1935 yılında İstanbul Üniversitesi'ne Rektör olarak atandıktan sonra bir açış konuşmasında "İstanbul Hukuk fakültesini Ankara Hukuk Fakültesi seviyesine çıkarmağa çalışacağım" sözünü ettiğini; bunun epeyce tepki yarattığını ve birçok kimseleri sinirlendirdiğini; ciddi sorunlarla karşılaştığını; ancak, sonuçta İstanbul'da da başarılı olduğunu anlatır. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu (1966), s. 14.

³⁴ Baha Kantar, "Ankara Hukuk Fakültesi'nin Geçmiş 25 Yılı", *AÜHFD*, Yıl 1950, Cilt 7, Sayı 3-4, s. 2-3.

Cemil Bey (Darülfünun Müderrislerinden) - Hukuku Düvel Profesörü

Hasan Bey (Trabzon Mebusu) - Maliye Profesörü

Refik Bey (Sihhiye Vekili) - Tıbbi adli Profesörü

Saraçoğlu Şükrü Bey (İzmir Mebusu) - İktisat-ı Nazarî Profesörü

Şükrü Kaya Bey (Menteşe Mebusu) - İktisat Mezhepleri Profesörü

Şevket Mehmet Ali Bey (İş Bankası Hukuk Müşaviri) - Hukuku Ticaret Profesörü

Sadri Maksudi Bey - Türk Hukuk Tarihi ve Hukuk Tarihi Profesörü

Süheyp Nizami Bey (Ziraat Bankası Umum Muamelât Müdürü) - Hukuku İdare Profesörü

Mahmut Esat Bey (Adliye Vekili) - İhtilâller Tarihi Profesörü

Mustafa Fevzi Bey (Saruhan Mebusu) - Fıkıh Tarihi Profesörü

Veli Bey (Hariciye Hukuk Müşaviri) - Hukuku Medeniye Profesörü

Yusuf Kemal Bey (Sinop Mebusu) - İktisat Profesörü³⁵

Elli Günde Açılan Okul

Profesörler Meclisi'nin ilk toplantısı ile Ankara Hukuk Mektebi'nin açılması arasında geçen süre elli gündür. Karşılaşılan en büyük zorluk derslerin verileceği ve yatılı öğrencilerin kalacağı binaların temin edilmesi olmuştur. Zira dönemin Ankara'sında bakanlıklar için dahi yeterince bina bulunamamaktaydı. Yenisi yapılmakta olduğu için Postane Binası -Bahriye Vekili (Denizcilik Bakanı)'nın taleplerine rağmen-Hukuk Mektebi için Adliye Vekaleti'ne tahsis edilmişti.³⁶ Öğrencilerin

³⁵ Bu ilk listeye birinci veya ikinci ders yılı sonunda profesör tayin edilmiş olan aşağıdaki kişileri de eklemek gerekir: Sabri Şakir Bey (Hukuk işleri Müdürü) – Usulî Muhakeme Hukukîye Profesörü, Mustafa Şeref Bey (Burdur Meb'usu) – Hukuku idare ve Hukuku Âmme Profesörü, Mazhar Nedim Bey – Deniz Ticareti Profesörü, Nusret Bey (Devlet Şûrası Reisi) – Hukuku Hususiyeyi Düvel Profesörü, Fahri Ecevit – Tıbbi Adli Profesörü.

³⁶ Postane binasının boşaltılıp okul için hazırlanması geciktiği için dersler bir ay kadar Büyük Millet Meclisi'nde Halk Fırkası'nın (Cumhuriyet Halk Partisi'nin) toplantı salonunda yapılmıştır. Postane Binası okulun sadece birinci sınıf ihtiyacını karşılayabilmiş; ikinci sene Çankırı Caddesi üzerinde bulunan bir mescit sınıfa dönüştürülmüş; üçüncü yıl Postane Binası'nın yemekhanesi sınıf haline getirilmiş ve yemekhane de o zaman Adalet Vekaleti için yeni yaptırılmış olan, bugünse Anafartalar Polis Karakolu olarak kullanılan binaya taşınmıştı. Ankara Hukuk Mektebi

yurt ihtiyacını gidermek için Tahsin Efendi'nin Sanat Mektebi (1. Sanat Enstitüsü) arkasında yaptırdığı on odalı evi kiralanıp bu evin bir odası okul müdürüne (sonradan Ankara Üniversitesi Genel Sekreteri de olan Fevzi (Bali) Bey'e), bir diğeri de henüz kiralık ev bulamamış öğretmenlerin kullanımına ayrılmıştı. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, Tahsin Efendi'nin evinin öğrencilerin yerleştirilmesine hazırlanuncaya kadar, kendisinin de aralarında olduğu bazı öğrencilerin Yahudi mahallesindeki Müstantik Mektebinde kaldıklarını aktarır.³⁷

Cumhuriyetin ilk yüksek öğretim kurumu olan Ankara Hukuk Mektebi 5 Kasım 1925 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (Ulus'taki 1. Meclis Binası) Genel Kurul Salonunda Gazi Mustafa Kemal Paşa tarafından, başta Başvekil İsmet Paşa ve Adliye Vekili Mahmut Esat Bey olmak üzere bütün bakanlar ile neredeyse bütün milletvekillerinin ve yabancı ülke temsilcilerinin katılımıyla açılmıştır. Mustafa Kemal Paşa, açılışta verdiği söylevinde *Türk Devrimi'*nden bahsetmiş; eski hukuktan ve hukukçulardan şikayet etmiş; Cumhuriyet döneminin gerçek hukuk bilginleri olarak yetişmek görevini Ankara Hukuk Mektebi'nin öğrencilerine vermiştir.³⁸ Gazi Mustafa Kemal Paşa, söylevini –günümüz Türkçesi ile– şöyle bitirmiştir:

*“Cumhuriyetin yaptırımı olacak bu büyük kurumun açılışında duyduğum mutluluğu hiçbir girişimde duymadım ve bunu açığa vurmakla ve belirtmekle hoşnutum.”*³⁹

1929 yılına kadar bina sorunu bu şekilde idare etmiştir. 1929 yılında bugün Ankara Müftülüğü olarak kullanılan İller Bankası Binası yanındaki bina (eski Diyanet İşleri Binası) Hukuk Fakültesi'ne tahsis edilmiş; tüm derslikler bu binaya kaydırılmıştır. Yatılı öğrencilerin büyük kısmı Evkaf Apartmanı'na yerleştirilmiş, Sınıfların taşınmasıyla boşalmış olan eski Postane Binası da esasen yemekhane ve kısmen de yurt olarak kullanılmaya devam etmiştir. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi bu binada on bir yıl kaldıktan sonra bugün kullanıyor olduğu Cebeci'deki binasına geçmiştir. Ödenek yokluğu sebebiyle zamanında bitirilemeyen bina ancak 1949 yılında fakülteye teslim edilebilmiştir. H. Cahit Oğuzoğlu (1966), 10-11. Kantar, s. 1-2, Mumcu (1977) s. 149.

³⁷ Oğuzoğlu (1966), s. 7 vd.

³⁸ Bilsel, s. 311-312. Mumcu (1977), s. 75-84.

³⁹ Mumcu (1977), s. 84. Orijinal ifade şu şekildedir: *“Cumhuriyetin müeyyidesi olacak bu büyük müessesenin küşadında hissettiğim saadeti hiçbir teşebbüste duymadım ve bunu izhar ve ifade etmekle memnunum.”*

Ve Sonrası...

Posta Binasının boşaltılması geciktiği için derslerine Türkiye Büyük Millet Meclisi çatısı altında başlayan ve bir ay kadar faaliyetlerine burada devam eden Ankara Hukuk Mektebi, 1927 yılında Bakanlar Kurulu Kararı ile *Fakülte* adını almış,⁴⁰ ilk mezunlarını 8 Temmuz 1932 tarihinde vermiştir.⁴¹ 1940 yılında Adalet Bakanlığı'ndan Milli Eğitim Bakanlığına devrolan Ankara Hukuk Fakültesi 18 Haziran 1946'da kurulan Ankara Üniversitesi içinde en *kıdemli fakülte* olarak yerini almıştır.⁴² 1945 yılında Fakülte'de doktora öğrenimine başlanılmıştır. 1950 yılına gelindiğinde Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi kütüphanesinin 24 bin ciltlik kitap koleksiyonu ile ülkenin en büyük ihtisas kütüphanesine sahip olduğu görülür.⁴³ Bugün (2008) ise Fakülte kütüphanesindeki 100 binden fazla kitabı ve 100 kişiyi aşmış öğretim kadrosu ile hukukçu yetiştirmekle yetinmemekte; diğer hukuk fakültelerinin öğretim kadrolarını da yetiştirmekte ve devrim kazanımlarının korunması görevini sürdürmektedir.

KAYNAKLAR

- Ahmet Mumcu, *Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne (1925-1975) – Ankara Hukuk Fakültesi'nin Yarım Yüzyıllık Tarihi*, Ankara 1977
- Ahmet Mumcu, *Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara 1973
- Baha Kantar, "Ankara Hukuk Fakültesi'nin Geçmiş 25 Yılı", *AÜHFĐ*, Yıl 1950, Cilt 7, Sayı 3-4
- Bülent Tanör, *Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul 1992
- Cemil Bilsel, "İkinciteşrin ve Mahmut Esat Bozkurt", *AÜHFĐ*, Yıl 1943, Cilt 1, Sayı 3
- Esat Arsebük, "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları",

⁴⁰ Kantar, s. 4.

⁴¹ Bilsel, s. 313.

⁴² Kansu, s. 236.

⁴³ Faruk Erem, "Fakültenin 25. Yıl Merasimini Açış Konuşması", *AÜHFĐ*, Yıl 1950, Cilt 7, Sayı 3-4, s. 8.

AÜHFD, Yıl 1943, Cilt 1, Sayı 1

Faruk Erem, "Fakültenin 25. Yıl Merasimini Açış Konuşması", *AÜHFD*, Yıl 1950, Cilt 7, Sayı 3-4

H. Cahit Oğuzoğlu, "Ankara Hukuk Fakültesinin Kuruluş ve İlk Yılları", Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966

H. Cahit Oğuzoğlu, "Fakülte Mezunları Adına Yapılan Konuşma", *AÜHFD*, Yıl 1950, Cilt 7, Sayı 3-4

Mahmut Goloğlu, 3. Meşrutiyet, Ankara 1970

Süheyb Derbil, "Fakültenin En Kıdemli Profesörünün Konuşması", *AÜHFD*, Yıl 1950 Cilt 7, Sayı 3-4

Şevket Aziz Kansu, "Ankara Üniversitesi'nin İlk Öğretim Yılına Açış Söylevi", *AÜHFD*, Yıl 1946, Cilt 3, Sayı 2-4

Şevket Memedali Bilgişin, "İnkılâpçı (Mahmut Esat Bozkurt) ve Türk Hukukunda İnkılâp", *AÜHFD*, Yıl 1944, Cilt 1, Sayı 3

DİSİPLİN HUKUKU YÖNÜNDEN AVUKATIN ÖZEL YAŞAMI*

Serkan AĞAR**

I. Giriş

“İkamet ettiği daireye ait aidatları” ödemeyen avukat hakkında başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda İstanbul Barosu Disiplin Kurulu disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiş ve bu karara İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz etmiştir.

İtirazı inceleyen Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itirazının kabulüyle İstanbul Barosu Disiplin Kurulu’nun şikayetli avukat hakkındaki disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına ve sicil durumu da dikkate alınarak şikayetli avukatın üç ay süreyle işten çıkarılmasına oyçokluğuyla karar vermiştir (TBB Disiplin Kurulu, 23/11/2007, 2007/315-378).¹

Bu çalışmada disiplin hukuku yönünden avukatın özel yaşamı, yukarıda değinilen karar çerçevesinde ve TBB Disiplin Kurulu kararlarıyla tespit olunan ölçütlere göre değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. Mesleğin İtibarı ve Avukatın Özel Yaşamı

A. İnceleme Konusu Kararın Özeti

“İkamet ettiği daireye ait aidat ödemeleri”ni yapmayan avukat hakkında başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda İstanbul Barosu Di-

* Bu çalışmada ileri sürülen görüşler hiçbir şekilde Türkiye Barolar Birliği’ni bağlamaz ve ona atfedilemez.

* Av., Ank. Ün. Sos. Bil. Ens. Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) doktora öğrencisi.

¹ Kararın tam metnine derginin sonundaki disiplin kurulu kararları bölümünden ulaşabilirsiniz.

siplin Kurulu disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiş ve bu karara İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz etmiştir.

İtirazı inceleyen Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulüyle İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli avukat hakkındaki disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına ve şikayetli avukatın üç ay süreyle işten çıkarılmasına oyçokluğuyla karar vermiştir.

TBB Disiplin Kurulu'nun 23/11/2007 gün ve 2007/315-378 sayılı söz konusu kararını incelediğimizde şikayetli avukatın, şikayetçinin yöneticiliğini yaptığı apartmanda bulunan dairesinin 31/01/2004-31/01/2005 dönemine ilişkin aidatlarını bazen hiç ödemediği, bazen geciktirerek eksik ödediği ve bu sebeple hakkında Bakırköy 6'ncı İcra Müdürlüğü'nün 2005/2951 sayılı dosyasıyla icra takibi başlatıldığı anlaşılmaktadır.

İstanbul Barosu Disiplin Kurulu, şikayetli avukatın "*maddi açıdan zor duruma düştüğü*" için site giderlerini ödeyemediğinin anlaşılmış olduğu gerekçesiyle şikayetli avukat hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Ancak TBB Disiplin Kurulu;

- İkamet ettiği apartmanın ortak giderlerini ödememesini,
- Aidat ödememeyi alışkanlık haline getirmesini,
- Aidat borcunun ödenmemesi sebebiyle hakkında icra takibine sebebiyet vermesini,

avukatın özel yaşamında da mesleğinin itibarını zedeleyecek tutum ve davranıştan kaçınması ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranması yükümlülüğüne aykırı görerek eylemin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34 ve TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturduğu kanaatine varmıştır. Ayrıca dosya içerisinde İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun gerekçesinde kabul ettiği hususu doğrulayan belge ve bilgi de bulunmamıştır.

TBB Disiplin Kurulu sonuç olarak, şikayetli avukatın disiplin sicilinde disiplin kovuşturmasına konu olan eylem tarihinde kesinleşmiş uyarma ve 200,00 YTL para cezası bulunduğundan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 136/2 maddesinin yollamasıyla aynı kanunun 135/4 maddesi gereğince, baro disiplin kurulunun disiplin cezası verilmesi-

ne yer olmadığına ilişkin kararını kaldırarak şikayetli avukatın üç ay süreyle işten çıkarılmasına karar vermiştir.

B. Hukuki Çerçeve

Türkiye'nin "ortak üye (associated member)" olduğu Avrupa Barolar Konseyi'nin (Council of Bars and Law Societies of Europe-CCBE) belirlediği "Avrupalı Avukatların Tâbi Olduğu Meslek Kuralları"na baktığımızda, avukatın özel yaşantısına dair bir düzenlemeye açıkça yer verilmediğini görürüz.²

CCBE'nin Meslek Kuralları'nda avukatın toplumdaki görevi;

"Hukukun üstünlüğüne saygı esasına dayalı olarak kurulmuş bulunan bir toplumda avukat özel bir role sahiptir. Avukatın görevi kanunun izin verdiği sınırlar içinde verilen talimatları yerine getirmekle başlayıp sona ermez. Avukat, kendisine hak ve özgürlüklerinin savunulması ve sağlanması görevini verenlerin çıkarlarına ve adaletin sağlanmasına da hizmet etmek zorundadır ve sadece müvekkilinin davasını takip etmekle görevli olmayıp aynı zamanda müvekkilinin danışmanıdır. Bir toplumda avukatın mesleki işlevine saygı göstermek o toplumda demokrasi ve hukukun üstünlüğünün varlığı için zorunlu bir şarttır."

şeklinde ifade edilmiştir.

CCBE'nin Meslek Kuralları'na göre avukatın üstlendiği görev müvekkile, mahkemeler ve diğer yetkili makamlara, hukuk camiasının tümüne ve her bir üyesine, devlete ve topluma çeşitli hukuki ve ahlaki yükümlülükler verir. CCBE'ye göre meslek kuralları, bu kurallara tâbi olanların kendi istekleriyle uymaları sayesinde bütün uygar toplumlarda avukatlar tarafından bir işlevin yerine getirilmesinin esas olarak kabul edildiği ve bunun gerçekleştirilmesi için tayin olunmuştur. Avukatların bu kurallara uymaması disiplin cezasını gerektirebilir. Her baronun meslek kuralları kendi geleneklerinden doğar. Bu kurallar ilgili üye devlette faaliyette bulunan meslek örgütüne ve mesleğin faaliyet alanında, hukuki ve idari usullere ve mevzuata uyarlanır. Her baronun kendi özel kuralları aynı değer üzerine kurulmuş olup, çoğu kez ortak bir temeli temsil etmektedir.

² <http://www.ccbe.org/index.php?id=32&L=0>, 03/12/2008.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 02/05/2001 gün ve 4667 sayılı Kanununun 21. maddesiyle değişik Altıncı Kısmında "*Avukatın Hak ve Ödevleri*" başlığı altında düzenlenen 34. maddede avukatların yüklenedikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce (TBB) belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Söz konusu maddede belirtilen ilke ve kurallar uygulamada "*avukatın özen yükümlülüğü*" olarak adlandırılmaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "*özen yükümlülüğü*"nü düzenleyen 34. maddesinde avukatın, TBB tarafından belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesine göre avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olduğu gibi "*özel yaşantısında da buna özen göstermekle*" yükümlüdür.

İtalyan Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesinde avukatların, adalet hizmetinin gerektirdiği vakar ve haysiyet içinde mesleklerini icra edecekleri; Bern Kuralları'nın 3/2 maddesinde avukatın, baronun itibarına aykırı her türlü faaliyetten çekinmesi gerektiği; Alman Avukatlık Kanunu'nun 43. maddesinde avukatın, meslek içinde ve dışında avukatlık mevkiinin telkin ettiği hürmet ve itimada layık olması gerektiği belirtilmiştir.

C. "Mesleğin İtibarı" Kavramı

TBB Disiplin Kurulu kararlarında da sıklıkla vurgulandığı üzere³ "*mesleğin itibarı*", "*meslek vakarı*" anlamındadır. Meslek itibarı, "*ticari itibar*" değildir. Bazı mesleklerin varlığı belli bir "*vakar*"ın⁴ varlığına bağlıdır. Meslek vakarı, "*ortak manevi mamelek*"tir.⁵

³ Bkz. 08/12/2006, 2006/368-443; 28/07/2006, 2006/214-290; 30/09/2005, 2005/211-300 sayılı TBB Disiplin Kurulu kararları.

⁴ Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı *Büyük Türkçe Sözlük*'te "*vakar*" kelimesinin karşılığı "*ağırbaşlılık*"tir, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=veritbn&kelime=327327>, 03/12/2008.

⁵ Erem, F., *Meslek Kuralları*, Şerh, 3. Bası, Ankara, 1977, s. 52. TBB Disiplin Kurulu kararlarında "*meslek itibarı*" kavramına değinilirken Erem'in atıfta bulunduğu-muz eserindeki açıklamaları esas alınmaktadır.

Bu sebeple özel yaşantısında dahi olsa avukatın,

- Taahhütlerine uymaması,
- Mal beyanında bulunmamak suretiyle hapis cezasıyla cezalandırılması,
- Borcunu ödememesi,

şağıda örneklerini sunacağımız disiplin kurulu kararlarında mesleğin itibarını sarsan davranışlar olarak kabul edilerek disiplin cezası tayinini gerektirmektedir.⁶

D. Avukatın Özel Yaşamı

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34 ve TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesine göre avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukatın aşağıda sayacağımız şu tutum ve davranışları mesleğin itibarını zedeler:

- Hakkında dava açılması, suç işlemesi, meslektaşına hakaret etmesi,⁷
- Tahsil ettiği parayı icra dosyasına bildirmemesi,⁸
- Süre geçtikten sonra dava açarak davaların süre yönünden reddine sebep olması,⁹
- Müvekkiline sahte mahkeme kararı vermesi,¹⁰
- Ortağı ve vekili bulunduğu bir şirket merkezinde bürosunu paylaşarak aynı telefonları kullanması ve aynı adresi basılı kağıtlarına yazması,¹¹
- Dava değerinin üzerinde teminat adı altında aldığı bir paranın hesabını müvekkiline vermemesi, iadesi gereken kısmı iade etmemesi,¹²

⁶ TBB Disiplin Kurulu, 30/09/2005, 2005/211-300.

⁷ TBB Disiplin Kurulu, 26/12/2003, 2003/321-434.

⁸ TBB Disiplin Kurulu, 02/02/2007, E. 2006/440, K. 2007/33.

⁹ TBB Disiplin Kurulu, 05/09/2008, 2008/187-317.

¹⁰ TBB Disiplin Kurulu, 08/12/2006, 2006/379-449.

¹¹ TBB Disiplin Kurulu, 23/01/2004, E. 2003/341, K. 2004/9.

¹² TBB Disiplin Kurulu, 28/07/2006, 2006/200-278.

- Haricen tahsil ettiği bedel karşılığında, icra vekalet ücreti alabilmek için ileri tarihli ödeme makbuzu düzenlemesi,¹³
- Müvekkilinin şikayet hakkının düşmesine sebep olması.¹⁴

Yine bir avukat;

- Mesleki içtihat dergilerinde yayımlanan yeni kararları takip etmemesi,¹⁵
- Başka yerde olması (örneğin hastanede bulunması),¹⁶
- Bürosunun iyi örgütlenmemiş olması,¹⁷
- Yardımcılarının ihmali,¹⁸
- Dava süresini korumak için başvurduğu yolun yeterli olmadığını kestiremeyip ihtiyatsızca vakit geçirmesi sebebiyle kanuni mehilleri kaçırmaması,¹⁹

halinde disiplin hukuku yönünden sorumludur.

Bu gibi haller 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34 ve TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesi kapsamında değerlendirilir.

Diğer yandan avukatın "*özel yaşantısında*" sergilediği aşağıdaki tutum ve davranışlar, TBB Meslek Kuralları'nın 4. maddesi çerçevesinde mesleğin itibarını zedeler:

- Sanık olarak yargılandığı duruşmada ayağa kalkmaması,²⁰

¹³ TBB Disiplin Kurulu, 30/03/2007, 2007/43-103.

¹⁴ TBB Disiplin Kurulu, 16/03/2007, 2007/21-81.

¹⁵ Cour de Justice civile de Genève, 31/03/1942, Sem. Jud. 1943, s. 23-29, Le Journal des Tribunaux (JdT), 1944, s. 150. Federal Mahkeme tarafından 22/05/1942 günlü kararla onanan bu karara göre avukat, mutad olarak yapmak zorunda olduğu mesleki işlemlere ilişkin önemli sorunları çözümlen ve resmi külliyatta veya içtihat dergilerinde yayımlanan kararları makul bir süre (birkaç hafta veya birkaç ay) içinde öğrenmelidir.

¹⁶ Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes amtliche Sammlung (BGE), C. 60, S. II, s. 352.

¹⁷ BGE 63 II 422.

¹⁸ BGE 85 II 46.

¹⁹ BGE 87 II 368.

²⁰ 08/12/2006, 2006/360-437.

- Adi şirket ortağı olması,²¹
- Borç olarak aldığı Cumhuriyet altınlarını iade etmemesi,²²
- Avukatlık imajına uygun düşmeyen sözler sarf ederek hakarete bulunması.²³

III. Sonuç

Özel yaşantının etkisiz kalmayacağı mesleklerden biri de avukatlıktır.²⁴ Ancak bu etkinin özel yaşama ne ölçüde sirayet edebileceği, bir başka deyişle müdahalenin sınırlarının tespiti de güçlük arz eder.

Avukatlık “doğruluk karinesi”nden yararlanan mesleklerdendir. Kişilerin bu mesleğin mensuplarına inançları asıldır. Bu sebeple avukatların, kolektif inanca ters düşecek ve bu inancı sarsacak davranışlardan özenle kaçınması gerekir.²⁵ Özen yükümlülüğünün avukatın meslek ve özel yaşamı olmak üzere iki boyutu vardır. Bu yükümlülük, özellikle temelinde güven unsuru bulunan vekâlet ilişkisinde çok daha belirgindir.

²¹ “(...) Tali lisans sözleşmesindeki ortaklık imzaları ve ortaklık payları, limited şirket tescil edilinceye kadar yapılan yazışmalar, BK'nın 520'nci maddesine göre değerlendirildiğinde, bu sürecin adi ortaklık olarak kabulünü zorunlu kılmaktadır. Adi ortaklık da avukatlık mesleği ile bağdaşmamaktadır.”, TBB Disiplin Kurulu, 23/01/2004, E. 2003/341, K. 2004/9.

²² TBB Disiplin Kurulu, 30/09/2005, 2005/211/300.

²³ “Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetlinin aracını yolu kapatır şekilde park etmesi sebebiyle şikayetçilerin korna ve sözle uyarılarına karşılık şikayetlinin ‘Patladınız mı’ dediği, ayrıca mahkemede şikayetçi avukata ‘Defol git’ diye söz sarf ettiği, şikayetlinin kabulü ve tanık beyanlarıyla sabit olduğu, tanık avukat C.Y'nin ifadesinde de şikayetli avukatın şikayetçilere ‘s...tir git’ dediği anlaşılmıştır. Nedeni ne olursa olsun, bir avukatın meslektaşına ya da herhangi bir vatandaşa bu tarz aşağılayıcı, azarlayıcı ve küçük düşürücü sözler sarf etmesi TBB Meslek Kuralları'nın 4'üncü maddesine aykırı olup, gerek Avukatlık Kanunu, gerek TBB Meslek Kuralları hükümleriyle oluşturulmak istenen avukat imajına uygun düşmemektedir. Bu bakımdan şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, baro disiplin kurulunun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir. Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddiyle İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.”, TBB Disiplin Kurulu, 27/04/2007, 2007/74-126.

²⁴ Erem, a.g.e., s. 62.

²⁵ TBB Disiplin Kurulu, 05/09/2008, 2008/198-327.

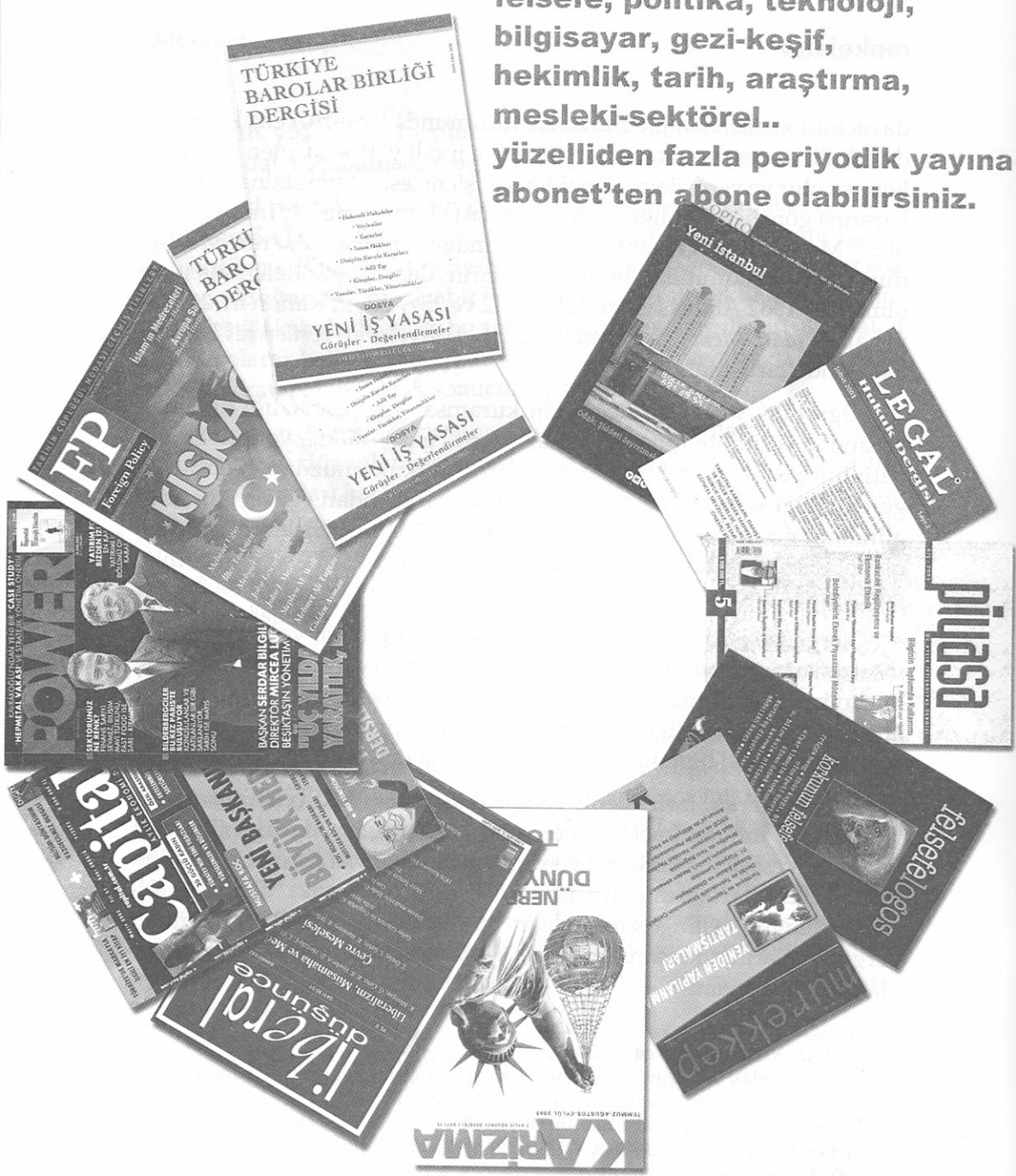
Yargıtay da, “avukatlık, karşılıklı güven ve sadakat isteyen bir meslek olup, vekâlet de bu inanç doğrultusunda verilir. Davalı avukat, davacının bu inancını kötüye kullanarak hasım tarafın kendisini vekil tayin etmesine karşı koymamış, onun vekilliğini üstlenmiştir. Bu durum müvekkil davacının davalı avukatına karşı beslediği güvenin sarsılmasına neden olduğunun kabulünde duraksamaya yer yoktur. O nedenle davacı müvekkil salt bu nedeni ileri sürmek suretiyle dahi azilde haklıdır.” demek suretiyle yukarıda belirttiğimiz güven unsuruna dikkat çekmiştir.²⁶

Avukatın TBB Meslek Kuralları’nın 4. maddesi anlamında kolektif inanca ters düşecek ve bu inancı sarsacak davranışlardan kaçınması (özen) yükümlülüğünün ve doğruluk karinesinin bir diğer boyutu avukatın özel yaşamıyla ilgilidir. Buna göre avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olduğu gibi “özel yaşantısında da buna özen göstermekle” yükümlüdür. Bu çerçevede, ikamet ettiği daireye ait ortak giderleri ödemeyen ve hakkında icra takibi başlatılan avukatın bu eylemi, avukatlık mesleğine olan güvenin sarsılmasına sebebiyet vereceğinden kolektif inancı olumsuz etkiler. Kaldı ki bir avukat hakkında icra kovuşturması yapılması mesleğin itibarını da temelinden sarsar.

Sonuç olarak, maddi açıdan zor duruma düşmesi sebebiyle de olsa, ikamet ettiği daireye ait ortak giderleri ödeyemeyen ve hakkında icra takibi başlatılan avukatın bu eylemi, “özel yaşantısı”nda mesleğin itibarını zedeleyen, avukatlık mesleğine olan inancı ve avukatlara olan güveni sarsan tutum ve davranışlardan biridir. Bu sebeple eylem, TBB Meslek Kuralları’nın 4. maddesi çerçevesinde disiplin cezasını gerektirir.

²⁶ Yargıtay 13. HD, 03/10/2000, 2000/6961-7836.

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

ÇOCUKLARIN EVLAT EDİNİLMESİNE DAİR GÖZDEN GEÇİRİLMİŞ AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMESİ'NE DAİR

Alper Can AYKAÇ*

27 Kasım 2008 tarihinde imzaya açılan 2008 Sözleşmesi, çocukların evlat edinilmesine dair Avrupa Konseyi'nin bağlayıcı nitelik taşıyan ilk düzenlemesi değildir. Bu konudaki ilk sözleşmesi 24 Nisan 1967 tarihinde imzaya açılmış olup 26 Nisan 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Avrupa Konseyi'nin neden bir sözleşmeyi gözden geçirip yenileme ihtiyacı duyduğuna yönelik kısaca bir açıklama yapmak önemli olabilir. Bu kısa önbilgi, çocukların evlat edinilmesine yönelik tarihi gelişimine ve 2008 Sözleşmesi'nin önemli noktalarına değinerek bu konuya ışık tutmayı amaçlar. Ayrıca kapsamlı bir açıklama yapmaktan kaçınılarak; yalnızca ilgili konunun tartışılmasını ve Türk Hukuku ile karşılaştırılmasını teşvik etmeye yönelik bir altyapı oluşturma amacı benimsenmiştir.

1967 Sözleşmesi

1967 Sözleşmesi bu konuda Avrupa Konseyi'nin ilk bağlayıcı metni olması bakımından önemlidir. 18 ülkede yürürlüğe girmiş, bunun yanı sıra 3 devlet de imzalamış fakat onaylamamıştır. Tüm üye devletlerdeki evlat edinme hükümlerinde asgarî birlik sağlamayı amaçlayan 1967 Sözleşmesi, zamanla güncelliğini yitirmiş, İsveç'in 2003 yılında ve Birleşik Krallık'ın 2005 yılında sözleşmeden çıkmasına neden olmuş ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") içtihatları ile uyumsuz hale gelmiştir.

Sözleşme'nin değiştirilmesine yönelik teklifler değerlendirilirken Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı'nın çalışmasının beklenme-

* Av., Eskişehir Barosu.

si düşünülmüştür. 29 Mayıs 1993 tarihli Çocukların Korunmasına ve Ülkelerarası Evlat Edinmeye İlişkin İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi çocukların çıkarlarının üstün tutulması, yerindelik, çocukların kâçırılması; satılması ve ticaretinin önlenmesi, evlatlık işleminin diğer ülkelerde kendiliğinden tanınması, ülkeler arası işbirliği gibi ilkelere barındırmaktadır. 1967 Sözleşmesi'nin yenilenmesi çalışmasında, diğer bir deyişle 2008 Sözleşmesi'nin hazırlanmasında, 1993 Lahey Sözleşmesi'nde tanınan ilkeler göz önünde tutulmuştur.

Türkiye ise 1967 Sözleşmesi'ni imzalamadığı için bu sözleşmeyle bağlı değildir. Ancak 1993 Lahey Sözleşmesi'ni 5 Aralık 2001 tarihinde imzalamış ve 27 Mayıs 2004 tarihinde onaylamıştır. 2008 Sözleşmesi'ni de henüz imzalamamıştır.

2008 Sözleşmesi

Yeni sözleşmede uygun bir evlat edinme için asıl olan tek bir ilke tanınmıştır, o da çocuğun çıkarlarının üstün tutulmasıdır (m. 4). Ancak bu ilke tek başına yeterli olamayabilir. Bu nedenle diğer ilkeler bu asıl ilkenin tamamlayıcısı durumundadır. 1967 Sözleşmesi'nde ise tüm ilkeler asıl olarak kabul edilmiştir.

Sözleşme kapsamı 1. madde ile daraltılmıştır. Buna göre sözleşme, 18 yaşın altında, hiç evlenmemiş, hiç kayıtlı partnerliğe girmemiş ve reşit olmamış bir çocuğun evlat edinilmesine ve bu çocuğun soy bağının kurulmasına yönelik sorunlara uygulanabilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS") uygulaması uyarınca üzerinde titizlikle durulan ayrımcılık yasağının bir sonucu olarak, evlilik dışı doğan çocuklara karışı ayrımcılık yapılamayacağı tanınmıştır.

Evlat edinme işleminin geçerliliğini sağlayacak (m. 3) onaylama işlemi için "*yetkili makam*"ın iç hukuk tarafından belirlenmesi ve bunun Avrupa Konseyi'ne bildirilmesi gerekmektedir (m. 2). Bu yetkili makam idarî ya da yargısal bir kurum olabilir. Ayrıca biri evlat edinmenin maddî önkoşullarını diğeri ise şekli önkoşullarını denetlemek üzere iki ayrı kurum da belirlenebilir. Yetkili makam evlat edinmenin uygun olup olmadığını belirlemek amacıyla 10. maddede açıkça belirlenen konularda ilk soruşturma yapmakla görevli ve yetkilidir. Ayrıca yetkili makam ilk soruşturmayı aydınlatacağını düşündüğü konularda da bilgi toplayabilir. Bu soruşturmaları gerçekleştirmek için yetkili

makam tarafından eğitilmiş sosyal görevliler atanır. Bununla birlikte evlatlık kararının iptali de yetkili makama aittir. Çocuğun ergenlik yaşına varmasından önceki iptal nedenlerinin ciddi nitelikte olması gerekir (m. 14).

Evlat edinmeye yönelik rızanın alınması konusunda 5. madde ayrıntılı bir hüküm getirmektedir. Ana ya da babanın rızası, evlat edinmenin eşinin rızası ve ayrıca evlat edinilenin sezgin olması durumunda onun da rızası gereklidir (m. 5). Rıza vermenin şekli koşullarının sözleşme tarafından belirlenmesine rağmen, rızanın geri alınışında takdir taraf devletlerin iç hukukuna bırakılmıştır. Yetkili makamın yetkilerinin birçok yerde geniş olmasının yanı sıra, rızadan muafiyet tanımaya yönelik yetkisi de daraltılmıştır (m. 5/3).

AİHM içtihatlarının ve 1993 Lahey Sözleşmesi'nin doğurduğu ilkelere sonucunu olarak çocukların evlat edinme işlemindeki yasal statüleri ve etkileri 1967 Sözleşmesi'ne oranla daha güçlü bir hale getirilmeye çalışılmıştır. 5. madde uyarınca sezgin küçüklerin rızasının önkoşul olarak tanınmasının yanı sıra, rızanın zorunlu olmadığı durumlarda çocuğun bilgilendirilmesi ve çocuğun görüşünün alınması gerekir (m. 6).

Ayrıca taraf devlet kendi iç hukukunda çocuğun çıkarlarını korumak için evlat edinmenin onaylanmasından önce yetkili makam aracılığıyla evlat edinenleri belirli bir deneme süresine tabi tutan düzenlemeler getirebilir (m. 19)

Yine ayrımcılık yasağı konusuna verilen önem ve evlilik kurumunun ahlakî değerlerine verilen önem arasındaki dengeyi kurmak amacıyla eşcinsel evlilikteki ve kayıtlı partnerlikteki, eşcinsel ve zıtcinsel sabit ilişkilerdeki evlat edinme haklarının tanınması taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır (m. 7). Üye devletlerin büyük bir bölümü eşcinsellere, ya kayıtlı partnerlik ya da evlilik hakkı tanımak yolu ile, evlilikten doğan bazı sosyal ve medenî hakları da tanımaktadır. Bu nedenle bu tür kurumları kendi ülkesinde düzenleyen devletlerdeki eşcinsel ya da zıtcinsel evlilik veya kayıtlı birlikteliklerin durumu devletlere takdir yetkisi tanınarak açıklığa kavuşturulmuştur. 1967 Sözleşmesi'nde ise eşcinsellerin durumu kapsamamıştır.

2008 Sözleşmesi bir çocuğun yalnızca tek bir evlat edinen aileye mensup olması ilkesinden yola çıkarak evlat edinilen çocuğun sonradan tekrar evlat edinilmesi olanağını belirli koşullara bağlamak yoluyla

la sınırlı tutmuştur (m.8).

Evlad edinenin en düşük yaş sınırı 18 ila 30 arasında olmak kaydıyla taraf devletin takdirine bırakılmıştır. Bu yaş aralığı 1967 Sözleşmesi'nde 21 ila 35 yaşlarıdır. Her iki sözleşme de en yüksek yaş sınırını tanımlamamıştır ve 2008 Sözleşmesi'nde tercihen evlat edinen ve edinilen kişiler arasındaki yaş farkının en az 16 olmasını öngörmüştür (m. 9).

Evlad edinilen çocuğun soyadı, yeni ve eski ailesi ile ilişkisi gibi konularda evlatlığın sonuçlarına ve etkilerine ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır (m. 11). Sözleşme'nin ilgilendiği tam evlat edinme durumunda çocuğun asıl ailesi ile tüm yasal bağları sona erer. Evlat edinenin asıl ailesinin bireyleri ile evlat edindiği çocuk arasında hiçbir yasal ayırım bulunmamaktadır. Bununla birlikte taraf devletler daha az etkilere sahip evlat edinme yollarını düzenleyebilmektedirler.

Evlad edinen çocuğun vatansız kalmasını engellemek amacıyla Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi hükümleri ile uyumlu bazı önlemler de getirilmiştir (m. 12).

Evlad edinme işleminin taraflarından kime hangi bilgilerin açıklanacağı hassas bir denge ile düzenlenmesi gereken ayrı bir konudur. AİHM önündeki *Odièvre / Fransa* davası çocukken evlat edinilen bir kişinin asıl ailesinin kim olduğunu sosyal hizmetler kurumundan öğrenmesine yönelik talebinin, evlat edinme işlemi sırasında asıl ailesinin kimliklerini gizli tutmak istemeleri nedeniyle reddedilmesine ilişkindir. Her ne kadar bu davada ret kararı insan haklarına ve özellikle aile ve özel yaşam hakkına (AİHS m. 8) aykırı bulunmamış olsa da, bu konuda taraflar arasındaki dengenin çok kırılğan olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle AİHM içtihatları dikkate alınarak daha ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir (m. 22). Buna göre yetkili makam bundan böyle somut olaya göre değerlendirme yapabilecektir.

Bu ayki sayıda yer alan 2008 Sözleşmesi'nin yanı sıra aşağıdaki bağlantıları kullanarak konu ile ilgili diğer metinlere ulaşabilirsiniz:

1967 Sözleşmesi ve 2008 Sözleşmesi'nin asıl metinleri ve açıklayıcı raporları:

<http://conventions.coe.int>

1993 Lahey Sözleşmesi:

<http://www.hcch.net>

**ÇOCUKLARIN EVLAT EDİNİLMESİNE DAİR
AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMESİ
(Gözden Geçirilmiş)**

Strasbourg, 27.XI.2008

Çeviren: Alper Can AYKAÇ

Başlangıç

Avrupa Konseyi üye Devletleri ve Sözleşme'ye katılan diğer imzacı devletler,

Avrupa Konseyi'nin hedefinin, kendi üyelerinin ortak mirası olan idealleri ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek amacıyla, kendi üyeleri arasında daha büyük bir birliğe ulaşmak olduğunu düşünerek;

Avrupa Konseyi'nin bütün üye devletlerin hukuklarında çocukların evlat edinilmesi kurumunun varolmasına rağmen, bu ülkelerde evlat edinmeyi yönetmesi gereken ilkelere ilişkin farklı görüşlerin ve evlat edinme usullerinde ve evlat edinmenin yasal sonuçlarında farklılıkların bulunduğunu düşünerek;

20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni ve bunun 21. maddesini değerlendirmeye alarak;

29 Mayıs 1993 tarihli Çocukların Korunmasına ve Ülkelerarası Evlat Edinmeye İlişkin İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi'ni değerlendirmeye alarak;

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin "*Uluslararası evlat edinme: çocuk haklarına saygı göstermek*" hakkındaki 1443 (2000) no.lu Tavsiye'sinin içeriğine; ve velayetin kurulmasına ve yasal sonuçlarına ilişkin ilkelere dair Avrupa Konseyi'nin Detaylı Rapor'una dikkat ederek;

Çocukların Evlat Edinilmesine Dair 1967 Avrupa Sözleşmesi'nin (ETS No. 58) bazı hükümlerinin güncelliğini yitirdiğini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatına aykırı olduğunu tanıyarak;

Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair 25 Ocak 1996 tarihli Avrupa Sözleşmesi (ETS No. 160) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatı aracılığıyla, çocukların kendilerini etkileyen aile yargılamalarına müdahil olmasının geliştirildiğini tanıyarak;

Son yıllarda bu alandaki ilgili gelişmeleri değerlendirmek suretiyle, çocukların evlat edinilmesine ilişkin ortaklaşa gözden geçirilen ilkelere ve uygulamaların kabul edilmesi sonucunda, ulusal hukuklardaki farklılıkların neden olduğu zorlukların azalacağını ve evlat edinilen çocukların çıkarlarının artacağını düşünerek;

Özellikle 1993 Lahey Sözleşmesi'ni tamamlayıcı etki sağlayan, çocukların evlat edinilmesi hakkında Avrupa Konseyi'ne ait uluslararası belgenin gözden geçirilmesi ihtiyacı konusunda ikna olarak;

En üstün tutulacak unsurun çocuğun çıkarı olduğunu tanıyarak;

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

I. BÖLÜM - Sözleşme'nin Kapsamı ve ilkelerin uygulaması

1. Madde - Sözleşme'nin kapsamı

1. Bu Sözleşme, evlat edinen kişinin evlat edinme başvurusu sırasında, 18 yaşını tamamlayan, evliliği ve evlenmişliği olmayan, kayıtlı partnerliğe girmemiş ve girmişliği olmayan ve reşit olmayan çocuğa uygulanır

2. Bu Sözleşme, çocuk-ebeveyn ilişkisini kalıcı olarak doğuran yasal evlat edinme kurumlarını kapsar.

2. Madde - İlkelerin uygulaması

Taraf Devletlerin her biri, bu Sözleşme hükümleri ile kendi hukukunun uygunluğunu sağlamak için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alır ve bu amaçla alınmış olan tedbirleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne bildirir.

II. BÖLÜM - Genel İlkeler

3. Madde - Evlat edinmenin geçerliliği

Evlat edinme, mahkeme ya da idari makam (bundan sonra "yetkili makam" olarak anılır) tarafından onaylanırsa geçerli olur.

4. Madde - Evlat edinme onayı

1. Evlat edinmenin çocuğun çıkarına olacağı kanıtlanmadıkça yetkili makam evlat edinmeyi onaylamaz.

2. Her bir olayda yetkili makam, çocuğa sabit ve uyumlu bir yuva sunmanın önemine özel bir özen gösterir.

5. Madde - Evlat edinmeye yönelik rızalar

1. Bu maddenin 2 ila 5. fıkraları kapsamında, en azından evlat edinmeye yönelik aşağıdaki rızalar verilmiş ve geri alınmamış olmadıkça, evlat edinme onaylanmaz:

a. ananın veya babanın rızası; ya da eğer rıza verecek ne ana ne de baba varsa, bunların yerine rıza vermeye ehil olan kişinin ya da kurumun rızası;

b. hukukça yeterli anlayışa sahip sayılan çocuğun rızası; hukukça öngörülen ve 14 yaştan fazla olmayan bir yaşı tamamlamayan çocuk, yeterli anlayışa sahip sayılır.

c. evlat edinenin eşinin ya da kayıtlı partnerinin rızası.

2. Evlat edinmek için rızaları gerekli olan kişiler, evlat edinmenin çocuğun asıl ailesi ile arasındaki yasal bağın yok olması sonucuna varıp varmayacağı hususu başta olmak üzere, rızalarının sonuçları hakkında gerekli ölçüde ve uygun biçimde bilgilendirilmelidirler. Rıza özgürce, gerekli yasal form içinde verilir ve yazılı olarak ifade edilir ya da açıklanır.

3. Yetkili makam, hukukça belirlenen ayrık durumlar dışında, 1. fıkradan anılan kişinin ya da kurumun rızasına muafiyet tanıyamaz veya rıza vermeyi reddetmesini geçersiz kılamaz. Ancak, geçerli bir rızayı ifade etmesini engelleyen ehliyetsizlikten ötürü mağdur olan çocuğun rızası muaf tutulabilir.

4. Eğer baba ya da ana, çocuğun velayet sorumluluğunu veya en azından evlat edinmeye yönelik rıza verme hakkını taşımıyorsa, hukuk bu kişinin rızasını almaya gerek olmadığını düzenleyebilir.

5. Çocuğunun evlat edinilmesine yönelik ananın rızası, doğumdan sonra altı aydan az olmamak kaydıyla hukukça öngörülebilir bir süreden sonra, ya da eğer böyle bir süre öngörülmemişse, yetkili ma-

kamın görüşüne göre, çocuk doğurmanın etkilerinden ananın yeterince arınması için gerekli bir süreden sonra verildiğinde geçerli olur

6. Bu Sözleşme kapsamında “baba” ve “ana” hukuka göre çocuğun ebeveynleri olan kişilere denir.

6. Madde – Çocuğun bilgilendirilmesi

5. maddenin 1. ve 3. fıkralarına göre çocuğun rızası gerekli değilse, çocuk, olabildiğince bilgilendirilir ve çocuğun görüşleri ve dilekleri olgunluk düzeyine göre değerlendirmeye alınır. Bu bilgilendirme çocuğun çıkarlarına açıkça aykırı ise muaf tutulabilir.

7. Madde – Evlat edinme koşulları

7. Hukuk, aşağıdaki kişiler tarafından çocuğun evlat edinilmesine izin verir:

- a. aşağıdaki koşullardan birini taşıyan farklı cinsiyetten iki kişi
 - i. birbirleriyle evli olmak ya da
 - ii. kayıtlı partnerlik gibi bir kurumda birlikte bulunmak;
- b. tek kişi

8. Devletler bu Sözleşme'nin kapsamına evli olan ya da kayıtlı partnerliğe birlikte girmiş olan eşcinsel çiftleri dâhil etmekte serbesttirler. Devletler, ayrıca bu Sözleşme'nin kapsamına sabit bir ilişki içerisinde birlikte yaşayan farklı cinsiyetten çiftleri ve eşcinsel çiftleri dâhil etmekte de serbesttirler.

8. Madde – Sonraki evlat edinme olanağı

Aşağıdaki koşulların birinin ya da birden fazlasının gerçekleştiği durumların dışında, hukuk evlat edinilen çocuğun sonradan tekrar evlat edinilmesine izin vermez:

- a. çocuğun, evlat edinenin eşi ya da kayıtlı partneri tarafından evlat edinilmesi durumunda;
- b. eski evlat edinen kişinin ölmesi durumunda;

- c. evlat edinmenin iptal edilmesi durumunda;
- d. eski evlat edinmenin sona ermiş olduğu ya da buradaki nedenlerle sona erdiği durumda;
- e. sonraki evlat edinmenin ciddi nedenlerle adil bulunması ve eski evlat edinmenin hukuka göre sona erdirilemediği durumda.

9. Madde - Evlat edinenin en düşük yaş sınırı

1. Çocuk, ancak evlat edinenin 18'den düşük ve 30'dan yüksek olmayan hukuk tarafından öngörüşmüş en düşük yaş sınırını tamamlar ise evlat edinilebilir. Çocuğun çıkarları için tercihen en az 16 yaş olmak üzere, evlat edinen ve çocuk arasında uygun bir yaş farkı bulunur.

2. Fakat hukuk çocuğun çıkarlarını göz önüne alarak, en düşük yaş sınırına ve yaş farkına ilişkin koşulu aşağıdaki durumlarda kaldırılmasına izin verebilir:

- a. evlat edinenin, çocuğun anasının ya da babasının eşi ya da kayıtlı partneri olması durumunda; ya da
- b. istisnai koşulların ortaya çıktığı durumlarda.

10. Madde - İlk soruşturma

3. Evlat edinen, çocuk ve ailesi hakkında uygun soruşturmalar yapılmadan, yetkili makam evlat edinmeyi onaylamaz. Bu soruşturmalar sırasında ve sonrasında veriler yalnızca mesleki gizliliğe ve kişisel veri korumasına ilişkin kurallara göre derlenebilir, işlenebilir ve iletilebilir.

4. Her bir olayda uygun kapsamdaki soruşturmalar, olabildiğince ve diğerlerinin arasında aşağıdaki konularla ilgilidir:

- a. evlat edinenin yuvası ve evhalkı ile çocuk yetiştirme yeterliliği başta olmak üzere, kişiliği, sağlığı ve sosyal çevresi;
- b. evlat edinenin, çocuğu evlat edinmeyi istemesinin nedeni;
- c. eşlerden ya da kayıtlı partnerlerden yalnızca birinin başvurması durumunda, diğerinin başvuruya katılmamasının nedeni;
- d. çocuğun ve evlat edinenin birbirine uygunluğu ve çocuğun ev-

lat edinenin bakımında kaldığı zaman aralığı;

e. çocuğun kişiliği, sağlığı ve sosyal çevresi ve, hukukun gerektirdiği herhangi bir sınırlamaya tabi olmak kaydıyla, altyapısı ve medeni durumu;

f. evlat edinenin ve çocuğun etnik, dini ve kültürel altyapısı.

5. Bu soruşturmalar, hukukun ya da yetkili makamın bu amaçla görevlendirdiği kişi ya da kurum tarafından gerçekleştirilir. Soruşturmalar, uygulanabilir ölçüde, hem eğitimleri hem de deneyimleri sonucu bu alanda nitelikli olan sosyal görevliler tarafından yerine getirilir.

6. Bu madde hükümleri, bu soruşturmaların kapsamına girsin ya da girmesin, yetkili makamın yardımcı olabileceğini düşündüğü herhangi bir bilgiyi ya da kanıtı toplama görevini ya da yetkisini etkilemez.

7. Evlat edinenin evlat edinmeye uygun ve elverişli olup olmadığına, ilgili kişilerin koşullarına ve niyetlerine ve çocuğun yerleşim yerinin uygunluğuna ilişkin soruşturmalar, çocuğun evlat edinilmesi amacıyla muhtemel evlat edinenin bakımına emanet edilmeden önce gerçekleştirilir.

11. Madde – Evlat edinmenin etkileri

1. Çocuk, evlat edinme işlemi üzerine, evlat edinen(ler)in ailesinin tam üyesi olur ve evlat edinen(ler) ve onun ya da onların ailesi bakımından, ebeveynliği yasal olarak kurulan evlat edinen(ler)in çocuğu olarak aynı hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Evlat edinen(ler)in çocuğa karşı ebeveynlik sorumluluğu vardır. Evlat edinme çocuğun ana, baba ve asıl aile ile arasındaki yasal bağı sona erdirir.

2. Bununla birlikte eğer evlat edinilen çocuk evlat edinenin eşinin ya da kayıtlı olsun ya da olmasın partnerinin çocuğu ise, hukuk aksini öngörmedikçe bu eşin ya da partnerin bu çocukla ilgili hak ve yükümlülükleri devam eder.

3. Çocuğun asıl ailesi ile arasındaki yasal bağı sona ermesi bakımından, Taraf Devletler çocuğun soyadı ve evlenme ya da kayıtlı partnerliğe girme yasakları gibi konularda istisnalar tanıyabilir.

4. Taraf Devletler bu maddenin önceki paragraflarında belirtilen

etkilerden daha sınırlı etkilere sahip diğer evlat edinme biçimleri için düzenleme yapabilirler.

12. Madde – Evlat edinilen çocuğun vatandaşlığı

1. Taraf Devletler, çocuğun evlat edinenlerin birisinin vatandaşlığını kazanmasını kolaylaştırırlar.
2. Evlat edinmenin yol açabileceği vatandaşlığın kaybı, diğer bir vatandaşlığın kazanılması ya da bulundurulması koşuluna bağlanır.

13. Madde – Sınırlama yasağı

1. Aynı evlat edinen tarafından evlat edinilebilecek çocukların sayısı hukuk tarafından sınırlanamaz.
2. Çocuğu ya da çocuk yapma yetisi bulunan kişinin bu nedenle hukuk tarafından bir çocuğu evlat edinmekten alıkonamaz.

14. Madde – Evlat edinmenin geri alınması ve iptali

1. Evlat edinme, yalnızca yetkili makamın kararı ile geri alınabilir ya da iptal edilebilir. En üstün tutulacak unsur her zaman çocuğun çıkarıdır.
2. Evlat edinme, çocuğun ergenlik yaşına varmasından önce, hukukun izin verdiği ciddi nedenlerle geri alınabilir.
3. İptal başvurusu, hukukça öngörülen süre içinde yapılmalıdır.

15. Madde – Diğer Taraf Devlet'ten bilgi istemi

Bu Sözleşme'nin 4. ve 10. maddeleri uyarınca gerçekleştirilen soruşturmalar başka bir Taraf Devlet'in topraklarında yaşamış ya da yaşamakta olan kişi ile ilgili olduğu durumda, eğer bilgi istemi mevcutsa anılan Taraf Devlet istenen bilginin sağlanması için derhal çabalar. Her Devlet, bilgi isteminin gönderileceği bir ulusal makam belirler.

16. Madde – Ebeveynliğin kurulmasına yönelik yargılama

Muhtemel biyolojik baba ya da ana tarafından başlatılan ebeveynliğin kurulmasına ya da, böyle bir usul mevcutsa, analığın kurulmasına yönelik sürmekte olan bir yargılama sırasında, evlatlık işlemleri, uygun bulunduğu durumda, evlatlık işlemlerinin sonucunu beklemek için askıya alınır. Yetkili makamlar bu tür evlatlık işlemlerinde süratli davranırlar.

17. Madde – Haksız kazanç yasağı

Hiç kimse bir çocuğun evlat edinilmesi ile ilgili etkinlikten ötürü malî ya da diğer nitelikte haksız bir kazanç elde edemez.

18. Madde – Daha lehe koşullar

Taraf Devletler, evlat edinilen çocuğun daha lehine düzenlemeler getirme seçeneğine sahiptirler.

19. Madde – Deneme dönemi

Taraf Devletler, evlat edinmenin onaylanmasından önce, evlat edinme onaylanmış olsaydı gelecek ilişkilerinin nasıl olabileceğine ilişkin yetkili makam tarafından makul bir değerlendirme yapılması için yeterince uzun bir dönem boyunca çocuğun, evlat edinenin bakımına bırakılması koşulunu arayabilir. Bu bağlamda, en üstün tutulacak unsur çocuğun çıkarıdır.

20. Madde – Danışmanlık ve evlat edinme sonrası hizmetleri

Kamu makamları muhtemel evlat edinene, evlat edinene ve evlat edinilen çocuklara yardım ve tavsiye sunmak için evlat edinme danışmanlığının ve evlat edinme sonrası hizmetlerinin ilerlemesini ve düzgün işlemlerini sağlar.

21. Madde – Eğitim

Evlat edinme ile uğraşan sosyal görevliler, evlat edinmenin sosyal ve yasal yönleri üzerine uygun biçimde eğitilirler.

22. Madde – Bilgiye erişim ve bilgiyi açıklama

1. Çocuğun asıl ailesine, evlat edinmenin kimliğini açıklamaksızın, evlat edinmenin tamamlanmasını sağlayacak hükümler getirilebilir.

2. Evlat edinme işlemlerinin *kamera ile* gerçekleştirilmesini gerektiren ya da buna izin veren hükümler getirilir.

3. Evlat edinen çocuk, asıl ailesine ilişkin yetkili makamlar tarafından tutulan bilgilere erişim olanağına sahip olur. Kimliğin açıklanmasına ilişkin çocuğun asıl ebeveynlerinin yasal hakkının bulunduğu durumda, yetkili makam çocuğun ve onun asıl ailesinin ilgili haklarını göz önünde tutarak, hukukun izin verdiği ölçüde, bu hakkı geçersiz kılıp kılmama ve kimlik bilgilerini açıklayıp açıklamama konularını belirleme yetkisine sahiptir.

4. Evlat edinen ve evlat edinilen çocuk, evlat edinilen çocuğun doğum tarihini ve yerini belirten ancak evlat edinme olayını ve çocuğun asıl ailesinin kimliğini ifşa etmeyen kamusal kayıtlardan çıkarılan bilgileri içeren bir belge alabilirler. Taraf Devletler bu Sözleşme'nin 11. maddesinin 4. fıkrasında anılan diğer evlat edinme biçimlerine bu hükmü uygulamamayı seçebilirler.

5. Kişinin kimliğini ve asıl ailesini bilme hakkını göz önünde tutarak, evlat edinmeye ilişkin bilgiler, evlat edinmenin kesinleştiği tarihten itibaren en az 50 yıl boyunca derlenir ve saklanır.

6. Bir kişinin evlat edinilip edinilmediğine ve eğer bu bilgi açıklanmışsa bu kişinin asıl ebeveynlerinin kimliklerine ilişkin bilginin, meşru çıkarı bulunmayan kişilerce her olayda öğrenilmesini engellemek suretiyle kamusal kayıtlar tutulur ve içerikleri çoğaltılır.

III. BÖLÜM - Son Hükümler

23. Madde – Sözleşme'nin etkileri

1. Taraf Devletler bakımından bu Sözleşme, 24 Nisan 1967 tarihinde imzaya açılan Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin yerine geçer.

2. Mevcut Sözleşme'nin Taraf'ı ve mevcut Sözleşme'yi onaylamamış olan 1967 Sözleşmesi'nin Taraf'ı arasındaki ilişkilerde, 1967 Sözleşmesi'nin 14. maddesi uygulanmaya devam eder.

24. Madde – İmza, onay ve yürürlüğe giriş

1. Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi üye Devletleri'nin, hazırlık aşamasına katılmış olup da üye olmayan Devletler'in imzalarına açıktır.

2. Bu Sözleşme onay, kabul veya uygun bulmaya tabidir. Onay, kabul veya uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nde saklanır.

3. Bu Sözleşme, üç imzacının bu maddenin 2. fıkrasının hükümleri doğrultusunda Sözleşmeyle bağlı olma rızasını ifade ettiği tarihten sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

4. Bu Sözleşmeyle bağlı olma rızasını sonradan ifade eden, 1. fıkrada anılan herhangi bir Devlet ya da bakımından, Bu Sözleşme onay, kabul veya uygun bulma belgesinin tevdii tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

25. Madde – Katılım

1. Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinin ardından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Sözleşmenin Taraflarına danıştıktan sonra, Avrupa Konseyi üyesi olmayan ve Sözleşme'nin hazırlık aşamasında bulunmayan herhangi bir Devlet'i - Avrupa Konseyi Statüsü'nün 20. maddesinin d bendinde öngörülen oyçokluğu ve de Bakanlar Komitesi'nde bulunmaya yetkili Sözleşmeci Devletler'in temsilcilerinin oybirliği ile alınan karar sonucu - Sözleşme'ye katılması için davet edebilir.

2. Katılan devlet bakımından Sözleşme, katılım belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdii tarihten sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

26. Madde – Bölgesel uygulama

1. Herhangi bir Devlet imza tarihinde veya onay, kabul, uygun bulma ya da katılma belgesinin tevdii tarihinde, Sözleşme'nin uygulanacağı bölge veya bölgeleri belirtebilir.

2. Taraflardan herhangi biri, daha sonraki bir tarihte, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne göndereceği bildirge yolu ile, Sözleşme'nin uygulama alanını genişletmek için, uluslararası ilişkilerinden sorumlu

olduğu ya da adına yükümlülük üstlenmeye yetkili olduğu bölgede Sözleşme'nin uygulanmasını sağlayabilir. Bu bölge bakımından Sözleşme, bu bildirgenin Genel Sekreterlik'e tebliğ tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

3. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne gönderilecek bir bildirim yolu ile, önceki iki fıkrada anılan bildirdgeler, bildirme içinde belirtilen bölge bakımından geri alınabilir. Bu geri alım, bildirim Genel Sekreterlik'e tebliğ tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk gününde geçerlilik kazanır.

27. Madde - Çekinceler

1. 5. maddenin 1. fıkrasının b bendindeki, 7. maddenin 1. fıkrasının a.ii ve 1.b bentlerindeki ve 22. maddenin 3. fıkrasındaki hükümler hariç olmak üzere, bu Sözleşme'ye çekince konamaz.

2. Bir Devlet tarafından 1. fıkra uyarınca konan herhangi bir çekince, imza tarihinde ya da onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgesinin tevdii tarihinde açıklanır.

3. Herhangi bir Devlet, tebliğ tarihinden itibaren geçerlilik kazanacak olan, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne gönderilecek bir bildirme yolu ile bir çekinceyi tamamen ya da kısmen geri alabilir.

28. Madde - Yetkili makamların bildirilmesi

Taraf Devletler'in her biri 15. madde uyarınca istemin gönderilebileceği yetkili makamın ismini ve adresini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne bildirir.

29. Madde - Çıkma

1. Herhangi bir Taraf Devlet, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne göndereceği bildirim ile, her zaman Sözleşme'den çıkabilir.

2. Bu çıkma, bildirim Genel Sekreterlik'e tebliğ tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk gününde geçerlilik kazanır.

30. Madde – Bildirimler

Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği, Avrupa Konseyi üye Devletlerine, bu Sözleşme'nin hazırlık aşamasına katılan üye olmayan Devlet'e ve Sözleşme'ye katılmaya davet edilen herhangi bir Taraf Devlet'e ve Devlet'e şunları bildirir:

- a. herhangi bir imza;
- b. herhangi bir onay, kabul, uygun bulma ya da katılım belgesinin tevdii;
- c. 24. madde doğrultusunda bu Sözleşme'nin herhangi bir yürürlüğe giriş tarihi;
- d. 2. madde uyarınca alınan herhangi bir bildirim;
- e. 7. maddenin 2. fıkrasındaki ve 26. maddenin 2. ve 3. fıkrasındaki hükümler uyarınca alınan herhangi bir bildirge;
- f. 27. maddenin hükümleri uyarınca konan herhangi bir çekince ve çekincenin geri alımı;
- g. 28. maddenin hükümleri uyarınca alınan herhangi bir bildirim;
- h. 29. maddenin hükümleri uyarınca alınan herhangi bir bildirim ve çıkmanın geçerli olacağı tarih;
- i. bu Sözleşme ile ilgili herhangi bir yazı, bildirim ya da irtibat.

Aşağıda imzası bulunanlar, usulüne uygun biçimde yetkilendirilmiş olarak, bu Sözleşmeyi imzalamışlardır.

27 Kasım 2008 tarihinde Strasbourg'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, Avrupa Konseyi üye Devletlerin her birine, bu Sözleşme'nin hazırlık aşamasına katılmış olup da üye olmayan her bir devlete ve bu Sözleşme'ye katılması için davet edilen herhangi bir devlete onaylı birer örnek iletilir.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 07.11.2007

E. 2007/11-839

K. 2007/825

* **Haksız rekabetin önlenmesi
davası**

(6762 sayılı TTK m.57/3)

Taraflar arasındaki "*haksız rekabetin önlenmesi*" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 14.10.2004 gün ve 2001/991-630 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2.5.2006 gün ve 2006/2636-5025 sayılı ilamı ile ... Davacı vekili, müvekkili şirketin sıvılaştırılmış petrol gazı piyasasında önde gelen bir sanayi kuruluşu olduğunu, davalı şirketlerin 18.05.2001 ve sonraki tarihli bazı gazetelerde yayınladığı reklamlarında, aynı piyasada faaliyet gösteren rakip firmaların imal ettikleri LPG bileşimli ürünlerle bağlantı kurmak suretiyle "*Kokusuz Gaz, Kokulu Otogaz kalitesizdir; Kokulu ve kalitesiz otogazlarla, bir milli servet olan otomobillerinizin ömrünü kısaltmayın*" başlıklı karşılaştırmalı reklam verdiğini, davalıların bu eylemleri ile piyasadaki diğer LPG bileşimli ürünlerin kalitesi hakkında yanlış bilgiler vererek, o ürünleri kötülemek ve tüketicileri etkilemek amacı güttüğünü, bu konuda müvekkilince gönderilen ihtarnamenin sonuçsuz kaldığını ileri sürerek, davalılar eyleminin haksız rekabet olduğunun tespit ve men'ine, maddi durumun ortadan kaldırılmasına, hükmün ilamına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, söz konusu ilanların tüketiciyi bilinçlendirmek ve reklam amacı ile verildiğini, dava konusu reklamların "*karşılaştırmalı*"

olduğu iddiasının gerçek dışı olduğunu, davalı şirket reklamlarında ne davacı ne de başka şirket ürünlerinin karşılaştırılmadığını, dava konusu reklamlarda haksız rekabet unsurlarının bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, bilirkişi raporunda tek otogaz tipi olduğu yazılarının reklamlarda küçük puntolarla yazıldığı, davalıların pazarladıkları gazın kokusuz, diğerlerinin ise kokulu olarak nitelendirildiği yolundaki beyanların haksız rekabet teşkil edeceği açıklanmış ise de, davalı tarafın eyleminin iddia edildiği gibi davacıya ait satış mahallesinde satılan otogazın kokulu olduğu ve bunun kullanılmasının kullanıcıların araçlarına zarar verecek nitelikte olduğunun ilan yolu ile duyurulması ve bilirkişilerin kabul ettiği gibi karşılaştırmalı reklam olarak kabulünün mahkemece uygun bulunmadığı, zira Türkiye’de piyasaya sunulan petrol ürünlerin TPO tarafından ithal edildiği ve rafineleri aracılığı ile piyasaya arz edildiği, bu nedenle tarafların kullandığı gazı aynı kaynaktan temin ettiği, söz konusu reklamlar ile bir kısım satıcıların satışa sunduğu otogaza katkı maddesi ilave ettiği ve bu ürünlerin araçlara zarar vereceği hususunun duyurulmak istendiği yolundaki savunmanın yerinde bulunduğu, ilanlarda davacı tarafın isminin belirtilmediği davacı tarafın anımsanmasına sebebiyet vererek ibarenin bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, davalı tarafın reklamlarında kullandığı “Kokusuz Gaz; Kokulu Otogaz Kalitesizdir, Kokulu ve Kalitesiz Otogazlarla, Bir Milli Servet Olan Otomobillerinizin Ömrünü Kısaltmayın” ifadelerin haksız rekabet teşkil ettiği iddiasına dayalı olarak açılmıştır. 27.11.1973 tarih ve 14752 sayılı *Resmi Gazete*’de yayınlanan Parlayıcı, Patlayıcı, Tehlikeli ve Zararlı Maddelerle Çalışan İşyerlerinde ve İşlerde Alınacak Tedbirler Hakkında Tüzük’ün 129. maddesinde, “Kokusu bulunmayan LPG’nin etil mekaptan, pentil merkaptan ve tiyofen gibi zararsız maddesi katılarak, kaçak halinde tanınması sağlanacaktır.” Hükmüne yer verilmiştir. Türk Standartları Enstitüsü tarafından düzenlenen 1991 tarih ve TS 2178 sayılı “Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG)’na ilişkin 3.3.maddesi ile” Sıvılaştırılmış petrol gazları renksiz ve kokusuz olup, sızıntı veya kaçak halinde çevre emniyetine ve insan sağlığına zararlı olabilir. Sıvılaştırılmış petrol gazlarının ortam içerisinde sağlığa zararlı ve patlayıcı karışım meydana getirmeden fark

edilmeleri için, içerisine koku verici maddeler karıştırılmalıdır” hükmü getirilmiştir.

Görüldüğü üzere, tüm otogazların kokulandırılması zorunludur. Tüm LPG satıcılarının da Yönetmelik ve TSE kurallarına riayet etmesi gerekmektedir. Sattığı oto gazın standartlara uygun olduğunu belirten davalı tarafın ürünleri de kokulu olmak durumundadır. Davalı tarafın kullandığı reklam metninde *“TSE kurallarına uygun şekilde kokusu bulunduğu”* ya da *“bu kurallarda belirtilen koku dışında koku bulunmadığı”* şeklinde bir ibare bulunmamakta olup, kullanılan reklam metninde *“davalı tarafın ürününün hiç kokusu bulunmadığı”* kastedildiği anlaşılmaktadır. TTK'nın 57/3. maddesi gereğince, *kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek eylemi”* hüsünüyet kaidelerine aykırı hareket olup, davalı tarafın reklam metninde kullandığı ifadelerin haksız rekabet teşkil edeceği gözetilerek, davacı taleplerinin buna göre değerlendirilmesi gerekirken, işbu dava ile benzerlik göstermeyen bir başka dosyada verilen kararın esas alınmak suretiyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 7.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 12.12.2007
E. 2007/11-965
K. 2007/961

- * Markaya tecavüzün tespiti, önlenmesi, terkin ve tazminat talebi
- * Haksız rekabet
- * Tescilsiz marka hakkı
- * Marka ve ticaret ünvanının ayırt edicilik özelliği (6762 sayılı TTK m.41/1, 54, 56, 57/1-5; 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 61)

Taraflar arasındaki “markaya tecavüzün tespiti, önlenmesi, terkin, tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 1.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.12.2004 gün ve 2003/539-2004/756 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 06.04.2006 gün ve 2005/3737- 2006/3614 sayılı ilamı ile; (...Davacı vekili, müvekkili üniversitenin A. Vakfı tarafından 4281 sayılı Yasa ile 1997 yılında kurulduğunu, müvekkilinin “A.” ibaresi için 25.05.2001 tarihinden itibaren eğitim ve öğretim hizmetlerini de kapsayacak şekilde adına marka tescil belgesi aldığını, davalı şirketin “A.” veya “A. Dershanesi” adı altında eğitim alanında faaliyette bulunduğunu ve müvekkilinin adına tescilli olan “A.” markasını ilan panolarında, dershanelerde, tanıtıcı reklamlarda, yazışma evrakında ve ticaret ünvanında kullandığını, ayrıca davalı tarafından hazırlanan bir sınav dergisinin yurt çapında neşredilen bir gazetenin ekinde “Vatan A.” ismi altında piyasaya sunulduğunu ve dergide “A.” ibaresinin kullanıldığı özendirici sloganların yer aldığını, davalının söz konusu eylemlerinin müvekkilinin tescilli markasına tecavüz oluşturduğunu ve haksız rekabete neden olduğunu ileri sürerek davalının eyleminin markaya ve marka hakkına tecavüz oluşturduğunun tespitine, tescilli markaya vaki tecavüzün önlenmesi ve haksız rekabetin men’i ile “A.” ibaresinin her türlü kullanımına son verilmesine, davalının eylemleri sonucu ortaya çıkan zararlarına karşılık şimdilik 5.000.000.000.-TL maddi ve 5.000.000.000.-TL manevi tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsiline ve “A.” ibaresinin kötü niyetli davalının ticaret ünvanından terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili şirketin 14.12.1998 tarihinde *Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi*'nde tescilinin ilan olduğunu, davacının ise "A." ismini 25.05.2001 tarihinde tescil ettirdiğini, bu nedenle müvekkilinin "A." ibaresini kullanma hakkının bulunduğunu, müvekkilinin kendi unvanını kullanması nedeniyle kötü niyetli olduğundan bahsedilemeyeceğini, davacının tescilinin sadece Üniversiteye münhasır olup, ticari marka niteliğinde olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalının ticaret sicili kayıtlarının davacının üniversite adının kabulüne ve kurulmasına ilişkin yasal düzenlemeden sonraki bir tarih olan 08.12.1998 tarihini ihtiva ettiği, davalının ticari unvanında "A." sözcüğünü kullanmasının davacının tescilli markasına tecavüz ve haksız rekabet oluşturacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davalı eyleminin davacı markasına ve unvanına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespitine, davalının ticari unvanından "A." sözcüğünün terkinine, bu sözcüğün ticaret unvanında kullanılmasının önlenmesine, 5.000.000.000.- TL maddi ve 3.000.000.000.- TL manevi tazminatın faiziyle davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin manevi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve TTK'nın 41/1. maddesi uyarınca ticaret unvanının, tacirin ticari işletmesi ile ilgili işlemleri yaparken ve işletmesiyle ilgili her türlü senetleri imza ederken kullandığı ad olarak tanımlanmış olmasına göre, ticaret unvanının yasal amacına uygun olarak kullanılması gerekirken somut olayda, davalı tarafça ticaret unvanının tescil ettirildiği gibi ve yasal amacı doğrultusunda değil, sadece "A." ibaresini alıp, bu ibareyi hizmet markası olarak kullanmasının davacı adına tescilli aynı ibareli markaya tecavüz oluşturduğunun anlaşılmasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeeyen diğer temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2. Dava, tescilli markaya vaki tecavüzün önlenmesi, maddi ve manevi tazminat istemleri ile "A." ibaresinin davalının ticaret unvanından terkin istemlerine ilişkindir. TTK'nın 54. maddesinde ticaret unvanı kanuna aykırı olarak başkası tarafından kullanılan kimsenin

bunun men'ini, haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun şekilde değiştirilmesini veya silinmesini ve zarar görmüş ise kusur halinde bunun tazminim isteyebileceği düzenlenmiştir. Anılan maddede, ticaret unvanına tecavüz edilen kimsenin hakları düzenlenmiş bulunmasına göre bu maddede yazılı hakların ancak gerçek veya tüzel kişi tacirler tarafından kullanılabilmesi anlaşılmaktadır. Somut olayda ise davacı üniversite tacir olmadığından TTK' nın 41. maddesi uyarınca üniversite adının ticaret unvanı olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumda, davacının sahip olduğu ve yasal koruma altında bulunan bir ticaret unvanı olmadığından davalının ticaret unvanında bulunan "A." ibaresinin unvanından çıkarılmasına karar verilmesi doğru olmayıp, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, tescilli markaya tecavüzün önlenmesi, tecavüz teşkil eden ibarenin ticaret unvanından terkin ve maddi- manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Davacı A. Üniversitesi, davalı da A. Fen Eğitim Sağlık Turizm İnşaat Ltd.Şti'dir. Davanın konusunu, Üniversitenin kuruluş ismi ve tescilli markası olup, davalının da ticari unvanın da yer alan "A." ibaresi teşkil etmektedir. Davacı eğitim-öğretim alanında hizmet vermekte, davalı şirket de Dershanecilik hizmet sektöründe çalışmaktadır. "A." ibaresi 1997 yılında kanunla bu isimle kurulan ve o tarihten bu yana bu ismi kullanan davacı Üniversite tarafından, 25.05.2001 tarihinden itibaren 10 yıl süreyle, marka olarak "2001/09798 Marka no" ile ve "Hizmet" çeşidinde olmak üzere tescil ettirilmiştir. Davalı şirket de, ana sözleşmesini ve bu ibarenin de yer aldığı "A. Fen Eğitim Sağlık Turizm İnşaat Ltd.Şti" ticari unvanını ticaret siciline 08.12.1998 tarihinde kaydettirmiş, 14.12.1998 tarih ve 4690 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan olunmuştur. Davacı vekili, müvekkili üniversitenin A. Vakfı tarafından 4281 sayılı Yasa ile 1997 yılında kurulduğunu, müvekkilinin "A." ibaresi için 25.05.2001 tarihinden itibaren eğitim ve öğretim hizmetlerini de kapsayacak şekilde adına marka tescil belgesi

aldığını, davalı şirketin "A." veya "A. Dershanesi" adı altında eğitim alanında faaliyette bulunduğunu ve müvekkilinin adına tescilli olan "A." markasını ilan panolarında, dersanelerde, tanıtıcı reklamlarda, yazışma evrakında ve ticaret unvanında kullandığını, ayrıca davalı tarafından hazırlanan bir sınav dergisinin yurt çapında neşredilen bir gazetenin ekinde "Vatan A." ismi altında piyasaya sunulduğunu ve dergide "A." ibaresinin kullanıldığı özendirici sloganların yer aldığını, davalının söz konusu eylemlerinin müvekkilinin tescilli markasına tecavüz oluşturduğunu ve haksız rekabete neden olduğunu ileri sürerek davalının eyleminin markaya ve marka hakkına tecavüz oluşturduğunun tespitine, tescilli marka vaki tecavüzün önlenmesi ve haksız rekabetin men' i ile "A." ibaresinin her türlü kullanımına son verilmesine, davalının eylemleri sonucu ortaya çıkan zararlarına karşılık şimdilik 5.000.000.000.-TL maddi ve 5.000.000.000.-TL manevi tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsiline ve "A." ibaresinin kötü niyetli davalının ticaret unvanından terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalının ticaret sicili kayıtlarının davacının üniversite adının kabulüne ve kurulmasına ilişkin yasal düzenlemeden sonraki bir tarih olan 08.12.1998 tarihini ihtiva ettiği, davalının ticari unvanında "A." sözcüğünü kullanmasının davacının tescilli markasına tecavüz ve haksız rekabet oluşturacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davalı eyleminin davacı markasına ve unvanına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespitine, davalının ticari unvanından "A." sözcüğünün terkinine, bu sözcüğün ticaret unvanında kullanılmasının önlenmesine, 5.000.000.000.-TL maddi ve 3.000.000.000.-TL manevi tazminatın faiziyle davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin manevi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine Özel Daire'ce haksız rekabetin varlığı, "A." ibaresinin kullanılma öncelik hakkının davacıda olduğu, kabul edilip bu yöne ilişkin temyiz itirazları reddedilmekle birlikte bozma ilamının 2. bendinde "TTK'nın 54. maddesinde ticaret unvanı kanuna aykırı olarak başkası tarafından kullanılan kimsenin bunun men'ini, haksız kullanılan ticaret unvanı tescil edilmişse kanuna uygun şekilde değiştirilmesini veya silinmesini ve zarar görmüş ise kusur halinde bunun tazminini isteyebileceği düzenlenmiştir. Anılan maddede, ticaret unvanına tecavüz edilen kimsenin hakları düzenlenmiş bulunmasına göre bu maddede yazılı hakların ancak gerçek veya tüzel kişi tacirler tarafından kullanılabilmesi anlaşılacak-

tadır. Somut olayda ise davacı üniversite tacir olmadığından TTK' nın 41. maddesi uyarınca üniversite adının ticaret unvanı olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumda, davacının sahip olduğu ve yasal koruma altında bulunan bir ticaret unvanı olmadığından davalının ticaret unvanında bulunan "A." ibaresinin unvanından çıkarılmasına karar verilmesi doğru olmayıp, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir." Gereğesiyle hükümde yer alan A. ibaresinin davalı ticari unvanından çıkarılması noktasından hüküm bozulmuş; Davacı vekilinin karar düzeltme istemi de reddedilmiştir.

Mahkemece, bozma ilamında yer alan davacı üniversitenin tacir olmadığı yönündeki tespite uyulmuş; hüküm fıkrasından *"ve unvanına tecavüz "* ibaresi çıkarılmış; ancak davacı tacir olmasa bile davalının ticari unvanından bu ibarenin çıkarılmasını isteyebileceği kabul edilerek bu yönden direnme kararı verilmiştir.

Dolayısıyla, davacının daha önce isim olarak kullanmakta iken marka olarak tescil ettirdiği "A." ibaresi üzerindeki öncelik hakkının davacıya ait olduğu ve bunun marka tescilinden önce başladığında ve davalının ticari unvanında yer alan ibarelerden sadece "A." ibaresini ön plana çıkarma eyleminin markaya tecavüz oluşturduğunda, uyuşmazlık yoktur. Yine direnme kararı verilirken uyulan kısım nazara alındığında davacının tacir olmadığı ve kullandığı ibarenin ticari unvan kabul edilemeyeceği de uyuşmazlık konusu olmaktan çıkmış olup, mahkemenin de Özel Daire'nin de kabulündedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; tacir sıfatı bulunmayan davacı üniversitenin marka tescilinden önce başlayan ve marka olarak hizmet çeşidinde tescil ettirmekle de devam eden öncelik hakkına sahip olduğu "A." ibaresinin, davalının ticari unvanından terkinine (çıkartılmasına) karar verilip verilemeyeceği, noktasında toplanmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, davacı tacir değildir ve ticari unvanı da bulunmamaktadır. "A." ibaresi üzerindeki öncelik hakkı, marka tescilinden önce 1997 yılında üniversite olarak bu isimle kurulması ile başlamış ve 2001 yılında gerçekleşen marka tescili ile devam ettirilmiştir.

Nitekim, davacı da marka tescilinden önce gerçekleşen bu öncelik hakkını açıkça ortaya koyarak, davalının ticari unvanından "A." ibaresinin çıkarılması isteminde bulunmuş; bu istemini sadece marka hak-

larına tecavüze değil, üniversite ismine tecavüze dolayısıyla, haksız rekabet hükümlerine de dayandırmıştır.

Durum bu olunca, davacının ticari unvanının olmamasının, haksız rekabet ve tescilsiz marka haklarına dayanarak davalının ticari unvanından bu ibarenin terkinini istemesine engel teşkil edip etmeyeceğinin irdelenmesi, gerekmektedir.

Davalıya ait ticari unvanın tescili tarihinde unvan olarak seçilen ibarenin serbest olmadığı belirgindir. Zira "A." ibaresi davacı tarafından üniversite ismi olarak kuruluş kanunuyla birlikte alınmış ve gerek isim gerek tanıtım şeklinde kullanılmıştır. Üniversite ismi ve tanıtımındaki bu kullanım, "tescilsiz marka kullanımı" niteliğindedir.

Marka da ticari unvan da "ayırt edici işaretlerdir". Marka, bir teşebbüsün ürün ve hizmetlerini, rakiplerinkinden ayırmaya yönelik olup; ticari unvan ise, tacirlerin ticari işletmesine ilişkin muamelelerinde, icrasında kullanmak zorunda olduğu ismidir. Her ikisi de ayırt edici işaret olarak kullanılmaları nedeniyle "ayırt edicilik" kapasitesine sahiptir. Bu nedenle, tescil sırasında bu ibarenin serbest olması, yani üçüncü şahsın ibare üzerinde hukuken ileri sürebileceği bir hakkının bulunmaması gerekir.

Marka en geniş anlamda gerçek veya tüzel kişinin mal veya hizmetlerini ayırmaya yarayan ayırt edici işaret olduğundan markayı tescil ettirenin veya markayı tescilsiz kullananın tacir olması da zorunlu değildir.

Marka, tescilli ise tescil kapsamındaki ürün veya hizmetlerden; tescilsiz ise de tescilsiz kullanılan ürün ve hizmetten bağımsızdır. Dolayısıyla, geçerliliği de yine ürün ve hizmetten bağımsızdır.

Korunması da, şartları varsa, hem telif haklarıyla hem de tescilli olup olmamasına göre 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname veya 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 57/1-5 maddesine göre gerçekleşir.

Şu durumda, davacı Üniversitenin tacir olmaması marka kullanımına engel olmadığı gibi, salt bu nedenle kullandığı tescilli veya tescilsiz markaların hukuki korumadan yararlanamayacağından da söz edilemez.

Markalarda spesiyalite prensibi geçerli olup; marka, hangi mal ve

hizmet için tescil edilmişse veya tescilsiz olarak hangi mal ve hizmet için kullanılmışsa, bu mal veya hizmetler yönünden sahibine bu işaret üzerinde herkese karşı ileri sürülebilecek inhisari haklar verir ve üçüncü kişiler bu işareti markanın kullanıldığı mal ve hizmetlerle aynı veya bunların benzeri mal veya hizmetler için kullanamazlar.

Yeri gelmişken ifade edilmelidir ki, bu şekildeki izinsiz kullanım; tescilsiz marka yönünden, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 56, 57/1-5 maddesi anlamında haksız rekabet teşkil ederken, tescilli marka yönünden de 556 sayılı KHK'nın 61. maddesi gereğince marka haklarına tecavüz oluşturur.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Dördüncü faslında "*Haksız Rekabet*" düzenlenmiş olup; Kanun'un 56. maddesinde haksız rekabet;

"Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir."

Şeklinde tarif edilmiş;

Yine aynı Kanun'un "*Hüsnüniyet Kaidelerine Aykırı Hareketler*" başlıklı 57. maddesinin 1. ve 5. bentlerinde ise;

" Hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler hususiyle şunlardır:

1. Başkalarını veya onların emtiasını, iş mahsullerini, faaliyetlerini yahut ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötülemek;

5. Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle itibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla itibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut itibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmiyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmamak;..." hükmüne yer verilmiştir.

Buna göre; haksız rekabetten söz edebilmek için kusur, zarar, illiyet bağı unsurları birlikte gerçekleşmelidir. Her iki tarafın da tacir olması veya her ikisinde ticari unvanının bulunması gibi bir koşul ise aranmamıştır. Başkasının kullandığı ad, unvan, marka işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla itibasa meydan verebilecek surette ad, unvan, marka

işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak "hüsnüniyet" kaidelerine aykırı haksız rekabet oluşturur. Somut olaya gelince:

Davacı vakıf üniversitesi "A. Üniversitesi" ismi kanunla kurulmuş olup, bu kuruluş kanunuyla birlikte eğitim öğretim faaliyetlerinde bulunmakta, dolayısıyla bu faaliyetleri kapsamında "A." ibaresini isim olarak kullanmaktadır. Yine, faaliyetlerini de bu ibare altında tanıtılmaktadır.

Davalı şirketin de, ticari sicil kayıtlarına göre faaliyetleri arasında diğer faaliyetlerin yanı sıra, özel anaokulu, ortaokul, lise, üniversite açmak, işletmek gibi faaliyetler de vardır. Görüldüğü üzere, davalının ticaret siciline kayıtlı faaliyet alanında yer alan bu hizmetlerle, davalının tescilsiz ve tescilli markası kapsamındaki hizmetleri çakışmaktadır. Her iki tarafın da eğitim-öğretim faaliyeti vermeleri nedeniyle daha çok öğrenciye sahip olma noktasında aralarında rekabet bulunduğu belirgindir. Birinin vakıf üniversitesi, diğerinin şirket olması bu ticari olguyu değiştirmeyecektir. TTK'nın 57/1-5 anlamında davalının, üzerinde öncelik hakkı bulunan A. ibaresinin davalı yanca ticari unvan olarak tescili; aynı ibarenin aynı hizmetler için her iki tarafça da kullanılması nedeniyle, iltibas gerçekleşmiştir. Tarafların işaret ve hizmetlerinin aynı olmasının tüketicideki etkisi, davalının "A." ibaresi ile başlayan ticari unvanı nedeniyle davacı üniversitesinin davalı şirkete ait olabileceğini veya tersine davalının okul ve üniversitelerinin de davacıya ait olabileceği düşüncesinin ortaya çıkması şeklinde gerçekleşebilecektir.

Zira TTK'nın 41. maddesi gereğince davalı tüm ticari iş ve evraklarında ticari unvanı kullanmak ve tescil olunan ticaret unvanını ticari işletmenin giriş cephesine herkes tarafından kolayca görülebilecek bir yerine yazılması zorunluluğu vardır. Böylece davacı hizmet markası davalı ise ticari unvan olarak aynı ayırt edici işareti işyerinin giriş cephesine yerleştireceklerinden tüketicinin üniversite veya okulların orijinini karıştırmaması kaçınılmaz olacaktır. Tarafların okullarının tamamı eğitim öğretim kapsamında kaldığından bunlar yasal açıdan aynı faaliyet kabul edilir. Davalının ticari faaliyet alanında "üniversite açmak" ibaresinin varlığı da göz ardı edilmemeli, "A." ibaresi salt ticari unvan da yer alan bir unsur olarak sınırlı biçimde değerlendirilmemelidir.

Yine davalının ticari unvanının çekirdek kısmı yani yasanın ayırt edici olma koşulunu aradığı kısmı "A." sözcüğüdür. Faaliyetlerin ni-

telik ve şirket türünü ifade eden "A." sözcüğü dışındaki "Fen eğitim, Sağlık Turizm İnşaat Ltd. Şti" bölümü tasviri olduğundan iltibas değerlendirilmesinde dikkate alınmaz. Yargısal uygulama da bu yödedir.

Hal böyle olunca, davacının ismi ve hizmet markası "A." ile, davalının ticari unvanının ayırt edici unsuru olan "A." arasında iltibas değerlendirilmesi yapıldığında; hem ayırt edici işaretler hem de hizmetler aynı olduğuna göre iltibasın ve dolayısıyla da taraflar arasında rekabet varlığı, davalının sonradan tescil ettirdiği ticari unvandaki ibarenin davacının tescilsiz markasına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu belirgindir. Marka tescil tarihinden önce "A." ibaresinin davacının üniversite ismi ve tescilsiz marka kullanım öncelik hakkına tecavüzün varlığı nedeniyle de, davalının ticari unvanından "A." ibaresinin terkinin koşullarının gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

Mahkemenin, aynı hususlara işaret eden direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle onanmasına ve aşağıda dökümü yazılı (324.00) YTL. bakiye temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 12.12.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 24.10.2007
E. 2007/10-663
K. 2007/770

*** İşsizlik sigortası prim iadesi davası**
*** Kapsam dışı personel**
(4447 sayılı İşsizlik Sigortası K. m. 46/3, 51)

Taraflar arasındaki "işsizlik sigortası prim iadesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonucunda; Ankara 10. İş Mahkemesince davanın reddine dair verilen 05.06.2006 gün ve 219-240 sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 14.11.2006 gün ve 11078-14424 sayılı ilamıyla; (...Dava, kapsam dışı personel statüsünde çalışanların, Uyuşmazlık Mahkemesinin 1995/1 Esas 1996/1 Karar sayılı kararı uyarınca Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olduğu gibi iş güvenliği bakımından kamu personeli sayılarak kamu görevlilerinin sahip olduğu iş güvencesine sahip olmakla 4447 sayılı Kanun'un 51. maddesi

sinde sayılan haller nedeniyle işsiz kalmalarının ve dolayısıyla işsizlik sigortası hükümlerinden yararlanmalarının mümkün bulunmadığı gerekçesi ile davacının ücretinden işsizlik sigortası primi kesilemeyeceğinin tespiti ve kesintilerin şimdilik 500,00 YTL'lik kısmının Kurumca tahsil edildiği tarihten itibaren işleyecek faizi ile birlikte tahsiline ilişkindir.

Mahkemece; işsizlik sigortasının da bir sigorta türü olduğu, kapsam dışı personel olarak çalışan davacının sosyal güvenlik açısından 506 sayılı Kanun'a tabi olduğunun tespiti ile sigortalılık statüsünün zorunlu olup, sosyal güvenlik hakkının vazgeçilemez ve devredilemez olduğu, dolayısıyla davacının işsizlik sigortasından yararlanmak istememesinin mümkün olmadığı ve 4447 sayılı Kanun'un 46/3. maddesi ile anılan kanun kapsamı dışında bırakılanların sınırlı olarak sayıldığı ve davacının statüsü itibariyle bu sayılanlar içinde bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının özelleştirme kapsamında bulunan Karadeniz Bakır İşletmeleri A. Ş. bünyesinde kapsam dışı personel statüsünde çalıştığı ve ücretinden işsizlik sigortası primi kesildiği tartışmasıdır.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, *"Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."* Mevzuatımızda kapsam dışı personelin tanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu kavram; iş kanunu hükümlerine tabi olarak çalışmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanamayan çalışanları tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır.

Özelleştirme kapsamına alınan kamu kurumlarında çalışan personelin statülerine ilişkin olarak çıkarılan 233, 399, 527 sayılı KHK ler de bir takım düzenlemeler yapılmışsa da kimi KHK'lerin Anayasa Mahkemesi'nce iptali sonucu, bu konu 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine İlişkin Yasa'yla belirginleştirilmiştir. Bu yasanın, amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesinin (A) bendinde, yasanın amacı belirlenmiş ve bu amaca yönelik olarak (B) bendinin (e) fıkrasında da; yasanın kapsamının, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdi ile çalışan personelden özelleştirme uygulamaları sonucu işsiz kalacak olanlara mali ve sosyal haklar sağlanması, (d) fıkrasında ise yine bu kuruluşlarda çalışan kamu personelinin özlük

ve sosyal haklarıyla ilgili hükümler olduğu belirtilmiştir. Nitekim 21. maddesinde, özelleştirme kapsamına alınan kuruluşlarda hizmet akdiyle ücret karşılığı çalışanlar hakkında düzenlemelere yer verilmiştir. Kamu personeli ile ilgili olarak da, kuruluşlardaki personelin nakli başlıklı 22. maddesinde özelleştirme programına alınan, özelleştirilen, faaliyeti durdurulan, küçültülen, kapatılan veya tasfiye edilen kuruluşlarda çalışan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi personel ile sözleşmeli personelin (kapsam dışı personel dahil) diğer kamu kurum veya kuruluşlarına 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8/f bendinde yer alan hükümler de dikkate alınarak nakledilirler denilmekte, aynı maddenin (b) bendinde; ataması yapılan personelin işe başlama sürelerine ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 62 ve 63. maddeleri hükümleri uygulanır, hükmü yer almaktadır. Geçici madde 9'da da gerek sözleşmeli personel, gerekse de kapsam dışı personel, kamu personeli olarak kabul edilmiştir. Anılan hükümler uyarınca, özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda çalışan, toplu iş sözleşmesi kapsamında bulunmayan, mali ve sosyal hakları kurumunca çıkarılan Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nde düzenlenen, iş kanunu hükümlerine göre işine son verilmesi mümkün olmayan ve kuruluşun özelleştirilmesi nedeniyle diğer kamu kuruluşlarına nakli Devlet Personel Başkanlığı'nca yapılan kapsam dışı personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlileri" olarak nitelendirilmeleri gerektiği ve kamu personeli olduğu açıktır.

4447 sayılı Kanun'un 46/3. maddesinin 08.09.1999 tarihinde yayınlanan ilk metninde; sadece, 506 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar ile sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar kapsam dışı bırakılmış iken, 4571 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile işsizlik sigortası kapsamında olmayanlar yönünden genişletici bir düzenlemeye gidilmiştir. 4571 sayılı Kanun ile değişik 46/3. madde ile "506 SK'nın 3. maddesinde sigortalı sayılmayanlar, 657 s. Devlet Memurları Kanunu, ... 233 ve 399 s KHK ler ile 190 s KHK ye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar ile 657 sk'a göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu kanun kapsamına dahil değildir." şeklinde hüküm yeniden düzenlenmiştir.

Ülkemizde yeni olan işsizlik sigortası uygulamasında yol gösterici olması bakımından düzenlemelerin kanun koyucu tarafından açıklanan gerekçeleri gözardı edilmemelidir. 4571 sayılı kanun ile 4447 sayılı Kanun'un 46.maddesinde yapılan genişlemenin madde gerekçesinde; "4447 sayılı İşsizlik sigortası kanununda; işsizlik ödeneğinin 506 sayılı Kanun kapsamındaki sigortalılara ödeneceği hükme bağlanmış, ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi statüsünde bulunmayan sözleşmeli personelden işsizlik sigortası kesintisinin yapılıp yapılmayacağı hususunda bir açıklık bulunmadığından, söz konusu personelden SSK'na tabi olanların, Emekli Sandığına tabi olanlara göre %2 oranında işsizlik sigortası kesintisi nedeniyle mağduriyetlerinin önlenmesini teminen 4447 SK 46/3. fıkranın yeni düzenlemesi metne eklenmelidir." açıklaması yer almıştır.

Anılan hükümler ve kanun koyucunun açık iradesi karşısında, kapsam dışı personel olarak çalışan davacının 4447 sayılı Kanunun 46/3. fıkrasında sayılan kamu görevlisi olduğu ve işsizlik sigortasının kapsamı içinde bulunmadığının kabulü gereklidir. Açıklanan maddi ve hukuki nedenler gözetilmeksizin eksik araştırma, inceleme ve yanlışlı değerlendirme ile davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, tarafların 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 Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

I. Davalı vekilinin "davanın reddine" ilişkin hükmü temyizde hukuki yararı bulunmadığından temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

II. Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince;

Dava, Karadeniz Bakır İşletmeleri AŞ'de kapsam dışı personel olarak çalışan davacının ücretinden "işsizlik sigortası primi" adı altında yapılan kesintilerin iadesi istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece; kapsam dışı personelden işsizlik sigortası primi kesilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilerek "davanın

reddine" karar verilmiş, Özel Daire'nin yukarıda yazılı bozma kararı üzerine önceki hükümde direnilmiştir.

Uyuşmazlık; kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen "*kapsam dışı personel*"in İşsizlik Sigortası Kanunu'na tabi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununda; sigortalılara işsiz kalmaları halinde, Kanunda öngörülen ödemenin yapılması yanında, yeni bir iş bulabilmeleri için mesleki geliştirme, yeni bir meslek edindirme ve yetiştirme eğitimi verme hizmetleri de amaçlar arasında sayılmıştır.

İşsizlik sigortası zorunlu olup, işlevini yerine getirebilmesi, uygulamanın sistematik bir bütünlük içerisinde yapılmasına bağlıdır (m.48).

İşsizlik sigortasının kişiler bakımından kapsamı 506 sayılı Kanun'a paralel bir şekilde düzenlenmiştir (m. 47/I-d). 506 sayılı Kanun anlamında sigortalılık niteliğini kazanma açısından aranan koşullar, işsizlik sigortasının kapsamı içinde aynen geçerli olmaktadır,

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen sigortalılar (Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılanlar) ile aynı Kanun'un Geçici 20. maddesinde açıklanan sandıklara tabi sigortalılar ve müteakabiliyet esasına dayalı olarak yapılan anlaşmalara göre çalışan yabancı işçiler, işsizlik sigortasının kapsamında yer almaktadır (m. 46/2).

Kapsamda bulunmayanlar ise; 4447 sayılı Kanun'un 4571 sayılı Kanun'la değişik 46. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilmektedir:

Buna göre, 506 sayılı Kanun'un 3. maddesinde "*sigortalı sayılmayanlar*" işsizlik sigortasının da kapsamı dışında bulunmaktadır. Bunun dışında, sosyal güvenlik kuruluşlarından yaşlılık aylığı alıp da sosyal güvenlik destek primi ödeyerek ya da ödemeksizin çalışanlar ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu, 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu, 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat kanunlarındaki hükümlerine göre sözleşmeli per-

sonel statüsünde çalışanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre geçici personel statüsünde çalıştırılanlar bu Kanun kapsamına dahil değildir.

Anılan madde sınırlandırıcı nitelikte olup, kapsamının yorum yolu ile genişletilmesi düşünülemez.

Maddede “*kapsam dışı personel*” ifadesi yer almamış olmakla birlikte tam bir değerlendirme yapılabilmesi için tanımına ve içeriğinin belirlenmesine gereksinim vardır.

Kapsam dışı personel iş hukuku ile ilgili bir kavramdır. Kapsam dışı bırakılma, toplu iş sözleşmesinden yararlanmama sonucunu doğurur, işçiyle işveren arasındaki bireysel iş ilişkisini, hizmet sözleşmesine dayanan olguyu etkilemez. Kapsam dışı bırakılacak olanlar, iş sözleşmeleri veya işyerinde uygulanan personel yönetmelikleri ile iş hukukunun güvencesi altında bulunmaktadır.

İşçiler ya yasadan ötürü zorunlu olarak kapsam dışı kalmakta, ya da toplu iş sözleşmesinin tarafları serbest iradeleri ile bazı işçi gruplarını kapsam dışı bırakmaktadır.

Bunlar hizmet akdiyle çalışan, İş Kanunu'na, sosyal güvenlikleri yönünden ise 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi kişiler olup, kapsam dışı bırakılmaları, bunların işçilik sıfatını, bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılmaları olgusunu etkilememektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinde kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği, 5.maddesinde ise; bu Kanuna tabi kurumların, dördüncü maddede yazılı dört istihdam şekli dışında personel çalıştıramayacakları kurala bağlanmıştır.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3/a maddesinde ise teşebbüs ve bağlı ortaklıklarda hizmetlerin; memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtilmiş, bu düzenlemede ayrıca bir “*kapsam dışı personel*” ifadesine yer verilmemiş, (e) bendinde; İşçilerin bu Kanun Hükmünde Kararname'ye tabi olmadığı ifade edilmiştir. Yine aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 25. maddesinin (c) fıkrasında sözleşmeli personelin ücretinin nasıl saptanacağı, 25 ve devamı maddelerinde diğer mali ve sosyal haklar düzenlenmesine karşın, bu düzenlemeler içinde de kapsam dışı personele yer verilmemiştir.

Kapsam dışı personel mali ve sosyal haklar yönünden 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelere tabi tutulmamıştır.

Haklarında, statü hukukuna ilişkin hiçbir yasal düzenleme bulunmayan, sadece KİT'lerce kendi durumlarına uygun yönetmelikler çıkartılan kapsam dışı personelin Anayas'ının 128. maddesinde sözü edilen "*diğer kamu görevlileri*" tanımı içerisinde kabulüne yasaca olanak bulunmamaktadır. Kapsam dışı personel kamu hukukunda iş gücünün istihdamını belirleyen -statü hukukuna tabi- bir çalışma statüsü değildir. Kapsam dışı bırakılan işçiler, işverenleri ile olan çalışma ilişkilerine hizmet akdi çerçevesinde devam etmektedirler. Sınırlı olarak belirtilen istihdam türlerine toplu sözleşmenin taraflarınca yeni bir statü eklenemez. Kapsam dışı personelin, 4571 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile işsizlik sigortası kapsamında bulunmadıkları yönünde açıklık getirilen "*sözleşmeli personele benzer şekilde*" gibi değerlendirilmeleri gerektiği yönündeki düşünceye gelince; KİT personel rejimini düzenleyen 399 sayılı KHK ile de 657 sayılı Kanun'da aynı adı taşımakla birlikte farklı bir sözleşmeli personel uygulamasına gidildiği görülmektedir.

Sözleşmeli personel; Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, kurumun teklifi üzerine Devlet Personel Dairesi ve Maliye Bakanlığı'nın görüşleri alınarak Bakanlar Kurulunca geçici olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri olarak tanımlanmaktadır (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 4/B).

Bunların dışında 399 sayılı KHK'nin istihdam şekillerinde sözleşmeli personel ibaresi yer almış ve 3/C maddesinde; "*...teşebbüs ve bağlı ortaklıkların genel idare esasları dışında yürüttükleri hizmetlerinde bu KHK'de belirtilen hukuki esaslar çerçevesinde akdedilecek bir sözleşme ile çalıştırılan ve işçi statüsünde olmayan personel*" olarak tanımlanmıştır.

Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışan sözleşmeli personel, 399 sayılı KHK hükümlerine tabi bulunmaktadır. Bu KHK'de hüküm bulunmayan konularda ise 657 sayılı Kanun Hükümleri uygulanmaktadır.

Görüldüğü gibi, işçi niteliğinde bulunan kapsam dışı personelin, farklı esaslara ve statüye tabi tutulmuş olan sözleşmeli personel gibi ele alınarak değerlendirilmeleri mümkün bulunmamaktadır.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Kanunu'nun, özelleştirme programına alınacak kuruluşlardan personel naklini düzenleyen 22.maddesinde (kapsam dışı personel) ifadesine yer verilmiş olması, yasanın amaç ve kapsamıyla ilgilidir.

Anılan Yasa, özelleştirme uygulamalarını düzenlemeye, özelleştirmeye tabi yerlerde çalışanların mali ve sosyal haklarını güvence altına almaya yöneliktir.

Nitekim 1. maddesinde; özelleştirme uygulamaları kapsamında bulunanlara mali ve sosyal haklar sağlanması amacıyla söz edilmektedir. Özelleştirme uygulamalarına ilişkin bir yasa ile kamuda çalışanların istihdam ilişkilerini düzenlenmesi beklenmemelidir. KİT'lerde çalışan ve özelleştirme uygulamalarında nakle tabi tutulan kapsam dışı personelin, sözleşmeli personel gibi (kamu personeli olarak) nitelendirilmeleri, yasanın amacına da aykırı bulunacaktır.

Kaldı ki, 2005 yılında anılan maddede yapılan değişiklik ile (kapsam dışı personel) ifadesi yerine; *"iş kanunlarına tâbi olarak görev yapmakla birlikte toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmayan genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul başkanı, daire başkanı, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürü, müfettiş ve müfettiş yardımcısı, müşavir ve başuzman unvanlı kadrolara atanmak suretiyle görev yapan personel"* ifadesine yer verilerek, duruma açıklık getirilmeye çalışılmaktadır.

Belirtilen düzenlemeler hep birlikte değerlendirildiğinde; KİT'lerde *"kapsam dışı personel"* adı altında, İş Kanununa tabi olarak çalıştırılan ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre sosyal güvenlik yönünden sigortalı kabul edilip bu kurumla ilişkilendirilen davacının ücretinden işsizlik sigortası primi kesilmesinde yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular karşısında mahkeme kararında açıklanan gerekçeli nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ: 1. Davalı vekilinin (I) numaralı bentte açıklanan nedenlerle: Temyize hukuki yararı bulunmadığından temyiz dilekçesinin reddine,

2. Davacı vekilinin temyiz itirazlarının (II) numaralı bentte açıklana-

nan nedenlerle reddi ile direnme kararının onanmasına, gerekli temyiz ilam harcı peşin alınmış olduğundan başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 24.10.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 14.11.2007
E. 2007/5-810
K. 2007/849

*** Kamulaştırmada mal sahibinin geri alma hakkı**
*** Kamulaştırılan taşınmazın aynen muhafaza edilmesinin amaca uygun bir kullanım tarzı olup olmayacağı**
(2942 sayılı Kamulaştırma K. m. 22,23)

Taraflar arasındaki “Kamulaştırma Kanunu’nun 23. maddesi uyarınca geri alma” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Asliye 8. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 25.10.2005 gün ve 2005/21 E- 2005/330 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 23.03.2006 gün ve 2005/14448-2006/3355 sayılı ilamı ile; (... Dava, Kamulaştırma Kanunu’nun 23. maddesine göre geri alım istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde olmadığından reddine, Davalı idare vekilinin temyizine gelince;

Babüsüade Ağası Cafer Ağa Vakfından Fevkani Kergir Cafer Ağa Medresesi’nin görünümünün korunulması amacıyla dava konusu taşınmaz olduğu gibi bırakılmak amacıyla (sınırlandırma belgesi ile) kamulaştırılmıştır.

Davalı idarece kamulaştırma amacına uygun olarak kamulaştırılan taşınmaz bu güne kadar olduğu gibi muhafaza edilmiştir. Kaldı ki; kamulaştırılan idare taşınmazın kamulaştırma anındaki fiili durumunun korunması için çeşitli yazışmalar yapmıştır. Bu yazışmalarda işlem mahiyetindedir. Bu nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı düşüncelerle kabulüne 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 Kanunu'nun 23. maddesine göre taşınmazın geri alım istemine ilişkindir. Davacı vekili; dava konusu 52 ada 5 parsel sayılı taşınmaz tapuda müvekkili adına kayıtlı iken Vakıflar Genel Müdürlüğü Vakıflar Meclisi'nin 20.12.1988 tarihli kararıyla Babüssüade Ağası Cafer Ağa Vakfından Fevkanı Kargir Cafer Ağa (Soğukkuyu) Medresesi'nin görünümününün tam olarak ortaya çıkarılması, çevreden zarar görmesinin önlenmesi ve kullanmada kolaylık sağlanabilmesi amacı ile kamulaştırıldığı, müvekkili tarafından davalı idare aleyhine açılan ve 20.1.2000 tarihinde kesinleşen bedel artırma davasında hükmedilen bedel farkının halen davalı idarenin uhdesinde bulunduğunu, taşınmaza 5.5.1991 tarihinde fiilen el atan davalı idarenin kamulaştırma bedelinin kesinleştiği 20.1.2000 tarihinden itibaren beş yıl içinde kamulaştırma amacına uygun hiçbir işlem ve tesis yapmadığı gibi, taşınmazı olduğu gibi bırakarak kiraya vermek suretiyle gelir elde ettiğini, taşınmaz üzerinde bulunan binanın alt katını berber dükkanı olarak kullanan müvekkilinin eşine karşı idarece ecrimisil istemiyle dava ikame edildiğini ve ikinci katın da halen bir Turizm şirketinin kirası altında bulunduğunu, dolayısıyla taşınmazın geri alma koşullarının oluştuğunu ileri sürerek; bedel artırma davasında hükmedilen 355.084.640 TL davalı idareden tahsil edilmediğinden bu miktarın hesaplama dışı bırakılarak, müvekkiline başlangıçta ödenen 85.480.012 TL çekişmesiz bedelin ödeme tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıya iadesi ile dava konusu 52 ada 5 parsel sayılı taşınmazın davalı idareden geri alınarak müvekkiline verilmesi zımında tapu kaydının iptaline ve yeniden müvekkili adına tesciline; yapılacak hesaplama sonucunda bulunacak miktardan müvekkilinin başlangıçta yaptığı mahkeme masrafları ile davalı idarenin kamulaştırmanın gayesi dışında elde ettiği gelirlerin mahsubuna ve buna göre miktar tayinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Vakıflar Genel Müdürlüğü vekili; dava konusu 52 ada 5

parsel sayılı taşınmazın, aynı yerde bulunan ve birinci derecede korunması gerekli eski eserlerden olan Caferağa (Soğukkuyu) Medresesi'nin korunma alanında bulunması nedeniyle, İstanbul 1 Nolu Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun 5.10.1988 gün ve 565 sayılı kararına dayanılarak kamulaştırıldığını, kamulaştırmaya esas alınan ve "52 ada 5 sayılı parsel üzerindeki taşınmaza medresenin bu cephesinin orijinal durumunu elde edebilmek amacı ile sınırlandırılma getirildiğini" belirtilen söz konusu Kurul Kararındaki sınırlandırmanın, parseldeki mevcut yapının yıkılması anlamına gelmeyip mevcut haliyle sınırlandırılmasını öngördüğünü, bu itibarla taşınmaz üzerinde her hangi bir işlem veya inşai faaliyet yapılmasına gerek bulunmadığını; ayrıca halen Kurul'da onaylanma aşamasında bulunan, dava konusu parselin de içinde yer aldığı Kentsel ve Tarihi Sit Alanlarına ilişkin Koruma Amaçlı İmar Planlarının onaylanmasını müteakiben, parsellerle ilgili yeni bir planlama kararı getirildiğinde idarece Koruma Kurulu'ndan yeniden görüş alınarak değerlendirme yapılacağını savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, "dava konusu 52 ada 5 parsel sayılı taşınmazın davalı idarece kiraya verilmek suretiyle aynen muhafaza edildiği, kamulaştırma amacına uygun hiçbir işlem ve tesis yapılmadığı ve böylece Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinde öngörülen geri alma koşullarının gerçekleştiği" gerekçesiyle "davanın kısmen kabulüne, kamulaştırma suretiyle davalı idare adına oluşan 52 ada 5 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının iptali ile davacı adına tesciline, davacıya ödenen 420.994.200 TL kamulaştırma bedelinin kamulaştırmanın kesinleştiği 20.1.2000 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalı idareye ödenmesine, davacının ecrimisil, kira ve diğer alacak taleplerinin reddine" dair verdiği karar; Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Babussuade Ağası Cafer Ağa Vakfından Fevkani Kargir Medrese'nin koruma alanı içinde yer alan dava konusu 52 ada 5 parsel sayılı taşınmazın, tapuda davacı adına kayıtlı iken, bu taşınmaza bitişik ve komşu 52 ada 20 parseldeki Medrese'nin görünümünün tam olarak ortaya çıkarılması, çevreden zarar görmesinin önlenmesi ve kullanmada kolaylık sağlanabilmesi amacıyla, dava dışı 52 ada 6, 7, 8 ve 9 sayılı parseller ile birlikte davalı idarece 20.12.1988 tarihinde kamulaştırıldığı; kamulaştırma kararına dayanak teşkil eden Kültür ve Turizm Bakanlığı İstanbul 1 Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulu'nun 5.10.1988 gün ve 565 sayılı Kararında, "52 ada 20 parseldeki

Caferiye Medresesine Alemdar Caddesinden bitişik 5 sayılı parsel üzerindeki taşınmazdan, medresenin bu cephesinin orijinal durumunu elde edebilmek amacı ile sınırlandırılmasına, eldeki belgelere göre bu noktayı da içerecek ve yeni fonksiyonumu da belirten restorasyon projesinin Kurula getirilmesine” ve ayrıca “10 sayılı parseldeki taşınmazın korunulacak bir tarihi esere komşu olmasına rağmen medresenin irtifamı geçecek şekilde nasıl ruhsat verildiğinin belediyesinden sorulmasına, 6-7-8-9 sayılı parsellerin Caferiye Medresesi’nin bütünlüğünü korumak amacı ile istimlakinin yararlı olacağı hususunun tavsiye olarak bildirilmesine” dair karar verildiği; kamulaştırma nedeniyle 21.5.1991 tarihinde idare adına hükmen tescil edilen taşınmaza 5.5.1991 tarihinde davalı idarece fiilen el atıldığı anlaşılmaktadır.

Yine, İstanbul I Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu’nun 12.7.1995 gün-6848 sayılı kararı ile belirlenen Kentsel ve Tarihi Sit Alanında kalan Soğukkuyu Medresesi ve komşu parsellerinde koruma planı onaylanana kadar geçecek süre içinde Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu’nun kentsel sitlere ilişkin almış bulunduğu 19.4.1996 gün ve 419 sayılı ilke kararının 2-c maddesi gereği; yeni yapıların bulunduğu sokaktaki ya da imar adasındaki tescilli yapılardan daha yüksek olamayacağına ve korunması öngörülen kentsel silueti olumsuz etkileyecek konum ve yükseklikte yeni yapı yapılamayacağına, ayrıca aynı ilke kararının 3-a maddesinde de Koruma Amaçlı İmar Planı onaylanmış Kentsel Sit Alanları’nda korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı parseline komşu olan veya aralarından yol geçse dahi bu parsellere cephe veren parsellerdeki her türlü inşai ve fiziki uygulama için Koruma Kurulu’ndan izin alma koşulu getirilmiştir.

Dava konusu 52 ada 5 parsel sayılı taşınmazın davalı idarece aynen muhafaza edildiği, mahkemece keşfen belirlenmiştir.

Uyuşmazlık; medrese koruma alanı içinde yer alan ve medresenin bu cephesinin orijinal durumunu elde edebilmek amacı ile sınırlandırılmasına yönelik olarak kamulaştırılan 52 ada 5 parsel sayılı taşınmazın, kamulaştırmanın niteliği itibariyle olduğu gibi bırakılmasının amaca tahsis olarak kabul edilip edilemeyeceği; buna bağlı olarak Kamulaştırma Kanunu’nun 23. maddesinde öngörülen geri alma koşullarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun “Mal Sahibinin Geri Alma Hakkı” başlığı altında düzenlenen 23. maddesinde “Kamulaştırma be-

delinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22. maddenin ikinci fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir” hükmü öngörülmüştür.

Burada amaç, kamulaştırılan malın idare tarafından kullanılması halinde, hem idarenin kamulaştırma bedeli oranında zarar etmesinin önüne geçmek, hem de taşınmazın hiçbir işe yaramadan atıl durumda kalmasına engel olmaktır.

O halde ilke olarak, kamulaştırılan taşınmazın geri alınabilmesi için, kamulaştırmayı yapan idarenin kamulaştırma amacına yönelik her hangi bir işlem ve faaliyette bulunmaması ve yasal süre içerisinde kamulaştırılan taşınmazı olduğu gibi bırakması gerekir.

Ne var ki, kamulaştırmanın niteliği itibariyle idarenin zaten bir işlem veya tesis yapmasına gerek bulunmadığı durumlarda, kamulaştırılan malın olduğu gibi bırakılmasından söz edilemeyeceğinden, bu durum taşınmazın iadesini talep hakkı vermez.

Eş söyleyişle; kamulaştırılan taşınmaz, kamulaştırıldığı tarihte hiçbir işlem ve tesisat yapılmadan, kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılabiliriyorsa geri alma davası dinlenmez. Zira böyle bir durumda taşınmazın hiçbir işe yaramadığı ve atıl kaldığından söz edilmesi olanaklı değildir.

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 8.5.2002 gün ve E: 2002/373 K:2002/387 sayılı kararında, yeşil alan yapılmak amacıyla kamulaştırılan taşınmazın olduğu gibi bırakılıp, mevcut yeşilliğin muhafaza edilerek kamunun yararlanmasına özgülmesi, amaca uygun bir işlem ve kullanım tarzı olarak kabul edilmiştir.

Somut olayda davacı, kamulaştırılan taşınmazın amacına uygun kullanılmadığını, idarece kiraya verilerek gelir elde edildiğini belirterek Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca taşınmazın iadesini istemiştir.

Kamulaştırmaya esas Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulu'nun 5.10.1988 gün ve 565 sayılı kararında; Medrese'ye bitişik

dava konusu 52 ada 5 numaralı parselin kamulaştırma amacı, medresenin bu cephesinin orijinal durumunu elde edebilmek amacı ile sınırlandırılması olarak açıklanmış, Medrese'ye bitişik diğer dava dışı 10 numaralı parselde medresenin irtifakını geçecek şekilde nasıl ruhsat verildiğinin belediyesinden sorulması hususu da vurgulanarak, kat adedinin sınırlandırıldığına işaret edilmiştir.

Kısaca davalı idare, dava konusu taşınmazı, mevcut yapıların irtifakının sınırlandırılması için, olduğu gibi bırakılmak amacıyla kamulaştırmıştır.

Yukarıda sözü edilen İstanbul I Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun 12.7.1995 tarih ve 6848 sayılı kararında ise, Medrese ve çevre parselleri de kapsayan Kentsel ve Tarihi Sit Alanı sınırları belirlenmiş; 19.4.1996 tarih ve 419 sayılı İlke Kararlarında da, bu alanlardaki yapılanma ve uygulama koşulları açıklanmıştır.

Şu durumda, kamulaştırmanın niteliği itibariyle idarenin zaten bir işlem veya tesis yapmasına gerek bulunmadığı her türlü duraksamadan uzaktır.

Medrese koruma alanı içinde bulunan dava konusu taşınmaz, Medrese'nin görünümünün tam olarak ortaya çıkarılması, çevreden zarar görmesinin önlenmesi ve kullanmada kolaylık sağlanabilmesi amacıyla, medresenin orijinal durumunu elde edebilmek amacı ile sınırlandırılmış olmakla, açıklanan amaçlara yönelik olarak aynen muhafaza edilmesi, amaca uygun bir kullanım tarzıdır. Dolayısıyla, taşınmazın üzerinde amaca uygun olarak kullanılması için başkaca bir işlem ve faaliyet de gerekmemiştir.

Diğer yandan, kamulaştırılan taşınmazın idarece kiraya verilmesi, kamulaştırmanın açıklanan amacına aykırı olmadığı gibi, Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinde belirtilen geri alma nedeni de değildir.

Şu da ilave edilmelidir ki, davalı idarece düzenlettirilen 2.3.2005 tarihli Caferağa Medresesi Raporu'na göre; dava konusu parselin de içinde yer aldığı Kentsel ve Tarihi Sit Alanlarına ilişkin Koruma Amaçlı İmar Planları, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nda onaylanma aşamasındadır. Bu planların onaylanmasını müteakiben parsellerle ilgili yeni bir planlama kararı getirildiği takdirde, davalı idarece Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulundan yeniden görüş

alınup değerlendirme yapılması olanaklı hale gelecektir. Görüldüğü gibi, kamulaştırmaya esas olan ve dava konusu 5 numaralı parseldeki yapıya sınırlandırma getiren 5.10.1988 tarihli Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu kararından sonra, taşınmazın bu amaç dışında kullanılması, tesis ya da faaliyette bulunulmasına dair alınmış bir karar bulunmamaktadır. Eş söyleyişle, Kentsel ve Tarihi Sit Alanlarına ilişkin Koruma Amaçlı İmar Planları henüz tamamlanmadığından, taşınmaz kamulaştırma amacına uygun olarak bekletilmektedir. Planda öngörülen amaca göre yeniden Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'ndan alınacak görüş doğrultusunda kullanılacaktır. Binnetice, davalı idarenin ihtiyarında olarak her hangi bir işlem veya faaliyette bulunulmaması unsuru da mevcut değildir.

Sonuç olarak; birinci derecede korunması gerekli tarihi ve mimari değeri haiz eski eser olan Caferiye Medresesi'ne bitişik halde bulunan 5 parsel sayılı dava konusu taşınmazın, Medrese'nin bu cephesinin orijinal durumunu elde edebilmek amacı ile mevcut yapıların irtifainin sınırlandırılması için kamulaştırıldığı belirgin olup, bu amaca yönelik olarak aynen muhafaza edildiği anlaşıldığından, artık kamulaştırma amacına uygun tahsis yapılmadığından söz edilmesi olanağının bulunmadığı; esasen Kentsel ve Tarihi Sit Alanlarına ilişkin Koruma Amaçlı İmar Planlarının onaylanmasını bekleyen davalı idarenin, bu plan tamamlanmadan kendiliğinden her hangi bir işlem ve faaliyette bulunma yetkisinin de olmadığı; dolayısıyla

Kamulaştırma Kanunu'nun 23. maddesinde öngörülen koşullar oluşmadığından, geri alma davasının dinlenemeyeceği açıktır.

Hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılığılı teşhis ve değerlendirme sonucu geri alma koşullarının gerçekleştiğinden bahisle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. 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, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 14.11.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 23.11.2007
E. 2007/315
K. 2007/378

* Avukatın özel yaşamında da mesleğinin itibarını zedeleyecek tutum ve davranıştan kaçınması gerektiği

* Avukatın konutuna ait aidatı ödememesinin disiplin cezasını gerektirdiği
(Av. K. m. 34, 135/4, 136/2;
TBB Meslek Kuralları m. 4)

Şikayetli avukat hakkında, ikamet ettiği daireye ait aidat ödemelerini yapmadığı, apartman yönetimini maddi ve manevi zararlara uğrattığı iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kuruluna eylem sabit görülmeyle, şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin olarak karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunma vermemiştir.

Baro disiplin kurulu kararına karşı İstanbul C. Başsavcılığı tarafından itiraz edilmiştir.

C. Başsavcılığı itirazında, birçok kez apartman aidatını ödemeyerek bunu itiyat edinen ve bu nedenle hakkında icra takibi açılan şikayetliye, kınama cezası verilmesi gerektiği bildirilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetlinin, şikayetçinin yöneticiliğini yaptığı apartmanda bulunan dairesinin, 31.01.2004 - 31.01.2005 dönemine ilişkin aidatlarını apartman yöneticiliğinin taleplerine rağmen

men bazen hiç ödemediği, bazen çok geciktirerek eksik ödediği, böylece aidat ödememeyi alışkanlık haline getirdiği, bu nedenle hakkında Bakırköy 6. İcra Müdürlüğü'nün 2005/2951 Esas sayısıyla icra takibi başlatılmış olduğu anlaşılmıştır.

Baro disiplin kurulu, *“şikayetli avukatın maddi açıdan zor duruma düştüğü için site giderlerini ödeyemediğinin anlaşılmış olduğu”* gerekçesi ile şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Ancak baro disiplin kurulunun gerekçesinde kabul ettiği hususu doğrulayan belge ve bilginin dosya içinde bulunmadığı anlaşılmıştır. Kaldı ki, ikamet ettiği apartmanın ortak giderlerini ödememesi ve bu durumu alışkanlık haline getirmesi, aidat borcunun ödenmemesi sebebiyle hakkında icra takibine sebebiyet vermesi, avukatın özel yaşamında da mesleğinin itibarını zedeleyecek tutum ve davranıştan kaçınması ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranması gerektiğinden, eylem Avukatlık Yasası'nın 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Şikayetlinin disiplin sicilinde, bu disiplin kovuşturmasına konu olan eylem tarihinde, kesinleşmiş uyarma ve 200,00 YTL para cezası bulunmaktadır. Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesinin yollamasıyla aynı yasanın 135/4 maddesi gereğince, baro disiplin kurulunun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılarak, yeniden incelemeyi gerektiren bu hususun bulunmaması sebebiyle, şikayetlinin üç ay süre ile işten çıkarılmasına karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul C. Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun şikayetli hakkındaki disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, şikayetli avukat A.D.'nin üç ay süre ile işten çıkarılmasına oyçokluğu ile karar verildi.

Karşı Oy: Avukatlık Yasası'nın 136/2 maddesine göre bir önceki ceza uyarma cezası olduğundan şikayetliye kınama cezası verilmesi gerektiği görüşü ile çoğunluk görüşüne muhalifiz.

* * *

T. 19.09.2008

E. 2008/203

K. 2008/339

* “Süreğen avukat”ın
cezai sorumluluğu
* Avukatın, müvekkil
tarafından kendisine
verilen her belgenin
gerçeğe uygun olup
olmadığını araştırma
yükümlülüğünün olmaması
(Av. K. m. 34;
TBB Meslek Kuralları m. 6)

Şikayetli avukatlar hakkında Antalya 7. İcra Müdürlüğü'nün 2004/8725 sayılı dosyasından üçüncü kişi STG Hotel Servisleri A.Ş.'ye çıkarttıkları 89/1 haciz ihbarnamesine vekil sıfatı ile itirazda bulunan şikayetçi hakkında gerçeğe aykırı beyanda buldukları iddiasıyla sanık sıfatıyla İcra Ceza Mahkemesi'nde dava açtıkları ve bu nedenle Avukatlık Yasası'nın 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 6. maddesine aykırı davrandıkları iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatlar, vekil edenin hukuki yararlarını tam olarak korumak için çaba sarf ettiklerini, amaçlarının alacağı tahsil olduğunu, şikayetli avukatın kanuna karşı hile kullanarak müvekkil yararını korumak ve alacağı tahsil edilemez hale getirmek çabasında olduğunu, şirket yetkilisi B.T'nin Marmaris İcra Ceza Mahkemesi'nce alınan 10.06.2005 gün ve 2005/126 Tal. sayılı ifadesindeki “*haciz ihbarnamesine itirazımız doğrudur. Yıl sonu itibarıyla mutabakat sağladık. PHM' ye 225 bin YTL borcumuz olduğu ortaya çıktı. PHM' ye bu bedeli 2004 yılı sonu itibarıyla ödememizi yaptık. Mutabakat ve cari hesap daha önce belli olmadığından haciz ihbarnamesine itiraz etmiştik.*” beyanı ile sabit ve şikayetli avukatın hiçbir araştırma yapmadan haciz ihbarnamesine itirazda bulunduğunun tartışmasız olduğunu, Avukat N.İ'nin “4949 ve 5092 Sayılı Kanun Değişiklikleri ile İcra Ceza Mahkemesi Tatbikatı ve İcra İflas Suçları” adlı kitabın 687. sayfasında “*şirketin süreğen avukatı, mali müşaviri*”nin de İİK 345. madde uyarınca sorumlu olduklarının bildirildiğini, gerçekte de yasanın çok açık olup, gerçeğe aykırı beyanda bulunan avukatın da beyanından sorumlu olduğunu ve bu nedenle şikayetli avukatı sanık sıfatı ile şikayet ettiklerini bildirmiş, suçsuz olduklarını savunmuşlardır.

İncelenen dosya kapsamından, şikayetli avukatın Antalya 7. İcra Müdürlüğü'nün 2004/8725 sayılı dosyasından gönderilen (89/1) 1. haciz ihbarnamesine "PHM Turizm Otel İşt. Ltd. Şti. arasında cari hesap mutabakatı sağlanamamış olup, taraflar arasında hukuki ihtilaf bulunmaktadır. Bu sebeple taraflar arasında yasal işlemler devam etmektedir. Yapılan incelemede takip borçlusu müvekkil şirkete de borçlu gözükmektedir." gerekçesi ile vekaleten itiraz ettiği, şikayetli avukat hakkında Antalya 4. İcra Ceza Mahkemesi'nin 2005/662 Esas sayılı dosyasında şirket yetkilisi B.T. ile birlikte "gerçeğe aykırı beyanda bulunmak" iddiasıyla dava açıldığı ve Şişli 3. İcra Ceza Mahkemesi aracılığı ile savunma alındıktan sonra takipsizlik nedeniyle 07.02.2006 tarihinde davanın düşmesine karar verildiği, Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin 13.07.2007 gün ve 2007/2836 Esas, 2007/2859 Karar sayılı kararı ile şikayetçi yönünden "durma kararı" verilmiş olması nedeniyle dosyanın iadesine karar verildiği, Antalya 4. İcra Ceza Mahkemesi'nin 2007/1847 Esasına kaydedilen davada durma kararına itirazın Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 27.08.2007 gün ve 2007/836 Değişik İş kararı ile reddine karar verildiği, şikayetçi avukat hakkında Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 28.05.2007 gün ve 2007/27602 sayılı işlemi ile "soruşturma izni verilmesine gerek görülmediği" yönünde "olur" verildiği ve olurun iptali zımında şikayetliler tarafından Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 2007/647 Esas sayılı dosyasında dava açılmış olduğu görülmektedir.

Avukatlığın mahiyeti, Avukatlık Yasası'nın 1. maddesine göre, "Avukat, yargının kurucu unsurlarından bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder."

Avukatlığın amacı, Avukatlık Yasası'nın 2. maddesine göre, "Avukatlığın amacı: hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derece yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder." olarak tanımlanmıştır.

Her ne kadar öğretilerde "süreğen avukatın" da cezai sorumluluğu olduğu tartışılmakta ise de, bu görüşün "avukatın bağımsızlığı" kavramı karşısında kabulü mümkün değildir. Bu görüşün kabulü, avukatı "müvekkil tarafından kendisine verilen her belgenin gerçeğe uygun olup ol-

madığını araştırmak” gibi fiilen imkansız bir yükümlülük altına sokacak ve sürekli ceza yaptırımını tehdidi ile baş başa bırakacaktır. O takdirde avukat görevini serbestçe de yapamayacaktır.

Avrupa Birliği Meslek Kuralları’nın 2.1.1 maddesinde de öngörüldüğü üzere, *“Avukatın yapmak durumunda kalabileceği görevler, kendi şahsı menfaatlerinden ve dış baskılardan kaynaklananlar başta olmak üzere her türlü etkiden arınmış mutlak bir bağımsızlık gerektirir. Adaletin tecellisine duyulan güven açısından bu bağımsızlık bir yargıcın tarafsızlığı kadar önemlidir.”* sözleri bağımsızlık kavramı açısından önemlidir. Süreğen ceza tehdidi altında, dış baskı ile avukatın görevini tam olarak yapamayacağı da açıktır.

Avukatın itiraz dilekçesi ile gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu iddiası ile cezai yaptırım tehdidi ile baş başa bırakılması kabul edilemez. Bu iddia mesleki dayanışma ile de bağdaşmadığı gibi, avukatı cezai yaptırım tehdidi ile baş başa bırakmak, kötü niyetli borçludan alacağın tahsiline de imkan vermez.

Bu nedenle, baro disiplin kurulunun eylemin Avukatlık Yasası’nın 34, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 6. maddesine aykırı olduğu yönündeki hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş ve itirazın reddi ile kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatlar Z.Y. ve M.T.K.’nin itirazının reddine, Antalya Barosu Disiplin Kurulu’nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 19.09.2008

E. 2008/204

K. 2008/340

* Disiplin soruşturma ve kovuşturmasında şikayetli avukatın savunmasının alınması ve kendisine savunma için gerekli sürenin tanınması zorunluluğu

* Şikayetçinin disiplin kovuşturmasına etkin katılımının sağlanması zorunluluğu

Şikayetli avukat hakkında, ücret ve vekaletname aldığı halde, Resadiye Asliye Hukuk Mahkemesi'nde olduğu iddia olunan dava dosyalarını takip etmediği iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonucu, baro disiplin kurulunca kovuşturmanın zamanaşımı nedeni ile düşürülmesine karar verilmiş bulunmaktadır.

Kovuşturmanın hiçbir aşamasında şikayetliden savunma, şikayetçiden de iddiasını kanıtlar varsa ek kanıtlarını sunması istenmemiştir.

Baro disiplin kurulu, şikayetçinin şikayet dilekçesinde bildirdiği 1973 yılını esas almak suretiyle kovuşturmanın zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine karar vermiştir.

Tokat Cumhuriyet Başsavcılığı eksik ve etkin soruşturma yapılmadığı gerekçesi ile karara itiraz etmiştir.

Disiplin soruşturma ve kovuşturma aşamasında, baro yönetim ve disiplin kurulları mutlak surette şikayetli avukatın savunmasını almak ve savunma için gerekli süreyi tanımak zorundadır.

Disiplin kovuşturmasının bir diğer amacı, maddi gerçeğin tüm açıklığı ile saptanmasıdır. Bu nedenle salt şikayet dilekçesi ve eki ile yetinilmemeli, şikayetçiye meşruhatlı davetiye çıkartılarak varsa ek delilleri olup olmadığı sorulmalı, kovuşturmaya etkin katılımı sağlanmalıdır.

Bu nedenle Tokat Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı yerinde görülmüş ve kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Tokat Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının kabulü ile Tokat Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer

olmadığına ilişkin kararının bozulmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 19.09.2008

E. 2008/210

K. 2008/342

- * Doğruluk karanesi
- * Aynı işte menfaati zıt tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olmanın işin reddini gerektirmesi
- * Vekaletin devam ettiği süre içindeki hukuki işlemlerle bağlantılılık ilkesi
- * Avukata genel vekaletname verilmesinin, her işte onun görevlendirilmesi anlamına gelmeyeceği
(Av. K. m. 38/b;
TBB Meslek Kuralları m. 36)

Şikayetçi, şikayetli avukatlara eşi ile birlikte verdikleri vekaletnameler ile Starkent Yapı Kooperatifi'ne üyelikleri sebebiyle mağduriyetlerinin giderilmesi, kooperatifte meydana gelen yolsuzluk, dolandırıcılık, sahtecilik ile ilgili olarak haklarının aranması, kooperatifin yerinin sonradan Süper Yıldız, HGY İnşaat Ltd. Şti. tarafından alınması sonucunda haklarının korunmadığı, kendilerine avukatlık ücretinin de ödenmesine karşın sözleşme yapmadıkları, Bolevin Yapı Kooperatifi'ni kurdukları, azil tarihine kadar 2.000,00 YTL ödedikleri halde, 750,00 YTL daha istedikleri ve verilmediği takdirde davayı sonuçlandırmayacaklarını söyledikleri, Avukat M.A.B'nin olduğu bir ortamda 01.01.2002 tarihli ibranameyi şirket ve yetkilileri ile yaptığı ve bütün haklarından feragat ettiğinin kararlaştırıldığı, şikayetlileri azlettikten sonra Starkent Yapı Kooperatifi lehine olarak hakkında icra takibi yaptıkları, davalara girmedikleri ve ellerindeki dosyaları iade etmediklerini, iddia ederek şikayetçi olmuştur.

Baro yönetim kurulu 29.03.2005 günlü 24 karar sayılı kararı ile şikayetli avukatlar hakkında disiplin kovuşturması açılmasına yer ol-

madığına karar vermiş, şikayetçinin itirazı üzerine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu 30.07.2005 tarihli kararı ile “şikayetli avukatların İzmir 5.İcra Müdürlüğü'nün 2004/3775 Esas sayılı icra dosyası ile İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1999/368 Esas sayılı dava dosyasının incelenerek bu dosyalarda sanık/alacaklı olan M. Y.'nin aynı kişi olup olmadığı ve bu kişinin Starkent Yapı Kooperatifi'nin eski başkanı olup olmadığı tespit edildikten sonra, şikayetçinin Starkent Yapı Kooperatifi'nde meydana gelen yolsuzluk, dolandırıcılık, sahtecilik ile ilgili iddiaları için şikayetli avukatlara vekaletname vermiş olduğu, ancak şikayetlilerin Muhittin Yılmaz vekili olarak haklarında icra takibi yaparak hukuka aykırı davrandığı konusunun araştırılarak sonucuna göre karar verilmesinin gerektiği” gerekçesi ile baro yönetim kurulunun disiplin kovuşturması açılmasına yer olmadığına ilişkin kararını kaldırmıştır. Baro yönetim kurulunca da şikayetliler hakkında disiplin kovuşturması açılmıştır.

Baro disiplin kurulu İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1999/368 Esas sayılı dava dosyasının ve İzmir 5. İcra Müdürlüğü'nün 2004/3775 Esas sayılı icra takip dosyasının fotokopilerini getirttikten sonra icra dosyasının şikayetçi/borçlunun itirazı üzerine durduğunu, Ağır Ceza Mahkemesi'nde şikayetli avukatların tarafların vekili olmadıklarını, M.Y.'nin Starkent Kooperatifi başkanı olmadığını, kooperatifin müdürü olduğunu ve meslek kurallarına aykırılık bulunmadığını kabul ederek her iki şikayetli hakkında disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar vermiştir.

Şikayet konularını teşkil eden ve M.Y vekili olarak eski müvekkilli aleyhine icra takibi yapmakla ilgili iddianın dışındaki hususlar hakkında disiplin kovuşturması açılmamış, kovuşturma konusu yukarıda belirtildiği gibi yapılan icra takibinde yasa ve meslek kurallarına aykırılık olup olmadığı hususuna hasredilmiş olduğu gibi, azilname ve öncesine ilişkin iddialar ile ilgili olarak zaten Avukatlık Yasası'nın 159/2 maddesindeki zamanaşımı süresi de geçmiştir.

İncelenen İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 1999/368 Esas, 2002/94 Karar sayılı dava dosyasında, Starkent Yapı Kooperatifi'nin müdahil olduğu, M.Y. ve diğer dört kişinin sanık oldukları Starkent Kooperatifi'ndeki zimmet iddiaları sebebiyle kamu davasının açıldığı, 4616 sayılı yasa uyarınca davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verildiği, şikayetli avukatların müdahilin ve sanıkların vekaletinde isimlerinin geçmediği görülmüştür.

İncelenen İzmir 5. İcra Müdürlüğü'nün 2004/3775 Esas sayılı icra takip dosyasında, alacaklı M.Y. tarafından şikayetli avukatlar adına düzenlenmiş 11.07.2000 tarih, 12750 sayılı vekaletname ile 05.05.2004 tarihli takip talebi ile alacaklısı M.Y., borçlusu Y.C., takip tutarı 1.176,00 Euro asıl alacak, takip dayanağı 13.05.2000 tarihli ödeme belgesi gösterilmek suretiyle icra takibinin başlatıldığı, ödeme emrinin boçlunun komşusuna tebliğ edildiği, borçlunun adresinin tespiti amacı ile alacaklı vekili tarafından borçlunun ada ve parsel no.ları da verilen taşınmaz kayıtlarının celbinin talep edildiği, bulunan bu adrese yeniden yapılan tebligat üzerine, borçlunun Starkent Yapı Kooperatifi başkanı iken, dolandırıcılık suçundan görevden alınan alacaklı ile hiçbir alacak borç ilişkisinin olmadığı, iddia edilen borç belgesinin dosyada bulunmadığı ileri sürülerek itiraz edilmiş ve takip icra müdürü tarafından durdurulmuştur. Bütün icra işlemlerinin Avukat S.B. tarafından yürütüldüğü görülmektedir.

Şikayet dilekçesine ekli olup İzmir Sulh Hukuk Mahkemesi'ne verilen dilekçede, M.Y. vekili olarak Avukat S.B'nin İzmir 5. İcra Müdürlüğü'nün 2004/3775 sayılı takip dosyasına borçlunun itirazı ile takibin durduğunu, davacının, davalı ile birlikte gayrimenkul satış sözleşmesi ile Süper Yıldız İnş. Tur. Ltd. Şti.'den gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi ile aldıkları gayrimenkule davacının 10.000,00 DM ödeme yaptığı, bunun bir kısmının ödendiği, 1.176,00 Euro karşılığı kısmının ise ödenmemiş olduğunu ileri sürerek itirazın iptali davası açtığı görülmektedir.

Dosyada bulunan belgelere göre, Süper Yıldız İnş. Ltd. Şti. Starkent Kooperatifi'nin çıkan ihtilaflar ve yolsuzluklar sebebiyle inşaatı yürütememesi üzerine arsa sahibi ile anlaşır inşaatı devam eden ve kooperatif ortakları ile satış sözleşmeleri yapan şirket olup, şikayet dilekçesine ekli 02.01.2002 tarihli protokole de taraf olan şirkettir.

Avukatlık Yasası'nın 38/b maddesine göre, "*Aynı işte menfaati zıt tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olmak*" işin reddi zorunluluğunu gerektirmektedir. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 36. maddesine göre de, "*Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat yararı çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdır.*"

Şikayetli avukatların, 06.10.2000 tarihli vekaletname ile şikayetçinin vekili oldukları, 21.01.2002 tarihli vekaletname ile azledildikleri,

bu dönem içerisinde Starkent Kooperatifi'nde şikayetçilerin üyeliği ile ilgili çok sayıda hukuki girişimle şikayetçinin vekilliğini yaptıkları görülmektedir.

İzmir 5. İcra Müdürlüğü'nün 2004/3775 sayılı icra takip dosyasındaki alacağın da, vekilliklerini yaptıkları dönem içinde M.Y.'nin Starkent Yapı Kooperatifi'ndeki görevi ile de bağlantılı bir biçimde ya da bu sebeple oluşan ilişkiye bağlı olarak doğduğu, Sulh Hukuk Mahkemesi'nde açılan itirazın iptali davasında da bu yönde açıklamalarının bulunduğu görülmektedir.

Kurulumuzun aynı konuda verdiği kararlarda da, avukatlık mesleğinin ruhu ve etik değerleri ve geleceği nazara alındığında, azledilmiş bile olsa eski müvekkile karşı yapılacak işlemlerde son derece titiz davranılması, vekaletin devam ettiği süre içindeki hukuki işlemlerle bağlantılılık ilkesine dikkat edilmesinin avukatlık mesleğine olan güvenin sarsılmaması ve kamuoyundaki itibarının korunmasındaki önemi açıklanmıştır. Avukatlık "*doğruluk karinesinden*" yararlanan mesleklerdendir. Kişilerin bu mesleğin mensuplarına inançları asıldır. Bu nedenle avukatların, kolektif inanca ters düşecek davranışlardan dikkatle kaçınmaları gerekir.

Şikayetli avukatların, alacaklının daha önceden vekili olmaları da eyleme yasallık kazandırmamaktadır. Zira Yüksek Yargıtay'ın kararlarında da belirtildiği gibi bir kimseye genel vekaletname verilmesi, her işte onun görevlendirilmesi anlamına gelmeyip, sadece görevlendirilecek her iş için ayrı vekaletname düzenleme zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla bir avukatta çıkarları zıt yanların vekaletnameleri bulunabilir. Önemli olan husus bu yetkinin kural dışı kullanılmasıdır.

Kovuşturma konusu olayda, şikayetli Avukat S.B., şikayetçinin vekili olarak görev yaptıkları dönem içinde olduğu ve yine bu dönem içinde şikayetçinin vekili olarak takip ettikleri işlerle bağlantılı olan bir alacak iddiası sebebiyle, azil tarihinden iki yıldan fazla bir süre geçmiş bile olsa icra takibi yapmış, itiraz üzerine duran takipte itirazın kaldırılması davası açmıştır. Baro disiplin kurulunun, takibin itiraz üzerine durduğuna ilişkin değerlendirmesinin oluşmuş bulunan disiplin suçunu ortadan kaldıracak nitelikte olmadığı açıktır.

Bu sebeple, şikayetlilerden Avukat M.A.B.'nin yapılan icra takibinde ve itirazın kaldırılması dilekçesinde imzasının bulunmaması sebebiyle ve suçta şahsılık ilkesi karşısında disiplin suçu oluşturan bir eylemi olmadığı kabulü yerinde olup, bu şikayetli hakkında baro disiplin kurulunun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmediğinden kararın onanmasına,

Şikayetli Avukat S.B.'nin yukarıda açıklandığı üzere eylemi Avukatlık Yasası'nın 38/b ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 36. maddelerine aykırılık oluşturduğundan, baro disiplin kurulunun bu şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararında hukuki isabet görülmediğinden, Avukat S.B. ile ilgili olarak verilen disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılarak, ayrıca incelenecek bir husus bulunmadığından, bu şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak,

1- Şikayetçinin, şikayetli Avukat M.A.B. hakkındaki itirazının reddi ile baro disiplin kurulunun şikâyetli Avukat M.A.B. hakkındaki disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının onanmasına,

2- Şikayetçinin, şikayetli Avukat S.B. hakkındaki itirazının kabulü ile İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, şikayetli Avukat S.B.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına, katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 20.09.2008
E. 2008/215
K. 2008/346

*** İade-i muhakeme isteminin kabulüne ilişkin kararın tek başına temyiz kabiliyeti olmadığından, bu kararın temyiz edilmemesinin disiplin cezasını gerektirmemesi**
(Av. K. m. 34;
TBB Meslek Kuralları m. 3)

Şikayetli avukatlar hakkında, müvekkili olan şikayetçiden talimat ve muvafakat almadan mahkemece verilen kararı temyiz etmediği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda baro disiplin kurulunca eylem sabit görülerek kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukatlar savunmalarında özetle, şikayetçinin de karar celsesinde hazır olduğunu, dosyanın Aile Mahkemesi'ne gönderilmesini talep ettiğini, kararın temyizi için masrafın gerektiğini bildirmelerine karşın, masrafın kendilerine ödenmediğini, kaldı ki kararın ara kararı niteliğinde olup, bir hak kaybına da yol açmadığını bildirmişlerdir.

Baro disiplin kurulu, İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/348 Esas, 2005/419 Karar sayılı ve 28.11.2005 günlü iade-i muhakeme talebinin kabulüne ve dosyanın Nöbetçi Aile Mahkemesi'ne gönderilmesine ilişkin yasa yolu açık olmak üzere verilen nihai kararı müvekkillerinden talimat almadan temyiz etmemeleri nedeniyle şikayetlilerin eylemini 1136 sayılı yasanın 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine aykırı bularak şikayetlilerin kınama cezasıyla cezalandırılmalarına karar vermiştir.

Baro disiplin kurulu kararına şikayetli avukatlar tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetçi, İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde eşi S.E. aleyhine 2001/410 Esas sayılı boşanma davasını açtığı ve eşine ilanen yapılan tebligatlar sonunda yokluğunda 2001/906 Karar sayılı ilamla mahkemece tarafların boşanmalarına karar verildiği ve hükmün 16.01.2002 de kesinleştiği,

Daha sonra, şikayetçinin eşinin, İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde, davacı ile birlikte yaşadıkları sırada davacının hayali

bir adres göstererek ilanen tebligatla yokluğunda boşanma karar aldığını bildirerek iade-i muhakeme talebinde bulunduğunu,

Davanın devamı sırasında yürürlüğe giren “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun” un 4. maddesine göre davaya Aile Mahkemeleri’nin bakması gerektiği nedeniyle İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin görevsizlik kararı verdiği, dosyayı Aile Mahkemesi’ne gönderdiği,

İzmir 4. Aile Mahkemesi’nin ise, 2003/604 Esas, 2004/1308 Karar sayılı ilamı ile HUMK’nun 448. maddesine göre iade-i muhakeme isteminin hükmü veren mahkemeye yapılması gerektiği nedeniyle görevsizlik kararı verdiği,

Görev sorununun halli için dosyanın gönderildiği Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 2005/8906-10570 sayılı kararı ile HUMK’nun 448. maddesine göre istemin hükmü veren mahkemeye yapılması gerektiği, bu nedenle uyuşmazlığın İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde görülüp sonuçlandırılması gerektiğine karar verdiği,

Bu karardan sonra davaya el koyan İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi 28.11.2005 tarihinde, 2005/348 Esas, 2005/419 Karar sayılı kararıyla iade-i muhakeme isteminin kabulüne ve yargılama yapılmak üzere dosyanın İzmir Nöbetçi Aile Mahkemesi’ne gönderilmesine karar verdiği,

Karardan sonra 30.12.2005 tarihinde, şikayetçinin dosyasını şikayetli avukatlardan aldığı imzalı belgesinden anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasının konusu, iade-i muhakeme isteminin kabulüne ilişkin verilen 28.11.2005 tarihli kararın müvekkilin talimatı alınmadan temyiz edilmemesine ilişkindir.

Eylemin disiplin suçu oluşturup oluşturmaması, iade-i muhakeme isteminin kabulüne ilişkin kararın, esas hükümden bağımsız olarak temyiz kabiliyeti olup olmamasına bağlıdır. HUMK’nun 427. maddesi ancak mahkemelerce verilen nihai kararlar hakkında temyiz yoluna başvurulabileceğini belirtmiştir. Öğretide hakim görüş, iade-i muhakeme isteminin kabulüne dair kararların nihai nitelikte olmadığı, iade-i muhakeme isteminin bir ara kararı ile kabulüne karar verilip tahkikata devam edilerek esas hakkında karar verileceği ve verilen kararın önceki kararı ortadan kaldıran veya onayan yeni bir karar niteliğinde değil, asıl davaya ilişkin geçerli karar olacağı yolundadır. Ni-

tekim örneği dosya içerisinde mevcut Yargıtay HGK'nun 1994/2-294 Esas, 1994/554 Karar sayılı ve 28.09.1994 tarihli kararında benimsenen Yargıtay 2. HD'nin 06.11.1992 gün ve 10088-10923 sayılı kararında; yargılamanın iadesi davasında yeniden yapılacak yargılamanın birinci asıl davanın devamı niteliğinde olduğu belirtilmiştir.

İzmir 7 Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 28.11.2005 tarihli kararı iade-i muhakeme isteminin kabulüne ve görevsizlik nedeniyle dosyanın görevli Aile Mahkemesi'ne gönderilmesine ilişkindir. Karar her ne kadar temyiz yolu açık olarak verilmiş ise de, temyiz yolunun, hükmün göreve ilişkin kısmı ile ilgili olduğu kabul edilmelidir. Zira yasanın temyiz yolu öngörmediği bir karar hakkında mahkemenin temyiz hakkı sağlaması düşünülemez. Dolayısıyla, İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/348 Esas sayılı davada verdiği 2005/419 Karar sayılı ve 28.11.2005 tarihli kararın temyiz kabiliyetini, göreve ilişkin kısmına münhasır saymak ve iade-i muhakeme isteminin kabulüne ilişkin kısmın davanın esasına ilişkin karardan bağımsız temyiz kabiliyeti olmadığını kabul etmek gerekir. Bu bakımdan da şikayetli avukatların 28.11.2005 tarihli kararı temyiz etmemiş olmaları disiplin suçu olarak kabul edilemez.

Bu nedenlerle, baro disiplin kurulunun her iki şikayetli avukat hakkında kınama cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılarak, her iki şikayetli avukat hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlilerin itirazlarının kabulü ile İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun her iki şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmalarına ilişkin kararının kaldırılmasına, kovuşturmanın derinleştirilmesini gerektirir başka bir husus bulunmadığından şikayetliler Avukat İ.K. ve Avukat İ.A. hakkında ayrı ayrı disiplin cezası verilmesine yer olmadığına katılanların oyçokluğu ile karar verildi.

* * *

T. 20.09.2008

E. 2008/216

K. 2008/347

* Hakaret

* Şikayetten vazgeçme
eylemin disiplin suçu
olma niteliğini
değiştirmeyeceği

(Av. K. m. 34;

TBB Meslek Kuralları m. 4)

Şikayetçinin, şikayetli Avukat M.G. hakkında Afyonkarahisar Cumhuriyet Başsavcılığı'na yaptığı şikayet üzerine Afyonkarahisar Sulh Ceza Mahkemesi'nde açılan 2005/27 Esas sayılı kamu davası sonunda verilen 2005/1376 Karar sayılı ve 08.09.2005 tarihli karar ile 5237 sayılı TCK'nın 125/1 maddesine göre hakaret suçundan dolayı neticeten 100,00 YTL adli para cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin kesin karar üzerine Afyonkarahisar Barosu Yönetim Kurulu Avukatlık Yasası'nın 140/son maddesi gereğince şikayetli hakkında disiplin kovuşturması açılmasına karar vermiştir.

Ayrıca şikayetçi, 06.05.2005 kayıt tarihli dilekçesiyle yine şikayetli avukatın baroya ve Sulh Ceza Mahkemesi'ne verdiği dilekçelerinde şahsı için "geçmişi pek düzgün olmayan arkadaşımış. Duyduğuma göre çalıştığı PTT kurumundan zimmetine para geçirmekten yargılanmış" sözleriyle hakarete bulunduğunu, icra dosyasına eski tarihli dilekçe koyup memur bunu sonradan görüp havale etmiş olabilir diye icra müdürünü suçladığını, hakkında bir çok soruşturma dosyası ve ceza davası bulunduğunu bildirerek şikayetli hakkında meslekten men kararı verilmesini, olmadığı takdirde re'sen disiplin kuruluna sevkini istemiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, şikayetçinin hakkında çeşitli nedenlerle birçok yere şikayetlerde bulunduğunu, hakkındaki iddiaların doğru olmadığını bildirmiştir.

Afyonkarahisar Barosu Yönetim Kurulu, her iki şikayet ile ilgili dosyaların birleştirilmesine karar vermiş, birleşme kararından sonra şikayetçi M.Ş. 07.06.2007 tarihli dilekçesi ile şikayetinden vazgeçtiğini bildirmiştir

Baro disiplin kurulu kesinleşen Sulh Ceza Mahkemesi kararıyla şikayetlinin şikayetçiye hakarete bulunduğu sübut bulduğundan şikayetlinin eylemi Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesindeki avukatın mesleğini itibarını zedeleyecek tutum ve davranış-

lardan kaçınmak zorunda olduğu ilkesine aykırı düştüğü gerekçesiyle şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden şikayetlinin disiplin kovuşturmasına konu olan eylemi nedeniyle Afyonkarahisar Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2005/27 Esasında kayıtlı olarak "hakaret" suçundan dolayı açılan kamu davasında, şikayetlinin 5237 sayılı TCK'nın 125/1, 52/2 maddeleri uyarınca 100,00 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, kararın Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin onama kararı ile kesinleşmiş olduğu anlaşılmıştır.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesine göre, "avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdür."

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine göre de, "Avukat mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır. Avukat özel yaşantısında da buna özenmekle yükümlüdür."

Şikayetlinin kamu hukukunca suç olarak kabul edilen ve sabit olan eylemi, aynı zamanda Avukatlık Yasası'nın 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu da oluşturmaktadır. Şikayetçinin şikayetinden vazgeçmiş olması, eylemin disiplin suçu olma niteliğini değiştirmedeği gibi baro disiplin kurulunca disiplin kovuşturmasının sonuçlandırılmasına ve disiplin cezası tayinine de engel değildir.

Bu nedenlerle, şikayetlinin eylemi Avukatlık Yasası'nın 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturduğundan baro disiplin kurulunun hukuksal değerlendirmesinde ve tayin olunan disiplin cezasında isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazlarının reddi ile Afyonkarahisar Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 19.09.2008
E. 2008/219
K. 2008/348

* Avukatın, bir başka avukata
karşı asil veya vekil
sıfatıyla takip edeceği davayı
kendi barosuna yazıyla
bildirmesi yükümlülüğü
(Meslek Kuralları m. 27/2)

Şikayetli avukatlar hakkında, şikayetli avukat E.Ö.Ü.'nün, E.Ü.'nün açmış olduğu Ankara 11. Aile Mahkemesi'nin 2006/172 sayılı boşanma davasına vekili Avukat N.Y. aracılığı ile verdiği 24/3/2006 tarihli cevap dilekçesinde ve aynı zamanda açtıkları karşılık davada Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesi uyarınca baroya bildirimde bulunulmadığı iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucu, baro disiplin kurulunca eylem sabit görülerek şikayetli avukat E.Ö.Ü.'nün kınama, şikayetli Avukat N.Y.'nin uyarma cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

Baro disiplin kurulu kararına sadece şikayetli Avukat E.Ö.Ü. tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, avukatların nasıl davranması gerektiği ve uyması gereken yükümlülüklerin gerek Avukatlık Yasası'nda ve gerekse Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nda belirlendiğini, bildirim yükümlülüğünün avukatın mesleğini icrası sebebiyle açtığı ve açılan davalar için olduğunu, şahsi iş, işlem ve eylemlerinden dolayı bu kural ve kanunların uygulanmayacağını, açılan hukuk davasının şikayetçi tarafından açılan dava olduğunu, kendilerinin sadece karşılık dava açtıklarını ve bildirim zorunlulukları bulunmadığını savunmuştur.

Avukat, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2 maddesi uyarınca *"bir başka avukata karşı asil ya da vekil sıfatı ile takip edeceği davayı kendi barosuna yazı ile bildirmek"* yükümlülüğündedir.

Disiplin kovuşturmasına konu olayda, şikayetli avukat aleyhine açılan davaya karşı şikayetli avukat adına vekili Avukat N.Y. tarafından karşı dava açılmış olup, baroya bildirimde bulunma yükümlülüğü, davayı açan şikayetlinin vekili olan Avukat N.Y.'ye aittir. Şikayetlinin ise vekili tarafından dava açılmış olduğundan, baroya bildirimde

bulunma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zaten baro disiplin kurulu da şikayetlinin vekili Avukat N.Y. hakkında Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/ maddesi uyarınca uyarma cezası ile cezalandırılmış, karara da itiraz edilmemiştir.

Bu nedenlerle, şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturmadığından, baro disiplin kurulunun kararında hukuki isabet görülmemiş, kınama cezası verilmesine ilişkin kararın kaldırılarak, şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının kabulü ile Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin 23/01/2008 günlü, 2007/22 Esas, 2008/2 Karar sayılı kararının kaldırılmasına, şikayetli Avukat E.Ö.Ü. hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 19.09.2008
E. 2008/224
K. 2008/353

* Avukatın belli bir borcun
ödenmesi amacıyla kendisine
tevdî edilen parayı
kendi alacağı için
hapsetmesi
* Hapis hakkının
kullanılmasında müvekkile
yazılı bilgi verilmesi
zorunluluğu
(Av. K. m. 34;
TBB Meslek Kuralları m. 43)

Şikayetli avukat hakkında, şikayetçinin bazı davalarında vekilliğini yaptığı, şikayet konusu olayda, şikayetçi aleyhine açılan Samsun 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/256 Esas sayılı davasında da davalı vekili olarak görev yaptığı, davanın sonucunda aleyhte karar verildiği ve ödenmesi gereken borç tutarının şikayetli avukat tarafından şikayetçiye 36.507.499.000 TL olduğu ve bunun ödenmesi ile karar konusu borcun kapanmış olacağına bildirilmesi üzerine, bu miktarın şikayetliye havale ile ve "3. Asliye Hukuk davasının tazminat ödemesi"

açıklaması ile gönderildiği, daha sonra Samsun 3. İcra Müdürlüğü'nün 2005/2255 Esas sayılı dosyası ile aleyhine 53.869,07 YTL'lik takip yapıldığı, talimat yoluyla şikayetçinin taşınmazının haczedilmesi üzerine, gönderdiği paranın alacaklıya şikayetli tarafından ödenmeyerek elinde tuttuğunu öğrendiğini, birçok kez istemesi üzerine şikayetlinin aralıklı olarak 30.000,00 YTL'yi iade ettiği, bakiyesinin alıkonulduğu, talimata uygun olarak ödemenin alacaklıya yapılmaması sebebiyle şikayetçinin daha yüksek bir miktarı ödemek zorunda kaldığı iddiaları ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda baro disiplin kurulunca eylem sabit görülmüş ve kınama cezası tayin ve takdir edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, şikayetçi ve ortakları ile arasında uzun süren bir vekillik ilişkisinin olduğu, bu görevini yaptığı süre içinde dostluklarının da geliştiğini ve bu sebeple ücret ödenmemesini sorun etmeyerek görevini sürdürdüğünü, gönderilen miktarın şikâyetçi tarafından gönderilmediğini, bu miktarın ilgili kararın karar düzeltme talebinden sonra ve devam eden başka bir davada çıkacak miktar ile takas edilebilmek üzere şifahen verilen bir talimat ile gönderildiğini, havalenin alınmasından bir gün sonra icra takibinin yapıldığını, alınan miktarın 30.000,00 YTL civarındaki kısmının istekler üzerine iade edildiğini, avukatlık ücreti alacağıının elinde kalan miktardan çok daha fazla olduğunu bildirerek, iade edilen havale tutarları ile ilgili dekontları ve 27.02.2006 tarihli dokuz adet avukatlık ücret makbuzlarını sunmuştur.

Dosyada bulunan ve şikayetli tarafından da alındığı kabul edilen 10.06.2005 tarihli Denizbank havale belgesi ile Beyhan Görgün tarafından şikayetli avukata "3. Asliye Hukuk davası ile ilgili tazminat ödeme" ibaresi ile 36.507.449.000 TL'nin gönderildiği anlaşılmaktadır. Şikayetli avukat da bu miktarın alındığını, ancak kendisine karar düzeltme sonucu ile diğer taraf aleyhine açtıkları davanın sonucunda ödenmesi yolunda talimat verildiğini savunmaktadır. Karar düzeltme isteminin, onanmış bir kararın tahsilini engellemeyeceği açıktır. Bu durumda, kararın icraya konulması ile müvekkiline yeni ödemelerin eklenmesine sebebiyet verileceğinin değerlendirilerek, zaten elinde bulunan miktarın gerekli belgelerin düzenlenmesi suretiyle haricen veya icra dosyasına ödenmesinin sağlanması müvekkilinin menfaatine olacağı kuşkusuzdur. Bunun yapılmaması ile alacak tutarının arttığı da görülmektedir.

Şikayetli avukatın, havale tarihinden 8,5 ay sonra düzenlediği avukatlık ücreti serbest meslek makbuzları ile 07.03.2006 ile 03.04.2006 arasında zaman zaman iade ettiği miktarların dikkate alınması halinde, özel bir sebeple kendisine tevdi edilen meblağı talimata aykırı olarak üzerinde tuttuğu anlaşılmaktadır.

Kovuşturma konusu olayda değerlendirilmesi gereken husus, şikayetli avukatın özel bir talimat ile kendisine tevdi edilen miktar üzerinde Avukatlık Yasası'nın 166. maddesine göre hapis hakkının olup olmadığından ziyade avukatın belli bir borcun ödenmesi amacı ile ve açık bir talimat ile kendisine tevdi edilen para üzerinde, bu talimatın gereğini yerine getirmeksizin, parayı üzerinde tutması ve kendi alacağı için hapsedmesinin avukatlık mesleği açısından haklı ve uygun olup olmadığı değerlendirilmesidir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden şikayetlinin iddia edildiği gibi hapis hakkını kullandığı savunulmuş ise de hapis hakkının kullanılmasında Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 43. maddesinde de düzenlendiği gibi şikayetçi/müvekkile yazılı bilginin verilmediği anlaşılmaktadır.

Avukatın, müvekkili tarafından, alacaklısına ödenmek üzere kendisine teslim edilen miktarı, bu talimata aykırı olarak alacaklıya ödemeksizin, uzun zamandır talep etmediği avukatlık ücretlerinden dolayı alıkoyması, bu sebeple borcun erken ödenmemesinden dolayı miktarın büyümesine ve müvekkilinin zararına sebebiyet vermesi, Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde de düzenlendiği gibi "*görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen doğruluk ve onur içinde yerine getirme ve avukatlık ünvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranma*" yükümlülüğünü yerine getirmediğini göstermektedir.

Bu sebeple eylemin disiplin suçu teşkil ettiğine ilişkin baro disiplin kurulu kararında isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile Samsun Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 20.09.2008

E. 2008/230

K. 2008/357

* Hakaret

* Bir avukatın meslektaşına veya başka bir kimseye aşağılayıcı sözlerle hitap etmesinin mesleğin saygınlığına uygun düşmediği (Av. K. m. 34, 158; TBB Meslek Kuralları m. 4)

Şikayetli avukat hakkında, 22.09.2006 günü Zonguldak Emirgan Otelinde düzenlenen 1. Uluslararası Kamu Avukatları Sempozyumu kokteylinde şikayetçi avukata “*Kes lan, hıyar*” diyerek hakaret ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, baro disiplin kurulunca eylem sabit görülmemiş ve disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında özetle, olay günü kokteylde arkadaşları ile bir masa etrafında konuşurlarken yanlarında bulunan ve yabancı olduklarını tahmin ettiği kişilere neden kenarda kaldıklarını, kendilerine katılmalarını söyleyerek samimiyet ve misafirperverlik gösterdiğini ve bunun ifadesi olarak masaları birleştirme yoluna gittiğini, ancak şikayetçi ve arkadaşlarının buna tepki gösterdiklerini, sınırlendiklerini kendisinin de özür dilediğini, suçlamayı kabul etmediğini, şikayet eden avukata karşı iddia olunan sözleri sarf etmediğini bildirmiştir.

Baro disiplin kurulu, şikayetli avukatın eyleminin Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nda düzenlenen hususlara aykırı olmaması sebebiyle disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Baro disiplin kurulu kararına karşı şikayetçi avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden ve özellikle dinlenen tanıklardan Avukat F.K. ve Avukat M.K.’nin ifadelerinden, şikayetlinin, şikayetçi avukata disiplin kovuşturmasına konu sözleri söylemiş olduğu anlaşılmaktadır.

Avukatlık Yasası’nın 34. maddesi, avukatların, avukatlık unvanının gerektirdiği saygıya uygun davranmak ve Türkiye Barolar Birliği

Meslek Kuralları'na uymakla zorunda olduklarını bildirmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesinde de, avukatların mesleğin saygınlığını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olduklarını ve özel yaşamlarında da buna özen göstermekle yükümlü olduklarını düzenlemiştir.

Bir avukatın, meslektaşına, hatta her kim olursa olsun "Kes lan", "Hıyar" gibi aşağılayıcı sözlerle hitap etmesinin mesleğin saygınlığına uygun düşmediği gibi muhatabını toplum içinde küçük düşürmeye yönelik olduğunun da aksi düşünülemez.

Bu nedenle şikayetlinin eylemi Avukatlık Yasası'nın 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesine açıkça aykırı olmakla, eylem disiplin suçunu oluşturduğundan, eylemin disiplin suçunu oluşturmadığı yönündeki baro disiplin kurulunun değerlendirmesinde hukuki isabet görülmemiş ve disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılarak, Avukatlık Yasası'nın 158. maddesindeki ilkeler de nazara alınmak suretiyle şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının kabulü ile Zonguldak Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, şikayetli avukat A.P.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 19.09.2008
E. 2008/238
K. 2008/360

* **Avukatın meslek örgütünü ve meslektaşlarını aşağılayıcı ve küçük düşürücü beyanlardan kaçınması yükümlülüğü**
(TBB Meslek Kuralları m. 5, 27)

Şikayetli avukat hakkında, Mersin Barosu'nun meslektaşlara saldırılar sebebiyle aldığı duruşmalara girilmemesi kararına uymaması ve girdiği duruşmada "ben sürüden değilim" şeklindeki açıklaması ile karara katılan meslektaşlarına hakaret ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda baro disiplin kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmasında, iddia edildiği gibi duruşma-

ya girmeyen avukatlar ile ilgili olarak “ben sürüden değilim” ifadesini kullanmadığını, bu hususun bir duyumdan ibaret olduğunu, bunun kendisine sorulmasında cevap vermemesinin, bu sözleri kabul etmek anlamına gelmediğini, bildirmiştir.

Mersin Barosu Yönetim Kurulu’nun, meslektaşlarına yapılan saldırıları protesto etmek için, duruşmalara girmeme kararı aldığı, şikayetli avukatın 1. Asliye Ceza Mahkemesi’ndeki duruşmaya girdiği sırada hakimın şikayetliye hitaben “Duruşmalara giriyor musunuz?” diye sorduğunda, şikayetlinin “Evet ben duruşmalara giriyorum. Ben sürüden değilim” dediği, disiplin kovuşturması aşamasında dinlenen tanıklardan duruşma günü mahkemede katip olan N.Y., mahkeme mübaşiri F.G. ile Avukat K.E.’nin ifadelerinden anlaşılmaktadır.

Avukat, meslek örgütünü ve meslektaşlarını aşağılayıcı ve küçük düşürücü beyanlardan kaçınmalıdır. Avukat yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır (Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları m. 5 ve 27).

Şikayetli avukatın eylemi, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 5 ve 27. maddelerine aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturduğundan baro disiplin kurulunun değerlendirmesinde ve takdir ettiği disiplin cezasında hukuka aykırılık bulunmamış ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazlarının reddi ile Mersin Barosu Disiplin Kurulu’nun kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 04.04.2008 gün, 2007/47 Esas, 2008/10 Karar sayılı kararının onanmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 19.09.2008
E. 2008/240
K. 2008/362

*** Avukatın adi şirket ortağı olamaması**
*** Tacirlik ve esnaflığın avukatlıkla birleşmeyen işlerden olması**
(BK m. 520; Av. K. m. 5/d, 11, 12, 139)

Şikayetli avukat hakkında, M.K. tarafından yapılan iş ve çalışma hürriyetini ihlali iddiası ile yapılan şikayet dilekçesi ekindeki 05.07.2006

tarihli adi ortaklık sözleşmesi dikkate alınarak baro yönetim kurulu tarafından yapılan şikayetten ayrı olarak Avukatlık Yasası'nın 5/d ve 11. maddeleri uyarınca disiplin kovuşturması açılmasına karar verilmiş, yapılan kovuşturma sonucunda baro disiplin kurulunca eylem sabit görülerek uyarma cezası tayin edilmiştir..

Şikayetli avukat savunmalarında ve itirazında, ortaklık sözleşmesinin aslında babası ile hakkında şikayetçi olan kişi arasında akdedildiğini, ancak sözleşme tarihinde babasının Bodrum'da bulunmaması sebebiyle kendisi tarafından imzalandığını, sözleşmenin zaten geçerlilik kazanıp fiiliyata geçmediğini, limited şirket kurulması kararlaştırılmış ise de kurulmadığını, adi ortaklık sözleşmesinde kendisinin fiilen çalışan ortak olarak kararlaştırılmadığını, ortaklıkta aktif rol almadığını, sözleşmenin imzası tarihinde İstanbul Barosu üyesi olduğunu ileri sürmüştür.

Avukatlık Yasası'nın 139. maddesine göre, "*Kovuşturmanın dayandığı şikayet veya ihbarın vaki olduğu yahut Cumhuriyet savcısının kovuşturma isteğinde bulunduğu veya kovuşturmaya esas teşkil eden eylem veya davranışın re'sen haber alındığı tarihte avukat hangi baronun levhasında yazılı ise, disiplin kovuşturmasına karar verme ve kovuşturma yürütme yetkisi o baroya aittir.*" Bu hüküm uyarınca, sözleşme tarihinde şikayetli avukatın İstanbul Barosu üyesi olduğuna ilişkin savunmasına itibar edilmemiştir.

Dosyada bulunan 05.07.2007 tarihli "*sözleşmedir*" başlıklı belgenin incelenmesinde, 06.04.2007 tarihinde yapılacak otopark ihalesinin M.K.-S.C.Ç. ortaklığında kalması halinde teminatın S.C.Ç. tarafından yatırılacağı, ortaklığın bütün sermayesinin S.C.Ç. tarafından konulduğu, olabilecek muhtemel riskler için adreslerini belirttiği iki taşınmazın teminat gösterildiği, hisse oranlarının %80 S.C.Ç., %20 M.K. olarak belirlendiği, M.K.'nin bedenen çalışacağı, tarafların edimlerini yerine getirmemesi halinde ödenecek cezai şartın miktarı, otoparkın nasıl işletileceği ve kârın nasıl paylaşılacağı, özellikle 4.8. maddesinde Avukatlık Yasası'na göre bir avukatın şirket ortağı olabilese de otopark işletmesini üstlenemeyeceğinden dolayı M.K.'nin işbu sözleşmenin işletmecisi sıfatını üstleneceği kararlaştırılmış ve bu belge şikayetli avukat tarafından da imzalanmıştır.

M.K. tarafından yapılan şikayet sebebiyle alınan beyanlar ve Bodrum Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2007/1-167 sayılı takipsizlik kararındaki açıklamalardan, ihalenin sözleşmeye uygun olarak M.K. adına alınarak otoparkın işletilmeye başlandığı, ancak daha sonra ihtilaf çıktığı anlaşılmaktadır. Şikayetli avukatın sözleşmenin uygulamaya geçmediği, feshedildiği yönündeki savunması, bu yönde bir fesih belgesi sunulmadığı için, sözleşmenin kendi adına değil babası adına yapıldığı yönündeki savunması da sözleşmedeki açık hükümler karşısında geçerli görülmemiştir.

Avukatlık Yasası'nın 11. maddesinde, tacirlik ve esnaflığın avukatlıkla birleşemeyen işlerden olduğunu düzenlemiştir. 12. maddede hangi şirketlerdeki ortaklığın avukatlıkla birleşebileceği de ayrıca gösterilmiştir.

Kovuşturma konusu sözleşme, şikayetli avukat ile ortağı arasında akdedilmiş bir adi ortaklık sözleşmesi niteliğindedir. Borçlar Yasası'nın 520. maddesi adi ortaklığı "*onunla iki veya ziyade kimseler, saylerini ve mallarını müşterek bir gayeye erişmek için birleştirmeyi ilzam ederler.*" şeklinde tarif etmektedir. Hukukumuzda adi ortaklık sermaye ortaklığı olarak değil, şahıs ortaklığı olarak nitelendirilmekte olup, Avukatlık Yasası'nda avukatların ortaklığına izin verilen şirketler sermaye şirketleri veya onların yönetim sorumluluğu olmayan ortaklarıdır. Zaten şikayetli avukatın taraf olduğu sözleşmenin 4.8. maddesinde de, şikayetli avukat tarafından bu ortaklığın Avukatlık Yasası'na uygun bulunmadığı için, işlemlerin diğer ortak tarafından ve onun adına yürütüleceği hükmü dahi, bu yasağın şikayetli tarafından da bilindiğini göstermektedir.

Şikayetli avukatın eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, baro disiplin kurulunun eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuksal isabetsizlik bulunmamış aleyhte itiraz da olmadığı için kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 20.09.2008

E. 2008/243

K. 2008/363

* Avukatın görevi sebebiyle hakime adiyen tehditte bulunması

* Ceza mahkemesinin mahkumiyet kararının, avukatın hukuka aykırı eyleminin gerçekleştiği yönünde kesin kanıt oluşturması

(Av. K. m. 34, 134, 140/4; TBB Meslek Kuralları m. 17)

Şikayetli avukatın, SEP İnş. San. ve Tic. Ltd. Şti'nin vekili sıfatıyla Kovancılar Asliye Hukuk Mahkemesi'nde, ETİKROM A.Ş. aleyhine yürüttüğü 2003/64 Esas sayılı davanın 18.02.2004 günlü oturumunda, delil sunmaya ilişkin isteminin mahkemece reddi üzerine aynı gün C. savcısı M.Ö. ile birlikte oturmakta olan Mahkeme Hakimi S.A'yı telefonla arayarak dava ile ilgili görüşmek istediği, hakimın bu konuda görüşmeyeceğini söylemesi üzerine, yüksek sesle, "Etikrom'un avukatı ile birlikte bir çok defa değişik yerlerde yemek yiyorsun da benimle niçin telefonla konuşmuyorsun, konuşmak zorundasın, şu an Yargıtay'a gidiyorum, Yargıtay başkanı ile bu konuyu görüşeceğim, böyle hukuksuz kararı veren bir hakimi Yargıtay başkanına şikayet edip seni görevden aldıracağım" demesi sebebiyle Kovancılar Asliye Hukuk Hakimi'nin Cumhuriyet savcılığına şikayeti üzerine Adalet Bakanlığı'nın 07.04.2004 günlü oluru ile şikayetli hakkında 1136 sayılı yasanın 58/1 maddesi gereğince soruşturma izni verilmiş ve disiplin yönünden gereği için de durum 10.05.2004 tarihli yazı ile Ankara Barosu Başkanlığı'na bildirilmiştir.

Şikayetli savunmasında, Kovancılar Asliye Hukuk Mahkemesi'nde takip ettiği davanın 18.02.2004 günlü oturumunda rahatsızlığı nedeniyle bulunamadığını, yerine duruşmaya giren Avukat S.Ç.'nin delil listesi ibrazına ilişkin taleplerinin mahkemece reddedildiğini bildirmesi üzerine, evvelce mahkeme hakiminin avukatlarla hukuki konularda fikir alışverişine tanık olduğundan kendisini telefonla arayarak delil listesinin reddine ilişkin kararın usule uygun olmadığı konusundaki düşüncelerini paylaşmak istediğini, hakimın kendisi ile görüşmek istememesi üzerine de "Etikrom avukatı ile hukuki konuları konuşuyorsunuz, ben Ankara'dan davayı takibe çalışıyorum, beni dinlemelisiniz, tekrar ediyorum usul hatası yapıyorsunuz." demesine karşılık hakimın yine ko-

nuşmak istememesi üzerine her türlü hukuki mücadeleyi yapacağını, Yargıtay Başkanı'na kadar olayları anlatacağını söylediğini, görevden aldıracağını söylemediğini, bildirmiştir.

Şikayetli hakkında Avukatlık Yasası'nın 34, 134 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 17. maddesine aykırılık sebebiyle Avukatlık Yasası'nın 140/4'e göre re'sen açılan disiplin kovuşturması sonunda Ankara Barosu Disiplin Kurulu 2007/174 Esas, 2007/129 Karar sayılı ve 26.12.2007 günlü kararı ile Elazığ Ağır Ceza Mahkemesi'nin kesinleşen kararı ile şikayetlinin söylediği sözler, görevi nedeniyle hakime adiyen tehdit suçunu oluşturduğundan eylem, Avukatlık Yasası'nın 34. maddesindeki avukatların görevin avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır şekilde hareket etmek ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 17. maddesindeki avukatların hakim ve savcılarla ilişkilerinde hizmetin özelliklerinden gelen ölçülere uygun davranmak ve karşılıklı saygı kurallarına uymak yükümüne aykırı görülerek şikayetlinin kınama cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Baro disiplin kurulu kararına karşı şikayetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

İncelenen dosya kapsamından, şikayetli hakkında hakime görevi nedeniyle hakaret ve tehdit suçundan TCK'nın 268/3 delâletiyle 266/3 ve 191/son, 273. maddeleri gereğince cezalandırılması istemiyle Elazığ Ağır Ceza Mahkemesi'nde açılan 2004/472 Esas ve 2005/159 Karar sayılı dava sonunda verilen 12.04.2005 tarihli karar ile görevi nedeniyle hakime hakaret suçunun unsurları oluşmadığından bu suçtan beraatine, tehdit suçu sabit görülmeyle neticeten 433.237.000 TL ağır para cezasıyla cezalandırılmasına ve cezasının ertelenmesine karar verildiği ve kararın Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nce onanarak 13.02.2007 tarihinde kesinleştiği anlaşılmıştır.

Şikayetlinin görevi sebebiyle yargıca adiyen tehditte bulunduğu, kesinleşen mahkeme kararı ile sübut bulmuştur. Ceza mahkemesinin mahkumiyet kararının, hukuka aykırı eylemin gerçekleştiği yönünden kesin kanıt oluşturduğunda duraksama yoktur. Mahkeme kararının dayandığı eylemin adiyen tehdit suçunu oluşturup oluşturmadığının disiplin kurulunda yeniden tartışılması ve değerlendirilmesi mümkün değildir. Öte yandan disiplin kovuşturması açılmasına neden teşkil eden ihbar, aynı zamanda şikayetlinin tehdit suçunu oluşturan eyle-

mini de kapsamaktadır. Esasen 15.06.2004 tarihli savunmasında şikayetli, Yargıtay Başkanı'na kadar olayları anlatacağını ifade ettiğini de belirtilmektedir. Haksız bir karara karşı direnmek, avukatın en doğal hakkı olduğu kadar görevidir de. Ancak bu hakkını kullanırken karşı tarafı tehdit gibi, yasal olmayan, hukuka aykırı, itiraz ve savunmanın özüyle ilgisi bulunmayan yollara başvurusu da kabul edilebilir bir davranış biçimi değildir.

Bu nedenlerle şikayetlinin eyleminin Avukatlık Yasası'nın 34. maddesinde düzenlenen, avukatların, unvanın gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranma yükümüne ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 17. maddesindeki hakim ve savcı ilişkilerinde ölçülü davranılması, karşılıklı saygı ilkelerine uyulması gereğine de uygun düşmediğinden Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde ve takdir ettiği disiplin cezasında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazlarının reddi ile Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararın onanmasına katılanların oybirliğiyle karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

KARARLARI

ANDRE VE DİĞERİ/FRANSA DAVASI (Başvuru no. 18603/03)

Çev.: Av. Beyza DİLER*

KARAR STRASBOURG 24 Temmuz 2008

Bu karar, Sözleşme'nin 44. maddesi 2. paragrafında tanımlanan koşullar dahilinde kesinleşecektir. Şekil yönünden düzeltmelere maruz kalabilir.

André ve diğeri/Fransa davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (beşinci kısım), aşağıdakilerden oluş an dairede toplandı:

Peer Lorenzen, Başkan,
Rait Maruste,
Jean-Paul Costa,
Karel Jungwiert,
Renate Jaeger,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre, yargıçlar,
Ve Claudia Westerdiek, kısım kâtiibi,

* Av., İstanbul Barosu

Bu davada, kurul dairesinde 1 Temmuz 2008’de gereğini düşündükten sonra,

Bu son tarihte kabul edilen, aşağıdaki kararı verdi:

USUL

1. Davanın kökeninde, Fransa Cumhuriyeti’ne yönelik bir başvuru (no. 18603/03) bulunmaktadır ve bu devletin tebaasından Bay Marc André ile, özel profesyonel şirket (SCP) olan André, André et Associés (“başvurucular”) adlı, Fransız hukukuna tabi bir şirket,

11 Haziran 2003’te, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca, Mahkemeye başvurmuşlardır.

2. Başvurucular Danıştay ve Yargıtay avukatı olan Bayan F.-H. Briard tarafından temsil edilmektedir. Fransa hükümeti (“Hükümet”) ise, memuru, Dışişleri Bakanlığı, Hukuk İşleri Müdüresi Bayan Edwige Belliard tarafından temsil edilmektedir.

3. 28 Şubat 2006’da Mahkeme, başvuruyu Hükümete bildirmeye karar vermiştir. Mahkeme, Sözleşme’nin 29. maddesi 3. maddesine dayanarak, davanın kabul edilebilirliğinin ve yerindeliliğinin aynı zamanda incelenmesine karar vermiştir.

ESAS YÖNÜNDEN

A. Davanın koşulları

4. Avukat ve avukatlar şirketi sıfatıyla başvurucular, Clinique “Les Roches Claires” anonim şirketi tarafından, 10 Temmuz 2000 tarihli bir inceleme bildirimi uyarınca, 1 Ocak 1997 ile

31 Aralık 2000 dönemi muhasebesinin incelenmesi işlemlerine katılmaları ve şirketi temsil etmeleri için görevlendirildiler.

5. Vergi dairesi, 12 Haziran 2001’de, vergi usul kanunu (LBF) L. 16 B maddesi hükümleri uyarınca, Marsilya Asliye Hukuk Mahkemesi (TGI) başkanından, Clinique “Les Roches Claires” şirketinin durumunun incelenmesi çerçevesinde, usulsüz davranışlar (gider artışı ve faturasız ya da aslı olmayan işlemler) karinesi sebebiyle, bazı beyanlarla

ilgili olarak muhasebeye ilişkin, hukuki ve şirkete ilişkin belgeleri elde etmek amacıyla denetleme ve el koyma uygulaması izni istedi.

6. Başkan, aynı günlü bir emirle, memurlara, yanlarında savcılar olduğu halde, düşünülen usulsüzlüğe ilişkin belgelerin ve bilgilerin bulunabileceği yerlerde ve özellikle de SA Clinique “Les Roches Claires”e yardım ve temsil vekâletine sahip olduklarından itibaren başvuruçuların işyerinde usulsüz davranışların kanıtını araştırmanın gerektirdiği denetleme ve el koyma operasyonlarına izin verdi ve bu bakımdan, müvekkillerinin usulsüz olduklarını düşündüğü belgelerin onların ellerinde olduğu varsayılmaktaydı.

7. Yargıç yalnızca bir denetleme izni verdi ve bunun en geç 20 Haziran 2001’de gerçekleştirilmesini, 30 Haziran 2001’de de operasyonlara ilişkin tutanağın verilmesini tespit etti.

8. İkametlere denetimler 13 Haziran 2001’de, Marsilya TGI başkanının emriyle bildirilen yerlere yapıldı. Başvuruçuların işyerine dört vergi memuruyla yapılan operasyonlar, ilk başvuruçuyu, Marsilya Avukatlar Odası (Baro) Başkanı ve bir savcının huzurunda, saat yedi otuzdan saat on üç ona kadar sürdü. İlk başvuruçuyu, bu operasyon dolayısıyla, 12 Haziran 2001 tarihli emrin bir örneğini aldı.

9. Bir denetleme, el koyma ve döküm listesi tutanağı düzenlendi ve hazır bulunanlar tarafından imza edildi. Altmış altı belgeye el kondu. Bunların arasında elle yazılmış notlar ve ilk başvuruçuyu tarafından üzerinde elle yazılmış bir ibarenin yer aldığı bir belge de bulunuyordu; ki oda başkanı, derhal, bunların avukatın şahsi belgelerinin olduğunu tespit ettirdi. Bunların kesinlikle meslek sırrına tabi olduğunu ve bir el koyma konusu olamayacağını belirtti. İlk başvuruçuyu da denetlemenin uygulanışına ilişkin kayıt koydu ve ayrıca, birçok itirazda bulunarak bunları tutanağa geçirtti. Tutanağın ve el konulan belgelerin birer örneğini aldı.

10. Başvuruçular beş günlük yasal sürede temyize başvurdular. Genişletilmiş şikâyet dilekçelerinde, denetlemenin ve el koymaların yasal olmadığını ileri sürdüler. Özellikle de meslek sırrı ve savunma haklarına dayanarak, aramanın amacı, söz konusu avukatın yasaya aykırı davranışa katıldığına ilişkin kanıtı sabitlemek olmadıkça, bir müvekkil tarafından avukatına verilen belgelerine ve onların iletilerine el konulamayacağını belirttiler.

Aynı zamanda da, TGI başkanı tarafından verilen izin emrinde, operasyonlar sırasında Baro Başkanının ya da onunun bir yetkilisinin zorunlu olarak hazır bulunmasına ilişkin kesin bir ibarenin olmamasını da eleştirdiler.

11. Yargıtay, 11 Aralık 2002 tarihli bir kararla, başvuruçuların temyizini reddetti. Baro Başkanının hazır bulunmasına ilişkin ibarenin olmaması konusunda ise, izin emrinin meslek sırrına uyulması için gerekli önlemleri gerektirmediğini, bu sırada verilen olası zararın, iznin yasallığından değil de operasyonların düzenli yapılmasının kontrolünden kaynaklandığını belirtti. Niza konusu belgelere el konulması konusunda da Yargıtay, mahkeme yargıcının, başvuruçunun yönetiminde sağlanan bilgiler dahilinde, izin emrinde belirtilen yeterli kariyerleri bulduğu için, avukatların meslek sırrının işyerlerinin denetlenmesinin ve onların elinde bulunan belgelere el konulmasının önünde bir engel olamayacağını düşünmüştür.

B. Uygun iç hukuk ve uygulama

1. Vergi Usul Kanunu

12. Olayların meydana geldiği dönemde uygulanan vergi usul kanununun uygun hükümleri şu aşağıdaki şekildedir:

Madde L16 B

“I. Vergi dairesi tarafından başvuruçulan adli makam bir mükellefin gerçek işlemlere bağlı olmayan faturalar ya da belgeler kullanarak ya da tutulması genel vergi kanunuyla mecbur edilen hesap belgelerine işlemlerle ilgili yazıları geçirmeyi bilerek unutararak ya da unutturarak ya da doğru olmayan ya da sahte bilgiler geçirerek ya da geçirterek faturasız satın alma ve satışlar yapıp gelir ya da kâr vergisi ya da katma değer vergisi kaçırdığı yönünde kararın alındığını düşünmesi halinde, en azından denetleme derecesinden olan ve vergi genel müdürü tarafından bu amaçla yetkilendirilmiş vergi dairesi memurlarına, elde tutulduğu sanılan ilişkili belge ve evrakın bulunduğu, özel bile olsa, tüm yerleri denetleyerek bu türden kaçakçılık davranışlarını araştırmaları için ve bunlara el koymaları için II. şıkta öngörülen koşullar dahilinde izin verir.

II. Her denetlemeye, denetlenecek olan yerlerin bulunduğu yetki alanındaki asliye hukuk mahkemesi serbest bırakma ve tutuklama yargıcının bir emriyle izin verilir.

Yargıç kendisine sunulan izin talebinin yerinde olduğunu somut bir şekilde incelemek durumundadır; bu talepte idarenin sahip olduğu, denetlemeyi kanıtlayacak nitelikteki tüm bilgi unsurları yer almalıdır.

Emirde şunlar bulunmalıdır:

Gerektiğinde, asliye hukuk mahkemesinin başkanının yetkisine ilişkin ibare;

Denetlenecek yerlerin adresi;

Denetleme operasyonlarını uygulama iznini talep eden ve elde eden, yetkili kılınan memurun adı ve unvanı.

Yargıç, seçtiği ve duruma göre, kanıtı aranan usulsüz davranışların olduğunu düşündüren fiilî ve hukukî unsurları belirterek kararını gerekçelendirir.

Eğer denetleme dolayısıyla yetkili memurlar bir kredi kurumunda denetlenen yerlerin işgalcisinin sahibi olduğu bir kasa bulursa, ve burada I. şıkta belirtilen davranışlara bağlı bilgi ve belge bulunması mümkün ise, emri veren yargıç tarafından herhangi bir yolla verilen izin üzerine, derhal bu kasanın denetlemesini yapabilirler. Bu izne ilişkin kayıt (ibare) IV. şıkta öngörülen tutanağa geçilir.

Denetleme ve belgelere el koyma, bunlara izin veren yargıcın yetkisi ve kontrolü altında gerçekleştirilir.

Yargıç, bir savcıyı bu operasyonlara katılması ve yapılışı konusunda kendisini bilgilendirmesi için görevlendirir.

Eğer yararlı görürse, yargıç, operasyonların yapılışı sırasında bu yerlere gidebilir.

İsteddiği zaman, denetlemenin iptaline ya da durdurulmasına karar verebilir.

Emir, denetleme sırasında bulunulan işyerindeki işgalciye ya da temsilcisine, makbuz karşılığı tam nüshası verilerek ya da IV. şıktaki tutanağın kenarına iliştilmiş olarak, sözlü şekilde tebliğ edilir. İşgalcinin ya da temsilcisinin orada olmaması durumunda, emir, denetlemenin ardından iadeli taahhütlü mektupla tebliğ edilir. Tebliğ, ihbarnamenin üzerinde bulunan tarihte yapılmış sayılır.

Tebliğin alınmaması durumunda, ceza usul kanununun 550. maddesi ve devamınca öngörülen koşullarda emrin tebligatı işlemi yapılır.

İtiraz süresi ve itiraz şekilleri ihbar ve tebligat evrakında belirtilir.

Birinci paragrafta belirtilen emre ancak ceza usul kanununda öngörülen kurallara göre itirazda bulunulabilir; bu itiraz emri erteleyemez. İtiraz süresi emrin ihbar edilmesi ya da tebliğ edilmesiyle başlar.

III. Denetleme, saat altıdan ve saat yirmi birden sonra başlatılamaz ve işyerinin işgalcisi ya da temsilcisinin hazır bulunmasıyla yapılır;

bunun mümkün olmaması durumunda, savcı, makamına ya da vergi idaresine bağlı olmayan kişilerden iki şahit seçilmesini sağlar.

I. şıkta sözü edilen vergi idaresinin memurları, müfettişlerle aynı koşullar dairesinde yetkilendirilen diğer memurlarla birlikte uygulamaya katılabilirler.

El konulacak belgeler ve evrak hakkında, el konulmalarından önce yalnızca yetkili vergi memurları, işyerinin işgalcisi ya da temsilcisi ve savcı bilgi sahibi olabilir.

Savcı, Ceza Usul Kanunu'nun 56. maddesi üçüncü paragrafı uyarınca, meslek sırrına ve savunma haklarına uyulmasına dikkat eder; bu kanunun 58. maddesi de uygulanabilir.

IV. Vergi idaresi memurları tarafından o an, operasyonun şekillerinin ve cereyan edişinin anlatıldığı ve gerçekleştirilen tespitlerin kaydedildiği bir tutanak düzenlenir. Gerekirse, el konulan belgeler ve evrakın bir dökümü çıkarılıp bu tutanağa iliştilir. Tutanak ile evrak dökümü, vergi idaresi memurları ve savcı ve de III. şıkkın ilk paragrafında sözü edilen kişiler tarafından imza edilir; imza atmayı reddederlerse, bu, tutanağa kaydedilir.

Eğer olay yerinde evrak dökümü yapmakta sıkıntı varsa, el konulan belgeler ve evrak mühür altına alınır. İşyerinin işgalcisi ya da onun temsilcisi, savcının huzurunda yapılacak olan mühür açma işlemine katılabileceği yönünde bilgilendirilir; evrak dökümü böylece düzenlenir.

V. Tutanağın ve evrak dökümünün asılları, düzenlenmelerinin ardından, denetleme yapılmasına izin veren yargıca gönderilir; bu aynı belgelerin bir nüshası da işyerinin işgalcisi ya da onun temsilcisine verilir.

El konulan belgeler ve evrak, denetleme işleminden altı ay sonra işyerinin işgalcisine geri verilir; bununla birlikte, eğer bir cezaî takibat başlatılırsa, bunların geri verilmesi yetkili adli makamın izniyle olur.

VI. Vergi idaresi, toplanan bilgileri mükellefe karşı ancak, el konulan

belgeler ve evrakı ya da bunların çoğaltılmışlarını geri verdiği ve L. 47 maddesinin ilk ve ikinci paragraflarında belirtilen kontrol prosedürlerini uyguladıktan sonra kullanılabilir."

2. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu

13. Olayların meydana geldiği zamanda uygulanan ceza usul kanununun uygun hükümleri şu aşağıdaki şekildedir:

Madde 56, paragraf 3

"Bununla birlikte, (Savcı), meslek sırrına ve savunma haklarına uyulmasını sağlamak üzere yararlı tüm önlemleri önceden almak (başlatmak) zorundadır."

Madde 56-1

"Bir avukatın bürosunu ya da ikametgâhını arama ancak Savcı tarafından ve Baro Başkanının ya da vekilinin hazır bulunmasıyla yapılır. Yalnızca bu Savcı ile Baro Başkanı ya da vekili, el konulmalarından önce, arama sırasında bulunan belgelerden bilgi sahibi olurlar.

Baro Başkanı ya da vekili, bu el koyma işleminin usulsüz olduğunu düşünürlerse, savcının işlem yapmak istediği bir belgeye el konulmasına itiraz edebilir. Belge bu durumda kapatılıp mühürlenir. Bu operasyonlar, Baro Başkanının ya da vekilinin itirazlarını içeren bir tutanağın konusuna girer. Bu tutanak dava dosyasına eklenmez. Arama sırasında başka belgeler de ele geçirilirse, bu tutanak 57. maddeyle öngörülenden ayrı olur. Bu tutanak ile kapatılıp mühür altına alınan belge, dava dosyasının aslı ya da bir örneğiyle birlikte, süre geçirilmeden / derhal serbest bırakma ve tutuklama yargıcına gönderilir.

Evrakın alınışından sonra beş gün içinde, serbest bırakma ve tutuklama yargıcı temyiz edilemeyen gerekçeli kararı almak üzere itiraz konusunu ele alır.

Bu amaçla, aramayı yapan savcıyı, gerekirse de Cumhuriyet savcısını ve aramanın yapıldığı büro ya da ikametdeki avukatı ve de baro başkanı ya da vekilini dinler. Bu kişilerin huzurunda mühürü açabilir.

Eğer belgeye el konulmasına yer olmadığını düşünürse, serbest bırakma

ve tutuklama yargıcı, belgenin derhal geri verilmesini ve operasyonlara ilişkin tutanağın imha edilmesini ve de gerektiğinde, dava dosyasının içinde yer alacak olan bu belgeye ya da içeriğine ilişkin bütün atıfların iptal edilmesini emreder.

Aksi durumda ise, mührün ve tutanağın dava dosyasına tediye edilmesini emreder. Bu karar, tarafların karar mercii ya da sorgu heyetinden el koyma işleminin iptalini isteme imkânını ortadan kaldırmaz."

3. Bazı adli ve hukuki mesleklerde reformla ilgili 31 Aralık 1971 tarih ve 71-1130 sayılı kanun

14. 31 Aralık 1971 tarih ve 71-1130 sayılı kanunun 66-5. maddesi (11 Şubat 2004 tarih ve 2004-130 sayılı kanunla değiştirilmiştir) şöyle hükmeder:

" İster danışma ister savunma amaçlı olsun, her konuda, bir avukat tarafından müvekilliyle yaptığı ya da ona yönelik görüşmeler, avukatı ile müvekkili, avukatı ile meslektaşları arasındaki iletiler –ki bu sonuncular açısından "resmî" ibaresi taşıyanlar hariç- , görüşme notları ve genel olarak dosyanın tüm evrakı meslek sırrına girer."

4. Yargıtay'ın içtihadı

15. Yargıtay, incelemeye alınan bir kişi ile avukatı arasındaki iletilere ancak, el konan belgelerin avukatın bir suça katıldığına dair kanıt oluşturacak nitelikte olması durumunda el koyma emri verilebileceğine ve bunun devam ettirilebileceğine hükmetmiştir (özellikle bakınız Cass. crim. 12 Mart 1992, Bull. crim. no.: 112; 20 Ocak 1993, Bull. crim. no. 29;

Cass. crim. 5 Mayıs 1998, Bull. IV, no.: 147; Cass. crim. 5 Ekim 1999, Bull. crim. no.: 206; 27 Haziran 2001, Bull. crim. no. 163). Bir avukat ile müvekkili arasındaki bilgi alışverişlerinde gizlilik ilkesine uyulmasını kontrol, yalnızca el koymalarla sınırlı değildir, bunu etkileyebilecek diğer önlemlere kadar genişler (böylece, bir avukatın kişisel ve/veya özel telefonunun dinlenmesi söz konusu olduğunda, bu önlemin alınmasından önce, avukatın suça katılmasına ilişkin makul göstergelerin varlığının kesin tespiti gerekir: Cass. crim. 15 Ocak 1997, Bull. crim. no.: 14; 8 Kasım 2000, Bull. crim. no. 335; Cass. crim. 15 Ocak 2006, temyiz no. 05-86.447).

5. Topluluk hukuku

a. AM & S Europe Limited/Avrupa Toplulukları Komisyonu davası (155/79), Avrupa Toplulukları Adalet Mahkemesi'nin (CJCE) 18 Mayıs 1982 tarihli kararı:

"18. Üye Devletlerin yalnızca ekonomik açıdan değil, hukuki açıdan da iç içe geçmesinden ortaya çıkan Topluluk hukuku, özellikle avukatlar ile müvekkili arasındaki bazı iletişimle ilgili olarak gizliliğe uyulması konusunda bu Devletlerin hukuklarına ortak olan ilke ve anlayışları göz önünde bulundurmamak zorundadır.

Bu gizlilik gerçekten, önemi üye Devletlerin tümünde tanınan, yargılanabilir kişinin, mesleği de ihtiyacı olan herkese hukuki görüşler verme görevi içeren avukatına başvurmakta tamamen serbestliğe sahip olma gerekliliğini karşılar.

19. Üye Devletlerin hukuki düzenleri, avukatlar ile müvekkileri arasındaki iletişimin korunması konusunda, eğer bu koruma ilkesi genel olarak tanınıyorsa, içeriğinin ve uygulama kriterlerinin değişeceğini ortaya çıkarmaktadır (...).

20. Bu çeşitliliklerin ötesinde, üye Devletlerin iç hukukları, bununla birlikte, benzer koşullarda, Devletlerin, bir taraftan, müvekkilin savunma hakkı çerçevesinde ve bu amaçla yaptığı iletişim söz konusu oldukça, diğer taraftan, bu iletişim bağımsız avukatlardan, yani müvekkile bir iş ilişkisiyle bağlı olmayan avukatlardan kaynaklandıkça, avukatlar ile müvekkileri arasındaki iletişimlerin gizliliğini korudukları konusunda ortak kriterlerin varlığını da göstermektedir.

23. Bu koşullardan ilki bakımından, yönetmelik (...), avukatlar ile müvekkileri arasındaki iletişimde gizliliğin korunmasının gerekli bir tamamlayıcı unsur oluşturduğu, savunma haklarının tam olarak kullanılmasının korunmasına dikkat eder.

24. İkinci koşul bakımından, şunu belirtmek gerekir ki korunması uygun iletişimden kaynaklanan danışma işinin içermesi gereken, bağımsız avukat pozisyonu ve niteliğine ilişkin gereklilik, adaletin iştirakçisi olarak sayılan ve tamamen bağımsız olarak ve adaletin yüksek çıkarı dahilinde müvekkilinin ihtiyacı olan yasal yardımı vermeye çağırılan avukatın rolünün kavranmasından ileri gelir. Bu korumanın karşılığı mesleki disiplindir (...). Böyle bir kavrayış üye Devletlerde ortak olan hukuki gelenekleri karşılar ve topluluk hukuku düzeninde de bulunur (...)"

b. Wouters davası (C-309-99), Avrupa Toplulukları Adalet Mahkemesi'nin (CJCE) 19 Şubat 2002 tarihli kararı:

16. Bu davada, CJCE, avukatlık mesleğinin kendine özgü olduğunu tanımıştır. Genel avukat Philippe Léger 10 Temmuz 2001'de sunduğu savlarında özellikle şu kanıdaydı:

"182. Meslek sırrı, avukat ile müvekkili arasındaki güven ilişkisinin temelidir. Bu meslek sırrı avukata, kendisine müşterisi tarafından bildirilen herhangi bir bilgiyi ifşa etmemesini emreder ve vekâlet süresinin bitiminden sonraki döneme ratione temporis olarak ve üçüncü kişilerin tümüne karşı da ratione personae olarak uzanır. Meslek sırrı aynı zamanda, üye Devletlerin çoğundaki hukuk düzeninden kaynaklandığı şekliyle, "bireyin özgürlüğünün ve adaletin işleyişinin esas teminatı"nı oluşturur."

c. Kara para aklamak amacıyla finansal sistemin kullanılmasının önlenmesine ilişkin 91/308/CEE direktifi

17. 91/308/CEE direktifi avukatlara, kara para aklama belirtisi olabilecek tüm olayları yetkili makamlara bildirmeyi emreden yükümlülüğü öngörür. Avukatların yararlanmak zorunda olduğu özel korunma ve olası istisnalar özellikle, Avrupa Toplulukları Adalet Mahkemesi nezdindeki, 91/308/CEE direktifine ve kara paraya karşı mücadelenin sorumlu makamları karşısında avukatlar için bilgilendirme ve işbirliği yükümlülüğüne ilişkin bir uyumsuzluk çerçevesinde müzakerelerin konusu oldu.

18. 26 Haziran 2007 tarihli kararında (*Frankofon ve Germanofon Barolar Birliği, Fransız Brüksel Barosu Avukatları Birliği, Flaman Barolar Birliği, Hollandalı Brüksel Barosu Avukatları Birliği/Bakanlar Kurulu, C-305/05 davası*) CJCE avukatlara düşen, yetkili makamlarla bilgilendirme ve işbirliği yükümlülüklerinin aşağıdaki sebeplerden dolayı Sözleşmenin 6. maddesi 1. paragrafını ihlal olmadığına hükmetti:

- bu yükümlülükler *"avukatlara ancak esasen mali ve gayrimenkul türünden bazı işlemlerin hazırlanması ya da gerçekleştirilmesi çerçevesinde uygulanır"*, yani, adli bir usulle ilişkili olmayan bir bağlam içinde;

- ayrıca, gene bu işlemler çerçevesinde, bir avukata, mahkemede savunma ya da temsil misyonunu icra etmesi için veya bir adli dava açma ya da böyle bir davayı önlemek konusunda bilgi almak için baş-

vurulur başvurulmaz, söz konusu avukat, bilgi verme ve işbirliği yükümlülüğünden muaf tutulur (bu durum, bilgiler ne zaman alınmış olursa olsun uygulanır).

6. Avukatlık mesleğini icra etme özgürlüğü üzerinde üye Devletlere Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun R (2000) 21 Talimatı (25 Ekim 2000'de kabul edilmiştir)

19. R (2000) 21 Talimatının uygun hükümleri şu şekildedir:

"(...) Avukatın da katıldığı Hukuk Devletini güçlendirmek amacıyla, özellikle bireysel özgürlükleri savunma anlamında olmak üzere, avukatlık mesleğini icra etme özgürlüğünü harekete geçirmek arzusuyla;

Avukatların, haksız kısıtlamalar olmaksızın ve doğrudan ya da dolaylı olarak, kim tarafından ve hangi sebeple olursa olsun, etkileme, kısırtma, baskı, tehdit ya da müdahale nesnesi olmaksızın mesleklerini icrada bağımsız olmalarını garanti eden, hakkaniyetli bir adli sistemin gerekliliğinin bilincinde olarak;

İlke 1 - Avukatlık mesleğini icra etme özgürlüğüyle ilgili genel ilkeler

1. *Yetkili makamlar ya da kamu tarafından bir ayrımcılık yapılmadan, haksız müdahalede bulunulmadan, özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygun hükümlerinin ışığında, avukatlık mesleğini icra etme özgürlüğüne uyulması, korunması ve harekete geçirilmesi için gerekli bütün önlemler alınmalıdır (...)*

6. *Avukatları ile müşterileri arasındaki ilişkilerde meslek sırrına uyulmasına dikkat etmek üzere gerekli bütün önlemler alınmalıdır. Bu ilkede istisnalara, ancak Hukuk Devletiyle uyumlu oldukları zaman izin verilir."*

7. Birleşmiş Milletler Örgütü

20. *"Baronun Rolüne İlişkin Temel İlkeler"*in (Suçun önlenmesi ve suçluların ıslahı için Havana'da 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihinde yapılan sekizinci Birleşmiş Milletler Kongresi'nde kabul edilmiştir) uygun hükümleri şöyle öngörür:

"16. Kamu güçleri, avukatların a) bütün görevlerini engelsiz, korkusuz, tedirgin olmadan ve haksız müdahalede bulunulmaksızın yapabilmelerine b)

yurtiçinde olduğu kadar yurtdışında da özgürce seyahat edebilmelerine ve müşterilerinden bilgi alabilmelerine; ve c) tanınan mesleki yükümlülüklerine ve standartlarına ve deontolojilerine uygun olarak alınan bütün önlemler için kovuşturma ya da ekonomik müeyyide konusu olmamalarına, bunların tehdidi altında kalmamalarına dikkat ederler.

(...)

22. Kamu güçleri, avukatlar ve müvekkileri arasındaki iletişim ve danışmaların, mesleki ilişkileri çerçevesinde, gizle kalmasına dikkat etmek durumundadırlar.”

HUKUKEN

I. SÖZLEŞMENİN 6 §§1 ve 3 c), 8 ve 13. MADDELERİNİN İHLALİ İDDİASI KONUSUNDA

21. Başvurucular, işyerlerine yapılan denetleme ve el koyma prosedürünün, meslek sırrına ve savunma haklarına saygıya aykırı olduğundan şikâyetçidirler. Aynı zamanda da, Fransa’da temyiz kontrolü niteliğinden bağımsız olarak, ikametlerine yapılan usulsüzlüklerden şikâyet etme aracı olarak temyize başvurunun etkililiğinin bulunmadığını açıklamışlardır. Başvurucular, uygun hükümleri aşağıdaki şekilde okunan, Sözleşme’nin 6 §§1 ve 3 c), 8 ve 13. maddelerine başvurumaktadırlar.

Madde 6 §§1 ve 3 c

“Her kişi, gerekçesinin bir mahkeme tarafından hakkaniyetle dinlenilmesi hakkına sahiptir (...) Bu mahkeme, kişiye yöneltilen cezai suçlamaların yerindeliği konusunda karar verecektir. (...)

3. Her sanık, adli çıkarları gerektiriyorsa, özellikle:

(...)

c) kendi kendini savunma ya da seçeceği bir savunmacıdan yardım alma ve eğer bir savunmacıya ücret verme imkânı yoksa, bir avukattan ücretsiz olarak yardım alma hakkına sahiptir;”

Madde 8

“1. Kişiler özel ve aile hayatına, ikametine ve muhatabına saygı duyulma hakkına sahiptir.

2. Bir kamu makamının bu hakkın icrasına müdahalesi ancak bu müdahale kanunla öngörüldükçe ve bu müdahale, demokratik bir toplumda, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülke ekonomisinin dirliği, düzenin korunması ve suçların önlenmesi, sağlığın ya da etik değerlerin korunması, ya da başkasının hakları ve özgürlüklerinin korunması için bir önlem teşkil ettikçe olabilir.”

Madde 13

“Sözleşmede (...) tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin, ihlal resmi görevlerini icra etmek üzere hareket eden kişiler tarafından dahi yapılmış olsa, ulusal bir mahkemeye fiilen başvurma hakları vardır.”

A. Tarafların tezleri

1. Hükümet

22. Hükümet, Sözleşme'nin 6. maddesine dayanılarak yapılan şikâyetlerin, *rationae materiae* (konu yönünden) uyuşmadığı gerekçeyle reddedilmesi gerektiği kanısındadır. Hükümete göre, vergi anlaşmazlıkları sözleşmenin hukuk kanadı (*Ferrazzini/Fransa* [GC], no. 44759/98, CEDH 2001-VII) 6. maddesi ile ceza kanadı davanın olaylarına uzak olduğundan uygulama alanına girmez.

23. Esasa ilişkin olarak Hükümet, anlaşmazlık konusu davanın, Yargıtay'la birlikte, kontrolü de sağlayan yargıcın izninden kaynaklandığını hatırlatır. Gene, tutanağın, ikamet denetlenmesi sırasında, serbest bırakma ve tutuklama yargıcıyla temasta olduğunu gösterdiğini not etmektedir. Ayrıca, Yargıtay'ın kararının içtihadta hiçbir “*kayma*” getirmediğini, aksine, önceden sabit olan bir içtihadı teyit ettiğini ve o zamandan beri sürdürdüğünü de belirtir. Hükümet, savunma haklarına karşı bir ihlalde bulunulmadığını, meslek sırrının tanımazdan gelmediğini savunmaktadır. Aksine, Yargıtay'ın 11 Aralık 2002 tarihli kararının, bireysel özgürlük ilkesi ile vergi kaçakçılığına karşı mücadele gereklilikleri arasında tam bir denge sağladığını öne sürmektedir. Son olarak yargıcın, başvurucluların Clinique “*Les Roches Claires*”e yardım ve temsil vekâletine sahip olduklarını ve müşterilerini hedef alan vergi prosedürüne bu sıfatla çok kereler müdahil olduklarını da ortaya koyduğunu belirtmiştir.

24. Sözleşmenin 8. maddesiyle ilgili olarak, Hükümet başvurucluların iç başvuru yollarını tüketmedikleri kanısındadır, zira, kullandıkları

temyize başvuru yolu dışında, iki başvuru yolu daha bulunmaktadır: ilki, özel hayata saygı hakkını teminat altına alan, medeni kanunun 9. maddesine dayanır; ikincisi, Devlete karşı sorumluluk eylemi içinde hareket ederek, örneğin, memurların imtiyazlarını aştıklarını ve bir suç işlediklerini sabitleyebilirlerdi.

25. Esasa ilişkin olarak, hükümet, başvurucuların ikametlerine saygı hakkına müdahale olduğuna itiraz etmemektedir, ama bunun, kanunla, örneğin vergi usul kanununun L 16 B maddesiyle öngörüldüğünü ve ülkenin ekonomik açıdan dirliğinin korunmasını ve suçların önlenmesini amaçlayan yasal amaçlar taşıdığını belirtmektedir.

Son olarak Hükümet, demokratik bir toplumda müdahalenin gerekli olduğunu düşünmektedir (*Keslassy/Fransa* [kar.], no. 51578/99, CEDH 2002-I). İkameti denetlemeye izin veren emir, iç mevzuat ve Avrupa içtihadıyla tespit olunan gereklilikleri, usule ilişkin teminatlarla, tam olarak karşılamaktadır.

26. Son olarak, Sözleşmenin 13. maddesine dayanarak yapılan şikâyet konusunda Hükümet, bu şikâyetin temelsiz olduğu sonucunu çıkarmak üzere, açıklamalarını 8. maddeye ilişkin olarak açıkladıklarına ve hatırlatmalarını da iç hukuka yollamaktadır. Çünkü Sözleşme, iki yargılama derecesi emretmemektedir, temyize yapılan tek başvuru 13. maddenin hükümlerine uygundur. Hükümet, temyize yapılan başvurunun tüketilecek bir başvuru olduğuna hükmettiğini de hatırlatır (*Civet/Fransa* [GC], no. 29340/95, CEDH 1999-VI): şu halde başvurucular kendilerine açık olan ve ikameti denetleme iznini ve onu haksız çıkarabilecek yetersizlikleri etkilemeye elverişli hak kusurlarından yararlanma imkânı sağlayan başvuru (itiraz) yolunu kullanmışlardır.

2. Başvurucular

27. Başvurucular, Hükümetin itirazlarının kendileri için dikkate alınacak bir nokta teşkil etmediği kanısındadırlar ve başlangıçtaki başvuru ifadelerini devam ettirmektedirler.

28. Esasa ilişkin olarak, Yargıtay'ın, "vergi kaçakçılığına ilişkin yerli karineler"i anımsatarak, önceki içtihadı göre bir kayma (değişme) yaptığını düşünmektedirler. Bu karinelerin kime yönelik olduğu belirtilmemiştir. Halbuki ceza heyetinin önceki içtihadı avukatın kaçakçılığa katılmış olmasını farz sayıyordu. Bu durumun savunma haklarının

korunmasına ve bunun doğal sonucu olan, Sözleşme'den kaynaklanan konularda uygulama bulması gereken, avukatların "meslek sırrına" aykırı olduğunu düşünmektedirler.

29. Başvurucular, bir kaçakçılığa katıldığına ilişkin karineler olmadığı halde bir avukatın ikametinde arama ya da denetlemeler yapmanın mümkün oluşunu eleştirmektedirler. İlk başvurucu, ayrıca, danışma değil de yalnızca anlaşmazlık konularıyla görevli basit bir müvekkil avukatı olduğunu, bu durumun mesleki sır giren ve bürosuna bağlı şirketin savunması için gerekli belli sayıda belgeyi zorunlu kıldığını belirtmektedir.

30. Başvurucular, fiili başvuruda bulunamamaktan şikâyetçidirler, zira vergi usul kanunu L. 16 B maddesine dayanarak alınan emirlere karşı tek başvuru yolunun temyiz olmasının Yargıtay tarafından icra edilen kontrolün içeriği ve kapsama alanı sebebiyle fiili başvuru oluşturmadığını düşünmektedirler.

B. Mahkemenin takdiri

1. Kabul edilebilirlik yönünden

31. Hükümet tarafından ortaya atılan *ratione materiae* (konu yönünden) kabul edilemezlik itirazı kadar, gene hükümet tarafından öne sürülen, başvuru yollarının tükenmediğine ilişkin argüman konusunda, Mahkeme, benzer bir davada (*Ravon/Fransa*, no. 18497/03, §§ 24-26 ve 35, 21 Şubat 2008) maddesinin uygulanabilirliği ve kabul edilemezlik yönündeki itirazların reddedilmesi sonucuna vardı. Şu halde işbu davada da itirazları reddetmek uygundur.

32. Diğer taraftan, başvurunun, Sözleşmenin 35 §§ 3 maddesi anlamında açıkça temelsiz olmadığını ve diğer hiçbir kabul edilemezlik sebebiyle örtüşmediğini düşünerek, Mahkeme başvuruyu kabul edilebilir ilan eder.

2. Esas yönünden

a. Fiili adli kontrol olmaması sebebiyle Sözleşme'nin 6. ve 13. maddelerine dayanan şikâyet konusunda

33. Bunda olduğu gibi, 6 §1 maddesi uygulandığında, 13. maddeyle ilişkili olarak bir *lex specialis* oluşur: hukuki prosedürlere özgü tüm

teminatları emreden gereklilikleri 13. maddeninkilerden daha katıdır, ki bu gereklilikleri kendisi içine alır (bakınız, örneğin, 19 Aralık 1997 tarihli, *Derleme* 1997-VIII, § 41 *Brualla Gomez de la Torre/İspanya* ile 26 Ekim 2000 tarihli, no. 30210/96, CEDH 2000-XI, § 146 *Kudla/Polonya* [GC] kararları). Sonuç olarak, işbu şikâyeti yalnızca 6 §1 maddesi üzerinden incelemek ve böylece başvuruçuların bu hükmün gerekliliklerini karşılayan bir dava sonunda “*itiraz*”larına ilişkin bir karar elde etmelerini sağlamak üzere bir “*mahkeme*”ye başvurup başvurmadıklarını saptamak yerinde olacaktır.

34. Bu noktada, Mahkeme vergi usul kanununun L. 16 B maddesiyle öngörülen ve düzenlenen prosedürün, Sözleşmenin 6 §1 maddesinin gerekliliklerini karşılamadığını daha önce hükmüne bağladığını hatırlatmaktadır (daha önce bahsi geçen *Ravon*, §§ 28-35). Mahkeme, burada bu tespitten sapıldığına ilişkin bir sebep görmemektedir.

35. Bundan hareketle, Sözleşme’nin 6 §1 maddesi ihlal edilmiştir.

b. Meslek sırrının ihlaline dayanan şikâyet konusunda

36. Mahkeme, ilk olarak, 8. maddede yer alan “*ikamet*” teriminin, örneğin, bir serbest meslek sahibinin, özellikle de avukatlık bürosunu kapsayabileceğini hatırlatır (16 Aralık 1992 tarihli, seri A no. 251-B, s. 34, § 30 *Niemietz/Almanya* ile no. 51772/99, § 64, CEDH 2003-IV *Roemen ve Schmit/Lüksemburg*).

37. Şu halde, Mahkeme, başvuruçuların bürosunda yapılan denetleme ve gerçekleştirilen el koymaların, onların Sözleşme’nin 8. maddesinin 1. paragrafından kaynaklanan haklarının icrasına bir müdahale olarak analiz edilmesi gerektiğini göz önüne almaktadır.

38. Mahkeme, böyle bir müdahalenin “*kanunla öngörüldüğünü*” düşünmektedir. Gerçekten de vergi usul kanununun L. 16 B maddesi, ikamete yapılan denetimde uyulacak şekilleri tanımlar ve ceza usul kanununun 56 ve 56-1 maddelerinin hükümleriyle bağlantılı uygulama, kesin olarak, meslek sırrına ve bir avukatın mesleki ve özel ikametine saygıyı amaçlar. Başvuruçular zaten, yasal temel eksikliğinden değil, konunun koşullarındaki anlaşmazlık konusu önlemlerin orantılığının ve gerekliliğinin yokluğundan şikâyetçidirler.

39. Mahkeme diğer taraftan, müdahalenin “*yasal bir amaç*” taşıdığı kanısındadır, yani kamu düzeninin korunması ve suçların önlenmesi.

40. Bu müdahalenin “gerekliliği” konusuna gelince, Mahkeme, “8. maddenin 2. paragrafının düzenlediği itirazların geniş bir yorum getirdiğini ve belli bir durumda bunların gerekliliğinin ikna edici şekilde sabit olmak zorunda” olduğunu hatırlatır (25 Şubat 1993 tarihli, seri A no. 256-B, s. 62, § 38 *Crémieux/Fransa* ile bahsi geçen *Roemen ve Schmit*, § 68).

41. Mahkeme, bir avukatın mekânında yapılan arama ve el koyularla, avukat ile müvekkili arasındaki ilişkinin temeli olan meslek sırrının tartışmasız şekilde ihlal edildiğini düşünmektedir. Zaten meslek sırrının korunması, özellikle, bir avukatın müvekkilinin, kendi suçlamasına iştirak etmemek hakkının doğal sonucudur. Bu da yetkili makamların, “sanık”ın iradesini çiğneyerek, zorlama ya da baskılarla elde edilen kanıt unsurlarına başvurmadan argümanlarını kurmak peşinde olduklarını düşündürmektedir. (3 Mayıs 2001 tarihli karar, *J.B./İsviçre, Kararlar ve üst mahkeme kararları derlemesi 2001-III*, § 64; ayrıca bakınız, diğerlerinin içinde, 25 Şubat 1993 tarihli, seri A no. 256-A, § 44 *Funke/Fransa* kararı).

42. Bundan hareketle, eğer iç hukuk bir avukatın bürosunda arama ya da ikamet denetleme imkânı öngörebiliyorsa, bunlar, kesinlikle özel teminatlarla yapılmalıdır. Aynı şekilde, Sözleşme, avukatlara, müvekkilleriyle ilişkilerini içeren belli sayıda yükümlülükleri zorunlu kılmayı yasaklamamaktadır. Bu, bir avukatın bir suça (yukarıdaki 15. paragraf) iştirak ettiğine ilişkin makul göstergelerin tespiti halinde ya da gene bazı uygulamalara karşı mücadele çerçevesinde özellikle böyledir (yukarıdaki 17-18. paragraflar). Şu halde geriye, adaletin idaresinde merkezi bir konuma sahip olan ve suçlanabilen kişi ile onları adli yardımcı olarak niteleyen mahkemeler arasında aracı sıfatı gören avukatlara bu türden önlemlerin çerçevesini sıkı bir şekilde çizmek zorunluluğu kalmaktadır.

43. Buradaki durumda, Mahkeme, başvuruçuların bağlı olduğu Baro Başkanının huzurunda icra edildiğinden, ikamet denetiminin usule ilişkin özel teminatla yapıldığını not etmektedir.

Ayrıca, Baro Başkanının hazır bulunması ve el konulacak belgeler hakkında yapılmasını gerekli gördüğü meslek sırrının korunmasıyla ilgili itirazları operasyonların tutanağına kaydedilmiştir.

44. Buna karşılık, ikamet denetlenmesi emrini veren yargıcın olmayışı, Baro Başkanının hazır bulunması ve derhal itirazları, avukatlık

bürosunun bütün belgelerinin ve bunlara el konulmalarının fiilen incelenmesini engelleyecek nitelikte olmamıştır. Özellikle ilk başvurucunun el yazısıyla yazmış olduğu notlara el konulması konusunda, Mahkeme, avukatın kişisel belgeleri olduğunun tartışmasız olduğunu, Baro Başkanının savunduğu gibi, bunların meslek sırrına girdiğini saptar.

45. Diğer taraftan, Mahkeme ikamet denetlenmesi izninin geniş anlamlara gelecek sözlerle kaleme alındığını saptar. Kararda ise, önceden sözü edilen, usulsüzlüğe ilişkin belge ve bilgi kaynaklarının bulunması olası yerlerde, özellikle de başvurucuların mesleki ikametlerinde bu davranışların kanıtını araştırmanın gerektirdiği denetleme ve el koyma işleminin yapılması emriyle yetiniliyordu. Şu halde, memurlar ile savcılar kendilerine geniş yetkiler tanındığını biliyorlardı.

46. Ardından ve özellikle, Mahkeme, anlaşmazlık konusu ikamet denetlemesinin amacının, kaçakçılık yaptığından şüphelenilen şirketin avukatları sıfatıyla başvurucularda bu şirketin sözü edilen kaçakçılığı yaptığını sabitleyebilecek ve şirkete karşı kullanılacak belgeleri bulmak olduğunu tespit etmiştir. Başvurucular hiçbir zaman bir suç işlemekle ya da müşterileri tarafından yapılan bir kaçakçılığa katılmakla suçlanmamış ya da onlardan bu bakımlardan şüphelenilmemiştir.

47. Mahkeme, şu halde buradaki durumda, başvurucuların müvekkili olan bir şirketin vergi kontrolü çerçevesinde, vergi idaresinin başvurucuları yalnızca, bir taraftan, söz konusu kontrolü gerçekleştirmekte ve, diğer taraftan ise, müvekkil şirketin üzerindeki kaçakçılık şüphelerini teyit edecek nitelikteki "hesap, hukuk ve şirket belgeleri"ni bulmakta sıkıntı olduğu için hedef aldığını not eder.

48. Bu sözü edilenler göz önüne alındığında, Mahkeme, ikamete yapılan denetlemenin ve başvurucuların ikametinde gerçekleştirilen el koymaların buradaki durumun koşullarında, öngörülen amaçla orantılı olmadığı kanısındadır.

49. Bundan hareketle, Sözleşmenin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 41.MADDESİNİN UYGULANMASI KONUSUNDA

50. Sözleşmenin 41. maddesi uyarınca,

" Eğer Mahkeme, Sözleşmenin ya da Protokollerinin ihlal edildiğini ilan

ederse ve eğer Yüksek Sözleşmeci tarafın iç hukuku bu ihlalin etkilerini tamamen yok etmeye imkân vermiyorsa, Mahkeme, mağdur tarafa hakkaniyetli bir tazmin bahşeder."

A. Zarar

51. Başvurucular, manevi zararları dolayısıyla 30 000 euro (EUR) ödenmesini talep etmişlerdir.

52. Hükümet, ihlalinin tespitinin tek başına, başvuruçuların maruz kaldıkları manevi zarara ilişkin uygun bir tazminat olduğunu, para bakımından tazminin yalnızca sembolik olacağını düşünmektedir.

53. Mahkeme, başvuruçucu şirket bakımından Hükümetin görüşüne katılmaktadır. Bununla birlikte, ihlalinin tespitinin Bay André'nin maruz kaldığı manevi zararı gidermeye yetmediğini düşünmektedir. 41. maddenin gerektirdiği gibi, hakkaniyetle karar vererek, bu amaçla ona 5.000 euro bahşeder.

B. Yargılama giderleri ve masraflar

54. Başvurucular, çıkarlarını savunmak amacıyla yaptıkları masrafların ödenmesini talep etmişlerdir. Yargıtay'da ve Mahkemede davalara için temsilcileri tarafından çıkarılan 14 352 EUR tutarındaki bir faturayı ibraz etmişlerdir (yani avukatlık ücreti olarak 12 000 EUR artı 2 352 EUR KDV).

55. Hükümet, bahşedilecek tutarın 2 000 EURO'yu aşmaması gerektiği kanısındadır.

56. Mahkemenin içtihadına göre, bir başvuruçucu, yargılama giderlerinin ve masraflarının ödenmesini ancak gerçekliklerini, gerekli olarak yapıldıklarını ve oranlarının makul nitelikte olduğunu sabitletiğinde elde edebilir. Ayrıca, eğer Mahkeme Sözleşmenin ihlal edildiğini tespit ederse, başvuruçuya ulusal mahkemeler önünde yaptığı yargılama gideri ve masraflarının ödemesini ancak söz konusu ihlalin bu mahkemelerce önlenmesi ya da düzeltilmesi olduğunda bahşeder. Sahip olunan unsurlar ve sözü edilen kriterler göz önüne alındığında, Mahkeme, 41. maddenin gerektirdiği gibi hakkaniyetle karar vererek, bu amaçla onlara ortak olarak 10 000 EUR bahşeder.

C. Gecikme cezaları

57. Mahkeme, ödeme gününe kadar geçen süre için Avrupa Merkez Bankası'nın uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek faiz oranının uygulanmasını uygun bulmaktadır.

BU NEDENLERDEN DOLAYI MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun *kabul edilebilir* olduğuna;
2. Sözleşme'nin 6 § 1. maddesinin *ihlal edildiğine*;
2. Sözleşme'nin 8. maddesinin *ihlal edildiğine*;

3. a) Davalı Devletin, başvuranlara, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, yüklenebilecek her türlü vergiyle birlikte, Bay André'ye manevi zarar için 5 000 EUR (beş bin euro) ve başvuranlara da ortak olarak 10 000 EUR (on bin euro) *ödemesine*;

b) yukarıda değinilen üç aylık sürenin dolmasından itibaren ödeme gününe kadar geçen süre için Avrupa Merkez Bankası'nın uyguladığı faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek faiz oranının uygulanmasına;

4. hakkaniyetli tazmine yönelik diğer taleplerinin *reddedilmesine* karar vermiştir.

Fransızca olarak hazırlanmış olup, Mahkeme İçtüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddeleri uyarınca 24 Temmuz'da yazılı olarak ilan edilmiştir.

Claudia Westerdiek
Sekreter

Peer Lorenzen
Başkan

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

YASALAR

RG 23 Ekim 2008/27033

- 5804 2009 Yılında İstanbul Şehrinde Yapılacak Beşinci Dünya Su Forumunun Organizasyonu ile Katma Değer Vergisi Kanununa Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun
- 5805 Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 28 Ekim 2008/27038 (Mükerrer)

- 5806 Yükseköğretim Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 10 Kasım 2008/27050

- 5807 Organize Sanayi Bölgeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun
- 5808 Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı ve Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bölge Ofisi Arasında İki Yıllık İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5809 Elektronik Haberleşme Kanunu

RG 22 Kasım 2008/27062

- Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü ve Hissedarı Olduğu Anonim Şirketlerde Görev Yapan Personelin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Kasım 2008/27065

- 5810 Serbest Bölgeler Kanunu ile Gümrük Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 27 Kasım 2008/27067

- 5816 Kuzey Atlantik Antlaşmasına Arnavutluk Cumhuriyetinin Katılımına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 28 Kasım 2008/27068

- 5815 Kuzey Atlantik Antlaşmasına Hırvatistan Cumhuriyetinin Katılımına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 05 Aralık 2008/27075

- 5812 Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5813 Türkiye İstatistik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5814 Avrupa Topluluğunun Rekabet Edebilirlik ve Yenilik Çerçeve Programının (2007-2013) Girişimcilik ve Yenilik Özel Programına Türkiye Cumhuriyetinin Katılımı Konusunda Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Topluluğu Arasında Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun
- 5817 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Litvanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Savunma Sanayii İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5818 Zirai Mücadele ve Zirai Karantina Kanunu ile Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5819 İskân Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 06 Aralık 2008/27076

- 5820 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Birleşmiş Milletler (BM) Gıda ve Tarım Örgütü (GTÖ) Arasında GTÖ Orta Asya Alt Bölge Ofisi Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

RG 07 Aralık 2008/27077

- 5824 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Avrupa Toplulukları Komisyonu Arasında Katılım Öncesi Yardım Aracı (IPA) İle Temin Edilen Yardımın Uygulanması Çerçevesinde Türkiye Cumhuriyetine Sağlanan Avrupa Topluluğu Mali Yardımlarıyla İlgili İşbirliği Kuralları Hakkında Çerçeve Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

TÜZÜKLER

RG 04 Aralık 2008/27074

- 2008/14307 Türk Hava Kurumu Tüzüğü

YÖNETMELİKLER

RG 16 Ekim 2008/27026

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Kadın Araştırmaları ve Uygulamaları Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Kültür Üniversitesi Beyin Dinamiği, Kognisyon ve Karmaşık Sistemler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 17 Ekim 2008/27027

- Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akupunktur Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları ile Bu Tedavinin Uygulanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ambulanslar ve Acil Sağlık Araçları ile Ambulans Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Diyaliz Merkezleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Evde Bakım Hizmetleri Sunumu Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hiperbarik Oksijen Tedavisi Uygulanan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İlkyardım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Madde Bağımlılığı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Optisyenlik Müesseseleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletleri Tip Onay Yönetmeliği
- Nükleer Güç Santrallerinin Güvenliği İçin Tasarım İlkeleri Yönetmeliği
- Nükleer Güç Santrallerinin Güvenliği İçin Özel İlkeler Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği

RG 18 Ekim 2008/27028

- Motorlu Araçlarda Ön Koruma Sistemlerinin Kullanımı Hakkında Tıp Onayı Yönetmeliği (2005/66/AT)
- Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB) Destekleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Ekim 2008/27029

- Afyon Kocatepe Üniversitesi Yabancı Diller Eğitim-Öğretim Araştırma ve Uygulama Merkezi (YAMER) Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme İktisadi Enstitüsü İkinci Öğretim Tezsiz Yüksek Lisans Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Ekim 2008/27030

- Motorlu Araçların Dış Gürültü Emisyonları ve Egzoz Sistemleri ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde (70/157/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Ekim 2008/27031

- Jandarma Genel Komutanlığında Görevli Devlet Memurlarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İç Su Araçları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İl İstihdam ve Mesleki Eğitim Kurulları Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 22 Ekim 2008/27032

2008/14176 Emniyet Genel Müdürlüğüne Ait Araç, Gereç, Mal ve Malzemelerin Satış, Hibe, HEK ve Hurda Durum ve İşlemleri ile Hizmet Satışına Dair Yönetmelik

- Adıyaman Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Akdeniz Üniversitesi Antalya Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Teke Yöresi Halk Kültürü Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ordu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Ekim 2008/27033

- Denizcilik Müsteşarlığı Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Celal Bayar Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine İlişkin Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 24 Ekim 2008/27034

- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Burs-Kredi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Nükleer Güvenlik Denetimleri ve Yaptırımları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Et ve Balık Kurumu Teftiş Kurulu Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Ekim 2008/27035

- Organik Tarımın Esasları ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enerji Kaynaklarının ve Enerjinin Kullanımında Verimliliğin Artırılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Ekim 2008/27036

- Karabük Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Ondokuzmayıs Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Ekim 2008/27037

- Sonradan Kontrol ve Riskli İşlemlerin Kontrolü Yönetmeliği
- Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Arel Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ekim 2008/27038

- Balıkçı Barınakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Acıbadem Üniversitesi Sürekli Eğitim ve Gelişim Merkezi Yönetmeliği

RG 30 Ekim 2008/27039

- Gülhane Askerî Tıp Akademisi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların Bazı Aksam ve Özellikleri ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (97/24/AT)

- Yükseköğretim Kurumları Bilimsel Araştırma Projeleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Ekim 2008/27040

- Kanatlı Hayvan Eti ve Et Ürünleri Üretim Tesislerinin Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Kırmızı Et ve Et Ürünleri Üretim Tesislerinin Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kaçak Petrolün Tespit ve Tasfiyesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Kasım 2008/27041

- 2008/14202 Spor Hizmet ve Faaliyetlerinde Üstün Başarı Gösterenlerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Arasındaki Serbest Ticaret Anlaşmasına İlişkin Eur.1 Dolaşım Sertifikaları Yönetmeliği

RG 02 Kasım 2008/27042

- Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yurtiçi ve Yurtdışı Acele Posta Servisi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Kasım 2008/27043

- Petrol Tankerlerinin Çift Cidar veya Eşdeğer Tasarım Şartlarının Uygulama Esasları ve Kabotajda Çalışan Petrol Tankeri Operasyonlarının Emniyetli Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Kasım 2008/27044

2008/14232 Emniyet Hizmetleri Sınıfı Mensupları Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Şans Oyunları Lisansının Verilmesi, Lisansa Konu Faaliyetlerin Düzenlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitkisel Üretimde Kullanılan Kimyasalların Kayıt Altına Alınması ve İzlenmesi Hakkında Yönetmelik
- Meyve/Asma Fidan ve Üretim Materyali Sertifikasyonu ve Pazarlaması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Afrika Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Kasım 2008/27045

- Emniyet Teşkilatı Bomba İmha Tazminatının Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
- Aksaray Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Aydın Üniversitesi Türkiye Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Aydın Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Aydın Üniversitesi Haydar Aliyev Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Sakarya Üniversitesi Yabancı Dil ve Hazırlık Eğitim-Öğretim Sınav Yönetmeliği

RG 06 Kasım 2008/27046

- Güzel Sanatlar Eğitimi Yönetmeliği
- Yurt Dışında Geçen Sürelerin Borçlandırılması ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik
- Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilim Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Burs Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Kasım 2008/27048

- Kalkınma Ajansları Proje ve Faaliyet Destekleme Yönetmeliği
- Para Piyasası Nakit İşlemleri Aracılığı ile Sağlanacak Finansman Hakkında Yönetmelik
- Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Kasım 2008/27049

- Rüzgâr Enerjisine Dayalı Lisans Başvurularının Teknik Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 10 Kasım 2008/27050

- Ordu Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Hidrojen Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 11 Kasım 2008/27051

- Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik
- Çevre Düzeni Planlarına Dair Yönetmelik

RG 12 Kasım 2008/27052

2008/14229 Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliği

2008/14247 Muhasebe Yetkililerinin Eğitimi, Sertifika Verilmesi ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Subay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uzman Erbaş Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz Edinimine İlişkin Yönetmelik

- Ozon Tabakasını İncelten Maddelerin Azaltılmasına İlişkin Yönetmelik
- Özel Kreş ve Gündüz Bakımevleri ile Özel Çocuk Kulüpleri Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gecekondu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dağıtım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Organize Sanayi Bölgelerinin Elektrik Piyasası Faaliyetlerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Serbest Tüketici Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasasında Dağıtım Sisteminde Sunulan Elektrik Enerjisinin Tedarik Sürekliliği Ticari ve Teknik Kalitesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Kasım 2008/27053

- Sinema Filimlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Kasım 2008/27054

- Devlet Malzeme Ofisi Mal Alımları Denetim, Muayene ve Tesellüm Yönetmeliği
- Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Devlet Malzeme Ofisinden Yapacakları Mal ve Malzeme Taleplerine İlişkin Yönetmelik
- Devlet Malzeme Ofisi Basım Müessesesi Müdürlüğü Satınalma Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Malzeme Ofisi Basım Müessesesi Müdürlüğü Satış Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Malzeme Ofisi Satınalma Yönetmeliği
- Devlet Malzeme Ofisi Satış Yönetmeliği
- Başkent Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 16 Kasım 2008/27056

- Doğuş Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniv. Sağlık Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 17 Kasım 2008/27057

- Ege Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Bilim ve Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Kasım 2008/27058

- Asansör Bakım ve İşletme Yönetmeliği
- Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik
- Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Gümrük Müsteşarlığı Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kimya Mühendisleri Odası Serbest Kimya Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliği

RG 19 Kasım 2008/27059

- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yeditepe Üniversitesi İhtisas, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 20 Kasım 2008/27060

- Beşinci Dünya Su Forumunun Organizasyonu ve Sekreteryasının Harcama, İhale Usul ve Esasları ile Tasfiyesine Dair Yönetmelik
- Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Kasım 2008/27061

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanma Esaslarına Dair Yönetmelik
- Çevre Denetimi Yönetmeliği
- Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Türkiye Doping Kontrol Merkezi (TDKM) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yaşar Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Yaşar Üniversitesi Kuruluş ve Ana Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Kasım 2008/27062

- Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü ve Hissedarı Olduğu Anonim Şirketlerde Görev Yapan Personelin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Kasım 2008/27063

- Namık Kemal Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliği

RG 24 Kasım 2008/27064

- Giresun Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Kasım 2008/27065

- Döner Sermayeli İşletmeler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Türk Standardları Enstitüsü Taşınır ve Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik
- Tütün Mamullerinin Zararlarından Korumaya Yönelik Üretim Şekline, Etiketlenmesine ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adıyaman Üniversitesi Sürekli Eğitim Merkezi Yönetmeliği
- Giresun Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Veteriner Fakültesi Önlisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Kasım 2008/27067

- Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Giresun Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 28 Kasım 2008/27068

- Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı Mal ve Hizmet Alımları ile Yapım İşleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Araçların İmal, Tadil ve Montajı Hakkında Yönetmelik

RG 29 Kasım 2008/27069

- Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Kasım 2008/27070

- Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliği
- Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- İstanbul Bilim Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 01 Aralık 2008/27071

- Sağlık Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Hastanelerinde Klinik Şefi, Klinik Şef Yardımcısı ve Başasistan Kadrolarına Yapıla-

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

çak Atamalarda Uygulanacak Sınavlara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

- PTT Yurtiçi Havale ve Posta Çeki Yönetmeliği
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Öğrenci Kültür-Sanat-Spor Etkinlikleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kastamonu Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Aralık 2008/27072

- Hitit Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 03 Aralık 2008/27073

- Ortez-Protezleri İsmarlama Olarak Üreten ve/veya Uygulayan Merkezler ile İşitme Cihazı Satış ve Uygulaması Yapan Merkezler Hakkında Yönetmelik
- PTT Acentelikleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 04 Aralık 2008/27074

2008/14319 Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği
- Yükseköğretim Kurumlarında Yabancı Dil Öğretimi ve Yabancı Dille Öğretim Yapılmasında Uyulacak Esaslara İlişkin Yönetmelik
- Elektrik Üretim A.Ş. Genel Müdürlüğünün 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları Hakkında Yönetmelik

RG 05 Aralık 2008/27075

- Binalarda Enerji Performansı Yönetmeliği

RG 06 Aralık 2008/27076

- Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Aralık 2008/27077

- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Aralık 2008/27078

- Milli Eğitim Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Aralık 2008/27079

- Özelleştirme İdaresi Başkanlığı Personeli Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 14 Aralık 2008/27080

- İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Aralık 2008/27081

- Süleyman Demirel Üniversitesi Uzaktan Eğitim Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği