

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

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

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

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

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

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

KAYBETTİĞİMİZ TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BAŐKANLARI ANISINA

PANEL

ÖZEL YAŞAMIN GİZLİLİĞİ

AİLE YAŞAMI, KONUT,
HABERLEŞME VE KİŞİSEL
VERİLERİN SAKLANMASI

ANKARA / 18 EKİM 2008

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

YIL: 22

SAYI: 83

TEMMUZ-AĞUSTOS 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
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
yayin@barobirlik.org.tr

ABONE KOŞULLARI

Yıllık Abone Bedeli: 60 YTL.
Abonelik: ABONET, Tel: (0212) 222 72 06 Faks: 222 27 10
www.abonet.net
Abone Dağıtım: Aktif Dağıtım

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312) 215 70 37

Basım Yeri
Şen Matbaa (0312) 229 64 54 - 230 54 50
Özveren Sokağı 25/B Demirtepe - Ankara
www.senmatbaa.com

Basım Tarihi
30.06.2009

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi Yağan

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özok

Av. Cengiz Tuğral

Av. Sitare Sağsen

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

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

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

Prof. Dr. Haluk Günuğur (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.)

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

1. 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Eylül 2002'den itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımına devam etmektedir.
2. Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfayı (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. "Word for Windows" formatında yazılmış olarak, CD ile birlikte A4 boyutunda bir nüsha bilgisayar çıktısı ya da e-posta ile "yayin@barobirlik.org.tr" adresine gönderilmelidir.
Hakem incelemesinden geçirilmesi istenilen yazılar üst yazı ile belirtilmelidir.
Bilgisayar çıktılarında 2 satır aralığı kullanılmalıdır.
Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir. Dipnot numaraları noktalama işaretlerinden sonra kullanılmalıdır. Dipnot ve kaynak verilirken yazar adı ve soyadının sadece baş harfleri büyük harf olmalı, eğer verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak ("") içine alınmalı, sadece eser adı *İTALİK* verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırası ile verilmelidir.
Örneğin: Yazar Adı, "Makale Adı", *Eser Adı*, Xxxx Yay. 2. baskı, Ankara 1999, s. XX.
Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek 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	29	Başkandan
Ali Rıza ÇOBAN	33	Mektupla Oy: Demokrasi İçin Bir Umut mu Yoksa Tehdit mi?
Devrim GÜNGÖR	68	Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi
Güneş OKUYUCU-ERGÜN	73	Ceza Muhakemesinde Tanığın Korunması
Olgun DEĞİRMENÇİ	123	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım
Elvan KEÇELİOĞLU	137	TCK'nın 5. Maddesinin Yürürlüğe Girmesi Karşısında TCK Dışındaki Kanunlarda Yer Alan Dava ve Ceza Zamanaşımını Durduran Nedenlerin Yürürlük Durumu
Fahri Gökçen TANER	155	Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu: Üyelerin Özellikle Doğrudan Doğruya Verdikleri Zararlardan Doğan Sorumlulukları ve Yargı Uygulaması
Tamer BOZKURT	189	Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar
Şafak PARLAK	223	Hukukumuzda Zor ve Silah Kullanma Yetkisi
M. Bedri ERYILMAZ	278	Suç Korkusu ve Etkisinin Nötrleştirilmesi
Ayhan BOZLAK	302	Suç Korkusu ve Etkisinin Nötrleştirilmesi
Mustafa Tören YÜCEL	302	Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği
İzzet BAŞARA	318	Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)
Gülnur ERDOĞAN	353	Yoksulluk Ekseninde Engellilerin Eğitimi
Arzu BESİRİ	375	Türkiye'de ve Yunanistan'da Düzenleyici Kurumlar
Selim ÇAPAR	394	Acil Haklar: Fransa'da Yurttaşların Hukuki Bilgilere Erişimi
Jean-Luc BÉDOS	402	Resmî Belgelere Erişime İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi
Çev.: Alper Can AYKAÇ	413	Yargıtay Kararları
	434	Disiplin Kurulu Kararları
	449	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	463	
	484	Ekler
	502	Kitaplar - Dergiler

GELECEK SAYILARIMIZDA

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargı Harçlarına Bakışı:
Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi
Burak PINAR, Nedim MERİÇ

Fransa'da Askeri Yargı - **Dr. Mustafa TAŞKIN**

Vergi Davalarında Yasal Vekalet Ücretinin Maktu Olması/
Grup İçi Hizmetler ve Gayri Maddi Hakların Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı
Karşısındaki Durumu
Av. Serkan AĞAR

Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı - **Kadir AKTAŞ**

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

Maddi Açıdan İdari İşlemler - **Av. Ahmet Emrah AKYAZAN**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde
Mâkul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı
M. Serhat KAŞIKARA

Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki Yeri ve Önemi
Hüseyin TURAN

3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. Maddesinde Düzenlenen
Açıklama ve Yayımlama Yasağı Suçu
Mehmet TAŞTAN

Bilişim Hukuku Uluslararası Uyuşmazlıklar - **Av. Cankat TAŞKIN**

TTK Tasarısı'nın Sigorta Sözleşmesinin Hükümlerine İlişkin
Maddeleri ile Getirilen Düzenlemelerin Değerlendirmesi
Şamil DEMİR

Tahliye Takiplerinde İhtarlı Ödeme Emrine İtiraz Edilmesi ve
İtirazın İcra Mahkemesince İncelenmesi (İİK m. 269 b)
Av. Talih UYAR

Af Kavramına Genel Bir Bakış - **Hasan DURSUN**

Enerjide Kamu-Özel Sektör Ortaklığı - Avrupa'da Kamu Hizmeti İmtiyazlarının ve
İdari İşlemlerin Sonlandırılması
Kim TALUS, Çev.: Gözde CANTÜRK

Türk Hukuk Devrimi ve Bu Devrimde Ankara Hukuk Mektebi'nin Yeri ve Önemi
Şafak UĞURLU

İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri
Av. Ayşe KILINÇ

editör'den

Anayasa Mahkemesi geçtiğimiz ay içinde 47. Kuruluş Yıldönümü'nü kutlarken, yeni binasına da taşındı. Anayasa Mahkemesi'nin yeni binasının konumu, büyüklüğü, inşa şekli ve görkemli gösterişi yanında, savunma hakkını temsil eden biz avukatları en çok ilgilendiren ögesi Yüce Divan duruşmalarının yapılacağı salonda iddia-savunma eşitliğini sağlayacak bir düzenleme yapılması olmuştur. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri ile bu düşünceye destek veren herkesi içtenlikle kutlarız.

Türk yargısında ilk defa rastladığımız, duruşma salonunda yapılan bu düzenlemenin önemi nerededir?

AİHS'nin 6. maddesi "*adil/düzgün yargılanma hakkı*"nı düzenlemektedir. Bu düzenlemede mevcut ögelerin pek çoğu çok eski yıllardan beri CMUK (şimdiki CMK) ve çeşitli usul yasalarında bulunmaktadır. Ancak birbiri ile iç içe olan iki konu maalesef bugüne kadar ne mevzuatımıza girmiştir. Ne de yargılama hukukumuzun uygulamasında etkin rol oynamaktadır. Bu iki ögenin birincisi, "*hâkim veya mahkeme heyeti ile C. Savcısının birlikteliği*"dir. Bu konuda "*karar aşamasında C. Savcıları mahkeme heyeti ile birlikte bulunmasın*" yolunda genelgeler gönderilmişse de bunun yasal dayanağı görmezden gelinmekte ve uygulama da olmamaktadır. Ancak bu konuda hassas bazı savcıların ara kararı aşamasında bile mahkeme heyetini yalnız bıraktıklarını şahsen bilmekteyiz. İkinci öge iddia ve savunma arasındaki "*silahların eşitliği*" ilkesidir.

Aslında bu ilkenin anlaşılmaz ve bilinmez bir yanı yoktur. İddia ile savunmanın aynı bilgilere ulaşabilmesi ve aynı bilgilerle "*adil*" bir karar oluşturmaya çalışması anlamına gelmektedir. "*Silahların eşitliği*" olmadan "*adillğin*" tesis edilemeyeceğini kabul etmek gerekmektedir. "*Eşitsizlik*", "*bilirkişilerin tarafsız olmayıp, etkin bir şekilde iddia mantığına sahip olması, savunmanın dava dosyasının tamamına erişiminin mümkün olmaması ve savcının gerek ilk derece gerekse de kanun yolları evresinde savunmanın yanıt veremeyeceği mütalaalarda bulunması*"nı tazammun etmektedir.

Öngörülen "*silahların eşitliği*"nin görünüşte de olması yanlış algılamalara neden olunmaması gerekir. Duruşma salonunda savcı ile savunma arasındaki farklılık diğer konularda sağlanacak eşitliği hiç mertebesine indirebilecektir.

Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin öngörüsü ve uygulaması fevkalade önemlidir ve uluslararası standartlarda düşünebilmiş olmalarından dolayı tebriki ve teşekkürü hak etmektedirler.

Saygılarımla.

Teoman Ergül



Yüce Divan Yargılama Salonu

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN
30. GENEL KURULU TOPLANDI;
Av. ÖZDEMİR ÖZOK
YENİDEN BAŞKANLIĞA SEÇİLDİ.
KURULLAR YENİLENDİ.**

TBB Kongre Merkezi'nde iki gün devam eden TBB 30. Genel Kurulu, ikinci gün yapılan seçimle sona erdi.

Kongre'nin ilk günü, Genel Kurul Başkanlığına Ankara Barosu Başkanı Av. V. Ahsen Coşar, İkinci Başkanlığa Denizli Barosu Başkanı Av. Adil Demir, katip üyeliklere Malatya Barosu Başkanı Av. Selahattin Sarioğlu ile Kayseri Barosu Başkanı Cumhuriyet Arıkan seçildiler. TBB Başkanı Av. Özdemir Özok'un açılış konuşmasından sonra delegeler çalışma raporu hakkında konuşmalar yaptılar. Eleştirilere Özok cevap verdi.

Genel Kurul tutanağı çok yakın zamanda kitaplaştırılacak delegelere gönderilecek, ilgi duyanların bilgisine sunulacaktır. 387 delegenin oy kullandığı seçimde, TBB Başkanlığına, 227 oy alan Özok yeniden getirildi. Seçimde Yalova Barosu Başkanı Cemal İnci 141 oy aldı. Aday olmayanlara üç oy çıktı. 16 oy da geçersiz sayıldı. Özdemir Özok, 2005 yılından bu yana TBB Başkanlık görevini yürütmektedir.

Seçimde, TBB yönetim, disiplin ve denetleme kurullarının asil ve yedek üyeleri de belirlendi. Kurullara seçilen arkadaşlarımızın kısa özgeçmişlerini yanda bulacaksınız.

**ANAYASA MAHKEMESİ 47. KURULUŞ
YILDÖNÜMÜ ETKİNLİKLERİ İLE BİRLİKTE
YENİ BİNASINA TAŞINDI**

Anayasa Mahkemesi'nin 47. Kuruluş Yıldönümü ve yeni hizmet binasının açılış töreni yapıldı. Törene Cumhurbaşkanı Abdullah Gül ve Başbakan Recep Tayyip Erdoğan yanında bakanlar ve yargı kuruluşlarının başkan ve üyeleri ile Türkiye Barolar Birliği Başkanı da katıldılar.

**TÜRKİYE BAROLAR
BİRLİĞİ KURULLARINA
SEÇİLENLER
YÖNETİM KURULU**



**TBB Başkanı
Av. Özdemir Özok**

1945 Kahramanmaraş doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1970). Baro Başkan Yardımcılığı (1978-1987) Türk Hukuk Kurumu Sayman Üyeliği (1982-1987). Baro Başkanlığı (1990-1992) TBB Disiplin Kurulu Üyeliği (1993-1997). TBB Genel Sekreterliği (1997-2001). TBB Başkanlığı (2001).



**Başkan Yardımcısı
Av. Berra BESLER**

1967 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu. 1983-1985 yılları arasında İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyeliği ve Genel Sekreterlik yaptı. İstanbul Barosu Staj Eğitim Merkezi kurucuları arasındadır (1996). 2004'te Türkiye Barolar Birliği İstanbul Delegeliğine seçilmiş olup, bu görevi halen devam etmektedir.



Başkan Yardımcısı
Av. Talay ŞENOL

1961 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu. 1975 yılına kadar Almanya'da İş Hukuku tahsili yaptı. 1984-1985 yıllarında Ankara Barosu Yönetim Kurulu, 1990-1992 yıllarında Baro Başkan Yardımcılığı görevlerinden bulundu. Ankara Barosu 2008-2010 dönemi Avukatlık Kanunu Tasarısı Çalışma Komisyonu'nda görev yapmıştır.



Genel Sekreter
Av. Cengiz TUĞRAL

1947 Bursa Yenişehir doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1969). Baro Yönetim Kurulu üyesi. Baro Başkanlığı (1992-1996). TBB Yönetim Kurulu üyesi ve Başkan Yardımcılığı (2001-2008).

Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim Kılıç açılış konuşmasında “*insan onuru*” üzerinde yoğunlaştı. Bu konuda şunları söyledi:

“Anayasamızın Başlangıç bölümünün altıncı paragrafında, “Her Türk vatandaşının bu Anayasa’daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanmak, milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde “ONURLU BİR HAYAT” sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” belirtilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının maddi ve manevi varlığının gelişimini “onurlu bir hayata” bağlayan bu anlayış, üzerinde durulması gereken en önemli anayasal değerlerden biridir.

19. yüzyıla kadar filozoflar ve düşünürlerin çalışmalarında etik bir zorunluluk ifadesi olarak karşımıza çıkan “insan onuru” sanayileşme, sömürgecilik ve ulus devletlerin teşekkülü süreciyle birlikte yaşanan büyük sosyal kırılmaların ardından siyasi bir anlam kazanmaya başlar. İnsan onuruna uygun bir yaşamın ve sosyal koşulların sağlanması bu dönemi ve sonraki dönemleri de etkileyecek bir söyleme dönüşmüştür.

İnsan varlığının ortaya çıkışıyla birlikte, adı konmasa da, tüm insanların zihninde bulunan bu temel değer, devlet gücü kullanan kurum ve kuruluşlara egemen kılınması, başka bir anlatımla, anayasaların bu temel değerle bütünleştirilmesi ancak 20. yüzyılda gerçekleştirilebildi. Bu yüzyıl anayasalarında ve uluslararası belgelerde yer alan insan onuru kavramı bir yandan tarihsel birikimi yansıtırken, diğer yandan bu yüzyılda yaşanan büyük felaketlere karşı bir tepkinin ifadesi oldu.

Fakat yine de, ulusların özgür iradeleriyle kendi anayasalarını ve temel değerlerini ürettikleri demokratik sistemlerinin insan şeref ve haysiyetini tanıması ve korumasının ön şart olduğu gerçeği, ne yazık ki halen tam olarak anlaşılabilmiş değildir.

Çoğulcu bir toplumun, hukukun üstünlüğüne dayalı özgürlükçü demokratik bir yapı olarak varlığını sürdürebilmesi, yargılar, kanaatler, düşünceler ve yaşam biçimi

çeşitliliğine rağmen herkesçe kabul edilen evrensel bâzı değerlere sahip çıkmasıyla olanaklıdır. İşte insan onuru düşüncesi, bu değerlerin başında, toplumsal bilincin bir yansıması ve insan haklarının korunması yönündeki duyarlılığın bir ifadesi olarak algılanmalıdır.

Kuşkusuz, feodal, militarist, teokratik veya sınıfsal üstünlüklere dayalı toplumlarda da özgürlük, eşitlik ve kardeşlik kavramları söz konusu olabilir. Ancak, bu sistemlerde özgürlük yalnızca bazıları için, eşitlik ve kardeşlik ise aynı inanca ya da ideolojik tercihe sahip olanlar arasında mümkündür. Bu anlayışlara karşı yürütülen mücadele günümüz çoğulcu demokrasi düşüncesini yaratan mücadeledir ve bugün bütün yoğunluğuyla devam etmektedir.

İnsan onuru, militarizmin, otoriter ve totaliter anlayışların yarattığı yıkımların ardından dünya milletlerinin ortak irâdesiyle kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin ana eksenini oluşturmaktadır. Beyannamenin ilk maddesinde "tüm insanların özgür; onur ve haklar bakımından eşit" doğduğu kabul edilmektedir. Bu Beyanname 6 Nisan 1949 tarihinde iç hukukumuzda dâhil edilmiştir.

İnsan onuru, hiç kimsenin bir eşya gibi muamele göremeyeceğini, bütünüyle haklardan yoksun bırakılmayacağını, haysiyet kırıcı cezalara ve uygulamalara tâbi tutulamayacağını, işkencenin yasaklandığını ve devamına değer görülme-yen yaşamların sona erdirilmesine izin verilmeyeceğini, kişinin en kıymetli varlık olduğu hakkında hiç kimsenin, hiçbir devlet kurumunun, hangi yüce değer veya çıkar adına olursa olsun tasarrufta bulunamayacağını emreder.

İnsan onuru sadece imtiyazlıların veya itibarlıların onuru değil, insan olma ortak paydasına sahip her varlığın koşulsuz, amasız, fakatsız ya da herhangi bir kurum ya da kuruluş kaydı olmaksızın sahip olduğu temel bir değerdir. Bunda belirli bir cins, etnik yapı, dini inanış, felsefi veya ahlaki âdiyete göre ayırım yapmanın olanacağı yoktur. Onurlu muamele, etnik, dini, ideolojik homojenliğin sağlanması şartına da bağlanamaz. Bu öyle bir değerdir ki, onu lütfetmek hiçbir sistemin veya devlet



**Sayman
Av. Sitare SAĞSEN**

1984 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu. Ankara Barosu Yönetim Kurulu Üyeliğine seçildi, 2004'te Baro Saymanlığı, Staj Kurulu Üyeliği (2002-2003), Staj Kurulu Başkan Yardımcılığı (2003-2004) ve Staj Kurulu Başkanlığı (2007-2009) yaptı.



Üye Av. Kadri Necati MARKOÇ

1967 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu. TBB Delegeliği (1988-1990 / 2002-2010), SEM Yürütme Kurulu Üyeliği (2002-2004) yaptı. Halen "Meslek İlke Kurulları ve Uygulamada Avukat" derslerine girmektedir.



Üye Av. Asude ŞENOL

Bursa Barosu'na kaydoldu (1975), Bursa Belediye Meclis Üyeliği (1977), iki dönem Baro Yönetim Kurulu üyeliği (1983-1988), Bursa Barosu TBB Delegeliği (1998-2000) Baro Başkan Yardımcılığı (2000-2002), Bursa Barosu Başkanlığı (2002-2008) görevlerinde bulundu.



Üye Av. Ahmet GÜREL

1973 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. Yönetim Kurulu Üyeliği, Disiplin Kurulu Üyeliği, 2004-2008 yıllarında iki dönem Baro Başkanlığı görevlerinde bulundu.

düzeninin haddine değildir. Siyasal düzenler bunu yalnızca kabul eder, saygı duyar ve korumayı varlığının temel nedeni görür. Çünkü tek değer ölçütü insandır. Bunun dışında, devlet, sistem, hukuk ve benzeri yapılar insana ve özgürlüğüne hizmet ettikleri, onurunu ayakta tuttukları sürece değerli ve saygıya değer kuruluşlardır. Büyük filozof Kant'ın ifadesiyle, "insan amacın bizatihi kendisidir. Ve hiçbir koşulda amaç için bir araca indirgenemez".

İnsan onuru, ne başkalarının temel hakları gerekçe gösterilerek geçersiz kılınabilir, ne de anayasada veya siyasal yapıda egemen olan "anayasal değerler" gerekçe gösterilerek zayıflatılabilir. Aksine, anayasalarda yer alan normlar insan onurunun ne ölçüde korunduğunun da göstergesidir. Onu zayıflatan kurallara hangi anayasalarda yer verilmişse, bu, yalnızca toplumun özgür iradesinin ürünü olmamasından kaynaklanabilir. Hak ve özgürlüklere ilişkin temel değerler siyasal işleyişin yönünü ve içeriğini de belirler. Çoğulcu demokrasilerde bu temel değerler 1789 Fransız Devriminden beri özgürlük ve demokrasi üzerine kurulu iken, bazı sistemlerde bu felsefeyi devlet kurum ve kuruluşlarını yönlendiren ideolojiler oluşturmuştur.

Bu açıdan bakıldığında, insan onurunun;

- Vücut bütünlüğüne saygı gösterilmesi ve onun korunması,*
- Hukukî ve sosyal eşitliğin tesis edilmesi,*
- İnsani yaşam koşullarının sağlanması,*
- İnsanın kendi öz tercihlerine göre kimliğini ve kişiliğini belirlemesi*

unsurlarıyla somutlaştırılabileceğini söyleyebiliriz. Bu somutlaştırma, temel hak ve özgürlüklerin tarihi gelişim serüvenine de uygun düşmektedir. Aslında bu süreç, Mirandola'nın belirttiği gibi, özerklik amacıyla kendini gerçekleştirme ve kendi kaderine hâkim olma sürecidir.

Hak ve hürriyetlerin "özü" olan insan onurunun devletin değişmez nitelikleriyle olan bağlantıları yaşam-

sal düzeydedir.”

Hizmete açılan Anayasa Mahkemesi binasında Yüce Divan yargılama salonunda iddia ve savunma makamlarının eşit düzeyde bulunması Türk yargılama sistemindeki köklü bir alışkanlığın sonu anlamına gelecek gelişmelerin başlangıcı olacağı kanaat ve umudundayız. Bu konuda **Editör**'den yazımızda geniş açıklamalar bulunmaktadır.

YARGI REFORMU STRATEJİ TASLAĞI SON ŞEKLİNİ ALDI

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan ve ilk defa İngilizce nüshası Oli Rehn'e gösterildiği için yüksek yargı ile TBB ve barolardan yoğun tepki almış bulunan “*Yargı Reformu Strateji Taslağı*”, 8-10 Haziran 2009 tarihleri arasında Kızılcahamam Hakimevi'nde, Adalet Bakanlığı bürokratları ile yüksek yargı (Anayasa, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri İdare Mahkemesi) temsilcileri ile YÖK, Milli Savunma Bakanlığı Askeri Adalet İşleri Başkanlığı TBB ve noterler tarafından tartışıldı.

TBB Temsilcisi olarak toplantıya katılan Av. Teoman Ergül, özellikle “*Adalet Bakanlığı'nın yargı üzerindeki etkisi, hakim-savcı birlikteliği ve silahların eşitliği*” ilkeleri üzerinde durdu.

Toplantı sonunda ilkeler bazında taslak uygun görülmeyle birlikte taslağın geneline ve maddelerin içeriğinde yer alan düzenlemelere ilişkin katılımcı kurumların farklı görüşlerinin saklı tutulduğuna dair bir protokol imzalanmıştır.

7. ULUSLARARASI TÜRKÇE OLİMPİYATLARI İÇİN TÜRKİYE'YE GELEN ÖĞRENCİLER TBB'Yİ ZİYARET ETTİ

7. Uluslararası Türkçe Olimpiyatları için dünyanın 115 ülkesinde Türkçe eğitim verilen okullardan



Üye Av. Mehmet Zeki DURMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu (1973), Antalya Barosu Yönetim Kurulu üyeliği (1980-1990), Adli Yardım Bürosu Başkanlığı ve Genel Sekreterliği görevlerinde bulundu. Üç kez Antalya Barosu Başkanlığı'na seçildi (2002-2006).



Üye Av. Serhan ÖZBEK

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu. Manisa Barosu Başkan Yardımcılığı (1996-2000), Manisa Barosu Başkanlığı (2000-2002) Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulu'nda TBB Temsilciliği yapmış olup, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi üyesi (2005-2009).



Üye Av. M. Turgay BİLGE

Avukatlığa başladı (1993) Konya Barosu Yönetim Kurulu Üyeliği (2004-2008), Konya Barosu CMK, Staj Eğitim Kabul Komisyonu, Turizm İç ve Dış Sermaye Komisyonu, Tüketici Hakları, Rekabet Kurulu Komisyonu, Meslek İçi Eğitim Komisyonu (2004-2006) ve İletişim Basın Yayın Komisyonu, Mevzuat İzleme Komisyonu (2006-2008) görevlerinde bulunmuştur.

DİSİPLİN KURULU



Av. Erdoğan SARUHANOĞLU

1945 Kilis doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1967), Baro Başkanlığı (1984-1988) Baro Disiplin Kurulu üyeliği (1997-2005), Disiplin Kurulu Başkanlığı (2005-2009) görevlerinde bulundu.

Türkiye'ye gelen öğrencileri temsilen bir heyet, 29 Mayıs 2009 tarihinde Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok'u makamında nezaket ziyaretinde bulundu.

Atatürk'ün, gençlere ve çocuklara çok ayrı bir yer verdiğine dikkat çeken Özok, emeği geçen bütün öğretmenlere ve organizasyonu gerçekleştirenlere teşekkür etti.

Türkiye'den güzel anılarla, dostluklarla, unutamayacakları kimi güzelliklerle ayrılmaları temennisinde bulunan Özok; çocuklardan aileleri başta olmak üzere arkadaşlarına, çevrelerine iyi, dostluk, barış dileklerini iletmelerini istedi. Ülkemizde ve bütün dünyada barışın, kardeşliğin, huzurun yerleşmesi konusunda çocukların büyük katkısı olacağına dikkat çeken Özok, daha sonra çocuklara çeşitli hediyeler verdi.

ARNAVUTLUK YÜKSEK MAHKEME BAŞKANI TBB'Yİ ZİYARET ETTİ

Arnavutluk Yüksek Mahkeme Başkanı Shpresa Beçaj 26 Mayıs 2009 tarihinde Türkiye Barolar Birliği'ni ziyaret etti. Ziyarete Yargıtay Başkanı Hasan Gerçeker de katıldı.

AVRUPA KONSEYİ'NDEN BİLGİ EDİNME HAKKINA DAİR YENİ SÖZLEŞME

"Resmi Belgelere Erişime Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi", bilgi edinme hakkı üzerine odaklanan ilk bağlayıcı uluslararası belge olarak 18 ve 19 Haziran 2009 tarihinde Norveç'in Tromsø şehrinde düzenlenen Bakanlar Komitesi toplantısında imzaya açılmıştır.

Bilgi edinme hakkının çoğulcu demokratik toplumlar, şeffaf bir yönetim, yolsuzlukla mücadele, eleştiri hakkı ve yönetimin halk tarafından denetimi için gerekli ve öncelikli bir değer olduğu düşüncesi ile hazırlanan bu Sözleşme; resmî belgelere erişim hakkını ve bu hakkın sınırlarını düzenlemektedir. Sözleşmeye göre sınırlamalar, ulusal güvenlikten, ulusal savunmadan ve

kişilik haklarından ibaret. Bununla birlikte Sözleşme ile resmî belgelere erişim hakkının kullanılması da kolaylaştırılıyor.

Dergimizin bu sayısında Sözleşme metninin çevirisine ulaşabilirsiniz.*

14. PROTOKOL İÇİN KISMİ ÇÖZÜM

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapısını ve davaların kabul edilebilirlik koşullarını değiştiren ve 13 Mayıs 2004 tarihinde imzaya açılan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Protokol'ü, Rusya Federasyonu tarafından onaylanmadığı için hala yürürlüğe giremedi. 14. Protokol için öngörülen bazı değişiklikleri içeren yeni bir değişiklik paketi ile geçici ve kısmi bir çözüm için "Mükerrer 14. Protokol" hazırlandı ve 27 Mayıs 2009 tarihinde imzaya açıldı. Buna göre 14. Protokol'de yer alan tek yargıç kurumu, yeni kabul edilebilirlik koşulu ve Komite'lerin yeni yetkileri Mükerrer 14. Protokol'ü imzalayan sözleşmeciler taraflara karşı AIHM önünde açılan davalar için uygulanabilecek. 1 Ekim 2009 tarihinden itibaren Danimarka, İrlanda ve Norveç için uygulanacak olan Mükerrer 14. Protokolün etkisi, 14. Protokolün yürürlüğe girdiği tarihte, sona erecek.

TÜRKİYE AIHM ÖNÜNDE KADIN VATANDAŞLARINA AYRIMCILIKTAN HÜKÜM GİYDİ

Türkiye'nin AIHM tarafından 36 bin 500 Euro tazminata mahkum edilmesiyle noktalanmış süreç Diyarbakır'da başlamıştır. Nahide Akgün (Opuz), kendisini ölümle tehdit eden, annesini öldüren kocası aleyhine 30 kez koruma talebinde bulunduğu halde koruma kararı alamamıştır. 2002 yılında annesi ile birlikte İzmir'e kaçmaya çalışırken, annesi, eşi Hüseyin Opuz tarafından tabancayla vurularak öldürülmüştür. Bunun üzerine savcılığa başvuran ve eşinden boş-



Üye Av. Ünal ÇANKAYA

1943 Isparta doğumlu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunu (1966). Baro Yönetim Kurulu Üyeliği ve Baro Başkanlığı (2002-2004), Disiplin Kurulu üyeliği (2005-2009) yaptı.



Üye Av. H.Ünsal BİLDİRGEN

1949 Osmancık doğumlu. 1974'te Ankara Barosu'nda avukatlığa başladı. Ankara Barosu Denetleme Kurulu üyeliği ve Türkiye Barolar Birliği Delegeği, Türk Hukuk Kurulu Yönetim Kurulu ve Saymanlığı yaptı.

* Bkz. s. 402.



Üye Av. Kayhan EVREN

1949 İskenderun doğumlu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni 1972'de bitirdi.



Üye Av. M. Nuri KARAHAN

1950 Çanakkale doğumlu. 1976 yılında İstanbul Barosu'nda avukatlığa başladı. İstanbul Barosu Disiplin Kurulu Üyeliği (2002-2006), Tüketici ve Rekabet Hukuku Merkezi Üyeliği, (2006-2008), Medya Hukuku Komisyonu Üyeliği (2006-2008) görevlerinde bulundu.

nan Nahide Opuz, Akgün soyadını almıştır. İç hukuk yollarını 2002 yılında tüketen Opuz, aynı yıl AİHM'ye başvurmuştur. Ömür boyu hapse mahkum olan eski eş 2008 yılında serbest bırakılmıştır.

15 Temmuz 2002 tarihinde AİHM'nin 33401/02 başvuru numarası ile TC vatandaşı Nahide Opuz tarafından, AİHS'nin 34. maddesi doğrultusunda, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılmış olan dava sonucunda, AİHM Üçüncü Dairesi'nin 9 Haziran 2009 tarihli Türkiye'yi kadınları korumaya zorlayan ve mahkum eden kararı ile; Türkiye, aile içi şiddet, kadına karşı ayrımcılık, kadının ikincil konumda olması nedenleriyle, AİHS'nin 2., 3. ve 14. maddelerinden suçlu bulunmuştur.

Özetle, AİHM Üçüncü Dairesi Ceza Dairesi'nce;

- Cezai ve hukuki yasal çözümlerin yetersiz ve etkisiz olduğu, davada uygulandığı şekliyle ceza hukuku sisteminin, davalının gayri kanuni fiillerini önlemekte etkili olmadığı, yasal düzenlemeden kaynaklanan engeller ve mevcut önlemlerin kullanılmamasının hukuk sisteminin engelleyici/önleyici etkisinin sarsılmasına neden olduğu tespitlerinde bulunularak; Ulusal Mahkeme tarafından davacının annesinin yaşam hakkının ortadan kaldırılmasının önlenememesi olarak gösterilen, mağdurenin davranışlarının gerekli koruma tedbirleri almalarını engellediği savının, kabul edilebilir olmadığına ve bu bağlamda AİHS'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;

- Davacının fiziksel ve psikolojik olarak maruz kaldığı şiddetin/işkencenin 3. madde kapsamında değerlendirileceğine kanaat getirilerek, ulusal makamların davacıya karşı bu işkence ve şiddetin tekrarlanmasını önleyici tedbirler alıp almadığı hususu değerlendirilerek, bu konuda AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine, devlet yetkili makamlarının koruyucu tedbirler almakta ihmali olduğuna;

- Bu davayla ilgili olarak ayrımcılığın kanundan değil yerel yetkililerin olaya yaklaşımından kaynaklandığı (Örn: Polis karakollarında maruz kalınan mu-

amele ve zarar görenlere etkin koruma konusunda yargısal pasiflik), mahalli otoritelerin aile içi şiddete göz yumduğu/çözüm bulmadığı ve dolayısıyla Devlet tarafından saptanan iyileştirme yöntemlerinin işlemediği tespit edilerek, devletin kadınları aile içi şiddete karşı koruyamamasının (kasti olmasa da), kadınların kanunlar karşısında eşit korunma hakkının ihlalini oluşturduğuna ve bu bağlamda AİHS'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine

karar verilmiştir.

Böylece, Türkiye'de aile içi şiddetten en çok mağdur olanların kadınlar olduğu, istatistiki verilerin buna ilişkin delil oluşturduğu, genel ve ayrımcı yargısal pasifizmin ise aile içi şiddete ortam hazırladığı gerekçeleriyle Türkiye, aile içi şiddete karşı vatandaşını koruyamadığı gerekçesiyle ceza alan ilk ülke oldu.

Karar diğer Avrupa Konseyi ülkeleri için de emsal karar oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Türkiye'deki gerekli mekanizmaların devreye sokulması için konuyu takip edecektir.

VERGİ DAVALARINDA AVUKATLIK ÜCRETİ MAKTU HESAPLANACAK!

16.06.2009 günü kabul edilen 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 35. maddesine göre 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık Ücret Tarifesi'nin Hazırlanması" başlıklı 168/2 maddesine, birinci cümlesinden sonra gelmek üzere, "Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifele ilgili davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir." cümlesi eklenmiştir.

Mesleğimizi doğrudan ilgilendiren bu değişikliklerle ilgili olarak Av. Serkan AĞAR tarafından kaleme



Üye Av. M. Oktay YALÇIN

1962 Bartın doğumlu. 1983'te İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. Bartın Barosu Genel Sekreterliği (1991-1994), Bartın Barosu Başkan Yardımcılığı (1994-1996), Bartın Barosu Başkanlığı (1996-2002) TBB-İHAUM Danışma Kurulu Üyeliği (2005-2009) görevlerinde bulundu.



Üye Av. İtter YILMAZ

1946 doğumlu olan Yılmaz 1970'te Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. Roma Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doktora yaptı (1974). Kocaeli Barosu Başkanlığı (2004-2006) yaptı. Evli ve bir çocukludur.

DENETLEME KURULU



Av. İrfan AKYÜREK

1948 Ordu doğumlu. İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi mezunu (1973). İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Başkanlığı yaptı. Meslekte 35. Yıl Plaketini aldı (2008).



Av. Mahmut KARATEKİN

1956 Hatay doğumlu. 11 yıl öğretmenlik yaptıktan sonra, 1985'te avukatlığa başladı. Türkiye Barolar Birliği Delegeliği (2002-2004) Ankara Barosu Denetleme Kurulu üyeliği (2004-2006) görevlerinde bulundu.

alınan "Vergi Davalarında Yasal Vekalet Ücretinin Maktu Olması-Sıradışı Bir Yasama Pratiği-" başlıklı çalışma, Dergimizin Eylül-Ekim 2009 sayısında yayımlanacaktır.

TBB DERGİSİ ARŞİVİNE İNTERNET'TEN ERİŞİM

Hukuk yayıncılığında önemli bir yer edinen Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin eski sayılarına TBB Yayın Kurulu'nun ve TBB Bilişim Müdürlüğü'nün birlikte hazırladığı web sitesinden ulaşmak artık mümkün. TBB Yayın Kurulu'nun yayın ilkeleri doğrultusunda, bundan böyle TBB Dergisi'nin arşivi altı sayı yani bir yıl geriden takip ederek internette yayımlanacaktır. TBB Dergisi web sitesinde şu an itibarıyla, 51 ila 77. sayılar mevcut olup, içeriğinde toplam 278 yazar ve 419 bilimsel çalışma bulunmaktadır. Sitede içerik arama seçenekleri de değerli okurlarımıza sunulmaktadır. TBB Dergisi'nin 51'den önceki sayıları, mevcut teknolojik imkanlarla hazırlanmamış olduğundan, bilgisayar ortamına taşındıkça, siz okurlarımızın hizmetine sunulabilecektir.

TBB web sitesi yenilenme sürecinde olduğundan, TBB Dergisi arşivine şimdilik

www.barorirlik.org.tr/yayinlar/dergi

adresinden ulaşabileceksiniz.



Üye Av. M. Mevlüt ÜNLÜ

1950 Zonguldak doğumlu İstanbul Üniversitesi Hukuk fakültesi mezunu (1972), Zonguldak Barosu Yönetim Kurulu Üyeliği (1994-1998), Zonguldak Barosu Başkanlığı (2000-2004) görevlerinde bulundu.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

Haz.: D. Derya Yeşiladalı*

• AVRUPA PARLAMENTOSU SEÇİMLERİ

AB üyesi ülkeleri genelinde, 4-7 Haziran tarihleri arasında parlamento seçimleri yapılacaktır. 27 AB üyesi ülkede 500 milyon Avrupalıyı 736 milletvekili temsil edecektir. Parlamentoda temsilcisi bulunan üç büyük partinin sandalye sayısında fazlaca bir değişiklik olmayacağı tahmin edilmektedir. Partiler arası dağılım şu şekildedir: Avrupa Halklarının Partisi (EPP 284 milletvekili), Avrupalı Sosyalistlerin Partisi (PES 215 milletvekili), Avrupa Liberal Demokratlar İttifakı (ALDE 103 milletvekili). Seçimlerden sonra yeni Parlamento ilk oturumunu Temmuz 2009 da gerçekleştirecektir. EPP'nin çoğunluğu elinde bulunduracağı tahmin edilmektedir.

• KARA PARANIN AKLANMASININ ÖNLENMESİ

Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine İlişkin Üçüncü Direktif'in İngiltere'de uygulamaya konulması ile diğer AB ülkelerine kıyasla, avukatların omzuna büyük bir yük binmiş bulunmaktadır. Şöyle ki; avukatlar ilgili düzenlemeye uyum sağlamak adına İngiliz Hükümeti'nin el koyduğu kara para gelirlerinden daha çok harcama yapmaktadır.

Diğer taraftan, Avrupa Komisyonu 15 Aralık 2007 tarihinde ulusal mevzuata adapte edilmesi gereken Üçüncü Para Aklamanın Önlenmesi Direktifini adapte etmeyen Belçika aleyhine girişim başlatmıştır.

• BULGARİSTAN VE 98/5 SAYILI AB DİREKTİFİ

AB Komisyonu, Bulgaristan'ın 98/5 sayılı Avukatların Kuruluşuna İlişkin Direktif'in uygulanması ile ilgili olarak Bulgaristan aleyhine soruşturma başlatmıştır. Bilineceği gibi anılan dü-

* Av., TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi.

zenleme AB üyesi ülke avukatlarının kendi ülkelerinde aldıkları avukatlık unvanı ile diğer bir AB ülkesinde sürekli olarak avukatlık yapabilmesine olanak sağlamaktadır. Ancak, halihazırda Bulgaristan'da yürürlükte bulunan Avukatlık Kanunu, yabancı avukatlık firmalarına Bulgaristan avukatlık firmalarına tanıdığı hakları tanımamaktadır. Diğer taraftan, Bulgar bir avukata tanıyan avukatlık yapabilme hakkından yararlanmayı milliyet şartına bağlamaktadır. Bu bağlamda, Komisyon Bulgar Hükümeti'ne gönderdiği 19 Şubat 2009 tarihli mektupla AT Antlaşması ile sağlanan "kuruluş serbestisi"nin ve söz konusu Direktif'in ihlal edildiği konusundaki kaygılarını bildirmiştir. Bulgar hükümetine konuya ilişkin yanıtları için iki ay süre verilmiştir.

• İNGİLİZ AVUKATLIK KANUNU

İngiltere ve Galler bölgesinde faaliyet gösteren hukuk büroları 31 Mart 2009 tarihi itibarıyla avukat olmayanları da bürolarına ortak olarak alabileceklerdir. Söz konusu değişiklik 2007 tarihli Hukuk Hizmetleri Kanunu'na getirilen en önemli değişikliktir.

• AYIRIMCILIK HUKUKU

Avrupa Parlamentosu Sivil Özgürlükler Komitesi, kişilerin din, inanç, yaş, cinsiyet ve özürli olup olmamasına bakılmaksızın eşit muameleye tabi olmalarına ilişkin rapor taslağını onaylamıştır. Söz konusu öneri sağlık hizmetleri ile mal ve hizmetler alanında ayırmacılığı yasaklamaktadır.

• İŞ HUKUKU

Çalışma saatlerini düzenleyen Direktif'te yapılması planlanan değişiklikler hala netliğe kavuşmamıştır. Parlamento'dan ve Konsey'den katılan temsilciler 17 Mart tarihinde bir araya gelmişler ve görüşmelerin altı haftada sonuçlanacağı ifade edilmiştir. Altı haftanın sonunda bir anlaşma olmadığı takdirde konu yeniden değerlendirilecek ve yeni bir düzenleme teklifi sunulacaktır.

- **AVRUPA BAROLARI ORTAK BİLDİRİSİ**

Avrupa Birliği üyesi ülkeler baroları CCBE (Avrupa Barolar Konseyi) aracılığı ile bir Bildiri yayımlamışlardır. Bildiride; öncelikle Avrupa Komisyonu nezdinde Yargı(Adalet) Genel Müdürlüğü kurulması talep edilmektedir. Zira günümüzde hukuk/yargı güvenlik, özellikle terörizm ve sığınma gibi konularla irtibatlı bulunmaktadır. Bu doğrultuda, AB tüm üye ülkelerde sanık ve şüphelinin ceza usulü bakımından muhakeme edilme haklarını korumakla yükümlü bulunmaktadır. Bu nedenle, özgürlük ve güvenlik konularında denge sağlanmalıdır. Hazırlanan Bildiri Haziran ayında yapılacak Avrupa seçimleri için hazırlanmıştır.

- **İNGİLTERE VE GALLER: HUKUK YÖNETMELİĞİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Avukatlık Hizmetlerine ilişkin Yönetmeliğin değerlendirilmesinin bir parçası olarak İngiltere ve Galler Barosunca görevlendirilmiş olan Lord Hunt konuyla ilgili olarak avukatların görüşlerine başvurmaktadır. Bu değerlendirme; avukatlık hizmetlerinin, resmi hizmet pazarında ki değişik sektörlerin çok değişik ihtiyaçlarını göz önüne alarak tüketiciler, işletmeler ve avukatlık mesleği için hukuk hizmetlerinin düzenlenmesini sağlamak üzere bir dizi tavsiyeler üretmeyi amaçlamaktadır.

- **İSKOÇ HÜKÜMETİNİN ALTERNATİF İŞ YAPILARI İLE İLGİLİ GÖRÜŞ TALEBİ**

İskoç Hükümeti; 6 Ocak tarihinde, İskoçya'da avukatlık hizmetlerine ilişkin düzenlemeyle ilgili olarak bir kamuoyu yoklaması başlatmıştır. Söz konusu yoklama, İskoçya'da avukatlık hizmetlerinin sağlanması için önerilen ve yeni bir uygulama getirecek olan alternatif iş yapısına ilişkin görüşleri araştırmayı hedeflemektedir. Bu yapı doğrultusunda; duruşmaya girmeyen bir avukat hukuk ve diğer hizmetleri sunan bir şirkette görev yapabilecektir.

Toplumun birçok üyesi şimdiden bu yapılanmaya desteklerini göstermişlerdir.

- **TÜKETİCİ HUKUKU**

Avrupa Parlamentosu 13 Ocak'ta, yanıltıcı ve kıyaslamalı reklamcılık (MCA) ve haksız ticari uygulamalar (UCP) ile ilgili Yönetmeliklerin kabulü, uyarlaması ve uygulaması ile ilgili AB Parlamentosu raporunu kabul etti. Bu raporun yazılış nedeni, bazı AB üyesi ülkelerin konuyla ilgili Direktifleri uygulamada ki başarısızlıkları olmuştur. Parlamento, AB'yi, tüketicilerin hakları ile ilgili bilinçliliklerini arttırmak için büyük çaplı kampanyalar başlatmaya davet etmiştir. Bu bağlamda en belirgin gelişme, her koşulda yasak olması gereken tüketici hareketlerinin "*kara listenin*" oluşturulmasının teklif edilmesi olmuştur. AB Parlamentosu, 12 Haziran 2011'e kadar Avrupa Komisyonu'nun, haksız ticari faaliyetlere ilişkin Direktif'e ilişkin bir ilerleme raporu ibraz etmesini talep etmiştir.

- **BELGELERE ULAŞIM KONUSUNDA
AB KURALLARI**

Bilineceği gibi, AB'de genel olarak şeffaflık ve özel olarak kamunun belge ve kayıtlara ulaşması ise demokrasi ve kanuniliğin gereği olarak görülmektedir. Avrupa kurum ve kuruluşları nezdindeki belgelere ulaşmak birlik vatandaşlarının temel haklarından birisidir. Konuya ilişkin 1049/2001 sayılı Yönetmelik'te bir takım değişiklikler yapılması konusunda öneri verilmiştir. Öneri Cashman Raporu adı ile anılmaktadır. Konuya ilişkin rapor ve değişikliklerin AB İsveç başkanlığı döneminde sonuçlanacağı öngörülmektedir.

- **İNSAN TİCARETİ**

Avrupa Komisyonu 25 Mart 2009 tarihinde insan ticareti kapsamında; çocuk ticareti, çocuklara karşı cinsel taciz, çocuk pornografisi vs. önlemek amacıyla bir düzenleme yapılmasını teklif etmiştir. Söz konusu öneri bu kapsamda suç işleyenlere karşı daha etkin cezai yaptırım getirilmesi ve bu suçtan zarar görenlere daha iyi destek sağlanmasını amaçlamaktadır. Teklif; konuyla ilgili olarak soruşturma, suç tanımları, en az ceza, adli müzaheret

gibi kavramlara tanımlar getirmektedir. Avrupa Parlamentosu yeni yasama döneminde konuyu tartışacaktır.

• ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK

Avrupa Komisyonu 21 Nisan tarihinde yargı yetkisi, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili olan 44/2001 sayılı Yönetmeliğe ilişkin olarak bir Rapor ve Yeşil Kitapçığı kabul etmiştir. Söz konusu Rapor yönetmeliğin geçtiğimiz yedi yıllık uygulamasını irdelerken Yeşil Kitapçık ise olası Yönetmelik değişikliğine ilişkin önerileri sunmaktadır. Rapor özetle; mahkeme kararlarının serbestçe dolaşımının önündeki engellerin kaldırılması, üçüncü ülke vatandaşları davalı/davacı olan Avrupa vatandaşlarının korunması ve yönetmeliğin uygulanması ile ilgili aksaklıkların giderilmesine vurgu yapmaktadır. Rapor, ayrıca tahkim ve mahkeme arasındaki ilişkiyi de incelemektedir. Konuya ilişkin görüşlerin toplanması ve değerlendirilmesinin ardından, Komisyon'un yönetmelik değişikliğine ilişkin önerisini Ekim 2009 da sunması beklenmektedir.

ALMANYA, İNGİLTERE VE İSVEÇ ADLİ YARDIM SİSTEMLERİNE KISA BİR BAKIŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi hükmü uyarınca; Avrupa ülkelerinin tamamı, vatandaşlarının adalete erişimini sağlamakla yükümlüdürler. Bu hakkın, özellikle kısıtlı mali imkanları olanlar ve sosyal yardımlarla geçinenler için, bir şekilde garanti edilmesi gerekmektedir.

Sistemler arası kıyaslama yapılabilmesi için üç Avrupa ülkesinin (Almanya, İngiltere ve İsveç) adli yardım sistemi hakkında kısa bilgiler aşağıda yer almaktadır:

1. ALMANYA

Almanya'da adli yardım talebinde bulunan kişinin bu yardıma hak

kazanması halinde orantılı olarak katkıda bulunması gerekecektir. Söz konusu katkılar borç kapsamında olmaktadır. Adli yardıma hak kazanan, mali durumu imkan verdiği zaman, hak kazandığı yardımı aylık taksitler halinde geri ödemek zorundadır. Geri ödeme en çok 48 ay olabilmektedir.

Hukuk davalarında adli yardımı düzenleyen hukuk usulü kanunu olup, iki ulusal düzenlemenin hukuk usulü kanununda toplanmasıyla oluşmuştur. Ancak bu ulusal düzeydeki düzenleme olup on altı federal eyalet kendi düzenlemelerini yapmakla yükümlü bulunmaktadır. Uygulamada, adli yardımın organize edilmesi, işleyişi ve katkı paylarının tahsili işlemleri mahkemelerin görevi kapsamındadır. Bütün başvurular hakimler tarafından değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, talep halinde bir hakim hem davayla ilgili kararı hem de adli yardımda bulunan kişinin bu yardımı hak edip etmediğine karar vermek durumundadır.

Görüldüğü gibi Almanya'da tek bir ulusal sistemden bahsetmek mümkün değildir. On altı federal eyalet yasa yapma konusunda otonomdur. Bu itibarla, Almanya'da seksenin üzerinde adli yardım bütçesi bulunmakta olup, bütçelerin tümü Adalet Bakanlığınca denetlenmektedir.

2. İNGİLTERE

İngiltere ve Galler bölgesinde geçerli olan adli sistem 1999 tarihli Adalet Erişim Kanunu ile reforma uğramıştır. Yeni adli yardım programına göre, başvuru sahiplerinin de bir katkı payı vermesi söz konusudur.

Sistemin işleyişinden sorumlu bir organ oluşturulmuş olup; Hukuk Hizmetleri Komisyonu (*Legal Services Commission*) olarak adlandırılan söz konusu organ hukuk ve ceza davalarında adli yardımın yönetimi, tahsisi ve gelişmesinden sorumlu bulunmaktadır.

Bir diğer yenilik adli yardım hizmetleri sunucuları ile ilgili bulunmaktadır. Bu kapsamda, sadece Hukuk Hizmetleri Komisyonu ile irtibatlı bulunan hizmet sunucuları adli yardım işi alabilmektedir.

Diğer taraftan, hukuk davaları ile ilgili adli yardım programı ADR(Alternatif İhtilafların Giderilmesi) için de mümkün bulunmaktadır. Bu konu özellikle aile hukuku ile ilgili ihtilaflarda çok

başvurulan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bununla beraber, bazı ihtilaflar adli yardım kapsamında bulunmamaktadır. Örneğin; kişisel zarar/trafik kazaları için avukatla müvekkili arasında “şartlı-ücretsiz sözleşme” yapılabilir.

3. İSVEÇ

İsveç’te adli yardımın en belirgin karakteristiği “sigorta” sistemi olmasıdır. Bu bağlamda, İsveç vatandaşları hukuki harcama sigortası yaptırmakla yükümlüdürler. Bu sistemin istisnaları bulunmakla beraber İsveç’te nüfusun %96 bu konuda sigortası bulunmaktadır.

Bu sistem nedeni ile İsveç’te hukuki gider ve harcamalarda büyük ölçüde azalma gözlenmiştir. Bunun sebeplerinden bir tanesi bundan böyle aile hukuku alanında adli yardım verilmesi, ikincisi ise sözü edilen sigortanın da aile hukukunu kapsamamasıdır. Bununla beraber, aile ile ilgili ihtilaflarda, özellikle boşanma ve ayrılık davalarında, hükümet ücretsiz bir hizmet sunmaktadır.

TBB ULUSLAR ARASI İLİŞKİLER BİRİMİ
NİSAN – HAZİRAN 2009 DÖNEMİ ÇALIŞMALARI

Haz.: D. Derya Yeşiladalı *

Hukuk Eğitimi Yoluyla Barolar Arasındaki Diyalogun Geliştirilmesi Projesi Dönem Faaliyetleri

18 Nisan 2009

Türkiye Barolar Birliği, Avrupa Barolar Konseyi (CCBE), İngiltere ve Galler Barosu, İtalya Barosu, Fransa Barosu'nun ana ortak, İspanya, Polonya ve Avusturya Barolarının iştirakçi ortak olarak yer aldığı; "Hukuk Eğitimi Yoluyla Barolar Arasındaki Diyalogun Geliştirilmesi Projesi" kapsamında üçüncü bölgesel seminer çalışması 18 Nisan 2009 tarihinde Elazığ'da gerçekleştirilmiştir. Bu seminere CCBE Eğitim Komitesi Başkanı Prof. Dr. Julian Lombay ile iki Türk uzmanın katılımı sağlanmıştır. Seminerde; Türkiye, İngiltere, Fransa'da Lisans Eğitimi, Mesleğe Kabul ve Meslek İçi Eğitime Genel Bakış ile CCBE Eğitim Komitesi Çalışmaları değerlendirilmiştir.

11 - 12 Mayıs 2009

Başbakanlık Merkezi İhale Finans Birimi tarafından gerçekleştirilen; "Sivil Toplum Diyalogları Proje Raporlama Teknikleri ve Genel Proje Uygulamaları Eğitimi" toplantısında, TBB tarafından yürütülmekte olan; "Hukuk Eğitimi Yoluyla Barolar Arasındaki Diyalogun Geliştirilmesi Projesi" yapılan oylamada en başarılı ikinci proje seçilmiştir.

21 Mayıs 2009

Aynı Proje kapsamında, proje ana ortaklarından Fransa Barosu tarafından hazırlanan iki adet eğitim DVD'si Proje Ofisine ulaşmış ve bu kapsamdaki çalışmalar başlatılmıştır.

6 Haziran 2009

Proje kapsamında dördüncü bölgesel seminer Denizli Barosu nezdinde gerçekleştirilmiştir. Bir yabancı uzman ile iki Türk uzmanın katıldığı seminerde; "Türkiye, Fransa, İngiltere ve Galler'de Lisans Eğitime, Mesleğe Kabul ile Meslek İçi Eğitime Genel Bir Bakış ile CCBE Eğitim Komitesinin Çalışmalarının Değerlendirilmesi" yapılmıştır.

13 Haziran 2009

Proje kapsamındaki beşinci bölgesel seminer; İtalyan Barosu'ndan bir, Ankara Barosu'ndan iki uzmanın katılımı ile Adana'da gerçekleştirilmiştir. Seminerde; "Türkiye, Fransa, İngiltere ve İtalya'da Lisans Eğitimi ve Mesleğe Kabul ile Meslek İçi Eğitime Genel Bir Bakış ve CCBE Eğitim Komitesinin Çalışmaları Değerlendirilmiştir".

TAIEX – Hukukun Üstünlüğü Semineri

• Avrupa Komisyonu, Genişlemeden Sorumlu Genel Müdürlüğü TAIEX Ofisi tarafından, Birliğimiz, Adalet Akademisi ve Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) koordinatörlüğünde düzenlenen; "Hukukun Üstünlüğü: Adli Makamlar ile Avukatlar İçin Önem ve Anlamı" başlıklı Seminer 4 - 5 Haziran 2009 tarihinde Ankara'da gerçekleştirilmiştir. TBB Başkan Yardımcısı sayın Avukat Talay Şenol'un açış konuşmasını yaptığı seminere; Ankara Barosu ile Hollanda, İngiltere-CCBE, Almanya, Romanya, Polonya, Litvanya ve Macaristan'dan katılan hukukçuların katkı sağlamıştır.

* Av., TBB Avrupa Barolar Konseyi (CCBE) Temsilcisi.

YENİ BİR YÖNETİM GÖREVE GELDİ

Özdemir ÖZOK*

23-24 Mayıs 2009 günlerinde, Türkiye Barolar Birliği 30. Olağan Genel Kurulu, Ankara'da, büyük bir katılımıla kendi tesisimizde yapılmıştır. Genel Kurul sırasında onca yapılan iş orta yerde dururken, sırf muhalefet yapmak için akıl almaz bir biçimde haklı-haksız, gerçek dışı sataşmalara karşın, bana ve ekibime açılan kredi son derece anlamlıdır. Bu destek bizim dört yıllık yeni dönemimiz için en büyük enerjimiz ve gücümüz olacaktır.

Demokrasinin, insan haklarının, hukukun, yargı bağımsızlığının, savunmanın sorunlarının tartışılması yerine, sırf muhalefet yapmak dürtüsüyle, sistemli ve örgütlü bir biçimde genel kurulun huzuruna çıkan üyelere belki de biraz sert kaçan yanıtlarım genel kurulda kalmıştır. Artık yeni bir yönetim ve yeni bir dönem vardır. Haklı ve tutarlı eleştirileri çalışmalarımızda değerlendireceğiz haksız, tutarsız sırf kişisel duygularla ve belirli bir hesaplama yapılan eleştirileri ise genel kurulda yanıtladık ve orada bıraktık. Tüm bunlara verilecek yanıt, işimizi iyi, dürüst, yararlı ve verimli yapmak olacaktır.

Bu Genel Kurul ile birlikte, üçüncü kez benim için anlamlı ve onurlu olan bir sorumluluğu almış bulunmaktayım. Geçen süre asla beni atalete itmeyecek, aksine verilen sorumluluğun ağırlığıyla daha dinamik ve enerjik kılacaktır. Genel Kurul'da hiçbir haklı nedene dayanmadan yapılan acımasız ve dayanaksız eleştirilere karşın, bana ve ekibime güvenen büyük çoğunluğun sorumluluğunu, bu dört yıllık süre içinde hep hissedeceğim.

Bildiğiniz gibi ilk kez görev aldığım 2001 - 2005 dönemi, Avukatlık Kanunu'ndaki büyük değişiklikler nedeniyle barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği yönünden oldukça önemli bir evreyi kapsar. Yasanın ön gördüğü sekiz adet yönetmelik bu dönemde tüm baro temsilcilerinin görüş ve düşünceleri alınarak, demokratik bir yöntemle düzenlemiş-

* Av., Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

tir. Staj kredi, vekalet pulu, sosyal yardımlaşma fonu hep bu dönemin getirdiği yeniliklerdir. Binlerce stajyere kredi verilmesi, onların düzenli bir biçimde takibi, yine aynı şekilde avukat arkadaşlarımızın sağlık ve sosyal sorunlarına çözüm bulmak için oluşturulan sosyal yardım fonu da bu dönemde karşılaştığımız yeni bir uğraş alanı olmuştur. Tüm bunların yanında avukatlık kimlik ve ruhsatnamelerinin Türkiye Barolar Birliği tarafından verilmesi de bu dönemin önemli uğraşlarından olmuştur.

2005 - 2009 döneminde hayalimizde dahi olmayan bir düş gerçekleşti. Ankara Balgat semtindeki Maliye Meslek Lisesi'ne ait arsa, alacağımıza mahsuben takas yapıldı, tapusu bize verildi. İşte ne olduysa ondan sonra oldu, arsanın üzerinde bulunan gecekonduların yıkımı ve tahliyesi başta olmak üzere teknik ve fenni çalışmaları, proje çizim ve kabulü, beğenilen projenin seri, sağlıklı bir biçimde hayata geçirilmesi, kimi meraklı meslektaşlarımızın dikkatli bakışları ve duyarlılıkları arasında başarıyla sürdürülmüştür. Hayatlarında bu kadar büyük paralara imza atmamış yönetim kurulu üyesi arkadaşlarımızın, özveri ve cesareti yaşamımızın hiçbir döneminde unutulmayacaktır. Yaratılan artı değer tamamen bu yiğit ve dürüst arkadaşlara aittir. 17 Nisan 2009 günü kısmi açılışını yaptığımız bu eser avukatlık örgütünün yüz akı olacaktır. Açılışta yaptığım konuşmada da vurguladığım gibi, bu tesis amacına uygun bir biçimde sanat, kültür, demokrasi, insan hakları, hukuk ilke ve kavramlarının sürekli tartışıldığı yer olma yanında, staj ve meslek içi eğitimlerin yapıldığı bir odak haline gelecektir.

Belirtildiği gibi 2001 yılında mesleğimizin kavuştuğu olanaklar nedeniyle mesleğimiz ve barolarımız dolayısıyla Türkiye Barolar Birliği bir evrim geçirdi. Bunun sonucu Ankara, İstanbul, İzmir baroları başta olmak üzere, tüm barolarımız mali yönden güçlendiler. Bu noktada en önemli sorun elde edilen mali olanakların yönetilmesi olmaktaydı. Bu hem barolarımız hem de Birliğimiz tarafından yapıldı ve bir tek kuruluş değer yitirmemesi için özen gösterildi.

Yaşadığımız süreçte bunun en önemli kanıtı, kuşkusuz ilke olarak karşı olduğumuz ve bir gün mutlaka kaldırılacağına inandığımız, Adalet Bakanlığı müfettişlerinin barolar ve Türkiye Barolar Birliği'nde yaptığı teftişler ve incelemelerdir.

Böylece sekiz yıllık iki dönem görev süremizde yeniden yapılanmanın çalışmalarını sürdürdük, bu çalışmalara paralel olarak 2001'de

sekiz kişi ile çıktığımız yolculuğu bugün altmışın üzerinde çalışanımızla sürdürmekteyiz.

TBB yaptığı özverili çalışmalarla özenilen ve takdir edilen bir konuma gelmiştir.

Şimdi yeni bir dönem başlıyor ve bilindiği gibi bu dönem dört yıllık bir süreyi kapsamaktadır. Dört yıl mesleğimiz ve meslektaşlarımız için önemli bir süredir. Bu süreyi tüm tartışmaları, takıntıları ve de eleştirileri geride bırakarak yararlı ve verimli bir dönem olarak değerlendirmek gerekecektir. Ben ve arkadaşlarım buna hazırız ve mutlaka bu yeni dönemi de verimli bir şekilde değerlendireceğiz.

Öncelikle mesleğimizin geleceğini ilgilendiren, staj ve meslek içi eğitim başta olmak üzere, mesleğin tüm yaşanan sorunlarını önümüze alıp sadece Türkiye Barolar Birliği'nin on yöneticisiyle değil, 78 baro ve 70.000'e yaklaşan meslektaşımızla birlikte ciddi, tutarlı ve ısrarlı bir biçimde kovalayacağız.

Hukukun üstünlüğünün ve hukuk devleti kavramının söylemlerde kaldığı, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin sadece anayasa metinlerinde vurgulandığı, hak ve adalet duygusunun toplum belleğinden silindiği, siyaset başta olmak üzere tüm toplumsal ilişkilerin kirlendiği, Cumhuriyet değerlerinin alabildiğine yıpratıldığı, en iyimser yurttaşın dahi yaşananlar karşısında karamsarlığa kapıldığı, kutsal din duygularının acımasızca sömürüldüğü, itaat ve biat kültürünün tutsağı kişilerin özgürlük ve demokrasi havarisi kesildiği, bilimin aydınlık yolunun dışlandığı, ülke bütünlüğünün bölünme eşliğine geldiği, tüm çağdaş kurum ve kavramların acımasızca karalandığı bir karanlık dönemden geçiyoruz. Kuşkusuz bu dönemde ki bireysel ve kişisel sorumluluğumuz çok daha ağır olacaktır.

Anılan nedenlerle 24 Mayıs 2009 günü aldığımız yetkiyle, başta *"hukukun yeniden yapılandırılması"* olmak üzere, yurt ve meslek sorunlarının çözümü yanında, ülkemizin temel sorunlarıyla duraksamadan mücadele edeceğiz.

Bilindiği gibi, 24 Mayıs 2009 günü yapılan seçimler sonrası, yönetim, disiplin ve denetim kurulları yeniden oluşmuştur. Ben dahil 21 kişilik kurullarda sadece dört arkadaşımız görevlerini sürdürmektedir. Diğer arkadaşlarımız görevlerini yeni seçilen arkadaşlara bırakmışlardır. Uzun yıllar sorumluluğu birlikte paylaştığım önceki dönem

kurullarda çalışan arkadaşlarıma ayrı ayrı teşekkürlerimi ve iyi dilekelerimi iletiyorum. Kendilerine emsalsiz katkılarından dolayı ne kadar teşekkür etsek azdır. Hep söylüyorum bir başarı varsa, bunda tüm arkadaşlarımin emeği ve özverili çalışmalarının büyük katkısı bulunmaktadır. Ama tamamen temsile dayalı ve onur verici bir görev olan kurul üyeliklerinde yeni arkadaşların görev alması son derece doğal ve doğru bir yoldur. Bazı arkadaşların bu değişiklikleri farklı algılamasını doğrusu anlamakta güçlük çekiyorum. Aynı yolları izleyerek görev ve sorumluluk alan kimi arkadaşların, aynı yol ve yöntemle seçilen yeni arkadaşların seçimine itiraz etmelerinin hiçbir haklı nedeni ve mantığı olamaz. Zaman tüm bu olumsuzlukların gerçek ilacıdır.

Zamanla, yapılanların asla önyargılı ve belirli bir hesap içinde yapılmadığı anlaşılacaktır. Kendi adıma, yapılan her işlem ve tasarrufu Türkiye Barolar Birliği'nin kurumsal kimliğinin daha güçlenmesi için yaptığımdan hiç kimsenin kuşkusunun olmamasını özellikle belirtirim. Kuşkusuz, bireysel tespit ve değerlendirmelerde farklı yaklaşımlar ve düşünenler olacaktır. Bunları kendi değerlendirmeleri ve tespitleriyle baş başa bırakıyorum. Temel hedef, yurt ve meslek sorunlarını sorgulayan sağlıklı, çözümler üretilmesi yeni ve farklı yaklaşımlar sergileyen, kamuoyunda saygın, güvenilir, sözüne itibar edilir, barolar ve meslektaşlarla bütünleşmiş bir Türkiye Barolar Birliği'dir. Kuşkusuz bunun gerçekleşmesi sadece on yönetim kurulu üyesinin gayret ve çalışmasıyla mümkün değildir. Yeni bir hareket başlatarak 78 baro ve yaklaşık 70.000 avukatla birlikte tüm soruların çözüleceğine inancım tamdır.

Yeni dönemde bu birliktelik ve dayanışma daha da arttırılacak, böylece ülkemizin ve mesleğimizin önünde duran sorunların azaltılması için tüm girişimler yapılacaktır. Bu bizim, birlik yöneticisi olmamızın yanı sıra; sorunlar sarmalıyla kıvranan halkımıza, ulusumuza, insanımıza ve mesleğimize karşı sorumlu aydın, hukukçu ve duyarlı bir yurttaş olmamızın gereğidir.

Bu duygu ve düşüncelerle, hukukun egemen olduğu, herkesin kendisini hukuk güvenliğinde hissettiği gerçek bir hukuk devletinde yaşama umut ve dileğiyle sevgi ve selamlarımı iletirim.

MEKTUPLA OY: DEMOKRASİ İÇİN BİR UMUT MU YOKSA TEHDİT Mİ?

Ali Rıza ÇOBAN*

A. GİRİŞ

Dünyada giderek yaygınlaşan mektupla oy¹ uygulaması ülkemizde yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkından yararlanmasına imkân tanımak amacıyla çıkarılan 13.3.2008 günlü, 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la gündeme gelmiştir. Kanun, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının milletvekili genel seçimi, Cumhurbaşkanlığı seçimi ve halkoylamalarında oy kullanmalarını kabul etmiş ve dört farklı oy kullanma yöntemi düzenlemiştir. Bunlar gümrük kapılarında oy kullanma, sandıkta oy kullanma, mektupla oy kullanma ve elektronik oy kullanma yöntemleridir. Her ülke için bu yöntemlerden hangisinin uygulanacağına ise Dışişleri Bakanlığının görüşünü alarak Yüksek Seçim Kurulu karar verecektir. Yasanın mektupla oya ilişkin hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davası sonucu Anayasa Mahkemesi mektupla oyu düzenleyen kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Mektupla oy uygulaması batılı ülkelerde giderek yaygınlık kazan-

* Yrd. Doç. Dr., Anayasa Mahkemesi raportörü, Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ "Mektupla oy" kavramı bireylerin kendi el yazılarıyla herhangi bir kâğıda oylarını yazarak seçim merkezlerine göndermeleri değil, seçim otoriteleri tarafından özel olarak bastırılarak seçmenlerin adresine gönderilen oy pusulalarının seçmen tarafından işaretlendikten sonra ya bizzat ya da posta yoluyla seçim merkezlerine ulaştırılması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, posta yoluyla seçmenlere ulaştırılan oy pusulalarının tekrar posta yoluyla seçim merkezlerine gönderilmesi söz konusu olduğundan bu uygulamaya "oyun posta yoluyla kullanılması" da denilebilir. İngilizcede bu uygulama için "vote by mail" ya da "postal voting" kavramları kullanılmaktadır.

maktadır. Bu uygulama yalnızca seçim gününde mazereti nedeniyle sandığa gidemeyen seçmenler için değil, giderek isteyen her seçmen için bir seçenek haline getirilmektedir. Hatta sınırlı sayıda da olsa bazı ülkelerde mektupla oy, tek oy verme yöntemi haline getirilmiştir. Bu eğilimin altında yatan temel neden batılı ülkelerde seçimlere katılma oranlarının hızlı bir şekilde düşmesidir. Çok düşük katılım oranlarıyla yapılmış seçimlerin demokratik iradeyi yansıttığını savunmak olanaksızdır. O nedenle seçmeni seçimlere katılmaya özendirerek yöntem arayışlarının bir sonucu olarak mektupla oy yaygınlık kazanmaktadır. Seçim gününde meşguliyeti nedeniyle sandığa gidemeyecek durumda olan seçmenler için oylarını mektupla kullanmak elbette bir kolaylık sağlamaktadır. Ayrıca, mektupla oy kullanmanın bireylere düşünme ve adayları araştırma fırsatı vereceği ve seçim maliyetlerini düşüreceği de mektupla oy taraftarlarının ileri sürdükleri diğer gerekçelerdir. Mektupla oy uygulamasına yöneltilen önemli eleştiriler ise bu yöntemin seçim yolsuzluklarına açık olması, oyun serbestliği ve gizliliğini ihlal etmesi ve seçime katılımı iddia edilen artışı sağlamaktan uzak olmasıdır.

Bu çalışmanın amacı giderek yaygınlık kazanan mektupla oy uygulamasının demokratik katılıma etkisi ve Anayasal seçim ilkelerine uygunluğunu tartışmaktır. İncelemede öncelikle mektupla oya niçin ihtiyaç duyulduğu ve dünyadaki mektupla oy uygulamalarına değinilecektir. Daha sonra mektupla oyun demokratik katılıma etkisi tartışılacak, son olarak Anayasa Mahkemesinin kararı bağlamında mektupla oy uygulamasının anayasal seçim ilkelerine özellikle de gizli ve serbest oy ilkelerine uyumluluğu tartışılacaktır.

B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MEKTUPLA OY

Dünyadaki mektupla oy uygulamalarına kısaca değinmek gerekirse, Anglo-Amerikan ülkelerde bunun daha yaygın bir uygulama olduğu söylenebilir. Bu bağlamda İngiltere, İrlanda, ABD, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda gibi ülkelerde mektupla oy uygulaması giderek yaygınlık kazanmaktadır. Ancak Avrupa Birliği'ne ve Avrupa Konseyi'ne üye bazı ülkelerde de bu uygulamaya yer verilmektedir. Avrupa Konseyi'nin 2003 yılı sonunda yaptırdığı bir araştırmaya ce-

vap veren 30 konsey üyesi ülkeden 19'unda mektupla oy kullanmaya olanak tanındığı tespit edilmiştir.²

Aralarında ülkemizin de bulunduğu 11 ülke ise mektupla oya izin vermediğini bildirmiştir. Bu ülkeler Arnavutluk, Azerbaycan, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Hırvatistan, Kıbrıs Rum Yönetimi, Letonya, Moldova, Polonya, San Marino ve Türkiye'dir.

Danimarka, Finlandiya ve Macaristan ise oy verme gününden önce seçmenlerin yurt içi ve yurt dışında oy kullanmasına izin vermekle birlikte, bu ancak yetkililerin gözetimi altında mümkündür.

Bazı ülkelerde sadece yurt dışında yaşayan seçmenlere mektupla oy kullanma olanağı tanınmıştır. Bu ülkeler Avusturya, Belçika, Bosna Hersek, Estonya, Hollanda, İsveç, Norveç, Slovakya ve Yunanistan'dır. Ancak bu oyun nasıl kullanılacağı her ülkede farklılıklar göstermektedir. İtalya yurt dışında yaşayan seçmenlere yalnızca anayasa değişikliklerine ilişkin referandumlarda ve istişari referandumlarda mektupla oy imkânı tanımıştır. Fransa ise 2003'ten beri sadece Kuzey Amerika'da yaşayan yurttaşları için Yurtdışında Yaşayan Fransız Yurttaşları Yüksek Konseyi seçimlerinde deneme amaçlı mektupla oya izin vermektedir.

Bazı ülkeler ise herhangi bir yer sınırlaması olmaksızın hem yurt dışında hem de yurt içinde yaşayan yurttaşlarına mektupla oy imkânı tanımaktadır. Bu ülkeler arasında Almanya, İspanya, İngiltere, İrlanda ve İsviçre bulunmaktadır. Finlandiya'da ise ülke içinde yaşayan seçmenlere sadece yerel düzeyde (belediye) yapılan referandumlarda mektupla oy kullanma imkânı tanınmıştır. Bu listeye Avusturya'yı da eklemek gerekmektedir. Yapılan yasa değişikliği ile 2007 yılından itibaren Avusturya'da da yurt içinde mektupla oy kullanma olanağı tanınmıştır. Ancak mektupla oyun kimler tarafından, hangi koşullarda ve nasıl kullanılacağı konusunda farklılıklar bulunmaktadır. Mektupla oy konusunda daha detaylı bilgi edinmek için bazı devlet uygulamalarının incelenmesinde yarar vardır. Bu çerçevede ABD, İngiltere, Almanya ve Avusturya uygulamaları ve Avrupa Konseyinin mektupla oya yaklaşımı incelenecektir.

² Venice Commission, *Report on the Compatibility of Remote Voting and Electronic Voting with the Standards of the Council of Europe Adopted by Venice Commission at its 58th Plenary Session 12-13 March 2004* (CDL-AD (2004) 012)

1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde mektupla oy yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. 29 eyalette seçmenler istemeleri halinde herhangi bir mazeret göstermeksizin oylarını mektupla kullanabilmektedirler. 21 eyalette ise mazeret gösteren seçmenler bu olanaktan yararlanmaktadır. Oregon eyaletinde 1998 yılından beri bütün seçimlerde tek oy kullanma yöntemi olarak mektupla oy uygulanmaktadır.³ Washington eyaletinin de 39 şehrinden (County) 37'sinde bütün seçimlerde tek oy kullanma yöntemi mektupla oy verilmesidir.⁴ Mektupla oy uygulamasını federal seçimlerde tüm yurttaşlar için her hangi bir mazerete ihtiyaç olmaksızın isteyen herkesin yararlanabileceği bir seçenek haline getirmek amacıyla Kongre önüne çeşitli yasa tasarıları getirilmiştir.

Mesela, Kaliforniya Milletvekili Susan Davis ve arkadaşları tarafından 5 Ocak 2007 tarihinde verilen ve İçişleri Komitesinin önünde olan yasa tasarısı (H.R. 281, the "Universal Right to Vote by Mail Act") 2002 tarihli Federal Seçim Kanunu'na (Help America Vote Act of 2002) oy hakkına sahip olan herkesin başka hiçbir şarta gerek olmaksızın bütün federal seçimlerde isterse oyunu mektupla kullanmasına olanak tanıyan yeni bir 303A maddesi eklenmesini öngörmektedir. Bu tasarı'nın gerekçesinde bütün eyaletlerde yaşayan bireylerin oy hakkından eşit bir şekilde yararlanması gerektiği, seçim gününde çeşitli nedenlerle sandık başına gidemeyecek olan seçmenlere oylarını kolaylıkla kullanabilecekleri bir seçenek sunulması gerektiği ve mektupla oy uygulamasında, başka oy verme yöntemlerine göre daha fazla yolsuzluk ihtimali olduğuna dair geçerli bir kanıt olmadığı vurgulanmıştır.

ABD'de seçim büroları mektupla oy kullanmak için başvuran seçmenlerin seçmen kütüğünde kayıtlı adresine bir oy paketi göndermektedir. Seçmenlerin bu paketi seçim bürolarından elden alma olanağı da vardır. Seçmenler oylarını kullanarak boş bir zarfa koyarlar ve bu zarfı "güvenlik zarfı" denilen ikinci bir zarfa koyarak bu zarfın üzerine isimlerini yazarak imzalarlar. Bu zarfı postayla ya da elden seçim bürolarına ulaştırırlar. Oyun ismi yazılı kişiye ait olduğu zarfın üzerindeki ve seçmen kütüğündeki imzaların karşılaştırılmasıyla denetlenmektedir.

³ Southwell, Priscilla L., "Five Years Later: A Re-assesment of Oregon's Vote by Mail Electoral Process", *Political Science & Politics* (2004), 37: 89-93.

⁴ *Wikipedia Free Encyclopedia*- vote by mail maddesi.

ABD’de mektupla oy uygulamasının lehinde ve aleyhinde pek çok görüş ve bu görüşleri hayata geçirmek için kurulmuş pek çok örgüt vardır. Lehinde olanların gerekçeleri, seçimlere katılımın artmasına katkısının olması, kolay olması, seçim maliyetlerini düşürmesi ve oyunu kullanacak kişiye geniş düşünme olanağı tanınmasıdır.

Aleyhinde olanların gerekçeleri ise iddia edildiği kadar seçimlere katılımı artırmadığı, kolay ve ucuz olmadığı ve yolsuzluklara açık olduğudur. Mektupla oyun dört tür yolsuzluğa imkân tanıdığı ileri sürülmüştür. **1) Sahte imza ya da hayali kişiler adına imza atma, 2) Oy kullanımını etkileme ya da zorlama, 3) Oy satın alma, 4) Oyların çalınması ya da kaybedilmesi.**

ABD’de bazı büyük oy yolsuzluğu olayları yaşanmıştır. 1997 Miami Belediye Başkanlığı seçimleri ile ilgili olarak Florida Temyiz Mahkemesi mektupla kullanılan 4.740 oyun tamamını sahtecilik nedeniyle iptal etmiş ve seçimi kazandığı ileri sürülen cumhuriyetçi adayın seçimi kazanmadığına demokrat adayın kazandığına karar vermiştir.

2. İngiltere

İngiltere’de mektupla oy uygulaması oldukça eski tarihlere dayanmaktadır. İlk kez 1918 yılında cepheden dönen askerlerin gecikmesi üzerine oylarını mektupla kullanmalarına olanak tanınmıştır. 1985 yılında tatile giden Birleşik Krallık vatandaşlarına mektupla oy kullanma hakkı verilmiştir.

2000 yılında çıkarılan yeni seçim kanunu (Representation of the People Act 2000) ile isteyen yurttaşa oyunu mektupla kullanma hakkı tanınmış ve mektupla oy kullanımının yaygınlaştırılması için pilot uygulamalar yapılması öngörülmüştür. Mektupla oy kullanmak isteyen seçmenler tek bir seçim için, belli bir zaman diliminde yapılacak seçimler için ya da bütün seçimler için mektupla oy talebinde bulunabilirler.

Bu yasaya dayanarak 2004 yılı yerel seçimlerinde ve Avrupa Parlamentosu seçimlerinde pilot dört seçim bölgesinde bütün oylar mektup yoluyla kullanılmıştır. İngiliz Parlamentosu tarafından oluşturulan bağımsız seçim komisyonu pilot uygulamalara ilişkin raporlar hazırlamakla görevlendirilmiştir. Komisyon her seçim bölgesi için ayrı ayrı raporlar hazırladığı gibi, bütün pilot uygulamalar için “*Demokrasinin*

*Hayata Geçirilmesi? Mektupla Oyun Geleceği” (Delivering Democracy? the Future of Postal Voting)*⁵ başlıklı bir rapor hazırlayarak kamuoyuna açıklamıştır.

Bu raporda mektupla oy uygulamasının pek çok farklı boyutlarının yanı sıra bu uygulamaya yöneltilen eleştiriler de değerlendirilmiştir.

Mektupla oy uygulamasına yönelik en yoğun eleştiri bu uygulamanın oy sahteciliğine çok açık olması, oyun gizliliği ve serbestliği ilkelerinin ihlal edileceği yönünde olmuştur. İki büyük kaygı oyun kullanılması sırasında zorla yönlendirmelerin olması ve oy pusulasının zorla alınmasının mümkün olmasıdır. Raporda bazı büyük ailelerde ve sosyal gruplarda mektupla oy kullanımında aile büyüklerinin yönlendirmelerinin etkili olacağı endişesi dile getirilmiş ve bu etkiyi asgari seviyeye indirecek tedbirlerin alınması uyarısında bulunulmuştur. Ancak Raporda iki somut tutuklamanın dışında sahtecilik yaşandığına ilişkin somut kanıt olmadığı vurgulanmıştır.

Raporda başlıca şu önerilere yer verilmiştir;

- İsteğe dayalı mektupla oy (Postal voting on demand) sisteminin büyük bir toplumsal desteğe sahip olduğu ve geliştirilerek ve güvenliği artırılarak uygulanmaya devam edilmesi.
- Yeni bir seçmen kayıt sisteminin uygulamaya geçirilmesi.
- Birleşik Krallık genel seçimlerinde tüm oyların mektupla verilmesi (all-postal Voting) uygulamasına geçilmemesi.
- Yeni bir oy verme sisteminin geliştirilmesi.
- Oy serbestliğinin güvence altına alınması için acilen seçmene baskı yapılmasına ilişkin cezai yaptırımların güncellenmesi ve seçmen kütüğüne kayıta sahteciliğin suç haline getirilmesi.
- Uzaktan oy kullanma yöntemlerinin tamamında seçmenlere seçim öncesi bilgi kartı gönderilmesi, seçmeni bilgilendirecek ev ziyareti, elektronik posta olanaklarının sağlanması ve özür-lü seçmenlere oylarını serbestçe kullanabilme olanağı sağlanması.

⁵ http://www.electoralcommission.org.uk/files/dms/DeliveringDemocracyfinalcomplete_16306-10935_E_N_S_W_.pdf

- Oy güvenliğini sağlamak için oy veren seçmenin oyu ile birlikte kimliğini ve oyunu serbestçe ve gizlilik içinde verdiğini belirten bir beyanname doldurarak oy zarfına koyması ve oy zarfını ve beyannameyi imzalaması.

Rapordaki önerilerin önemli bir kısmı dikkate alınarak 2006 yılında seçimlerin uygulanmasına ilişkin yeni bir yasa çıkarılmıştır (Electoral Administration Act 2006). Bu yasa ile hem seçmen kütüğüne kayıta sahteciliği önleyici yeni tedbirler düzenlenmiş, hem de seçim güvenliğini tehlikeye atanlara yönelik yeni cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Ayrıca İngiltere’de mektupla oy kullananlara, oyunu tek başına ve gizlilik içinde kendisinin kullandığını ifade eden bir beyannameye ismini ve doğum tarihini yazarak imzalaması ve oy zarfı ile birlikte bu beyannameyi ikinci zarfa koyarak seçim komisyonuna göndermesi ilkesi getirilmiştir.

İngiltere’de mektupla oy kullanma seçmenler arasında giderek yaygınlaşmaktadır. 2005 yılında yapılan genel seçimlerde seçmenlerin %12,1’i oylarını mektupla kullanmıştır. Bu oran 2001 seçimlerinde mektupla oy kullananların üç katı daha fazladır.⁶ Ancak bu yöntemin güvenli olmadığı yönünde yaygın bir kanaat vardır. Seçim Komisyonu mektupla oy başvurularının ve mektupla oy pusulalarının işlenmesinde siyasi partiler, adaylar ve seçim görevlilerinin uyması gereken davranış kurallarını belirlemiştir⁷ ve bu kurallar üç büyük parti tarafından imzalanmıştır. Davranış kuralları siyasi partilere, adaylara ve seçim görevlilerine oyun gizliliğini ve oy güvenliğini tehlikeye atacak davranışlardan kaçınmalarını tavsiye etmektedir. Bu çerçevede hiçbir adayın ve görevlinin oyun kullanılmasında seçmene yardımcı olmaması, onun adına oy pusulalarını doldurmaması, oy pusulalarının bizzat seçmen tarafından bireysel olarak ve gizlilik içinde doldurulması, oy zarflarının bizzat seçmen tarafından postaya verilmesi, siyasi partilerin ve adayların bu sürece müdahale etmemesini öngörmektedir.

⁶ <http://www.electoralcommission.org.uk/media-centre/newsreleasecorporate.cfm/news/526> (erişim tarihi 01.05.2008).

⁷ “The Code of Conduct for Political Parties, Candidates and Canvassers about Handling Postal Vote Applications and Postal Ballot Papers”.

3. Almanya

Almanya'da Federal Meclis seçimlerinde 1957 yılından beri mektupla oy verme usulü uygulanmaktadır. Günümüzde eyalet meclisleri seçiminde ve yerel seçimlerde de bu usul geçerlidir. Federal Seçim Kanunu'nun (*Bundeswahlgesetz*) 14. maddesi mektupla oyun geleneksel oy verme yöntemlerine denk olduğu hükmünü içermektedir. Mektupla oyun nasıl kullanılacağı Federal Seçim Kanunu'nun 25. maddesiyle bağlantılı olarak 36. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıntısı ise Federal Seçim Tüzüğü'nün (*Bundeswahlordnung*) 66. maddesinde düzenlenmiştir.

Mektupla oy hakkından yararlanabilmek için seçmenin seçmen kartına (*Wahlschein*) sahip olması gerekmektedir. Ayrıca seçmenin mektupla oy başvurusunda bulunması gerekmektedir. İkametgâh değişikliği sonucu yeni ikametgâhında seçmen kaydı yaptırmamış olanlar, işi, hastalığı, yaşlılığı ya da sakatlığı nedeniyle oy sandığına gitmekte zorlananlar ya da yurt dışında yaşayanlar da mektupla oy kullanma hakkına sahiptir.

Seçmenler oylarını seçim bürosunca gönderilecek özel zarf ile oy verme günü saat 18:00'den önce seçim komisyonuna ulaşacak şekilde geri göndermek durumundadırlar. Mektupla oyun geçerli olabilmesi için oy verenin seçim çevresindeki seçim komisyonu başkanına hitaben kaleme alınmış ve oyun bizzat kendisi tarafından hiçbir tesir altında kalmadan ve gizlilikle kullanıldığını taahhüt eden bir yemin metnini içeren seçim kartını imzalayarak zarfa koyması gerekmektedir. Alman Ceza Yasası'nın 156. maddesine göre yanlış beyanda bulunanlara 3 yıla kadar hapis ya da para cezası verilebilmektedir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi mektupla oy kullanımının Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen serbest ve gizli oy ilkelerine aykırı olduğu iddiasıyla açılan iki ayrı davada ret kararı vermiştir. İlk karar 1967 (BVerfGE 21, 200) ikincisi ise 1981 (BVerfGE 59, 119) tarihlidir.

1981 tarihli karara konu olan olayda 5 Ekim 1980 seçimlerinde Mayen seçim çevresinde seçmenlerin %16'sı mektupla oy kullanmıştır. Federal Meclis, oy verenlerin ya da seçimde görevli memurların Federal Seçim Kanunu'na aykırı hareket ettiklerine dair her hangi bir kanıt olmadığı gerekçesiyle bu oyların geçerli olduğuna karar ver-

miştir. Anayasa şikâyeti üzerine davayı inceleyen Federal Mahkeme Parlamento'nun mektupla oy hakkını tanıırken anayasal yetkileri içinde davrandığını belirterek davayı reddetmiştir. Ancak Mahkeme oy hakkını güvence altına almanın Parlamento'nun ödevi olduğunu belirterek, Yasama organının mektupla oya ilişkin düzenlemeleri seçimin dürüstlüğüne tehdit edecek yeni gelişmelerin olup olmadığı yönünden devamlı gözden geçirmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bunun sonucu olarak seçimlerin serbestliği ve gizliliğini olumsuz yönde etkileyecek suiistimallerin ortaya çıkması halinde yasama organının mevcut düzenlemeleri değiştirme anayasal yükümlülüğü altında olduğu uyarısında bulunmuştur.⁸

4. Avusturya

Avusturya'da Anayasa Mahkemesi 1982 yılında verdiği bir kararında mektupla oyu oyun gizliliği ilkesine aykırı bulmuştur. Ancak 2007 Temmuz ayında gerçekleştirilen seçim hukuku reformuyla Federal devlet sınırları içinde yapılan bütün seçimlerde yurt içinden ve yurt dışından mektupla oy kullanma imkânı getirilmiştir.

Gizli oy ilkesini sağlamak üzere, seçim kartının üzerine oyun kişisel olarak, başkalarınca görülmeden ve etki altında kalmadan kullanıldığına dair yemin beyanının yazılması ve imzalanması şartı getirilmiştir.

Yurtdışında yaşayanların oy kullanması konusunda karmaşık bir prosedür benimsenmiştir. Bazı anayasa hukukçuları bunun gizli oy ilkesi ile ilgili sorunlara yol açacağı düşüncesiyle eleştiride bulunmuşlardır.

Avusturya yeni düzenlemesinde temelde Almanya uygulamasını örnek almıştır.

5. Avrupa Konseyinin Mektupla Oya İlişkin Yaklaşımı

Avrupa Konseyi'nin Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) 18-19 Ekim 2002 tarihli 52. toplantısında "Seçim Ko-

⁸ 59 BVerfGE, 119 (24.11.1981 tarihli karar), Kommers, Donald P., The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, (Duke University Pres, 1997) s. 196.

nularında Uygulanacak İlke Kuralları"nı benimsemiştir. (Code of Good Practice in Electoral Matters), CLD-AD (2002)023.⁹ Bu belge daha sonra Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (Resolution 1320 (2003)), Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi (Resolution 148 (2003)), ve Bakanlar Komitesi (Declaration 13 Mayıs 2004) tarafından da kabul edilmiştir. Bağlayıcı olmamakla birlikte seçimlere ilişkin Avrupa standardını belirleyen ve Sözleşme normlarının yorumunda yol gösterici olan bu belge Avrupa'da hakim olan seçim ilkelerini genel oy, eşit oy, serbest oy ve gizli oy şeklinde ortaya koymaktadır. Komisyon serbest oy ilkesinin seçmenlerin görüş oluşturma ve tercihlerini ifade etme ve seçim yolsuzlukları ile mücadele etme özgürlüğünü içerdiğini belirtmiştir. Seçmenlerin görüş oluşturma özgürlüğü ile ilgili olarak devlet organlarının medya, gösteri yürüyüşleri düzenleme hakkı ve siyasi parti kurulması ve adaylık konularında tarafsız davranması yükümünü içerdiği vurgulanmıştır. Ayrıca adayları seçmenlere sunma, adaylar hakkında seçmeni bilgilendirme ve gerekirse azınlık dillerinde bilgilendirme pozitif yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir. (Guidelines 3.1.a-b)

Seçmenlerin tercihlerini özgürce ifade etme ve seçim yolsuzlukları ile mücadele özgürlüğü çerçevesinde oy kullanma usullerinin basit olması ve seçmenlere her zaman seçim sandığında oy verme olanağı tanınması gerektiği belirtildikten sonra diğer oy kullanma yöntemlerinin şu koşullar altında kabul edilebileceği belirtilmiştir:

Mektupla oya ancak posta servisinin güvenli ve güvenilir olması halinde izin verilebilir; mektupla oy kullanma hakkı yalnızca hastanede yatan, hapishanedeki hükümlülere ve ya hareket kabiliyeti kısıtlı kişilere ya da yurt dışında yaşayan seçmenlere özgülenebilir; yolsuzluk ve oyu etkileme mümkün olmamalıdır (Guidelines 3.2.iii).

Gizli oy ilkesi ile ilgili olarak, oyun gizliliğinin yalnızca bir hak değil aynı zamanda ödev olduğu hatırlatıldıktan sonra buna uyulmaması halinde içeriği açıklanan oyun geçersizlikle cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Oyun bireysel olması gerektiği ve aile oyu ya da bir seçmene başka bir seçmenin oyunu kontrol olanağı veren herhangi bir başka yöntemin yasaklanması gerektiği vurgulanmıştır. Fiilen oy verenlerin listelerinin yayınlanmasının yasaklanması ve oyun gizliliğini ihlal edenlerin cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir (Guidelines 4.a-d).

⁹ [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023-e.asp) .

Açıklayıcı raporda (*Explanatory Report*) ise posta hizmetlerinde görülen problemlere bu tür oylamaların doğasından kaynaklanan aile oyu riski gibi diğer sorunların da eklendiği ülkelerde postayla oyun yaygınlaştırılmaması gerektiği vurgulanmış ve seçim yolsuzluklarını ve baskıları önleyici tedbirler alındıktan sonra yurt dışında yaşayan ya da mazereti nedeniyle seçim gününde sandığa gidemeyecek durumda olanlara oylarını mektupla kullanma olanağı sağlanması gerektiği belirtilmiştir.¹⁰

Oyun gizliliği ile ilgili olarak da, oyun gizliliğinin seçmenleri baskılarının baskısından kurtarmayı amaçladığı ve oyun mutlaka bireysel olması gerektiği ifade edilmiştir. Aile üyelerinden herhangi birisinin diğer üyelerin oylarını kontrol edebildiği sistemlere aile oyu denilmektedir. Aile oyunun ve benzeri uygulamaların mutlaka önlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Venedik Komisyonu, Konsey'in "*Demokratik Kurumların Çalışmasını Sağlamak*" (Making Democratic Institutions Work) başlıklı projesi çerçevesinde bir "*Uzaktan Oy ve Elektronik Oyun Avrupa Konseyi Standartlarına Uygunluğu Üzerine Rapor*" hazırlamıştır. (Report on the Compatibility of Remote Voting and Electronic Voting with the Standards of the Council of Europe) CDL-AD(2004)012.¹¹

Bu raporda diğer oy verme yöntemlerinin yanı sıra mektupla oyun da Avrupa Konseyi standartlarına uygun olup olmadığı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmede iki metin esas alınmıştır. Bunlardan birisi yukarıda bahsedilen "*Seçim Konularında Uygulanacak İlke Kuralları*" diğeri ise "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*"dir. Komisyon bu raporunda yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde mektupla oyun ilkesel olarak Seçim Konularında Uygulanacak İlke Kuralları'na uygun olduğunu, ancak bu uygunluğun tamamen ulusal hukuk düzenlemeleri ve uygulamasının sosyal ve teknolojik koşulları da dikkate alarak öngörülen şartları sağlamasına bağlı olduğunu vurgulamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1. Nolu Protokol'ün "*Serbest Seçim Hakkı*" başlıklı 3. maddesi (P1-3) "*Yüksek Akit Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayaya-*

¹⁰ Explanatory Report, para. 39 [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023-e.asp).

¹¹ [http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD\(2004\)012-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD(2004)012-e.asp).

cak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.” hükmünü içermektedir. Komisyon raporunda mektupla oyun bu hükme uygunluğunu değerlendirirken oyun gizliliğini ihlal eden bir seçimin oyu etkileyebileceği için “*serbest seçim*” olarak nitelendirilmesine olanak olmadığını vurgulamıştır. Ancak P1-3’te yer alan “*serbest seçim hakkı*”nın bu maddede yer alan ilkelere getirilen sınırlamaların kabul edilebilirliği konusunda etkisinin olabileceğini fakat uzaktan oy kullanma yöntemlerinin kabulünün ilkesel olarak bu hakka aykırı olmadığını belirtmiştir (para. 58). Komisyon değerlendirmesinde, ankete katılan 30 Konsey üyesi ülkeden 19’unda bir şekilde resmi memurun gözetimi altında olmaksızın uzaktan oy kullanma yöntemlerinden birisinin kabul edilmiş olduğunu dikkate alarak bu yöntemin P1-3’e aykırı olduğu şeklinde bir Avrupa standardının olmadığını belirtmiştir (para.62). Ancak oyun gizliliğini güvence altına alacak minimum standartların sağlanması gerektiği ve bu minimum standartların belirlenmesinde de karşılaştırmalı hukuktan yararlanılması gerektiği vurgulanmıştır (para. 63). Buna ilişkin olarak da Almanya’da uygulanan ve Federal Anayasa Mahkemesi’nin oyun serbestliği ve gizliliği ilkesine aykırı bulmadığı, oyun bireysel olarak kimse tarafından görülmeden kullanılarak zarfa konulması ve buna ilişkin seçmen tarafından imzalanmış bir yemin metninin oy zarfıyla birlikte gönderilmesi yöntemini örnek göstermiştir.

Sonuç olarak Komisyon bu raporunda, mektupla oyunda dahil olduğu uzaktan oy kullanma yöntemlerinin ilkesel olarak Avrupa Konseyinin ilke ve standartlarına aykırı olmadığını belirtmiştir.

C. MEKTUPLA OYUN DEMOKRATİK KATILIMA ETKİSİ

Mektupla ve diğer uzaktan oy kullanma yöntemleriyle oy verilmesini savunanların ileri sürdüğü temel tez bu yöntemlerin ucuz olduğu ve demokratik katılımı artıracığıdır. Mektupla oy kullanma yönteminin çeşitli nedenlerle oy sandığına gidemeyecek durumda olanların demokratik haklardan yararlanmalarını kolaylaştıracağı kuşkusuzdur. Yaşlılık, özürllülük gibi fiziksel engeli olanların yanı sıra, oy verme gününde ikametgâhına uzak olma ya da yurt dışında bulunma gibi fiili engeli olanlar için mektupla oy kullanma imkânı büyük bir kolaylıktır ve demokratik katılımı artıracaktır. O nedenle bu durumda olanlar için mektupla oy hakkı tanınmasına ciddi bir itiraz yapılmamaktadır.

Çünkü bunun alternatifi bu kişilerin oy hakkından hiçbir şekilde yararlanamamasıdır.

Ancak seçim sandığına gitmesini engelleyecek ya da aşırı zorlaştıracak herhangi bir fiziki ya da fiili engeli olmadığı halde isteyen herkesin mektupla oy kullanmasına olanak tanınması ya da tek oy kullanma yönteminin mektupla oy haline getirilmesi durumunda seçimlere katılma oranını etkileyip etkilemeyeceği konusunda görüşler farklılaşmaktadır.

Elbette bireylerin seçimlere katılmasına etki eden pek çok faktör bulunmaktadır. Bireyin yaşı, siyasete ilgisi, adayları tanınması, seçime katılmanın zamansal ve maddi maliyeti gibi pek çok unsur kişilerin oy kullanmasına etki etmektedir.¹² O nedenle tek başına oy verme yöntemi bireyin seçime katılmasında belirleyici bir etken olmayabilir. Fakat diğer unsurlarla birlikte oy verme yönteminin ve bu yöntemin bireye sağladığı zaman ve parasal tasarrufun bireyin seçime katılmasında önemli bir etkisinin olduğu kuşkusuzdur. Özellikle yurt dışında yaşayan vatandaşlar açısından bu etkinin çok daha fazla olması doğaldır. Çünkü yurt dışında yaşayan bireyler açısından mektupla oyun alternatifi ya sandık kurulması ya da gümrük kapısında oy kullanılmasıdır. Başka bir ülkede yaygın bir şekilde sandık kurmak çoğunlukla maddi olarak mümkün olmayacağından seçmenin sandığa ulaşmak için bazen yüzlerce hatta coğrafyası büyük ülkelerde binlerce km yol kat etmesi gerekebilir. Bunun ise hem zamansal hem de maddi bir maliyeti olacağı kuşkusuzdur.

Yukarıda belirtildiği gibi bazı ülkelerde tüm oyların mektup yoluyla kullanılması yöntemi benimsenmektedir. Bu uygulamanın etkilerine ilişkin olarak da çeşitli ampirik çalışmalar yapılmıştır. Mektupla ya da elektronik oy gibi uzaktan oy kullanma yöntemlerinin geçici olarak seçimlere katılımı artırsa da uzun dönemde katılım üzerinde önemli bir etkisinin olmadığı ya da katılımı çok az etkileyeceğini ileri sürenler vardır.¹³ Bu yaklaşım bazı ampirik verilerle de desteklenmiş-

¹² Rallings, Colin S. and Thrasher, M A M., "Local Electoral Participation", *Parliamentary Affairs* (2003) 56, p.1-16.

¹³ Norris, Pippa "E-Voting as the Magic Ballot?" Robert Schuman Centre for Advanced Studies'de 10-11 Mayıs 2002 tarihinde düzenlenen 'E-voting and the European Parliamentary Elections' başlıklı Workshop için hazırlanan bildiri. Şu adresten indirilebilir: http://ssrn.com/abstract_id=336542

tir. 1995 yılından itibaren Amerika Birleşik Devletleri'nin Oregon eyaletinde seçimlerde yalnızca mektupla oy uygulaması yapılmaktadır. Bu tarihten sonra yapılan pek çok araştırma bu oy yönteminin seçime katılımında önemli oranda bir artış sağlamadığını göstermiştir.¹⁴

2006 yılında İsviçre'de yapılan bir araştırma 1970 ve 2005 yılları arasında İsviçre'nin değişik Kantonlarında uygulanan mektupla oy yönteminin toplam % 43 katılım içindeki etkisinin ortalama % 4,1 olduğunu ortaya koymuştur.¹⁵ Başka bir çalışmada ise nüfusun büyük çoğunluğunun küçük yerleşim yerlerinde yaşadığı kantonlarda mektupla oyun katılıma etkisi çok az iken, nüfusunun büyük çoğunluğu büyük yerleşim yerlerinde yaşayan kantonlarda mektupla oy uygulamasının seçime katılımı önemli ölçüde artırdığını göstermiştir.¹⁶

1 Mayıs 2003 tarihinde İngiltere'de yapılan yerel yönetimler seçimlerinde yapılan 59 seçim bölgesinde yaklaşık altı milyon seçmeni kapsayan pilot uygulamalarda mektupla oyun toplam katılımı % 15 artırdığı tespit edilmiştir.¹⁷ Özellikle yaşlı seçmenler arasında mektupla oy kullanımının yaygın olduğu ve seçimlere katılımın yaşlı seçmenler arasında çok yüksek olduğu görülmüştür. Genç nüfus içinde seçime katılma oranı % 20'ler civarında iken, 60 yaş üzeri seçmenlerde katılım oranının % 75'ler civarında olduğu görülmüştür.

Bu çalışmalar da göstermektedir ki demokratik ülkelerde demokratik katılımı yaygınlaştırmanın bir aracı olarak diğer uzaktan oy verme yöntemlerinin yanı sıra mektupla oy verme yöntemi giderek yaygınlaşmaktadır. Bu yöntem hem seçim masraflarında önemli ölçüde

¹⁴ Southwell, Priscilla L., "Five Years Later: A Re-assesment of Oregon's Vote by Mail Electoral Process" *Political Science & Politics* (2004), 37: 89-93.

¹⁵ Simon Luechinger, Myra Rosinger and Alois Stutzer, "The Impact of Postal Voting on Participation Evidence for Switzerland" *Institute for Empirical Research in Economics, University of Zurich Working Paper Series, Working Paper No. 297, ISSN 1424-0459, (July 2006).* <http://www.iew.uzh.ch/wp/iewwp297.pdf>

¹⁶ Patricia Funk "Social Incentives and Voter Turnout: Evidence from the Swiss Mail Ballot System", *Journal of the European Economic Association* (June 2008) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917770 , Patricia Funk "Modern Voting Tools, Social Incentives and Voter Turnout: Theory and Evidence", www.aeaweb.org/annual_mtg_papers/2007/0107_0800_1401.pdf

¹⁷ Pippa Norris "Will New Technology Boost Turnout? Evaluating Experiments in E-Voting v. All-Postal Voting Facilities in UK Local Elections" *John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Faculty Research Working Papers Series (August 2003)* <http://ssrn.com/abstract=437140>

tasarruf sağlamakta hem de seçimlere katılımı olumlu yönde etkilemektedir. Bu etkinin boyutu ülkeden ülkeye ve farklı yaş ve cinsiyet gruplarına göre farklılık göstermekle birlikte toplamda az ya da çok seçime katılımı artırmaktadır.

D. MEKTUPLA OY YÖNTEMİNİN ANAYASA'YA UYGUNLUĞU

Oy hakkı temel bir insan ve vatandaşlık hakkı olarak Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınmıştır. Buna göre; *"Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir."* (m. 67/3). Bununla birlikte yurt dışında yaşayan milyonlarca yurttaşın bu haktan yararlanmasını mümkün kılacak bir yasal düzenleme uzun yıllar boyunca yapılmamıştır. Uzun süre, yurt dışında yaşayan yurttaşların oy hakkından yararlanmasının tek yolu seçim gününde Türkiye'ye gelerek oyunu burada kullanmaktı. Anayasa koyucu bu sorunu çözmek amacıyla 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu'nun 5. maddesi ile Anayasanın 67/2. maddesinde değişiklik yaparak *"Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler."* hükmünü getirmişti.

27.10.1995 tarih ve 4125 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi ile yurt dışında yaşayan vatandaşlara buldukları ülkelerde oy kullanma hakkı tanınmış, ancak uygulamaya geçirilememiştir.¹⁸ Bu dönemde yalnızca 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 94. maddesi hükmüne göre gümrük kapılarında oy verme uygulaması yoluna gidilmiş ve yurt dışında yaşayan vatan-

¹⁸ **"Geçici Madde 2** – Bu Kanunun yayımından sonra yapılacak ilk milletvekili genel seçimi için yurt dışında mukim vatandaşlarımızın oturdukları ülkelerde oy kullanmaları, serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy açık sayım ve döküm esaslarına göre Yüksek Seçim Kurulunun yönetiminde gerçekleştirilir.

Yüksek Seçim Kurulu bu seçimin gerçekleşmesi için, gerekli gördüğü hallerde uygun gördüğü yurtdışındaki Dışişleri Bakanlığı personelini görevlendirebilir.

Bu seçimler için Yüksek Seçim Kurulunun öngördüğü hususlar Dışişleri Bakanlığınca uygulanır.

Bu seçimlerin yurtdışında gerçekleştirilmesi konusunda fiili veya hukuki herhangi bir engelin veya sair zorunlu hallerin görülmesi durumunda 26.4.1961 tarih ve 298 sayılı Kanunun gümrük kapılarında oy vermeye ilişkin 94 üncü maddesi hükmü uygulanır."

daşlar sadece gümrük kapılarında oy kullanabilmişlerdir.

13.3.2008 tarih ve 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yeni düzenlemeler getirerek yurt dışında yaşayan vatandaşların oy kullanması için farklı alternatif yöntemler öngörmüştür. Yasa dört farklı oy verme yöntemi öngörmüştür. Bunlar, sandıkta oy kullanma, mektupla oy verme, elektronik oy ve gümrük kapılarında oy verme yöntemleridir. Yüksek Seçim Kurulu her ülke için ayrı ayrı bu oy verme yöntemlerinden hangisinin uygulanacağına Dışişleri Bakanlığının görüşünü alarak karar verecektir. Yasa hükmüne göre yurt dışında yaşayan seçmenler milletvekili genel seçimi, Cumhurbaşkanı seçimi ve halkoylamasında oy kullanabileceklerdir.

5749 sayılı Yasa ile Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'a 94. maddeden sonra gelmek üzere yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkını düzenlemek amacıyla 94A, 94B, 94C, 94D ve 94E maddeleri eklenmiştir. 94A maddesi yurt dışında yaşayan seçmenlerin oy kullanmasına ilişkin yöntemleri ve genel hükümleri düzenlemektedir. Diğer maddelerde ise sırasıyla mektupla oy kullanma, sandıkta oy kullanma, elektronik oy ve gümrük kapılarında oy kullanma düzenlenmektedir.¹⁹

¹⁹ *Yurt dışı seçmenlerin oy verme yöntemleri ve genel ilkeler*

Madde 94/A

Yurt dışı seçmenlerin sandık, mektup, gümrük kapılarında oy kullanma veya elektronik oylama yöntemlerinden hangisine göre oy kullanacağına yabancı ülkenin durumuna göre Dışişleri Bakanlığının görüşünü alarak Yüksek Seçim Kurulu karar verir.

Milletvekili genel seçimlerinde, üzerinde Yüksek Seçim Kurulu filigranı bulunan özel imal edilmiş kâğıtlara basılı birleşik oy pusulalarında; sadece seçime katılan siyasi partilerin özel işaretleri, kısaltılmış isimleri ve tam yazı halinde adlarıyla her siyasi parti için ayrılan bölümün altında çapı iki santimetre olan boş bir daire bulunur.

Yurt dışı seçmenler, milletvekili genel seçimi, Cumhurbaşkanı seçimi ve halkoylamasında oy verebilirler.

Yurt dışı seçmenler sadece seçime katılan siyasi partilere oy verebilirler.

Yurt dışında ve yurt dışı temsilciliklerde seçim propagandası yapılamaz.

Yurt dışı seçmenlerin mektupla oy vermesi

Madde 94/B

Yüksek Seçim Kurulu, özel olarak imal ettirdiği oy pusulası ile özel renkte bastırılmış oy zarflarını, Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna gönderir. Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu, arkası kendi mührüyle mühürlenmiş oy pusulası ile oy zarflarını, seçimlerin yapılacağı günün yetmişbeş gün öncesinden seçmenin yurt dışında kayıtlı

olduğu adresine gönderir.

Seçmene oyunu kullanmak üzere gönderilen özel zarflardan, bir köşesi Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunun mührünü taşıyan küçük zarfa oy pusulası konur. Bu zarf, üzerinde “Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu Ankara/TÜRKİYE” yazılı orta boy ikinci zarfa konur ve bu ikinci zarf, üzerinde seçmenin yurt dışı adresi yazılı üçüncü büyük zarfa konur.

Mektubu alan seçmen, üzerinde kendi adresi yazılı zarfı açar, mühürlü küçük zarf içerisindeki oy pusulasında tercih ettiği siyasi parti sütunundaki daireyi veya cumhurbaşkanı seçimi ya da halkoylaması için düzenlenen oy pusulasındaki tercih ettiği bölümü (X) işareti ile işaretler, sadece oy pusulasını küçük zarfa koyar ve zarfı kapatır. Bu zarfı, üzerinde alıcısı “Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu Ankara/TÜRKİYE” adresi yazılı ikinci zarfa koyar ve ağzını kapatıp seçim günü saat 17:00’a kadar Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunda bulunacak şekilde posta ile gönderir.

Mektupların gönderilmesi, güvenliği ve kimlik tespitine ilişkin usul ve esaslar, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü’nün görüşü alınarak Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenir. Posta giderleri Yüksek Seçim Kurulunca karşılanır.

Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna gelen mektup, seçmenin kimliği tespit edilip seçmen kütüğündeki ismi bulunarak işaretlendikten sonra, sandık kurulunca açılır ve içerisinden çıkan oy pusulasının bulunduğu zarf açılmaksızın sandığa atılır. Oy sandığı her gün saat 17:00’da yetkili sandık kurulunca açılır, zarflar oy veren seçmen sayısı ile karşılaştırılır ve uygunluğu tutanakla saptanır. Oy zarfları açılmaksızın tutanağın bir örneği ile birlikte torbaya konularak ağzı mühürlenir ve sandık kurulunca Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna teslim edilir.

Seçim günü saat 17:00’dan sonra gelen mektuplar tutanakla tespit edildikten sonra yakılarak imha edilir.

Seçimin yapıldığı gün saat 17:00’dan itibaren oy torbaları Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunca açılarak sayım, döküm ve birleştirme işlemleri yapılır ve sonuçlar Ankara İl Seçim Kuruluna iletilir. Bu Kurulca da birleştirme tutanağı düzenlenerek Yüksek Seçim Kuruluna gönderilir.

Yurt dışı seçmenler tarafından kullanılan toplam geçerli oy sayısı, Yüksek Seçim Kurulunca Türkiye genelinde kullanılan toplam geçerli oy sayısına ilave edilerek yurt düzeyinde genel oy miktarı ve her partinin ülke genelinde aldığı geçerli oy miktarı bulunur.

Bu şekilde, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 33 üncü maddesine esas teşkil eden toplam oylar bulunmuş olur.

Her seçim çevresinde geçerli toplam oy, Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulundan Ankara İl Seçim Kuruluna gelen toplam oyun diğer seçim kurullarından gelen oylara bölünmesiyle elde edilen oranda artırılır. O seçim çevresinde kullanılan toplam oylarla bu şekilde hesaplanan toplam oy arasındaki fark partilere, Ankara İl Seçim Kurulundan gelen oydaki hisseleri oranında taksim edilir ve elde edilen rakamlar o seçim çevresinde aldıkları geçerli oylara ilave edilir. Böylece Milletvekili Seçimi Kanununun 34 üncü maddesinde belirlenen esas seçim çevresinde kullanılan geçerli toplam oy miktarı ve partilerin aldıkları toplam geçerli oy miktarı bulunur.

Yurt dışı seçmenlerin sandıkta oy vermesi

Madde 94/C

Yurt dışı seçmen kütüğüne kayıtlı bulunan seçmenler, yurt dışı temsilciliklerimizde ve ihtiyaç duyulması halinde yerel makamların uygun göreceği diğer yerlerde kurulacak seçim sandıklarında seçimin yapılacağı günün kırkbeş gün önce-

sinden başlamak üzere seçim gününden önceki yedinci gün saat 17:00'a kadar oy kullanabilirler. Oy kullanma saatleri mahalli saatle 08:00-17:00 arasındadır.

Hangi yurt dışı temsilciliğinde sandık kurulu kurulacağı, oy verme işlerinde görev alacak sandık kurullarının adedi, üyelerinin ve yedeklerinin sayısı ile hangi görevlilerden teşkil edileceği Dışişleri Bakanlığı ile işbirliği yapılarak Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenir.

Sandık kurulu başkan ve üyeleri 70 inci madde hükmüne göre yemin ederek görevlerine başlar.

Sandık kurulları oy verme gizliliğini ve serbestliğini sağlayacak şekilde, yeteri kadar kapalı oy verme yeri hazırlar.

Yüksek Seçim Kurulu, özel olarak imal ettirdiği oy pusulası ile özel renkte bastırılmış oy zarflarını Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna gönderir. Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu, arkası kendi mührüyle mühürlenmiş oy pusulası ve oy zarfları ile diğer seçim araç ve gereçlerini oy verme işleminin başlayacağı günden en geç üç gün önce ilgili yurt dışı temsilciliklerde bulunacak şekilde gönderir.

Seçmen oy vermek için geldiğinde Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını taşıyan nüfus hüviyet cüzdanını veya pasaportunu sandık kurulu başkanına tevdi eder. Oy verme işlemi genel esaslara göre tamamlanır.

Oy verme süresince sandık kurullarınca her gün saat 17:00'da bu Kanunda belirtilen usullere göre sandık açılır. Çıkan oy zarflarının adedi ile oy kullanan seçmen miktarı ve bunların birbirine uygunluğu bir tutanakla tespit edilir.

Her dış temsilcilikte oyları saklamak ve ağzı mühürlü oy torbalarını Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna ulaştırmakla görevli bir komisyon oluşturulur. Komisyonun oluşum şekli Yüksek Seçim Kurulunca belirlenir.

Kapalı oy zarfları açılmaksızın tutanağın aslı ile birlikte bir torbaya konularak ağzı sandık kurulu mührüyle mühürlenir ve muhafaza altına alınmak üzere sandık kurulu başkanınca ilgili komisyona teslim edilir. Oy torbaları komisyon tarafından en seri vasıta ile Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna gönderilir. Tutanağın bir sureti ilgili yurt dışı temsilciliğimizde saklanır.

Komisyonun gelen ağzı mühürlü oy torbaları, seçimin yapıldığı gün saat 17:00'dan itibaren Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunca genel esaslara uygun bir şekilde açılarak sayım, döküm, birleştirme işlemi yapılır ve sonuçlar Ankara İl Seçim Kuruluna iletilir. Bu Kurulda da birleştirme tutanağı düzenlenerek en seri vasıta ile Yüksek Seçim Kuruluna gönderilir.

Yurt dışı sandıklarda kullanılan oyların değerlendirilmesi 94/B maddesinin ilgili hükümlerine göre yapılır.

Yurt dışı seçmenlerin elektronik ortamda oy vermesi

Madde 94/D

Yüksek Seçim Kurulu; 35 inci madde çerçevesinde belirlenen yurt dışında bulunan vatandaşların Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası aracılığıyla elektronik ortamda oy kullanabilmeleri amacıyla gerekli teknik alt yapıyı kurmaya; güvenli oy kullanılabilmesi amacıyla seçmenler için şifre veya benzeri güvenlik tedbirleri ile mükerrer oy kullanılmasını engelleyecek önlemleri almaya yetkilidir.

Yurt dışı seçmenler, seçimin yapılacağı tarihin otuz gün öncesinden başlamak üzere belirlenen süre içerisinde seçim günü Türkiye saati ile 17:00'a kadar elektronik ortamda oy kullanabilirler.

Elektronik ortamda kullanılan oylar, seçimin yapıldığı gün saat 17:00'dan itibaren Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunca tespit edilerek sayım, döküm ve birleştirme

Ana muhalefet partisi meclis grubu tarafından mektupla oy kullanma yönteminin Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla yasanın mektupla oya ilişkin hükümlerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde iptal

işlemleri yapılır ve sonuçlar Ankara İl Seçim Kuruluna iletilir. Bu Kurulca da birleştirme tutanağı düzenlenerek Yüksek Seçim Kuruluna gönderilir.

Elektronik ortamda kullanılan oyların değerlendirilmesi, 94/B maddesinin ilgili hükümlerine göre yapılır.

Yurt dışı seçmenlerin gümrük kapılarında oy vermesi

Madde 94/E

Yurt dışı seçmen kütüğüne kayıtlı bulunan seçmenler seçimin yapılacağı günün yetmişbeş gün öncesinden başlamak üzere seçim günü saat 17:00'a kadar yurda giriş ve çıkışlarında gümrük kapılarında kurulacak seçim sandıklarında oy kullanabilirler.

Yüksek Seçim Kurulu, özel olarak imal ettirdiği oy pusulası ile özel renkte bastırılmış oy zarflarını oy verme gününden en geç üç gün önce ilgili ilçe seçim kurullarında bulunacak şekilde gönderir.

Yüksek Seçim Kurulunca tespit edilecek gümrük kapılarında, oy verme gününden önceki yetmişbeşinci gün saat 08:00'dan oy verme günü saat 17:00'a kadar oy kullanılabilir. Hangi gümrük kapılarında tatil günleri dâhil 24 saat, hangilerinde daha az süreyle oy kullanılabileceğini tespitte Yüksek Seçim Kurulu yetkilidir.

Gümrük kapılarında yapılacak oy verme işleminde görev alacak seçim kurulu ile sandık kurullarının adedi, üyelerinin ve yedeklerinin sayısı ile hangi görevlilerden teşkil edileceği Yüksek Seçim Kurulu tarafından önceden belirlenir.

Sandık kurulları, oy serbestliğini ve gizliliğini sağlayacak şekilde, yeteri kadar kapalı oy verme yeri hazırlar. İlgili idari makamlar sandık kurullarına gerekli her türlü kolaylığı gösterir.

Gümrük kapılarında seçim propagandası yapılamaz.

Gümrük kapılarında seçmen oy vermek için geldiğinde pasaportunu sandık kurulu başkanına tevdi eder. Sandık kurulu başkanı seçmenin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ile adını, soyadını, baba adını, yaşını ve pasaport numarasını tespit eder. Seçmen, sandık kurulu mührüyle mühürlenmiş olan oy pusulası ve oy zarfı ile "Evet" veya "Tercih" yazılı mührü alarak oyunu kullanmak üzere kapalı oy yerine girer.

Oyunu genel esaslara göre kullanan seçmenin pasaportunun Yüksek Seçim Kurulunca belli edilen yerine "oyunu kullanmıştır" diye bir ifade yazılır ve sandık kurulu mührüyle mühürlenerek başkaca imzalanır. Oyunu veren seçmene çizelgede isminin bulunduğu yer imzalatılarak oy verme işlemi tamamlanır.

Oy verme süresince sandık kurullarının değişikliği sırasında Kanunda gösterilen usulde sandık açılır, çıkan oy zarflarının adedi ile oy kullanan seçmen miktarı ve bunların birbirine uygunluğu bir tutanakla tespit edilir.

Oy zarfları ve tutanağın bir sureti bir torbaya konularak ağzı mühürlenir ve muhafaza altına alınmak üzere sandık kurulu başkanınca ilgili seçim kuruluna teslim edilir.

Seçimin yapıldığı gün saat 17: 00'dan itibaren sandık ve torbalar genel esaslara uygun bir şekilde açılarak sayım ve dökümü yapılır ve sonucu Yüksek Seçim Kuruluna en seri vasıta ile bildirilir.

Gümrük kapılarında kullanılan oyların değerlendirilmesi, 94/B maddesinin ilgili hükümlerine göre yapılır.

davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi 29.5.2008 tarihli kararıyla mektupla oya ilişkin hükümleri iptal etmiştir. Bu bölümde Mahkeme'nin iptal kararı incelenecektir.

İptali istenilen hükümler 5749 sayılı Yasa'nın 10. maddesi ile 298 sayılı Kanun'a 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen 94/A maddesinin birinci fıkrasındaki "mektup" ibaresi ile 94B maddesidir.

Dava dilekçesinde bu hükümlerin Anayasa'nın 2, 11, 67, ve 79. maddelerine aykırı olduğu öne sürülmüştür. Buna göre *mektupla oya* ilişkin düzenlemeler Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan *seçimlerin serbestliği* ve *gizliliği* ilkelerine ve 79. maddede yer alan *seçimlerin dürüstlüğü* ilkelerine aykırıdır. Ayrıca bu hükümlere aykırı bir yasa hükmü Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan *hukuk devleti* ilkesi ve 11. maddede yer alan *Anayasanın üstünlüğü* ilkesi ile de çelişmektedir.

Anayasa'ya aykırılık savı Türk toplumunun yapısına ve Türk seçmenlerin davranışlarına ilişkin sosyolojik bir öngörüye dayandırılmıştır. Buna göre yurt dışında yaşayan Türk seçmenler oy verme gününden yetmiş beş gün önce adreslerine posta yoluyla gönderilen oy pusulası ile oylarını kullanacaklarından hem aileleri hem de çevrelerinin baskısıyla karşılaşabileceklerdir. Ataerkil hemşerilik ilişkileri ya da dinsel aidiyet ilişkileri nedeniyle çevre baskısı altında kalan bireylerin oylarını serbestçe kullanmasına olanak yoktur. O nedenle mektupla oy uygulaması *seçimlerin serbestliği* ve *serbest oy* ilkelerine aykırılık oluşturur.

Bu sav dava dilekçesinde şu şekilde temellendirilmiştir:

"İptali istenen kuralın getirdiği düzenlemeye göre ise, yurt dışındaki seçmen yetmiş beş gün öncesinde başlayan bir süreç içinde kendisine mektupla zarf içinde gönderilen oy pusulası ile oyunu kullanacaktır. Bu şekilde oyunu kullanacak olan bir seçmenin; tek başına ve toplum dışı bir yaşam sürdürdüğü varsayılamayacağından maddi ve manevi her türlü etkileşime açık olduğu kuşkusuzdur. Mektupla oyunu kullanacak seçmenin, her şeyden önce birlikte karar verme isteğinin yönlendirmesiyle aile içi manevi bir baskı altında kalmasının öncelikli bir olasılık olduğu tartışmasızdır.

Mektupla oy kullanacak seçmen, aile baskısı dışında içinde bulunduğu çevrenin de her türlü baskısı altında kalabilecektir. Bu bağlamda 'mahalle' içindeki çoğulcu potansiyel görmezlikten gelinemeyeceği gibi dini baskı da göz ardı edilemez.

Kamusal alandan ve siyasal süreçten Anayasal ve yasal kurullarla 'dışlanan' din olsun, feodal (hemşerilik, akrabalık) ilişkileri olsun, komşuluk ilişkileri olsun gündelik yaşamda kişinin içinde gömülü bulunduğu topluluk içinde ortaya çıkan ve kişiyi şekillendirici bir boyutu olduğu yadsınamaz.

'Aynı memleket, şehir, köy vb. yerden olan kimse' (Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, 1973:773)'ye hemşeri denir. Toplumumuzda akrabalık ilişkileri gibi, hemşerilik ilişkileri de çok yaygındır. Anadolu'dan İstanbul, Ankara, İzmir'e göç eden ya da yurt dışında çalışmaya giden bir kişi, akrabalık ve hemşerilik bağlarından faydalanmaktadır. Özellikle yurt dışına çalışmaya gidenler, yabancılık duygusunun da etkisiyle hemşerileri ve Türk komşularıyla sıkı bir bağ kurmakta ve buradan da kaçılmaz bir sonuç olarak karşılıklı etkileşim doğmaktadır.

Terör örgütleri, hemşerilik ilişkilerinden de en iyi şekilde yararlanmaktadır. Yurt dışında kendini yalnız hisseden insanlarımıza ve özellikle de gençlerimize "hemşerim" sözcüğünün çağrıştırdığı anlamlar çerçevesinde yaklaşmaktadırlar.

Ülkemizde faaliyet yürüten terör örgütleri, eleman kazanmada sosyal yöntemlerin yanı sıra, psikolojik yöntemleri de kullanmaktadır. Bu çerçevede, arkadaş ilişkisi, akraba ilişkisi, hemşerilik, sosyal ve kültürel faaliyetler ve dini değerleri kullanarak bireylerin fizyolojik, psikolojik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bir grubun içerisine çekmektedirler. Grubun içerisine çektikleri bireylerin tutumlarında, örgütün ideolojisi doğrultusunda gerekli değişikliği yapmakta, algılama dünyalarına nüfuz etmekte, bilinçaltı oluşturmakta ve bütün bunlarla birlikte bireye, istediği siyasi kimliği ve kişiliği kazandırmaktadırlar.

Oryantalizmin yani Doğuculuğun etkisi altındaki demokrasilerde, ismen var olan fakat içeriği doldurulmayan bir sistem, gözümüze çarpmaktadır. Bu sistemde bireye haklarının ne olduğu konusunda bilgi verilirken birey bu haklarını; şeyhlerin, tarikat liderlerinin çizdiği sınırlar içerisinde kullanabilmektedir. Yani demokrasi kavramına dinin müdahale ettiğini ve özellikle de bu müdahalenin yurt dışında ağırlık kazandığını gözlemlemekteyiz".

Görüldüğü gibi dilekçede yer verilen sav tamamen sosyolojik bir öngörüye dayandırılmıştır. Buna göre Türk seçmenler özellikle de yurt dışında yaşayanlar ailelerinin ve sosyal çevrelerinin etkisiyle ve hatta baskısıyla oylarını kullanacaklardır. Bu baskı mektupla oy verme yönteminde daha açık bir şekilde ortaya çıkacaktır. Bu ise Anayasa'nın

belirlediği seçim ilkelerine aykırılık oluşturur.

Anayasa Mahkemesi 17.5.2008 tarihli kararında mektupla oya ilişkin düzenlemeleri Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan serbest ve gizli oy ilkelerine aykırı bularak iptal etmiştir.²⁰ Mahkeme kararında serbest ve gizli oy ilkelerini tanımladıktan sonra *"Devletin, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy verme haklarını kullanabilmelerini sağlarken Anayasa'da belirlenen seçim ilkelerine uygun ve uygulanabilir nitelikteki tedbirleri alması gerekir. İptali istenilen yasa kurallarında öngörülen mektupla oy kullanma yöntemi, seçmenin oyunu kullanırken aile üyelerinden ve sosyal çevresinden gelebilecek her türlü etkiye açık olması nedeniyle seçmenin iradesini korumaya elverişli bulunmamaktadır. Seçimin serbestliği ilkesi, seçmenin oyunu her türlü etkiden uzak ve gizlilik içinde kullanmasının tam olarak güvence altına alınması halinde gerçekleştirilebilir. Bu güvencenin ise kuralda öngörülen mektupla oy verme yöntemi ile gerçekleştirilmiş olduğundan söz edilemez. Bu nedenle seçim için aranan serbestlik ve gizlilik ilkelerini sağlamaya elverişli bulunmayan mektup yöntemiyle oy kullanılmasına ilişkin yasa kuralları Anayasa'nın 67. maddesine aykırıdır."* sonucuna ulaşmıştır.

Mahkemenin dört üyesi²¹ ise farklı gerekçeyle 67. maddeye aykırılık sonucuna katılmıştır. Bu üyelerin görüşüne göre *"298 sayılı Yasa'ya 5749 sayılı Yasa ile eklenen 94/A maddesindeki "mektup" sözcüğü, kararda belirtilen nedenlerle Anayasa'ya aykırı bulunarak, mektupla oy kullanmanın her halde Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı sonucuna varılmış ise de serbest oy ilkesine uygun daha güvenli diğer yöntemlerin uygulanamadığı durumlarda, Anayasa'ya aykırılık gerekçesi gözetilerek yeni düzenleme yapılmasına Anayasal engel bulunmamaktadır."* Farklı gerekçe yazan üyeler ilkesel olarak mektupla oy uygulamasının gizli ve serbest seçim ilkelerine aykırı olmadığını, ancak mevcut düzenlemenin serbest ve gizli oy ilkesini ihlal ettiğini dile getirmektedirler.

Bu görüşte olan üyelerin 94A maddesindeki *"mektup"* ibaresinin anayasaya aykırılığı savına ret oyu kullanmaları her ne kadar bu farklı oy gerekçesine daha uygun gözükse de, bu üyelerin 94A ve 94B maddelerini ayrı hükümler olarak değil, tek bir düzenleme şeklinde de-

²⁰ AYMK, E:2008/33, K:2008/113 sayılı ve 29.5.2008 tarihli karar, Resmi Gazete Tarih 5.7.2008, Sayı 26927.

²¹ Bu üyeler Haşim Kılıç, Sacit Adalı, Fulya Kantarcıoğlu ve Serruh Kaleli'dir. Bkz. AYMK, E:2008/33, K:2008/113 sayılı ve 29.5.2008 tarihli karar.

ğerlendirdikleri anlaşılmaktadır. Bu farklı gerekçeden aynı zamanda Mahkeme çoğunluğunun görüşünün mektupla oy uygulamasının ilkesel olarak Anayasa'ya aykırı olduğu ve hiçbir şekilde mektupla oya izin verilemeyeceği yönünde olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak Mahkeme kararının bu kesinlikte olmadığı söylenebilir.

Öncelikle ilkesel olarak mektupla oyun Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirdikten sonra 94B maddesindeki düzenlemenin seçimin gizliliği, serbestliği ve dürüstlüğü ilkelerine uygun olup olmadığı incelenmelidir.

1. Mektupla Oy Seçimin Serbestliği, Gizliliği ve Dürüstlüğü İlkelerine Uygun Mudur?

Seçmenlerin oylarını kendi özgür iradeleri ile kullanmaları seçimin serbestliği açısından büyük önem taşımaktadır. Seçimin gizliliğinin amacı da oyunu verirken seçmenin hiçbir baskı ve tesir altında kalmadan tercihini kendi özgür iradesi ile oluşturmasını sağlamaktır. Ayrıca seçimin serbestliği ilkesi seçime katılan bütün siyasi partilerin ve adayların görüşlerini ve programlarını özgürce seçmenlere sunma olanaklarına sahip olmasını da gerektirir. Böylece seçmen özgür bir ortamda tanıma olanağı bulduğu siyasi parti ya da adaylardan istediğine oyunu verme olanağına kavuşacaktır. Ancak hukuk düzeni seçmenin bu tercihinin ne kadar rasyonel gerekçelere dayalı olarak oluştuğunu kontrol etme ve denetleme olanağına ve yetkisine sahip değildir. Anayasa'da yer alan serbest seçim ilkesinin hukuk düzenine ve yasa koyucuya yüklediği ödev seçmenin iradesine dışarıdan bir zorlamanın yapılmasına engel olmaktadır.

Anayasa'ya uygunluk denetiminde inceleme konusu yapılması gereken husus yasal düzenlemenin Anayasa'nın hüküm ve ilkelerine aykırılık oluşturup oluşturmadığı olmalıdır. Yukarıda karşılaştırmalı hukukun incelemesinde de görüldüğü gibi mektupla oy kurumu doğası gereği serbest seçim ve gizli oy ilkeleri açısından bir risk taşımaktadır. Bununla birlikte bu riskler alınacak önlemlerle önemli ölçüde azaltılabilir. O nedenle burada incelenmesi gereken husus mektupla oyun ilkesel olarak Anayasa'nın 67. maddesine aykırı olup olmadığı sorunudur.

Anayasa'nın 67. maddesinin 2. fıkrası şu hükmü içermektedir:

“Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler.”

Anayasa koyucu bu hükümde seçimlerde uyulacak temel ilkeleri ortaya koymuştur. Buna göre seçimler serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır.

Gizli oy, seçmenin, seçme hakkını hiçbir etki ya da baskı altında kalmaksızın, yalnız kendi iç duygu ve inançlarına göre kullanmasını sağlamak amacıyla alınmıştır ve serbest seçimin açık göstergelerinden birisidir. Bu usulde hiç kimse seçmenin nasıl oy kullandığını bilemez ve bilmemelidir. Gizli oyun amacı seçmeni kendi öz tercih ve düşünceleriyle baş başa bırakmak ve oy verirken çevresinin etkilerinden uzaklaştırmaktır.²²

Anayasa Mahkemesi de bir kararında serbest oy ilkesini şu şekilde tanımlamıştır: *“Seçmenin hiçbir yasa dışı elatmaya, baskıya, tek yanlı etkiye kapılmadan oyunu kullanmasıdır. Serbest seçim, oyların bu ortamda kullanıldığı seçimdir. Baskının eylemli olması gerekmez. Oy kullanmayı etkileyecek, seçmenin özgür iradesini saptırabilecek her tür etkileme baskı sayılır. Seçmeni dolaylı da olsa, olumsuz tek yanlı etkiye açık tutacak her girişimin önlenmesi gerekir.”²³*

Seçim yasalarında yapılan düzenlemelerin Anayasa’da belirtilen bu ilkelere uygun olması gerekir. Diğer taraftan 67. maddenin 2. fıkrasının ikinci cümlesinde yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmesi amacıyla yasanın uygulanabilir tedbirleri belirleyeceği hükmü yer almaktadır.

İkinci cümle yurt dışında yaşayan yurtttaşların oy kullanabilmelerini sağlamak amacıyla alınacak tedbirlerin uygulanabilir nitelikte olabilmesi için gerekli tedbirleri alma ödevini devlete yüklemektedir. Anayasa koyucu yurt dışında yaşayan yurtttaşların seçme hakkından yararlandırılması için gerekirse maddenin birinci fıkrasında yer alan ilkelere bazılarının esnetilebilmesine olanak sağladığı anlaşılmak-

²² Karamustafaoğlu, Tuncer, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, (AÜHFY, Ankara, 1970) s. 157.

²³ E:1987/6, K:1987/14, T:22/5/1987, (AMKD, S.23, s.279)

tadır. Mesela, yurt dışında yargı gözetimi fiilen olanaksız olacağından burada bir esneklik sağlanması mümkündür.

5749 sayılı Yasa, yurt dışında yaşayan yurttaşların oy kullanabilmesi için dört alternatif oy verme yöntemi öngörmüştür. Bunlar sandık, mektup, gümrük kapılarında oy kullanma veya elektronik oylama yöntemleridir. Bunlardan hangisinin uygulanacağına ise her ülke için Dışişleri Bakanlığı'nın görüşünü alarak Yüksek Seçim Kurulu karar verecektir.

Gümrük kapısında oy kullanma bu Yasa öncesinde de uygulanan bir yöntemdir; ancak seçim döneminde yurda giriş veya çıkış yapanların yararlanabileceği bir yöntemdir.

Sandıkta oy verme yöntemi Türk vatandaşlarının yoğun olarak yaşadığı ülkelerde uygulanabilir. Türk vatandaşlarının az sayıda olduğu ve ülkenin farklı yerlerinde dağınık bir şekilde yaşadığı ülkelerde sandık kurmak hem çok masraflı hem de amacı karşılamaktan uzak olacaktır. Çünkü coğrafi bakımdan büyük olan ülkelerde konsolosluklarda sandık açılması halinde pek çok seçmen konsolosluga uzak olması nedeniyle oy kullanmaya gidemeyecektir. Konsolosluklar dışında sandık açmak ise ancak egemen devletin izin vermesi halinde mümkün olabilecektir.

Elektronik oy kullanma yönteminden yararlanabilmek için öncelikle bunun altyapısının oluşturulması gerekmektedir. Altyapısı oluşturulduktan sonra da bu yöntemden yararlanabilmek için asgari düzeyde elektronik alet kullanımına aşina olmak gerekmektedir. Özellikle yaşlıların bu yöntemi kullanmasında bazı zorluklarla karşılaşılması olasıdır.²⁴ Elektronik aletlerin kullanımına aşina olmayan kişilerin başkalarından yardım isteyerek oyunu kullanması halinde de oyun gizliliği ilkesinin ihlal edilmesi kaçınılmazdır.

Mektupla oy yönteminin uygulanması diğer yöntemlere göre daha kolay ve daha az masraflıdır. Mektupla oy yönteminde oyun giz-

²⁴ 1 Mayıs 2003 tarihinde İngiltere'de yapılan yerel seçimlerde bazı seçim bölgelerinde seçmenlere çeşitli elektronik yöntemlerle oy kullanma imkânı tanınmıştır. Ancak bu yöntemlerin fazla tercih edilmediği ve seçime katılımı artırmadığı tespit edilmiştir. bkz. Pippa Norris "Will New Technology Boost Turnout? Evaluating Experiments in E-Voting v. All-Postal Voting Facilities in UK Local Elections" John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Faculty Research Working Papers Series (August 2003) <http://ssrn.com/abstract=437140>

liliği ve serbest oy ilkelerinin ihlal edilme ve seçim yolsuzluğu riski olmakla birlikte bu riskleri asgariye indirecek usullerin geliştirilmesi mümkündür. Özellikle çok az sayıda Türk vatandaşının yaşadığı ve coğrafi bakımdan büyük olan ülkelerde uygulanmak üzere mektupla oy seçeneğinin açık olmasında yarar olduğu düşünülmelidir. Bu gibi ülkelerde yukarıda sayılan risklerin de oldukça azalacağı bir gerçektir. Anayasa'nın 67. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde yurt dışında yaşayan vatandaşların oylarını kullanabilmeleri için kanunun *uygulanabilir* tedbirler alacağı hükmü yer almaktadır. Bu nedenle yasa koyucunun yurt dışında yaşayan yurttaşların oy hakkından yararlanmalarını güvence altına alacak tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Diğer oy verme yöntemleri dikkate alındığında özellikle az sayıda Türk vatandaşının yaşadığı ve geniş coğrafyaya sahip ülkelerde uygulanmak üzere mektupla oy olanağının açık tutulmasının Anayasanın emrine uygun olacağı düşünülebilirdi.

Fakat demokratik bir ülkede oy hakkının gerçek işlevini görebilmesi ancak bu hakkın Anayasa'da ve uluslar arası insan hakları belgelerinde yer alan ve bütün demokratik ülkelerce kabul edilmiş olan seçim ilkelerine uygun bir şekilde kullanılması halinde mümkündür.

Karşılaştırmalı hukuktaki incelemelerin de gösterdiği gibi mektupla oy uygulamasının serbestlik, gizlilik ve dürüstlük gibi seçim ilkeleri açısından bazı riskler taşıdığı bir gerçektir. Ancak bu risklerin alınacak önlemlerle asgariye indirilmesi olasıdır. Bu nedenle bu riskler açısından mektupla oyun nasıl düzenlendiği büyük önem taşımaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında²⁵ belirtildiği ve Venedik Komisyonu'nun konuya ilişkin raporunda²⁶ ortaya konduğu gibi mektupla oy ilkesel açıdan serbest oy, gizli oy ve seçimin dürüstlüğü ilkelerine aykırı görülmemektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin 94/A maddesinin birinci fıkrasındaki "*mektup*" ibaresini Anayasa'nın 67. maddesine aykırı bulan kararının eleştiriye açık olduğu söylenebilir.

Kaldı ki, temel bir yurttaşlık hakkı olan oy hakkının hiç kullanılmaması sonucunu doğuracak bir tutumdan kaçınılması gerekir. Kore

²⁵ BVerfGE 21, 200 (1967); BVerfGE 59, 119(1981).

²⁶ Venice Commission, Report on the Compatibility of Remote Voting and Electronic Voting with the Standards of the Council of Europe Adopted by Venice Commission at its 58 th Plenary Session 12-13 March 2004 (CDL-AD (2004) 012)

Anayasa Mahkemesi yabancı ülkelerde yaşayan Kore vatandaşlarının oy hakkını kısıtlayan yasayı iptal ederken, seçimlerin adil ve dürüst bir şekilde yapılmasının devletin ödevi olduğunu hatırlattıktan sonra seçimlerin dürüstlüğüne gölge düşürebileceği gerekçesiyle belli grup kişilerin oy hakkından mahrum bırakılmayacağına karar vermiştir. Mahkeme seçimin dürüstlüğüne sağlamak için devlet tarafından alınabilecek tedbirlere kararında yer vermiştir.²⁷

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 79. maddesi yönünden inceleme yapmamış ise de bu maddede yer alan seçimlerin dürüstlüğü ilkesi açısından da konunun değerlendirilmesinde fayda olduğu düşünülmektedir. Anayasa'nın 79. maddesinin 2. fıkrası şu hükmü içermektedir:

"Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim sürecince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçimi tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulununundur. Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz."

Bu hüküm esasen seçimlerin denetimini düzenlemektedir. Ancak denetimin amacının seçimlerin dürüstlüğüne sağlamak olduğu bu hükümden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla seçimin dürüstlüğü de Anayasa'nın kabul ettiği seçim ilkelerinden birisidir.

Seçimlerin dürüstlüğü ilkesi seçimlerin hem 67. maddede yer alan seçim ilkelerine uygun yapılmasını hem de oyların verilmesi, toplanması ve değerlendirilmesi aşamalarında herhangi bir yolsuzluk yapılmamasını gerektirmektedir.

Mektupla oy düzenlemesinin bu ilkeye de uygun olması gerekir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi mektupla oy kurumunun bizzat kendisinin ilkesel açıdan dürüstlük ilkesine aykırı olduğu söylenilemez. Dürüstlük ilkesine uygunluk bu kurumun nasıl düzenlendiğine bağlıdır. Bu düzenleme ise iptal edilen 94/B maddesinde yer almaktaydı. O nedenle bu maddenin dürüstlük ilkesine aykırılığı aşağıda ayrıca incelenecektir.

²⁷ 19-1 KCCR 859, 2004 Hun-Ma 644 et al., June 28, 2007, Decisions of the Constitutional Court of Korea (2007), (Seoul, 2008).

2. 94/B Maddesinin Anayasaya Aykırılığı Sorunu

13.3.2008 tarih ve 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesi ile 26.4.1961 tarihli ve 298 sayılı Kanun'a 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen "Yurt Dışı Seçmenlerin Mektupla Oy Vermesi" başlıklı 94/B maddesi aşağıdaki hükmü içeriyordu:

"Yüksek Seçim Kurulu, özel olarak imal ettirdiği oy pusulası ile özel renkte bastırılmış oy zarflarını, Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna gönderir. Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu, arkası kendi mührüyle mühürlenmiş oy pusulası ile oy zarflarını, seçimlerin yapılacağı günün yetmiş beş gün öncesinden seçmenin yurt dışında kayıtlı olduğu adresine gönderir.

Seçmene oyunu kullanmak üzere gönderilen özel zarflardan, bir köşesi Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunun mührünü taşıyan küçük zarfa oy pusulası konur. Bu zarf, üzerinde "Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu Ankara/TÜRKİYE" yazılı orta boy ikinci zarfa konur ve bu ikinci zarf, üzerinde seçmenin yurt dışı adresi yazılı üçüncü büyük zarfa konur.

Mektubu alan seçmen, üzerinde kendi adresi yazılı zarfı açar, mühürlü küçük zarf içerisindeki oy pusulasında tercih ettiği siyasi parti sütunundaki daireyi veya cumhurbaşkanı seçimi ya da halkoylaması için düzenlenen oy pusulasındaki tercih ettiği bölümü (X) işareti ile işaretler, sadece oy pusulasını küçük zarfa koyar ve zarfı kapatır. Bu zarfı, üzerinde alıcısı "Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu Ankara/TÜRKİYE" adresi yazılı ikinci zarfa koyar ve ağzını kapatıp seçim günü saat 17:00'a kadar Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunda bulunacak şekilde posta ile gönderir.

Mektupların gönderilmesi, güvenliği ve kimlik tespitine ilişkin usul ve esaslar, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü'nün görüşü alınarak Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenir. Posta giderleri Yüksek Seçim Kurulunca karşılanır.

Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna gelen mektup, seçmenin kimliği tespit edilip seçmen kütüğündeki ismi bulunarak işaretlendikten sonra, sandık kurulunca açılır ve içerisinden çıkan oy pusulasının bulunduğu zarf açılmaksızın sandığa atılır. Oy sandığı her gün saat 17:00'da yetkili sandık kurulunca açılır, zarflar oy veren seçmen sayısı ile karşılaştırılır ve uygunluğu tutanakla saptanır. Oy zarfları açılmaksızın tutanağın bir örneği ile birlikte torbaya konularak ağzı mühürlenir ve sandık kurulunca Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna teslim edilir.

Seçim günü saat 17:00'dan sonra gelen mektuplar tutanakla tespit edildikten sonra yakılarak imha edilir.

Seçimin yapıldığı gün saat 17:00'dan itibaren oy torbaları Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunca açılarak sayım, döküm ve birleştirme işlemleri yapılır ve sonuçlar Ankara İl Seçim Kuruluna iletilir. Bu Kurulca da birleştirme tutanağı düzenlenerek Yüksek Seçim Kuruluna gönderilir.

Yurt dışı seçmenler tarafından kullanılan toplam geçerli oy sayısı, Yüksek Seçim Kurulunca Türkiye genelinde kullanılan toplam geçerli oy sayısına ilave edilerek yurt düzeyinde genel oy miktarı ve her partinin ülke genelinde aldığı geçerli oy miktarı bulunur.

Bu şekilde, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 33 üncü maddesine esas teşkil eden toplam oylar bulunmuş olur.

Her seçim çevresinde geçerli toplam oy, Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulundan Ankara İl Seçim Kuruluna gelen toplam oyun diğer seçim kurullarından gelen oylara bölünmesiyle elde edilen oranda artırılır. O seçim çevresinde kullanılan toplam oylarla bu şekilde hesaplanan toplam oy arasındaki fark partilere, Ankara İl Seçim Kurulundan gelen oydaki hisseleri oranında taksim edilir ve elde edilen rakamlar o seçim çevresinde aldıkları geçerli oylara ilave edilir. Böylece Milletvekili Seçimi Kanununun 34 üncü maddesinde belirlenen esas seçim çevresinde kullanılan geçerli toplam oy miktarı ve partilerin aldıkları toplam geçerli oy miktarı bulunur."

Bu maddede mektupla oyun nasıl kullanılacağı, kullanılan oyların ne şekilde toplanacağı ve sayılacağı ve bu oyların nasıl değerlendirileceği düzenlenmişti.

Buna göre Ankara İl Seçim Kuruluna bağlı bir Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu oluşturulacaktır. Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu oy verme gününden yetmiş beş gün önce yurt dışında yaşayan vatandaşların adres kayıt sisteminde kayıtlı adreslerine özel basılmış oy pusulalarını ve oyunu geri göndereceği zarfları gönderecektir. Bu zarfı alan seçmen oyunu kullandıktan sonra, oy pusulasını gönderilen bir köşesi mühürlü boş zarfa koyacak bu zarfı ise Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu'nun adresi yazılı ikinci bir zarfa koyarak postaya verecektir. Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu gelen oy zarflarını seçmenlerin listedeki ismini işaretleyerek açacak oy zarfını açmadan oy kutusuna atacaktır. Bu şekilde her gün gelen oylar sandık görevlilerince akşam sayılarak listelerle uyumluluğu kontrol edildikten sonra tutanakla Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu'na

teslim edilecektir. Oy verme gününün sonunda ise oylar açılarak sayım ve dökümü yapılacaktır.

Hem dava dilekçesinde hem de Anayasa Mahkemesi'nin kararında 94A maddesindeki "*mektup*" ibaresi ile 94B maddesi birlikte değerlendirildiğinden buna ilişkin ayrı bir inceleme yapılmamıştır. Ancak yukarıda belirtildiği gibi ilkesel olarak mektupla oyun Anayasa'ya aykırılığı ile bu yöntemin somut olarak düzenlenme biçiminin Anayasa'ya aykırılığı farklı hukuki sorunlardır ve ayrı bir incelemeye tabi tutulması ulaşılabilecek sonuçların etkinliğini artıracaktır.

Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan serbest oy ve gizli oy ilkeleri ile 79. maddesinde yer alan seçimlerin dürüstlüğü ilkesi arasında da yakın bir bağlantı vardır. Seçimlerin dürüstlüğü ilkesi yukarıda da belirtildiği gibi hem seçimlerin 67. maddede yer alan seçim ilkelerine uygun yapılmasını hem de oyların verilmesi, toplanması ve değerlendirilmesi aşamalarında herhangi bir yolsuzluk yapılmamasını gerektirmektedir.

Mektupla oya ilişkin olarak oyun gizliliğini sağlamaya yönelik tedbirler ile oy güvenliğini sağlamaya yönelik tedbirler büyük ölçüde örtüşmektedir. O nedenle "*Yurt dışı seçmenlerin mektupla oy vermesi*" başlıklı 94/B maddesinin Anayasa'nın 67 ve 79. maddelerine aykırılığı sorunu birlikte değerlendirilecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi mektupla oyun demokratik seçim ilkelerine uyumlu olabilmesi için oyun gizliliğini sağlayacak yeterli tedbirlerin alınması ve seçim yolsuzluklarına karşı yeterli güvenceleri içermesi gerekir. Bu amaçla mektupla oya izin veren ABD gibi ülkelerde geri gönderme zarfı "*güvenlik zarfı*" şeklinde tasarlanmıştır ve seçmenin imzasını içermektedir. Almanya, Avusturya ve İngiltere gibi ülkelerde ise geri gönderme zarfına oy zarfının yanı sıra oyun seçmen tarafından bireysel olarak ve gizlilik içinde kullanıldığına ilişkin bir yemin beyanını içeren imzalı bir seçmen kartının konulması zorunlu tutulmuştur. Ayrıca bu belgelerde yapılacak sahtecilikler cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. İsveç'te ise seçmenin yemin beyanının seçmen ve iki tanık tarafından imzalanması ve oy zarfıyla birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Venedik Komisyonu da mektupla oyun Avrupa Konseyi ilkelerine uygunluğuna karar verirken güvenlik tedbirlerinin alınması gereğine özellikle vurgu yapmıştır.

Özellikle seçmen tarafından oyun gizlilik içinde ve kimse tarafından görülmeden bireysel olarak kullanıldığına ilişkin bir yemin metninin imzalanması zorunluluğu, seçmene oyunu gizli kullanması gerektiğini hatırlatmakta ve bu yönde bir yükümlülük altına sokmaktadır. Elbette bu önlemin de tek başına oyun gizliliğini sağlamaya yetmeyeceği ileri sürülebilir. Bu konuda benzer kaygılara Avrupa Konseyi tarafından yaptırılan çalışmalarda da dikkat çekilmiştir. Ancak Avrupa Konseyi'nin bir taraftan demokratik katılımı artırmak ve temsili demokrasiyi geliştirmek amacıyla mektupla oy ve elektronik oy gibi uzaktan oy kullanma yöntemlerini teşvik ederken diğer taraftan da demokrasinin özünü ve temel ilkelerini koruması, bu ikisi arasında bir denge kurulması gerektiği vurgulanmıştır.²⁸

Mektupla oy uygulamasında seçimin dürüstlüğüne güvence altına almaya yönelik bir tedbir olarak oy kullanan seçmenin güvenlik zarfına ya da seçmen kartına imza atmasının zorunlu tutulması oy güvenliğini önemli ölçüde artıracaktır. Böylece güvenlik zarfındaki ya da seçmen kartındaki imza ile seçmenin seçmen kütüğündeki imzası karşılaştırılarak oyun doğru seçmene ait olduğu denetlenebilmektedir. Bu güvenlik tedbiri büyük ölçüde oy çalınması ya da oyların satın alınması gibi yolsuzluklara karşı güvence oluşturmaktadır.

İptal edilen 94B maddesi doğrudan böyle bir güvenlik tedbiri öngörmemekte fakat mektupların gönderilmesi, güvenliği ve kimlik tespitine ilişkin usul ve esasların, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü'nün görüşünü alarak Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirleneceği hükmünü içermekteydi. Burada bir eksik düzenleme olduğu söylenilebilir. Elbette Yüksek Seçim Kurulu bu tür güvenlik tedbirlerini öngörebilir. Ancak oy güvenliği demokratik ve serbest seçimler için o kadar önemlidir ki bunların asgari düzeyde yasa tarafından düzenlenmemiş olması büyük bir eksiklikti.

Ayrıca serbest seçim, gizli oy ve seçimin dürüstlüğü ilkeleri açısından taşıdığı riskler nedeniyle diğer seçeneklerin etkin bir şekilde uygulanması mümkün olan yerlerde mektupla oya başvurulmamasını öngören bir düzenlemeye yer verilmemiş olması da yasanın önemli bir eksiği olarak değerlendirilebilir. Nitekim Yasa'nın Parlamento'daki

²⁸ Pratchett, L. and Lowndes, V., *Developing Democracy in Europe: An Analytical Summary of the Council of Europe's Acquis*, (Council of Europe, 2004) s. 55

görüşmeleri sırasında sandıkta oya öncelik verilmesi gerektiği vurgulanmış ancak bu yönde bir hükmün Yüksek Seçim Kurulu'nun elini bağlayacağı gerekçesiyle yasa metnine konulmaması kararlaştırılmıştır. Her ne kadar bu konudaki kararı verme yetkisi seçimlerin dürüstlüğünü denetlemekle görevli yargı organı olan Yüksek Seçim Kurulu'nda ise ve fiili uygulamanın bu yönde olacağı beklenilse de yasa koyucunun seçim ilkelerine uygunluğu sağlama yükümlülüğüne uygun olarak bunu yasa hükmü haline getirmesi Anayasa'ya daha uygun olurdu.

Seçimlerin dürüstlüğünü sağlayacak ilkelerden birisi de seçmenlerin, oylarının göz ardı edilmediği ve seçimlerde değerlendirildiğinden emin olmalarıdır. Bu Yasa'nın düzenlemesine göre dünyanın her yerinden oylar Ankara'ya gönderilecekti. Seçmenlere oylarının seçim kuruluna ulaşmış olduğunu denetleme olanağı sağlanması seçimin dürüstlüğü açısından büyük önem taşımaktadır. Bu aynı zamanda postada oyların çalınmasına karşı da güvence oluşturur. O nedenle oy zarflarının güvenceli bir şekilde gönderilmesine olanak tanıyan bir yöntemin yasada yer almaması da oy güvenliğini zayıflatan bir durumdu.

Anayasa Mahkemesi bu maddenin tamamını Anayasa'nın 67. maddesinde yer alan seçimlerin serbestliği ve gizliliği ilkelerine aykırı bularak mektupla oy yönünden iptaline karar vermiştir. Mahkeme'nin bu şekilde karar vermesinin nedeni yurt dışında kullanılan oyların nasıl değerlendirileceğinin bu maddede düzenlenmiş ve diğer yöntemleri düzenleyen maddelerin bu maddeye atıf yapmış olmasıdır. O nedenle bu maddede yer alan düzenlemeler yalnızca mektupla oy yönünden iptal edilmiştir.

E. SONUÇ

Demokratik ülkelerde siyasal katılımdaki düşüşe çare arayışlarının sonucu olarak yeni bazı uzaktan oy verme yöntemleri geliştirilmekte ve uygulamaya konulmaktadır. Bu yöntemler arasında en yaygın uygulamaya sahip olanlardan birisi de mektupla oy verme yöntemidir. Seçim ekonomisi açısından büyük bir avantaja sahip olan bu yöntem, seçmenlere de büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Ancak, bu yöntemde oyunu kullanırken bireyin özgür iradesini istenmeyen müdahalelere

karşı koruyacak gerekli tedbirlerin alınması zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca seçim yolsuzluğu riskini en aza indirecek önlemlere de ihtiyaç vardır. Bu riskleri ortadan kaldırmayan her düzenleme Anayasa'ya uygunluk sorunuyla karşı karşıyadır.

Türk Anayasa Mahkemesi 5749 sayılı Yasa'nın öngördüğü düzenlemeleri bu riskler açısından sorunlu bularak iptal etmiştir. Mahkemenin bu kararının sonuçlarına ilişkin bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Acaba Mahkeme'nin kararından mektupla oyun hiçbir şekilde Anayasaya uygun olmayacağı sonucu çıkarılabilir mi? Özellikle farklı gerekçe yazan üyelerin gerekçelerini farklılaştırma yöntemlerinden kararı bu şekilde algıladıkları anlaşılmaktadır. Ancak karar metninin böyle keskin bir sonucu zorlamadığı düşünülebilir. Çünkü karar metninde *"iptali istenilen yasa kurallarında öngörülen mektupla oy kullanma yöntemi, seçmenin oyunu kullanırken aile üyelerinden ve sosyal çevresinden gelebilecek her türlü etkiye açık olması nedeniyle seçmenin iradesini korumaya elverişli bulunmamaktadır"* denilmektedir. Bundan hareketle seçmen iradesini koruyucu tedbirleri öngören bir düzenlemenin Anayasa ile çatışmayacağı sonucuna ulaşılabilir.

Ancak kabul etmek gerekir ki, ne kadar tedbir alırsa alınsın, resmi memur gözetimine yer vermeyen her oy kullanma yönteminde gizlilikle ilgili kuşklar doğması kaçınılmazdır. O nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bu kararda ortaya koyduğu yaklaşıma uygun bir mektupla oy yöntemi ancak resmi memurun gözetiminde gizliliği temin edilen bir yöntemle bireyin oyunu kullanarak postaya vermesi halinde mümkün gözükmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin bu kararıyla mektupla oy uygulaması, hukuken olmasa da fiilen Türkiye açısından uygulanamaz hale gelmiştir denilebilir.

Bu durumda yurt dışında yaşayan vatandaşların oy kullanabilmesi için sandıkta oy kullanma ve elektronik oy seçenekleri kalmaktadır. Sandıkta oy kullanma, yoğun Türk vatandaşının yaşadığı ülkelerde uygulanabilecek bir yöntem olmakla birlikte, bu ülkelerin çeşitli nedenlerle buna olumlu yaklaşmadığını ve izin vermediğini biliyoruz. Ancak bu ülkelerde yaşayan vatandaşlarımızın oy hakkından yararlanabilmesi için diplomatik ikna kanallarının yoğunlaştırılması gerekmektedir.

Elektronik oy uygulamasının henüz altyapısı oluşmamıştır. Bu altyapı oluşturulsa bile elektronik oy yönteminden yararlanabilmek için

asgari derecede teknoloji kullanmaya aşına olmak gerekmektedir. Bu özellikle yaşlı seçmenler açısından büyük bir sorun oluşturmaktadır. Ancak daha da önemlisi Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra elektronik oyu düzenleyen hükmün de gizli oy ilkesi açısından ne derece güvenceli olduğu tartışmalı hale gelmiştir ve Mahkeme'nin önüne gelmesi halinde iptal edilme olasılığı bulunmaktadır.

Sonuç olarak, yurt dışında yaşayan vatandaşların oy hakkından fiilen yararlanması gene başka bir bahara kalmış gibi gözükmektedir.

KAYNAKLAR

Constitutional Court of Korea, Decisions of the Constitutional Court of Korea (2007), (Seoul, 2008).

Electoral Commission, Delivering Democracy? the Future of Postal Voting http://www.electoralcommission.org.uk/files/dms/DeliveringDemocracyfinalcomplete_16306-10935_E_N_S_W_.pdf

Funk, Patricia "Modern Voting Tools, Social Incentives and Voter Turnout: Theory and Evidence", www.aeaweb.org/annual_mtg_papers/2007/0107_0800_1401.pdf

Funk, Patricia "Social Incentives and Voter Turnout: Evidence from the Swiss Mail Ballot System", Journal of the European Economic Association (June 2008) http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=917770

Karamustafaoğlu, Tuncer, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, (AÜHFY: Ankara, 1970).

Kommers, Donald P., The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, (Duke University Pres, 1997).

Norris, Pippa "E-Voting as the Magic Ballot?" Robert Schuman Centre for Advanced Studies'de 10-11 Mayıs 2002 tarihinde düzenlenen E-voting and the European Parliamentary Elections' başlıklı Workshop için hazırlanan bildiri. Şu adresten indirilebilir: http://ssrn.com/abstract_id=336542.

Norris, Pippa "Will New Technology Boost Turnout? Evaluating Experiments in E-Voting v. All-Postal Voting Facilities in UK Local Elections" John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Fa-

culty Research Working Papers Series (August 2003) <http://ssrn.com/abstract=437140>.

Pratchett, L. and Lowndes, V., *Developing Democracy in Europe: An Analytical Summary of the Council of Europe's Acquis*, (Council of Europe, 2004).

Rallings, Colin S. and Thrasher, M A M.; *"Local Electoral Participation"* Parliamentary Affairs (2003) 56, p.1-16.

Simon Luechinger, Myra Rosinger and Alois Stutzer, *"The Impact of Postal Voting on Participation Evidence for Switzerland"* Institute for Empirical Research in Economics, University of Zurich Working Paper Series, Working Paper No. 297, ISSN 1424-0459, (July 2006). <http://www.iew.uzh.ch/wp/iewwp297.pdf> .

Southwell, Priscilla L., *"Five Years Later: A Re-assesment of Oregon's Vote by Mail Electoral Process"* Political Science & Politics (2004), 37: 89-93.

Venice Commission, *Report on the Compatibility of Remote Voting and Electronic Voting with the Standards of the Council of Europe Adopted by Venice Commission at its 58 th Plenary Session 12-13 March 2004* (CDL-AD (2004) 012) [http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD\(2004\)012-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD(2004)012-e.asp) .

Venice Commission, *Code of Good Practice in Electoral Matters*, CLD-AD (2002)023. [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023-e.asp) .

CEZA MUHAKEMESİNDE BEKLETİCİ SORUN KARARININ DAVA ZAMANAŞIMININ DURMASINA ETKİSİ

Devrim GÜNGÖR*

Güneş OKUYUCU-ERGÜN**

Suç teşkil eden fiilin üzerinden zaman geçmesiyle, söz konusu suç ve bu suçun toplumsal etkileri unutulmaya başlar; ispat vasıtaları kaybolmuş olabileceğinden delil toplanması oldukça güçleşir. Dolayısıyla, geçen zaman, devletin dava açma veya verilmiş cezayı uygulama konusundaki menfaatini azaltır. İşte bu nedenlerle, dava ve ceza zamanaşımı kurumları benimsenmiştir.¹

Dava zamanaşımı TCK'nın 66. maddesinde, ceza zamanaşımı ise, TCK'nın 68. maddesinde düzenlenmektedir. 66. maddenin 6. fıkrası uyarınca, dava zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun tamamlanmış günden; teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda son icra hareketinin yapıldığı günden; kesintisiz suçlarda kesintinin, zincirleme suçlarda ise son suçun gerçekleştiği günden; çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.

Bazı nedenlerin varlığı halinde, zamanaşımı süresinin o ana kadar geçen kısmı korunarak söz konusu neden ortadan kalktıktan sonra, süre kaldığı yerden işlemeye devam eder. Buna zamanaşımının durması denir.² Dava zamanaşımı süresini durduran nedenler, TCK'nın 67. maddesinin 1. fıkrasında sayılmaktadır. Buna göre, "Soruşturma ve

* Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanı.

** Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanı.

¹ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2008, s. 432; Antolisei, *Manuale di diritto penale parte generale*, Milano 1997, s. 764; Mantovani, *Diritto penale parte generale*, Milano 2001, s. 853.

² Mantovani, s. 855; Taner, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara 2008, s. 83.

kovuşturma yapılmasının izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne veya kanun gereğince hakkında kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında bu karar kaldırılıncaya kadar dava zamanaşımı durur."

Görüldüğü gibi, dava zamanaşımını durduran sebeplerden biri de soruşturma veya kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunması yani *bekletici sorunun* çıkmasıdır. Dolayısıyla, soruşturma veya kovuşturma yapılmasının, izin veya karar alınması veya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı bulunduğu hallerde; izin veya kararın alınmasına veya meselenin çözümüne kadar dava zamanaşımı duracaktır. Buna göre, öğretide ön mesele de denilen bekletici sorun, zamanaşımını durduran nedenlerden biri olarak kabul edilmiştir.

Bekletici sorun, bir ceza davasının görülebilmesinin başka bir mahkemenin yetkisine giren bir sorunun veya uyuşmazlığın çözülmesine bağlı olması halinde söz konusu olur.³ Böyle bir durumda, ceza davasını görmekte olan mahkemenin başvurabileceği yollardan biri nispi muhakeme yapmak, diğeri ise bekletici sorun sayarak diğer sorunun veya uyuşmazlığın çözülmesini beklemek üzere, ceza muhakemesini durdurmaktır.

Bekletici sorun nedeniyle muhakemenin durdurulması, ancak muhakemelerin birleştirilmesinin veya nisbi muhakemenin kabul edilmediği hallerde söz konusu olabilir.⁴ Bekletici sorun sayma kararı, kural olarak, fayda düşüncesine dayanır ve hâkimin takdirindedir. Dolayısıyla, ceza davasını görmekte olan yargılama makamu, somut olayın koşullarını değerlendirerek bekletici sorun saymada fayda bu-

³ Kunter/Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2000, s. 257; Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, İstanbul 1997, C. III, s. 277; Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2008, s. 91; Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2008, s. 546; Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, İstanbul 1992, C. II-III, s. 792; Erem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, Ankara 1984, C. I, s. 508; Leone, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli 1988, s. 148-149.

⁴ Toroslu/Feyzioğlu, s. 91.

lunup bulunmadığını değerlendirecektir.⁵ Ancak, bazı hallerde kanun koyucu, bu kararı kendisi vermekte ve bekletici sorun sayma veya saymama zorunluluğu getirmektedir. Örneğin, bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa bunu bekletici sorun sayarak Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı durdurmak zorundadır (Any. m. 152). Aynı şekilde Danıştay dışında bir Türk yargı organı önünde görülen davada, bir kimsenin Türk vatandaşı olup olmadığı hakkında, İçişleri Bakanlığınca verilen karara karşı ilgililerce Danıştay'a başvurulması halinde, bakılmakta olan dava, karar verilene kadar durdurulur (TVK. m. 41).⁶

Bekletici sorun saymanın zorunlu olduğu sınırlı haller dışında, her olayda bekletici bir sorunun bulunup bulunmadığına davaya bakmakta olan mahkeme karar verir.⁷ Bekletici sorun sayma, ceza mahkemesinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı bir konuda olabileceği gibi, bir başka ceza mahkemesinin karar vermesini gerektiren bir sorunun çözümüne bağlı bir konuda da olabilir. Örneğin, suçtan elde edilen eşyayı almak suçundan (TCK m. 165) dolayı açılan davada mahkeme, önceki suçun sabit olup olmadığı sorununu nisbi muhakeme yolu ile kendi çözebileceği gibi, bu duru-

⁵ Toroslu/Feyzioğlu, s. 92.

⁶ Öte yandan kanunda açıkça öngörülmeven kimi durumlarda da bekletici sorun sayma mecburiyetinin bulunduğu ileri sürülmüştür. Buna göre örneğin, iftira suçunda (TCK m. 267), isnat olunan suç hakkındaki muhakemenin sonuçlanması beklenmelidir. Aynı şekilde, bir tanık hakkında yalan tanıklık suçundan (TCK m. 272) kovuşturma yapıyorsa, o tanığın yalan söylediği iddia olunan davada, bu ceza davasının sonucu beklenmelidir. Bk. Kunter/Yenisey, s. 258.

⁷ Toroslu/Feyzioğlu, s. 92; Centel/Zafer, s. 547. İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. maddesinde, ceza mahkemesinin kararının kişinin medeni durumuna veya vatandaşlık durumuna ilişkin uyuşmazlığın çözümüne bağlı olması halinde, sorun ciddiye ve bu soruna ilişkin dava halihazırda devam etmekteyse, hakimın yargılamayı söz konusu sorunun çözümüne kadar bekletebileceği öngörülmüş; yani böyle bir durumun varlığı halinde hakime sorunu bekletici sorun yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Yine İtalyan Ceza Kanunu'nun 479. maddesinde ceza hakimine, 3. maddede öngörülen haller saklı kalmak kaydıyla, suçun varlığına ilişkin kararın özel bir karmaşıklık arz eden medeni veya idari bir uyuşmazlığın çözüme bağlı olması durumunda, söz konusu uyuşmazlığa ilişkin davanın yetkili mahkeme önünde devam ediyor olması şartıyla bu uyuşmazlığı bekletici sorun yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

mu bekletici sorun olarak da kabul edebilir.⁸

Ceza mahkemesi tarafından bekletici sorun sayma kararı verilen her durumda dava zamanaşımının da duracağı öğretide ve uygulamada geniş biçimde kabul edilmektedir.⁹ Bu görüşte olan yazarlarca, bekletici sorun çözümlenmedikçe, ceza davasına devam etmek mümkün olmadığından sorun çözümleninceye kadar zamanaşımında bir parantez açılması, yani zamanaşımının durması gerektiği savunulmaktadır.¹⁰

Bununla beraber, bekletici sorunun ortaya çıktığı her durumda dava zamanaşımının durması, kimi hallerde kabul edilemez sonuçlara neden olabilir. Örneğin, hırsızlık suçundan sanık olan bir kişinin yargılandığı davada, ceza mahkemesinin malın aidiyeti ile ilgili sorunu, hukuk mahkemesinin çözmesi için bekletici sorun sayması halinde, sorun çözümlenene kadar yargılamaya devam edilemeyecektir. Bu arada aynı davada müdahil olan kişinin malın aidiyetinin tespiti için

⁸ Kunter/Yenisey, s. 259; Dönmezer/Erman, s. 278; Toroslu/Feyzioğlu, s. 92; Önder, s. 792.

⁹ Dönmezer/Erman, s. 277 vd.; Kunter/Yenisey, s. 258; Erem, s. 508; Önder, s. 792; İçel, *Yaptırım Teorisi*, İstanbul 2000, s. 369.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun mehazı olan Zanardelli Kanununun 1887 tarihli projesinin, zamanaşımını durduran nedenleri düzenleyen 88. maddesinde, "kanunen diğer bir mahkemeye havale edilmiş" denmekte iken havalenin zorunlu olduğu hallerde ancak hükmün uygulanabileceği sanısını gidermek için "kanunen" sözcüğü metinden çıkarılmıştır. Bk. Majno, *Ceza Kanunu Şerhi*, C. 1, Ankara 1977, s. 525.

"Suça konu yerin Asliye Hukuk Mahkemesinin 1994/261 sayılı dosyasındaki davaya konu yer içerisinde kaldığının anlaşılması üzerine, mahkemenin 8.8.1997 tarihli celsede, Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmekte olan davanın neticelenmesini bekleyip bekletici mesele yapmış olmasına göre, TCK.'nun 107'nci maddesi uyarınca zamanaşımı süresinin işlemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 3. CD. 30.06.2003, E. 2003/4067 K. 2003/4166; "... Durma nedenlerinden olan "bekletici sorun"un bulunduğu hallerde; kanunun emri veya hakimnin takdiri sonucunda ceza davasındaki uyumsuzluğun çözümünü her şeyden önce başka bir mercide belirli bir sorunun çözümüne bağlıdır. Böyle bir durumda, sözü geçen sorun çözümlenmedikçe ceza davasına devam etmeye imkan bulunmadığı için, ceza davasının olduğu yerde durması ve sorun çözümleninceye kadar dava zamanaşımının işlememesi gerekir. Bekletici sorunun dava açıldıktan sonra ortaya çıkması da mümkündür. Bu hallerde de 107. maddenin uygulanması gerektiğinden zamanaşımı durur. Durma nedenlerinin varlığı halinde, bu neden ortadan kalkınca zamanaşımı durduğu yerden işlemeye başlar, durduran nedenlerden önce işlemiş olan süre de varlığını korur..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 04.05.2004, E. 2004/3-89 K. 2004/110.

¹⁰ Antolisei, s. 766; Mantovani, s. 854; Dönmezer/Erman, s. 277.

hukuk mahkemesinde dava açmaması veya açtığı davayı takip etmemesi halinde, ceza yargılamasına devam edilemediği için yargılanan kişinin sanık sıfatının sona ermesi ve dava tehdidinden kurtulması mümkün olmayacaktır. Zira kanunda dava zamanaşımının durması bakımından, zamanaşımının kesilmesinde olduğu gibi bir üst sınır getirilmemiştir; bu nedenle zamanaşımı sınırsız olarak durabilir.

Zamanaşımı devletin ceza verme hakkını düşüren ve gerçekleştğinde yargı organları tarafından re'sen uygulanması gereken bir kurum olup, şüpheli, sanık ve hükümlünün dahi bundan vazgeçmesi mümkün değildir (TCK m. 72/2).¹¹ Bu itibarla, ceza mahkemesinin bir sorunu nispi muhakeme yoluyla çözmesi halinde zamanaşımı süresi işlemeye devam edecek, aynı sorunun bekletici sorun sayılması halinde ise zamanaşımı süresi duracaktır. Bekletici sorun sayma zorunluluğunun bulunmadığı, bir başka deyişle, bekletici sorun saymanın mahkemenin ihtiyarında olduğu durumlarda, ceza mahkemesinin sadece takdir hakkını kullanarak bekletici sorun sayma yolunu tercih etmesiyle kamu düzenine ilişkin olan bir sürenin işlemesine engel olmasının doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle, ancak bekletici sorun saymanın zorunlu olduğu, yani ceza mahkemesinin nispi muhakeme yapamadığı sınırlı durumlarda zamanaşımı durmalı, aksi takdirde işlemeye devam etmelidir.

¹¹ Toroslu, s. 432; Antolisei, s. 768.

CEZA MUHALEMESİNDE TEHLİKE İÇİNDE BULUNAN TANIĞIN KORUNMASI

Olgun DEĞİRMENCİ*

1. Genel Açıklamalar

Tanık, etkin bir ceza muhakemesinde merkez rollerden birine sahip bir delil kaynağı, ispat aracıdır.¹ Tanığın beyanlarının ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki önemi, onu ceza muhakemesinin vazgeçilemez ispat araçlarından birisi haline getirmektedir. Bundan dolayı tanığa; muhakemede hazır bulunma (CMK m. 43), ifade verme (CMK m. 52, 53) ve gerçeği söyleme (CMK m. 53 vd.) gibi birtakım görevler de yüklenmiştir.

Tanıklığın temellerinden birisi samimiyettir. Doğru olarak verilen ifade ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunacaktır. Bununla birlikte, tanığın genel olarak samimi olmadığı, bu açıdan güvenilmez bir delil kaynağı olduğu sıklıkla ifade edilmektedir.² Ceza muhakemesine konu teşkil eden maddi olay, her

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

¹ David Bruce, "Danger, Threats or Just Fear", *SA Crime Quarterly*, No. 13, September 2005, s. 28; Nicholas R.Fyfe/Heather McKay, "Police Protection of Intimidated Witnesses: A Study of the Strathclyde Police Witness Protection Programme", *Policing and Society*, 2000, Vol.10, s. 278; uluslararası ceza mahkemesinde tanığın korunmasının önemi açısından bakınız Mohammed Othman, "The Protection of Refugee Witness by the International Criminal Tribunal for Rwanda", *International Journal of Refugee Law*, October 2002, Vol.:14, No. 4, s. 495 vd; Roberta Arnold, "Witness Protection Under Swiss Legislation: An Offspring of International Law", *International Criminal Law* 7, 2007, s. 487.

² Namık Kemal Eğilmez, "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi", *Ankara Barosu Dergisi*, 1955/1, s. 398; Abdullah Pulat Gözübüyük, "Adli Psikolojisi Yönünden Tanık", *Adalet Dergisi*, 1948/5, s. 545; Mustafa Ruhan Erdem, "Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması", *İzmir Barosu Dergisi*, Temmuz 1995, s. 50; Şahin, tanık açıklamalarının zaaflarının bulunduğunu ifade etmektedir (Cumhur Şahin, "Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Gazi*

insan üzerinde aynı tesiri göstermediğinden dolayı, tanıklığın değeri, tanıklık edilecek konunun cinsine bağlıdır.³ Claparè, tamamen doğru, samimi ve tarafsız olan tanıklığın bir istisna olduğunu laboratuvarlarında yaptığı tecrübeye dayanarak söylemiştir.⁴ Beccaria da tanıkların güvenilirliklerini sorgulamış ve tanığa inanılabilirliğin gerçek ölçütünün tanığın doğruyu söyleyip söylememekteki çıkarı olduğunu belirtmiştir.⁵

Tanıklıktaki güvenilmezlik; tanıktan kaynaklanan ve tanıktan kaynaklanmayan sebeplere göre değişmektedir. Tanıklıktan kaynaklanan sebepler; yalan söyleme ihtiyacı, müşahede hatası, unutmaya veya yanlış psikolojik sebepler olarak ifade edilebilir. Tanıktan kaynaklanmayan sebepler ise tanık üzerinde yaratılan tehdit, cebir veya baskıdır.⁶ Tanığın korunması, tanık üzerinde yaratılacak tehdit, cebir ve baskıyı engelleyerek maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayacak ve suçla, özellikle organize suçla mücadelede başarıyı artıracaktır. Bu bağlamda, tanığın korunmasında kamunun çıkarı mevcuttur.

Tanıktan kaynaklanan sebeplerden dolayı tanığın güvenilmezliğini azaltmaya yönelik tedbirler Ceza Muhakemesi Kanunu'nun çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Tanıklıktan çekinme hakkı (m. 45), iştiğal ettiği mesleği ve sürekli uğraşı nedeniyle tanıklıktan çekinme

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-2, s. 156); Faruk Erem, *Adalet Psikolojisi*, Ankara 1988, 8.Baskı, s. 351; Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 159.

³ Eğilmez, s. 398; Gözübüyük, s. 545.

⁴ Gözübüyük, s. 546, Namık Kemal Eğilmez, "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi-II", *Ankara Barosu Dergisi*, 1955/6, s. 26; Cenevre Üniversitesi profesörlerinden Claparè yaptığı bir çalışmada, sınıfta bulunan 54 öğrenciden her gün geçtikleri koridordaki pencere sayılarını söylemelerini istemiş ve 54 öğrenciden ancak bir tanesi doğru olarak cevap vermiştir. Başka bir deneme Faruk Erem tarafından yapılmış ve Adli Psikoloji dersinde 85 öğrenciye her gün dolaştıkları koridordaki sütun adetleri sorulmuş ancak 19 kişi doğru olarak cevap vermiştir (Eğilmez, s. 26).

⁵ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev.: Sami Selçuk), Haziran 2004, s. 71; Beccaria, makul her insanın, yani kendi düşünceleri arasında gerçek bir bağ kuran ve başkalarının duyguları ile kendi duygularını örtüstürebilen her insanın tanık olabileceğini ifade etmiştir. Ancak Beccaria'ya göre bir suç sözcüklerle işlenmişse tanığın inanılabilirliği hemen hemen hiç yoktur.

⁶ Tanık beyanları ile ilgili yapılan psikolojik çalışmalarda tanık beyanlarındaki farklılıklar hata (error) ve hile (deception) başlıkları altında toplanmıştır. Bu konudaki ayrıntılı bir çalışma için bkz. Siegfried Ludwig Sporer, "Lessons from the Origins of Eyewitness Testimony Research in Europe", *Applied Cognitive Psychology* 22, 2008, s. 737 vd.

hakkı (m. 46) ve tanığa yemin verdirilmesi (m. 54) tanıktan kaynaklanan sebeplerin en aza indirilmesi suretiyle güvenilir bir delil kaynağı yaratmaya yönelik tedbirlerdir.

Tanıktan kaynaklanmayan sebeplere karşı tanığın korunması uygulamaları kapsamlı düzenlemeler, sağlam altyapılar ve mali kaynağa ihtiyaç göstermektedir. Bu koruma tedbirleri sadece korunan tanığın hayatında etki meydana getirmemekte, devlete de mali yük yüklemektedir.⁷ Bundan dolayı, gerek koruma tedbirleri uygulanacak kişi ve suç tipleri gerekse de koruma tedbirlerinin dikkatli seçilmesi ve uygun düzeyde tedbirlerin uygulanması önem kazanmaktadır.

Tanığın korunmasına ilişkin tedbirler, adil yargılanma hakkı⁸ (*right to fair trial*) ve bu kapsamda sanık hakları ile de bağlantılıdır.⁹ Tanığın korunmasına ilişkin tedbirler ile sanığın hakları arasında bir denge oluşturulması, ceza muhakemesinde tanığın korunmasına önem verilirken, hukuk devletinin insan hakları alanında önemli kazanımlarından olan sanık haklarının ihlal edilmemesi hususu mutlaka göz önüne alınması gereken hususlardandır.

Tanık koruma tedbirleri; ceza muhakemesine ilişkin tanık koruma tedbirleri ve kolluk tedbiri niteliğindeki tanık koruma tedbirleri olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁰ Çalışmamızda, böyle bir ayırımı gidilmeden, Tanık Koruma Kanunu'ndaki karma düzenleme esas alınarak tanık koruma tedbirleri irdelenmiştir. Bir suçun işlenmesinden itibaren başlayan süreç olan ceza muhakemesinde tanığın, kendisinden kaynaklanmayan ve güvenilirliğini azaltan hususlara dair korunması incelenmiştir. Ayrıca dolaylı yoldan tanığın korunmasını sağlayan duruşmanın kamuya kapalı yapılması (CMK m. 182 vd.), sanığın duruşma salonundan çıkarılması (CMK m. 200), duruşmada disiplini sağlamaya yönelik tedbirler (CMK m. 203 vd.) ve davanın veya duruşmanın nak-

⁷ Bruce, s. 23.

⁸ Feyzioğlu, adil yargılanma yerine dürtüst muhakeme kavramını kullanmaktadır (Metin Feyzioğlu, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *AÜHFD*, 1999, C. 48, S. 1-4, s. 135 vd.). Yazarın bu konudaki gerekçelerine katılmaktayız ancak adil yargılanma kavramını yaygın kullanımından dolayı tercih etmekteyiz.

⁹ Othman, s. 496.

¹⁰ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak*, Ankara 2009, s. 24 vd (Turhan, Tanıkların Korunması olarak anılacaktır).

li tedbirlerine (CMK m. 19) değinilmemiştir. Çalışmamızın sınırlarını aşacağından dolayı; tanık koruma tedbirlerinin alınmasındaki usul, tanık koruma tedbirlerine karar verecek makamlar, tanık koruma tedbirlerini uygulayacak adli ve idari yapıların nitelikleri ve tanık koruma tedbirlerinin sona erdirilmesi gibi hususlara da çalışmamızda yer verilmeyecektir.

2. Tanık Kavramı

Tanık, beş duyu organı ile edindiği bilgiyi mahkemede anlatan kişidir.¹¹ Tanık ancak gerçek kişi olabilir, duyu organları ile algılama ve algıladıklarını ifade etme özelliği sadece insana mahsus bir özelliktir.¹² Tanık, hukuk ve özel olarak ceza davalarında önemli bir delil kaynağı

¹¹ Mesut Ertanhan, *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Ankara 2005, s. 48; Cüneyd Altıparmak, "Türk Hukukunda Tanık Koruma", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 66, S. 1, Kış 2008, s. 171; "Şahadet, bir kimsenin gördüğünü, işittiğini yetkili makamlar huzurunda söylemesidir" (Eğilmez, s. 397); "Şahit, nizalı vakıayı, bizzat kendi hisleriyle idrak eden ve bu bilgisini hukuk ve ceza davalarında yetkili mercilere beyana mecbur üçüncü şahıstır" (Teoman Ergül, "Şahit ve Şahitlik", *Adalet Dergisi*, 1964/9-12, s. 1021); "Tanıklık, taraflardan olmayan bir kimsenin beş duyusu vasıtasıyla edindiği bilgilerin hakim huzurunda sözle ifade etmesi demektir" (Baha Arıkan, "Tanık", *Ankara Barosu Dergisi*, 1962/2, s. 130); "Hukuki kavram olarak tanıklık, belli vakıalara ait olmak üzere bir kimsenin gördüğünü, işittiğini ve bildiğini yetkili makamlar önünde bildirmesidir" (Gözübüyük, s. 545); Özlem Özel, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıkların Korunması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır)*, İzmir, 2002, s. 4; Serdar Güngör, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanığın Korunması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır)*, İzmir 2007, s. 4; İsa Döner, "Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık", *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır)*, İstanbul 1996, s. 19; "Muhakeme konusu olay hakkında beş duyusu aracılığı ile öğrendiklerini hakime anlatan üçüncü kişilere tanık, bunların yaptığı açıklamalara da tanık beyanı denir" (Turhan, s. 158, 159); "Tanık; olaylarla ilgili bildiklerini anlatmak zorunda olan üçüncü kişidir" (Osman Yaşar, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara 2007); "Tanık, yargılamanın tarafı olmayan ve beş duyusu ile elde ettiği bilgileri hakim önünde anlatan kişidir" (Veli Özer Özbek/M. Nihat Kanbur/Pınar Bacaksız/Koray Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi*, Ankara 2007); "Tanık, ceza ve hukuk yargılaması sırasında, olayla ilgili bilgileri olan ve bu bilgiler hakkında beyanda bulunan üçüncü kişilerdir" (Haluk Çolak/Mustafa Taşkın, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, Ankara 2007, s. 253); "Tanık, kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza soruşturmasında, olay hakkında beş duyusuyla edindiği algılamaları, sözlü olarak açığa vuran kimsedir" (Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı*, İstanbul 2006).

¹² Feyzioğlu, Tanıklık, s. 77; Ertanhan, s. 49; Ergül, s. 1021.

vazifesini üstlenmektedir. Vazifesinin öneminden dolayı, *Boriac* tanıklığı, tecrübe ve muhakemeden sonra insan bilgisinin kaynaklarından üçüncüsü olarak nitelenmektedir.¹³ Ceza muhakemesinde, yaşanmış olan maddi olayın yeniden canlandırılması söz konusudur. Bu anlamda maddi gerçeğe ulaşmak için tanıktan daha uygun bir ispat vasıtası mevcut değildir. Bu noktada tanık, adaletin gözü ve kulağıdır.¹⁴

Tanığın hukuki niteliği konusunda bazı yazarlar tanığı delil olarak kabul etmemektedir.¹⁵ Bu yazarlara göre “*delil*” ile “*delil kaynağı*” farklı şeylerdir. Delilde, görevsel bir nitelik bulunmasına rağmen, “*delil kaynağı*”nda statik ve bünyevi bir nitelik vardır. Bu kapsamda, Ahmet ve Mehmet’in tanıklık etmesi durumunda delil, “*tanık beyanı*”dır. Ahmet ile Mehmet ise yani tanıklar, “*delil kaynakları*”dır.¹⁶ Tanık beyanı, “*tarafardan olmayan, fakat olayın tanığı olmuş bir kişinin o olay hakkında beş duyusu ile edindiği bilgileri sübut konusunda karar verecek olan mahkeme veya onun yerine duruşma yaparak tanık dinlemeğe yetkili kılınmış bir mahkeme veya hâkim huzurunda tanıklık ederken yaptığı sözlü beyan*” olarak tanımlanmıştır.¹⁷

Tanık, muhakemede üçüncü kişi durumunda bulunan kimsedir.¹⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), sanığın tanık olmasını düzenlememiş ancak şeriklerin tanıklığına imkân sağlamıştır. Ancak şerikler, yeminsiz dinlenecektir (CMK m. 50). Buna karşılık, anglo-sakson hukukunda durum farklı şekilde düzenlenmiştir. Müşterek hukukta (*common law*), sanığın tanık olarak kabul edilmesi olanaklı değilken 1898 yılında Ceza Delilleri Kanunu (*Criminal Evidence Act*) ile sanığın tanıklığı kabul edilmiştir.¹⁹ Belirtmeliyiz ki, sanığın tanıklığı sadece sa-

¹³ Eğilmez, s. 397; Gözübüyük, s. 545.

¹⁴ Eğilmez, s. 399.

¹⁵ Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Onaltıncı Bası, s. 618; Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara 1996, s. 26; İlker Hasan Duman, “Tanıklık”, *Adalet Dergisi*, 1984/4, s. 978.

¹⁶ Kunter /Yenisey /Nuhoğlu, s. 618.

¹⁷ Kunter /Yenisey /Nuhoğlu, s. 661.

¹⁸ Bahri Öztürk/Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2007, s. 398; Alp Tekin Taşçı/Gülşen Taşçı, *Türkiye’de ve Dünyada Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Tanıklık ve Tanıkların Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler*, Ankara Barosu, Ağustos 2007, s. 11

¹⁹ Stewe Uglow, *Criminal Justice*, Second Edition, London 2002, s. 299; Mike McConville/Geoffrey Wilson, *The Handbook of the Criminal Justice Process*, Oxford Univer-

yunma açısından dır.

Ceza Muhakemesi Kanunu, tanığın dinlenmesinden bahsettiğinden dolayı tanık beyanı sözlü olmalıdır (m. 52). Tanık, yazdıklarını mahkemede okuyamaz. Ancak tanığın hatırlamasına yardımcı olacak şekilde notlarına bakması mümkündür.²⁰

Tanığın huzurunda beyanda bulunduğu makam, ispat konusunda karar vermeye yetkili olan mahkeme veya onun yerine geçmeye yetkili kılınan bir organ olmalıdır. Tanığın sözleri ancak tanıklık ederken “tanık beyanı” adını alır. Diğer hallerde “ifade”den söz edilir ve ifade de tutanağa geçirilince “beyan” delili değil, “belge” delili olur.²¹

Tanık, ceza muhakemesinde maddi olayın açığa çıkarılmasını sağlayan kişidir. Tanık, açıklamaları ile hâkime zihninde canlandırmaya çalıştığı, muhakeme konusu maddi olayın canlandırılmasında yardımcı olur. Adeta, hâkimin zihnindeki bomboş tuvale,²² fırça darbeleri ile geçmişte yaşanmış olayı resmetmeye çalışır. Beyanları, resmin bazen tamamını, bazense bir kısmını ortaya çıkarır. Hâkim, zihninde canlanan maddi olaya, bir şüpheye yer vermeyecek şekilde vicdani açıdan kanaat getirdiğinde hükmünü verecektir. Tanığın, bir delil kaynağı olma özelliği kaybolur veya kesintiye uğratılırsa, geçmişte yaşanan maddi olay muhakemede yeniden canlandırılmayacak ve bu durumda fail ve şerikler fayda sağlayacaktır.

Tanığın beyanlarının tesir altında kalmaması ceza muhakemesinin amacına ulaşması açısından gereklidir. Bunun için tanığın muhakeme içinde veya dışındaki süjelerin hukuka aykırı eylemlerinden korunması gereklidir. Nitekim yerinde olarak ifade edildiği gibi tehdit altında bulunan bir tanık için üç seçenek vardır; ya yalan tanıklık yapacaktır ya tanıklıktan kaçınacak ve hukuki sonuçlarına katlanacaktır ya da

sity Press, 2002, s. 199.

²⁰ Belirtelim ki bu kuralın istisnası dilsizler hakkındadır. Dilsiz tanık yazabiliyorsa yazarak ve imzalayarak, yazamıyorsa işaretlerinden anlayan biri aracılığıyla beyanda bulunur (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 661); Feyzioğlu, “tanık beyanı mutlaka sözlü olmalıdır” yerine “tanıklık mutlaka beyan yolu ile yapılır” denmesini savunmaktadır (Feyzioğlu, Tanıklık, s. 79).

²¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 662; Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2006, S. 2, s. 216.

²² Benzetme yerinde ise tual bomboştur çünkü hâkim kişisel olarak edindiği bilgileri kanaatini oluştururken kullanamaz. “Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir” (CMK.m.217)

tanıklık yapacak ve tehdidin gerçekleşmesine razı olacaktır.²³ Her üç durumda, birey özgürlüklerinin teminatı olan hukuk devleti açısından risk taşımaktadır. Bu açıdan tanığın, muhakeme içi veya dışı sùjelerin hukuka aykırı eylemlerine karşı korunması önem taşımaktadır.

3. Karşılaştırmalı Hukukta Tanığın Korunması

a. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde tanık koruma programı (*witness protection program*), 1970 tarihli Organize Suç Kontrol Kanunu'nun 5. başlığında yer almıştır.²⁴ Kanun koyucunun tanık koruma programını hukuk hayatına dâhil etmesinin sebebi organize suç örgütü üyeleri tarafından tanıkların cebir ve tehdide maruz bırakılmaları endişesidir.²⁵ Bu sayede, organize suç örgütü liderlerine karşı savcıların delil toplama imkânlarının genişletilmesi ve dolayısıyla organize suç ile mücadelenin etkin hale getirilmesi amaçlanmıştır.²⁶ Amerika Birleşik Devletleri'nde, tanıkların tanıklık yapmamaları konusunda ikna edilmeleri kabahat olarak düzenlenmekteydi ancak tanığa cebir ve tehdit uygulanması durumunda eylem cürüm oluşturmaktaydı. Bu dönemde yapılan tartışmalarda özellikle cebir ve tehdit uygulanmaksızın tanıkların tanıklığının engellenmesi faaliyetlerini cürüm olarak düzenleme,

²³ Haris, R.J., "Whither the Witness? The Federal Government's Special Duty of Protection in Criminal Proceedings after *Piechowicz v. United States*", *Cornell Law Review*, Vol.:76, 1991, s. 1315 (aktaran Risdon N. Slate, "The Federal Witness Protection Program: Its Evolution and Continuing Growing Pains", *Criminal Justice Ethics*, Vol.:16, No. 2, Summer 1997, s. 22).

²⁴ Slate, s. 22; Fyfe/McKay, s. 281; Douglas A. Kash, "Hiding in Plain Sight, A Peek into the Witness Security Program", *FBI Law Enforcement Bulletin*, May 2004, s. 26; Wilhelmina S. Koedam, "Participants in the Federal Witness Protection Program", *The American Journal of Family Therapy*, Vol.:21, No. 4, Winter 1993, s. 362; Belirtelim ki, 1970'den önce yasal mevzuat bulunmamasına rağmen tanık korumaya ilişkin uygulamalara Amerika Birleşik Devletleri'nde rastlanmaktadır. Joseph Valachi, İtalyan-Amerikan mafyasına aleyhine tanıklık etmesinin karşılığında 1963 yılında tanık koruma programına kabul edilen ilk kişidir (United Nations Office on Drugs and Crime, *Good Practices for the Protection of Witnesses in Criminal Proceedings Involving Organized Crime*, United Nations, New York 2008, s. 7)

²⁵ Tarik Abdel-Monem, "Foreign Nationals in the United States Witness Security Program: A Remedy for Every Wrong?", *The American Criminal Law Review*, Summer 2003, Vol. 40, No. 3, s. 1237.

²⁶ Abdel-Monem, s. 237.

mağdur tanıklar için özel hükümler sevk etme, tutuklu ve hükümlü bulunan tanıklar ve aile içi şiddet olaylarında şiddete uğrayan mağdur tanıklar gibi özel durumdaki tanıklar ile savunma makamına karşı yapılan gözdağı verme eylemleri üzerine yoğunlaşmıştır.²⁷

Tanık koruma programı, 1970 yılında başladığı zaman her yıl ortalama olarak 30-50 kişinin bu programdan yararlanacağı tahmin edilmiş ancak programa katılan kişi sayısı inanılmaz rakamlara ulaşmıştır. 1996 yılı itibariyle 7.000 tanık ve 9.000 aile yakını olmak üzere toplam 16.000 kişinin tanık koruma programından yararlandığı ifade edilmiştir.²⁸ Bu miktara aile bireyleri dâhildir ve her tanık için ortalama 2,5 aile bireyi koruma altına alınmaktadır. Programın Amerikan bütçesine maliyeti 1997 yılı için 61,8 milyon dolardır ve bu rakamı 20,2 milyon doları programı yürütmekle görevli kişilerin ödemelerine ayrılmaktadır.²⁹

Amerikan hukukunda, tanığın tanık koruma programına dâhil edilmesi için tanık beyanının önemi, aynı beyanın başka bir kimseden alınıp alınamayacağı, yeniden yerleştirildiği yerdeki topluma getirdiği riskin belirlenmesi için tanığın psikolojik değerlendirmesinin yapılması ve yetkililerin tanık koruma programına kabul edilmesi için uygun olup olmadığına dair görüşlerinin alınması gereklidir.³⁰

1970 Organize Suç Kontrol Kanunu'nda yer alan tanık koruma hükümleri hem sadece organize suçlar hakkında uygulanmış hem de uygulamada eleştirilere neden olmuştur. Eleştiriler özellikle tanık koruma programından yararlanan kişilerin, bu programın arkasına sığınarak bazı suçları işledikleri, borç takiplerinden kaçtıkları yolunda idi. Örneğin 1978-1982 yılları arasında 200 koruma altındaki tanık yeni suçlardan dolayı tutuklanmışlar ve 1984 yılına kadar 10 kişi koruma altındaki tanıklar tarafından öldürülmüştür.³¹ Bu eleştirilerin sonunda Tanık

²⁷ *American Bar Association Journal*, "Hearings Probe Problems of Victim/Witness Intimidation", Vol. 67, July 1979, 1025 vd; Ağustos 2004'te hazırlanan bir raporda da tutuklu ve hükümlü bulunan tanıklara dikkat çekilmiş ve tutuklu ve hükümlülerin iletişimin kaydedilmesi, hücreler arasındaki geçişlere nezaret edilmesi, nakillerinde alınması gereken tedbirlere ilişkin bir dizi öneri sunulmuştur (Steve Cooley, *Jailhouse Witness Protection Task Force Final Report*, Ağustos 2004, s. 10 vd.).

²⁸ Slate, s. 20; Abdel-Monem, s. 239.

²⁹ Slate, s. 20.

³⁰ Slate, s. 21.

³¹ Slate, s. 22.

Koruma Kanunu (*The Witness Security Act*) 1984 yılında kabul edilmiştir. 1984 Kanunu, tanık korumayı organize suçların yanı sıra bazı ağır suçlara da genişletmiş ve orantılılık şartı getirmiştir. Buna göre, tanık koruma kararının kamuya getirdiği risk, ondan elde edilecek faydaya göre fazla ise tanık koruma tedbirlerine başvurulamayacaktır.³²

Amerikan hukukunda tanık koruma kapsamında tanıklara doğum kaydı, sosyal güvenlik numarası, ehliyet gibi yeni belgelerin verilmesi; yeniden yerleşime tabi tutulacak yerin belirlenmesi; tanığın yeniden yerleşime tabi tutulacak yere nakli ve orada geçimini sağlayacak bir miktar para yardımı hizmetleri verilmektedir.³³

Son olarak belirtelim ki, sadece ceza davaları değil hukuk davalarında da tanıkların ve özellikle büyük şirketlere yönelik davalarda gizli muhbirlerin korunmasına yönelik hükümler de Amerikan hukukunda bulunmaktadır.³⁴

b. Almanya

Almanya'da tanığın korunmasına ilişkin hükümler, işlenen suçtan bağımsız olarak, muhakemenin çeşitli aşamalarında, soruşturma organları ve mahkemeye tanığın korunmasına ilişkin yetkiler vermektedir.³⁵ Alınacak tedbir; tehdidin ağırlığı, tanığın maruz kaldığı tehlike ve özel yoğunlukta bir korumaya ihtiyaç olup olmadığına göre değişmektedir.³⁶

Almanya'da yargı uygulaması, tanığın korunması ile savunma hakkı arasındaki çatışan yararlarında dengelenmesi amacıyla "üç basamak teorisi" olarak adlandırılan bir sistem geliştirmiştir. Orantılılık ilkesi dikkate alınarak en alt basamaktaki sistemin yeterli olmaması halin-

³² Slate, s. 26.

³³ Abdel-Monem, s. 238.

³⁴ Bu konuyla ilgili detaylı bir çalışma için bkz. Ethan D. Wohl, "Confidential Informants in Private Litigation: Balancing Interests in Anonymity and Disclosure", *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2007, Vol. 12, No. 3, s. 551 vd; Boyd Mangrum, "Retaliatory Lawsuits and Texa's Judicial Proceedings Privilege", *The Review of Litigation*, Summer 2003, Vol. 22, No. 3, s. 541 vd.

³⁵ Alman hukukunda tanık koruma tedbirlerine ilişkin yasal mevzuatın gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 44.

³⁶ Johan Peter Wilhelm Hilger, "Organized Crime/Witness Protection in Germany", *UNAFEI Resource Material Series No. 58*, December 2001, Tokyo, s. 99.

de bir sonraki basamağa geçilmektedir. En alt basamakta tehlikedeki tanığın duruşmada sorgusu esnasında korunmasına gayret edilmektedir. Bu basamak, ikametın gizlenmesinden, kimliğin saptanmasından vazgeçilmesine kadar geniş bir yelpaze sunmaktadır (StPO 68). İkinci gizlilik basamağı tanığın korunmasını güçlendirmekte, tanık naip ya da istinabe olunan hâkim tarafından sorgulanmaktadır. Üçüncü basamak ise bilgi veren kimsenin kimliğinin mahkeme ve muhakemeye iştirak edenler için tamamen gizli tutulmasını amaçlamaktadır.³⁷

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 68. maddesine göre, resmi sıfatı bulunan tanıklar (görevdeki polis memuru gibi), ikametgâhı yerine iş adreslerini vermeye yetkilidirler. Bu düzenleme bir mecburiyet değil, tanığa sağlanan bir haktır. Ancak resmi sıfatı bulunmayan tanıklar için, sorgulamayı yapan mahkeme tarafından, tanığın ikametgâhı yerine iş adresini vermesine yetki verilebilir. Böyle bir yetkilendirme için tanığa yönelik bir tehdit olmalıdır (StPO 68/2). İfşası, tanığın veya başka bir kimsenin hayatını, vücut bütünlüğünü veya özgürlüğünü tehlikeye atması halinde, tanığın kimliği gizli tutulabilmektedir. Bu durumda, tanığın kimliği ile ilgili belgeler, savcılıkta tutulmakta, mahkemeye sunulmamaktadır (StPO 68/3). Belirtelim ki, kimliğin açıklanmasına yönelik istisna, duruşma esnasında, beyana esas olan bilgilerin nasıl öğrenildiğine ilişkin sorular karşısında uygulanma kabiliyeti yoktur. Bu durum özellikle, gizli soruşturmacıları hedeflemektedir.³⁸

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 68b maddesi, tanığın sorgu esnasında haklarını şahsen kullanamayacak durumda olması halinde, mahkeme tarafından kendisine hukuki danışman atanabileceğini belirtmektedir. Hukuki danışman atanması, bazı ağır cürümlerde, ticari veya örgüt suçlarında mecburidir.³⁹

Tanığın duruşmaya katılmasının önünde uzun süreli veya devamlı bir engelin olması halinde, mahkeme, naip hâkim ile tanığı sorgulayabilecektir. Bu sorgu esnasında, sanık ve müdafî de hazır bulunabilir.

³⁷ Joachim Renzikowski, "Adil Yargılanma ve Anonim Tanık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Tanığında Korunmasında Üç Basamak Teorisi", (Çev.: Ali Kemal Yıldız), İn: *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara 2004, s. 266 vd.; Şahin, s. 159.

³⁸ Hilger, s. 100.

³⁹ Hilger, s. 100.

Alman CMK'nın 247. maddesinde yer alan şartların oluşması durumunda, sanık geçici olarak sorgudan çıkarılabilecektir. Ancak, tanığın hayatı için tehlike olması hali hariç, müdafî hiçbir surette sorgudan çıkarılamayacaktır. Naip hâkim tarafından yapılan sorgu esnasında video kaydı yapılabilecek ve bu kayıtlar duruşmada kullanılabilir (StPO 223).⁴⁰

Hazır bulunması halinde tanığın veya şeriklerden birisinin doğruyu söylememesi ihtimali bulunması halinde, mahkeme sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verebilir. Ancak bu durumda, mahkeme başkanı, tanığın beyanı hakkında sanığı bilgilendirmelidir. Tanığın güvenliğinin sağlanması mahkemenin görevidir. Tanık, ceza muhakemesine katılmaktan dolayı hayatına veya vücut bütünlüğüne yönelik tüm tehditlere karşı korunmalıdır (StPO 247).⁴¹

Tanık koruma ile ilgili başka bir hüküm, devlet sırlarının korunması konusu ile ilgili düzenlenmiştir. Buna göre, açıklandığı takdirde devlete zarar verecek bilgileri haiz tanıkların adreslerinin veya isimlerinin mahkemeye bildirilmesi yetkili makam tarafından reddedilebilecektir. StPO 96 gereğince, polis veya savcılık tarafından, aksi takdirde korunamayacak bir tanık, duruşmadan yasaklanabilecektir. Tanığın kimliği ve adresi savcılık tarafından gizli tutulacaktır ve bu tanığın yerine tanığın soruşturma esnasında ifadesini almış olan polis, savcı veya hâkim sorgulanacaktır.⁴²

Alman Tanık Koruma Kanunu'nda da (Zeugenschutzgesetz) tanık koruma ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Bunları kısaca şu şekilde özetleyebiliriz. Tanığın ifadesi alınırken, muhakemenin herhangi bir aşamasında kayda alınabilir. Bu kayıt özellikle, duruşma esnasında tanığın ifadesinin alınmaması ihtimalinin mevcut olması veya maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli olması durumunda zorunludur (StPO 58a). Tanığın korunmasına ilişkin diğer bir düzenleme, hâkimin, tanık için ciddi bir tehlike bulunduğu ve başka türlü önlenme imkânı olmadığı hallerde, tanığın muhakemeye katılan diğer kişilerden ayrı olarak ifadesini alabileceğidir. Bu durumda, tanığın ses ve görüntüleri, eşzamanlı olarak duruşma salonuna transfer edilmekte, hâkim ve

⁴⁰ Hilger, s. 100.

⁴¹ Hilger, s. 100, 101.

⁴² Hilger, s. 101.

ifadesi alınan sanık ile diğer kişiler arasında telefon veya telsiz iletişimi sağlanmakta ve savunma avukatına, herhangi bir zamanda soru sorma hakkı tanınmaktadır (StPO 168e). Aynı şartlar altında, başka bir yerde bulunan tanığın video-konferans yoluyla ifadesinin alınmasına da imkân tanınmıştır. İfadesi alınan tanık, duruşma salonunun yanında ayrı bir odada bulunabileceği gibi yurtiçinde veya dışında güvenli bir yerde de bulunabilmektedir (StPO 168e).⁴³ StPO 168e, soruşturma aşamasında video teknolojisi kullanılarak sanığın sorgusunu düzenlemektedir. StPO 247a ise duruşma aşamasında tanığın video teknolojisi ile dinlenmesini düzenlemektedir ve tanık, mahkeme heyeti ile duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olan diğer kişilerden ayrı bulunmakta ve mahkeme başkanı duruşma salonunda tanığın bulunduğu yere canlı yayın yolu ile bağlanarak ifadesini almaktadır.⁴⁴

Yukarıda belirtilen koruma tedbirleri ceza muhakemesi esnasında uygulanacak tedbirlerdir. Bununla birlikte, tanığa yönelen tehlike, muhakeme bittikten sonra da devam etmekte bazen artmaktadır. Buna yönelik olarak Alman Hukukunda, Polis Kanunu'nda tanık korumaya ilişkin hükümler bulunmaktadır.⁴⁵ Bunlar; tanığın fiziksel korunması, açık ve gizli olarak çalışan polis görevlileri tarafından izlenmesi veya eşlik edilmesi (escortlanması), yurtiçinde veya yurtdışında yeni bir kimlik verilmesi, geçici bir süre için kendisine yeni bir hayat kurabilmesi amacıyla yardım ve para verilmesidir.⁴⁶

c. Bosna-Hersek

Bosna-Hersek'te tanık koruma ile ilgili hükümler Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ile tanık koruma ile ilgili iki özel kanun-

⁴³ Hilger, s. 102.

⁴⁴ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 47.

⁴⁵ Almanya'da, 1998 Tanık Koruma Kanunu ile beraber Alman adli polisi (Criminal Police Task Force), tanık korumada uygulanacak taslak bir çerçeve geliştirdi. Bu durum, federal ve eyalet düzeyinde İçişleri Ve Adalet Bakanlıkları tarafından risk altındaki tanıkların korunması ile ilgili yönergelerin yayınlanmasına yol açtı. 2001 yılında kabul edilen Risk Altındaki Tanıkların Korunmasının Uyumlaştırılması (Yeknesaklaştırılması) Kanununa (Act to Harmonize the Protection of Witnesses at Risk) kadar söz konusu yönergeler tanık koruma programları için ana kaynak olarak kullanıldı. Mayıs 2003'de, 2001 tarihli Kanun hükümleri yönergeye dâhil edilerek uygulanmaya başlandı (United Nations Office on Drugs and Crime, s. 12).

⁴⁶ Hilger, s. 103, 104.

da düzenlenmiştir. Ceza Kanunu'nun 240. maddesinde, yetkili kişi tarafından veya mahkeme kararı ile gizli bilgi olarak belirlenmiş veya kanuna göre açıklanmaması gereken bilgilerin veya beyanda bulunan veya bulunmak üzere olan kişilerin kimliklerinin tespitini gerektirecek herhangi bir eylemde bulunan veya söz konusu kişilerin kimliklerini ifşa eden veya dağıtan kişinin cezalandırılması öngörülmüştür.⁴⁷

Tanıkların korunmasına ilişkin 2003 yılında kabul edilen Tehdit Altında ve Hassas Durumdaki Tanıkların Korunması Hakkındaki Kanun (*The Law on Protection of Witnesses Under Threat and Vulnerable Witnesses*) iki grup tanığın koruma altına alınmasını düzenlemektedir. Bunlar tehdit altındaki tanıklar ve hassas durumdaki tanıklardır. Tehdit altındaki tanıklar, ceza muhakemesine iştirak ettiğinden dolayı tehdit, gözdağı veya tanık beyanı ile ilgili benzer eylemler sonucu kişisel güvenliği veya ailesinin güvenliği tehlike altında olan kişilerdir. Hassas durumdaki tanıklar ise suçun konusu oluşturan eylemler yüzünden fiziksel veya zihinsel olarak sarsıntıya uğrayan kişiler ile çocuklar ve gençlerdir.⁴⁸

2003 tarihli Kanun'da ceza muhakemesi ile ilgili koruyucu tedbirler ve ek koruyucu tedbirler olmak üzere iki tür tedbir düzenlenmiştir. Ceza muhakemesi ile ilgili tedbirler; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun öngördüğünden farklı bir şekilde tanığı dinleme, mahkemenin tanığın sorgusu esnasında kontrolü sürekli elde tutması, tarafların rızası ile taraflar adına tanığa soru sorma yetkisinin mahkeme tarafından kullanılması, tarafların soru sorma hakları ihlal edilmeksizin teknik araçlarla tanığın sesinin veya görüntüsünün nakledilmesi, tanık beyanı alınırken sanığın dışarı çıkarılması (bu durumda tanık beyanın alınma aşaması teknik araçlarla kaydedilmeli ve sanığa sunulmalıdır), soruşturma aşamasında alınan ifadelerin okunması, sanığın veya müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin sınırlandırılmasıdır. Ek koruyucu tedbirler ise; tanığın veya ailesinin güvenliğinin tehlikeye düşmesi ihtimalini haklı çıkaracak nedenlerin bulunması halinde tanığın kişisel bilgilerinin korunması, bir paravanın arkasında tanık beyanının alınması, bir

⁴⁷ Marincio Jurcevic, "Witness Protection in Criminal Proceedings, Past Experience and Identified Problems", Presentation from Regional Conference, 3-7.2.2008, Atina, www.tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/presentation_of_Mr._Jurcevic_prosecutor_of_BiH.PDF, s. 1 (Erişim : 01 Mart 2009).

⁴⁸ Jurcevic, s. 2.

paravan arkasında bulunan tanığın teknik araçlarla alınan sesinin veya görüntüsünün değiştirilerek nakledilmesidir.⁴⁹

2004 yılında kabul edilen diğer bir kanun ise Bosna-Hersek'te Tanık Koruma Programı Üzerine Kanun'dur (*Law on the Witness Protection Program in BiH*). Bu kapsamda oluşturulan Tanık Koruma Birimi, tanık beyanında bulunan kişilerin yanı sıra ailelerinin de korunması görevini yürütmektedir. Kanun kapsamında tanıklara koruma ve destek tedbirleri uygulanmaktadır. Koruma tedbirleri olarak; fiziksel veya teknik koruma önlemleri, güvenlik kolaylıkları, Bosna-Hersek'te yeni bir yerleşimin sağlanması, geçici kimlik değişikliği, başka bir ülkede yerleşimin sağlanması ve kişilere koruma ve destek sağlanması bulunmaktadır. Destek tedbirleri olarak ise hukuki ve mali yardım, sosyal ve psikolojik destek ve diğer profesyonel yardım hizmetleri bulunmaktadır.⁵⁰

Bosna-Hersek'te 2005 yılında 22, 2006 yılında 82 ve 2007 yılında 155 olmak üzere 2005-2007 yılları arasında toplam 259 tanık için hizmet verilmiştir. Bunlardan 2/3'ünü kadın, 1/3'ünü ise erkek tanıklar oluşturmaktadır.⁵¹

d. İsviçre

İsviçre, tanık koruma ile ilgili mevzuatını geçirmiş olduğu yargısal deneyimler sonucu oluşturmuş ve incelenmesi gereken ülkelerden biridir. Tanık koruma ile ilgili hükümler İsviçre'de ilk kez Askeri Ceza Muhakemesi Kanunu'na 2003 yılında yapılan değişiklikle eklenmiştir.⁵²

1990'ların sonunda İsviçre Askeri Mahkemeleri Ruanda'da yaşanan uluslararası suçların yargılamalarını yapmıştır.⁵³ Bu yargılamalar esnasında tanıkların korunmasına ilişkin bir dizi işlemler gerçekleştirilmiştir. İsviçre Askeri Mahkemesi, tanıkların Ruanda'dan İsviçre'ye getirilmesinden, muhakeme esnasında dinlenmelerine, duruşma dı-

⁴⁹ Jurcevic, s. 3, 4.

⁵⁰ Jurcevic, s. 5, 6.

⁵¹ Jurcevic, s. 7.

⁵² Arnold, s. 483.

⁵³ Ruanda'da işlenen uluslar arası suçlarla ilgili olarak G ve Niyonteze davaları.

şında korunmalarına kadar birçok tanık koruma önlemini, mevzuatında yer almamasına rağmen başarıyla uygulamıştır. Bu uygulamaların sonucu olarak tanık koruma hükümleri üç sütun üzerine inşa edilmiştir; öncelikle tanıkların yaşamlarını ve vücut bütünlüklerini korumak, ikinci olarak hukuki danışmanlık ve bilgi hizmeti temin etme ve son olarak bakım ve destek tedbirleri sağlamaktır.⁵⁴

İsviçre Askeri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (İACMK) 98a maddesine göre yetkili askeri mahkeme başkanı, tanıkların korunması ile ilgili olarak koruyucu tedbirler alabilir. Bu koruyucu tedbirler genel olarak düzenlenmiştir ve mahkemeye geniş bir takdir hakkı verilmiştir. İACMK'nun 98b-98d maddelerinde ise tanık koruma ile ilgili özel tedbirler düzenlenmiştir. 98b'de düzenlenen tedbirler olay esaslı ele alınır ve kamu yararı, orantılılık ve savunmanın hakları da göz önünde tutulur. 98b'de düzenlenen en önemli koruyucu tedbir tanığın kimliğinin gizlenmesidir. Tanığın kimliğinin gizlenmesi için tanıklık edeceği suçun beş yıldan fazla cezayı gerektiren bir suç olması gereklidir (98b/a). Çoğunlukla bu suçlar Askeri Ceza Kanunu'nun 109. maddesinde düzenlenen ve uluslararası hukukun ağır ihlallerini oluşturan suçlardır. Tanığın kimliğinin gizli tutulmasına karar verme yetkisi sulh hâkimine veya yargılamayı yapan askeri mahkemenin başkanına aittir (98c). Tanığın kimliğinin gizli tutulmasına dair karar ancak Askeri Temyiz Mahkemesi'nin başkanının onayından sonra bağlayıcılık kazanmaktadır. Dolayısıyla, bir tanığın dinlenmesinden önce mahkeme, ifadeyi alan sulh hâkimi veya başkanın, Askeri Temyiz Mahkemesi'nden 30 gün içinde onay isteyen kararını beklemek zorundadır. Bu karar kesindir ve geri alınamaz. Kararın verilmesi ile beraber, dava ile ilgili tüm makamları bağlayıcı etki göstermektedir.⁵⁵ Tanığın kimliğinin gizlenmesi ile ilgili karar hukuka aykırı alınırsa, tanığın kimliği gizli kalmaya devam eder ancak tanık ifadeleri muhakemede kullanılamaz. Ancak tanık, kimliğinin gizli tutulması hakkından feragat ederse, gizlilik kararı bulunmayan bir tanık gibi ifade verebilir.

İACMK'nın 98d maddesinde ise tanığın kimliğinin gizliliğini sağlamaya yönelik diğer tedbirler düzenlenmiştir. Buna göre;

- Sorgulamayı yapan sulh hakimi veya mahkeme başkanı, tanı-

⁵⁴ Arnold, s. 484 vd.

⁵⁵ Arnold, s. 492, 493.

ğı tarafların yokluğunda dinleyebilir. Eğer müdafinin tanıkla ilgili önemli hususları sanığa bildirme tehlikesi mevcutsa müdafinin de bulunmamasına karar verebilir (98d/a),

- Tanığın kimliğinin doğrulanması işlemi tarafların yokluğunda yapılabilir ve daha sonra tanığın dinlenmesine geçilebilir (98d/b),

- Tanığın kimliği açıklanmaksızın dinlenmesini sağlamak için tanık için takma bir ad kullanılmasına karar verebilir (98d/c),

- Teknik araçlar, makyaj, peruk kullanımı veya sesin değiştirilmesi gibi tedbirler ile tanık için görsel veya işitsel kalkanlar oluşturabilir (98d/d),

- İfade alan sulh hâkiminin önünde verilen yeminli tanık beyanının kullanılmasına karar verebilir (98d/e),

- Savunma avukatlarının, belgelere ulaşma hakkına kısıtlamalar getirilebilir(98d/f).⁵⁶

İsviçre’de halen hazırlanmakta olan ve 2011 yılında yürürlüğe girmesi beklenen Federal Ceza Muhakemesi Kanunu, hali hazırda 26 kantonda mevcut olan ceza muhakemesi kanunlarını yürürlükten kaldıracaktır. Söz konusu taslak kanunda, İACMK’nın 98a-d maddelerinde düzenlenen tedbirlere benzer tedbirler yer almaktadır. Taslak kanuna göre tanık koruma kapsamında alınan tedbirler şunlardır;

- İfade vermeme hakkı,
- Tanığın kimliğinin kısmen veya tamamen gizli tutulması,
- Tanık beyanının kapalı duruşmada alınması,
- Tanık beyanının savunma veya iddia makamının olmadığı oturumda alınması,
- Tanığın görsel veya işitsel olarak duruşma ortamından izole edilmesi,
- Tanık beyanının görsel veya işitsel iletişim araçları ile duruşma salonuna nakli,
- Muhakeme esnasında yazılı ifadenin okunması.⁵⁷

⁵⁶ Arnold, s. 494.

⁵⁷ Arnold, s. 494.

4. Tanık Korumaya İlişkin Uluslararası Düzenlemeler

Tanık korumaya ilişkin düzenlemelerin ulusal hukuk sistemlerine dâhil edilmesine yönelik birçok uluslararası sözleşme bulunmaktadır. Bunlardan özellikle Birleşmiş Milletler düzeyinden yapılan sözleşmeler önem kazanmaktadır.

a. Birleşmiş Milletler Düzeyindeki Uluslararası Düzenlemeler

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 24. maddesinde tanıkların korunmasına yer verilmiştir. Ülkemizin de 30 Ocak 2003 tarih ve 4800 sayılı Kanun'la⁵⁸ onayladığı Sözleşme'ye göre taraf devletler, Sözleşme'de belirtilen suçlara ilişkin ifade veren tanıklara ve yakınlarına karşı etkin koruma sağlamak yükümlülüğü altındadır. Bu tedbirler; fiziksel koruma, yeniden yerleştirme, kimliklerinin ve buldukları yerlerin açıklanmaması veya açıklanmasına sınırlar getirilmesinin yanı sıra tanık beyanlarının iletişim teknolojilerinden yararlanılarak alınmasına ilişkin tedbirleri içermektedir. Ayrıca bu maddede yer alan tedbirler, tanıklık yapmaları halinde mağdurlara da uygulanacaktır.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'ün⁵⁹ 6 ve 7. maddesinde insan ticareti suçunun⁶⁰ mağdurlarının korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. İnsan ticareti mağdurlarının aynı zamanda insan ticareti suçunun tanıkları olduğu dikkate alınırsa, söz konusu hükümlerin dolaylı olarak tanığın korunmasını da kapsadığını görebiliriz. Protokol; mağdurların özel hayatları ve kimliklerinin korunması, uygun barınma olanağının sağlanması, yasal haklara ilişkin danışmanlık hizmeti, tıbbi, psikolojik ve maddi yardım ile çalışma, öğ-

⁵⁸ 4 Şubat 2003 tarih ve 25014 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır.

⁵⁹ Protokol 30 Ocak 2003 tarih ve 4804 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Kanun, 4 Şubat 2003 tarih ve 25015 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır.

⁶⁰ İnsan ticareti suçu hakkında geniş bilgi için bkz. Ahmet Caner Yenidünya, *İnsan Ticareti Suçu* (TCK m. 80), Ankara 2007; Olgun Değirmenci, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 67, Kasım-Aralık 2006, s. 57 vd.; *Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı*, Türkiye'nin İnsan Ticareti ile Mücadele Çabalarının ve Tüm İnsan Ticareti Mağdurlarının Adalet Erişimlerinin Desteklenmesi AB Hibe Projesi, Şubat 2009, Ankara.

renim ve eğitim olanaklarını düzenlemiştir.

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün⁶¹ 5 ve 16. maddelerinde de mağdurların ve dolayısıyla tanıkların korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Birleşmiş Milletler bünyesinde Uluslararası Uyuşturucu Madde Kontrol Programı (UNDCP), 2000 yılında Tanık Koruma Model Kanunu hazırlamıştır.⁶² Söz konusu Model Kanun, tanık koruma ile ilgili ulusal düzenleme yapmak isteyen ülkeler için rehber olması için hazırlanmıştır. Söz konusu Model Kanun'un 3. maddesinde tanık koruma tedbirlerine yer verilmiştir. Bu tedbirler; tanık için yeni bir kimliğin verilmesi, yeniden yerleşime tabi tutulması, tanığın uyum sağlama-na yönelik tedbirlerin alınması, tanığın malvarlığının naklinin sağlanması, makul düzeyde mali yardımın yapılması, tanığın güvenliğinin sağlanmasına yönelik diğer tedbirlerdir. Model Kanun, kendi ulusal mevzuatlarını hazırlayan ülkelere rehberlik etmiştir. İnceleyebildiğimiz kanunlardan Malezya 2008 tarihli Tanık Koruma Kanunu'nu⁶³ hazırlanırken Model Kanundan geniş ölçüde yararlanılmıştır.

Tanıkların korunmasına ilişkin düzenlemeleri içeren diğer bir sözleşme 2003 tarihli Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'dir. Ülkemiz tarafından da 18 Mayıs 2006 tarihinde 5506 sayılı Kanun⁶⁴ ile onaylanan Sözleşme'nin "*Tanıkların, Bilirkişilerin ve Mağdurların Korunması*" başlıklı 32. maddesinde, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 24. maddesinde yer alan tedbirlere yer verilmiştir.⁶⁵

b. Avrupa Konseyi Düzeyindeki Uluslararası Düzenlemeler

Avrupa Konseyi bünyesinde 10 Eylül 1997 tarihinde Savunma

⁶¹ Protokol 30 Ocak 2003 tarih ve 4803 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Kanun, 4 Şubat 2003 tarih ve 25014 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır.

⁶² Model Kanun için bkz. www.unodc.org/pdf/lap_witness_protection_2000.pdf, (Erişim : 1 Nisan 2009).

⁶³ Kanun metni için bkz. www.parlimen.gov.my/billindexbi/pdf/DR312008E.pdf, (Erişim: 10 Nisan 2009).

⁶⁴ 24 Mayıs 2006 tarih ve 26177 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır.

⁶⁵ Ayrıca bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 40.

Hakkı ve Tanıkların Korkutulması Hakkında Üye Devletlere R (97) 13 sayılı Tavsiye Kararı hazırlanmıştır. Söz konusu Tavsiye Kararı; tanımlar, genel ilkeler, organize suçla ilgili alınması gereken tedbirler, özellikle aile içindeki suçlar olmak üzere hassas durumda bulunan tanıklarla ilgili alınması gereken tedbirler ve uluslar arası yardımlaşma olmak üzere beş bölümden oluşmaktadır.⁶⁶

c. Avrupa Toplulukları Düzeyindeki Uluslararası Düzenlemeler

Avrupa Toplulukları bünyesinde yapılan düzenlemelerde tanık koruma tedbirleri organize suç ile mücadele kapsamında ele alınmıştır. Bu kapsamda 25 Kasım 1995 tarihli Uluslararası Organize Suç ile Mücadele Çerçevesinde Tanıkların Korunmasına Dair Konsey Kararı'nda organize suç ile mücadelede tanıkların korunmasının önemi vurgulanmış ve tanık "*hukuki konumu ne olursa olsun, bir ceza davasında yetkili makam tarafından önemli görülen kişiyi, ifşası halinde tehlike altına sokabilecek bilgi veya haberlere sahip olan kişi*" olarak tanımlanmıştır. Kararda, tanıkların ceza muhakemesinde ve sonrasında her türlü tehdit, baskı veya yıldırma biçimine karşı etkin şekilde korunması, bu korumanın tanığın yakınlarına da genişletilmesi, kimlik ve adres bilgilerinin gizlenmesi, kimliğinin tamamen değiştirilmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin bu konudaki içtihatları ile uyumlu olacak şekilde tanığın, sanık veya şüphelinin bulunmadığı bir yerde ifadesinin alınması veya ifade veya sorgusunun görsel veya işitsel araçlarla nakledilmesi önlemleri yer almaktadır.⁶⁷

Tanıkların korunması ile ilgili diğer bir Konsey Kararı ise 20 Aralık 1996 tarihli Uluslararası Organize Suç ile Mücadelede Yargısal Süreçle İşbirliği Yapan Bireyler Hakkındaki Karar'dır (*Council Resolution of 20 December 1996 on Individuals who Cooperate with the Judicial Process in the Fight Against International Organized Crime*).⁶⁸ Söz konusu Kararda, organize suç örgütleri ile diğer suç örgütlerinin içinde yer alan veya

⁶⁶ Geniş bilgi için bkz. J. F. Nijboer, "Children and Young Persons in the Criminal Justice System: The Council of Europe Recommendation on Witness Protection and Rights of Defence", *Criminal Law Forum*, Vol. 10, No. 4, 1999, s. 443 vd.

⁶⁷ Ümit Kocasakal, *Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları*, İstanbul 2004, s. 213, 214; Ayrıca bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 35.

⁶⁸ *Official Journal C 010*, 11/01/1997 P. 0001 - 0002

almış olan bireylerin, yetkili makamlara, örgüt ile ilgili kullanılabilir bilgi vermesi durumunda, kendileri hakkında koruma için uygun tedbirler alması üye devletlere tavsiye edilmiştir.

İspanya'da yaşanan bombalama eylemlerinden sonra 25 Mart 2009 tarihinde yayımlanan deklarasyonda⁶⁹ Konsey, terör olaylarında tanıkların korunması için bir Avrupa Programı oluşturmaya davet edilmiştir.

5. Türk Hukukunda Tanığın Korunması

a. Genel Olarak

Tanık koruma tedbirleri, ceza muhakemesinde soruşturma aşamasından kovuşturmayı sona erdiren hükme kadar her aşamada maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunan ve maddi olaya beş duyu aracılığı ile temas etmiş kişileri, maddi olayı ortaya çıkarmadaki katkılarından dolayı uğrayacakları zarardan korumayı amaçlamaktadır. Tanık koruma tedbirleri her tanığın özel durumu dikkate alınarak belirlenmelidir.⁷⁰ Burada, tanığın beyanıyla aydınlatılacak suçun ağırlığı, tanık beyanının tek delil olup olmadığı, aydınlatılacak suçun faillerinin bireysel failer mi yoksa suç örgütü üyesi mi oldukları hususu önem kazanmaktadır.

Türk Hukukunda, tanık koruma tedbirlerini açıkça tek elden düzenleyen Tanık Koruma Kanununun kabulüne kadar çeşitli mevzuatlarda dağınık olsa da tanıkların korunmasına yönelik tedbirler bulunmaktaydı. Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda tanığın korunması ile ilgili özel düzenleme bulunmamasına karşın, Türk hukukunda tanık koruma konusundaki ilk düzenlemeye 3419 sayılı Bazı Suç Failleri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun'da⁷¹ rastlanmaktadır.⁷² Söz konusu Kanun, itirafçılara ilişkin özel düzenlemelere yer vermektedir.

⁶⁹ Declaration on Combating Terrorism, <http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/DECL-25.3.pdf>, (Erişim Tarihi: 10 Şubat 2009)

⁷⁰ Fyfe/McKay, s. 281.

⁷¹ 30 Mart 1988 tarih ve 19770 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

⁷² *Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı*, Türkiye'nin İnsan Ticareti İle Mücadele Çabalarının ve Tüm İnsan Ticareti Mağdurlarının Adalet Erişimlerinin Desteklenmesi AB Hibe Projesi, Şubat 2009, Ankara, s. 178, 179; Çolak -Taşkın, s. 255.

2002 CMUK Tasarısı'nın 60. maddesinde tanık koruma ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre, kimlik veya adres açıklanması halinde tanığın kendisinin veya başkasının tehlikeye düşeceği endişesinin bulunması halinde, tanığın kimliğinin açıklanmamasına veya kendisine ulaşılabilecek başka bir adres verilmesi imkânı sağlanmaktadır. Ancak düzenlemeye göre tanık, tanıklık ettiği olayları hangi neden ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamak zorundadır. Tanığın dinlenmesi suretiyle kimliğinin açıklanması halinde 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 20. maddesindeki tedbirlerin uygulanmasına karar verilebileceği Tasarıda yer almaktadır.⁷³

Mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde⁷⁴, "*Tanığın ve Görevlilerin Korunması*" başlıklı özel bir düzenleme yer almaktadır.⁷⁵ Düzenlemeye göre tanığın, muhbirin veya diğer görevlilerinin kimliklerinin gizliliği esas tedbirdir. Ancak kimliğin açıklanması halinde söz konusu kişiler için 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan tedbirler uygulanacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesi ve Tanık Koruma Kanunu'nda yer alan düzenlemeler de, Türk hukukunda tanıkların korunması ile ilgili asli düzenlemelerdir. Tanık Koruma Kanunu'nun yasalaşması sürecinde, hükümetin teklif ettiği metin ile Adalet

⁷³ Şahin, s. 169, 170.

⁷⁴ Tanığın ve görevlilerin korunması
MADDE 7.- Tanığın kimliğinin veya meskeninin veya ikametgâhının veya işyerinin bilinmesi, kendisi veya başkaları için ciddi bir tehlike ihtimalini ortaya çıkarırsa;

a) Tanık için her türlü tebligatın yapılacağı ayrı bir adres tespit edilebilir ve tanığın kimliği soruşturmanın her aşamasında gizli tutulabilir.

b) Tanığın verdiği bilgilerden hareketle diğer delillerin tespitinin mümkün olması halinde, kimliği soruşturmanın hiç bir aşamasında açıklanmaz.

Tanığın dinlenmek suretiyle kimliğinin açıklanması gerektiğinde, tanık hakkında 12.4.1991 tarihi ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 20. maddesindeki hükümlerin uygulanmasına karar verilebilir.

Yukarıdaki fıkralarda yer alan hükümler, muhbirler ve bu Kanunun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta veya soruşturulmasında görev alan kolluk amir ve memurları hakkında da uygulanır, kimlik bilgileri ile görevine ve özel hayatına ilişkin bilgiler hiçbir şekilde açıklanamaz.

Kimlik, görev ve özel hayata ilişkin bilgileri açıklayanlara veya açıklanmasına yardımcı olanlara bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

⁷⁵ Aynı şekilde bkz. Altıparmak, s. 171.

Komisyonu'nda kabul edilen ve yasalâşan metin arasında, uygulanacak koruma tedbirleri bakımından iki temel farklılık göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, Hükümetin teklif ettiği metinde yer alan ve koruma altına alınan kişinin kendisini savunması için silah ruhsatı verilmesini içeren düzenleme Adalet Komisyonu tarafından çıkarılmıştır. İkinci farklılık olarak, Hükümetin teklif ettiği metnin 5. maddesinin (g) bendinde bulunan "işe yerleştirilmesi" tedbiri Adalet Komisyonu tarafından metinden çıkarılmıştır. Her iki değişiklik bakımından da Adalet Komisyonu tarafından suiistimallerin önlenmesi gerekçe gösterilmiştir.

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle Tanık Koruma Kanunu'nda yer alan düzenlemeler açıklanacak daha sonra Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan düzenleme ile diğer kanunlarda yer verilen tedbirlere kısaca değinilecektir. Çalışmamızın bu bölümü tüketici nitelikte olmayıp, Tanık Koruma Kanunu'nda yer alan tedbirleri açıklamayı amaç edinmektedir.

b. Tanık Koruma Kanununda Düzenlenen Tedbirler

i. Tanık Koruma Tedbirlerinin Uygulama Alanı

Tanık Koruma Kanunu'nda yer alan tanık koruma tedbirlerinin uygulama alanı; uygulama alanına giren kişiler ve suçlar bakımından sınırlandırılmıştır. Kanun'a göre tanık koruma tedbirinden ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile tanık sıfatıyla dinlenen suç mağdurları ve yakınları istifade edebilecektir.

Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen kişiler kavramına ceza muhakemesine konu olan maddi olay hakkında herhangi bir bilgi veya görgüsü olan kişiler öncelikle dâhildir. Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişiler de, tanıklık yapmaları durumunda tanık koruma tedbirlerinden istifade edebilecektir (CMK m. 45, 46). Bununla birlikte CMK m. 50'de düzenlenen ve yemin verilmeden dinlenen tanıklar da, ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen kişi olarak değerlendirilecek ve tanık koruma tedbirlerinden yararlanacaktır. Bu kapsamda, soruşturma veya kovuşturma konusu suça iştirak eden kişiler ile söz konusu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini, yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar da, ceza muhakemesinde tanıklığı söz konusu olaca-

ğından dolayı Kanun kapsamında değerlendirileceklerdir.⁷⁶ CMK m. 236 gereğince tanık olarak dinlenen suç mağdurları da tanık koruma tedbirlerinin uygulama alanında yer almaktadır.

11 Kasım 2008 tarih ve 27051 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik olarak anılacaktır), Kanun'da yer alan tanık kavramını genişletmiş ve CMK m. 50'de yeminsiz olarak dinleneceği belirtilen soruşturma veya kovuşturma konusu suça iştirak eden kişiler ile söz konusu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini, yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanları da tanık kavramı içinde zikretmiştir (m. 4/e). Ayrıca Yönetmelik, tanık olarak dinlenen kişilerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy ya da altsoy, ikinci derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde oldukları kişileri de tanık olarak değerlendirilmiştir. Belirtelim ki son saydıklarımız, tanık değillerdir ancak tanık koruma tedbirleri haklarında uygulanan kişilerdir. Bundan dolayı Yönetmeliğin bu kişileri tanık kavramının içinde değerlendirmesi uygun bir çözüm olmamıştır.⁷⁷ Ayrıca, bu kişiler ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenmeyeceklerinden dolayı haklarında ceza muhakemesine ilişkin koruma tedbirleri uygulanmayacak, Kanun'un 5. m. 1. fıkrasının ç ve devamında yer alan bentlerindeki tedbirler uygulanabilecektir.⁷⁸

Yönetmelik 4. maddesinde tanığı tanımladıktan sonra 6. maddesinde haklarında tanık koruma tedbiri uygulanabilecek kişileri saymıştır. 6. maddede, tanık kavramını tanımlarken ifade edilenlerin haricinde tanık koruma biriminde görev yapan personel ile Yönetmelik kapsamındaki suçlarda istihbarat birimlerinde, soruşturulmasında veya kovuşturulmasında gizli soruşturmacı, muhbir ve kolluk personeli ile diğer görevlerde bulunan kamu personelini de kapsam içine almıştır.

⁷⁶ Belirtmeliyiz ki, soruşturma ve kovuşturma konusu suça iştirak eden ve bu nedenle sanık veya şüpheli olan kişilerin tanık kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalı bir husustur. Konumuzun sınırları dışında olduğundan dolayı söz konusu kişilerin tanık kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalarına girmeden haklarında Tanık Koruma Kanununda yer alan tedbirlerin uygulanabileceğini tespit ile yetinmekteyiz.

⁷⁷ Ayrıca bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 189.

⁷⁸ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 191.

Bu düzenleme Kanunu'nun 22. maddesinden Yönetmelik'e alınmıştır.

Yönetmelik'te yer alan ve tanık koruma kapsamındaki suçlarda çalışan kamu görevlileri ve muhbirlerin korunması, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hiç şüphesiz hizmet etmektedir. Bu düzenleme ile diğer ülkeler uygulamalarının göz önüne alınarak muhbirler ve kamu görevlilerinin de tanık koruma tedbirlerinin uygulama alanına sokulması yerinde bir çözüm olmuştur. Ayrıca her ne kadar Kanun metninde ve Yönetmelik'te "*dinlenen*" ibaresi kullanılmış ise de henüz dinlenmemiş ancak dinlenecek tanıklar ve diğer kişilerin de koruma altına alınması gerekmektedir. Bu kapsamda tanık koruma tedbirlerinin ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenecek kişileri kapsayacak şekilde uygulanması gerekmektedir.⁷⁹

Diğer ülkeler uygulamasına bakıldığında tanık koruma tedbirlerinden istifade eden kişilerin tanıklar ve diğer sığata haiz kişiler olarak ayrıldığı görülmektedir. Tanıklar kapsamında, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlayan ve suçta iştirak eden şerikler, mağdur-tanıklar, uzman tanıklar ve suçta iştirak etmeyen görgü tanıkları düzenlenmektedir. Suçta iştirak eden şerikler veya diğer sanık veya hükümlü kişilerin tanık olarak ifade vermeleri durumunda, birçok hukuk sisteminde ceza bağışıklığı sağlanmamasına rağmen, ceza da indirimine gidilmektedir. Örneğin İtalya'da 2001 yılında yapılan değişiklikle tanık olarak ifade veren şerikler veya diğer suçlardan sanık veya hükümlü olarak bulunanlara, 180 günlük bir zaman diliminde ifadelerini eksiksiz olarak vermeleri karşılığında şartla salıverme imkânı, hapis cezasının evde çekilmesinin sağlanması, belirli bir süre izin verilmesi gibi imkânlar sağlanmaktadır. Başka bir suçtan hükümlü olarak bulunan tanıklara da, hapisshanede ayrı bir bölümde tutulma, tanık olarak farklı bir isim kullanma, tanık olarak ifade vermek için yapılan intikallerde güvenliğin sağlanması gibi özel uygulamalar yapılmaktadır. Bu kapsamda Hong Kong ve Hollanda da, tanık olarak dinlenen ve aşırı risk taşıyan hükümlüler için hapisshanede özel güvenlik birimleri kurulmuş ve bu kişiler için özel tedbirler uygulanmaktadır.⁸⁰

Haklarında tanık koruma tedbirleri uygulanan diğer sığata haiz ki-

⁷⁹ Ayrıca bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 188 vd.

⁸⁰ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 19, 20.

şiler ise ceza muhakemesinde görev alan ve bu görevlerinden dolayı yaşamları veya vücut bütünlükleri tehlikeye girme ihtimali bulunan hâkimler, savcılar, gizli soruşturmacılar, muhbirler ve tercümanlardır. Avustralya, Kanada, Letonya, Hollanda, Norveç ve Birleşik Krallık'ta, muhbirler tanık koruma sistemine kabul edilmektedirler. Buna karşın Almanya, Slovakya ve Birleşik Devletler'de tanık koruma tedbirleri sadece tanıklar için uygulanmaktadır.⁸¹

Tanık koruma tedbirlerinin uygulanacağı suçlar, Tanık Koruma Kanunu'nun 3, Yönetmelik'in ise 5. maddesinde üç ana başlık altında düzenlenmiştir. Buna göre; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda veya ceza hükmü içeren özel ceza kanunlarda düzenlenen suçlardan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapsi gerektiren suçlarda tanık koruma tedbirleri uygulanabilecektir. Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ceza alt sınırı olarak iki yıl uygulanacaktır. Üçüncü bir grup olarak suçun terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ceza sınırı göz önünde tutulmayacak ve tüm suçlarda tanık koruma tedbirleri uygulanabilecektir.

Tanık koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için Kanun'da belirtilen kişilerin veya yakınlarının hayatları, beden bütünlükleri veya mal varlıkları ağır ve ciddi bir tehlikeye maruz kalması gerekmektedir. Söz konusu tehlike, herhangi bir nedenden değil, koruma altına alınmasına karar verilen kişilerin ceza muhakemesindeki tanıklık görevlerinden kaynaklanmalıdır. Ayrıca koruma altına alınacak kişilerin hayatına, beden bütünlüklerine veya mal varlıklarına yönelecek tehdidin Kanunun gerekçesinde de işaret edildiği üzere "*somut gerçeklere*" dayanması gerekmektedir. Somut gerçeklere dayanmayan soyut nitelikteki tehditler, tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasını gerektirmeyecektir.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında bazı mevzuatlarda tanık koruma tedbirlerinin uygulanacağı suçları ceza sınırına bakarak tespit ettiğini görmekteyiz. Örneğin Birleşmiş Milletler 2000 tarihli Model Kanunu'nda ölüm veya 12 aydan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar tanık koruma tedbiri gerektiren suç kapsamında değerlendirilmiştir. Ayrıca Ülkemizin de taraf olduğu Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2. maddesinin (b) bendinde de tanık

⁸¹ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 22.

koruma tedbiri alınması gereken suçlar bakımından dört yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektirme kıstası esas alınmıştır.⁸² Fransız Ceza Usul Kanunu'nun 706-58 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, aşağı sınırı beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlarda, sorgu hâkimi, tanığın kimliliğinin gizli tutulmasına karar verebilecektir.⁸³ Bazı kanunlar ise tanık koruma tedbirleri uygulanacak suçları tek tek saymaktadır. Örneğin Güney Afrika Tanık Koruma Kanunu, Kanun ekinde bu yöntemi kullanmaktadır.⁸⁴ Alman ve Amerikan uygulamasında ise organize ve ağır suçlar tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasını gerektirmektedir.⁸⁵ Bir başka düzenleme şekli de karma metodun kullanılmasıdır. Bu metodu kullanan kanunlar, bazı suçları önemine binaen ismen saymakta ve son olarak sayıma tabi tutulmayan diğer suçları ceza miktarı ile sınırlamaktadır. Örneğin Tayland'ın 2003 tarih ve 2546 sayılı Kanunu'nda uyuşturucu madde ticareti, ulusal güvenliğe karşı suçlar, organize suçlar, yolsuzluk, kara para aklama, gümrük mevzuatının ihlali ve insan ticareti suçları sayıldıktan sonra 10 yıldan fazla cezayı gerektiren suçlarda da tanık koruma tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.⁸⁶

ii. Kimlik ve Adres Bilgilerinin Gizlenmesi

Tanık kimliğinin savunma makamu ve kamudan gizli tutulması, özellikle tanık beyanının tanığın kimliğine ilişkin emareler taşımadığı durumlarda etkin bir tanık koruma tedbiridir. Bundan dolayı, tanık koruma tedbirlerine yer veren tüm ülke mevzuatlarında tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması yetkisi verilmekte ve bu bilgilerin gizliliğinin korunması için gerekli tedbirler alınmaktadır.

Ülkemizde, Tanık Koruma Kanunu'nun 5. maddesine göre koruma altına alınan tanığın kimlik ve adres bilgileri gizli tutulabilecek ve kendisine yapılacak tebligatlarda ayrı bir adres tespit edilebilecektir. Kanun, tanık için kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulabileceğini belirtmiş ancak tanık için kod isim kullanılmasına ilişkin bir hüküm sevk

⁸² Tanık Koruma Kanunu'nun 3. madde gerekçesi.

⁸³ Tanık Koruma Kanunu'nun 3. madde gerekçesi.

⁸⁴ *Government Gazette*, 27 November 1998, No. 19523, s. 32.

⁸⁵ Tanık Koruma Kanunu'nun 3. madde gerekçesi.

⁸⁶ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 26.

etmemiştir. Ancak Yönetmeliğin 11. maddesi gereğince Savcılık veya Mahkeme koruma altına alınan tanığı, tanık koruma defterine kaydettikten sonra gerekli görürse kendisine bir kod isim verebilecektir.

Tanığın muhakeme esnasındaki tüm beyanları belirlenen kod isimle tutanaklara kaydedilecektir (Yön. m. 11/4). Tanığın talebinin bulunması ve talebin uygun görülmesi halinde tanığa elektronik iletişim araçları vasıtasıyla çağrı yapılabilecektir. Tanığın gerçek kimlik ve adres bilgilerine, Cumhuriyet savcısı veya mahkemeye gönderilen evrakta yer verilmeyecektir. Tanığın gerçek kimlik ve adres bilgileri ile daha önce kollukta ifadesinin alınmış olması durumunda, evrak aslı veya suretleri ilgili kayıtlara şerh verilmek suretiyle kolluktan alınacak ve Cumhuriyet savcısı veya mahkemede gizlilik esasları çerçevesinde saklanacaktır.

Karşılaştırmalı hukukta tanığın kimliğinin gizli tutulması ve dolayısıyla anonimliğinin sağlanması hususunda başlıca iki yöntem uygulanmaktadır. Bunlardan ilki, tanığın kısmen anonimliğinin sağlanması diğeri ise bütünüyle anonimliğin sağlanmasıdır. Tanığın kısmen anonimliğinin sağlanmasında savunmaya tanığı çapraz sorguya alma hakkı tanınmakta ancak tanığın, gerçek ismini, kişisel bilgilerini, adresini, mesleğini ve çalıştığı yeri açıklama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu yöntem özellikle gizli soruşturmacıların tanıklığına başvurulduğunda kullanılmaktadır. Gizli soruşturmacı, mahkemede operasyon esnasında bilinen kod ismiyle dinlenmekte ancak gerçek görevini açıkça ifade etmektedir. Bütünüyle anonimlikte tanığın kimliğiyle ilgili tüm bilgiler gizli kalmakta ve bu gizlilik mahkeme tarafından garanti edilmektedir. Tanık, mahkemede ifade vermekte ancak bir perde arkasında bulunma, görüntüsünü gizleme veya sesin değiştirilmesi gibi tedbirlerle gizliliği sağlanmaktadır.⁸⁷

Almanya'da bütünüyle anonimlik yöntemi uygulanmaktadır. Buna göre, tanığın söyledikleri, tanık yerine geçen kolluk görevlisi tarafından mahkemede ifade edilmektedir. Tanığın kimliğini ifşa edecek bilgiler hariç olmak üzere, savunma makamının tanığın kolluk görevlisi tarafından aktarılan ifadeyi reddetme hakkına sınırlama getirilememektedir. Ayrıca, savunma makamı, yazılı olarak anonim tanığa soru sorabilmekte ve görevliler tarafından cevabını alabilmektedir.

⁸⁷ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 38, 39.

Başkasından duyduğunu aktarma niteliği (hearsay) yönünden hassas olan bütünüyle anonim tanık beyanının, diğer delillerle desteklenmediği sürece değerinin sınırlı olduğu Alman Federal Mahkemesi tarafından kararlaştırılmıştır.⁸⁸ Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu'na 1994 yılında yapılan eklemeler ile ceza muhakemesi esnasında tanığın kimliğinin gizli tutulması imkânı getirilmiştir. Bu konudaki kararı tanık ifadesini alan mahkeme verecektir ve mahkemenin kararına karşı itiraz yolu açıktır (m. 226a-f).⁸⁹

iii. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkına Sahip Olan Kişiler Bulunmaksızın Dinlenmesi veya Ses ve Görüntüsünün Değiştirilerek Dinlenmesi

Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 24. maddesinin 2. fıkrasında, taraf devletlere tanık beyanlarının video bağlantısı veya diğer iletişim araçlarından yararlanılmak suretiyle aktarımının yapılarak tanık güvenliğinin sağlanması tavsiye edilmiştir.⁹⁰ Ayrıca, R (97) 13 sayılı Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı'nın 9. maddesinde, tanıkların sorgulanmasında iletişim araçlarından yararlanılması suretiyle tanığın anonimliğinin sağlanmasına ilişkin tavsiye düzenlenmiştir.⁹¹

Tanığın, duruşma salonu haricinde başka bir ortamda bulunurken sorgulanması esnasında ses ve görüntü aktarımı yapılabilir. Ses ve görüntü aktarımı konusunda karşılaştırmalı hukukta iki sistem kullanılmaktadır. Bunlardan birisi tek yönlü kapalı devre sistemi, diğeri ise iki yönlü kapalı devre sistemidir.⁹² Tek yönlü kapalı devre siste-

⁸⁸ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 39.

⁸⁹ Kanun metni için bkz. www.rechten.uvt.nl/victimology/other/threatwitnNL.pdf, (Erişim: 1 Nisan 2009).

⁹⁰ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 36; Kanun tasarısı 9. madde gerekçesi.

⁹¹ Nijboer, s. 463.

⁹² Mark A. Small, "Constitutional Challenges to Child Witness Protection Legislation: An Update", *Violence and Victims*, Vol. 9, No. 4, 1994, s. 369; Amerika Birleşik Devletleri'nde tanığın ifadesinin alınması esnasında, sanık ile karşılaştırılmamasına yönelik tedbirlerin anayasaya aykırılığı sorgulanmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1989 yılında Craig v. Maryland kararında, Anayasada düzenlenen yüzleştirme ilkesinin (confrontation clause) sanığa mutlak bir hak sağlamadığını, tanık beyanının doğruluğunun başka türlü sağlandığı ve kamu düzeninin de ge-

minde, duruşma salonunda bulunanlar sadece sorguyu izlemektedirler, soru sorma hakları bulunmamaktadır. İki yönlü sistemde ise soru sorma imkânı bulunmaktadır. Türk hukukunda, gerek Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinde, gerekse de Yönetmeliğin 12. maddesinde soru sorma hakkı saklı tutulduğundan dolayı ancak iki yönlü kapalı devre sistemi uygulanabilir. Belirtelim ki, soru sorma hakkının saklı tutulması, hem karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelerle hem de AİHM'nin içtihatları ile paralellik sağlanması açısından yerinde bir düzenleme olmuştur.

Türk hukukunda ses ve görüntü aktarımı suretiyle tanığın dinlenmesi için CMK m. 58/3 gereğince duruşmada hazır bulunma hakkı olanlar huzurunda dinlenmesinin tanık için ağır bir tehlike teşkil etmesi ve bu tehlikesinin başka türlü önlenememesi veya maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturması gereklidir.⁹³ Ses ve görüntü aktarımı sırasında hâkimin, tanığın yanında mı bulunacağı yoksa başka bir odada mı bulunacağı hususu Türk hukukunda açık düzenlenmemiştir. Bu konuda öğretide dinlenme sırasında tanık ve hâkimin, duruşma salonunda veya başka bir yerde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar ise başka yerde olacak şekilde bulunabileceği ve bunların arasında ses ve görüntü aktarımı yapılabileceğine ilişkin görüş belirtilmiştir.⁹⁴ Bununla birlikte, hâkimin duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlarla birlikte bulunması ve tanığın ses ve görüntü nakli suretiyle ifadesinin alınmasına bir engel bulunmadığı da ifade edilmiştir.⁹⁵ Her ne kadar CMK 58'in lafzi yorumunda hâkimin, tanık ile birlikte bulunması gerektiği sonucu çıksa da, kanaatimizce hâkim, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlarla birlikte bulunabilir ve tanığın ifadesini ses ve görüntü nakli suretiyle alabilir.

Tanık ve sanığın birbirini önceden tanıdığı durumlarda, tanık

rektirdiği durumlarda yüzleştirme hakkının, yüz yüze gelmeksizin de sağlanabileceğini belirtmiş ve eyaletlerde yer alan düzenlemeleri anayasaya uygun bulmuştur (Small, s. 371). Söz konusu karar her ne kadar da çocuk tanıklar için verilmişse de, Yüksek Mahkeme'nin bakış açısının anlaşılabilmesi için karara değinilmiştir. Ayrıca bkz. Kash, s. 26.

⁹³ Ersan Şen/Yasemin Yurttaş, "Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provakatör", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 3, S. , Nisan 2008, s. 28

⁹⁴ Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 197.

⁹⁵ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 128.

kimliğinin gizli tutulabilmesi amacıyla sanığın sorgu sırasında mahkeme salonundan çıkarılması mümkün olduğu gibi görüntü ve seslerin değiştirilmesi yoluna da başvurulabilir. Sorgu sırasında tanığın mahkeme salonundan çıkarılması CMK'nın 200. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, sanığın yüzüne karşı şeriklerden birinin veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilmesi halinde, mahkeme tarafından sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verilebilecektir. Ancak bu durumda, sanık tekrar getirildiğinde hazır bulunmadığı zamanda yapılan sorguya ilişkin tutanaklar okunacak ve gerekirse tutanakların içeriği kendisine izah edilecektir (CMK m. 200/2).

Türk hukukunda tanığın ses ve görüntüsünün değiştirilmesi tedbiri CMK'da düzenlenmemiştir. Tanık Koruma Kanunu ise tanığın duruşma salonunda fiziksel görünümünü engellenecek tarzda dinlenmesinin (m. 9/3) yanı sıra tanığın duruşma salonu dışında ses ve görüntüsünün nakli yoluyla dinlenmesi sırasında ses veya görüntüsünün değiştirilmesi de (m. 9/2, 5/1 b) düzenlenmiştir.⁹⁶ Sanığın duruşmada hazır bulunması durumunda, tanığın görüntüsünün makyaj yapmak, peruk kullanmak, geniş güneş gözlükleri ile değiştirilmesi yoluyla tanığın gizliliği sağlanabilir.

Bununla birlikte, elektronik aletler kullanımı ile sesin veya görüntünün değiştirilmesi de mümkündür.⁹⁷ Tanığın hem ses hem de görüntüsünün aynı anda değiştirilip değiştirilmeyeceği tartışmalı bir husustur.⁹⁸ Tanık Koruma Kanunu "*veya*" bağlacını kullanmak suretiyle ikisinden birinin değiştirilmesi gerektiği gibi bir ifade kullanmışken, Yönetmelik uyarınca her ikisinin de değiştirilmesi mümkün hale getirilmiştir. Kanaatimizce, Kanun'da yer alan "*veya*" bağlacı, tanık koruma tedbirlerinin amacı dikkate alındığında uygun şekilde kullanılmamıştır. Söz konusu bağlacın, Yönetmelikte olduğu gibi hem görüntü hem de sesin değiştirilmesine imkân verecek şekilde "*ve*" olarak anlaşılması gereklidir.

⁹⁶ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 136.

⁹⁷ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 37; Behiye Eker Kazancı, "Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Temmuz 2006, S:7, s. 159.

⁹⁸ Bu konuda tartışma için bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 136 vd.

iv. Tutuklu ve Hükümlülerin Durumlarına Uygun İnfaz Kurumlarına Yerleştirilmesi

Tutuklu veya hükümlü tanıkların, tanıklık yaptıktan sonra tutukevi veya cezaevlerinde güvenliklerinin sağlanması bakımından durumlarına uygun bir ceza infaz kurumuna ya da tutukevine yerleştirilebilmesi veya aynı ceza infaz kurumu veya tutukevinde yerleri değiştirilebilmesi alınacak bir diğer tedbirdir. Tanık Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin c fıkrası ve Yönetmeliğin 13. maddesinde düzenlenen bu tedbire soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme karar verecektir.

Tutuklu veya hükümlü tanıkların ceza infaz kurumlarında yerlerinin değiştirilmesi tedbirine diğer ülkeler uygulamasında da görüldüğü üzere, yaşamlarının veya vücut bütünlüklerinin korunması amacıyla diğer tutuklu veya hükümlüler ile fiziksel temaslarının kesilmesi tedbiri de kanaatimizce dâhildir. Diğer tutuklu veya hükümlüler ile fiziksel temasın uzun süre kesilmesi durumunda "*altın kafes problemi*" (*golden cage problem*) adı ile anılan ciddi psikolojik rahatsızlıklar baş göstermektedir. Bu durumu engellemek için bazı ülkelerde korunan hükümlü değişimleri yapılmaktadır.⁹⁹

v. Fiziki Koruma Sağlanması

Tüm tanık koruma tedbirlerinin nihai amacı tanığın veya yakınlarının yaşamlarının, beden bütünlüklerinin, özgürlüklerinin veya malvarlıklarının güvenliğinin sağlanması suretiyle ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşmasını sağlamaktır. Ancak maliyeti yüksek ve yönetim süreci karmaşık olan diğer tedbirlere başvurmadan, tanığın veya yakınlarının fiziksel korunması yoluyla tanık koruma tedbirlerinin nihai amacına ulaşılabilme imkânı mevcutsa, en basit tedbirin uygulanması düşünülmelidir.

Tanık Koruma Kanununda tanığın fiziksel korunması 5. maddenin ç bendinde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 14. maddesinde ise fiziki korumaya ilişkin detaylı bir düzenleme mevcuttur. Buna göre tanığın veya yakınlarının korunması kolluk kuvvetleri veya koruma birimleri tarafından, 24 saat esasına göre ve gerekirse teknik cihaz ve donanım-

⁹⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 85.

lar kullanılmak suretiyle sağlanacaktır. Tanık; yakın koruma, konutta koruma, işyerinde koruma, motorize veya yaya devriye ile koruma ve çağrı üzerine koruma usullerinden birisi ile korunabilecektir.

vi. İlgili Belgelerinin Yeniden Düzenlenmesi

Tanık Koruma Kanunu'nda "*kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi*" başlığı ile düzenlenen ve öğretilerde "*kimlik değiştirme*" (*identity change*) olarak isimlendirilen tedbir diğer tanık koruma tedbirleri ile amaca ulaşamadığı zaman kullanılan istisnai bir tedbirdir. Bu tedbir, her ne kadar ilgili belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesine ilişkin ise de tedbirin amacına ulaşabilmesi için koruma altına alınan tanıklar için yeni bir kişisel görünüş (profil) yaratılması, asıl kimliğinin gizlenmesi ve yeni bir özgeçmiş yaratılmasını gerektirir.¹⁰⁰ Bazı durumlarda, kişinin yerleşim yerinin değiştirilmesi de, ilgili belgelerinin yeniden düzenlenmesinin zorunlu bir sonucu olacaktır.

Tanığın daha önceki sosyal ve hukuki statüsü (iş, evlilik durumu vb.) mümkün olduğu kadar yeni kimliğine yansıtılmalıdır. Kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesinde temel ilke, tanık koruma tedbirlerinin tanığa ne avantaj ne de dezavantaj yaratmamasına dikkat edilmesidir. Ayrıca tanığın adli sicili de, yeni kimliğinin tespit edilmesine dikkat edilmek suretiyle yeni kimliğine yansıtılmalıdır.¹⁰¹

Tanığın eski kimliğine ait tüm belgelerinin kişiden alınmasına özen gösterilmelidir. Bu yöntem, hem tanığın gerçek kimliğine ulaşılması suretiyle tanığın güvenliğinin sağlanması için hem de tanığın birden fazla kimliği kendine yarar sağlamak için kullanmasını önlemek için yapılmalıdır.¹⁰²

Ülkeler uygulamasına bakıldığında Hollanda, Birleşik Krallık ve Birleşik Devletler gibi bazı ülkelerin tanığın kimliğinin tamamını değiştirmede sadece gerekli olan değişiklikleri yapmakla yetindiği görülmektedir. İtalya, Yeni Zelanda ve Norveç gibi bazı ülkelerde ise ek olarak başka değişiklikler yapılmaktadır. Ülkeden ülkeye değişmekle

¹⁰⁰ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 77.

¹⁰¹ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 77.

¹⁰² United Nations Office on Drugs and Crime, s. 78.

birlikte; pasaport, kimlik kartı, sağlık güvenlik belgesi, vergi numarası, vatandaşlık belgesi, sürücü belgesi, doğum belgesi, ticari ve mesleki nitelikleri ve eğitim ile ilgili belgelerin yeniden düzenlenmesine yer verilmektedir.¹⁰³

Amerikan hukukunda tanık, isteğine bağlı olarak eski ismini de kullanabilir. Yeni kimlik edindiği durumlarda, edinmiş olduğu kimliğe ilişkin herhangi bir eski kayıt yer almaz. Koruma altına alınan tanık yeni ismini etnik açıdan uyumlu olmak, kullanılmış bir isim veya ailesinin soyadı olmamak üzere serbestçe seçebilir.¹⁰⁴ Yeni bir sürücü belgesinin verilmesi (sürücü testini geçtikten sonra), sosyal güvenlik belgesinin düzenlenmesi, doğum belgesinin düzenlenmesi ve edinmiş olduğu eğitim düzeyine göre yeni bir diplomanın düzenlenmesi mümkündür.¹⁰⁵ İsim ve belge değişikliklerine ek olarak, koruma altına alınan tanık yeni kimliğine ait bilgiler ile tanıştırılır. Aile üyeleri ile irtibat kurmaması konusunda tavsiyelerde bulunulur. Tanığın kendisi aile üyeleri ile irtibata geçebilir ancak onlara irtibat bilgilerini veremez ve ancak güvenliği sağlanmış iletişim vasıtaları (*secure mail-forwarding channels*) ile irtibat kurmasına müsaade edilir.¹⁰⁶

Tanık için yeni kimlik belgelerinin düzenlendiği durumlarda, eski kimliği yaşatılmaya devam edilir. Tanık koruma tedbirinin alınmasını gerektiren tehdidin sona ermesi halinde tanık eski kimliğini yeniden kullanacaktır. Ancak özellikle tanık koruma tedbirinin yıllarca sürdüğü durumlarda, koruma tedbirinin kaldırılmasına rağmen tanıkların yeni kimliklerini kullanmayı tercih ettiği görülmektedir. Bu gibi durumlarda, kendisine yeni bir hayat kuran tanığı, tekrar eski hayatına döndürmeye çalışmak tanık açısından zor olacaktır. Yasal düzenlemelerde tanığın, koruma tedbirinin kalkmasına rağmen yeni kimliğini kullanmasına müsaade edilmesi bazen bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁷

Türk hukukunda kimlik ve diğer belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi Tanık Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiş-

¹⁰³ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 78.

¹⁰⁴ Slate, s. 21.

¹⁰⁵ Slate, s. 21.

¹⁰⁶ Slate, s. 21.

¹⁰⁷ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 81.

tir. Maddeye göre değiştirilecek veya yeniden düzenlenecek belgeler üç başlık altında yer almaktadır. Buna göre;

- Adli sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlar,

- Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmi belgeler,

- Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili hakların kullanılmasına yönelik belgeler değiştirilebilecek veya yeniden düzenlenebilecektir.

Kanun'da herhangi bir açıklık olmadığından dolayı belgelerin ihtiyaç duyulanları değiştirilebileceği gibi tümü yeniden düzenlenebilecektir. Kanun'da yer alan belge türlerinin karşılaştırmalı hukukta yer alan belgelere göre geniş bir alanı kapsayacak şekilde sayıldığı görülmektedir. Kanaatimizce, Kanun'un lâfzî itibarıyla yorumu da kullanılarak, Kanun metninde sayılan belgelerin sayımı sınırlı (*numerus clausus*) olmadığı sonucuna ulaşmak gereklidir. Bu kapsamda, eski kimliğinin tespit edilmesine imkân sağlayabilecek her türlü belgenin yeniden düzenlenmesi mümkündür.

vii. Maddi Yardımda Bulunulması

Haklarında tanık koruma tedbiri uygulanarak yeniden yerleşime tabi tutulan kişiler, yaşamış olduğu çevreden uzaklaşmakta, güvenlik nedeniyle profesyonel mesleklerini icra edememektedirler. Her iki durumda da, yaşamlarını sürdürmek için mali kaynağa ihtiyaç duymaktadırlar. Bundan dolayı, koruma altına alınana tanıkların maddi yardım ihtiyaçları bulunmaktadır. Kişilerin ihtiyaç duydukları bu kaynağı, öncelikle kendi tasarruflarından karşılamaları gerekmektedir. Çünkü tanık koruma tedbirlerinin uygulanması ile amaç kişiler için bir zenginleşme veya refah kaynağı yaratmak değildir.¹⁰⁸

Maddi yardım, geçici veya devamlı olarak nakit para şeklinde olabileceği gibi yeni bir iş bulunması için yardım etme veya yeni kurulan iş alanında bazı vergilerden muaf tutulma şeklinde de gerçekleştirilebilir.¹⁰⁹ Yasalaşma sürecinde Kanun metninde bulunan

¹⁰⁸ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 206.

¹⁰⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 69.

“işe yerleştirme” tedbiri, suiistimalleri olanak sağlayacağı gerekçesiyle Adalet Komisyonu tarafından metinden çıkarıldığından, işi olmayan tanığın işe yerleştirilmesi bir tedbir olarak hukukumuzda yer almamaktadır. Ancak işi olan tanığın, yeni hayatında aynı işini sürdürebilmesi amacıyla yardım edilebilir.

Tanık Koruma Kanunu’nda maddi yardım geçici olması kaydıyla düzenlenmiştir ve geçimini sağlamaya yöneliktir. Tanık koruma tedbiri uygulanan kişilerin, kendi yaşamlarını idame ettirecek düzeyde gelire sahip olmaları halinde maddi yardıma son verilecektir.

viii. İşyeri ve Eğitim Kurumunun Değiştirilmesi

Tanık Koruma Kanunu’nda işyeri veya eğitim kurumunun değiştirilmesi tanık koruma tedbirleri arasında düzenlenmiştir. Tanığın işini icra edeceği iş alanının veya adresinin değiştirilmesi, tanığın gizliliğini sağlamaya ve sanık tarafından tespit edilmemesini sağlamaya yöneliktir. İşyeri veya iş alanının değiştirilmesinde, tanığın üzerinde uzmanlaştığı iş alanında veya yakın alanlarda faaliyet göstermesi, yeni iş alanının kabullenmesinde fayda sağlamaktadır.

Eğitim kurumunun değiştirilmesinde ise tanığın veya yakınlarının eğitim gördüğü eğitim kurumu değiştirilerek tanığın kimliğinin gizli kalması ve tanığa veya yakınlarına ulaşılmaması sağlanmaya çalışılmaktadır.

ix. Yerleşiminin Değiştirilmesi

Tanığın yeniden yerleştirilmesi, gerek tanık koruma programına getirdiği maliyet açısından gerekse de tanık ve aile bireylerinin yaşamlarına büyük etkilerinden dolayı tanık koruma tedbirleri içerisinde etki alanı en geniş tedbir olarak görülmektedir. Tanık Koruma Kanunu’nun 5. maddesine göre koruma altına alınan tanığın ülke içinde veya dışında yeniden yerleştirilmesi sağlanabilmektedir. Ülke içinde yeniden yerleştirmede herhangi bir koşul aranmazken, ülke dışında yeniden yerleştirme uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun olarak yapılmalıdır.

Sınıraşan Örgütlü Suçlar Sözleşmesi’nin 24. maddesine göre Sözleşmeye taraf devletler koruma uygulanan mağdurların uluslararası

yerleşimini sağlamak amacıyla ikili anlaşmalar yapma konusunda yetkilendirilmişlerdir. Bu kapsamda korunan tanıkların uluslararası yerleşimi için ikili anlaşmalar yapılmıştır. Mesela Estonya, Letonya ve Litvanya arasında Mart 2000'de imzalanan anlaşma kalıcı veya geçici olarak koruma altına alınan tanıkların ülkeler arası yeniden yerleşimine imkân tanımaktadır.¹¹⁰

Tanığın yeniden yerleştirileceği bir yerin bulunması bazı durumlarda süreye ihtiyaç gösterebilir. Ancak, acil durumlarda kalıcı yerleşim sağlanuncaya kadar tanığın geçici bir bölgeye alınması gereklidir. Bu geçici bölge, resmi bir yer olabileceği gibi otel odası da olabilmektedir.¹¹¹

Tanığın ülke içinde veya dışında yeni yerleşim sağlanması ile birlikte tanık koruma da bitmemektedir. Tanığın, yeni yerleşim yerine uyum sağlaması aşamasında yardım yapılması gereklidir. Nitekim Amerika'da, tanıklara yeni yerleşim yerlerinde verilecek desteklerle ilgili olarak görevlilerin eğitim seviyelerinde iyileştirmeler yapılmadığı için yeni yerleşim sağlanan tanıklarda intihar vakaları çok sık görülmüştür.¹¹²

Yeni yerleşim sağlanan tanıkların, eski yerlerindeki sosyal ilişkilerini düzenlenmesi (ödenmemiş borçları, yeniden yerleşime tabi tutulmayan aile bireylerinin durumu) önem kazanmaktadır.¹¹³ Yeniden yerleşime tabi tutulmayan çocukların aile üyelerinden birisinin korumasına verilmesi tedbiri bazı ülkelerde uygulanmaktadır.¹¹⁴

Kanunumuzda tanık koruma tedbiri kapsamında tanığın yabancı bir ülkede yeniden yerleşimi düzenlenmiş ancak yeniden yerleştirildiği ülkede başka bir tanık koruma tedbirinin hakkında uygulanıp uygulanmayacağı açıklığa kavuşturulmamıştır. Tehdidin düzeyine göre tanığın yeniden yerleşime tabi tutulduğu ülkede korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasına gerek duyulabilir. Yeniden yerleşime tabi tutulan ülkede uygulanacak koruma tedbirleri, yerleşimin sağlandığı ülke-

¹¹⁰ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 82.

¹¹¹ Fyfe/McKay, s. 294.

¹¹² Fyfe/McKay, s. 281.

¹¹³ Belirtelim ki, Amerika'da 1984 Tanık Güvenlik Reform Kanunu ile yeniden yerleşime tabi tutulan tanıkların ödenmemiş borçları ve yeniden yerleşime tabi tutulmayan aile bireylerinin durumu ile ilgili hükümler sevk edilmiştir.

¹¹⁴ Fyfe/McKay, s. 281.

nin hukuk kurallarına ve karşılıklı anlaşmalara göre yapılacaktır.

x. Fizyolojik Görünümünün Değiştirilmesi

Tanığın fizyolojik görünümünün değiştirilmesi Tanık Koruma Kanunu'nda düzenlenen tedbirlerden biridir. Fizyolojik görünümün, tanığın ayırt edilmesini sağlayan bir özelliği olduğundan dolayı, bu özelliğinin gizlenmesi durumunda tanığın korunabileceği düşünülmektedir. Fizyolojik görünümün değiştirilmesi bazı ülkelerde, tanığa yeni bir kimliğin düzenlenmesi tedbirinin bir sonucu olarak düzenlenmektedir.¹¹⁵ Kanaatimizce tanığın diğer insanlardan ayırt edilmesini sağlayan vücut üzerindeki dövmeler, doğum lekeleri veya görülebilir benlerin gizlenmesi veya değiştirilmesi de fizyolojik görünümün değiştirilmesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Tanığa ait değiştirilemeyen biyometrik özelliklerin durumu hassasiyet kazanmaktadır. Örneğin göz iris tabakası, parmak izi gibi özelliklerin fizyolojik görünümün değiştirilmesi kapsamında değiştirilmesi mümkün olmamakla birlikte, bu özelliklerden hareket edilerek tanığın gerçek kimliğine ulaşmak mümkündür. Bu kapsamda, tanığın gerçek kimliğine ait biyometrik özellik kayıtlarının da gizlilik altında muhafaza edilmesi gerekmektedir.

c. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Düzenlenen Tedbirler

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesinde tanığın korunmasına ilişkin bazı tedbirler düzenlenmektedir. Bu tedbirler, ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen kişilere yöneliktir ve yakınlarını kapsamamaktadır. Ayrıca tedbirler örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda uygulanacaktır.¹¹⁶

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen tedbirler öğretide ikili ve üçlü ayrıma tabi tutulmuştur. İkili ayrıma göre CMK'da iki tür koruma tedbiri düzenlenmiştir. Bunlar; tanığın kimliğinin saklı tutulması ve tanığın hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan

¹¹⁵ United Nations Office on Drugs and Crime, s. 77.

¹¹⁶ Ayrıca bkz. Kazancı, s. 162.

dinlenmesidir.¹¹⁷ Üçlü ayırmda ise CMK'da düzenlenen tedbirler üç aşamada uygulanmaktadır. Tanıklığa başlamadan önce tanığın kimliğinin gizli tutulması, tanıklık yaparken ayrı bir odada ve diğerleri hazır olmadan dinlenmesi ve nihayet tanıklık yaptıktan sonra gerekli koruma tedbirlerinin uygulanmasıdır.¹¹⁸

CMK'da düzenlenen ilk tedbir tanıkların kimlik bilgilerinin gizli tutulmasıdır. Buna göre tanığı kendisi veya yakınları için kimliğinin açığa çıkması ağır bir tehlike oluşturacaksa, kimlikleri saklı tutulabilecektir. Tanığın kimliği saklı tutulsa da, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür (CMK m. 58/2).

CMK'da düzenlenen diğer tedbir ise hazır bulunma hakkına sahip olan kişiler bulunmaksızın tanığın dinlenmesidir. Hazır bulunma hakkına sahip olan kişiler bulunmaksızın tanığın dinlenmesi iki halde mümkündür. Öncelikle tanığın hazır bulunma hakkına sahip olanlar huzurunda dinlenmesi tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenmeyecektir. Diğer durum ise maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının tehlikeye düşecek olmasıdır. Tanığın hazır bulunma hakkına sahip olan kişiler bulunmaksızın dinlenmesi esnasında, sesli veya görüntülü aktarma yapılabilecektir. Tanığın sorgusu esnasında sanığın veya müdafinin soru sorma hakkı kısıtlanamayacak ve soru sorma hakkını kullanmasına yönelik tedbirler alınacaktır (CMK m. 58/2).

d. Diğer Kanunlarda Yer Alan Tedbirler

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda¹¹⁹ terör suçlarının aydınlatılmasına yardımcı olanların korunmasına ilişkin düzenleme mevcuttur. Kanun'un 20. maddesine göre terörle mücadelede görev alan veya terör örgütleri mensupları hakkında açılan ceza davalarının muhakemesine iştirak eden kişilerin yanı sıra terör suçlarının aydınlatılmasına yardımcı olanlar da koruma tedbirlerinin kapsamına alınmıştır. Kanun'da düzenlenen koruma tedbirleri; talep halinde estetik cerrahi ile fizyolojik görünümün değiştirilmesi; nüfus kaydı, ehliyet, evlenme

¹¹⁷ Özbek /Kanbur /Bacaksız /Doğan, s. 386.

¹¹⁸ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 172.

¹¹⁹ 12 Nisan 1991 tarih ve 20843 sayılı Mükerrer *Resmî Gazete*'de yayımlanmıştır.

cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerinin yeniden düzenlenmesi; menkul ve gayrimenkul malvarlıklarıyla, sosyal güvenlik ve diğer hakları konusunda düzenlemeler yapılmasıdır. Yine aynı Kanun'da, muhbirlerin hüviyetlerinin açıklanmayacağını düzenleyen 14. maddede tanıkların korunmasına ilişkin tedbirler arasında sayılabilir. Kanun'da yer alan koruma tedbirleri, inceleme konumuz olan açısından değerlendirildiğinde Tanık Koruma Kanunu'nda yer alan tedbirlere göre hem tedbirlerin uygulanacağı kişiler, hem uygulanacağı suçlar hem de uygulanacak tedbirler açısından daha dar kapsamlıdır.

Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na,¹²⁰ 16 Haziran 1985 tarih ve 3233 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile eklenen Ek Madde 9'da, 1481 sayılı Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'a göre sanık ve hükümlülerden ilan edilmek suretiyle arananların buldukları yerleri bildiren veya yakalanmasına yardımcı olanların kimliklerinin rızaları olmadıkça açıklanmayacağı ifade edilmiştir.

4959 sayılı Toplum Kazandırma Kanunu'nun¹²¹ "Koruma Tedbirleri" başlıklı 5. maddesinde bilgi verdikleri için haklarında söz konusu Kanun hükümleri uygulanan kişilere talepleri halinde gerekli koruma tedbirlerinin uygulanabileceği hükme bağlanmıştır.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun¹²² 19. maddesinin 4. fıkrasında kaçakçılık olaylarını ihbar edenlerin kimliklerinin, izinleri olmadıkça veya ihbarın niteliği haklarında suç oluşturmadığı sürece açıklanmayacağı ifade edildikten sonra söz konusu muhbirler hakkında tanıkların korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir.

6. Tanık Koruma Tedbirlerinin Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6) Kapsamında Değerlendirilmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, tanıklarla ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde¹²³ düzenlenen adil yargılanma hakkı kap-

¹²⁰ 14 Temmuz 1934 tarih ve 2751 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır.

¹²¹ 6 Ağustos 2003 tarih ve 25191 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır.

¹²² 31 Mart 2007 tarih ve 26479 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmıştır.

¹²³ Madde 6- Adil Yargılanma Hakkı

samında tanık ve tanığın korunması ile ilgili ulusal uygulamalar denetlenmektedir.¹²⁴ Adil yargılanma hakkı, sadece ceza davalarında değil, özel hukuk davalarında da söz konusu olabilen bir haktır.¹²⁵

AİHS'nin 6. maddesi birden çok hakkı düzenlemektedir. Madde- nin 1. fıkrasında, etkin kanun yolu ve mahkemeye erişim hakkı düzenlenmiştir. Bu mahkeme, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmalıdır. Aynı zamanda yargılama, istisnaları olmakla beraber açık celsede ve makul bir süre içinde yapılmalıdır.¹²⁶

Maddenin 2. fıkrası konumuz ile bağlantılı olan masumiyet karinesini düzenlemekte ve suçluluğu sabit oluncaya kadar suçsuz olduğunun

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar vermiş olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davanın makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır.

3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir;

- Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
- Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;
- Kendi kendisini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;
- İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;
- Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.

¹²⁴ Aynı şekilde bkz. Altıparmak, s. 173.

¹²⁵ Nuala Move/ Catharina Harby, *Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları El Kitapları No.3, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 89, s. 6.

¹²⁶ Coralie Abroise-Casterot, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı Maddesi", *Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, 26-27 Eylül 2003, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 72, Ankara 2004, s. 323-325; Bilal Kartal, "Türkiye'de Adil Yargılanma Hakkı", *Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, 26-27 Eylül 2003, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 72, Ankara 2004, s. 345 vd.

kabulü zorunluluğunu düzenlemektedir.¹²⁷ Bu kapsamda, iddia makamının gerekli delillere ulaşmak için yasal olmayan yollara başvuramayacağı ve kimliği gizlenen tanıkların dinlenmesinde adil yargılanmayı sağlayıcı tedbirlerin alınmasının gerekliliği vurgulanmaktadır.¹²⁸

Maddenin 3. fıkrasında münhasıran ceza muhakemesinde uygulanacak sanık hakları düzenlenmektedir. Bunlar;

- Kendisine isnat edilen suçun niteliği ve nedeni konusunda en kısa zamanda, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmek,

- Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak,

- Kendi kendisini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın yardımından ücretsiz yararlanabilmek,

- İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek,

- Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde ücretsiz olarak tercüman yardımından yararlanmaktır.¹²⁹

Tanık koruma tedbirlerinin ve özellikle tanığın kimliğinin gizli tutulmasının, tanık beyanının güvenilirliğini azaltması ve savunma hakkını kısıtlaması noktasında adil yargılanma hakkını etkileyebileceği ifade edilmektedir.¹³⁰ Tanık koruma tedbirlerinin, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmesinde AİHM içtihatlarından istifade etmemiz hem AİHM'nin bakış açısını ortaya koymak bakımından hem de ulusal düzenlemenin bu bakış açısından değerlendirilmesi bakımından gereklidir.

Şüpheli ve sanıkların, tanıkların dinlenmesi esnasında bulunma ve kendilerine soru sorma hakkı vardır.¹³¹ AİHM, kimliği gizli tutu-

¹²⁷ Abroise-Casterot, s. 325; Kartal, s. 355.

¹²⁸ Abroise-Casterot, s. 325.

¹²⁹ Abroise-Casterot, s. 326; Kartal, s. 355-357

¹³⁰ Şahin, s. 163.

¹³¹ Hans-Meyer Ladewig, "Adil Yargılanma Hakkı-II", (Çev.: Doç.Dr.Hakan Hakeri), in: *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara 2004, s. 97; Durmuş Tezcan/

lan tanıkların, ceza muhakemesinde dinlenmesine kaide olarak karşı değildir.¹³² Zira Mahkemeye göre bir delil kaynağının kabul edilebilirliği, ulusal kanun koyucunun takdir hakkı içindedir ve söz konusu delil kaynağından elde edilenlerin delil olarak değerlendirilmesi ulusal mahkemelere aittir.¹³³ Ancak tanığın kimliğinin gizlenebilmesi için tanıkların tehdit altında olmasını vazgeçilmez bir şart olarak aramaktadır.¹³⁴ Ulusal mahkemeler, sanığın, tanığın kimliğini öğrenme hakkı ile tanıkların korunması gereksinimleri arasında adil bir denge kurmalıdırlar.¹³⁵ Ayrıca mahkûmiyet kararının tamamen veya önemli ölçüde bir tanığın beyanlarına dayandırılması ve gerek hazırlık soruşturmasında gerekse de son soruşturma esnasında tanığa soru sorma imkânının verilmemesi durumunda AİHS 6/3 (d) bendinin ihlal edilmiş olmaktadır.¹³⁶

Ceza muhakemesinde, maddi meselenin çözülebilmesi için gerekli olan tanık beyanı, delil niteliğindedir. Her delilin sahip olması gerekli özelliklerden biri olan “*delillerin müşterek olması*” ilkesi, tanık beyanı açısından da geçerlidir. Bu özellik gereği, delilin muhtevasını sadece hâkimin öğrenmesi yetmemekte, iddia ve savunma makamları da öğrenmeli ve hâkim tarafından verilecek hükme mütalaaları ile katkı sağlamalıdırlar. Hâkimin, maddi mesele hakkında şahsi bilgisine dayanamamasının sebebi de, delillerin müşterek olmasının, serbest bir şekilde tartışılması gerekliliğinin bir sonucudur. Ceza Muhakemesi Kanunu, hâkimin kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceğini açıkça belirtmiştir (CMK m. 217).¹³⁷

AİHM, *Baegan v. The Netherlands*, *Finkensieper v. The Netherlands* ve

Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2004, s. 364.

¹³² Abroise-Casterot, s. 327; Move/Harby, s. 48;

¹³³ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 364.

¹³⁴ Abroise-Casterot, s. 327.

¹³⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 366.

¹³⁶ Ladewig, s. 97; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 364; Thomas Weigend, “Avrupa İki Ağızlı mı Konuşuyor?”, (Çev.: Doç.Dr.Veli Özer Özbek), in: *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara 2004, s. 111; Kai Ambos, “(Alman) Ceza Muhakemesi için Avrupa Hukuku’ndan Kaynaklanan Yükümlülükler- AİHM’nin 2000-2002 Yılları Arasındaki Kararları Hakkında-”, (Çev.: Yrd.Doç.Dr.Mustafa R. Erdem) in: *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara 2004, s. 111

¹³⁷ Kunter/Yenisey/ Nuhoglu, s. 623, 624.

Doorson v. The Netherlands kararlarında, tanıkların savuma tarafından duruşmada sorguya çekilmesi hakkının mutlak bir hak olmadığını bazı durumlarda sınırlandırılabilceğini belirtmiştir.¹³⁸ Bu kapsamda gerek Komisyon gerekse Mahkeme, tanıkların genelde Sözleşme kapsamındaki haklara sahip bireyler olarak özellikle tanıkların yaşam ve özgürlüklerine yönelik ciddi tehditlerde tanık kimliğinin gizli tutulmasına imkân sağlamaktadır.¹³⁹ Tanığın kimliğinin gizli tutulması, duruşmada tanık beyanının tartışılmaması, tanıklara soru sorma imkânının taraf-lara verilmemesi “*delillerin müşterek olması*” prensibini ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını zedeleyecektir. AİHM, kökleşmiş içtihatlarından birisi, hükme esas teşkil eden delillerin sanığın huzurunda veya en azından sanığın bilgisi dâhilinde üretilmiş olma zorunluluğudur.¹⁴⁰ Tanığın kimliğinin gizli tutulmasında sanık, kimliği gizli tutulan tanığın ifadesinde yer alan bilgileri ne suretle öğrendiğini bilemeyeceğinden savunmasını hakkıyla yapmakta zorluklar ile karşılaşacaktır. AİHM, *Kostovski v. Hollanda* kararında, sanığın dolaylı yollarla tanığa soru sorabilmesi ve tanığın beyanına esas teşkil eden bilgileri ne suretle öğrendiğinin sorgulanmasının gerekliliğini belirtmiştir.¹⁴¹

Tanığın kimliğinin gizli tutulduğu, tanığın sadece hâkim tarafından sorgulandığı durumlarda, sanığa veya en azından avukatına, tanığa soru sorma fırsatının tanınmış olması durumunda 6. maddenin ihlal edilmeyeceğine ilişkin AİHM’in içtihatı mevcuttur. *Kostovski v. Hollanda* kararında (20 Kasım 1989), yargılama öncesi elde edilen ifadelerin kanıt olarak kullanılmasını tek başına 6. maddenin ihlali olarak görmemiş ve sanığa yargılamanın her aşamasında tanığa itiraz etme ve soru yöneltme hakkının tanındığından dolayı kimlikleri gizli tutulan tanıkların beyanlarının hükme esas alınmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir.¹⁴² AİHM, *Ulterperginter v. Autriche* kararında (24 Kasım 1996), tanığın kimliğinin gizli tutulmasının savunma için başlı başına başa çıkılmaz bir durum yarattığı; *Delta v. Fransa* kararında (19 Aralık 1990), tanığın kimliğinin savunma tara-

¹³⁸ Nijboer, s. 449.

¹³⁹ Nijboer, s. 449.

¹⁴⁰ Candaş Gürol, “Tanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı”, *Barolar Birliği Dergisi*, S. 60, Eylül Ekim 2005, s. 49; Move/Harby, s. 49.

¹⁴¹ Gürol, s. 50.

¹⁴² Move/Harby, s. 49

fından öğrenilememesinin, savunma açısından aksi ispatlanamaz bir sav ile karşı karşıya kalması ile sonuçlandığını içtihat edinmiştir.¹⁴³

AİHM, kimliği saklı tutulan tanığın beyanının ulusal mahkeme tarafından hükme esas alınıp alınmayacağı ile ilgili kararlar vermiştir. AİHM'e göre, sadece kimliği gizli tutulan bir veya birkaç tanığın beyanları esas alınarak mahkûmiyet kararı vermesini AİHS'ne aykırı görmüştür. AİHM'ne göre, 6. maddede düzenlenen "silahların eşitliği" ilkesinden söz edebilmek için mahkûmiyet hükmünün kimliği gizli tutulan tanığın beyanından başka delillerle de desteklenmesi gerekmektedir.¹⁴⁴

AİHM, kimliği gizli tutulan kimsenin sıfatına da itibar etmektedir. Buna göre, kimliği gizli tutulan tanığın polis memuru olması durumunda, tanık beyanlarının hükme esas alınmasının adil yargılanma hakkının ihlali olduğu işaret edilmektedir.¹⁴⁵ Mahkemeye göre;

"Bu kişiler, Devletin yönetimindeki yetkililere genel anlamda itaatle yükümlüdür ve genellikle savcılıkla bağlantıları vardır... Bu kişilerin kimliği gizli tanık olarak kullanımı sadece özel durumlarla kısıtlı olmalıdır. Ayrıca, eşyanın tabiatı gereği görevleri dolayısıyla... Kamuya açık mahkemelerde tanıklık etmeleri gereklidir".¹⁴⁶

Tanığın kimliğinin gizli tutulması ile ilgili davalarda AİHM'nin kararları ile ortaya koyduğu ölçütleri şu şekilde ifade edebiliriz,¹⁴⁷

- Tanığın kimliğinin tamamen gizli tutulabilmesi için sanığa yüklenen suçun ağırlığı tek başına gösterge değildir. Ayrıca tanığın kendisi veya yakınlarının hayat ve vücut bütünlükleri açısından somut bir tehlike bulunmalıdır. Bu tehlike, soruşturma organından bağımsız bir makam tarafından ve özellikle bir hâkim tarafından incelenmelidir.

- Kimliği gizli tutulan tanığa soru sormak ve ifade ettiği bilgileri ne suretle edindiğini açığa çıkartmak suretiyle savunmanın tanığın güven-

¹⁴³ Gürol, s. 51; Özel, s. 69, 70.

¹⁴⁴ Gürol, s. 51.

¹⁴⁵ Move/Harby, s. 49; Abroise-Casterot, s. 326.

¹⁴⁶ Van Mechelen ve diğerleri v. Hollanda, 18 Mart 1997, parag. 56 (Move/Harby, s. 49).

¹⁴⁷ Turhan, Tanıkların Korunması, s. 162 vd; AİHM kararları uyarınca Türk hukukunun kapsamlı bir değerlendirilmesi için bkz. Turhan, Tanıkların Korunması, s. 166 vd.

nilirliğini sorgulama hakkı fazla sınırlandırılmamalıdır.

- Kimliği tamamen gizlenen tanığın ifadesinin kullanılması suretiyle savunmanın güç duruma sokulması durumunda, savunma hakkının başka usul tedbirleri ile güçlendirilmesi gereklidir.

- Mahkeme kararı, tek başına veya belirleyici ölçüde kimliği gizli tutulan tanığın beyanlarına dayandırılmamalıdır.

7. Sonuç

5610 sayılı Tanık Koruma Kanunu ile ceza muhakemesinde önemli bir rol üstlenen ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunan tanıkların korunması ile ilgili tedbirler bir Kanun'da düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun ile Türk hukukunda değişik kanunlarda yer alan tanığın korunmasına ilişkin tedbirler birleştirilmiş, yasal dayanağı olmayan bazı uygulamalar yasal dayanağa kavuşturulmuş ve uluslararası düzenlemelere uygun bir mevzuat oluşturulmuştur.

Tanık Koruma Kanunu'nda, haklarında tedbir uygulanacak kişiler ve suçlar bir sınırlamaya tabi tutulmuştur. Tanık koruma tedbirlerinin karmaşık yapısı, tedbirlerin uygulanması için kurulan alt yapıyı işletme zorluğu ve devlete yüklediği mali külfet açısından değerlendirildiğinde bu sınırlamanın uygun olduğu kanaatindeyiz. Ancak ceza muhakemesinde tanığın korunması için tanık olarak dinlenmesi gerektiği gibi bir fikre kapılmamıza neden olan Kanunun ve Yönetmeliğin 4. maddesinde yer alan düzenlemenin "*ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenen veya dinlenecek kişiler*" olarak anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Çünkü dinlenen tanığın korunması gerektiği gibi ceza muhakemesine konu teşkil eden olaya tanıklık ettiği tespit edilen ancak henüz dinlenmemiş olan kişinin de korunması gereklidir.

Tanık Koruma Kanunu'nda yer alan tedbirler incelendiğinde, tedbirlerin geniş bir yelpazede düzenlendiği, düzenleme yapılırken uluslararası sözleşmeler ve diğer ülkeler uygulamalarının göz önüne alındığı dikkati çekmektedir. Ayrıca, tedbirlerin uygulanmasında "*orantılılık*" ilkesinin dikkate alınmasının ifade edilmesi ve aynı anda birden fazla tedbire de hükmedilebileceğinin düzenlenmesi, vaka esaslı uygulanan tanık koruma tedbirlerinde yeterli elastikiyeti uygulayıcılara verecektir.

Tanık koruma tedbirlerinde asıl olan farklılık yaratmamaktadır. Bu durum özellikle tanığa yeni bir kimlik veya yerleşim yeri sağlarken önem kazanmaktadır. Tanığın eski kimliğinde sahip olduğu özelliklere uygun bilgilerin yeni kimliğinde yer alması, hem tanığın yeni kimliğini ve yerleşim yerini benimsemesini sağlayacaktır hem de tespit edilmesi riskini azaltacaktır.

Haklarında yeni bir kimlik düzenlenmesi veya yeni yerleşim yeri sağlanması tedbirine hükmedilen tanıkların, çoğunlukla tedbir uygulanmayan aile bireyleri ile irtibata geçtiği, bu durumunda yeni kimliklerinin tespit edilmesine sebep olduğu görülmektedir. Bu durumda, haklarında koruma tedbiri uygulayan tanıkların güvenlik konusunda eğitilmeleri ve aile bireyleri ile tanık koruma birimlerinin nezaretinde irtibata geçmeleri alınan tedbirlerin etkinliğini sağlayacaktır.

KAYNAKLAR

- Abdel-Monem, Tarik, "Foreign Nationals in the United States Witness Security Program: A Remedy for Every Wrong?", *The American Criminal Law Review*, Summer 2003, Vol. 40, No. 3.
- Abroise-Casterot, Coralie, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi", *Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, 26-27 Eylül 2003, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları* 72, Ankara 2004.
- Altıparmak, Cüneyd, "Türk Hukukunda Tanık Koruma", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 66, S. 1, Kış 2008.
- Ambos, Kai "(Alman) Ceza Muhakemesi için Avrupa Hukuku'ndan Kaynaklanan Yükümlülükler- AİHM'nin 2000-2002 Yılları Arasındaki Kararları Hakkında-", (Çev.: Yrd.Doç.Dr.Mustafa R. Erdem) in: *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara 2004.
- American Bar Association Journal, "Hearings Probe Problems of Victim/Witness Intimidation", Vol.67, July 1979.
- Arıkan, Baha "Tanık", *Ankara Barosu Dergisi*, 1962/2.
- Arnold, Roberta, "Witness Protection Under Swiss Legislation: An Offspring of International Law", *International Criminal Law* 7, 2007.
- Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev.: Sami Selçuk), Haziran 2004.

- Bruce, David, "Danger, Threats or Just Fear", SA Crime Quarterly, No. 13, September 2005.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku El Kitabı, İstanbul 2006.
- Cooley, Steve, Jailhouse Witness Protection Task Force Final Report, Ağustos 2004.
- Çolak, Haluk / Taşkın, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007.
- Değirmenci, Olgun, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 67, Kasım-Aralık 2006.
- Döner, İsa, Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), İstanbul 1996.
- Duman, İlker Hasan "Tanıklık", Adalet Dergisi, 1984/4.
- Eğilmez, Namık Kemal, "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi", Ankara Barosu Dergisi, 1955/1.
- Eğilmez, Namık Kemal, "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi-II", Ankara Barosu Dergisi, 1955/6.
- Erdem, Mustafa Ruhan, "Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması", İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 1995.
- Erem, Faruk, Adalet Psikolojisi, Ankara 1988, 8.Baskı.
- Ergül, Teoman, "Şahit ve Şahitlik", Adalet Dergisi, 1964/9-12.
- Ertanhan, Mesut, Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara 2005.
- Feyzioğlu, Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHFHD, 1999, C.:48, S. 1-4.
- Fyfe, Nicholas R. / McKay, Heather, "Police Protection of Intimidated Witnesses: A Study of the Strathclyde Police Witness Protection Programme", Policing and Society, 2000, Vol.10.
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, "Adli Psikoloji Yönünden Tanık", Adalet Dergisi, 1948/5.
- Güngör, Serdar, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanığın Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır), İzmir 2007.
- Gürol, Candaş "Tanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı", Barolar Birliği Dergisi, S. 60, Eylül Ekim 2005.

- Hilger, Johan Peter Wilhelm, "Organized Crime/Witness Protection in Germany", UNAFEI Resource Material Series No. 58, December 2001, Tokyo.
- Jurcevic, Marinco, "Witness Protection in Criminal Proceedings, Past Experience and Identified Problems", Presentation from Regional Conference, 3-7.2.2008, Atina, www.tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/presentation_of_Mr._Jurcevic_prosecutor_of_BiH.PDF, (Erişim : 01 Mart 2009).
- Kartal, Bilal, "Türkiye'de Adil Yargılanma Hakkı", Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, 26-27 Eylül 2003, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 72, Ankara 2004.
- Kash, Douglas A., "Hiding in Plain Sight, A Peek into the Witness Security Program", FBI Law Enforcement Bulletin, May 2004.
- Kazancı, Behiye Eker, "Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması Çerçevesinde Görüntülü ve Sesli İfade Alma", Hukuki Perspektifler Dergisi, Temmuz 2006, S:7.
- Koca, Mahmut "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2006.
- Kocasakal, Ümit Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.
- Koedam, Wilhelmina S., "Participants in the Federal Witness Protection Program", The American Journal of Family Therapy, Vol. 21, No. 4, Winter 1993.
- Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Onaltıncı Bası.
- Ladewig, Hans-Meyer, "Adil Yargılanma Hakkı-II", (Çev.: Doç. Dr.Hakan Hakeri), in : Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004.
- Mangrum, Boyd, "Retaliatory Lawsuits and Texa's Judicial Proceedings Privilege", The Review of Litigation, Summer 2003, Vol. 22, No. 3.
- McConville, Mike / Wilson, Geoffrey, The Handbook of the Criminal Justice Process, Oxford University Press, 2002.
- Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996.
- Move, Nuala / Harby, Catharina, Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No.3, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 89.

- Nijboer, J.F., "Children and Young Persons in the Criminal Justice System: The Council of Europe Recommendation on Witness Protection and Rights of Defence", *Criminal Law Forum*, Vol. 10, No. 4, 1999.
- Othman, Mohammed, "The Protection of Refugee Witness by the International Criminal Tribunal for Rwanda", *International Journal of Refugee Law*, October 2002, Vol. 14, No. 4.
- Özbek, Veli Özer / Kanbur, M.Nihat / Bacaksız, Pınar / Doğan, Koray, *Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi*, Ankara 2007.
- Özel, Özlem, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıkların Korunması, Dokuz Eylül Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamıştır)*, İzmir, 2002.
- Öztürk, Bahri - Erdem, Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2007.
- Renzikowski, Joachim, "Adil Yargılanma ve Anonim Tanık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı Işığında Tanığında Korunmasında Üç Basamak Teorisi", (Çev.: Ali Kemal Yıldız), İn: *Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku*, Ankara 2004.
- Slate, Risdon N., "The Federal Witness Protection Program: Its Evolution and Continuing Growing Pains", *Criminal Justice Ethics*, Vol. 16, No. 2, Summer 1997.
- Small, Mark A., "Constitutional Challenges to Child Witness Protection Legislation: An Update", *Violence and Victims*, Vol. 9, No. 4, 1994.
- Sporer, Siegfried Ludwig "Lessons from the Origins of Eyewitness Testimony Research in Europe", *Applied Cognitive Psychology* 22, 2008.
- Şahin, Cumhur, "Türk Hukukunda Tanık Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.:6, S. 1-2.
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (CMK Gazi Şerhi)*, Ankara 2005.
- Şen, Ersan / Yurttaş, Yasemin, "Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provakatör", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl 3, S. 6, Nisan 2008.
- Taşçı, Alp Tekin / Taşçı, Gülsen, *Türkiye'de ve Dünyada Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Tanıklık ve Tanıkların Korunmasıyla İlgili Düzenlemeler*, Ankara Barosu, Ağustos 2007.

- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004.
- Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Turhan, Faruk, Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak, Ankara 2009.
- Türk Hukukunda İnsan Ticareti Suçu El Kitabı, Türkiye'nin İnsan Ticareti İle Mücadele Çabalarının ve Tüm İnsan Ticareti Mağdurlarının Adalete Erişimlerinin Desteklenmesi AB Hibe Projesi, Şubat 2009, Ankara.
- ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/DECL-25.3.pdf (Erişim: 10 Şubat 2009).
- Uglow, Stewe, Criminal Justice, Second Edition, London 2002.
- United Nations Office on Drugs and Crime, Good Practices for the Protection of Witnesses in Criminal Proceedings Involving Organized Crime, United Nations, New York 2008.
- Weigend, Thomas "Avrupa İki Ağızlı mı Konuşuyor?", (Çev.: Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK), in : Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Ankara 2004.
- Wohl, Ethan D., "Confidential Informants in Private Litigation: Balancing Interests in Anonymity and Disclosure", Fordham Journal of Corporate & Financial Law, 2007, Vol. 12, No. 3.
- www.parlimen.gov.my/billindexbi/pdf/DR312008E.pdf, (Erişim: 10 Nisan 2009).
- www.rechten.uvt.nl/victimology /other/threatwitnNL.pdf, (Erişim: 1 Nisan 2009).
- www.unodc.org/pdf/lap_witness_protection_2000.pdf, (Erişim : 1 Nisan 2009).
- Yaşar, Osman, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2007.
- Yenidünya, Ahmet Caner, İnsan Ticareti Suçu (TCK m. 80), Ankara 2007.

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN KASIT VE TAKSİRE İLİŞKİN MADDELERİNE ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

Elvan KEÇELİOĞLU*

1. Giriş

YTCK'ın getirmiş olduğu önemli yeniliklerden birisi de kendisini kanunun şekli yapısında göstermektedir. YTCK'da her maddeye başlık verilmiştir. Adalet Komisyonu Raporu'nda da *"madde başlığı ve gerekçesi madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu husus, madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük bir önem taşımaktadır"*² denilerek konunun yorum bakımından önemi ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Hiç kuşkusuz Türk Ceza Kanunu reform çalışmalarının en önemli amaçlarından birisi de yasanın dilinin değiştirilmesidir. Yasa dilinin değiştirilmesinden anlaşılması gereken şey, sadece kavramların değiştirilmesi değil; bu kavramların sadeleştirilmesi, çağcıllaştırılması ve sonuçta teknik anlamlarına uygun bir şekilde yasaya yerleştirilmesidir. Yasalaştırılma çalışmalarında hukuki bir metodun oluşturulması için mümkün olduğu kadar soyut ve tek anlama gelen terimlerin kullanılması zorunludur.³ Çünkü bu olmaksızın hukuk için ortak bir anlayış ve payda oluşturma ve sonuçta hukuki barışa ulaşma olanağı yoktur.⁴

* Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu.

² Özgüç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara 2005, s. 44.

³ Terimler ve kavramlar bir bilime özgü anlam ve içeriği dile getiren sözcüklerdir. Bunlar bir bilimin gerekli bir kısmını oluşturmaktadır. İşte fizik için kitle, güç, hareket, moment, enerji ve elektron ne derece gerekli ise terim ve kavramlarda hukuk bilimi için o derece gereklidir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 2009, s. 250 vd.

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz http://de.wikipedia.org/wiki/Juristische_Fachsprache. 19.04.2009 s. 15:30. Bu konunun ayrıca insanlık, insan hakları ve siyasal yönlerini de anlatan ayrıntılı bir çalışma için bkz. Eroğul, Cem, "Anayasa ve Tüze Dilinin Türkçeleştirilmesi", *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 49/3-4: 119-48.

Tüm bunların farkında olan yasakoyucu bu konudaki çabasını Adalet Komisyonu Raporu'nda "...Komisyon tarafından yürütülen çalışmalar sonucunda hazırlanan metinlerde, anlaşılır bir Türkçe kullanılmıştır. Madde metinleri, son derece teknik bir dille ifade edilmiştir. Kullanılan kavramlar, farklı anlaşılmaları önleyecek biçimde ve özenle seçilmiştir." demiştir.

Bu çalışmada daha uzun yıllar Türk ceza hukuku öğretisi ile yargı kararlarını meşgul edecek olan "doğrudan kasıt", "olası kasıt", "bilinçli taksir" ve "basit taksir" in arasındaki ayırımın değerlendirilmesi üzerinde durulmayacaktır.⁵ Bu çalışmanın temel konusu yasanın 21 ve 22. maddesinde gösterilen kasıt ve taksir ile düzenlemelerine, dil-mantık çerçevesini de içeren eleştirel bir bakış açısı ile yaklaşmak ve çalışmanın sonunda dile getirilen eleştiriler ışığında yasa metnine ilişkin değişiklik önerisi sunmaktır. Bu, hiç kuşkusuz, yasakoyucunun yukarıda belirtilen esinlendiği ideale de ne derece yaklaştığının da bir irdelemesi olacaktır.

2. Kasıt

YTCK, 21. madde başlığı "Kast"tır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kelimenin asıl yazımı "Kast" değil "Kasıt"tır. Ancak kelimeye "ı" ile başlayan bir harf geldiğinde aradaki '-ı' düşerek kelime "kasdı" şeklinde yazılmaktadır.⁶ Bu bakımdan madde başlığında "kast" kelimesinin kullanılması yanlıştır. Doğru kullanım "kasıt" olmalıdır.

Ceza hukuku dogmatğinde kasdın çeşitli şekillerde alt gruplara ayrılarak incelendiği görülmektedir. Bu gruplandırmalar içerisinde bugün artık sadece tarihi anlam taşıyan gruplandırmalarla karşılaşmak mümkündür.⁷ Ancak cezai sorumluluğa yapmış olduğu etki

⁵ Bu konuda doktrinin dondurulması tehlikesine karşın yasakoyucunun hukuki belirlilik ilkesi gereğince bu kavramları tanımlama yolunu seçmesi takdir edilmelidir. Bu sayede yasakoyucu modern yasalaştırma eğilimine uygun bir davranış sergilemiştir. Bilindiği üzere Polonya Ceza Kanunu (m. 8) Avusturya Ceza Kanunu (m. 5, 6) İsviçre Ceza kanunu (m. 12) ve Rus Ceza Kanunu da (m. 24) bu kavramları yasal olarak tanımlama yolunu seçmişlerdir.

⁶ <http://tdkterim.gov.tr/seslisozluk/?kategori=yazimay&kelimesec=036385> 19.02.2009 sa:14.10.

⁷ Dolus indirectus, dolus indeterminatus, Bu kavramlar bugün için cezai sorumluluk üzerinde herhangi bir etki de bulunmamaktadır. vd. Bakınız: Bauman/Weber/ Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003, S 491.

bakımından kasıt iki alt gruba ayrılarak incelenmektedir. Bunlardan birincisi, “doğrudan kasıt” bir diğeri ise “dolaylı” yani yasanın tabiriyle “olası kasıt” tır.⁸

Doğrudan kasıt (*dolus directus*): Kasıt, YTCK’nın 21. maddesi 1. fıkrasında “kasıt, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” denilerek tanımlanmıştır. Söz konusu tanım bozulmadan fakat edilgen yapıyla türkçe dil yazım kuralları da dikkate alınarak şu hale getirilmelidir: “Kasıt, suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilinerek ve istenilerek gerçekleştirilmesidir.” Ancak bu sayede kastın bilme ve isteme unsurları arasındaki yazım ahengi sağlanmış olacaktır.⁹

Olası kasıt (*dolus eventualis*): YTCK m. 21. f. 2. şu şekilde tanımlanmıştır “Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır”.

Bu tanımlama da Türkçe yazım kuralları açısından sakıncalıdır. Yine öngörmenin olası kasdın unsuru haline getirildiği bu tanım bozulmadan, madde metni türkçe yazım kuralları açısından düzeltilmeye tabi tutulmalıdır. Ayrıca hukuk genel teorisiyle ilgili yaklaşımlar göz önünde bulundurulmalıdır. Hukuk teorisine göre hukuk düzeni herşeyden önce bütün hukuk kurallarının ve kurumlarının içeriksel birlikteliğinden oluşmaktadır.¹⁰ Bu bakımdan hukuk normları ve kurumları ussal bir açıklık ve çelişmezlik içerisinde kurgulanmalıdır.¹¹

İlk olarak f. 1’deki kasıt tanımına uydurulması bakımından olası kasdın da edilgen yapıyla tanımlanması yerinde olur.

Ayrıca f. 2 de sözü geçen “kişi” kavramı da hukuk dilinde tüzel kişileri de içerisine alan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır.¹² YTCK’ya göre tüzel kişilerin cezai sorumlulukları yoktur, suçun faili olamazlar. (m. 20. f. 2) YTCK bu sonuca tüzel kişilerin hareket yete-

⁸ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, s. 414.

⁹ Alman hukuk çevrelerince doğrudan kasıt kendi içerisinde 1. dereceden ve 2. dereceden doğrudan kasıt olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Ancak sonuçta bunlar doğrudan kasıttır ve aralarında cezai sorumluluk bakımından bir fark bulunmamaktadır. Bauman/Weber/ Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 483.

¹⁰ Vesting, Thomas, *Rechtstheorie*, München 2007, S.35.

¹¹ Vesting, *Rechtstheorie*, s. 49.

¹² bkz. TCK 20. f. 2., TCK. 60. Medeni Hukuk Bakımından Bkz. Öztan, Bilge, *Medeni Hukuk’un Temel Kavramları*, Ankara 2003, s. 207.

neğinin olmadığı ve kusurlu hareket edemeyeceklerine ilişkin genel doktrinel tartışmalardan yola çıkarak ulaşmaktadır.¹³ Kusurlu hareket edemeyeceklerinden dolayı, tüzel kişilerin suçun faili olamayacaklarına ilişkin yasakoyucunun açık iradesini YTCK ile ortaya koyduğu dikkate alındığında, geleneksel türk doktrini bakımından hala kusurluluğun bir ve en önemli şekli olarak nitelenen kasdın düzenlendiği madde metninden 'kişi' kelimesinin çıkarılması gerekmektedir. Dolayısıyla şu şekilde bir tanımlama daha yerinde olacaktır: *"Suçun, kanuni tanımdaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen, gerçekleştirilmesi halinde olası kasıt vardır."*

Öte yandan üzerinde durulması gerekli bir diğer konu ise özel kasıttır. YTCK ile beraber, özel kasdın Türk hukuk doktrinine Fransız hukukuyla girdiği ve YTCK bakımından bu ayırımdan vazgeçildiği ileri sürülse de¹⁴ bu fikre katılmanın olanağı yoktur. Bir kere özel kast 765 sayılı Kanun'la getirilmiş bir tanımlama değildir. Tıpkı YTCK'da olduğu gibi 765 sayılı TCK'da da suçun kanuni tanımında yer alan bir unsurdur. Bu nedenle YTCK sistemi ile ortadan kaldırılması söz konusu değildir. Eğer bu iddiada ile doktrinel bir tanımlama olan özel kasdın tanımlanmasının artık bir önemi kalmadığı ileri sürülüyorsa, buna da katılma olanağı yoktur. Çünkü amaç ve saikin bazı durumlarda suçun temel şekline, bazı durumlarda ise suçun nitelikli şekline ilişkin bir unsur oluşturduğu yine bilimsel çalışmalarda belirtilmektedir.¹⁵ Kasdı ve taksiri tanımlama yolunu seçen yasakoyucunun bu tercihi karşısında bilakis özel kasda yönelik doktrinel çalışmaların önemi pratik açıdan daha da artmıştır. Çünkü suçun kanuni tanımındaki unsurların neler olduğu, bu bağlamda amaç ve saikin unsur oluşturup oluşturmadığı, eğer bunlar unsur kabul edilecekse, bunun öngörülüp öngörülmediğinin, olası kasıt ile suçun gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğinin tespiti bakımından önem arz etmektedir. Çünkü YTCK'da suç kalıbında 'bilerek- bildiği halde' gibi kavramların kullanıldığı suçların olası kasıtlı işlenmesi olanağının olmadığı kabul edilmiştir.¹⁶ Bu kavramların suç tanımında gösterilen ve amaç/saik kavramlarıyla karıştırılma olanağı çok yüksektir. Kanun koyucu suç kalıpları içerisinde birbirinden farklı

¹³ Özgenc, *Gazi Şerhi*, s. 280.

¹⁴ Özgenc, *İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, Ankara 2006, s. 268.

¹⁵ Soyaslan, *Ceza Hukuku*, S. 418.

¹⁶ 21. maddenin gerekçesi.

fakat amaç ve saik olarak nitelenebilecek birçok kavramı kullanabilir. Bu bakımdan bu kavramların bu suçun özel kasıtle işlenecek bir suç mu olduğu; yoksa olası kastla işlenemeyecek bir suç mu olduğunun tesbiti cezai sorumluluğun ortaya konulması bakımından önem arz etmektedir. Yukarıda vurgulandığı gibi, kanunda yine *'bilerek-bildiği halde'* kelimelerinin kullanıldığı suçlar olası kasıt ile işlenemeyen suçlardır.¹⁷ Ayrıca Demirbaş'ın da haklı olarak belirttiği gibi saikin yani özel kasdın belirlenebilmesi ve ortaya çıkarılabilmesi o suçu diğer suçlardan ayırabilmek için zorunludur.¹⁸ Son olarak özel kasdın Avusturya Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında tanımlandığını belirtmekte fayda vardır.

Görüldüğü üzere ceza hukukunda kasıt *"doğrudan kasdı"* ve *"olası kasdı"* içine alacak şekilde bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Bu sebeplerle 21. maddenin 1. fıkrasında yeralan *"kast"* kelimesinin de madde başlığıyla uyumlu hale getirilebilmesi için *"doğrudan kasıt"* şekline dönüştürülmesi hem dil- mantık yapısı açısından hem de ceza hukuku öğretisi açısından zorunludur. Bu sayede ayrıca YTCK'nın 27. maddesinde düzenlenen *"sınırın kasıt olmaksızın aşılması..."*, Suça teşebbüsle ilgili m. 35. f. 1'de düzenlenen *"Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu..."*, bağluluk kuralının düzenlendiği m. 40 f. 1'de yer alan *"Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı..."* cümlelerdeki kasıt teriminin uygulamasıyla ilgili tereddütler ortadan kalkacaktır.

3. Taksir

Taksirle ilgili düzenlemeler YTCK'nın 22. maddesinde 6 fıkra halinde yapılmıştır. Madde incelendiğinde oldukça ayrıntılı bir düzenleme olduğu dikkati çekmektedir.¹⁹

¹⁷ 21. maddenin gerekçesi.

¹⁸ Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006., Demirbaş devamında '...failin kastının sözkonusu saikin etkisi altında oluşmuş olması durumunda artık "özel kasttan" söz edilir. Örneğin fail birisinin malını faydalanmak amacıyla alırsa hırsızlık, kırmak için alırsa nas-ı ızzar, o malın kendisine ait olduğu iddiasıyla alırsa İhkak-ı Hak suçu oluşur...' S. 344.

¹⁹ Madde 22. (1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gel-

Burada ilk olarak 1. fıkranın anlamı üzerinde durmakta fayda vardır. Söz konusu norm sadece teknik bir anlam ihtiva etmektedir. Bu madde sayesinde artık kasden işlenen suçlara ilişkin kanuni tariflerde kasdın aranacağına ilişkin ayrı bir açıklığa gerek kalmamaktadır.²⁰ Ayrıca suçun işlenişinde kastın açıkça ortaya çıkarılmadığı durumlarda doğrudan taksirli sorumluluk yoluna gidilmesi hukuka aykırıdır. Bu özellikle “suçun maddi unsurlarında hata” durumunda çokça uygulanmaktadır. Tüm bu durumlarda taksirin, ayrıca olayda bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir.²¹ Söz konusu madde kastın tespit edilemediği durumlarda bir taksirden dolayı otomatik cezalandırmanın önüne geçme amacı da taşımaktadır ve bu amacı gerçekleştirecek şekilde kaleme alınmalıdır.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, suçun taksirli şeklinin kasıtlı şekline göre herhangi bir normatif ya da dogmatik eksikliği söz konusu değildir. Ancak yine belirtmek gerekir ki bütün bilimsel uğraşılara rağmen sistemleştirme ve kavramsallaştırma bakımından kasıtlı suçlardaki açıklığa ve berraklığa henüz taksirli suçlar bakımından ulaşamamıştır.²² Taksirli ve kasıtlı işlenecek suçlar arasındaki ayırım taksirin haksızlık veya kusur muhtevasının, kastın haksızlık veya kusur muhtevasından daha az olmasıdır.²³ Madde bu haliyle kasıtlı ve taksirli suçlar arasında suçların kusur muhtevasındaki ayrımı dikka-

mesi hâlinde bilinçli taksir vardır; bu hâlde taksirli suçla ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

(6) Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarısından altıda bire kadar indirilebilir.

²⁰ Schroeder, F.C, “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998, s. 257., Lackner Karl Kommentar, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München 1997, S. 100, P.15 Kn.1

²¹ Haft, Frityof, *Satrafrecht Allgemeiner Teil*, München 1992, s. 145. Yasa koyucu m. 30 f. 1’de “bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır” diyerek sorunu çözmüştür. Ancak bu çözüm sadece suçun maddi unsurlarında hata durumu için geçerli olabilecek bir çözümdür.

²² Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 1., München 2006., S. 1062., P. 24 Kn.2.

²³ Schroeder, “Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler”, s. 256.

te alarak kanun maddeleri arasında her ne kadar şekli olmasa da içeriksel bir hiyerarşi kurmaktadır. Halbuki kanun koyucunun yapması gereken yukarıda saydığımız uygulama kolaylığına yol açacak bir düzenleme yapmaktır. Öyleyse tanım şu şekile dönüştürülebilir. “*Suçun taksirli şeklinin cezalandırılacağı kanunda açıkça belirtilmemişse sadece kasıtlı şekli cezalandırılır.*” Bu sayede ayrıca kanunun özel hükümlerindeki suç tiplerinde kasdın bir unsur olarak ayrıca belirtilmesine gerek kalmayacaktır.

Maddenin düzenlenmesinde kanun koyucu tarafından göz ardı edilmiş diğer bir konu ise kavram ve terim birliğidir. Türk ceza hukuku öğretisinde, hareket, fiil, eylem, davranış gibi kelimeler dikkate alındığında, bir terim birlikteliğine ulaşılamamıştır. Bu kelimeler birbiri yerine kullanılmıştır. Hiç şüphesiz, kanun koyucu böyle bir lükse sahip değildir. Ancak YTCK’da da bu kelimeler birbiri yerine gelişigüzel olarak kullanılmaktadır.²⁴ Esasen birbirlerinden farklı anlamlar içeren bu kelimelerin gelişigüzel kullanımı türk ceza hukuku dogmatizminin gelişimini engelleyici ve mahkeme içtihatlarını kilitleyici bir rol oynayabilirler.

Bu bakımdan öncelikle üzerinde durulması gereken YTCK m. 22 f. 1’de geçen “*taksirle işlenen fiiller*” tabiridir. Kasdın tanımında suç kelimesinden yararlanırken ve temel ilke “*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” şeklinde ifade edilirken, burada “*fiil*” kelimesinin kullanılma gerekçesi anlaşılamamaktadır. Kanunun gerekçesinde bunun bilinçli bir tercih olduğuna ilişkin bir ibare bulunmamaktadır.²⁵ Bilindiği üzere fiil teknik bir ceza hukuku terimidir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, türk ceza hukuku öğretisinde bu gibi terimler birbiri yerine kullanılmaktadır. Türk öğretisindeki anlamıyla fiil, suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır.²⁶ Ayrıca fiil hareket ve ihmali kavramlarını kapsayan bir üst kavram olarak da karşımıza çıkmaktadır.²⁷

²⁴ Öztürk/Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s.127.

²⁵ Bkz. 22. maddenin gerekçesi.

²⁶ Hafızogulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 190.

²⁷ Özgenç’e göre fiil, “aralarında esaslı mahiyet farkları mevcut olmakla birlikte kasten veya taksirle işlenen icrai veya ihmali bütün haksızlıkların esasını teşkil etmektedir... Fiil icrai davranışla işlenebileceği gibi ihmali davranışla da işlenebilir... Fiil kişinin iradesiyle hakim olduğu belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranıştır.” Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*,

Yasakoyucu taksiri düzenlediği 22. maddenin değişik fıkralarında da yukarıda saymış olduğumuz kavram birlikteliğini gözardı etmektedir. Nitekim,

m. 22 f. 3'te "*taksirli suç*",

m. 22 f. 4'te "*taksirle işlenen suç*",

m. 22 f.5'Te failin "*taksirle işlediği suç*" ve

m. 22 f.6'da ise "*taksirli hareket*" terimleri kullanılmıştır.

Kanun metninde böylesine bir çoğulculuk yanlıştır ve öngörüle-meyen sonuçlar ortaya çıkarabilir. Örneğin taksir kavramının *hareket* kavramıyla beraber kullanıldığı m. 22 f. 6'nın ihmali suçlarda uygulanmayacağına ilişkin iddia, türk ceza hukuku doktrininde hareket ve ihmali "*davranış*" ya da "*fiil*" üst başlığı altında inceleyen doktrini takip eden hukukçular tarafından ileri sürülürse kendi içinde tutarlı bir iddia olacaktır. Oysaki bilindiği üzere dikkat ve özen yükümlüğünün ihlali olarak taksir en az hareket kadar ihmali bir şekilde de ortaya çıkabilmektedir.

Bu tehlikelerden kurtulmak için taksirin tanımında da tıpkı kasıttaki olduğu gibi suç kavramıyla bağlantılı bir şekilde tanımlamakta fayda vardır. Suç kavramı hukukumuz bakımından daha az tartışmalı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Suç; fiil, davranış, hareket, icra ve ihmali kavramlarının iç içe geçme özelliği dikkate alındığında, burada "*suç*" kavramının kullanılması yerinde olacaktır.

Özellikle kanunun hata ile ilgili düzenlemelerinin (m. 30) klasik suç teorisini zorlamaya başladığı,²⁸ bu sayede suçun unsurlarına ilişkin tartışmaların zenginleştiği, "*haksızlık*" gibi türk ceza hukuku bakımından yeni sayılabilecek bir terimle kanun metninde karşılaşılan bir dönemde, öğretinin hem kendi içerisinde hem de yasakoyucu ile arasında kavram ve terim birliğine ilişkin bir uyumun oluşmaması sorunu daha da ağırlaşabilir. Bu tür sorunların çözümü için ilk adımın atılması, sağlam bir ceza hukuku dogmatığının üzerine inşa edilebileceği temel bir kavramın ortaya konulmasına bağlıdır. Bu ister "*fiil*", ister

S.154 vd;ayrıca Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, S. 110.

²⁸ Sözüer, Adem, "Die Reform des türkischen Strafrechts" ZStW, 119 Band , Heft 3.2007, S. 721

“hareket” ister “davranış” olarak adlandırılabilir. Fakat bu kavram kendisine yüklenen anlam itibariyle cezalandırılabilir insan davranışının tüm ortaya çıkış biçimlerini kapsamalıdır. Bu biçimlerin birbirlerinden içeriksel olarak ayrıldığı noktalarla bağlantı kurabilmelidir. Bu kavram ayrıca kasıtlı, taksirli ve ihmali suçlar arasındaki cezalandırılabilir temel öğeyi de tasvir etmelidir. Bu türk ceza hukukun ihtiyaç duyduğu kavramın “temel yapı” özelliğidir. Öte yandan, söz konusu kavram değişik suç kategorilerini birbirine bağlama özelliğine de sahip olmalıdır. Dolayısıyla bağlayıcı/bağlantı kurucu bir yapıya sahip olmalıdır. Ayrıca cezalandırılabilir insan davranışı, cezalandırılmayan diğer tüm insan ve hayvan davranışlarından ayırmaya da hizmet edeceği için bir sınırlayıcı özelliğe de sahip olmalıdır.²⁹

Tekrar başlık ve metin içerisindeki kavram birliğine ya da uygunluk konusuna döndüğümüzde, kasıttan yani m. 21’de yapılan mantıki/sistemik yanlı, taksirde de tekrarlanmıştır. Taksir hem madde başlığında, hemde metin içerisinde kullanılmıştır. Oysaki ceza hukukunda taksir, cezai sorumluluğa yaptığı etki bakımından ikiye ayrılmaktadır. Bunlar; basit ve bilinçli taksirdir.

22. madde başlığı taksir olarak konulmuştur. Daha sonra m. 22 f. 2’de ise “Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleşmesidir” denilerek tanım yapılmıştır.

Burada da kasıttan yapılan benzer bir hata yinelenmiş kavramlar birbirinin yerine kullanılmıştır. Buradaki taksirin madde başlığı ile uyumlu hale getirilmesi yerinde olacaktır. Bunun için m. 22 f. 2’de kullanılan taksir kelimesinin basit taksir olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

Bir diğer sorunda, tanımda ortaya çıkmaktadır. Norm teorisi açısından tanımlayıcı norm olarak nitenebilecek bu cümlelerin tasvir edici özelliği dikkate alındığında edilgen çatıyla -kasıt için önerdiğimiz gibi- kurulması yerinde olacaktır. Tanımlayıcı normlar kanunun belli ifadelerine verdiği teknik anlamı belirten, açıklayan kurallardır. Bunlar, ne bir davranışı emretmekte, ne yasaklamakta, ne de kişilere belli bir davranışta bulunmayı emreden normların uygulanmasına istisna

²⁹ Almanya’da ceza hukukunu öğretisinin üzerine inşa edildiği “Handlung” kavramının işlevleri için bkz. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 238, P.8 Kn.1-4.

getirmekte ve uygulanmasını sınırlandırmaktadır.³⁰ Bu bakımdan taksirin kanunda gösterilen unsurlarında herhangi bir şekilde bozulmadan şu şekildeki bir tanım daha uygun gözükmektedir:

“Basit Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde suçun kanuni tanımındaki neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.”

Kanun’daki bilinçli taksirin tanımına ilişkin olarak da benzer eleştiriler dile getirilebilir. Öncelikle bilinçli taksirin tanımındaki “kişi” teriminin de bu teriminin teknik anlamı ve bu bağlamda tüzel kişilerin suçun faili olamayacaklarına ilişkin yasal kabul dolayısıyla madde metninden çıkarılması yerinde olacaktır. Yine benzer bir yaklaşımla yasakoyucunun bilinçli taksirin unsurlarına dokunmadan tanımın edilgen bir yapı içerisinde ifade edilmesi gerekirse şu şekilde bir ifade daha yerinde olacaktır. *“Bilinçli taksir, istenilmeyen neticenin öngörülerek gerçekleştirilmesidir.”* Bu sayede bilinçli taksiri basit taksirden ayıran unsur olarak “öngörme” yükleminden hemen önce kullanılarak Türkçe kuralları çerçevesinde ayrıca vurgu kazanmış olmaktadır.³¹

Yasakoyucunun taksir ile ilgili olarak getirmiş olduğu önemli bir yenilikse YTCK’ nın m. 22 f. 6’da kendisini göstermektedir. Buna fıkraya göre *“Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir hâlinde verilecek ceza yarısından altıda bire kadar indirilebilir.”* Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu hüküm Türk ceza hukuku için önemli bir yeniliktir. YTCK hazırlanırken yola çıkılan temel prensiplerin kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesi olduğu Adalet Komisyonu Raporu’nda belirtilmiştir.³² Söz konusu bu hükümde hümanizm ilkesinin kusur ilkesini yumusattığı ve uygulama bakımından geriletmediği, kendine alan açtığı bir madde olarak gözükmektedir. Ancak dayandığı felsefi nokta açısından oldukça başarılı olan bu madde sistematik yeri bakımından ve formülasyonu bakımından yerinde midir?

³⁰ Hafızoğulları, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 65.

³¹ Türkçe’de genel olarak vurgu yükleme en yakın sözcükte bulunmaktadır. <http://www.edebiyatsanat.com/dil-bilgisi/44-sozcukte-anlam/309-cumlede-vurgu.html>. 18.05.2009 sa.15.40

³² Adalet Komisyonu Raporu için bkz., *Gazi Şerhi*, s. 44.

Öncelikle belirtmek gerekir ki “*taksirli hareket sonucu neden olunan netice*” tabiri yine türkçe açısından başarısız bir düzenlemedir.

Ayrıca aynı cümlelerde kullanılan “*sonuç*” ve “*netice*” arasında herhangi bir anlam farkı yoktur. Aynı cümle içerisinde eş anlamlı sözcüklerin böylesi bir kullanılışı türkçe yazım kurallarına aykırılık teşkil etmektedir ki³³ aynı anlama gelen farklı sözcüklerin kullanımını da daha fazla bir aykırılık teşkil etmektedir.

Kanun koyucu burada tekrar “*taksirli hareket*” tabirini kullanmıştır. Bu bilinçli bir tercih olmadığına göre, diğer maddelerle ahengin sağlanması bakımından hem de bu kelimenin yukarıda sayılmış olunan farklı anlamları gözönüne alındığında “*taksirli hareket*” yerine “*taksirli suç*” kavramının kullanılması daha uygun olacaktır.

Ayrıca dikkat edilmesi gereken diğer ve önemli bir nokta ise şu cümlede kendini göstermektedir. “*failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa*” Bu cümlede ceza hukuku dogmatigi bakımından oldukça sıkıntılı bir düzenlemedir. Çünkü ceza hukukunda suçun aktif ve pasif sujesi birleşmez. Bu madde maddi ceza hukukunu ilgilendiren bir norm olduğu için “*mağdur*”un ve “*fail*”in teknik anlamları ile kullanıldığıнын ceza hukukun disiplinler yapısı bakımından kabulü zorunludur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Adalet Komisyonu Raporu’nda da bu iddiada bulunulmuş, terimlerin teknik anlamlarına uygun bir şekilde kanuna yerleştirildiği belirtilmiştir.³⁴ Bu bakımdan bu normda suçun mağdurunun ve failinin aynı kişi olabileceğinin kabulü gerekmektedir ki bu ceza hukuku bilimi açısından kabul edilemez çünkü ceza hukuku bilimi kendisini sadece kanun koyucunun iradesinde ve kanunun normatif yapısında bulmaz. Böyle bir iddia ceza hukukun dogmatigine ve doktrinine aykırıdır. Söz konusu madde ancak ve ancak “*dolayısıyla faillik*” durumunda hareketi gerçekleştiren kişinin araç kişi olarak kabul edildiği ve bu araç kişinin hareketinin tipik olmadığı durumlarda söz konusu olabilmektedir ki zaten bu durumlarda da arkadaki kişi suçun faili olarak cezalandırılmaktadır.³⁵ Ancak yasakoyu-

³³ Çelik, Yakup, “İmla Kuralları ve Anlatım Bozuklukları”, *Üniversiteler İçin Türk Dili Ders Kitabı* (Editör: Abdurrahman Güzel), Ankara 2008. s. 222 vd.

³⁴ Adalet Komisyonu Raporu, in. Gazi Şerhi, s.44.

³⁵ Bu Konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Keçelioglu, Elvan, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 65 Temmuz/Ağustos 2006. s. 73-88.

cunun böyle bir iradede bulunduğu iddia edilemez. Bu iddia, amaçsal ve sistematik yoruma aykırıdır. Bu bakımdan söz konusu formülasyonun “mağdur” kelimesi dışarıda bırakılacak şekilde yapılması gerekmektedir. Ayrıca buradaki taksirli kelimesini taksirin bir üst kavram olduğu gerçeği karşısında basit taksir olarak değiştirme zorunluluğu vardır. Çünkü taksirli suçlarda cezanın kaldırılması sadece basit taksirli suçlar bakımından kabul edilmiştir. Bilinçli taksir halinde bu hakim takdirine bırakılmıştır.

Ayrıca diğer tartışılması gereken bir konuda fıkranın yeri ile ilgilidir. Maddenin düzenlenmesi gereken yer “taksir” başlığını taşıyan bu fıkra mı olmalıdır? Yoksa konunun cezaların şahsileştirmesi özelliği ve cezanın hesaplanması ile ilgili olduğu için düzenlemenin yerinin YTCK'nın birinci kitap 3. kısmın 3. bölümü mü olmalıdır? Burada artık taksirin unsurlarına ilişkin bir düzenleme olmadığı ve bu konuya rengini veren temel konunun cezaların bireyselleştirmesi olduğu için maddenin kanununun cezaların bireyselleştirmesini başlığını taşıyan bölümüne nakledilmesi düşünülebilir... Özellikle bilinçli taksir bakımından bu tipik bir cezanın bireyselleştirmesi durumudur. Çünkü hakim takdirine bırakılmıştır. Bunun şahsi bir cezasızlık sebebi olduğu ileri sürülemez, çünkü şahsi cezasızlık sebepleri hakim takdirine bırakılan sebepler değildir.³⁶ Ancak yasakoyucunun aksi yöndeki takdiri ise sistematik ve dogmatik bir yanlış olarak nitelendirilemez Bütün bu eleştirilerden sonra sözkonusu maddenin şu şekildeki yazımı daha uygun olacaktır.

“Fail, basit taksir ile işlemiş olduğu suçtan artık bir cezaya hükmedilmesini gerektirmeyecek derecede etkilenmişse cezalandırılmaz. Bilinçli taksir halinde ceza yarından altıda bire kadar indirilebilir.”

4. Sonuç

Yukarıdaki eleştiriler ışığında kanundaki düzenlemelerin şu şekilde yapılması daha yerinde olacaktır.

Madde 20.- (1)...

(2)...

³⁶ Bauman/Weber/ Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 578.

(3) Suçun taksirli şeklinin kanunen ayrıca cezalandırılmadığı durumlarda, suç sadece kasten işlenebilir.

Madde 21.- Kasıt

(1) Doğrudan Kasıt, Suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilerek ve istenilerek gerçekleştirilmesidir.

(2) Suçun, kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen, gerçekleştirilmesi halinde olası kasıt vardır. Bu hâlde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.

Madde 22.- Taksir

(1) Basit Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde suçun kanuni tanımındaki neticesinin öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.

(2) Bilinçli Taksir, istenilmeyen neticenin öngörülerek gerçekleştirilmesidir.

(3)...

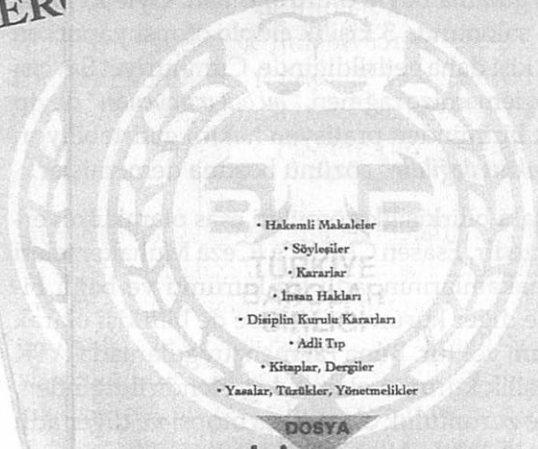
(4)...

(5) Fail, basit taksir ile işlemiş olduğu suçtan artık bir cezaya hükmedilmesini gerektirmeyecek derecede etkilenmişse cezalandırılmaz. Bilinçli Taksir halinde ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-2808



- Hakemli Makaleler
- Söyleşiler
- Kararlar
- İnsan Hakları
- Disiplin Kurulü Kararları
- Adli Tıp
- Kitaplar, Dergiler
- Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler

DOSYA

YENİ İŞ YASASI
Görüşler - Değerlendirmeler

01.05.2014 - 31.05.2014

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10

TCK’NIN 5. MADDESİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ KARŞISINDA TCK DIŞINDAKİ KANUNLARDA YER ALAN DAVA VE CEZA ZAMANAŞIMINI DURDURAN NEDENLERİN YÜRÜRLÜK DURUMU

Fahri Gökçen TANER*

GİRİŞ

Bilindiği üzere yürürlüğünün iki kez ertelenmesinin¹ ardından TCK’nın özel kanunlarla ilişkiyi düzenleyen 5. maddesi, 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu makalede özel kanunlarda yer alan dava veya ceza zamanaşımını durduran nedenlerin mevzuattaki durumları ya da daha açık ifadeyle zımnen ilga edilip edilmedikleri incelenecektir.

Yaptığımız incelemede özel kanunlarda dava zamanaşımını veya ceza zamanaşımını kesen herhangi bir nedene rastlanmamıştır. Bu nedenle makalenin kapsamında yalnızca durma nedenleri yer almaktadır.

I. TÜRK CEZA KANUNU’NUN 5. MADDESİNİN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNİN ARDINDAN TÜRK CEZA KANUNU’NUN GENEL HÜKÜMLERİYLE DİĞER KANUNLARDA YER ALAN GENEL HÜKÜMLERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER ARASINDAKİ İLİŞKİ

TCK’nın 5. maddesi *“Bu Kanununun genel hükümleri, özel ceza kanun-*

* Ar. Gör., Ankara Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku ABD öğretim elemanı.

¹ 11.05.2005 tarihli ve 5349 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 6.maddesiyle adı geçen Kanuna eklenen geçici 1. maddeyle TCK’nın 5. maddesinin yürürlüğü 31 Aralık 2006 tarihine ertelenmişti. 5560 sayılı Kanun’la sözü geçen geçici 1. maddede yer alan tarih 31 Aralık 2008 olarak değiştirilmiştir.

ları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" şeklindedir. Hüküm TCK'nın iki tür kanunla ilişkisini düzenlemektedir. Bunlardan ilki özel ceza kanunlarıdır. Özel ceza kanunları, tüm suçların TCK gibi genel nitelik taşıyan kanunlarda düzenlenmesinin pratik olması² dolayısıyla, TCK'da yer almayan, konu olarak daha özel suçlara ilişkin düzenlemeleri içeren ve "tamamlayıcı ceza hukukunu oluşturan"³ kanunlardır. Terörle Mücadele Kanunu, Askeri Ceza Kanunu bu tür kanunlara örnek olarak verilebilir. Düzenlemeye konu olan diğer husus ise ceza hükmü içeren kanunlardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki hükümde yer alan "ceza içeren kanun" ifadesi, "ceza hükmü içeren kanun"⁴ olarak düzeltilmelidir, zira ifade bu şekliyle bir anlam ifade etmemektedir.⁵ Nitekim 27.12.2007 tarihinde kabul edilen 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 3/1-a maddesinde yerinde olarak "ceza hükmü içeren özel kanun" ifadesi kullanılmıştır. Ceza hükmü içeren kanunlar ceza hukuku alanında bir hukuk alanına özgü olmasına karşın, içerisinde suç ve cezalara ilişkin hükümler de içeren kanunlardır.⁶

765 sayılı TCK'nın konuya ilişkin hükmü olan 10. maddede yalnızca özel ceza kanunlarından bahsedilmesine karşın, bu ifadenin ceza hükmü içeren kanunları kapsamadığı yönünde bir görüş ileri sürülmemiştir. Yine de öğretilde, ceza hükmü içeren kanunların 5237 sayılı TCK'da açıkça ifade edilmesinin yerinde olduğu düşüncesinde olan ya-

² Özel kanunlara duyulan ihtiyaç ve genel nitelikte kanunlarda tüm suçların birden düzenlenmesinin sakıncaları hakkında bkz. Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul 1953, s. 152.

³ Erem/Danışman/Artuk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, s. 89.

⁴ Öğretilde TCK dışında kalan ceza kanunlarını; özel ceza kanunları ve ceza hükmü içeren kanunları şeklinde ikiye ayıran yazarlar tarafından kullanılan terim de "ceza hükmü içeren (özel) kanun" dur. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Bası İstanbul 2008, s. 76; Öztürk/Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2008, s. 55. Önder ise bu ayrımlardan bahsetmemekte ve yalnızca "ceza hükmü taşıyan özel kanun" ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s 45.

⁵ Toroslu/Ersoy, "Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı", *TCK Tasarısı Hakkında Makaleler Görüşler Raporlar İkinci Kitap*, TBB Yayını, Ankara 2004, s. 8. Yazarlar haklı olarak "ceza içeren kanunlardaki suçlar ifadesinin" ne anlama geldiğini sorgulamaktadır.

⁶ Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, İstanbul 2007, s. 9.

zarlar vardır.⁷ Kanımızca özel ceza kanunu ifadesinden, yalnızca ceza hukuku alanına hasredilmiş kanunları anlamak yerinde olmaz. Zira ceza hükmü içeren kanunların ilgili kısımları, sonuçta TCK karşısında özel ceza kanunudur (hükmüdür). Dolayısıyla özel ceza kanunları ifadesi, ceza hükmü içeren kanunları da içerecek şekilde anlaşılmalıdır. Kanunda ceza hükmü içeren kanunların açıkça ifade edilmesi yanlış olmamakla birlikte, bir yenilik de getirmemektedir.⁸ Bu nedenle, bu makalede özel ceza kanunları ifadesi, ceza hükmü içeren kanunları da kapsayacak şekilde kullanılacaktır.

Kanun koyucu, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle adeta yeni bir sayfa açmayı ve TCK'nın genel hükümlerini özel kanunlar bakımından da geçerli kılmayı amaçlamıştır. Bu yaklaşımın yerinde olup olmadığı elbette tartışmaya açıktır. Zira özel kanunların düzenlenmesini gerektiren nedenler, zaman zaman bu kanunların genel hükümlere ilişkin düzenlemeler bakımından TCK'dan ayrılmalarını gerektirebilir. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde Kanunun 10. maddesi uyarınca kural, "*özel kanunlarda aksine bir düzenleme olmaması halinde TCK'nın genel hükümlerinin uygulanması*" şeklindeydi. 5237 sayılı TCK'da ise, 765 sayılı TCK'nın tam aksi yönünde bir sistem benimsenmiştir. Bilindiği üzere genel hükümler ile özel hükümler arasındaki ilişkide, özel hüküm tarafından ayrı bir düzenleme getirildiğinde kural, "*özel hükmün önceliği*" ilkesi gereğince bu hükümlerin uygulanmasıdır.⁹ Aslında TCK'nın 5. maddesinin, özel hükümlerle yapılan düzenlemelere yönelik ihtiyacı tamamen ortadan kaldırdığını söylemek de mümkün değildir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu ortaya çıkabilecek sınırları önlemek amacıyla, 31 Aralık 2008 tarihinden önce bazı özel ceza kanunlarında değişiklik yapmıştır.¹⁰ Böylece 1 Haziran 2005 ta-

⁷ Donay, s. 9; Özbek/Seven, "31.12.2008 Tarihi Sonrasında, Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçuna Uygulanacak Olan Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", www.turkhukuk sitesi.com, s. 1.

⁸ Aksi görüş için bkz. Özbek/Seven, s. 1. Yazarlar, "ceza (hükmü) içeren kanun" ifadesinin 5237 sayılı TCK'nın uygulama alanının 765 sayılı TCK'dan daha geniş olmasını sağladığını ileri sürmektedir.

⁹ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2008, s. 48.

¹⁰ Örnek olarak bkz. 5329 sayılı Kanunla Askeri Ceza Kanunu ve Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunla yapılan değişiklik; 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

rihinden sonra değişen veya yürürlüğe giren kanunlar bakımından, 5. maddenin bir etkisinin olmaması sağlanmıştır. Bu şekilde genel hükümlerle çelişen düzenlemeler getirilmesi alışkanlığının yaygınlaşması¹¹ sonucunda mevzuatın kısa sürede 1 Haziran 2005 tarihinden önceki karmaşık halini almasını kaçınılmazdır. Bu nedenle öğretide haklı olarak TCK'nın 5. maddesinin bir temenniye (tavsiyeyi) yansıttığı ifade edilmektedir.¹² Eğer kanun koyucunun TCK'nın genel hükümlerini tüm özel ceza kanunları bakımından geçerli hale getirmek gibi bir amacı ve düşüncesi olsaydı, TCK'nın 5. maddesine paralel bir düzenlemeyi Anayasa'ya eklemesi gerekirdi.¹³ Zira kanun koyucu kendi kendisine talimat vermesi mümkün değildir. Böyle bir talimatı ancak Anayasa koyucu verebilir. Bu nedenle yapılanın kanun yapma tekniğine uygun olduğunu söylemek de pek mümkün gözükmemektedir.

Zaten kanun koyucunun böyle bir amacı olmadığı, yeni çıkardığı kanunlarla koyduğu kurala aykırı düzenlemeler yapmasından anlaşılmaktadır. Bu yöntemin yine aynı kanun koyucu tarafından 5. maddenin gerekçesinde benimsenen yaklaşımla¹⁴ uyuşmadığı ise gayet açıktır.

Yöntem bakımından 5. maddeyle bu şekilde bir düzenleme yapmak yerine, kanun koyucunun özel kanunlarda yer alan düzenlemeleri tek tek gözden geçirmesi ve TCK ile uyumlu hale getirmesi daha yerinde bir yaklaşım olabilirdi.¹⁵ Bu durumda uygulamacı 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş olan kanun hükümlerini uygulamadan önce bunların zımnen ilga edilip edilmediği araştırma külfetine katlanmak mecburiyetindedir. Dolayısıyla izlenen yolun pratik olduğu da savunulmamalıdır. Öte yandan, kanun koyucu hükümleri

¹¹ Öztürk/Erdem, s. 56.

¹² Öztürk/Erdem, s. 56; Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 52; Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul 2006, s. 19.

¹³ Aynı görüşte bkz. Şen, s. 19

¹⁴ Maddenin gerekçesinde özel kanunlarda yapılan farklı düzenlemelerle "ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir." ifadesi yer almaktadır.

¹⁵ Aynı görüşte bkz. Donay, s. 9.

tek tek gözden geçirme yolunu seçmemiş ve 1 Haziran 2005 tarihini adeta milat olarak belirleyerek, öncesinde yürürlüğe giren hükümlerin zımnen ilgası yoluna gitmiştir. Dolayısıyla izlenen yöntem, özel kanunlarda yer alan hükümlerin zımnen ilga edilip edilmediğine yönelik bir değerlendirme yapmayı zorunlu kılmaktadır. Bu makalenin yazılma nedeni de, aslında bu zorunluluktur.

Aşağıda yer alan alt başlıklarda TCK'nın 5. maddesinin yürürlüğe girmesi karşısında ortaya çıkabilecek olasılıklar değerlendirilerek gerçekleşmesi mümkün olan sonuçlar genel hatlarıyla ifade edilmeye çalışılacaktır. Burada yapılacak tespitler yalnız dava veya ceza zamanaşımı durduran nedenler bakımından değil, özel kanunlarda yer alan ve TCK'nın genel hükümleriyle çelişen tüm düzenlemeler bakımından geçerlidir. Durma nedenlerine ilişkin ayrıntılar ise, aşağıda her bir durma nedeninin mevzuattaki durumu gerekçeli olarak incelenirken belirtilecektir.

A. DÜZENLEMENİN ANAYASA'DA YER ALMASI HALİNDE

İlgili hükmün Anayasa'da yer alması halinde, TCK'nın 5. maddesinin söz konusu düzenleme üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. Zira normlar hiyerarşisinde kanunlara göre üstte yer alan Anayasa'nın, ancak Anayasa'nın değiştirilmesine ilişkin usul ve esaslara uygun bir kanunla değiştirilmesi mümkündür. Dolayısıyla Anayasa'dan sonraki bir tarihte yürürlüğe giren sıradan kanunun, Anayasa'yı değiştirmesi mümkün değildir.

B. DÜZENLEMENİN BİR ÖZEL KANUNUNDA YER ALMASI VE 1 HAZİRAN 2005 TARİHİNDE YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ HALİNDE

Böyle bir durumda TCK'nın 5. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihin mi, yoksa TCK'nın yürürlük tarihinin mi yapılacak değerlendirmeye esas alınacağı konusunda tereddütler oluşabilir. Bu noktada TCK'nın yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 dikkate alınmalıdır, zira bir kanunla diğeri arasındaki öncelik sonralık ilişkisi belirlenirken, esas alınması gereken tarih kanunun yürürlüğe girdiği tarihtir. Dolayısıyla önceki kanun- sonraki kanun ilişkisinin belirlenmesinde

TCK'nun yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 esas alınmalıdır. Öyleyse TCK ile ilgili hüküm aynı tarihte yürürlüğe girdiği takdirde, aralarında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmayacaktır. Sonuç olarak TCK'nın 5. maddesinin, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren hükümler bakımından bir etkisi yoktur.

C. DÜZENLEMENİN BİR ÖZEL KANUNDA YER ALMASI FAKAT 1 HAZİRAN 2005 TARİHİNDEN SONRA DEĞİŞTİRİLMİŞ OLMASI HALİNDE

Bir üst başlıkta önceki kanun-sonraki kanun ilişkisinin belirlenmesinde TCK'nın yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005'in esas alınması gerektiği düşüncesinde olduğumuzu ifade etmiştik. Dolayısıyla 1 Haziran 2005 tarihinden sonra değişen hükümler TCK'ya göre sonraki kanun durumunda olduğundan, TCK'nın 5. maddesinin yürürlüğe girmesinin bu hükümler üzerinde bir etkisi olmayacaktır.¹⁶ Zira normlar hiyerarşisinde TCK diğer tüm kanunlarla eşit düzeyde olduğundan, onlara karşı bir üstünlüğü bulunmamaktadır.

D. DÜZENLEMENİN 1 HAZİRAN 2005 TARİHİNDEN ÖNCE YÜRÜRLÜĞE GİRMİŞ BİR ÖZEL KANUNDA YER ALMASI VE BU TARİHTEN SONRA HERHANGİ BİR DEĞİŞİKLİK GEÇİRMEMİŞ OLMASI HALİNDE

1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş, sonrasında herhangi bir değişiklik geçirmemiş ve TCK'nın genel hükümleriyle uyumsuz olan düzenlemeler, TCK'nın özel kanunlarla ilişkisini düzenleyen 5. maddesinin yürürlüğe girmesinin ardından, 31 Aralık 2008 tarihinde zımnen ilga edilmişlerdir.¹⁷ Mevzuattaki hangi hükümlerin uyumlu, hangilerinin uyumsuz olduğunun belirlenmesinde nasıl bir yol izleneceği tartışma konusu olabilir. Bu durumda karşımıza çeşitli olasılıklar çıkabilir. İlk olasılık iki kanun hükmünün aynı anda uygulanmasının imkansız olması halidir. Bu halde önceki kanun hükmünün zımnen ilga edildiği (örtülü olarak yürürlükten kalktığı kabul

¹⁶ Aynı görüş için bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 83; Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı*, Ankara 2005, s. 176; Donay, s. 8.

¹⁷ Aynı görüş için bkz. Öztürk/Erdem, s. 56.

edilmelidir.¹⁸ Bir diğer olasılık ise, genel hükümlerde bazı hallerin sınırlı olarak sayılması halinde söz konusu olacaktır. Dava veya ceza zamanaşımını durduran veya kesen nedenler, söz konusu olasılığın en bilinen örneğidir. Bu durumda kanun koyucunun iradesinin, herhangi bir değişikliğe gitmediği önceki kanun hükmünü zımnen ilga etme yönünde olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Genel hükümlerde sınırlı olarak sayma yoluna gidilen durumlarda, özel kanunlarda yer alan hükümlerin özel hüküm olduğunu ileri sürerek bunların mevzuattaki varlıklarını koruduklarını savunmak mümkün değildir. Zira 5. maddenin ve kanunilik ilkesinin varlığı, bunların zımnen ilga edildiği yönündeki yorumu zorunlu kılmaktadır.

II. DAVA ZAMANAŞIMINI DURDURAN VE KESEN NEDENLERİN “MANTIĞI” (RATIÖSUSU)

Zamanaşımı kavramı ilk olarak özel hukuk alanında ortaya çıktığı ve düşünsel temelleri özel hukukta yer aldığından, zamanaşımını durduran ve kesen nedenlerin varlık nedenini de özel hukuk alanında aramak gerekir. Özel hukukta zamanaşımı borçluyu korumak ve onu uzun süre bir belirsizliğe muhatap bırakmamak için kabul edilmiştir. Buna karşılık durma ve kesme nedenleri ise alacaklıyı koruma amacını taşımaktadır.¹⁹ Özel hukukta zamanaşımı, kişinin hakkı üzerinde serbestçe tasarruf edebiliyor olmasına rağmen, hareketsiz kalmasına yönelik bir tür yaptırım olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle serbest hareket etme imkânı olmayan kişiye karşı zamanaşımı süresinin işlememesi (*contra non valentem agere non currit prescriptio*) kuraldır.²⁰ Dolayısıyla, alacaklının elinde olmayan ve alacak hakkının talep edilmesini güçleştiren ya da imkânsız hale getiren bazı durum ve ilişkilerin varlığı hallerine özgü olarak, zamanaşımı süresinin işlemesinin haksız sonuçlara yol açmasını önlemek amacıyla, bazı sosyal ve ahlaki düşüncelerin de etkisiyle, durma nedenleri kabul edilmiştir.²¹ Zamanaşımı-

¹⁸ Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1997, s. 174.

¹⁹ Ergenekon, *Türk Borçlar Hukukunda Müruru Zamanın Kat'ı*, Ankara 1960, s. 10.

²⁰ Kunter, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı* (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul 1951, s. 3; Velidedeoğlu/Kaynar, *Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, 3. Bası, İstanbul 1960, s.220.

²¹ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976, s.1275;

nı kesen nedenler ise, borç ilişkisinin taraflarınca yapılan fiiller ya da yetkili organlarca yapılan işlemlerden ibarettir.²² Bu fiil ya da işlemler, borç ilişkisinin halen sürdüğünü ve alacaklının borcunun peşinde olduğunu gösterdiklerinden, bu hallerin varlığı karşısında zamanaşımı süresinin işliyor olması haklı görülmemiştir.²³ Kanun böylece hem alacaklıyı korumuş, hem de kesilmenin ardından zamanaşımının yeniden ve tam olarak işleyeceğini kabul ederek, zamanın yok edici etkilerini yeniden gösterebilmesini mümkün kılmıştır.²⁴

Özel hukuk alanından ceza hukukuna geçen zamanaşımının, ceza hukukunda dava ve ceza zamanaşımı olarak iki farklı görünümü olsa da, durma ve kesme nedenlerinin mantığı aynı kalmış, değişen ise korunan menfaat ve ilişkinin tarafı olmuştur. Hem dava, hem de ceza zamanaşımıyla korunan husus devletin cezalandırma yetkisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ceza zamanaşımında bu yetki, cezayı infaz etme yetkisi olarak somutlaşmaktadır.

Dava zamanaşımını durduran nedenler, kamu davasının yürütülmesinin mümkün olmadığı hallerde, dava zamanaşımı süresinin işlemlerini ve kanunun kendi içerisinde çelişmesini önlemektedir. Zira kanun, bir yandan kamu davasının yürütülmesini olanaksız olduğunu, bir yandan dava zamanaşımının işlediğini kabul etseydi, bu durumu devletin cezalandırma yetkisinin kullanılmadan ortadan kalkması anlamına gelebilirdi. Ceza zamanaşımını durduran nedenler bakımından ise aynı durum, cezayı infaz etme yetkisi bakımından söz konusu olmaktadır. Bazı engel nedenlerden dolayı cezayı infaz etme yetkisinin kullanılmasının mümkün olmaması, ceza zamanaşımının işlemlerini de önlemektedir. Dolayısıyla, özel hukukta alacaklının elinde olmayan ve alacak hakkının talep edilmesini güçleştiren ya da imkânsız hale getiren bazı durum ve ilişkilerin varlığı olarak somutlaşan mantık, ceza hukukunda devletin cezalandırma yetkisinin kullanılmasının, kanun tarafından çeşitli nedenlerle imkansız hale getirilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tutumlu, *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımının Anlamı, Durması ve Kesilmesi*, Ankara 1990, s. 68; Ergenekon, s. 11 ve 12.

²² Tutumlu, s. 79; Ergenekon, s. 26; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul 2001, s. 1280.

²³ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Ankara 2006, s. 651.

²⁴ Oesch, *Essai dogmatique sur la prescription en droit suisse*, Lausanne 1934, s. 36.

Dava ve ceza zamanaşımını kesen nedenlerde de mantık, özel hukuktakinden farklı değildir. Özel hukukta borç ilişkisinin taraflarınca tarafından yapılan bazı fiiller, borcun hala canlı olduğunu göstermekte iken, ceza hukukunda kamu davasını yürütmeye veya cezayı infaz etmeye yetkili organların fiilleri, devletin cezalandırma yetkisini kullanmaya yönelik çabasını ortaya koymakta ve işlemiş olan zamanaşımı süresini anlamsız hale getirmektedir.

Bu başlıkta anlatılanlardan çıkan sonuç, yukarıda bahsedilen nitelikleri taşımayan hususların, her ne olursa olsun dava veya ceza zamanaşımını durduran ya da kesen neden olarak kanuna alınmasının, hukuk teorisine aykırı olduğudur. Bu tespit aşağıda durma nedenleri incelenirken, zaman zaman bize rehberlik edecektir.

III. TÜRK CEZA KANUNU DIŞINDAKİ KANUNLARDA YER ALAN DAVA ZAMANAŞIMINI DURDURAN NEDENLER

A. BANKACILIK KANUNU KAPSAMINDAKİ DAVALARDA DOSYANIN BİLİRKİŞİYE GÖNDERİLMESİ

Hukukumuzda dava zamanaşımının durduran nedenlerden biri 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer almaktaydı. Bankacılık Kanunu'nun, bu Kanunun uygulamasından doğan kamu davalarında bilirkişiye başvurmanın esaslarını düzenleyen 165. maddesinde, dosyanın bilirkişiye teslimi tarihinde dava zamanaşımının duracağı ve bilirkişi raporunun mahkemeye verildiği günden itibaren sürenin yeniden işlemeye başlayacağı ifade edilmekteydi.

Hüküm teknik bir konu olan bankacılık alanında açılan ceza davalarında bilirkişi incelemesinin zorunlu görülmesi ve bu incelemelerin uzamasından kaynaklanabilecek sorunların²⁵ önüne geçmek amacıyla getirilmiş olabilir. Öte yandan gerekçe her ne olursa olsun, böyle bir durma nedeninin kabulü son derece yanlış ve zamanaşımı teorisinin durma konusundaki esaslarına, bu nedenlerin kabulünde etkili olan

²⁵ Bu sorunların yaşandığı ve sonuçta zamanaşımına uğrayan bazı davalar hakkında bkz. Özgenç, *Banka Yolsuzlukları ve Zamanaşımı Sorunu*, TH, Ocak 2003, s.5.

mantığa tamamen aykırıydı.²⁶

Söz konusu hüküm 1 Haziran 2005 tarihinden sonra herhangi bir değişiklik geçirmediğine göre TCK'nın 5. maddesinin 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmesinin ardından, incelediğimiz durma nedeninin zımnen ilga edildiği sonucuna varmak gerekmektedir.

Bu noktada hükmün genel hükümler neden aykırı olduğu yönünde bir soru akla gelebilir. TCK'nın genel hükümlerinde dava zamanaşımını durduran nedenler açıkça sayılmıştır ve sayma sınırlı sayıdadır. Bu nedenlere yeni nedenlerin eklenmesi ancak Anayasa veya 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yürürlüğe giren ya da değişiklik geçiren kanunlar aracılığıyla olabilir. Dolayısıyla 1 Haziran 2005 tarihinden tarihten önce yürürlüğe girmiş olan ve bu tarihten sonra değişiklik geçirmemiş olan özel kanunlarda yer alan dava zamanaşımını durduran nedenler, TCK'nın genel hükümleriyle uyumlu değildir ve bu hükümlerin zımnen ilga edildiği kabul edilmelidir.

Bankacılık Kanunu'nun 165. maddesinde yer alan durma nedeninin zımnen ilgası, görülmekte olan davalarda dava zamanaşımı süresi hesaplanırken bu neden hiç var olmamış gibi hesap yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Dosya bilirkişiye 1 Haziran 2005 tarihinden önce gönderilmiş ve bilirkişi dosyayı iade dahi etmiş olsa sonuç değişmeyecektir. Zira ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasında, sonradan yürürlüğe giren kanunun lehe düzenlemeler içermesi halinde, lehe olan kanunun uygulanması esastır (TCK m. 7/2). Dolayısıyla TCK'nın 5. maddesi dolayısıyla ortaya çıkan tablo failin lehine olduğundan, dava zamanaşımının hesabında dosyanın bilirkişiye gönderildiği zaman diliminde de dava zamanaşımı işleyecek ve hesap buna göre yapılacaktır. Dava 1 Ocak 2009 tarihinden önce mahkumiyet hükmünün kesinleşmesiyle sonuçlanmış ise, artık dava zamanaşımının yerini ceza zamanaşımı kurumu alacağından, elbette 5. maddenin yürürlüğe girmesinin bir etkisi olmayacaktır. Zira ortadan kalkmış bir sürenin durması veya kesilmesi mümkün değildir.

²⁶ Düzenlemeye ilişkin eleştiriler için bkz. Taner, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara 2008, s. 94.

B. KAMU DAVASININ AÇILMASININ ERTELENMESİ

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu²⁷; 2005 yılında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'yla (ÇKK) hukukumuzda girmiş bulunmaktaydı. 2006 yılında 5560 sayılı Kanunla, CMK'nın 171 ve ÇKK'nın 19. maddelerinde yapılan değişiklikle, kurum hem yetişkinler bakımından da uygulanabilir hale getirilmiş, hem de çocuklar ile yetişkinler için kurumun uygulanma şartlarında, erteleme süresi hariç olmak üzere eşgüdüm sağlanmıştır. Buna göre CMK'nın 171. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında sayılan şartların varlığı halinde Cumhuriyet savcısı, kamu davasının açılmasını yetişkinler için beş (CMK m. 171/2), çocuklar için ise üç yıl (ÇKK m. 19) boyunca erteleyebilmektedir. Maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde, erteleme süresince dava zamanaşımı süresinin işlemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, suç tarihinden itibaren işlemeye başlayan dava zamanaşımı süresi, Cumhuriyet savcısının erteleme kararı vermesiyle birlikte duracaktır. Ertelene süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmemesi halinde, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecek; suç işlenmesi halinde ise kamu davası açılacaktır. Bu durumda hakkında kamu davası açılmasının ertelenmesine karar verilen suç bakımından dava zamanaşımı süresi, ikinci suçun işlendiği günden itibaren kaldığı yerden işlemeye devam edecektir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu CMK'da yer aldığından ve CMK, TCK ile birlikte 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiğinden, TCK ile CMK arasında önceki kanun sonraki kanun ilişkisi bulunmamaktadır. Üstelik hüküm 06.12.2006 tarihinde 5560 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve böylece TCK'nın 5. maddesi karşısında sonraki kanun durumuna gelmiştir. Dolayısıyla TCK'nın 5. maddesinin yürürlüğe girmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde dava zamanaşımını durduran hüküm üzerinde herhangi bir sonuç doğurmayacak ve kurum mevzuatımızdaki varlığını sürdürmeye devam edecektir.

²⁷ Kurum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek/Doğan, "Ceza Muhakemesi Kanununda 5560 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *CHD*, Aralık 2006, Y.1, S.2, s. 238 vd.

C. HÜKMÜN AÇIKLANMASININ ERTELENMESİ (GERİYE BIRAKILMASI)

Hükmün açıklanmasının ertelenmesi kurumu,²⁸ kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu gibi, 2005 yılında 5395 sayılı ÇKK ile hukukumuzda girmiş bulunmaktaydı. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumuna paralel olarak 06.12.2006 tarihinde 5560 sayılı Kanunla, hem CMK'nın 231. ve hem de ÇKK'nın 23. maddelerinde yapılan değişiklikle kurum, hem yetişkinler bakımından uygulanabilir hale getirilmiş, hem de çocuklar ile yetişkinler için kurumun denetim süresi dışında kalan uygulanma şartlarında eşgüdüm sağlanmıştır.

Dava zamanaşımının durması bakımından, bir üst başlıkta kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu hakkında yapılan analiz, hükmün açıklanmasının ertelenmesi bakımından da geçerlidir. Zira her iki kurum da 1 Haziran 2005 tarihinde CMK ile mevzuata girmiş ve 2006 yılında 5560 sayılı Kanunla değiştirilerek TCK'nın 5. maddesine göre sonraki kanun halini almıştır.

D. UZLAŞMA TEKLİFİNDE BULUNULMASI

CMK'nın 253. maddesinin 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'la değişik 21. fıkrası uyarınca *"Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süreleri işlemez"*.

Dolayısıyla yukarıda kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kurumları bakımından söylenenler, dava zamanaşımını durduran bir diğer neden olan uzlaşma teklifi bakımından da geçerlidir. Özetle, 5560 sayılı Kanun'la TCK'dan çıkartılarak CMK'ya taşınan ve uygulama şartları ayrıntılı olarak düzenlenen uzlaşma kurumu, TCK'nın 5. maddesine göre sonraki bir kanun hükmü tarafından düzenlenmekte ve mevzuattaki varlığını korumaktadır.

²⁸ Kurum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek/Doğan, s. 238 vd.

E. ASKERİ SUÇLARDA DAVA ZAMANAŞIMININ DURMASI

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 29.6.2006 tarih ve 5530 sayılı Kanun'la değişik 20. maddesinde, askeri suçlara ilişkin davalarda zamanaşımını durduran bir neden yer almaktadır.²⁹ Buna göre *"er ve erbaşlar ile yedek subayların askere girmeden veya silâh altına çağrılmadan önce işledikleri yukarı haddi iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlara ait davalarda soruşturma ve kovuşturma işlemleri askerliklerini bitirmelerine kadar geri bırakılır."* Öte yandan ikinci fıkrada Türk Silahlı Kuvvetleri'nden çıkarmayı gerektiren suçlardan sanık yedek subaylar hakkında bu hükmün uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise geri(ye) bırakma süresince zamanaşımının işlemeyeceği belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında savaş halinde yukarıda barış hali için belirlenen yukarı sınırın beş yıl olduğu, dördüncü fıkrasında ise savaş halinde geriye bırakma hükümlerinin uygulanmamasının istenebileceği istisnai haller hükmü altına alınmaktadır.

Görüldüğü üzere CMK'da yer alan kurumlar gibi, Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan dava zamanaşımını durduran neden de, TCK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden sonra (29.6.2006 tarihinde, 5530 sayılı Kanun'la) değişikliğe uğramış ve TCK'nın 5. maddesine göre sonraki bir kanun hükmü halini almıştır. Dolayısıyla, söz konusu durma nedeni de mevzuattaki varlığını sürdürmektedir.

IV. TÜRK CEZA KANUNU DIŞINDAKİ KANUNLARDA VE ANAYASA'DA YER ALAN CEZA ZAMANAŞIMINI DURDURAN NEDENLER

A. MİLLETVEKİLLİĞİ SIFATININ KAZANILMASI

Anayasa'nın 83/3. maddesinde *"milletvekili hakkında seçimden önce ya da sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesinin üyelik sıfatının sonuna bırakılacağı"* belirtilmekte ve üyelik süresince zamanaşımının işlemeyeceğini ifade edilmektedir. Söz konusu nedenin ceza

²⁹ Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. YCGK, E. 1992/3-366, K. 1993/27, T. 08.02.1993 (KBİBB, SGT: 10.10.2007).

zamanaşımını durduran bir neden olduğu öğretide ittifakla kabul edilmektedir.³⁰ Tartışmalı konu ise, bu durma nedeninin dava zamanaşımı bakımından da geçerli olup olmadığıdır. Anayasa'nın açık hükmü karşısında söz konusu hükmün yalnızca ceza zamanaşımını durduran bir neden olarak kabul edilmesinin zorunlu olduğu düşüncesindeyiz.³¹ Zira üyelik süresince "zamanaşımı işlemez" ibaresi başka bir cümlede değil, ceza hükmünün infazının ertelenmesinden bahseden cümleye noktalı virgülle bağlıdır ve cümlede kastedilenin ceza zamanaşımı olduğu açıktır.³² Dolayısıyla bu makalede milletvekilliği sıfatının kazanılması, ceza zamanaşımını durduran nedenler başlığı altında incelenmektedir.

Milletvekilliği sıfatının kazanılması halinde ceza zamanaşımının durması Anayasa'da düzenlenen bir kurum olduğundan, TCK'nın 5. maddesinin yürürlüğe girmesinin bu durma nedeni bakımından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Zira Anayasa, normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer almakta ve ancak Anayasa'da öngörülen usullerle değiştirilebilmektedir. Bu nedenle sıradan bir kanunun Anayasa üzerinde herhangi bir etki doğurması mümkün olmayacaktır.

B. CGTİHK'DA GÖSTERİLEN BAZI SUÇLAR BAKIMINDAN HÜKÜMLÜNÜN ASKER OLMASI

13.12.2004 tarihinde kabul edilen ve bu tarihte yürürlüğe giren Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 118/1. maddesi uyarınca; "sırf askerî suçlar ile askerî disiplin suçları ayırık olmak üzere, er ve erbaşlar ile yedek subayların askere alınmadan önce ve askerlikleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı, haklarında kısa süreli hapis

³⁰ Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul 1992, s. 805; Dönmezer/Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. III, 12. Bası, İstanbul Ekim 1997, s. 291; Erem/Danışman/Artuk, s. 1012; Feyzioğlu, "Yasama Dokunulmazlığı", *AÜHFHD*, 1991-1992, S. 1-4, s. 32; Özgen, *Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi*, Eskişehir 1988, s. 100-101.

³¹ Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Önder, *Genel Hükümler*, C. II-III, s. 805; Dönmezer/Erman, C. III, s. 276; Erem/Danışman/Artuk, s. 1012; Centel/Zafer/Çakmut, s. 637; Kunter, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, s. 87; Gökçen, "Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı", *Kamu Hukuku Arkivi*, 2004 Mart, s. 45; Feyzioğlu, "Yasama Dokunulmazlığı", s. 33; Taner, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, s. 146 ve 147.

³² Feyzioğlu, "Yasama Dokunulmazlığı", s. 33

cezaları yerine hükmedilen 5237 sayılı TCK'nın 50. maddesinin birinci fıkrasının (c), (e) ve (f) bentlerinde yer alan tedbirler ile adli para cezalarının yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır ve bu süreler içinde zamanaşımı işlemez". Kanun metninde her ne kadar zamanaşımının türüne ilişkin bir belirleme yapılmamışsa da, cezaların yerine getirilmesinden söz edildiğine göre kast edilenin ceza zamanaşımı olduğu açıktır.

CGTİHK'nın yürürlük tarihini gösteren 123. maddesinde, Kanun'un 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla TCK ile CGTİHK aynı tarihte yürürlüğe girdikleri için aralarında önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi bulunması mümkün değildir. Bu durumda TCK'nın 5. maddesinin yürürlüğe girmesinin, CGTİHK 118/1. maddesinde yer alan ve inceleme konumuz olan ceza zamanaşımını durduran neden üzerinde herhangi bir etkisi olmamıştır ve hüküm mevzuattaki varlığını sürdürmektedir.

C. HÜKÜMLÜNÜN BİR BAŞKA CEZADAN DOLAYI İNFAZ KURUMUNDA BULUNMASI

765 sayılı TCK döneminde, hükümlünün başka bir cezadan dolayı ceza infaz kurumunda bulunmasının bir durma sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi.³³ Bu yerinde eleştiri ışığında, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un (CMK Uygulama Kanunu) 15/1. maddesinde "*Birden fazla mahkûmiyeti olan kişi bu mahkûmiyetlerden birine ilişkin cezayı infaz kurumunda çektiği sürece, diğer cezaları açısından ceza zamanaşımı işlemez*" şeklinde formüle edilmiştir.

CMK Uygulama Kanunu'nun yürürlüğe giriş tarihini gösteren 19. maddesinde Kanunun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe gireceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren tüm kanunlar gibi, 5320 sayılı CMK Uygulama Kanunu ile TCK arasında da önceki kanun, sonraki kanun ilişkisi bulunması mümkün değildir. Öyleyse TCK'nın 5. maddesinin yürürlüğe girmesinin, CMK Uygulama Kanunu'nun 15/1. maddesinde yer alan ceza zamanaşımını durduran neden üzerinde herhangi bir etkisi olmamıştır.

³³ Kunter, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, s. 131; Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, s. 698; Dönmezer/Erman, C. III, s. 288.

D. CEZANIN İNFAZININ ERTELENMESİ VEYA DURDURULMASI

CMK Uygulama Kanunu 15/2. maddesinde “*Cezanın infazının ertelenmesi veya durdurulması halinde, bu cezaya ilişkin zamanaşımı işlemez.*” hükmü yer almaktadır. CGTİHK uyarınca hapis cezasının infazının hastalık (m. 16) veya belirli suçlarda hükümlünün isteği üzerine (m. 17) ertelenmesi mümkündür.

Ceza zamanaşımını durduran bu neden de, bir üst başlıkta yer alan durma nedeni gibi CMK Uygulama Kanunu’nda yer almaktadır. Dolayısıyla yukarıda yapılan tespitler, bu durma nedeni bakımından da geçerlidir ve hüküm mevzuattaki varlığını sürdürmektedir.

SONUÇ

Yukarıda, TCK’nın özel kanunlarla ilişkiyi düzenleyen 5. maddesinin yürürlüğe girmesi karşısında, TCK dışındaki kanunlarda yer alan dava zamanaşımını durduran nedenlerin ve ceza zamanaşımını durduran nedenlerin durumunun incelenmesi sonucunda Bankacılık Kanunu’nun 165. maddesinde yer alan dava zamanaşımını durduran nedenin zımnen ilga edildiği anlaşılmaktadır. Diğer durma nedenleri ise yukarıda açıklanan nedenlerle, mevzuattaki varlıklarını sürdürmektedir.

Bu noktada, özel kanunlarda yer alan TCK’nın genel hükümlerine aykırı hükümlerin zımnen ilgası yoluna gidilmesinin yerinde bir yaklaşım olmadığı altını bir kez daha çizmek istiyoruz. Nitekim 5. maddenin yürürlüğünün ertelendiği dönemde yapılan sayısı hiç de azımsanmayacak değişikliklerle, hukukumuzda daha şimdiden TCK’nın genel hükümlerine aykırı düzenlemeler kategorisi yaratılmıştır. Bir süre sonra TCK’nın genel hükümlerine uygun düzenlemeler kural, uygun olan düzenlemelere istisna halini alırsa, bu durum hiç de şaşırtıcı olmayacaktır. Dolayısıyla özel düzenlemelere duyulan ihtiyacın açıklığı karşısında, TCK’nın 5. maddesinin varlık sebebi, tekrar tekrar sorgulanması zorunlu gözükmektedir.

KAYNAKLAR

- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. III, 12. Bası, İstanbul Ekim 1997.
- Centel Nur - Zafer, Hamide - Yenerer Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 5. Bası İstanbul 2008.
- Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, İstanbul 2007.
- Edis, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1997.
- Erem, Faruk - Danışman, Ahmet - Artuk, Mehmet Emin, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul 2001.
- Ergenekon, Yılmaz, *Türk Borçlar Hukukunda Müruru Zamanın Kat'ı*, Ankara 1960.
- Feyzioğlu, Metin, "Yasama Dokunulmazlığı", *AÜHFD*, 1991-1992, S. 1-4, 31-45.
- Gökçen, Ahmet, "Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı", *Kamu Hukuku Arkivi*, 2004 Mart, s. 19-50.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Ankara 2006.
- Koca, Mahmut - Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.
- Kunter, Nurullah, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi)*, İstanbul 1951.
- Oesch, Albert, *Essai dogmatique sur la prescription en droit suisse*, Lausanne 1934.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul 1992.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukukuna Dersleri*, İstanbul 1992.
- Özbek Veli Özer - Doğan, Koray, "Ceza Muhakemesi Kanununda 5560 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *CHD*, Aralık 2006, Y.1, S.2, s. 227-252.
- Özbek, Veli Özer - Seven, Vural, "31.12.2008 Tarihi Sonrasında, Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçuna Uygulanacak Olan Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Turhukusitesi.Com*.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı*, Ankara 2005.
- Özgen, Eralp, *Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi*, Eskişehir 1988.
- Özgenç, İzzet, *Banka Yolsuzlukları ve Zamanaşımı Sorunu*, TH, Ocak 2003, s. 4-9.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006.

- Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2008.
- Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul 2006.
- Taner, Fahri Gökçen, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Ankara 2008.
- Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İstanbul 1953.
- Toroslu, Nevzat - Ersoy, Yüksel, "*Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı*", *TCK Tasarısı Hakkında Makaleler Görüşler Raporlar İkinci Kitap*, TBB Yayını, Ankara 2004.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2008.
- Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hüükümler*, C. I, 6. Bası, İstanbul 1976.
- Tutumlu, Akif, *Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımının Anlamı, Durması ve Kesilmesi*, Ankara 1990.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet - Kaynar, Reşat, *Borçlar Hukuku Umumi Hüükümler*, 3. Bası, İstanbul 1960.

TÜRK TİCARET KANUNU VE TASARISI ÇERÇEVESİNDE ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU: ÜYELERİN ÖZELLİKLE DOĞRUDAN DOĞRUYA VERDİKLERİ ZARARLARDAN DOĞAN SORUMLULUKLARI VE YARGI UYGULAMASI

Tamer BOZKURT*

I. TÜRK TİCARET KANUNU BAKIMINDAN SORUMLULUK REJİMİ

A. Genel Olarak

Anonim şirketin yönetim ve temsil organı (TTK m. 317) olan ve daimî konumdaki yönetim kurulu, şirket adına irade açıklayarak şirketin hak ve borç sahibi olabilmesini sağlamaktadır. Anonim şirket tüzel kişiliği ile yönetim kurulu arasında, organ ilişkisinin olduğu açıktır. Dolayısıyla, yönetim kurulunun işlem ve eylemlerinden şirket tüzel kişiliği sorumludur (TMK m. 50/II-III; TTK m. 321/V). Ancak yönetim kurulu “üyeleri” ile şirket arasındaki ilişkinin ne olduğu tartışmalıdır. Öğretide bu ilişkinin vekâlet veya hizmet sözleşmesine dayandığı belirtildiği gibi, *sui generis* bir yapıda olduğu da ifade edilmektedir.¹ Ancak kanaatimizce -aksi belirtilmediği sürece- bu ilişkinin bir vekâlet ilişkisi olduğunu kabul etmek uygun olur.² Bu durum, özellikle objektif özen yükümlülüğü bakımından önem arz edecek bir noktadır. Vekâlet sözleşmesinde vekil, müvekkiline karşı bir iş görme edimini özen ve sadakatle yapma borcunu üstlenmiştir. İstisna sözleşmesinden farklı olarak, vekilin özen ve sadakatle davranmak koşuluyla, öngörü-

* Av., Ankara Barosu; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

¹ Tartışmalar için bkz. Güney, Necla Akdağ, “Anonim Şirketlerde Azledilen Yöneticilerin Tazminat Hakları”, *AÜHFD*, 2008, C. 57, S. 1 (Necip Bilge’ye Armağan Sayısı), s. 14 vd.

² Bu yönde bkz. Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*, B. 9, İstanbul 2003, N. 543; Çamoğlu, Ersin, “Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerinin Umumi Heyet Kararlarının İcrasından Doğan Mesuliyeti”, *Batider*, 1965, C. III, S. 3, s. 525.

len sonucun gerçekleşmemesinden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir; çünkü vekil, edim sonucunu değil, edim fiilini taahhüt etmiştir. İşte yönetim kurulu üyeleri, basiretli bir yöneticiden beklenen özen ve sadakati gerçekleştirdiği sürece, sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu tutulmamalıdır. Ticaret hayatının risklerle dolu olması, bu yaklaşımı haklı kılar. Aksi durumda, kimse şirketin yönetiminde sorumluluk almak istemez.

Aşağıda incelenecek sorumluluk hükümleri sadece yönetim kurulu üyeleri için değil; denetçiler, müdürler, tasfiye memurları hakkında da uygulanır.

B. Sorumlulukla İlgili Özel Durumlar

1. Sorumluluğun Konusu Nedir ve Bu Sorumluluk Kime Karşındır?

Anonim şirketin icra ve temsil organı olan yönetim kurulunun, aldığı kararlarla *şirketi, alacaklıları veya pay sahiplerini* zarara uğratması mümkündür. İşte kusurlu fiilleri ile *şirketin, alacaklıların ve pay sahiplerinin* zarara uğramasına neden olan yönetim kurulu üyelerinin bu zararlardan dolayı sorumluluk altında olduğu, Türk Ticaret Kanunu'nun 336 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Sorumluluk davasının konusu da budur.

Türk Ticaret Kanunu'nun 336. maddesinin I. fıkrasında yönetim kurulu üyelerinin şirket ad (ve hesabına) yaptıkları sözleşme ve işlemlerden dolayı şahsen sorumlu olamayacakları; ancak maddede yazılı hâllerde gerek şirkete, gerek münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsilen sorumlu olacakları ifade olunmuştur.

2. Sorumluluğun Özellikleri Nelerdir?

Hemen belirtmek gerekir ki, bu sorumluluğun üç özelliği bulunmaktadır: Birincisi, bu sorumluluk bir kusur sorumluluğudur.³ İkinci

³ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 543; Ansay, Tuğrul, *Anonim Şirketler Hukuku*, B. 6, Ankara 1982, s. 141; İmregün, Oğuz, "Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu", *Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı*, İstanbul 1999, s. 263; Tekil, Fahiman, *Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul 1998, s. 210; Helvacı, Mehmet, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki So-*

olarak, sözleşmesel bir sorumluluk olup, müteselsildir.⁴

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olması, üyelerin kusursuz olarak sorumlu tutulamayacağı anlamına gelir. Bu olgu, sorumlulukla ilgili hükümlerde gösterilmiştir. Örneğin Türk Ticaret Kanunu'nun 338. maddesinde “*yukarıdaki maddeler gereğince müteselsil mesuliyeti mucip olan muamelelerde bir kusuru olmadığını ispat eden aza mesul olmaz*” denilmektedir.

İkinci olarak bu sorumluluk -kural olarak- akdidir. Nedeni de basittir. Yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin vekâlet (veya duruma göre hizmet veya *sui generis* bir sözleşme) sözleşmesi olması, yönetim kurulu üyelerinin eylemlerinin -kural olarak- haksız fiil olmasını engellemektedir.

Bir olayda alacaklının sözleşmeye dayanması ile haksız fiile dayanması arasında önemli farklar vardır. Bir kere, sözleşmelerde genel zamanaşımı süresi uzundur (BK m. 125-126 gereğince 10 veya 5 yıl); oysa haksız fiilde kısadır (BK m. 60 gereğince 1 ve 10 yıl). Daha da önemlisi, borç ilişkilerinde borçlu borca aykırı davrandığında, borçlu aleyhinde aksi ispatlanabilir bir kusur karinesi vardır. Alacaklı borçlunun kusurunu değil, borçlu kendi kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir (BK m. 96).⁵ Öğretide borçlunun aleyhine aksi ispatlanabilir kusur karinesinin olduğundan söz edilir. Alacaklı burada sadece alacaklı olduğunu, zarara uğradığını ve illiyet bağının varlığını ispatla yetinecektir. Oysa haksız fiilde, haksız fiilin koşullarını ispat yükü zarar görene düşer (BK m. 42). Bu bakımdan yönetim kurulu üyelerinin akdi bir sorumluluk altında olması, aleyhlerinedir.

Son olarak, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kanundan doğan müteselsil sorumluluğa örnektir (BK m. 141/II) ve aksi kararlaştırılamaz. Ancak, müteselsil sorumluluk kuralı mutlak değildir.

rumluluğu, B. 2, İstanbul 2001, s. 37 vd. Karş. Doğanay, İsmail, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu”, *Yaklaşım*, 1994, S. 14, s. 59.

⁴ Poroy [Tekinalp/Çamoğlu], *a. g. e.*, N. 590, 591, 592; Akalın, Hasan Tahsin, “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyetleri ve Şartları”, *İzBD*, 1968, S. 30, s. 9; Helvacı, *a. g. e.*, s. 34-35.

⁵ “*Yasada yönetim kurulu üyeleri için kusur karinesi kabul edilmiştir. Bu durumda, kusursuzluğu ispat külfeti yönetim kurulu üyesine aittir*”. 11. HD, 27.2.1990, E. 1989/9543, K. 1990/1576 (Çevik, Orhan Nuri, *Uygulamada Şirketler Hukuku*, B. 3, Ankara 2002, s. 440, N. 314).

Aşağıdaki hâllerde sorumluluk müteselsil olmayıp işlem veya eylemi yapan yönetim kurulu üyesine aittir.

— İlk olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 319. maddesi uyarınca yönetim görevi üyeler arasında bölünmüş veya murahhaslara bırakılmışsa (ve caiz bir yetki devri varsa), Türk Ticaret Kanunu'nun 336. maddesinin 5. fıkrasından doğan sorumluluk kural olarak müteselsil olmayacaktır⁶ (TTK m. 336/son).

— Yine, alacaklılar ve pay sahiplerinin aşağıda incelenecek doğrudan dava hakkı haksız fiile dayandığı için, sorumluluk da fail veya faille ait olacaktır. Bunun dışında, Türk Ticaret Kanunu'nun 321. maddesinin V. fıkrasındaki görevle ilgili haksız fiiller de belirtilmelidir.

— Ortaklıkla işlem yapma ve rekabet yasağı ile özen/sadakat borcunun ihlâli hâlinde (temsilde miktar sınırlamasına aykırı davranış gibi) de esas sorumluluk eylemde bulunanındır (TTK m. 334-335).

— Yeni göreve gelen yönetim kurulu üyelerinin seleflerinin işlemlerini denetleyip açık yolsuzlukları denetçiye haber verme yükümlülüğünü ihlâl eden üye veya üyeler sorumludur.⁷

B. Sorumluluk Gerektiren Haller

1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun 336. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğunu gerektirecek hükümler sevk edilmiştir. Bunların ilk üçü, sayma yolu ile belirlenmişken, dördüncü bent "*torba*" hüküm niteliğindedir.

⁶ Bu durumla ilgili değişik olasılıklar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 536; Helvacı, Mehmet, "Yönetim Kurulunun Görevlerini Murahhaslara Devretmesi", *Yaklaşım*, 1994, S. 24, s. 118; Helvacı, *a. g. e.*, s. 78 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Ünal, Mustafa, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması", *Batider*, 1982, C. XI, S.3, s. 67 vd; İmregün, *Yönetim Kurulu*, s. 266-267. Murahhas azaların kamu vergi borçlarından doğan sorumlulukları ile ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Tamer, "Vergi Yükümlülüğü-Vergi Sorumluluğu Kavramları Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Tek Başına Temsil ve İlzama Yetkili Olanların (Özellikle Murahhas Azaların) Vergisel Sorumluluğu" *BATİDER*, Aralık 2008, C. XXIV, S. 4, s. 239. vd.

⁷ Tüm bu olasılıklarla ilgili olarak bkz. İmregün, *Kara Ticareti*, s. 353; Ansay, *a. g. e.*, s. 141.

2. Sorumluluk Nedenleri

a. Hisse senetleri bedellerine mahsuben pay sahipleri tarafından gerçekleşen ödemelerin doğru olmaması, ilk sorumluluk nedenidir. Bilindiği gibi, anonim şirketler esas sermayeli şirketlerdir ve pay bedellerinin karşılığının gerçekten ödenmesi son derece önemli bir konudur. Aksi hâlde şirketin esas sermayesinin aşındırılması söz konusu olacağı için, bu durumdan alacaklılar ve paydaşların zarar göreceği kuşkusuzdur.⁸

Anonim şirketlerde ortakların sorumluluğunun sınırlı ve şirkete karşı olması nedeniyle ortaya çıkan dengesizliği gidermek için, malvarlığının korunması ilkesi benimsenmiştir.⁹ Bu, özellikle alacaklıların korunmasına hizmet eden bir yaklaşımdır. İşte Kanun'da öngörülen sorumluluk rejiminin de malvarlığının korunması ilkesi ile yakından ilişkisi vardır. Zira üyelerin kusurlu fiileri ile -özellikle- şirketi zarara uğratmaları durumunda, şirketin uğradığı zararlar, konumuzu oluşturan sorumluluk davaları ile giderilecektir.

Bu hükümde daha çok, yönetim kurulu üyeleri ile bir veya birden çok ortak arasında yapılan anlaşma sonucunda hisse bedelinin tümünün veya bir kısmının ödenmediği hâlde ödenmiş gibi gösterilmesi hâli kastedilmektedir.¹⁰ Kuruluş aşamasında da benzer bir sorumluluk nedeni, ilk yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler için öngörülmüştür (TTK m. 305 vd.). Ancak, bu sorumluluğun doğması için yönetim kurulu üyeleri ile ortağın anlaşmış olmasına gerek yoktur. Üyeler ihmali bir davranışta bulunmuş olsa bile, sorumluluk söz konusu olacaktır.¹¹ Bilindiği gibi, hukukumuzda kusurun derecesi tazminat sorumluluğunun doğması bakımından bir öneme sahip değildir. Kusurun derecesi sadece, tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınması gereken ilk ölçütlerdendir (BK m. 44).

Yukarıda anılan eylemi gerçekleştiren üye/üyeler; şirkete, alacak-

⁸ "Kanun ve ana sözleşmeye aykırı olarak çıkarılan pay senetleri nedeniyle zarar uğrayan üçüncü kişiler, bu pay senetleri için ödedikleri parayı, anonim şirket ile anonim şirket idare meclisi üyeleri ve kusurlu olan diğer kişilerden isteyebilirler". 11. HD, 19.11.1993, E. 1993/5734, K. 1993/7583 (Çevik, a. g. e., s. 436, N. 302).

⁹ Bu ilke ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şar, Ferda, "Anonim Ortaklıklarda Malvarlığının Korunması İlkesi" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1995.

¹⁰ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], a. g. e., N. 593.

¹¹ Helvacı, a. g. e., s. 53.

lılara ve pay sahiplerine karşı sorumlu olacaktır. Böylece şirketin aşındırılan sermayesi, alınacak tazminatla kapatılacak ve malvarlığının korunması ilkesi uygulamaya geçecektir.

b. Dağıtılan ve ödenen kâr paylarının gerçek olmaması: Anonim şirketlerde kâr, ancak net kazançtan veya bu amaçla ayrılmış yedek akçelerden dağıtılabılır. Türk Ticaret Kanunu'nun 473. maddesi gereğince, haksız yere ve kötü niyetle kâr payı alan pay sahipleri, bunları geri vermekle yükümlü olmasına rağmen, kanun koyucu kâr paylarının dağıtılması konusunda yetkili organ olan yönetim kurulunun da sorumluluğuna gidileceğini öngörerek çifte koruma sağlamak istemiştir. Zira gerçek kâr yokken kâr dağıtılması, aslında sermayenin iadesi niteliğindedir.¹² Türk Ticaret Kanunu'nun 405. maddesi, -tasfiye hâli dışında- ödenen sermaye paylarının iade edilmesini yasaklamıştır. Yasaklanan sadece sermayenin doğrudan iadesi de değildir; sermayenin iadesi sonucunu doğuracak bütün eylem ve işlemler de yasaktır. Konu, yine malvarlığının korunması ilkesi ile doğrudan ilgilidir.

Acaba haksız olarak ödenen kâr payları, tahsil edildikten sonra, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan bahsetmek mümkün olacak mıdır? Türk Ticaret Kanunu'nun 473. maddesi gereğince gerçek dışı ödenen kâr paylarının iadesinin istenebilmesi için, pay sahiplerinin kötü niyetli olması gerekir.¹³ Böylece, iyi niyetli bir şekilde, bilançoya güvenerek kâr payı alan ortaktan bunun iadesi istenemeyecektir. İşte bu durumda ortaktan zararın tahsili olanağı bulunmadığı için, yönetim kurulu üyelerine yönelmek mümkündür. Buna karşılık kötü niyetli olarak kâr payı alan paydaşlardan beş yıl içinde iade istenebileceği için, bu olasılıkta yönetim kurulu üyelerine başvurulması kural olarak mümkün olmaz.

c. Kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya bunların intizamsız bir surette tutulması: Bilindiği gibi, tüzel kişi tacir olan anonim şirketler (TTK m. 18, 136), tacir olmanın bir sonucu

¹² Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 594. Bu konuda ayrıca bkz. Beşe, Tayfun, "Yönetim Kurulunun Dağıtılan Kâr Payının Gerçek Olmamasından Doğan Sorumluluğu", *Yaklaşım*, 1993, S. 7, s. 64 vd.

¹³ Bu yönde bkz. Arslan, Erdoğan, "Şirketlerde Kâr Dağıtımı", *Yaklaşım*, 1996, S. 39, s. 42; Beşe, *a. g. m.*, s. 68; Çevik, *a. g. e.*, s. 436; Kendigelen, Abuzer, *Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı*, İstanbul 1994, s. 145.

olarak bazı ticarî defterleri tutmak zorundadır (TTK m. 20, 66).¹⁴ Türk Ticaret Kanunu'nun 325 vd. hükümlerinde bu defterlerle ilgili ayrıntılı açıklamalar yapıldığı gibi, bu defterleri tutma görevi de yönetim kurulunun kanunî görevleri arasında yer almıştır. İşte bu yükümlülüğe aykırılık, sorumluluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Çünkü yönetim kurulunun bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, bu defterlerin bir uyuşmazlıkta her zaman aleyhe kanıt olmasına neden olabileceği gibi (TTK m. 84), usulüne uygun tutulmamış defterlerin lehe kanıt gücünün de ortadan kalkması sonucu doğacaktır. Olayın vergi hukuku boyutu da düşünüldüğünde, kamusal bazı yaptırımlarla karşılaşılması da söz konusu olabilecektir.¹⁵ İşte bu nedenlerle ortaya çıkan zararlar, üyelerden sorumluluk davası yolu ile tahsil edilerek, ortaya çıkan zarar giderilecektir.

d. Umumi heyetten çıkan kararların “sebepsiz” olarak yerine getirilmemesi: Genel kurul kararlarını icra edecek olan organ yönetim kuruludur. İşte alınan bir kararın nedensiz olarak yerine getirilmemesi de sorumluluk nedeni olarak öngörülmüştür. Hükmün karşıt anlamından çıkan sonuç, yönetim kurulunun genel kurul kararlarını “sebep” olarak yerine getirmeyebileceğidir. Öğretide, hükmün kastettiği şeyin genel kurulun sıhhatli kararları olduğudur. Yönetim kurulu, genel kurulun sıhatsız kararlarını icra edemez; sıhatsız kararlarını icra etmezse değil, aksine icra ederse sorumluluk altına girer. Sıhatsız bir karar icra edilemez.¹⁶ Genel kurul kararı “yok” hükmünde ise veya “butlanla” sakatsa bunu tespit daha kolaydır. Türk Ticaret Kanunu'nun 381. maddesinde ise genel kurul kararlarının iptali düzenlenmiş; *ana sözleşmeye, kanuna veya iyi niyet kurallarına* aykırı genel kurul kararlarının mahkemece iptal edilebileceği öngörülmüştür. Türk Ticaret Kanunu'nun 381. maddesinin 2. bendinde, yönetim kuruluna *kurul olarak* iptal davası açma hakkı verildiği gibi, 3. bentte de *kararların*

¹⁴ Bunlar; yevmiye defteri, defteri kebir, envanter defteri, karar defteridir.

¹⁵ “İdare meclisi üyeleri, şirket defter ve kayıtlarının usulsüz tutulması nedeniyle doğan zararlardan sorumludur. Bu usulsüzlük nedeniyle şirket vergi cezası ödemişse, bu cezadan idare meclisi üyeleri müteselsilen sorumludur”. 11. HD, 6.7.1993, E. 1993/7107, K. 1993/5002 (Çevik, a. g. e., s. 437, N. 306). Gerçekten de VUK m. 10 ile 6183 sayılı AATUHK m. 35 gereğince anonim şirkette yönetim kurulu vergi sorumlusu olup, üyeler şirketten tahsil edilemeyen veya edilemeyeceği anlaşılan kamu borçlarından dolayı tüm malvarlığı ile sorumludur.

¹⁶ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], a. g. e., N. 596; Ansay, a. g. e., s. 149.

infazı kişisel sorumluluğu doğuracaksa her bir yönetim kurulu üyesine de münferiden dava açma hakkı verilmiştir. O hâlde tedbirli bir yönetim kurulu üyesinin, iptali kâbil bir genel kurul kararı ile karşılaştığında, münferit olarak dahi, o kararın iptali için dava açması gerektiği gibi, dava açılması icrayı durdurmadığı için, ticaret mahkemesinden icranın geri bırakılmasını da talep etmelidir.¹⁷ Bütün bu açıklananlar, üyenin kendi kusursuzluğunu ispatlamak için yeterli delil sayılmalıdır.

e. Gerek kanunun, gerek esas sözleşmenin kendilerine yüklediği diğer görevlerin kasten veya ihmal sonucu olarak yapılmaması: Görüldüğü gibi, hükümde genel bir sorumluluk nedeni öngörülmüştür. Başka bir deyişle, bu durum her somut olayın koşullarına göre değişiklik arz edebilecektir. Sorumluluğun kapsamı, üyelere kanun ile verilmiş görevler ile şirketle aralarında var olduğu kabul edilen (vekâlet) sözleşmesi hükümlerine göre belirlenecektir. Üye/üyeler kanunî veya sözleşmesel bir yükümlülüğü ihlâl ettiğinde, ortaya bir zarar çıkmışsa, bu zarar da giderilecektir. Örneğin yönetim kurulu üyesinin reketbet yasağına aykırı hareketi sonucunda ortaya çıkan zararın giderimi; Türk Ticaret Kanunu'nun 321. maddesinin IV. fıkrası gereğince ana sözleşme veya genel kurul kararına aykırı bile olsa, iyi niyetli 3. kişi ile yapılan işlemin şirketi bağlaması yüzünden ortaya çıkan zararın tazmini; şirket tarafından yönetim kurulu üyesine getirilen miktar sınırlanmasına uymayan üyenin, 3. kişiye karşı şirketin uğradığı zararı gidermek zorunda kalması, hep bu bent kapsamına giren hâllerdir.

Kanun'da sayılan bu hâllere ek olarak; yeni atanan yönetim kurulu üyelerinin seleflerinin açık olan yolsuz işlemlerini denetçilere haber vermemesi (yani ihmalinden) yüzünden sorumluluğa iştirak etmesi (TTK m. 337); yönetim kurulu üyelerinin seçtiği müdürlerin (TTK m. 342) ehil olmaması ve yetki devri konusundaki hukuka aykırılıktan doğan sorumluluğu (TTK m. 346) hâlleri de belirtilmelidir.¹⁸

C. Davacı ve Davalı Sıfatı

Yukarıda belirtildiği gibi, yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olduğu kişiler; *şirket tüzel kişiliği, alacaklılar ve paydaşlardır*. Bu sayılanla-

¹⁷ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 596-597; Tekil, *Anonim Şirketler*, s. 214.

¹⁸ Ansay, *a. g. e.*, s. 141-142.

rın dava açabilme olasılıkları farklıdır. Türk Ticaret Kanunu bu gruplar arasında bir ayırım yapmıştır. Gerçekten de şirket, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu fiilleri yüzünden, *-doğaldır ki-* ilk, doğrudan ve en yakın zarara uğrayan kişidir. Burada bir özellik yoktur. Özellik, alacaklılar ve paydaşlar bakımındandır. Çünkü bu sonuncular için kanun iki farklı olasılık öngörmüştür. Türk Ticaret Kanunu'nun 339. maddesinin düzenlemesinden hareketle, yönetim kurulu üyelerinin haksız fiil niteliğindeki davranışları ile bu sayılanlar *doğrudan zarara* uğramış olabilir. Bunun dışında, Türk Ticaret Kanunu'nun 340. maddesinin 309. maddeye yaptığı atıf dolayısıyla dolaylı zarardan da söz edilebilir. O hâlde, ayırımımızı ortaklığın dava hakkı; alacaklılar ve paydaşların dolaylı zararı ve doğrudan zararı üzerine oturtalım.

1. Ortaklığın Dava Hakkı ve Usul

Yönetim kurulu üyelerinin kusurlu fiilleri yüzünden ilk ve en yakın zarara uğrayacak olan, şirket tüzel kişiliğidir. Bu yüzden asıl dava açma hakkı da şirkete aittir. Bu fiiller ortaklığın malvarlığını azaltıcı etkiye sahip olduğu için, en başta şirket açacağı sorumluluk davası ile uğradığı zararı giderip malvarlığının azalan kısmını giderebilir.

Ortaklığın dava açabilmesi, genel kurulun bu yönde karar vermesine bağlıdır. Genel kurul, basit çoğunlukla (TTK m. 372) alacağı bir kararla dava açılması yönünde karar vermezse dava dinlenmez; başka bir deyişle bu koşul dava şartıdır. Ayrıca bunun için gündemde madde olması da gerekmez; bu nokta ilkenin istisnasıdır.¹⁹

Genel kurul, yönetim kurulu üyeleri hakkında dava açılmaması yönünde karar verse bile, esas sermayenin 1/10'una sahip azınlık, dava açılması talebinde bulunursa, şirket bu karar veya talep tarihinden itibaren *bir ay* içinde dava açmak zorundadır (TTK m. 341/I). Bu sürenin geçirilmesiyle dava hakkı düşmez. Sadece denetçiler ve alacaklıların vekilinin sorumluluğu gündeme gelir. Ancak azınlığın oyuyla dava açılması hâlinde azlık, denetçiler dışında bir vekil tayin edebilir. Dava açılması talebinde bulunan pay sahipleri hisse senetlerini şirketin zarar ve ziyanına karşı teminat olarak davanın sonuna kadar merhun kalmak üzere bir bankaya yatırmak zorundadır. Davanın reddi halin-

¹⁹ İmregün, *Kara Ticareti*, s. 355-356. 11. HD, 13.1.2004, E. 2003/5995, K. 2004/159 (www.kazanci.com.tr).

de pay sahipleri yalnız şirkete karşı tazminat ile yükümlüdür (TTK m. 341/II).

Davayı şirket adına denetçiler açar (TTK m. 341/I). Ancak öğretide dava açıldığı sırada, sorumluluk davasının davalısı sıfatını taşıyan yönetim kurulu üyelerinin hiçbirinin görevde olmaması durumunda, davayı Türk Ticaret Kanunu'nun 317. maddesindeki genel kural uyarınca, şirketi temsil yetkisine sahip olan yeni yönetim kurulu açacağı belirtilmektedir. Sorumlu olan kişiler hâlen görevde ise, dava bu olasılıkta denetçilerce açılmalıdır. Denetçiler de davalı ise şirkete bir kayyım atanır (TMK m. 426).²⁰

Türk Ticaret Kanunu'nun 336 ve 337. maddeleri gereğince yönetim kurulu üyelerine yükletilen sorumluluk hakkında 309. madde hükmü de uygulanır (TTK m. 340). Dava, Türk Ticaret Kanunu'nun 309. maddesi gereğince, sorumlu olan kimselerin tamamı aleyhine şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir. Görevli mahkeme ticaret mahkemesidir; çünkü konu Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği için mutlak ticarî davadır (TTK m. 341). O bölgede ticaret mahkemesi yoksa ve tazminat davası görev sınırının üzerinde ise (6990 YTKL), asliye hukuk mahkemesi ticaret mahkemesi sıfatıyla karar verir. Ancak o bölgede ticaret mahkemesi olsa bile, dava değeri görev sınırının altında ise davaya sulh hukuk mahkemesinde bakılır; ancak sulh hukuk mahkemesi ticarî hükümleri uygular (TTK m. 5).

2. Paydaşlar ve Alacaklıların Dava Hakkı

a. Dolaylı Zararlar İçin

Paydaşlar ve alacaklıların dolaylı zararlarının bir özelliği yoktur. Şirketin malvarlığının azalması sonucunu doğuran eylemler dolayısıyla şirketin doğrudan gördüğü zarar, *alacaklılar* ve *paydaşlar açısından* aynı zamanda *dolaylı zararı* oluşturur. Gerçekten de, ortaklık malvarlığının azalmasına neden olan eylemler, paydaşların durumunu etkileyeceği gibi, bu nedenle alacaklılarını alamayan alacaklıların da durumunun olumsuz yönde etkilendiği söylenebilir.²¹ Örneğin, ku-

²⁰ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 600; İmregün, *Kara Ticareti*, s. 356; Ansay, *a. g. e.*, s. 145; Tekil, *Anonim Şirketler*, s. 221-222.

²¹ "Davacı vakıf, banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri olan davalılar aleyhine banka ana sözleşmesinden ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundan kaynaklanan görevlerini yerine

surlu fiiler yüzünden hisse senetlerinin değerinin düşmesi, kâr veya tasfiye payının azalması, alacaklıların alacağının tehlikeye düşmesi gibi.²² Ortaklığın zararının giderilmesi, aynı zamanda anılanların dolaylı zararını da giderecektir.²³ Başka bir deyişle, ortaklığın giderilecek doğrudan zararı, aynı zamanda kendilerinin de giderilmiş dolaylı zararını ifade eder. Bu yüzden, dolaylı zarara uğrayan alacaklılar ve pay sahipleri, tazminatın kendilerine değil, şirkete ödenmesini talep edebilir.²⁴ Bu sonuca, Türk Ticaret Kanunu'nun 340. maddesinin atfı yaptığı 309. maddeden ulaşmaktayız. Ancak ortakların davasının, şirketin dava hakkından doğan ikinci derecede bir dava hakkı olduğunu ve ortakların bu davada şirketin sahip olduğu haklardan fazlasına sahip olamayacağını belirtmek gerekir.²⁵ Bu nedenle, genel kurul kararı da gerektirmez.²⁶

b. Doğrudan Zararlar İçin

Alacaklılar ve paydaşların doğrudan zararı, yukarıdakinden çok farklıdır. Anılanların doğrudan zararı ve bunun dayanağı konusunda Türk Ticaret Kanunu'nun 339. maddesi bize yardımcı olmaktadır.

getirmediklerinden bahisle bankacılık ilkelerine aykırı ve suç oluşturabilecek eylemler ve kararlardan dolayı bankayı zarara uğrattıkları iddiasıyla zararlarının tazminini talep ve dava etmiştir. Mümeyyiz davacı Munzam Sosyal Güvenlik Emekli ve Yardım Sandığı Vakfı tarafından TTK'nın 336/5. maddesine dayanarak aynı Kanununun 340. maddesinin yollarıyla 309. maddeye göre açıldığı bir başka deyişle, oluşturduğu iddia edilen dolayısıyla zararların istendiği davada, mahkemece, işin esasına girilerek inceleme yapılması, sonucuna göre karar verilmesi gerekir".11. HD, 31.1.2005, E. 2005/8114, K. 2005/10525 (www.kazanci.com.tr).

²² Tekil, *Anonim Şirketler*, s. 222-223.

²³ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 604. "Örneğin yöneticilerin yetkilerini kötüye kullanmaları, gerçek olmayan kâr dağıtımı, spekülasyon krediler açılması, ortaklık vasıtalarının şirket amacı dışında kullanılması, dolayısıyla zarar doğurabilecek fiillerdir". Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 604; Akalın, *a. g. m.*, s. 10-11; İmregün, *Yönetim Kurulu*, s. 275; İmregün, *Kara Ticareti*, s. 357; Ansay, *a. g. e.*, s. 143;

²⁴ "Dava, davalı şirket ortağının şirketi yönetimi sırasında davacı ortaklara, dolayısı ile verdiği zararın tahsili istemine ilişkin olup, TTK'nun 556'ncı maddesinin yaptığı atfı gereği aynı yasanın 336, 340 ve 309/1'inci maddeleri uyarınca davalıların eylemleri nedeniyle şirketin zarara uğratıldığı anlaşılınca, pay sahiplerinin açtığı bu dava sonucu hükmolunan tazminatın davacılara değil, şirkete verilmesi yönünde hüküm kurulması gerekirken..." 6.7.2004, E. 2003/13387, K. 2004/7567 (www.kazanci.com.tr).

²⁵ Ansay, *a. g. e.*, s. 146; Tekil, *Anonim Şirketler*, s. 223.

²⁶ Tekil, *Anonim Şirketler*, s. 223.

Doğrudan zarar, Türk Ticaret Kanunu'nun 339. maddesinde olduğu gibi, yönetim kurulu üyelerinin haksız fiil niteliğindeki eylemi sonucunda *pay sahibi* veya *alacaklıya* verdiği zarardır. Bu sonunculara uygulanacak rejim, ilkinden çok farklıdır. Burada şirketin zarara uğrayıp uğramamasının bir önemi yoktur. Çünkü bu zararlar, *ortaklık* veya *alacaklılık* sıfatından doğmuştur. Bu yüzden talep edilen tazminat da şirkete değil, doğrudan talep sahiplerine ödenir. Bu olasılıkta arada akdi bir ilişki olmadığından, davanın dayanağı *haksız fiildir* ve davacıların haksız fiilin koşullarını kanıtlaması gerekir.²⁷ Yönetim kurulu üyelerinin haksız fiili ile paydaşların uğradığı doğrudan zarara örnek verecek olursak; yönetim kurulunun Türk Ticaret Kanunu'na aykırı şekilde ortağı iskat etmesi veya payı iptal etmesi; kişinin kanuna aykırı düzenlenmiş bilânçoya güvenerek pay sahibi olması veya payını devretmesi ve bir zarara uğraması; paydaşın hukuka aykırı olarak genel kurul toplantısına katılması veya oy vermesine izin verilmemesi ve bir zararın doğması; ortakların temettülerinin kusurlu olarak eksik dağıtılması verilebilir.²⁸ Alacaklıların doğrudan uğradığı zararlara bakılırsa, yönetim kurulunun kusurlu veya yanıltıcı eylemleri ile şirketle işlem yapılması ve alacakların tahsil edilememesi gösterilebilir.²⁹ Bunun bir görünümü olarak, yönetim kurulu üyelerinin alacaklılardan mal kaçırmak için, şirketin içini boşaltması ve malvarlığını başka bir şirkete aktarması sonucunda, alacaklının alacağını alamaması da sayılabilir. Aşağıda inceleyeceğimiz Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin bu konudaki kararı, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu fiilleri ile alacaklı-

²⁷ İmregün, *Kara Ticareti*, s. 357-358.

²⁸ Ansay, *a. g. e.*, s. 142-143; Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 609; İmregün, *Yönetim Kurulu*, s. 275 vd.

²⁹ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 609; Ansay, *a. g. e.*, s. 142-143; İmregün, *Yönetim Kurulu*, s. 275 vd. Yargıtay 11. HD, 11.3.2002 tarihli bir Kararı'nda şöyle demiştir: "...dava, TTK.nun 336 ncı maddesi hükmü uyarınca dava dışı anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri olan davalıların sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davası olup, davacı, dava dışı anonim şirketten alacaklı olan bir şirkettir. Dairemizin 11.6.1981 gün ve E.2329 ve K.2988 sayılı ilke kararında benimsendiği gibi, ortaklar ve alacaklılar, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu yönetimi nedeniyle doğrudan doğruya zarara uğramaları durumunda, yönetim kurulu üyeleri aleyhine, hükmedilecek tazminatın doğrudan kendilerine verilmesi şartıyla sorumluluk davası açabilirler. Dava konusu olayda da, alacaklı sıfatı ile dava açan davacı şirket, davalıların kusurlu yönetimi ile doğrudan kendisi zarara uğradığından, mahkemece hükmedilen tazminatın davacı şirkete verilmesi gerekirken, TTK. nun 309 ncu maddesi yanlış değerlendirilerek borçlu sıfatı bulunan dava dışı anonim şirket lehine tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir". (www.kazanci.com.tr).

ların doğrudan zarara uğraması ile ilgili bu başlıkta anlatılan durumla ilgilidir ve ayrıntılarına aşağıda değinilecektir.

D. Sorumluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler

1. Zamanaşımı

Türk Ticaret Kanunu'nun 340. maddesinin yaptığı atıfla, konu hakkında 309. madde uygulanacaktır. Hükme göre, sorumlu olan kişilere karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumlu olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve herhalde zararı doğuran fiilin gerçekleşmesinden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu süre Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği için sözleşme ile değiştirilemez (TTK m. 6).

Dikkat edilirse Kanun, zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki "*zarar ve failin*" öğrenilmesi ölçütü yerine, "*sorumlu olan kimse*" ifadesini kullanmıştır. Bu tercih anlamlıdır; çünkü kuruluştan doğan sorumlulukta, davalı sıfatı esas olarak Kanun'da sayılan fiilleri gerçekleştiren faile ait olmakla beraber, bu kişi ile sınırlı değildir. Kanun, özellikle seleflerinin "*belli*" olan yolsuz işlemlerini denetlemeyen sonraki yönetim kurulu üyelerini de düşünerek hükmü sevk etmiş ve onların da bu ihmallerinden dolayı sorumluluk altında olacaklarını öngörmüştür.

Eylem aynı zamanda suç teşkil etmekteyse ve Türk Ceza Kanunu daha uzun süreli bir zamanaşımı süresi öngörülmüşse, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin III. fıkrasındaki düzenlemeye paralel olarak, hukuk davasında da uzun zamanaşımı süresi uygulanır (BK m. 60/III).

2. Kusursuzluğu İspat

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğunun kusur esasına dayandığı görülmüştü. İşte sorumlu olduğu iddia edilen üye, kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 338. maddesinde örnek olarak bazı hâller sayılmıştır. Özellikle bu işlemlere karşı oy vermiş olup durumu müzakere zaptına yazdırmakla beraber denetçilere hemen yazılı olarak bildiren veyahut (geçerli) mazeretine dayanarak o işlemin müzakere-

sinde hazır bulunmayan üye sorumlu değildir. Çünkü özellikle son olasılıkta, mazeretine binaen toplantıya katılmayan üyenin, hukukî işlemin irade unsuruna herhangi bir etki ve katkısı yoktur.

Yeni seçilen veya atanan yönetim kurulu üyeleri, seleflerinin belli olan yolsuz işlemlerini denetçilere bildirmek zorundadır. Aksi hâlde seleflerinin sorumluluklarına iştirak ederler. Yeni seçilen üye, bu hususu denetçilere bildirerek bu sorumluluğu paylaşmamış olur.

Daha önce de ifade edildiği gibi, usulüne uygun şekilde Murahhaslara devredilmiş olan ve Türk Ticaret Kanunu'nun 336. maddesinin 5. bendine ilişkin olan bir ihlâl söz konusu ise, diğer üyelerin o işlemle ilgili olarak iradelerinden söz edilemeyeceğinden, kendilerinin sorumlu tutulması da söz konusu olmaz; çünkü diğerlerinin kusuru yoktur. Ancak yetki Murahhaslara devredilse bile, bu devir yönetim kurulu üyelerinin kanunen sahip olduğu tüm yetkileri kapsayamaz; daha doğrusu böyle bir devir hukuka aykırı sayılır ve tüm üyeler yine müteselsilen sorumlu olmaya devam eder. Yine öğretide diğer üyelerin Murahhaslar üzerinde genel bir gözetim ve denetim yükümlülüğünün olduğu ve bu gözetim yükümlülüğünün ihlâlinin de sorumluluk doğuracağı ifade edilmektedir.³⁰

Kusursuzluğu ispat herhangi bir şekle tâbi değildir; çünkü bu bir hukukî işlem değildir (HUMK m. 288). Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda, toptan zeytinyağı ticareti ile uğraşan bir anonim şirket, yine anonim şirket statüsündeki tacire yüklü miktarda zeytinyağı satmış; ancak zeytinyağı vaat edilen kalitede çıkmamıştır. Gerçek değerinin üç katı oranında bedel ödemek istemeyen alıcı şirketin yönetim kurulu üyesi, satıcı şirketin yönetim kurulu üyesi ile görüşmeler yapmış; satıcı şirketin Murahhas azası zeytinyağının gerçek değeri üzerinden tahsilât yapmayı kabul etmiştir. Bu arada, belirtmek gerekir ki, alıcı şirketin ticarî satımlarda geçerli olan altı aylık ayıba karşı tekeffülden doğan zamanaşımı süresi geçmiştir. Satıcı şirketin Murahhas azası buna rağmen ticarî doğruluk ve dürüstlük kurallarına uyararak indirim teklifini kabul etmiştir. Bu üyenin görev süresi bittikten sonra yerine seçilen selefleri, bu üyenin eksik tahsilât yapılmasına ve şirketin zarara uğramasına neden olduğu iddiası ile hakkında sorumluluk davası açılmasını sağlamıştır. İlk derece mahkemesi kusurlu fiili ile şirketin

³⁰ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 536.

eksik tahsilât yapmasına neden olan üyenin bu zararı gidermek zorunda olduğuna karar vermiş; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de kararı onamıştır. Bu karar hakkında karar düzletme başvurusunda bulunmuş ve ilginç bir şekilde aynı daire kendi kararını şu gerekçelerle bozmuştur: “...Ancak, bu olgunun bu davalıların kusurlu hareketleri sonucu şirket zararına doğmuş bir fark olarak kabulünü ve davalılardan tahsilî yoluna gidilmesini kolaylıkla benimsemek imkânı görünmemektedir. Zira; en geniş yetkiler verilen murahhas aza ..., daima şirket yararına ve şirket çıkarları doğrultusunda tasarruflarda bulunacağı inancıyla yetkilendirilmiş olup, kişisel çıkarları da iddia ve ispat edilemediğine göre, üstelik laboratuvar tahlilleri sonucu çok düşük kalitede olduğu saptanmış tortulu yağlar için ayıp ihbarı süresi geçmiş olsa dahi sırf dürüstlük kurallarına uygun olarak ve ileride şirketin ticari ilişkilerinde güven itibarını kuvvetlendirecek şekilde esasen bozuk olan yağların gerçek değerine uygun bir fiyat üzerinden tahsilatı tamamlamalarında, MK'nın 2.ve 3. maddelerinin ışığı altında iyi niyetin varlığını ve TTK'nın 336, 342. maddelerine giren bir sorumluluk hâli bulunmadığını kabul etmek gerekmektedir. Bir şirketin her zaman kâr etmesi düşünülmemeyeceği gibi, kasit ve ihmâl olmaksızın sadece iyi niyetli davranışlar sonucu kazanç kaybına uğraması hâlinde de, yöneticilerin sorumluluğuna gidilmesi, hak ve nesafet kurallarına da uygun düşmez”.³¹ Yargıtay burada normun salt lafzından değil, ruhundan hareket ederek son derece isabetli ve ticaret hayatının gereklerine de uygun bir karar vermiştir. Gerçekten de murahhas azanın yaptığı şey, şirketin gelecekteki ticarî itibarını kurtarmak olmuştur. Karar, amaçsal yorumun tipik bir örneğidir.

3. İbra

Yönetim kurulu üyelerinin kanundan doğan sorumluluklarının şirkete karşı sona erdirilmesinin en önemli yolu, üyelerin ibra edilmesidir. İbra, anonim şirket genel kurulunun ilgili faaliyet dönemi içindeki işlemlerinin hukuka ve şirket menfaatlerine uygun olduğunu içeren menfi borç ikrarı niteliğindeki irade açıklamasıdır.³²

³¹ 11. HD, 23.5.1986, E. 2998/K. 3161 (Eriş, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticarî İşletme ve Şirketler, C. II, (m. 174-556), B. 3, Ankara 2004, s. 1953.

³² Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Aytaç, a. g. e., s. 7 vd, 15 vd; Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], a. g. e., N. 613; Ansay, a. g. e., s. 149; Çevik, a. g. e., s. 442; Tekil, Anonim Şirketler, s. 226. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ansay, Tuğrul,

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ibrası, açık bir şekilde olabileceği gibi örtülü de olabilir. İbra, genel kurulun münhasır yetki-lerindedir. Açık ibrada genel kurul toplantısının gündem maddelerinden birisini de üyelerin ibrası oluşturur ve genel kurul, basit çoğunlukla ibra kararı verebilir. Örtülü ibra ise Türk Ticaret Kanunu'nun 380. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, bilânçonun onayına dair genel kurul kararı, aksine açıklık olmadığı takdirde, yönetim kurulu üyeleri ile müdürler ve denetçilerin ibrası sonucunu doğurur. Ancak bu sonucun doğabilmesi için, bilânçonun gerçek durumu yansıtması gerekir. Bilânço bu niteliğe sahip değilse, yanlış veya yanıltıcı ise, ibra sonucu doğmayacak; bilânçoda görülemeyen ve anlaşılamayan hususlar ibranın dışında kalacaktır.³³ İşte ortaya çıkabilecek bu sonuç dolaşısıyla, Türk Ticaret Kanunu'nun 377. maddesi ile esas sermayenin en az 1/10'una sahip olan azınlığa bilânço görüşmelerinin en az bir ay sonraya ertelenmesini talep hakkı verilmiştir. Bu talepte bulunabilmek için herhangi bir gerekçenin ileri sürülmesi zorunlu olmadığı gibi,³⁴ genel kurulun bu talebi oylamaya sunması dahi düşünülemez. Zira bu, kanundan doğan bir haktır ve mutlaktır. İlk ertelemeyen sonra, ikinci erteleme için, bilânçonun itiraza uğrayan noktaları hakkında gereken açıklamanın yönetim kurulunca verilmemiş olması gerekir; aksi halde ikinci kez gerekçesiz erteleme yapılamaz. Bilânçonun görüşülmesi ve bu konuda karar verilmesine dair gündem

“Anonim Şirketlerin Ehliyeti, İdare Meclisinin İbrası, İdare Meclisi Aleyhine Mesuliyet Davası ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı”, *Batider*, 1965, C. III, S. 3, s. 417 vd.

³³ Bkz. İmregün, *Kara Ticareti*, s. 355; Ansay, *a. g. e.*, s.150.

³⁴ *Helvacı*, azınlığın gerekçe göstermemesinin hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğini belirtmektedir. Örneğin, genel kurul tarihini iki ay önceden pay sahiplerine duyuran, çağrı mektubu ile beraber ortaklık bilânçosunu ve inceleme için gerekli evrakı gönderen, pay sahiplerine şirket hesaplarını incelettirmeye, bilânçoda anlaşılmayan noktaların açıklanmasına hazır olduğunu duyuran anonim ortaklığın, olağan genel kurul toplantısında bilânço görüşmelerinin ertelenmesini talep edilmesi hakkın suistimalini oluşturur. Bkz. *Helvacı*, *Azınlık*, s. 303.

Yargıtay Ticaret Dairesi 1961 yılında verdiği bir kararında (E. 1147, K. 3496), “Türk Ticaret Kanunu'nun 377. maddesinde sermayenin 1/10'una sahip olan azınlığın talebi üzerine müzakerenin bir ay sonraya bırakabileceği açıklanmış ve geri bırakma talebinde bulunanların bu hususta bir gerekçe göstereceği yolunda kanunda bir sarahat bulunmamıştır. Bu sebeple geri bırakma talebinin reddi hakkındaki genel kurul kararının iptaline müteallik hüküm isabetlidir...” demiştir (Karar için bkz. *Doğanay*, *a. g. e.*, s. 1103, dn. 96).

maddesi, üyeler hakkında sorumluluk davasının açılması kararını da içerir.³⁵

Yargıtay'a göre, genel kurul dilerse bilânçonun onaylanması ve ibrayı ayrı ayrı gündem maddeleri içinde karara bağlayabilir. İki konu ayrı ayrı görüşülüp oylamaya sunulmuşsa, bilânçonun onaylanması ibrayı getirmez; ibra hariç kalmış demektir. Türk Ticaret Kanunu'nun 374. maddesinin II. fıkrasındaki oy hakkından yoksunluk sadece ibraya ilişkindir; bilânçonun onaylanması ibradan ayrı tartışılıp oya sunulursa, yönetim kurulu üyeleri bilânço hakkındaki oylamaya katılabilir.³⁶

Genel kurul ibra kararını verirken, bunu belli üyelere de hasredebilir. Başka bir deyişle kısmî ibra mümkündür. Çünkü üyelerin tamamını usulsüz işlem yapması söz konusu olmayabilir. Bu olasılıkta, sadece kusurlu fiilleri ile zarar neden olanlar ibra kapsamı dışında bırakılacak; kusurlu fiilleri olmayanlar için ibra gerçekleştirilebilir.³⁷

Genel kurulun verdiği bir ibra kararından sonra, *şirket tüzel kişiliğinin* ve ibra oylamasında *olumlu oy veren paydaşların* sorumluluk davası açması mümkün değildir. Özellikle olumlu oy kullanan paydaşların sorumluluk davası açılmasını istemesi, hem hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek, hem "kimsenin kendi fiili ile çelişmeyeceği" şeklinde beliren evrensel hukuk ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Buna karşılık, ibra kararının *doğrudan doğruya zarar görenleri* etkilediğini ve onların dava açma yetkisini sona erdirdiğini iddia etmek olanaksızdır. Doğrudan doğruya zarar gören ortaklarla alacaklıların dava açma hakkı devam eder.³⁸ Çünkü borçlar hukuku alanında egemen olan ilkeye göre, iki kişinin bir araya gelerek üçüncü kişi lehine işlem yapması mümkünse de, aleyhine işlem yapması mümkün değildir. İbra kararı-

³⁵ İmregün, *Kara Ticareti*, s. 356.

³⁶ 11. HD, 7.4.1980, E. 1980/1714, K. 1980/2024 (Tekil, *Anonim Şirketler*, s. 230, dn. 202).

³⁷ "TTK'nın 369/2. maddesine göre bilançonun reddinin, aynı Kanun'un 380. maddesine göre yönetim ve denetim kurulu üyelerinin ibra edilmemeleri sonucunu doğurduğu, TTK'nın 336. maddesinde belirtildiği üzere, sorumluluğu gerektiren fiil ve işlemlerde idare meclisinin heyet olarak sorumlu olmadığı, sorumluluğun ferdan fakat müteselsilen olması nedeniyle ibranın kısmen yapılabileceği ve bunun iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil etmeyeceği gerekçesiyle davanın reddine ilişkin verilen kararda isabetsizlik görülmemiştir". 11. HD, 13.1.2004, E. 2003/5995, K. 2004/159 (www.kazanci.com.tr).

³⁸ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 616, 618, 621; Tekil, *Anonim Şirketler*, s. 227-228.

na dayanan defi hakkı, şirketin dava hakkına dokunur; fakat alacağın özünü etkilemez.³⁹ Zira *Aytaç* da, ibrayı ortaklık dışındakilere etkisi olmayan, tamamen ortaklık içi bir işlem olarak nitelemektedir.⁴⁰ Ayrıca unutmamak gerekir ki, anonim şirketlerde genel kurulun aldığı kararların üçüncü kişilere etkisinin doğması *-kural olarak-* mümkün değildir. Zira genel kurul, şirket içi işleyişte etkin bir organdır (Bu kuralın istisnası TTK m. 311'deki kuruluştan sonra iki yıl içinde bir malvarlığı veya bir işletmenin devralınabilmesi için genel kurulun vermesi gereken onay belirtilebilir).

Yukarıda belirtildiği gibi, burada sözü edilen ibra, olağan faaliyet dönemine ilişkindir. Kurucular ve ilk yönetim kurulu üyelerinin kuruluş işlemlerinden doğan sorumlulukları, şirketin kuruluşundan itibaren dört yıl geçmeden ibra edilemeyeceği gibi, dört yıldan sonra ise ancak azınlığın olumsuz oy vermemesi durumunda ibra gerçekleştirilir (TTK m. 310). Bu yüzden, Türk Ticaret Kanunu'nun 310. maddesinde öngörülen dört yıllık ibra yasağının hem zamansal, hem kişisel sınırları vardır. Bir kere bu yasağın sadece kurucular (anonim şirketlerde kurucu tanımı için bkz. TTK m. 278, öz. III. fıkra) ve ilk yönetim kurulu üyeleri için geçerlidir. TTK m. 310'da ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin *kuruluştan doğan sorumluluklarının* şirketin tescilinden itibaren *dört yıl geçmeden sulh ve ibra yolu ile ortadan kaldırılamayacağı* öngörülmektedir. Dört yıllık sürenin geçmesinden sonra bu kişilerin, anılan döneme ait sorumluluklarının ibra edilebilmesi için, şirket sermayesinin 1/10'una sahip azınlığın ibra aleyhinde oy kullanmaması gerekir. Kanun burada, olumsuz bir azınlık hakkı tanımaktadır.⁴¹ Bu muhalefete rağmen alınacak bir ibra kararı kanuna aykırıdır. Hatta burada alacaklıların menfaati düşünüldüğünde, bu karar mutlak emredici hükme aykırılık dolayısıyla batıldır.⁴² Bu yüzden, böyle bir genel

³⁹ Tekil, *Anonim Şirketler*, s. 228.

⁴⁰ A. g. e., s. 16.

⁴¹ Bu konuda bkz. Helvacı, Mehmet, "Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Azınlık Haklarının Hukukî Niteliği ve Tanımı", *Oğuz İmregün'e Armağan*, İstanbul 1998, s. 298-299, dn. 7, s. 304 vd; Dural, Ali, "Anonim Şirkette Olumsuz Azınlık Hakları Düzenlemesi", *Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, İstanbul 1999, s. 180, dn. 5-6.; Krş. İmregün, *Menfaat İhtilâfları*, s. 65; Birsal, Mahmut Tevfik, "Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları", *İmran Öktem'e Armağan*, Ankara 1970, s. 637-638; Poroy [Tekinalp/Çamoğlu], a. g. e., N. 509; Özdamar, Mehmet, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi*, Ankara 2005, s. 71; Eriş, Şerh, s. 1766.

⁴² Bu yönde bkz. Eriş, Şerh, s. 1766; Eriş, *Anonim Şirketler*, s. 177. Buna karşılık Helvacı

kurul kararının her ilgili tarafından “tespiti” istenebilir. Ancak öğretide genel kurulun bu kararının iptale tâbi olduğu da savunulmaktadır.⁴³

Anonim şirketin, kuruluşundan sonra dört yıllık sürenin geçmesinin ardından, (azınlığın muhalefet etmemesi durumunda) vereceği ibra kararı, alacaklıları bağlamaz. Bu karardan sonra sadece, şirket ve ibra oylamasında olumlu oy kullanan paydaşlar, kuruluştaki işlemlerden dolayı sorumluluk davası açamaz. Buna karşılık alacaklılar ve ibra oylamasında olumsuz oy kullanan paydaşlar, bu ibra kararından etkilenmez.⁴⁴

Kanun’un tanıdığı bu olumsuz azınlık hakkı ile ilgili olarak dikkatlerden kaçmaması gereken önemli bir nokta vardır. TTK m. 310’un koyduğu dört yıllık ibra yasağı, sadece *kuruluştan doğan sorumluluk* içindir. Hüküm dikkatlice okunduğunda bu gerçek görülür. “*Kurucuların ve idare meclisi azalarının ve murakıpların, yukarıdaki maddeler gereğince tabi oldukları mesuliyetler, şirketin tescili tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra suretiyle ıskat edilemez*”. Burada bahsedilen “*yukarıdaki maddeler*”, TTK m. 305 ilâ 309. arasındaki kuruluştan doğan sorumluluğa ilişkin maddelerdir. Bunun anlamı şudur: Kanun’un 309. maddesi, olağan faaliyet döneminde uygulanamaz. Kastettiğimizi şöylece örneklendirelim: X anonim şirketi 1.1.2000 tarihinde kurulsun ve ilk yönetim kurulu üyeleri de A, B, C, D olsun. 1. olağan genel kurul toplantısında, ilk yönetim kurulu üyelerinin ibrası mümkündür. Başka bir deyişle, 1.1.2000 ile 1.1.2001 arası dönem için ilk yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerin ibrası gerçekleşebilir. Mümkün olmayan, yönetim kurulu üyelerinin, aynı süreç için “*kuruluştan doğan sorumluluklarının*” ibrasıdır. *Dolayısıyla, şirketin kuruluşundan itibaren dört yıllık süre içerisinde, ilk yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler için verilmiş bir ibra kararı varsa, bu kararın kanuna aykırı olduğunu peşinen iddia etmek mümkün değildir. O halde yapılması gereken, bu ibra kararının içeriğine bakmaktır.* Eğer, ibra kararı ilk yönetim kurulu üyeleri veya denetçilerin, kuruluştan doğan sorumluluğuna ilişkinse Kanun’a aykırıdır. Buna karşılık olağan faaliyet dönemine ilişkinse dört yıl içinde alınsa bile karar hukuka uygundur. Çünkü anonim şirket kurulduktan sonra, yö-

bu kararın “yok” hükmünde olduğunu savunmaktadır. (Helvacı, *Azınlık*, s. 298-299, dn. 7, s. 304 vd).

⁴³ Tekil, *Anonim Şirketler*, s. 394.

⁴⁴ Çamoğlu [Poroy/Tekinalp], *a. g. e.*, N. 616 vd.

netim kurulu üyeleri, kuruluşla ilgisi olmayan, tamamen kurulduktan sonraki aşamada, olağan-gündelik şirket işlemleri için ibra edilebilir ve bunun 310. madde ile ilgisi yoktur. Bu hüküm sadece kuruluştan doğan sorumluluğa değil de, olağan faaliyet dönemine de uygulanır- sa, anonim şirket sisteminde tikanıklık yaratır. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir. 11. Hukuk Dairesi'nin 3.11.1983 tarihli Kararı'nda (E. 1983/3523, K. 1983/4748; www.kazanci.com.tr) ; "...anonim şirketin kuruluşundan doğan sorumluluk ile şirketin kurulmasından sonraki dönemde ki yönetim ve sorumluluk hükümleri birbirinden değişiktir. Kuruluşa ilişkin olarak kurucuların, ilk yönetim kurulunun ve ilk denetçilerin kuruluştan doğan sorumluluk ve ibralarını düzenleyen 310. madde hükmünü **genel yönetim aşamasında uygulamak mümkün olmayıp**, bu aşamada 378. madde hükmü uygulanabilir".⁴⁵

II. TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI'NDAKİ SORUMLULUK REJİMİ

A. Genel Olarak

Bilindiği gibi, Türk Ticaret Kanunu'nun değişen ekonomik ve teknolojik koşullara uyum sağlayabilmesi için yaklaşık beş yıllık bir süreçte hazırlanan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, 2005 yılında görüşe sunulmuştur. Şu aşamada TBMM Adalet Komisyonu'nda son şeklini alarak yasalaşmayı beklemektedir. Konumuzu oluşturan yönetim kurulu üyelerinin hukukî sorumluluğu, on yıllardır Kanun'un en çok tartışılan hükümleri arasında olmuştur. Tartışmalar, özellikle sorumluluğun müteselsil olması ve bunun adalet ve ??nesafet?? kuralları ile ne kadar bağdaştığı noktasında toplanmıştır. Hemen belirtelim ki, bu tartışmalar sadece Türk öğretisinde değil, yabancı öğretilerde de sık sık görülmüştür. Özellikle kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki benzer hükümler İsviçreli yazarların yoğun eleştirilerine uğramış; nihayetinde 1991 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'nun 757 vd. hükümleri son de-

⁴⁵ "...Anonim şirketin kuruluşu aşamasındaki kurucu ve idare meclisi üyelerinin sorumluluklarının kanunda öngörülen dört yıllık süre geçmeden ve azınlığın oluru bulunmadan genel kurulca sulh ve ibra edilemeyeceklerine ilişkin bulunan TTK 310. maddesi hükmünün yıllık olağan genel kurul toplantısına yönelik bulunan uyuşmazlıkta uygulanma olanağı yoktur". 11. HD, 14.10.1982, E. 1982/3556, K. 1982/3887 (Çevik, *Uygulamada Şirketler Hukuku*, B. 3, Ankara 2002, s. 444, N. 318).

rece köklü değişikliklere uğramıştır.⁴⁶

Hemen belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda Tasarı'daki ilk göze çarpan değişiklik, sistematik konusundadır. Gerçekten de mevcut Kanun'daki "kuruluş" (TTK m. 305-309) ve "olağan faaliyet dönemi" (TTK m. 336 vd.) sorumluluğu ayırımı, Tasarı'da kaldırılmış; sorumluluk hükümleri tek başlık altında ve son kısma konulmuştur.

B. Sorumluluk Hâlleri

Tasarı'nın 549 ilâ 552. maddeleri arasında mevcut Kanun'un 305 vd. hükümlerinde öngörülen hükümler -bazı eklemelerle- düzenlemiştir.

a. Belgelerin ve Beyanların Kanuna Aykırı Olması

Tasarı'nın 549. maddesine göre, şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur.

b. Sermaye Hakkında Yanlış Beyanlar ve Ödeme Yetersizliğinin Bilinmesi

Sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları şartıyla, şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edilirler ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler. Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay ve-

⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Karayalçın, Yaşar, "İsviçre Borçlar Kanunu'nda Anonim Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler", *Batider*, 1993, C. XVII, S. 1, s. 33.

renler, söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar (m. 550).

c. Aynî Sermayeye Değer Biçmede Hile

Aynî sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlendirilmesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur (m. 551).

d. Haktan İzinsiz Para Toplamak

Mevcut Kanun'da olmayan bu hüküm Tasarı ile gelmiştir. Hükme göre, bir anonim şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacı veya vaadiyle halktan para toplanabilmesi için Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin alınır. Aksi hâlde, Sermaye Piyasası Kurulu para toplanması girişiminin ve başlanmışsa para toplanmasının tedbiren hemen durdurulmasını, toplanan paraların koruma altına alınmasını, gerekli diğer önlemlerin uygulanmasını, gereğinde kayyım atanmasını Ankara Ticaret Mahkemesi'nden isteyebilir. Sermaye Piyasası Kurulu'nun istemi için güvence talep edilemez. Bu hükme aykırı olarak para toplayanlar ve fiilden haberli olan kurumlar ile ilgili şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve girişimcileri toplanan paranın derhâl Sermaye Piyasası Kurulu'na yatırılmasından müteselsilen sorumludurlar. Alınan tedbir veya hacizden itibaren altı ay içinde aynı mahkemede dava açılır. İzin varlığı hâlinde, toplanan tutarlar, izin tarihinden itibaren altı ay içinde öngörülen amaca uygun olarak kullanılmadığı veya ciddi bir şekilde kullanılmaya başlanılmadığı takdirde ilk fıkra hükmü uygulanır. Mahkeme süreyi uzatabilir (m. 553).

C. Kurucuların, Yönetim Kurulu Üyelerinin, Yöneticilerin ve Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Tasarı'da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundaki ağırlaştırılmış rejim yumuşatılmıştır. Hüküm; kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurlarının, kanundan ve esas sözleşme-

den doğan yükümlülüklerini, kusurlarıyla ihlâl etmeleri durumunda, hem şirkete, hem paysahiplerine, hem de şirket alacaklılarına karşı, verdikleri zarardan sorumlu olduğunu ifade etmekte; ancak kimse- nin, *kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulacağı*; sorumlu olmama durumunun gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmama- yacağı hükme bağlanmıştır. Yine kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak başkasına devreden organ veya kişilerin, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde akla yatkın derecede özen gösterdiklerini ispat ettiği takdirde, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmayacakları da gelen önemli yeniliklerdendir.

2. Şirketin Zararı

Tasarı'nın 555. maddesine göre şirketin uğradığı zararın tazmini- ni, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Paysahipleri tazminatın şirkete ödenmesini isteyebilirler. Mevcut Kanun'da olmayan ilginç bir düzenleme ise anılan maddenin II. fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre, paysahibinin açtığı davayı, hukukî ve maddî sebepler haklı gösterdiği takdirde, mahkeme dava giderleriyle avukatlık ücretini, bunun davalıya yükletilemediği hâllerde, davacı paysahibiyle şirket arasında, hakkaniyete göre paylaşır.

3. İflâs Hâlinde

Zarara uğrayan şirketin iflâsı hâlinde, tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkını şirket alacaklıları da sahiptir (m. 556). Ancak, paysahiplerinin ve şirket alacaklılarının istemleri önce iflâs idaresince ileri sürülür. İflâs idaresi ilk olasılıkta öngörülen davayı açmadığı takdirde her paysahibi veya şirket alacaklısı anılan davayı açabilir. Elde edilen gelir, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre, önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine ayrılır; kalan, sermaye payları oranında davacı paysahiplerine ödenir; bir şey artarsa artan iflâs masasına verilir. Şirketin istemlerinin devrine ilişkin olarak İcra İflâs Kanunu'nun 245. maddesi ise saklıdır.

4. Teselsül ve Başvuru

Tasarı'nın mevcut Kanun'a göre farklılaştığı önemli noktalardan birisi de 557. maddenin getirdiği düzenlemedir. Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, *kusuruna* ve durumun gereklerine göre, zarar kişisel olarak kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur. Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir. Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir.

5. Sorumluluktan Kurtulma

a. İbra

aa. Genel Olarak

Tasarı'da ibra ile ilgili önemli yenilikler vardır. Daha önceden tartışma konusu yapılan ve hatta 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 133. maddesi bağlamında da önem arz eden ibra kararının geri alınması konusu Tasarı ile sonuca bağlanmıştır. İbra kararı genel kurul kararıyla kaldırılamaz. 445. madde hükmü saklıdır.⁴⁷ Bu hükümde genel kurul kararlarının iptali düzenlenmiştir. İbra kararı da bir genel kurul kararı olduğuna göre, hukuka aykırı olması durumunda mahkemece iptal edilebilir. İptal kararı şirket içi ilişkiler bakımından geriye yürür. Böylece ibra kararını iptali, ancak mahkeme kararı ile ve ibra kararının kanuna, ana sözleşmeye veya dürüstlük kurallarına aykırı olması hâlinde söz konusu olacaktır.

Şirket genel kurulunun, sorumluluktan ibraya ilişkin kararı, ibra'nın kapsadığı açıklanan maddi olaylara ilişkin olarak, şirketin, ibraya olumlu oy veren ve ibra kararını bilerek payı iktisap etmiş olan pay-sahiplerinin dava hakkını kaldırır. Diğer pay sahiplerinin dava hakları ibra tarihinden itibaren altı ay geçmesiyle düşer.

⁴⁷ Tasarı'nın 445. maddesinde ise anonim şirket genel kurul kararlarının iptali düzenlenmektedir. İbra kararı da bir genel kurul kararı olduğuna göre, hukuka aykırı olması durumunda mahkemece iptal edilebilir. İptal kararı şirket içi ilişkiler bakımından geriye yürür.

bb. Kuruluş ve Sermaye Artırımında İbra

Mevcut Kanun'un 310. maddesinde öngörülen hükme benzer bir hüküm Tasarı'nın 559. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin denetçilerin, şirketin kuruluşundan ve sermaye artırımından doğan sorumlulukları, şirketin tescili tarihinden itibaren dört yıl geçmedikçe sulh ve ibra yoluyla kaldırılamaz. Bu sürenin geçmesinden sonra da sulh ve ibra ancak genel kurulun onayıyla geçerlilik kazanır. Bununla beraber, esas sermayenin onda birini, halka açık şirketlerde beşte birini temsil eden pay sahipleri sulh ve ibranın onaylanmasına karşı iseler, sulh ve ibra genel kurulca onaylanmaz. Dört yıllık ibra yasağının sadece kuruluştan doğan sorumluluk için söz konusu olduğunun açık bir şekilde ifade edilmesi yerinde olmuştur.

b. Zamanaşımı

Mevcut Kanun'un 309. maddesine benzer düzenleme 560. maddede öngörülmüştür. Sorumlu olanlara karşı tazminat istemek hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak, bu fiil cezayı gerektirip, Türk Ceza Kanunu'na göre daha uzun dava zamanaşımına tâbi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır.

Sorumlular aleyhinde şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilir.

III. ANKARA 5. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ'NİN E. 2001/314, K. 2004/226 SAYILI KARARI'NIN İRDELENMESİ (ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN FİİLLERİ İLE ALACAKLILARIN DOĞRUDAN ZARARA UĞRATMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK)

A. Olay ve Taraflar

Davanın esas konusu, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna dair Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kara-

rı olsa da, bu karara dayanak olan esas olay bir tazminat davasıdır.

Davalılardan “C.... Kimya Sanayi ve Tic. AŞ”ye ait, ... plakalı, ... yönetimindeki tanker, 25.8.1999 tarihinde Ankara-Çankırı karayolunda şerit ihlali yapması sonucu, karşıdan gelen Perry Albert Lambird yönetimindeki minibüse çarpmış; bu kaza sonucunda davacıların babaları Perry Albert Lambird, anneleri Mona Salyer Lambird ve kız kardeşleri Jennifer Albert Lambird ölmüştür. Davalı sürücünün olayda 6/8 kusurlu olduğu saptanmış ve Çankırı Asliye Ceza Mahkemesi’nde ceza davası açılmıştır.⁴⁸ Davacılar, bu ölüm olayından dolayı derin bir elem duymuş; maddî ve manevî zarara uğramıştır. Bu yüzden de davalılar hakkında Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde maddî ve manevî tazminat davası açmışlardır (E. 2000/88, K. 2000/793).

Mahkeme davalı şirketi, 11.000 ABD Doları tutarındaki maddî tazminata mahkum etmiştir. Haksız fiil tarihi itibarıyla 11.000 ABD Dolarının Türk Lirası karşılığının değişen oranlardaki yasal faizi ile birlikte davalılar “C.... Kimya Sanayi ve Tic. AŞ”, Başak Sigorta Anonim Şirketi ve fail şoförden müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesine (BK m. 41, KTK m. 85); davalı sigortacının limiti dâhilinde sorumlu olmasına karar verilmiştir. Yine aynı mahkemece toplam 18 Milyar TL de manevî tazminata hükmedilmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde açılan davadan alınan ilâm, daha sonra icraya konulmuş; fakat bir sonuca ulaşamamıştır. 25.4.2001 tarihinde “C.... Kimya Sanayi ve Tic. AŞ”nin ticarî ikametgâhına icraya gidilmiş; ancak aynı yerde “C... Tutkal ve Kimya Sanayi Tic AŞ” ticaret unvanlı bir başka şirketle karşılaşmıştır.⁴⁹ Haciz tutanağında, yönetim kurulu üyelerinden “...” borçlu şirketin bu adresle ilgisinin olmadığını bildirmiş; bu adreste “C... Tutkal ve Kimya Sanayi Tic. İth. İhr. AŞ”nin olduğunu belirtmiştir. “C... Tutkal ve Kimya Sanayi Tic. İth. İhr. AŞ”nin vergi levhası görülmüş; ancak aynı vergi dairesinden alınma vergi levhasına (borçlu eski şirkete ait) da rastlanmıştır. Yönetim kurulu üyesi “...”, bu vergi levhasının eski olduğunu; borçlu şirketin ticarî faaliyetlerine devam etmediğini bildirmiştir. *Ticaret Sicili Gazetesi* de dosyaya

⁴⁸ Ceza yargılaması sonucunda, failin dikkatsizlik ve tedbirsizlik ile birden fazla kişinin ölümüne neden olduğu; 6/8 kusurlu bulunduğu belirtilip önce 3 yıl hapis cezasına çarptırılmış; bu ceza da paraya çevrilip ertelenmiştir (E. 1999/232, K. 2000/169).

⁴⁹ İki ticaret unvanı arasında, esas unsur olan “C....” açısından bir fark yoktur. Fark sadece, ikincisine “Tutkal” ve “İth. İhr.” ibarelerinin eklenmiş olmasıdır.

konulmuş; alacaklı vekili şimdilik bir işlem yapılmaması yönünde talepte bulunduğu için, haciz zaptı bu şekilde düzenlenip imzalanmıştır.

Bunun üzerine davacılar Asliye Ticaret Mahkemesi'nde "C... Kimya Sanayi ve Tic. AŞ"nin yönetim kurulu üyeleri hakkında Türk Ticaret Kanunu'nun kendilerine yüklediği yükümlülükleri kasten yerine getirmeyerek alacaklı müvekkillerin zarara uğramasına neden oldukları iddiası ile, doğan zarardan şahsen sorumlu olduklarının tespiti ile alacaklarının davalılardan tahsiline karar verilmesini ve ayrıca teminat-sız olarak davalıların bazı taşınmazlarına ihtiyatî tedbir konulmasını talep etmişlerdir.

Yukarıda görüldüğü gibi, bu ikinci davanın davalısı ilk davanın davalısı olan anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri; davacısı ise tazminat davasının davacılarıdır. Davanın konusu ise, "C... Kimya Sanayi ve Tic. AŞ"nin yönetim kurulu üyelerinin kusurlu fiilleri ile şirket alacaklılarının doğrudan zarara uğraması nedeniyle uğradıkları zararın şahsen ve müteselsilen tazminidir. Zira davacılar, davalı yönetim kurulu üyelerinin "C... Kimya Sanayi ve Tic. AŞ"nin içini boşaltarak, aynı yerde "C... Tutkal ve Kimya Sanayi Tic. İth. İhr. AŞ"yi kurduklarını; bunun ise alacaklıların alacaklarının tahsilini imkânsız kılma girişimleri olduğunu bildirmektedir. Gerçekten de dava dilekçesinde davacılar, kazadan hemen sonra davalıların şirkete ait ve kazaya karışan aracı sattıklarını; alacaklıların takibini sonuçsuz bırakmak için "C... Tutkal ve Kimya Sanayi Tic. İth. İhr. AŞ" adı altında yeni bir şirket kurarak aynı adreste ticarî faaliyetlerine devam ettiklerini; mahkeme kararına göre borçlu olan şirketin ise Türk Ticaret Kanunu'ndaki izlek (prosedür) yerine getirilmeden uydurma bir adrese taşınmış gibi gösterildiği, adeta yok edildiğini iddia etmişlerdir.

B. Hüküm ve Gerekçesi

Ankara Asliye 5. Ticaret Mahkemesi, davalı yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olduklarını şu gerekçelere dayandırmıştır:

"...Toplanan delillerden, davalıların yönetim kurulu üyesi oldukları, "C... Kimya Sanayi ve Tic. AŞ"ye ait tankerin 25.8.1999 tarihinde neden olduğu trafik kazası sonucu, davacıların murisi ölmüştür. Çankırı Asliye Ceza Mahkemesi'nde yapılan yargılama sonucu, C... AŞ'ye ait araç sürücüsü 6/8

oranında kusurlu bulunmuştur. Davacılar, araç maliki C... AŞ'ye aleyhine Ankara Asliye 11. Hukuk Mahkemesi'ne 2000/88 esas sayıyla açtıkları maddî ve maneî tazminat davasında yapılan yargılama sonucu, davacılar lehine 3.424.000.000 TL maddî, 18.000.000.000 TL maneî tazminat ödenmesine karar verilir. Bu karar Yargıtay aşamasından geçerek kesinleşmiştir.

Bu arada kazaya karışan araç, malik şirket tarafından kazadan hemen sonra satılır. Ayrıca davalı yönetim kurulu üyeleri, C... Tutkal Kimya Sanayi ve Tic. İth. İhr. AŞ unvanlı yeni bir şirket kurar. Yeni şirketin adresi de eski şirketle aynıdır. Keza uğraşı konuları da aynı olup, aynı müşteri çevresine hitap ederler.

Davalı yönetim kurulu, borçlu şirketin adresinde daha sonra değişiklik yaparak sicile bildirmişler ise de, sicile bildirilen adreste üçüncü bir kişi bulunmakta olup, şirket adresi olarak bildirilen adresin gerçeği yansıtmadığı anlaşılmıştır.

Davacılar, asliye hukuk mahkemesinden aldıkları ilâmla, Ankara 4. İcra Müdürlüğü'nün 2001/5117 esas sayılı takip dosyası ile takibe geçer ve ayrıca Ankara Asliye 2. Ticaret Mahkemesi'nin 2001/524 esas sayılı davası ile borçlu şirketin iflâsına karar verilmesini ister ve şirketin iflâsına karar verilir. Bu arada, davalılar aleyhine Ankara Asliye 17. Ceza Mahkemesi'nde alacakları zarara uğratılmaktan ve TTK'ya muhalefetten kamu davası açılır.

Borçlu şirketin bilânçosu ve gelir gider tablosuna göre, 1999 yılını kâr ile kapattığı, 5.5.2000 tarihinde yapılan genel kurulda da sermayesini 10.000.000.000 TL'den, 50.000.000.000 TL'ye çıkarılmasına karar verdiği görülmüştür.

Bilindiği gibi anonim ortaklıklar, borçlarından dolayı "şirket malvarlığı ile" sınırlı sorumludur. Ancak yasa koyucu, bu sınırlı sorumluluk ilkesinin sakıncalarını ortadan kaldırmak amacı ile şirket alacaklılarını da koruyan tedbirler alınması yoluna gitmiştir.

Anonim ortaklıklarda, alacaklıların çıkarlarının korunması bakımından, ortaklığın malvarlığının korunmasının önemi büyüktür.

Bu nedenle; ortaklığın malvarlığının korunması için yönetim kurulu üyelerinin şirkete, ortaklara ve alacaklılara karşı hem hukuki, hem cezai yönden sorumlu tutulmuşlardır. Anonim ortaklıkta, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu TTK'nın 336 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

TTK m. 336/5'e göre, yönetim kurulu üyeleri "gerek kanunun, gerekse

esas mukavelelerin kendilerine yüklediği sair vazifelerini kasten veya ihmâl neticesi olarak yapılmaması” halinde şirkete, ortaklara ve şirket alacaklılarına karşı müteselsilen sorumludur.

Bu hükme göre, yönetim kurulu üyeleri için “kusura dayanan” bir sorumluluk öngörölmüştür.

Ayrıca anonim şirketlerde ortaklar kural olarak, sermaye payı ile sınırlı sorumlu iken, şartları oluştuğunda yönetim kurulu üyeleri kişisel ve bütün malvarlıkları ile sınırsız bir şekilde sorumludur.

Olayımıza gelince; dosya kapsamına göre, davalı yönetim kurulu üyelerinin C. Kimya ve Ticaret Sanayi AŞ'nin işlerini kaza tarihinden sonra kurdukları C. Tutkal ve Kimya Sanayi ve Ticaret İthalat-İhracat AŞ'ye devrederek, borçlu şirketi zarara uğrattıkları, borçlu şirketin içini boşalttıkları, şirket malvarlığını azalttıkları, bu şekilde şirket alacaklılarını zarara uğrattıkları, nihayetinde kusurlu hareketleri ile şirketin iflâsına neden oldukları kanaatine varılmakla, ödenmeyen şirket borçlarından dolayı, yönetim kurulu üyelerinin şahsi ve bütün malvarlıkları ile sınırsız bir şekilde, davacı alacaklılara karşı sorumlu olduklarının tespitine karar verilmiştir”.

C. Temyiz Aşaması

Yukarıda incelediğimiz dava, maalesef temyiz edilmeden kesinleşmiştir. Sadece “C.... Kimya Sanayi ve Tic. AŞ” hakkında açılan ve sonuçlandırılan iflâs davası, temyiz edilmiş; bu karar da Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 7.2.2003 tarih ve E. 200/7191, K. 2003/1113 sayılı kararı ile kesinleşmiştir (www.kazanci.com.tr). Ancak Yargıtay'ın benzer durumlarda Ankara Asliye 5. Ticaret Mahkemesi'nin yaklaşımını benimsediği görölmektedir. Çünkü benzer bir olayda kusurlu ve kötü yönetimleri ile anonim şirketin faaliyetlerinin durmasına ve bunun sonucunda ortaklık aleyhine takip yapan alacaklının alacağını tahsil edememesine neden olan yönetim kurulu üyelerinin alacaklı davacıya karşı doğrudan doğruya sorumlu olduğu görüşünü benimsemiştir. Ki bu içtihat, daha sonra 11. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihadı hâline gelmiştir. Kararda şöyle denilmiştir: “Dava, dava dışı anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri olan davalıların sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davası olup, davacı, dava dışı anonim şirketten alacaklı olan bir şirkettir. Ortaklar ve alacaklılar, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu yönetimi nedeniyle doğrudan doğruya zarara uğramaları durumunda, yönetim kuru-

lu üyeleri aleyhine, hükmedilecek tazminatın doğrudan kendilerine verilmesi şartıyla sorumluluk davası açabilirler. Dava konusu olayda da, alacaklı sıfatı ile dava açan davacı şirket, davalıların kusurlu yönetimi ile doğrudan kendisi zarara uğradığından, mahkemece hükmedilen tazminatın davacı şirkete verilmesi gerekir... dava, TTK'nın 336 ncı maddesi hükmü uyarınca dava dışı anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri olan davalıların sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davası olup, davacı, dava dışı anonim şirketten alacaklı olan bir şirkettir. Dairemizin 11.6.1981 gün ve E.2329 ve K.2988 sayılı **ilke kararında** benimsendiği gibi, ortaklar ve alacaklılar, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu yönetimi nedeniyle doğrudan doğruya zarara uğramaları durumunda, yönetim kurulu üyeleri aleyhine, hükmedilecek tazminatın doğrudan kendilerine verilmesi şartıyla sorumluluk davası açabilirler. Dava konusu olayda da, alacaklı sıfatı ile dava açan davacı şirket, davalıların kusurlu yönetimi ile doğrudan kendisi zarara uğradığından, mahkemece hükmedilen tazminatın davacı şirkete verilmesi gerekirken, TTK'nın 309 ncu maddesi yanlış değerlendirilerek borçlu sıfatı bulunan dava dışı anonim şirket lehine tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir".⁵⁰

Somut olaydan anlaşıldığı gibi, burada ise "C.... Kimya Sana-yi ve Tic. AŞ"nin üyeleri bunu kasıtlı olarak yapmıştır. Dolayısıyla Yargıtay'ın sırf kötü yönetimleri ile şirketin faaliyetlerinin durmasına neden olan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebileceğini benimsemesi karşısında, alacaklılardan mal kaçırmak için çok benzer ticaret unvanı ile yeni bir şirket kuran ve alacaklıların takibini sonuçsuz bırakan üyeler için herhalde evleviyetle uyguldı.

D. Değerlendirme ve Yargıtay Uygulaması

Anonim şirketler, şirketler hukuku alanında yapılan tasnifler içinde, sermaye şirketi özelliği gösterir. Sermaye şirketlerini, özellikle şahıs şirketlerinden ayırt eden temel unsur ise, ortaklarının sorumluluğuna getirilen sınırlamadır. Gerçekten de Türk Ticaret Kanunu'nun 269. maddesinin II. fıkrasında anonim şirket için, 503. maddesinde de limited şirket için, ortakların sınırlı sorumlu olduğu açıklanmıştır. Ancak hemen belirtelim ki, kanun koyucu sermaye şirketlerinin ortaklarının şirkete güvenle ortak olabilmelerini sağlamak için, bu sorum-

⁵⁰ 11. HD, 11.3.2002, E. 2001/9498, K. 2002/2079 (www.kazanci.com.tr).

luluğun aynı zamanda “şirkete” karşı olduğunu, dolaylı yollardan da olsa hükme bağlamıştır. Gerçekten de sermaye şirketlerinde ortakların sınırlı sorumluluğu, şirket tüzel kişiliğine karşıdır. Yani sermaye koyma borcunun alacaklısı olan şirket tüzel kişiliğinden başka bir kişinin (iflâs ve tasfiye durumu hariç), ortağa yönelmesi söz konusu olamaz. Şirket tüzel kişiliği borçlarını ödeyemez durumda olsa bile, alacaklının –henüz sermaye koyma borcunu yerine getirmese bile– şirket ortağına başvurması mümkün değildir. Alacaklı bu durumda şirketin iflâsını isteyebilir ve bu durumda da resmî tasfiye organı olan iflâs idaresi, taahhüt ettiği sermaye payını henüz ödemiş paydaşlardan talepte bulunabilir. Şirket alacaklısının, ortağa üçüncü kişi muamelesi yapıp İcra ve İflâs Kanunu’nun 89. maddesinde öngörülen haciz ihbarnamesini göndermesi de mümkün değildir.⁵¹

İşte bu sorumluluk rejimi, anonim şirketin alacaklılarının korunması bakımından bir dengesizlik yaratmakta; bugün için geçerli olan esas sermaye sistemi gereğince 50.000 YTL’lik sermaye taahhüdü de gerçek bir koruma sağlamaktan uzak kalmaktadır.

Son on yıllarda, anonim şirketler hukukunu en çok meşgul eden sorun, alacaklıların nasıl etkin olarak korunacağı sorunudur. Doktrin ve yargı uygulamasına da yansıyan perdenin kaldırılması ilkesi, özellikle bu kaygıların sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu kuram ile tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınarak, sınırlı sorumluluk ilkesini kötüye kullanan ve alacaklıların zarara uğratılması önlenmeye çalışılmaktadır.

İşte yukarıda çözüme bağlanmış olan karar da bu tartışma ve kaygıların ürünüdür. Olayda tazminat borcu altına gireceklerini anlayan şirket yönetim kurulu üyeleri, mevcut şirketi tasfiye etmeden, çok benzer bir ticaret unvanı ile faaliyetine devam etmekte; eski müşteri portföyü ile de ilişkilerini koparmadan sürdürmektedir. Mahkemeden alınan ilâmla hacze giden alacaklı ise, davanın davalı tarafını oluşturan “C.... Kimya Sanayi ve Tic. AŞ”yi “kâğıt” üzerinde bulmaktadır. Yapılan araştırmada, “C.... Kimya Sanayi ve Tic. AŞ” adı altında, aynı yerde faaliyette bulunan; eski şirketin “kopyası” niteliğinde bir şirketle karşılaşmak, alacaklı açısından zorlukları da beraberinde getirmiştir. Zira yönetim kurulu üyeleri, yeni bir şirket kurup, eski şirketin malvarlığı-

⁵¹ Eriş, Gönen, *Anonim Şirketler Hukuku*, Ankara 1995, s. 64.

nı yeni şirkete aktarmış; böylece sözde eski şirketin haczedilecek bir malvarlığı bulunamamıştır. Dilekçeler safhasında, bu borcun yönetim kurulu üyelerinin şirketi yönetirken basiretsiz davranışları yüzünden olmadığı; bu yüzden de üyelerin sorumlu tutulamayacağı şeklinde ifade edilmiştir. İlk bakışta doğru gibi görünen bu yaklaşımın aslında doğru olmadığı açıktır. Çünkü üyeler, haksız fiil niteliğindeki davranışları ile alacaklılara doğrudan zarar vermiştir ve bundan alacaklılara karşı doğrudan sorumlu olacağı kuşkusuzdur.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, Ankara 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararının hukuken doğru olduğu kanaatindeyiz. Ancak kararla ilgili olarak belirtilmesi gereken noktalar olduğu düşüncesindeyiz.

Mahkemenin sorumluluğa hükmederken, doğrudan ve dolaylı zarar ayırımına girmemesi, gerekçe açısından bizce eksiklidir. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 336, 339, 340 ve onun atıf yaptığı 309. maddenin tartışılması yerinde olurdu. Çünkü bu davanın esas dayanağı, Türk Ticaret Kanunu'nun 339 ve 340. maddelerin yaptığı atıfla, Kanun'un 309. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 41. maddesidir. Üyeler, haksız fiil niteliğindeki eylemleriyle alacaklılara doğrudan zarar verirse, üyelerin tüm malvarlıkları ile ve sınırsız bir şekilde alacaklılara karşı sorumlu olacağı pek tabiidir. Nitekim bu konuda ilk ilke kararı niteliğinde olan, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 11.6.1981 ve E. 1981/2329, K. 1981/2988 sayılı kararındaki şu tespitler çarpıcıdır: *"Gerçekten, TTK'nın 340. maddesine iyi bir yorum getirilmesi gerekmektedir. Bunun için de TTK'nın 309. ve 336. maddelerinin dikkatle gözden geçirilmesi lüzumludur. TTK'nın 309/1. maddesi incelendikte burada şirketin uğradığı zararlardan söz edildiği görülmektedir. Diğer bir deyimle ortak veya alacaklılar direkt zarara uğramamışlardır. Şirketin zarar etmesi nedeni ile ortak veya alacaklıların dolayısıyla bir zarara uğramaları söz konusudur. İşte bu halde dahi kanun koyucu, şirket ortak veya alacaklısına dava hakkı tanımış ve fakat zarara uğrayan şirket olduğu cihetle, ortak veya alacaklının açacakları davada bir zarar tespit edilirse tazminatın şirkete verileceği hükmünü getirmiştir. TTK'nın 336. maddesinde ise, şirket yöneticilerinin şirket, ortak ve alacaklılara karşı doğrudan doğruya olan sorumlulukları düzenlemiştir. Yani ortak veya alacaklı doğrudan doğruya bir zarara uğramışlarsa, bu hususta dava açabilirler ve tazminatı kendilerine isteyebilirler. TTK'nın bu hükümlerinin alındığı İsviçre Borçlar Yasasının bu konudaki uygulaması da bu yöndedir, çünkü dikkat edilecek bir husus da TTK'nın 336. maddede kanun koyucu dava yönünden hiçbir sınırlama getir-*

memiş, konunun hallinde BK'nın 41 ve devamı maddelerinin yeterli olacağı düşünülmüştür denilmektedir. (F. De Steiger, Le Broit Des Societe Aonymes En Suisse, 1973, s. 301, 302), (Doğrudan doğruya ve dolayısıyla zarar için bk. Dr. Turhan Tan, Anonim Şirketlerde idare meclisi azalarının Hukuki mesuliyeti, s. 42 vd.). O halde, ortak veya alacaklının tazminatı kendi adlarına isteme haklarının mevcudiyetini kabul etmek gerekir. O şartla ki kendileri **doğrudan doğruya bir zarara uğramış** olsunlar. Bu durumda, TTK'nın 340. maddesinin yukarıda açıklanan ve kabul edilen duruma göre yorumlanması gerekir. İsviçre metninde mevcut olmayan TTK'nın 340. maddesine göre, 336. madde gereğince yönetim kurulu üyelerine yöneltilen sorumluluk hakkında 309. madde hükmü de uygulanır. Bir kere 340. madde 309. maddenin tüm olarak uygulanacağını göstermemiş, sadece 309. maddenin sorumluluğa ait hükümlerinin tatbik edileceğini belirtmiştir. Tazminatın şirkete veya ortağa verilmesi (tazminatı, yönetici, her iki halde de, ödeyeceğine göre), sorumluluk hükümleriyle ilgili değildir. İkincisi de, ortağın veya alacaklının doğrudan doğruya uğradığı zarardan doğan tazminatın şirkete verilmesinin bir anlamı da olamaz. Üstelik bu halde alınacak bir tazminatın değeri de kalmaz, şöyle ki, ortak 50.000 liralık bir zarara uğradığını ispat etmiş olsa ve bu tazminat şirkete verilse, şirketin 100 ortağı olduğu kabul edilecek olursa, ortağın eline uğradığı 50.000 liralık zarar karşılığı 500 lira geçecektir ki bunun da kabul edilebilecek bir sonuç olmadığı meydandadır. **Bu durumda, TTK'nın 340. maddesindeki 309. maddeye yapılan göndermenin sadece sorumluluk halleriyle sınırlı olduğunun ve 390. maddedeki "hükmolunacak tazminat, şirkete verilir" hükmününün 336. maddedeki doğrudan doğruya zarar hallerine uygulanmayacağını kabulü gerekmektedir.** Çünkü 340. maddedeki 309. maddeye gönderme mutlak değil, sınırlı bir göndermedir (Aksi fikir, Dr. Turhan Tan, a. g. e., s. 44, 45). O halde olayda davacıların doğrudan doğruya uğradıkları bir zarar bulunup bulunmadığını araştırmak ve bu husus tesbit edilirse yöneticilere ve TTK'nun 359. madde gereğince denetçilere karşı açılmış olan davanın kabulü ve hükmün davacılar yararına tesis edilmesi gerekir".⁵² Yargıtay'ın verilen bu ilke kararından sonra ise, bu konudaki içtihatları yerleşik hale gelmiştir.⁵³

⁵² www.kazanci.com.tr.

⁵³ Yargıtay'ın buna benzer kararları da bulunmaktadır: "Yönetim kurulu üyelerinin bairesiz ve kusurlu yönetimleri sonucu ortaklık iflâs etmiş ve borçlarını ödeyememiş ise, bu ödenmeyen borçtan yönetim kurulu üyeleri sorumludur", [11. HD, 6.11.1985, E. 4914/K. 5897 (Eriş, a. g. e., s. 1952)]; "Dairemizin 11.6.1981 gün ve E. 2329 ve K. 2988 sayılı ilke kararında benimsendiği gibi ortaklar ve alacaklılar TTK'nın 336. maddesinde ise doğrudan doğruya zarara uğramaları durumunda yönetim kurulu üyeleri aleyhine hükmedile-

cek tazminatın doğrudan kendilerine verilmesi şartıyla sorumluluk dav[ası] açabilecekleri kabul edilmiş olmasına, diğer taraftan dava dışı müflis şirketin yönetim kurulu üyelerinin davacılaradan mal kaçırmak amacıyla ve muvazaalı şekilde şirketin malvarlığını başkalarına devrettiklerini, böylece şirketin iflasına neden oldukları ve teminatsız alacaklılarının tahsilinin güçleştiğini, zararın sorumlu yönetim kurulu üyelerinden alınması gerektiğini ileri sürdüklerini ve gerçekten şirketin iflasına karar verilip bu kararın da kesinleşmiş olmasına ve davacıların, dava dışı müflis şirketin yönetim kurulu üyeleri hakkında dava açma haklarının bulunduğu da dikkate alınarak...” [11, HD, 17.5.1994, E. 1993/4314, K. 1994/4368 (www.kazanci.com.tr)]. “...Anonim ortaklığın konu ve amacına aykırı işlem yapan yönetim kurulu üyeleri, bu eylemleri sonucu ortaklıkla ilişki kuranlara zarar verirse, TTK'nın 336. maddesi uyarınca sorumlu olur” [11. HD, 5.5.1994, E. 7518, K. 3878 (Eriş, a. g. e., s. 1965); “Dava, dava dışı anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri olan davalıların sorumluluğundan kaynaklanan tazminat davası olup, davacı, dava dışı anonim şirketten alacaklı olan bir şirkettir. Ortaklar ve alacaklılar, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu yönetimi nedeniyle doğrudan doğruya zarara uğramaları durumunda, yönetim kurulu üyeleri aleyhine, hükmedilecek tazminatın doğrudan kendilerine verilmesi şartıyla sorumluluk davası açabilirler. Dava konusu olayda da, alacaklı sıfatı ile dava açan davacı şirket, davalıların kusurlu yönetimi ile doğrudan kendisi zarara uğradığından, mahkemece hükmedilen tazminatın davacı şirkete verilmesi gerekir”, [11. HD, 11.3.2002, E. 2001/9498, K. 2002/2079 (www.kazanci.com.tr)]; “...Dava anonim şirket yöneticisinin eylemlerinden doğan zararların tazmini istemine ilişkindir. Davacılar, davalı yöneticinin şirketi borçlandırarak, aleyhlerine takipte bulunmasına, hacizler yapılmasına neden olduğunu ve şirket makinelerini kendi çıkarına kullandığını ileri sürerek bu zararların tazminini istemektedirler. Yöneticilerin eylemleri doğrudan zarara yol açmışsa, yani bu eylemler sonunda yöneticiler, ortakların veya alacaklıların mal varlığında doğrudan azalmaya yol açmışsa, bu zararı veren yöneticilere karşı, zarar gören adına tazmin istemiyle dava açılması mümkündür. Ancak zarar doğrudan değil, dolayısı ile, yani ortak veya alacaklının değil, onların çıkarlarının bağlı olduğu şirket varlığında azalma oluşmuşsa, yönetim kurulu üyelerine karşı açılacak davada, hükümlenilecek tazminatın şirkete verilmek üzere istenmesi gerekmektedir”. [11. HD, 7.3.2002, E. 2001/10145, K. 2002/1999 (www.kazanci.com.tr)].

ORGAN BAĞIŞI VE ORGAN NAKLİNDE ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Şafak PARLAK*

1. Organ Nakli, Konuya İlişkin Yasal Düzenlemeler ve Tarihi Gelişim

I. Genel Olarak

Hayatın kaçınılmaz gerçeklerinden biri olarak ölüm, özellikle yakınına kaybeden insanlar için karşılaştıkları en üzücü ve zor durum iken; hayatın garip bir cilvesiyle organ nakli bekleyen bir hasta için umut ışığı olabilmektedir. Tıp bilimindeki gelişmeler ile organ nakilleri artık uzun süreli iyileşmeler sağlayan ve hayat kalitesini artıran, güvenli ve başarılı tıbbi operasyonlar haline gelmiş; risk taşıyan operasyonlar olmaktan çıkarken yaygın cerrahi bir uygulama halini almıştır.

Organ nakli son derece önemli bir konu olmasına rağmen, bugün itibarıyla ülkemizde gerekli olan seviyeye ulaşabilmiş değildir. İstatistik veriler Türkiye'nin bu konuda gelişmiş ülkelerin ne kadar gerisinde kaldığını göstermeye yeterlidir. Dünya Transplantasyon Birliği'nin 2000 yılında Roma'da kabul ettiği karara göre milyon nüfusa donör sayısı 25'tir. Dünya ortalamasına ilişkin veri bu olmakla beraber, 2004 yılı rakamlarına göre, milyon nüfus başına kadavra donör sayıları İspanya'da 34.6, İtalya'da 21.1, Fransa'da 20.9, Almanya'da 13.8 iken, bu rakam ülkemizde 2,0'dir. Sağlık Bakanlığı rakamlarına göre ülkemizde en çok nakli gerçekleştirilen organlar olan böbrek, karaciğer¹ ve

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

¹ Dünyada da bekleme listelerindeki alıcıların çoğunu böbrek ve karaciğer nakli için bekleyen hastalar oluşturmaktadır. Kalogjera, Liliانا, New Means of Increasing the Transplant Organ Supply, Ethical and Legal Issues, *The Human Rights Magazine*, Fall 2007, s.19.

kalp nakillerinde bile ihtiyacın çok gerisinde kalınmıştır. Üstelik bu konudaki ihtiyaç yıllara göre artan oranda devam ederken; organ bağıışı, yıllara göre artmakla beraber, aynı oranı yakalayabilmiş değildir. Mesela, 1999 yılında 3220 hasta böbrek nakli için sırada beklerken, bu sayı 2004 yılında 8536'ya ulaşmış bulunmaktadır. Diğer taraftan kırk bin hasta organ nakli için beklerken, her yıl on bin hasta gerekli organ nakli yapılamadığından hayatını kaybetmektedir.² Aynı şekilde söz konusu yılda karaciğer nakli için sıra bekleyen hasta sayısı 344 iken, bu rakam 2004 yılında 759'a ulaşmış bulunmaktadır. Yine diyalizdeki hasta sayısındaki yıllık artış oranı senelere göre değişmekle birlikte ortalama %15'in altına pek düşmemektedir.³

Organ ve doku naklinde ortaya çıkan en temel sorun organ bağıışının ve dolayısıyla organ naklinin yeterince yaygınlaşmamasıdır.⁴ Diğer ülkelerde olduğu gibi, ülkemizde de organ nakli birçok tartışmaya neden olmuştur. Organ nakli sorunu bir tıbbi müdahale türü olarak ele alınmış ve hukuki açıdan doğurduğu sorunlara çözüm aranmaya

² Şubat 2007 verilerine göre 7000 kişi organ nakli için sıra beklerken yaşamını yitirmiştir. Akyıldız, Sunay, 2238 Sayılı Yasa ve Hasta Hakları Boyutu ile Organ Bağıışı, *A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları*, İstanbul 2007, s. 289; Amerika'da da altmış binden fazla Amerikalı organ nakli için sırada beklerken, her yıl sadece yirmi bin civarında naklin gerçekleştirilebildiği belirtilmektedir. Üstelik bekleme süresi de eyaletlere göre değişebilmektedir; örneğin, benzer nitelikte nakil bekleyen iki hasta için New York'da bu süre 511 günü bulabilirken, New Jersey'de sadece 56 güne sınırlı kalabilmektedir. Block, Walter, *Human Organ Transplantation: Economic and Legal Issues*, http://www.walterblock.com/publications/human_organ_transplantation.pdf (2.05.2008).

³ Geniş bilgi için bkz. http://www.istanbul saglik.gov.tr/w/sb/tedk/pdf/organ_nakli_genel_istatistikler.pdf (2.05.2008); ayrıca bkz. Zeytin, Zafer, Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 252; Yine bkz. Taşkın, Ahmet, *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Ankara 1997, s. 61-62.

⁴ Amerika'da yapılan bir ankette alınan sonuca göre, halkın %70'i organlarını tamamen veya kısmen bağışlamaya istekli olduklarını ifade etmişlerdir. Ancak Amerikalılara aile üyelerinden birinin organlarını bağışlamaları hususu sorulduğunda, sadece %36'sının olumlu yanıt verdiği saptanmıştır. Oranlardaki bu belirgin fark, organ kılığının, organ bağıışına karşı kamusal bir tepki veya itirazdan ötürü değil, ölen vericinin dileklerini yerine getirmede başarılı olamayan sistemden kaynaklandığını göstermektedir. Douglas, Lisa, *Organ Donation, Procurement and Transplantation: The Process, The Problems, The Law*, *UMKC Law Review* Vol:65:2, 201 (1996-1997)

<http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/umkc65&collection=journals&id=211&print=30§ioncount=1&text=.pdf>.

çalışılmıştır. 1979 yılında 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un⁵ yürürlüğe girmesiyle bu konudaki sorunlar büyük ölçüde çözüme bağlanmıştır.⁶ Söz konusu kanunda, sonraki bölümlerde inceleyeceğimiz üzere, canlıdan ve ölüden organ alınması ve naklinin hangi şartlar altında geçerli olacağı, organ naklini gerçekleştirecek hekimlerce uyulması gerekli olan kural-
ların neler olduğu ve benzer konular düzenlenmiştir.⁷

II. Organ Naklinin Tanımı ve Organ Nakli Kanunu'nun Uygulama Alanı

A. Organ Naklinin Tanımı

Organ bağıışı ve organ nakli birbirinden ayrı düşünülmesi mümkün olmayan içiçe geçmiş kavramlardır. Zira kural olarak organ bağıışı olmaksızın organ naklinin gerçekleştirilmesi düşünülemez. Organ bağıışı kişinin sağlığında ya da öldükten sonrası için organlarını kronik organ hastası olan kişilere nakledilmesi için bağıışmasıdır. Organ nakli ise başka hiçbir tıbbi çözüm olmadığı için bir insanın organ veya dokularını ihtiyacı olanlara bağıışladıktan sonra, bu organ veya dokuların tedavi amacıyla nakledilmesidir.⁸

Organ naklinden bahsedildiğinde akla çeşitli olasılıklar gelmek-

⁵ Çalışmamızda anılan kanunu kısaca "Organ Nakli Kanunu" olarak adlandırmayı uygun görüyoruz.

⁶ Anılan Kanun ile konuya ilişkin hukuki problemlerin aşılmasında gelişme kaydedilmiş olmakla birlikte, tıbbın ihtiyaç gösterdiği noktalardaki hukuki tıkanıklıkları gidermek amacıyla "Organ, Doku ve Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı" hazırlanmıştır. Bunun yanında organ bağıışının yetersizliği halen toplumsal bir sorun olarak güncelliğini korumaktadır.

⁷ İsviçre'de ise organ, doku ve hücre nakli alanında kapsamlı bir transplantasyon yasası (Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen) 8.10.2004 tarihinde kabul edilmiş, 1.07.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yasa sadece insandan insana yapılan nakilleri düzenlemekle kalmayıp; organ, doku, hücre nakillerinin farklı boyutlarıyla ilgili hükümler de içermektedir.

⁸ Akyıldız, s. 288. Organ nakli, tedavisi mümkün olmayan hastalıklar nedeniyle görev yapamayacak derecede hasar gören organların yerine, canlı veya ölüden alınan yeni, sağlam organın konularak hastanın tedavi edilmesidir, http://www.bsm.gov.tr/hiz_hast03.htm (2.05.2008). Bir diğer tanıma göre, organ veya doku nakli, bir bağıışlayıcıdan (vericiden) bir alıcıya iyileştirme amacıyla doku veya organların nakledilmesidir. Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007, s. 424; yine bkz. İpek-yüz, Filiz Yavuz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul 2006, s. 33.

tedir. Esas olarak nakil ya kişinin kendi dokularının vücudunun bir yerinden başka bir yerine nakledilmesi şeklinde gerçekleşmekte ya da bu dokular bir başka kişiye nakledilmektedir. Bunun yanında insan dışında bir canlıdan alınan dokuların da nakli mümkün olmaktadır.⁹ Ancak bizim inceleme konumuz uygulamada en çok karşılaşılan ve önem arz eden bir bağışlayıcıdan (vericiden) bir alıcıya iyileştirme amacıyla yapılan organ ve doku nakilleridir.

Bir kimsenin kendisi için yararı olmadığından kendi organını veya dokusunu, rızasıyla da olsa bir başkasına vermesi esasen kişilik haklarına aykırıdır. Organını veren kişinin rızası eylemi tek başına hukuka uygun kılmaz. O nedenle, genel hükümlere göre canlılardan organ veya doku nakli mümkün olmadığından, konuya ilişkin özel bir düzenleme ile bu tür tıbbi müdahalelerin hukuka uygun kılınması zorunluluğu vardır ve bu zorunluluk da hukukumuzda Organ Nakli Kanunu ile sağlanmıştır.

B. Organ Nakli Kanunu'nun Uygulama Alanı

Organ nakli iki türlü olabilir: Yaşayanlardan organ nakli veya ölmüş kişilerden organ nakli. Bugün çoğu organın nakli mümkün hale gelmiştir.¹⁰ Gerek Organ Nakli Kanunu gerekse Türk Ceza Kanunu insanlar arası organ veya doku naklini düzenlemektedir.¹¹ Aynı insan üzerinde yapılan organ veya doku nakli serbesttir ama bu kanunların kapsama alanı içinde değildir. Keza hayvanlardan yapılan organ veya doku nakli de yasal bir düzenleme konusu olmadığından yasaklanmamıştır ve tıbbi müdahalenin genel şartlarına tabidir.

⁹ Atamer, Yeşim, *Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar*, MHB, Y:19-20,1999-2000, S:1-2, s. 118.

¹⁰ Block, s. 13; 2238 sayılı Organ Nakli Kanunu'nun kapsamı incelenirken; MK'nın 23. maddesine 23.11.1990 yılında 3678 sayılı Kanun ile eklenen, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin yazılı rıza ile mümkün olduğunu düzenleyen fıkra da göz önünde tutulmalıdır. Doktrinde Gürzumar "insan kökenli biyolojik madde" deyiminden 2238 sayılı Kanunun kapsamı dışında kalan kan, sperm, yumurta gibi bedenden ayrıldıktan sonra yine beden tarafından kendiliğinden yenilenebilen maddelerin anlaşılması gerektiğini ve MK m. 23/III kapsamına yalnız bu maddelerin alınması, nakli ve aşılmasının dahil edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Gürzumar, Osman Berat, *Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler*, ABD. 1991, Y:48, S:3, s. 380.

¹¹ Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991, s. 17.

Organ naklinin ne amaçla yapılacağı birçok ülke hukukunda sınırlamalara tabi tutulmuştur. Organ naklinin sadece başka bir insana tedavi amacıyla naklini mümkün kılan düzenlemeler yaygın ise de, Türk hukukunda Organ Nakli Kanunu'nun geniş tanımlaması sonucu bu tür bir sınırlamadan bahsedilemez. Kanun tedavi, teşhis ve hatta bilimsel amaçlarla organ ve doku alınmasına izin vermektedir (ONK m. 1). Ancak bilimsel amaçlar çerçevesinde organ naklinin dar yorumlanmasında fayda vardır. Özellikle canlı vericiden bu amaçla nakil yapılması kesinlikle kabul edilmemelidir. Bu konudaki bir taahhüdün MK m. 23'e aykırılık nedeniyle batıl sayılması gerekir. Cesetten bilimsel amaçla organ alınması ise ONK m. 14/IV'e tabi olacaktır.

Organ Nakli Kanunu'nun uygulama alanına yaşayan kişilerden ve ölüden organ naklinin gireceğini belirtmiştik. Dolayısıyla hiç hayata gelmemiş olan embriyodan doku nakledilmesi gibi bir sorun bu kanun kapsamında ele alınamaz ve özel bir düzenlemeyi gerektirir. Zira ancak canlı olarak doğmuş olanların ölümü söz konusu olabilir. Dolayısıyla kürtaj sonucu ana rahminden tahliye edilen embriyodan veya düşük sonucu kaybedilen dölütten (cenin) organ ve doku nakli amacıyla faydalanılması ayrı bir sorun oluşturur ve ayrı bir yasal düzenleme gerektirir¹².

Gerek ölüden gerekse yaşayan kişilerden yapılan organ nakillerinin yeterli olmaması hayvanlardan insanlara organ nakli tartışmalarını gündeme getirmiştir¹³. Bu konuda hekim biri tıbbi, diğeri hukuki iki tür problemle karşılaşabilir. Hayvandan organ nakline ilişkin tıbbi problem, nakledilen bünyenin organı kabul etmemesi veya alıcının nakil sebebiyle bulaşıcı bir hastalığa yakalanması riskidir. Hayvandan insana organ naklinde hekimin karşılaşacağı ikinci problem hukukidir. 1990 yılında Alman Medeni Kanunu'na (BGB) eklenen § 90a

¹² Atamer, s. 119, dp. 12 ve 13; Hakeri, Hakan, Organ veya Doku Ticareti Suçu, , *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 242. İsviçre'de embriyo ve fetüs kökenli insan dokularının, hücrelerinin bağışlanması konusu eleştiri toplamakta, bu uygulamaların kürtaja gerekçe gibi gösterilebileceği dile getirilmektedir. Bkz. Edisan/Akgül/Kadıoğlu, Organ Nakliyle ilgili Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İsviçre ile Türkiye Arasında Bir Karşılaştırma, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 604-605, dp.5.

¹³ Özel, Çağlar, Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düzenlemeler, *AÜHFD*, 2002, C.51, S:1, s. 65.

hükmüyle, hayvanların eşya olmadığı ve özel kanun hükümleriyle korunacağı, aksine bir düzenleme olmadığı takdirde, eşyaya ilişkin hükümlerin uygun düştüğü müddetçe hayvanlara da uygulanması kabul edilmiştir. Daha sonra İsviçre’de 4.10.2003 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu’na (ZGB) Art.641 a hükmü eklenmiştir. Söz konusu hüküm BGB § 90a ile çok benzerlik arz etmektedir. Türk Medeni Kanunu’nda böyle bir hüküm mevcut değildir.

Hayvanlardan organ nakli konusunda 2238 sayılı Organ Nakli Kanunu uygulanmamaktadır, zira kanun insandan insana organ ve doku naklini düzenlemektedir. Kanun’un 2. maddesinde açıkça organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı ifade edilmiştir. Yine hayvanlardan organ naklini yasaklayan bir hüküm de söz konusu olmadığından tıbbi müdahalelerin genel koşullarına uyulmak koşuluyla mevzuatımız bunu yasaklamamaktadır. Ancak bu konuda başka bir düzenleme olan 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu¹⁴ hükümlerini de dikkate almak gerekir. Söz konusu Kanun’ın m. 8/II’de “*Hayvanların yaşadıkları sürece, tıbbi amaçlar dışında organ veya dokularının tümü ya da bir bölümü çıkarılıp alınamaz veya tahrip edilemez.*” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükme göre organ veya doku nakli ancak ölü hayvandan yapılabilir. Çünkü aynı maddeye göre, canlı hayvandan organ veya doku nakli kural olarak yasaktır. Bununla birlikte söz konusu hükümde tıbbi amaçlarla organ veya dokunun tamamen veya bir bölümünün alınmasına müsaade edilmiştir. Bu sebeple söz konusu hükmün, hayvanlardan insana organ ve doku nakledilmesine hukuki engel teşkil etmediği doktrinde kabul edilmektedir. Çünkü böyle bir halde insan hayatının kurtarılması söz konusudur. Yine Hayvanları Koruma Kanunu “*başkaca bir seçenek olmaması halinde, hayvanların bilimsel çalışmalarda deney hayvanı olarak kullanılmasına*” olarak tanımaktadır (m. 9/III). Hal böyleyken, bir insanın hayatının kurtarılmasına yönelik olarak hayvanlardan organ ve doku naklinin evleviyetle mümkün olması gerekir. Benzer bir hüküm Alman Hayvanları Koruma Kanunu (Tierschutzgesetz)¹⁵ ile benimsenmiş ve omurgalı hayvanların organ-

¹⁴ 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, Kabul Tarihi: 24.06.2004, RG, Tarih: 1.07.2004 Sayı: 25509.

¹⁵ Tierschutzgesetz (TSchG) der Bundesrepublik Deutschland in der Fassung vom 18.05.2006, BGBl. I S 1207.

larının nakline müsaade edilmiştir.¹⁶

III. Organ Naklinin Tarihi Gelişimi

Organ nakli alanında bugün alınan başarılı sonuçlar zorlu bir gelişim sürecinin ürünüdür. Nakledilecek organın yeni organizma içinde yer alan damarlarla bağlantısının sağlanması ve böylece alıcının kan dolaşımı sistemine dahil olması olasılığı doğduktan sonra tıp bilimi bu alana daha yoğun eğilmeye başlamıştır. Özellikle böbrek nakli araştırmaların merkezinde yer almıştır. İlk defa 1933 yılında Rusya'da 26 yaşında bir kadına bir ölüden alınan böbrek nakledilmiş, ancak hasta iki gün sonra ölmüştür. 1950 yılında Chicago'da yine bir ölüden böbrek nakli, 1952'de Paris'te canlı vericiden böbrek nakli ameliyatları gerçekleştirilmiş ancak her birinde hasta kısa süre sonra ölmüştür. Bu sonuçlar organ nakli karşısındaki ikinci büyük engelin, nakledilen kişinin bağışıklık sisteminin yabancı organa karşı gösterdiği tepki olduğunu ortaya koymuştur. O dönemde ancak genetik yapısı tümüyle örtüşen insanlar açısından bu tür bir ameliyatın başarı şansı vardı. Nitekim 1954'de Boston'da yapılan bir ameliyat ile 23 yaşındaki tek yumurta ikizlerinden birinin böbreğinin diğerine aktarılması organ nakli tarihindeki ilk başarılı nakil sayılmaktadır. Bu ameliyat organ naklinin tedavi yöntemi olarak benimsenmesi ve bu alandaki araştırmaların sürdürülmesi açısından büyük bir teşvik olmuştur.¹⁷

1967 yılında Güney Afrika'da gerçekleştirilen kalp nakli ameliyatı ile ise organ naklinde yeni bir çıkış açılmıştır. *Dr. Christian Barnard* yönetiminde Cape Town'da gerçekleştirilen ameliyatta 24 yaşında trafik kazasında ölen bir kadının kalbi 54 yaşında bir erkeğe nakledilmiştir. Her ne kadar hasta 18 gün sonra ölmüşse de, bu iddialı müdahale bü-

¹⁶ Başpınar, Veysel, *Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 208; Konuya ilişkin tartışmalar ve görüşler için bkz. Hakeri, s. 441-442.; Almanya'da konuya ilişkin yasal düzenlemeler, görüş ve tartışmalara ilişkin olarak bkz. Schreiber, Hans Ludwig, *Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli- Hukuksal Görünüşü*, (Çev. Özer Özbek), Tıp ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2004, s. 91 vd.

¹⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. Atamer, s. 121-122; yine transplantasyonun tarihçesine ilişkin olarak bkz. Kalayoğlu, Münici, *Dünyada ve Ülkemizde Organ Bağıışı ve Organ Nakli, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları*, İstanbul 2007, s. 266-267; <http://www.onsayfa.com/forum/saglik/2119-organ-nakli.html> (2.05.2008).

tün dünyada, özellikle tıp ve hukuk camialarında uzun süre gündemde kalmıştır.¹⁸

İsviçre’de Jean-François Borell adlı eczacının “Cyclosporin” denen doku reddini önleyen ilacı bulması ve bu ilacın 1982 yılında dünya çapında kullanıma sokulmasıyla bugün artık organ nakli nispeten yaygın ve rutin bir tıbbi müdahale halini almıştır.¹⁹

2. Canlıdan Organ ve Doku Nakli

I. Genel Olarak

Organ nakli tıbbi bir müdahaleyi zorunlu kılmakta ve bu müdahale sonucunda bir insan vücudundaki bir organ veya doku başka bir kişinin vücuduna nakledilmektedir.²⁰ Burada hasta olmayan (sağlıklı) bir kişiden organ alındığı için, söz konusu müdahale bu kişi açısından, bir yandan vücut bütünlüğüne yapılmış hukuka aykırı bir müdahale teşkil etmekte; diğer yandan hasta bir kişiye sağlık kazandırmak ve hatta onun yaşamasını sağlamak amacıyla yapıldığı için “üstün bir amaca”, diğer bir ifadeyle “üstün bir özel yarara” hizmet etmektedir. Görüldüğü üzere burada iki çıkar çatışmaktadır.

Kişilik haklarına dahil kişilik değerlerinin (ki bu kapsama öncelikle vücut bütünlüğü dahildir) korunması bağlamında MK m. 24 bir kimsenin kişilik haklarına hukuka aykırı olarak yapılan saldırılara karşı korunmasını amirdir. Ancak istisnai hallerde, kişilik haklarına bir saldırı yapılmış olsa dahi bunun hukuka aykırı sayılmayacağı ise maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası,²¹ daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar veya kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Başka bir anlatımla bu hallerde eylem kişilik hak-

¹⁸ http://www.cnnturk.com/YASAM/DIGER/haber_detay.asp?PID=223&HID=1&haberID=142858;

Atamer, s. 122; Ford, Thomas, *Human Organ Transplantation, Legal Aspects*, <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cathl15&collection=journals&id=138&print=7§ioncount=1&ext=.pdf>, s. 136; Gürzumar, s. 364.

¹⁹ Atamer, s. 123; Kalayoğlu, s. 267.

²⁰ Ayrıca bkz. Sarıal, Enis, *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, İstanbul 1986, s. 4.

²¹ Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972, s. 176.

larına zarar verse dahi hukuka uygun bulunur ve bu eylemlere kişilik hakkına aykırılığa bağlanan hukuki sonuçlar bağlanamaz.

Bu kural somutlaştırıldığında, vücut bütünlüğü üzerindeki bir eylem kişinin kendi rızasına dayanıyor ise hukuka uygun sayılabilecektir. Bir tıbbi müdahaleye verilen rıza bu anlamda tıp adamının uyguladığı tedavi yöntemlerini hukuka uygun kılmaktadır.²²

II. Canlıdan Organ Naklinin Yasal Koşulları

A. Yetkili Kişilerce Gerekli Teçhizat ve Donanıma Sahip Sağlık Kuruluşlarında Yapılması

Organ nakli de bir tıbbi müdahale olduğundan, tıbbi müdahalelere ilişkin kurallar çerçevesinde yürütülecektir. Tıbbi müdahaleler, kişilik değerlerine yönelmeleri itibarıyla, sonradan karşılanması olanaksız zararlara neden olabilecek, riskli ve karmaşık müdahalelerdir. Bu nedenle tıbbi müdahalede bulunabilme yetkisinin yalnızca resmi ehliyetli kişilere tanınması gerekir. Nitekim 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da²³ (TŞSTİDK) kimlerin tıbbi müdahalede bulunabilecek kişiler arasında yer aldığı sınırlayıcı bir şekilde sayılmıştır. Bu kanunun ilgili maddelerine göre, tıbbi müdahalede bulunabilecek resmi ehliyetli kişiler hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler ve hastabakıcı hemşirelerdir.²⁴

Resmi ehliyetli bu kişilerin tıbbi müdahalelerde bulunabilmek için ayrıca kanunen tıp mesleğini yürütebilme ya da tıbbi müdahalelerde bulunabilme yetkisine de sahip olmaları gerektiği özellikle vurgulan-

²² Üstün nitelikte özel yarar bir başka kişiye ait ise bir kimsenin vücut bütünlüğüne zarar verilip verilemeyeceği ve bu eylemin kişilik hakkına saldırı niteliğinde görülüp görülemeyeceği bu kapsamda incelenmemiş, daha üstün nitelikte özel yararın varlığı halinde yararın süjesinin üçüncü bir kişi olması ihtimali üzerinde durulmamıştır. Oysa bunun tespiti organ ve doku naklinin bir kimseye hayat kazandırma gibi daha üstün nitelikte bir özel yararın sağlanması için gerekli görüldüğü halde özel bir önem ve hukuki zorunluluk taşımaktadır. Güven, Kudret, Organ ve Doku Nakli, *Etik ve Yeni Yaklaşımlar Hakkında Düşünceler, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 353-354.

²³ 25.1.1956 tarih ve 6643 no.lu Kanun ile değişik (bkz. RG, 14.4.1928/863).

²⁴ Çilingiroğlu, Cüneyt, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul 1993, s. 16; Şahin, Salih, Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlık Kuruluşları Organ Nakli, *Prof.Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan*, İstanbul 2003, s. 729.

malıdır. Bu yetkinin elde edilebilmesi için ne gibi şartların gerçekleştirilmesi gerektiği resmi ehliyetli kişilerden her biri açısından kanunda özel olarak düzenlenmiştir.²⁵

Organ nakli cerrahi bir tıbbi müdahale niteliği taşıdığından, bu müdahaleyi resmi ehliyetli kişilerden sadece hekimlerin ve ağız/diş sağlığı ile ilgili bir organ veya doku aktarılması söz konusu olduğunda diş hekimlerinin gerçekleştirebileceği kabul edilmelidir. Bu müdahaleyi gerçekleştirecek hekimin bu tür cerrahi müdahaleler konusunda uzman bir hekim olması gerekir. Yine yardımcı personelin de bu konuda yetişmiş ve deneyimli olması gerekir. Bunun yanında bu tür tıbbi müdahaleler, sadece böyle bir müdahalenin gerçekleştirilebilmesi için gerekli teçhizat ve donanımın bulunduğu sağlık kuruluşlarında gerçekleştirilmelidir.²⁶ Nitekim ONK m. 10'a göre: "*Organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin bu işler için gerekli personele sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunludur*".

Organ naklinin yetkili kişilerce ve gerekli teçhizata sahip sağlık kuruluşlarında gerçekleştirilmesi gereği, gerek organ vericisine gerekse organ alıcısına uygulanacak tıbbi müdahale için aranacaktır.

B. Müdahaleden Önce Gerekli İncelemelerin Yapılmış Olması

Organ nakline ilişkin müdahalenin hem verici hem de alıcı bakımından tehlikeli sonuçlar doğurmaması için gerekli her türlü tıbbi inceleme ve tetkik yapılmalıdır. Bu doğrultuda ONK m. 9'a göre: "*Organ ve doku alınması, aşılması ve naklinden önce verici ve alıcının yaşamı ve sağlığı için söz konusu olabilecek tehlikeleri azaltmak amacıyla gerekli tıbbi inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucunun bir olurluluk raporu ile saptanması zorunludur*".

Organ naklinin bu incelemeler ve tetkikler yapılmaksızın gerçekleştirilmiş olması vücuduna tıbbi müdahale uygulanan kişinin rızası alınmadan önce aydınlatılmamış olması ile aynı hukuki sonuçları doğuracaktır. Yani tıbbi müdahalenin kişinin vücut bütünlüğüne yönelik

²⁵ Çilingiroğlu, s. 16.

²⁶ Şahiniz, s. 729; Toroslu, Nevzat, Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, AÜHFED, 1978, C.XXXV, S:1-4, s. 91.

hukuka aykırı bir müdahale oluşturması sonucunu doğuracaktır.²⁷

C. Alınan Organın Vericinin Hayatına Son Verecek ya da Hayatını Tehlikeye Sokacak Nitelikte Olmaması

ONK 8.maddeye göre, “Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır”. Söz konusu hükümden çıkan anlama göre, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirmeyecek ya da tehlikeye sokmayacak her türlü organın alınması mümkündür. Hayati nitelik taşıyan organlar ise yaşayan vericilerden alınmaz, şartları gerçekleşirse ancak ölmüş kişilerden alınabilir.²⁸

Doktrinde bir görüş,²⁹ vericinin topluma ve ailesine karşı olan görevlerini yerine getirmesini engelleyecek organların alınmasının da bu yasağın kapsamına gireceğini kabul ederken, bir diğer görüş³⁰ ise kanunun açık metninin böylesine sınırlayıcı bir yoruma müsait görünmediği yolundadır.

Hangi doku veya organların alınmasının vericinin yaşamını tehlikeye sokacağı ya da sona erdireceği ise tıp biliminin esaslarına göre saptanacaktır; bu konudaki ölçütler tıp bilimi mensupları tarafından belirlenecektir.

²⁷ Şahiniz, s. 730. Uygulamada organ nakline ilişkin müdahalenin verici bakımından olduğu kadar alıcı bakımından da olumsuz sonuçlara yol açabildiğine, hatta hayati tehlikeye yol açtığına ilişkin örneklerle rastlanmaktadır. Örneğin, 1991’de Ruth Glor, vericiden organ nakli yapılan diğer dört kişi gibi, organ nakli operasyonundan beş ay sonra kendisine nakledilen böbrekteki rahatsızlığın hızla kansere dönüşmesi sonucu hayatını kaybetmiştir. Ancak Amerika’da yargı kararları genel olarak, yasalar ve “iyi niyet ilkesi” çerçevesinde hareket edildiği sürece hastaneleri, hekimleri, sağlık personelini ve hatta organını bağışlayan kişiyi operasyon nedeniyle doğacak zararlardan sorumlu tutmamaktadır. Douglas, s. 206.

²⁸ Akünel, Teoman, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyum, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu*, Ankara, Mart 1982, s. 21.

²⁹ Dural/Öğüz, *Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku*, İstanbul 2002, s. 105.

³⁰ Şahiniz, s. 731. Nitekim Toroslu da özellikle kanunun 2.maddesini vericinin kendisine, ailesine, topluma ve devlete karşı yerine getirmek zorunda olduğu ödevleri imkansız kılacak veya zorlaştıracak organ ve dokuların alınmasına dahi imkan tanıdığı gerekçesiyle eleştirmektedir, Toroslu, s. 100.

Genel olarak insan vücudunun kısa zamanda yenileyebileceği organ ve dokuların alınmasına bir engel yoktur. Ancak kalp, akciğer veya karaciğer gibi bir organın canlı bir vericiden alınması ise söz konusu olamaz. Zira böyle bir organın alınması vericinin ölümüne neden olacaktır. Vücudun yenileyemeyeceği böbrek, göz gibi çift organlardan birinin alınıp alınamayacağı, bunun vericinin sağlığını önemli derecede etkileyip etkilemeyeceğine, topluma ve ailesine karşı görevlerini yerine getirmesine engel olup olmayacağına bağlıdır. Eğer bu tür olumsuz etkiler ortaya çıkmayacaksa, bu halde alınmasına bir engel olmadığı söylenebilir.³¹

D. Organ Naklinin Tedavi, Teşhis veya Bilimsel Amaçlara Yönelik Olarak Gerçekleştirilmesi

Organ nakline ilişkin 2238 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce organ nakline ilişkin işlemlerin sadece tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilebileceği kabul edilmekteydi. Tedavi dışındaki bir amaç ile, özellikle de bilimsel amaç (bilimsel tıbbi deney amacı) ile yaşayan bir insandan organ alınması ve bir başkasına nakledilmesi uygun görülmemekteydi³². Buna gerekçe olarak da yaşayan insanlar üzerinde bilimsel amaçlarla organ nakline olanak tanınmasının uygulamada büyük sakıncalar doğurabileceği ve suistimallere yol açabileceği gösterilmekteydi.³³ Bilimsel amaçlar çerçevesinde organ naklinin uygun görülmemesi, yaşayan bir insan üzerinde bilimsel amaçlı tıbbi deneylerin yapılmasını onaylamayan görüş ile de uyumluydu. Gerçekten doktrindeki hakim görüş de bilimsel amaçlı tıbbi deneylerin yaşayan insanların üzerinde gerçekleştirilmesine cevaz vermemekteydi.³⁴

Hal böyle iken, Organ Nakli Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle yaşayan bir insandan organ alınması ve nakledilmesi işleminin tedavi ve teşhis amacı yanında, bilimsel amaç ile de gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir (ONK m. 1). Bu durum doktrinde tehlikeli sonuçlar doğurmaya elverişli olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu bağlamda

³¹ Dural/Öğüz, s. 105-106.

³² Ayiter, Nuşin, Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, *AÜHFĐ.*, 1968, C.XXV, S:1-2, s. 141; Toroslu, s. 97-98.

³³ Toroslu, s. 98.

³⁴ Çilingiroğlu, s. 30-31, Şahiniz, s. 732.

organ ve doku naklinin tıp için yeni bir uygulama olması sebebiyle ancak tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilebileceği, tıbbi deney amacıyla bu tür müdahalelerin yapılmasının kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.³⁵

Organ Nakli Kanunu'nun getirdiği düzenlemeye ilişkin tartışmalar sürerken, 1998 tarihinde yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY) daha da ileri giderek, belirli şartlar altında yaşayan insan üzerinde bilimsel amaçlı tıbbi deneyler yapılmasına imkan tanıyan hükümler getirmiştir. HHY m. 32/II'ye göre Sağlık Bakanlığı'nın izni ve üzerinde deney yapılacak kişinin rızası ile, yaşayan insan üzerinde bilimsel amaçlı tıbbi deneyler yapılabilecektir. HHY m. 34/I'e göre, rıza verilmeden önce kişinin yeteri kadar aydınlatılması ve rızayı hiçbir maddi ve manevi baskı altında vermediğinin saptanması gerekir. Ancak HHY m. 34/II, diğer tıbbi müdahalelere rızadan farklı olarak tıbbi deneyler için verilecek rızayı yazılı şekle tabi kılmıştır. Ayrıca, HHY m. 33/II'ye göre, verilmiş olan rıza her zaman geri alınabilecek olup, rızanın geri alınabileceği hususunun hastaya bildirilmesi zorunludur. Yine HHY m. 32/II'ye göre: *"Tıbbi araştırmadan beklenen tıbbi fayda ve toplum menfaati, üzerinde araştırma yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamaz"*. Bu hükme göre, hayat ve vücut bütünlüğünün korunması için gerekli olduğu takdirde, ne kadar önemli olursa olsun, tıbbi deneyden vazgeçilmesi gerekmektedir.³⁶

HHY m. 35'e göre ise küçükler ve temyiz kudretine sahip olmayanlar üzerinde, kanuni temsilcinin rızası olsa bile, sırf bilimsel amaçlı tıbbi deneyler yapılamaz. Ancak eğer deney aynı zamanda küçüğün ya da temyiz kudreti bulunmayanın sağlığı yönünden faydalı olacaksa, bu durumda kanuni temsilcinin rızası ile tıbbi deney yapılabilir. Bu durumda tedavi amaçlı tıbbi deneyin varlığından söz edilir. Bu nitelikte bir deneyin yapılmasına kanuni temsilcinin rıza vermekten kaçınması halinde, mahkemenin izin alınabilecektir.³⁷

HHY m. 27/I ve II'de ise yaşayan bir insan üzerinde tedavi amaçlı tıbbi deneylerin uygulanabilmesine belli şartlar altında olanak tanı-

³⁵ Toroslu, s. 98; ayrıca bkz. Bayraktar, s. 182.

³⁶ Dural/Öğüz, s. 103; Şahiniz, s. 734.

³⁷ Dural/Öğüz, s. 103.

mıştır. Buna göre, klasik tedavi metotlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması, öngörülen tedavi usulünün faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızası şartları bir arada mevcut ise bu yola başvurulabilecektir. Ancak daha önce denenmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağıının mutlak olarak öngörülmesi halinde uygulanabilir.

Sonuç olarak, HHY'nin açıkladığımız hükümleri uyarınca, yaşayan bir insan üzerinde bilimsel ve tedavi amaçlı tıbbi deneylerin yapılmasına belirli koşullar dahilinde olanak tanınmıştır. Böylece bilimsel ve tedavi amaçlı tıbbi deneyler de bir tıbbi müdahale türü olarak kabul görmüştür. Demek ki HHY'de öngörülen koşullara uyulmak suretiyle yapılacak bu tür hukuki müdahalelerin hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir. Bu anlamda, bilimsel ve tedavi amacıyla organ nakli de HHY ve ONK'da belirlenen koşullara uyulması halinde hukuka uygun bir tıbbi müdahale türü olarak kabul edilecektir.³⁸

E. Organ Naklinin Üstün Bir Amaca Hizmet Etmesi

Organ alınmasına ilişkin müdahale üstün bir amaç uğruna gerçekleştirilmelidir. Bu tür bir müdahalenin üstün amaç uğruna yapıldığından söz edebilmek için ya tedavi ya da tıp biliminin ilerlemesi amacıyla yapılmış olması gerekir.

Her ne kadar yaşayan vericinin bedeninde gerçekleştirilen müdahaleler tedavi amacına yönelik olmasa da, alıcının iyileştirilmesi şeklinde bir üstün amaca hizmet etmektedir.³⁹

2238 sayılı ONK'da bu yönde bazı hükümler yer almaktadır. Şöyle ki; ONK m. 3'te bir bedel karşılığında veya başkaca bir çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı kanunun 4.maddesinde bilimsel, istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtım halleri ayrık olmak üzere, organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklamın yasak olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 15. maddesinde ise yasal düzenlemelere aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, nakledenler ile organ ticareti⁴⁰ yapanlar

³⁸ Şahiniz, s. 735; yine bkz. İpekyuz, s. 36.

³⁹ Çilingiroğlu, s. 22; Şahiniz, s. 735; ayrıca bkz. Güven, s. 354.

⁴⁰ Birçok ülke organ ticareti yasağına ilişkin mevzuatına hükümler koymuş, yine

için cezai yaptırımlar öngörülmüştür.

Söz konusu hükümlerden anlaşıldığı üzere, organ alınması veya naklinin “*üstün amaca*”, yani başkasının veya kendisinin tedavi edilmesi veya tıp biliminin ilerlemesi uğruna gerçekleştirilmesi amacına yönelik olarak gerçekleştirilebileceğine ilişkin ilke yasakoyucu tarafından da dikkate alınmıştır.

F. Vericinin Aydınlatılmış Rızasının Alınmış Olması

1. Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü

Kendisinden organ alınacak kişinin rızasının hukuken geçerli olabilmesi için, bunun hekim tarafından yapılacak bir aydınlatmadan sonra açıklanmış olması gerekir.

Genel olarak aydınlatma, hekimin hastasına gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, içeriği, yan etkileri ve risklerinin yanı sıra; böyle bir müdahale gerçekleştirilmediği takdirde, ortaya çıkması muhtemel olumsuz birtakım sonuçları anlatarak, onu tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek duruma getirecek bilgilerle donatması olarak tanımlanabilir.⁴¹

Organ naklinde aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilebilmesi için, genel bir müdahalenin risklerinin açıklanması yeterli değildir. Bu tür müdahalelerde nakil ile ilgili bütün özel durumlar ayrıntılı bir şekilde hastaya açıklanmalıdır. Bunlar arasında nakle-dilecek organ veya doku ile ilgili bütün tetkikler, naklin başarı şansı,

konuya uluslararası düzenlemelerde de yer verilmiştir. İngiltere Organ Nakli Kanunu'nda özellikle diğer ülkelerle yapılan organ nakline ilişkin ticari anlaşmaları açıkça yasaklayan düzenlemeler getirmiş; yine Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde ve Dünya Sağlık Örgütü'nün kararlarında konu ele alınmıştır,

Harrington, John, Legal Aspects Of Organ Transplantation and Trade in Health Services, www.ghwatch.org/english/casestudies/harrington.pdf (2.05.2008).

İsviçre yasasında organ ticaretine ilişkin yasak daha ayrıntılı ele alınmış olup, maddi çıkar sayılmayan durumlar sıralanmış ve transplantasyon ürünleri gibi pazarlama yasağının istisnaları belirtilmiştir, Edisan/Akgül/Kadioğlu, s. 609.

⁴¹ Özsunay, Ergun, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyum*, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, Mart 1982, s. 32. Ayrıca bkz. Şenocak, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, *AUHFD* Y:2001, C.50, S:4, s. 65-66.

kullanılacak ilacın dozu ve süresi, naklin yan etkileri ve nakil sebebiyle ortaya çıkabilecek bütün riskler yer almalıdır.⁴² Özellikle kalp, akciğer nakli gibi büyük ve sonucu ağır nakillerde hastanın aydınlatılması, müdahalenin hukuka uygunluğu ve hekimin hukuki sorumluluğu açısından son derece önemlidir. Yine hekim vericiden organ veya doku nakli ile geçebilmesi olası hastalıklar konusunda da alıcıyı aydınlatmalıdır.⁴³ ONK'nın daha önce değindiğimiz 8.maddesi uyarınca vericinin hayatını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokunun alınması yasaktır. Vericinin böyle bir taleple hekime başvurması halinde hekimin söz konusu talebi reddetmesi gerekir. Bu konuya ilişkin yapılacak sorumsuzluk anlaşması BK m. 19-20 hükümleri karşısında butlanla sakat olduğundan hekim sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁴⁴

Hekim organ nakli ile ilgili açıklamalarını yaparken, tıbbi kavram ve deyimlerden olabildiğince kaçınmalı, vericinin ve alıcının anlayabileceği bir dil tercih etmelidir. Çünkü tıbbi eğitim almamış kişilerin organ nakli sürecinde teşhis, müdahale ve tedavi ile ilgili riskler, alternatif tedavi usulleri gibi konularda aydınlatılmaları son derece zordur.

Canlıdan yapılan organ nakillerinde hem vericinin hem de alıcının hekim tarafından aydınlatılması gerektiğini tekrar vurgulamak gerekir. Çünkü böyle bir halde gerek organ bağışlayanın gerekse kendisine organ nakledilen kişilerin vücut bütünlüğü birlikte ele alınmaktadır.⁴⁵ Organ veya dokunun vericiye sağladığı fayda ile alıcıya sağlayacağı fayda karşılaştırılmakta, alıcının hayatta kalması üstün tutulmaktadır.

⁴² Akıncı, Şahin, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara 1996, s. 218; Bayraktar, s. 190; Ford, <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cath15&collection=journals&id=138&print=7§ioncount=1&ext=.pdf>, s. 137; Özsunay, s. 41 vd.

⁴³ Akıncı, s. 218; Organ nakli ile alıcıya geçebilecek hastalıklar konusunda bkz. Öztürel, Adnan, *Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri*, *AÜHFĐ.*, 1973, C.30, S:1-4, s. 463 vd.

⁴⁴ Başpınar, s. 204; yine hekime tam güven sağlayarak teşhis ve tedaviyi kabul eden hasta karşısında üstün durumda olan hekimin sorumsuzluk anlaşması yapamacağı yönünde Yılmaz, Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 2007, s. 169.

⁴⁵ Verici ile ilgili risk minimum ve alıcının organ nakline ilişkin yararları da maksimum ise transplantasyon etiğe uygundur. Taşkın, s. 34; bkz. Kılıçoğlu, Ahmet, *Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri*, *TBBĐ*, Y:1991, S:2, s. 253.

Bu sebeple aydınlatmada, özellikle tıbbi müdahalenin niteliği, tehlikeleri, cerrahi riskler ve bu müdahalenin ilerde vericinin vücudu üzerinde meydana getirebileceği olumsuz sonuçlar ayrıntılı olarak açıklanmalıdır. Örneğin, böbrek alınması halinde vericinin öteki böbreğini bir kazada kaybedebileceği ve ilerde böbrek nakline ihtiyaç duyabileceği kendisine açıklanmalıdır. Bununla birlikte söz konusu açıklama, organ bağışlamak isteyen kişileri bu kararlarından caydırmak, bu konuda vermiş oldukları rızalarını geri almaya teşvik amacı taşımamalıdır.⁴⁶

Organ Nakli Kanunu'nda hekimin genel aydınlatma yükümlülüğünün konusu ve kapsamı organ nakline ilişkin müdahaleler bakımından somutlaştırılmıştır (m. 7/a-b). Hekimin aydınlatma yükümlülüğü ONK'da "Vericiye uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek... (md.7/a)" ve yine "organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak... (md.7/b)" şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu müdahale vericiye onun hayat ve sağlığına yönelik bir yarar sağlamadığı, bilakis onun açısından birtakım riskler taşıdığı için, vericiye yönelik aydınlatmanın kapsamı son derece geniş tutulmalıdır.

Organ Nakli Kanunu'nun 7. maddesinde vericiye karşı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirecek kişinin organ veya dokuyu alacak hekim olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.

2. Organ Naklinde Vericinin Müdahaleye Rızası

a. Genel Olarak

Organ Nakli Kanunu'nun 6. maddesine göre bir kişinin kendisinden organ alınmasına yönelik tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi için on sekiz yaşını doldurmuş olması⁴⁷ ve temyiz kudretine sahip olması⁴⁸ gerekir. Zira Kanun'un 5.maddesinde on sekiz yaşını doldur-

⁴⁶ Akıncı, s. 218-219; Başpınar, s. 205.

⁴⁷ Küçüğün tıbbi müdahaleye rızası konusunda, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye rıza ve özellikle ayırt etme gücüne sahip küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleye rıza konusunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Şenocak, s. 73 vd.

⁴⁸ Kanunun aradığı temyiz kudretine sahip olmaktan kasıt, kişinin MK m. 13 anlamında akli başında hareket edebilme iktidarına sahip olmaktır. Organ ve doku

mamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasının yasak olduğu açıkça hükme bağlanmıştır.⁴⁹ Bu hükme göre, örneğin, on sekiz yaşını doldurmamış ama temyiz kudretine sahip bir küçükten kendisinin veya kanuni temsilcisinin izni olsa dahi organ alınması, bu küçüğün kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırı teşkil edecektir.⁵⁰

Kanunun bu iki şartın varlığını aramasından hareketle, doktrinde temyiz kudretine sahip kısıtlıların bu tip bir tıbbi müdahaleye rıza gösterebilecekleri kabul edilmektedir.⁵¹

Organ verilmesine yönelik tıbbi müdahaleye rıza gösteren kişi, rızasını tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesinden önce veya en geç gerçekleştirildiği sırada geri alabilir. Bir kişi sözleşme ile organını vermeyi taahhüt etmiş olsa bile, sonradan bu yöndeki rızasını geri ala-

alınması sırasında kişinin akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı, veyahut sarhoşluk gibi bir nedenle aklı başında hareket etmediği saptandığında organ ve doku alınmayacaktır.

⁴⁹ Gerek İsviçre gerekse Türk hukuk mevzuatında, akli ve ruhi durumu itibarıyla karar verebilecek durumda olmayan kişilerin verici olamaması öngörülmekle birlikte, İsviçre yasasında kendini yenileyebilen doku ve hücrelerin alınması istisna kabul edilmiştir. Ancak bu yola gidebilmek için bazı koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu koşullar; reşit ve mümeyyiz başka bir verici bulunmaması, vericinin hayatının tehlikeye girmemesi, alıcının vericinin ebeveyni, çocuğu ya da kardeşi olması, naklin alıcının hayatını kurtarması, vericinin yasal temsilcisinin ayrıntılı olarak bilgilendirilip bir etki altında kalmaksızın yazılı olarak onay vermesi, reşit olmamakla birlikte karar verebilecek durumda olan vericinin ayrıntılı olarak bilgilendirilip etki altında kalmaksızın yazılı olarak onay vermesi, karar verebilecek durumda olmayan vericinin nakle karşı çıktığını gösteren bir işaretin bulunmaması ve bağımsız bir otoritenin nakle onay vermesidir, Edisan/Akgül/Kadioğlu, s. 609-610.

⁵⁰ Gürzumar, s. 380-381. Amerika'da ise bir küçüğün ana-babası veya kanuni temsilcisinin izni koşullarını sağlaması halinde organ/doku naklinde bulunabileceği kabul edilmektedir. FORD, <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cathl15&collection=journals&id=138&print=7§ioncount=1&ext=.pdf>, s. 137.

Organ Nakli Kanunu'ndaki on sekiz yaşını doldurmamış ve ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden organ ve doku alınmasını yasaklayan (ONK m. 5) ve yine Hasta Hakları Yönetmeliği'nde ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmayanlara kendilerine faydası olmaksızın sırf tıbbi araştırma amacını güden tıbbi müdahalelerin hiçbir şekilde tatbik edilemeyeceğini düzenleyen hükümlerde, söz konusu tıbbi müdahaleler açısından küçüklerin ayırt etme gücüne sahip olmadıklarından hareket edilmiştir. Bu çerçevede, bu tür özel tıbbi müdahaleler küçüğün kendisinin veya yasal temsilcisinin bu hususta rızası olsa dahi küçüklere uygulanamayacaktır. Şenocak, s. 79 ve ayrıca bkz. dp. 72.

⁵¹ Ayiter, s. 142; Dural/Öğüz, s. 106.

bilir. Organ verme taahhüdünü içeren bir sözleşme hukuken geçerli olmakla birlikte, bu sözleşmede taahhüt edilen edimin (organ verme ediminin) ifası ya da ifa edilmemesi nedeniyle tazminat ödenmesi talep edilemez. Yani bir sözleşme ile organ vermeyi taahhüt eden kişi taahhüdünü yerine getirmeye yani ifaya zorlanamayacağı gibi; vazgeçmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat ödemeye de zorlanamaz.⁵² Bu kural MK m. 23/III'de, “..biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.” şeklinde hükme bağlanmıştır.

Konuya ilişkin doktrinde paylaştığımız bir görüş⁵³ uyarınca rızanın geri alınması halinde tazminat istenemeyeceğine ilişkin hükmün amacına göre yorumlanması yerinde olur. Organ nakline rıza göstermiş kişinin rızasını geri alması, organını vermektan vazgeçmesi halinde kendisinden tazminat istenemeyeceğine ilişkin hükmün amacı, kişiyi baskı altında organ vermeye zorlamamaktır. Bir diğer ifadeyle, kişiyi sonradan organ vermektan vazgeçmesine rağmen, sırf ödemesi muhtemel olan tazminatı ödememek için organını vermek zorunda bırakmamaktır. Hüküm bu şekilde amacına uygun olarak yorumlanınca, organı alacak kişinin bu rızaya güvenerek yaptığı masrafların tazmin edilmesine izin vermek uygun olur. Yani organ alacak kişi, vericinin organı vermektan vazgeçmesi halinde, ifa etmeden dolayı tazminat isteyemeyecekse de, bu rızaya güvenerek yaptığı masrafların⁵⁴ en azından hakkaniyete uygun bir kısmının ödenmesini isteyebilmelidir.

⁵² Dural/Öğüz, s. 108; Şahiniz, s. 747.

⁵³ Dural/Öğüz, s. 108; aynı yönde Şahiniz, s. 747. “Yaşam mücadelesi vererek, uygun bir organ beklentisi içinde günlerini büyük umutlar içerisinde geçiren kişinin, yıllar sonra karşısına çıkan ve kendisine yeniden yaşama umudu veren kişinin iyice düşünmeden verdiği kararından dönmek suretiyle dünyasını yeniden karartmasının bir karşılığı olması gerekir. Bu şekilde sorumsuz davranan vericinin ifaya zorlanmaması doğal ise de, bu yüzden alıcının uğradığı maddi ve manevi zararlardan sorumlu tutulmaması adil değildir. Verilen rızadan gelişigüzel dönmeleri önlemek, hayati önemi haiz bu konuda verilecek kararlara ciddiyet sağlamak için, rızadan dönmenin bir tazminat sorumluluğuna yol açması kabul edilmeliydi”, Kılıçoğlu, s. 256.

⁵⁴ Örneğin, ameliyat için başka bir yere gitmişse yol masrafları, alması gereken ilaçlar için ödemiş olduğu para ya da ameliyatı yapacak doktora verdiği avans gibi giderler.

b. Rızanın Şekli

Organ alınmasına yönelik tıbbi müdahaleye rıza ONK'da özel bir şekle tabi kılınmıştır (md.6). Söz konusu hükme göre, "... bir kişiden organ alınabilmesi için, vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur".

Bu hükümde rızanın iki farklı şekilde açıklanabileceği ifade edilmek istenmiştir. Şöyle ki; rıza "en az iki tanık huzurunda, verici tarafından yazılıp imzalanmış ve hekim tarafından onaylanmış tutanak" şeklinde açıklanabileceği gibi; "en az iki tanık huzurunda, verici tarafından sözlü olarak beyan edilmiş, başkası tarafından yazılmış, verici tarafından imzalanmış ve hekim tarafından onaylanmış tutanak" ile de açıklanabilir.⁵⁵ Kanımızca hekimin onayı ile kastedilen, hekim tarafından, vericinin imzasının altına, el yazısı ile bir onay şerhi verilmesi ve bunun altının hekim tarafından imzalanmasıdır. Yani hekimin onayı da yazılı şekilde açıklanmalıdır.⁵⁶

Türk Medeni Kanunu'nda insan kökenli her türlü biyolojik madde aktarılmasında rızanın yazılı şekilde açıklanmasını öngören hüküm (MK m. 23/III) ile Organ Nakli Kanunu'ndaki organ ve doku aktarmalarında rızanın nitelikli bir yazılı şekilde açıklanmasını öngören hüküm (ONK m. 6) arasında bir çelişkinin bulunup bulunmadığı sorusu akla gelebilir. Doktrinde belirtildiği üzere, burada sonraki tarihli bir genel kural (MK m. 23/III) ile önceki tarihli bir özel kuralın (ONK m. 6) karşı karşıya gelmesi söz konusudur. Bu durumda nasıl bir çözüme ulaşılması gerektiği bir yorum sorunudur. Burada yasakoyucunun iradesinin MK'da öngördüğü yeni düzenlemenin önceki tarihli özel hüküm olan ONK m. 6'nın yerine geçmesi mi, yoksa onu saklı tutması mı yönünde olduğu araştırılmak gerekir. Katıldığımız görüş uyarınca,⁵⁷ özel hükmün saklı tutulmak istendiği kabul edilmelidir. Bu bağlamda MK m. 23/III ile ONK m. 6 hükmü arasında bir çelişki mevcut değildir; aksine bunlar birbirini tamamlayan yasal düzenlemelerdir.

⁵⁵ İsviçre Organ, Doku ve Hücre Nakli Yasası'nda ise kişinin ayrıntılı olarak bilgilendirildikten sonra, bir etki altında kalmadan imza ile onay vermesi gerektiğine işaret edilmiş, tanıklardan bahsedilmemiştir. Edisan/Akgül/Kadioğlu, s. 609.

⁵⁶ Şahiniz, s. 748.

⁵⁷ Çilingiroğlu, s. 74; Şahiniz, s. 748; ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 247-248.

3. Ölüden Organ ve Doku Nakli

I. Genel Olarak

Günümüzde pek çok hasta organ nakli yoluyla sağlığına kavuşmaktadır. Fakat organın kaynağı insan olduğu için temini her zaman mümkün olamamaktadır. Kan gibi kendini yenileyebilen insan kökenli biyolojik maddelerin temininde çok fazla güçlük yaşanmamakla birlikte, kendini yenileyemeyen ve alındığı zaman vericide eksikliği hissedilen organların temininde güçlükler yaşanmaktadır. Çünkü canlı vericiden organ alınması, az veya çok vericinin sağlığını olumsuz yönde etkilemektedir. Bu nedenle ölüden organ alınması yoluna gitmek daha çok tercih edilmektedir. Ancak organ bağışısı ne yazık ki yeterli değildir.⁵⁸ Organ nakli konusunda tıbbi gelişmeler ne kadar ileri düzeyde olursa olsun, nakledilebilecek organ bulunmadığı zaman hekimin yapabileceği fazla bir şey yoktur. Organ teminindeki sıkıntının bir diğer olumsuz etkisi ise, ekonomik durumu elverişli olanların organ ticaretine göz yumulan ülkelere giderek nakil yaptırmasıdır. Üstelik bazı ülkelerde bu tür nakiller son derece sağlıksız şartlarda gerçekleştirilmektedir. Yine organ naklinin yetersizliğinin dini ve ahlaki telakkilerden de kaynaklandığı düşünülebilirse de, bunun çözümü İslam dininin organ naklini yasaklamadığı konusunda toplumun iyi aydınlatılmasından geçmektedir.⁵⁹

II. Ölüden Organ Nakli için Gerekli Şartlar

A. Ölümün Gerçekleşmesi ve Ölüm Anının Saptanması

Ölüden organ veya doku alınabilmesi için gerekli olan ilk ve asli şart bağışıcının ölmüş olmasıdır. 2238 sayılı Organ Nakli Kanunu'nun 11. maddesinde "*tıbbi ölüm hali, ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik he-*

⁵⁸ Avrupa'da bu yönde yapılan araştırmalarda, organ bağışıcının sosyal bir yükümlülük olarak kabul edilmesinden parasal katkılarla desteklenmesine kadar çeşitli alternatif hususlar değerlendirilmiştir. Zeytin, s. 258; ayrıca bkz. www.eurotransplant.nl (2.05.2008).

⁵⁹ Akıncı, Şahin, Ölüden Organ Alınması Konusunda Karşılaşılan Bazı Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 138.

kimler kurulunca oybirliği ile saptanır” denilmiştir.⁶⁰ Kanun’un 12. maddesinde ise alıcının müdavi (tedavi eden) hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması ve naklinde görev alacak hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaklanmıştır.⁶¹

Ölümün hangi metoda göre tespit edileceği 1.06.2000 tarih ve 24066 sayılı RG’de yayınlanan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek 1’de düzenlenmiştir. Yönetmelikte beyin ölümü⁶² metodu kabul edilmiş ve bu metoda göre ölümün nasıl tespit edileceğine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu konuda karşılaşılan en önemli sorun, beyin ölümü ile bitkisel hayatın halk tarafından karıştırılmasıdır. Bitkisel hayata giren kişilerin uzun süre yaşamaları mümkündür ve yine az da olsa sağlıklarına kavuşma ihtimalleri de vardır.⁶³ Oysa beyin ölümü gerçekleşen bir kişinin yeniden canlandırılması imkanı bulunmamaktadır. Suni cihazlarla kalp atışı, kan dolaşımı ve solunum ancak bir süre daha devam ettirilebilir. Ancak beyin öldüğü halde kalp atışı, dolaşım ve solunum fonksiyonları cihaz yardımıyla da olsa devam ettirilebildiğinden, ölen

⁶⁰ Organ, Doku ve Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı’nda beyin ölümünün tespiti ile yetkili hekim sayısının dörtten ikiye indirilmesi tıp ve hukuk çevrelerince olumsuz karşılanmıştır. 2238 sayılı Kanundaki çok sayıda hekimle kararın daha tartışmasız görüleceği şeklindeki haklı ve tıbben uygun görülen gerekçeden uzaklaşmış olduğu gözlemlenen Taslak bu açıdan eleştiriye açıktır. Güven, s. 356.

⁶¹ Bunun nedeni organ naklinde, başka tıbbi müdahalelerden farklı olarak bir menfaat çatışmasının var olması ve özellikle sorumlu doktorların meslek adabı ve etik değer yargıları dikkate alındığında çok sık karşılaştıkları bir durumda bulunmalarıdır. Doktorların tarafsızlığı konusunda hiçbir şüphe doğmaması ve doktorların bir vicdan muhasebesi içine girmemesi için birçok ülke hukukunda da aynı yönde düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca bkz. Guiding Principles on Human Organ Transplantation of the World Health Organisation, Art.2, http://www.who.int/ethics/topics/transplantation_guiding_principles/en/print.html (2.05.2008).

⁶² 1968’de Almanya, 1969’da İsviçre ve 1976 yılında İngiltere’de tıp çevreleri bu kriteri kabul ettiklerini beyan etmişlerdir. Beyin ölümü kriterinin kabul edilmesinden önceki süreç için ayrıntılı olarak bkz. Atamer, s. 123-126; Bayraktar, s. 184.

⁶³ Araştırmalar bu gibi hastaların durumunun bir yılı aşkın süre devam etmesi halinde artık normale dönüş olasılığının çok düşük olacağını gösterdiğinden, suni beslenme ve yaşamı devam ettirici diğer tedbirlerin sürdürülüp sürdürülemeyeceği çok tartışmalı bir konudur. Ancak açık olan bir nokta vardır ki, o da bu hastaların ölü sayılamayacağıdır. Zira insan olmak yaşıyor olmak, düşünmek, algılamak, hissetmek gibi belirli yetilere bağlı bir değerlendirme değildir. ATAMER, s. 139-140.

kişinin yakınları ölüme inanmak istememektedirler. Bu da organ alınmasını zorlaştıran bir durum olarak hekimin karşısına çıkmaktadır. Bunun yanında beyin ölümünü tespitte yarayan ölçütlerin yeterli olup olmadığı, yeterli sayılsa dahi bu ölçütlerin tam ve doğru olarak uygulanıp uygulanmadığı konusunda da tereddütler oluşabilmektedir. Bu tereddütler kişinin zihninde ölmeden organının alınabileceği endişesini de beraberinde getirmekte ve bağışçı açısından caydırıcı bir rol oynamaktadır.

B. Rıza (Rıza modeli)

Türk hukukunda kural olarak rıza modeli benimsenmiştir.⁶⁴ Bu modele göre, ölüden organ veya doku alabilmek için ya ölen kişinin sağlığında bu konuda bir irade beyanında bulunması ya da ölümden sonra yakınlarının nakle onay vermesi gerekir. Nitekim, ONK m. 14/ I'de *"Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinde birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden orga veya doku alınabilir."* hükmüne yer verilmiştir.

1. Ölen Kişinin İrade Beyanı

Ölümden sonra cesetten organ alınıp alınmamasına ilişkin olarak yapılan irade beyanı ölüme bağlı tasarruf şeklinde olabilir. Bu durumda böyle bir beyanın geçerli olabilmesi, ölüme bağlı tasarrufun şekil ve diğer geçerlilik şartlarını taşımasına bağlıdır.

Bir kişinin resmi vasiyetname yapmak suretiyle organ bağışında bulunabilmesi için bu hükümlere uygun bir işlemin yapılması gerekir. MK m. 532/II'de resmi memur olarak sulh hakimi, noter veya ka-

⁶⁴ Kanada, Danimarka, Almanya, İngiltere, Hollanda, İrlanda, Litvanya, Malta, Romanya ve ABD. bu yaklaşımın benimsendiği ülkeler arasında yer almaktadır, bkz. Güven, s. 349; http://www.transplantation-information.de/gesetze_organspende_transplantation/ausland_gesetze/gesetze.html (24.3.2009).

nunda kendisine yetki verilmiş diğer bir görevli sayıldığına göre, bu kişilerden başkası resmi vasiyetname düzenleyemez. O halde uygulamada bazı kurumların düzenlemiş oldukları organ bağış belgeleri resmi vasiyetname niteliğinde değildir. Zira bu belgeleri düzenleyenler kanun tarafından yetkilendirilmiş değildir. Bu bakımdan sürücü belgesi⁶⁵ alırken düzenlenen evraka veya sürücü belgesine bu kişinin organlarını bağışladığının yazılması resmi vasiyetname olarak nitelendirilemez. Böyle bir bağış hukuken geçerli değildir.

Uygulamada sıkça karşılaşılan bağış kartları,⁶⁶ irade beyanını ihtiva eden kısım matbu olduğu için el yazılı vasiyetname⁶⁷ olarak değer taşımazlar. Bağış kartı alabilmek için hastanelerde doldurulan formlar da kanunun aradığı şekil şartını karşılamamaktadır. O nedenle bu kartların ve formların da hiçbir geçerliliği yoktur. Üstelik neredeyse hiç kimse bağış kartını yanında taşımamaktadır.

Sözlü vasiyet ise resmi veya yazılı vasiyet yapma imkanının bulunmadığı olağanüstü hallerde mümkündür (MK m. 539/I). Öngörülen olağanüstü hallerden biri de ölüm tehlikesidir. Ölüm tehlikesi varsa diğer şartların da oluşması durumunda sözlü vasiyet geçerlidir. Örneğin; vasiyetçi kaza geçirerek hastaneye kaldırılmış, son anlarını yaşamakta, değil noteri bekleyecek yazı yazacak durumda bile değildir. Son arzularını iki kişiye bu şartlar altında söylemiştir. Bu şartlar altında bulunan bir kişinin kendisinden organ alımına rıza göstermesi durumunda, bu rıza sözlü vasiyet olarak değerlendirilebilir. Fakat tanıkların vasiyetçinin son arzularını derhal hakime ulaştırmaları gerekmektedir. Görüldüğü üzere vericinin irade beyanı bu üç şekilden birine uygun olmak zorundadır, aksi halde organ bağışı geçersiz olur. Hekim böyle geçersiz bir bağışa dayanarak cesetten organ aldığı takdirde ölenin yakınları tarafından açılacak manevi tazminat davalarıyla karşılaşabilir.

⁶⁵ Amerika'da bunun mümkün olduğu kabul edilecek olsa dahi, kişilerin ehliyet belgelerinin arka kısmında bulunan organ nakliyle ilgili bölümü, basit bir prosedür olduğu halde, imzalamayı tercih etmedikleri belirtilmektedir. Block, s. 14.

⁶⁶ Amerikan Hukukunda bağış kartlarının tek başına yeterli olmadığı, ölen kişinin yakınlarının da nakle izin vermesinin gerektiği ifade edilmektedir. Block, s. 13.

⁶⁷ MK m. 538'e göre el yazılı vasiyetname, yapıldığı tarih de dahil olmak üzere baştan sona vasiyetçinin el yazısı ile olmak ve yine vasiyetçi tarafından imzalanmak zorundadır. Bu sayılan hususlardan biri matbu olursa vasiyetname geçersiz olur.

2. Ölenin Yakınlarının İrade Beyanı

Cesetten organ veya doku alınmasına izin verme hakkı, verici sağlığında bu konuda iradesini açıklamamışsa, ölümle birlikte yakınlarına geçer. Fakat ONK m. 14/III'e göre, yakınların rızasının geçerli olabilmesi için vericinin sağlığında organlarının alınmasını yasaklamamış olması gerekmektedir.

Kanunun düzenleme tarzına baktığımızda (ONK m. 14) "yakınlar"⁶⁸ kavramının sadece ölen kişi ile hısımlık ilişkisi içinde bulunan kişilerle sınırlandırılmadığını söylemek mümkündür. Zira kanun bazı yakınları sırayla saydıktan sonra, sayılanların olmaması halinde yanında bulunan herhangi bir yakının muvafakatte bulunabileceğini düzenlemiştir.

Yasakoyucunun saydığı kişiler sırasıyla, ölüm anında yanında buluna eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisidir. Kanun sırasıyla dediğine göre, ilk önce rızası araştırılacak kişi ölenin eşidir.⁶⁹ Eğer ölenin eşi rıza göstermemişse, diğerlerinin rızasını araştırmaya gerek yoktur. Eş rıza göstermişse, diğerleri karşı çıksa bile cesetten organ alınabilir. İkinci sırada reşit çocuklar sayılmış, çocuklardan birisinin muvafakati yeterli görülmüştür. Bu durumda ölenin dört tane reşit çocuğu varsa ve ölüm anında hepsi yanındaysa, üç tanesi muhalefet etse bile birinin muvafakati ile organ veya doku almak mümkündür.⁷⁰

Kanun ölüm anında yanında bulunan yakınlardan söz ettiğine göre, ölüm anında ölenin yanında bulunmayanların rızasının araştı-

⁶⁸ Doktrinde yakınların sahip olduğu bu hakkın "kendine özgü bir mutlak hak" olduğu kabul edilmektedir. Ayiter, s. 143; özellikle bkz. Güven, s. 355.

⁶⁹ Amerika'da dava konusu (Nicoletta v. Rochester Eye and Human Parts Bank) olan bir olayda, motor kazasında ölen adamın eşi olarak kendini tanıtan bir kadın ölenin bazı organlarının ve gözlerinin bağışına yönelik rıza vermiş, onay metnindeki imzasının ardına parantez içinde "eşi" ibaresi eklemiş,soyadı farklılığını ise yasal olarak eşi olmasa da on yıldır birlikte yaşadıklarını ve çocukları olduğunu ifade ederek açıklamıştır. Ölen kişinin gözlerinin naklinin gerçekleşmesinden sonra babası durumu öğrenmiş, yasal bir onaya dayanmayan nakli gerçekleştiren hastaneye karşı dava açmıştır. Ancak hastane personelinin tanıklığı ile Amerika'da organ naklinde savunmada çok dayanılan "iyiniyet ilkesi" işletilmiş, dava reddedilmiştir. Douglas, s. 223.

⁷⁰ Organ nakli için ölüm anında ölünün yanında bulunan yakınlarının oybirliği ile muvafakatini uygun gören görüş için bkz. Akıncı (Organ), s. 141.

rılması gerekmeyecektir. Örneğin, ölüm esnasında ölenin yanında eş veya çocuklardan hiçbiri yok, sadece babası varsa, babasının rızası yeterlidir. Bunun nedeni, organ alımı ve naklinin kısa sürede gerçekleştirilmesi zorunluluğudur.

C. Rızanın Gerekli Olmadığı Haller

Ölüden organ alınması konusunda gelişmiş ülkelerde kabul edilen başlıca üç model vardır. Bunlar rıza (irade) modeli, itiraz modeli ve zaruret modelidir. 2238 sayılı ONK. değindiğimiz üzere, kural olarak rıza modelini kabul etmekle birlikte, istisnaen itiraz ve zaruret modellerine de yer vermiştir.

1. İtiraz Modeli

Bu model müspet bir irade beyanı olmamasına rağmen, organ alımını meşrulaştıran, alıcıyı himaye eden fakat vericiye de iradesini beyan etmek suretiyle organ veya doku alımını engelleme imkanı tanıyan bir modeldir.⁷¹

İtiraz modeline göre, ölenin veya yakınlarının itirazı yoksa cesetten organ alınabilir. Öldüğü zaman cesedinden organ alınmasını istemeyenler daha hayatta iken bu yöndeki iradelerini açıklamak zorundadırlar.⁷² Sağlığında itiraz etmeyen bir kimse, ölümünden sonra kendisinden organ alınmasına zımni olarak rıza göstermiş demektir. Böyle bir itirazı olmadan ölüm gerçekleşmiş ise yakınlar da itiraz edebilir ki bu durumda da organ veya doku alınmaz.

2. Zaruret Modeli

Bu modelde verici veya yakınlarının cesetten organ alınmaması konusundaki menfaatleri ile alıcının menfaati karşılaştırılmaktadır. Yakınların cesedin bozulmaması, cesede saygı gösterilmesi konusun-

⁷¹ Avusturya, Belçika, Finlandiya, Fransa, Yunanistan gibi ülkelerin bu sistemi benimsedikleri görülmektedir. İtalya da önceleri bu sistemi uygulamaktayken 2000 yılından bu yana karma bir sistem mevcuttur. Güven, s. 349.

⁷² Herkesten öldükten sonra potansiyel bir verici olmasının beklenmesinin doğru olmadığı yönünde görüş için bkz. Akıncı (Organ), s. 141.

da menfaati vardır. Alıcının da sağlığına kavuşma noktasında haklı bir menfaati vardır. Bunlar karşılaştırıldığında somut olay özellikleri çerçevesinde hangi menfaat ağır basıyorsa o korunur. Ancak ölenin sağlığında ya da yakınlarının ölümünden sonra bir itirazı olursa yine cesetten organ alınmaz.

Zaruret modeline göre ölüden organ alınabilmesi için, alınacak organa acilen ihtiyaç duyan bir hastanın olması gerekir. Bu hastanın ölen kişinin bulunduğu şehirde, hatta ülkede bile olması şart değildir. Eğer alınacak organın hastaya zamanında yetiştirilebilme olanağı varsa, hastanın bulunduğu yerin önemi bulunmamaktadır. Eğer alınan organın nakledilebileceği hastaların durumu acil değilse, yani organ nakli yapılmadan daha uzun yıllar yaşayabileceklerse, hukuken zaruret halinden söz edilemez. Organ bekleyen binlerce hasta olması nedeniyle zaruret halinin aciliyet şartının her zaman gerçekleşmiş sayılacağını ileri süren görüş⁷³ kabul edilirse, zaruret halinin uygulama alanı fazlasıyla genişletilmiş olur. Bu nedenle zaruret haline istinaden alınan organların mutlaka durumu acil olan hastalara nakledilmesi gerekmektedir.⁷⁴

D. Türk Hukukunda Durum

2238 sayılı ONK m. 14/I'de kural olarak rıza modeli benimsenmiştir. Hükme göre ölüden organ veya doku alınabilmesi için, bu kişinin sağlığında vücudunun tamamını veya belli organ veya dokularını, tedavi, teşhis ya da bilimsel amaçlarla bıraktığını açıklamaları gerekir. Eğer böyle bir açıklama yoksa yanında bulunan yakınlarından birinin izniyle ölüden organ veya doku alınabilmesi mümkündür.

2238 sayılı Kanun diğer modellere de sınırlı bir biçimde de olsa yer vermiştir. ONK m. 14/II'ye göre aksine bir vasiyet veya beyan olmadığı takdirde, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınabileceği kabul edilmiştir. Hükme göre, ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokularının alınmasını arzu etmeyen kişiler bu konudaki itirazlarını bildirmek zorundadır. İtiraz etmemişlerse bu tür dokular alınabilir ve bunun için yakınlarının rızası bulunup bulunma-

⁷³ Hacıömeroğlu, Baki, *Hukuk Açısından Organ ve Doku Nakli*, ABD, 1991,Y:48,S:4, s. 540.

⁷⁴ Akıncı (Organ), s. 142.

dığı da artık araştırılmaz. Ancak uygulamada yakınların rızasına başvurulmadan doku alınmışsa hasta yakınları genellikle duruma tepki göstermektedir.⁷⁵

Kanun'un 14. maddesinin IV. fıkrasında ise zaruret modeline yer verildiği görülmektedir. Bu hükme göre, kaza veya tabii afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle hayatını kaybetmiş olan bir kimseden, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, yaşamı organ veya doku nakline bağlı olan kimselere, "ivedilik ve tıbbi zorunluluk" bulunan hallerde vasiyet ya da rıza aranmaksızın nakil yapılabilir. Bu düzenlemeye göre, bir kişiden organ veya doku alınabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi ivedilik ve tıbbi zorunluluk, ikincisi ölen kişinin kaza veya tabii afetler dolayısıyla vücudunun uğradığı ağır harabiyet sonucunda hayatını kaybetmiş olmasıdır. Üçüncü şart ölenin yanında yakınlarının bulunmaması ve dördüncü şart ise, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığına hekimler kurulu raporu ile belgelenmesidir.

Kanunda "*yakınları yoksa*" ifadesiyle kastedilen ölen kişinin kimse-siz olmadı değildir; ölüm anında yakınlarından birinin ölenin yanında bulunmaması kastedilmektedir. Bu durumda hekimin ölen kişinin yakınları olup olmadığını ya da yakınlarının nerede olduğunu araştırması gerekmemektedir. Önemli olan husus, ölüm anında yakınların orada olup olmamasıdır. Bunun hastane içinde yapılacak basit bir araştırmayla anlaşılması mümkündür. Eğer yakınlar bulunamamışsa hekim organ veya dokuyu almaya yetkilidir.

Ancak uygulamaya baktığımızda, hekimlerin bu yetkiyi kullanmakta sıkıntı yaşadığını görmekteyiz. Zira hekimler organ veya dokunun alınmasından sonra hastaneye gelen yakınların tepkilerine maruz kalabilmekte, yine basın organları da hekimi suçlayan yanlı yayınlar yapabilmektedir. Bu da hekimleri çekingen hale getirmekte, kanunla kendilerine tanınmış mevcut yetkilerini kullanmaktan alıkoymaktadır. Uygulamada hekim ya da hastane yönetimi ölenin yakınlarını polis veya savcılık aracılığıyla araştırmaya kalkışmakta; ancak bu esnada ölenin organları işe yaramaz hale gelebildiği gibi, organa ihtiyacı olan hastanın vücudu da organı artık kabul edemez hale gelebilmektedir. Örneğin, 1997'de yaşanan trajik bir olayda karaciğer hastası olan ve

⁷⁵ Akıncı (Organ), s. 142.

nakil için bekleyen bir gazeteci birkaç saatlik gecikmenin kurbanı olmuştur. Üzücü olayda, tren istasyonunda kaza geçiren, beyin ölümü gerçekleşip cihazlara bağlı yaşatılan kimliği belirsiz bir kişinin karaciğeri gazeteciye uyum sağlamıştır. Ancak hastane yönetimi öldüğü zaman yanında kimsesi olmayan bu kişinin organlarının alınabilmesi için kimsesiz raporunun olması gerektiğine karar vermiştir. Emniyet ve savcılık aracılığıyla rapor alınana kadar geçen süre içinde gelişen enfeksiyon nedeniyle gazetecinin bünyesi nakli kabul edemez hale gelmiş ve sonuçta hasta kaybedilmiştir.⁷⁶ Oysa 2238 sayılı Kanun böyle bir rapor aramamaktadır. Sorun tamamen hastane yönetiminin ve hekimlerin hasta yakınlarının muhtemel tepkilerinden çekinmelerinden ve belki de kanunu iyi bilmemelerinde kaynaklanmıştır. Bu sorunu aşabilmek için, doktrinde paylaştığımız görüş çerçevesinde, karar verme yetkisi hastane yönetimine bırakılmalı, yönetim ölen kişinin yakınlarının o anda hastanede olup olmadığını basit bir araştırmayla, gerekirse anons yoluyla tespit etmelidir. Yakınlar bulunamamışsa, yönetim ve polisin ortaklaşa düzenledikleri bir tutanakla durum tespit edilip, hekime organ alımı için yetki verilmelidir. Aslında bu yönde uygulama için mevzuatımız elverişli olmakla birlikte, yanlış anlaşılmalara ve uygulamalara, çekincelere mahal vermemek için konuya gerekirse yönetmeliklerde açıklık getirilmelidir.⁷⁷

E. Değerlendirme ve Öneriler

Türk hukukunda ölüden organ ve doku alınması konusunda rıza modeli benimsenmiştir. Bu modelin uygulanmaya devam edilmesi vericinin haklarını koruması ve de birtakım ihtilafların önüne geçilmesi açısından yararlı olmakla birlikte, zaruret modeli ile desteklenmesi yerinde olur. Zaruret modeli ONK m. 14/IV'de birtakım sıkı şartlara bağlanmıştır. Zaruret halinin şartları gerçekleşmişse artık 14. maddenin öngördüğü diğer şartların aranmaması daha yerinde olur.

Organ bağışının artırılabilmesi için toplumun aydınlatılması, varsa dini çekincelerin giderilmesi ve özellikle özendirici tedbirlerin alınması yerinde olur.⁷⁸ Örneğin, yakınlarının organ alımına izin vermeleri

⁷⁶ <http://www.milliyet.com.tr/1997/10/15/yasam/nur.html> (2.05.2008).

⁷⁷ Akıncı (Organ), s. 143.

⁷⁸ Organ, Doku ve Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nda,

halinde, hastanede ölen kişinin tedavi ve cenaze masraflarının devlet tarafından karşılanması bağış artırıcı bir tedbir olabilir. Devlet de sonrasında organın nakledildiği kişiden bu masrafları talep edebilir. Yine bağış yapan kişilerin devlet ya da ilgili kurumlarca ödüllendirilmesi düşünülebilir, bu ödülün mutlaka ekonomik değerinin bulunması da gerekmez. Organ bağışında bulunan kişilerin ya da yakınlarından organ alınmasına izin verenlerin bazı kamu hizmetlerinden öncelikli olarak yararlandırılması bir çözüm önerisi olarak düşünülebilir.

Kişileri organ bağışından alıkoyan bir sebep de psikolojileridir. İnsanlar sağlıklıyken hiç böbrek veya karaciğer hastası olmayacakmış gibi bir ruh hali içindedirler, bu da insanları duyarsızlaştırmaktadır. Organ bağışı programlarında çalışanlar (tıp-sağlık personeli, gönüllüler) toplumdaki kişilere bir gün kendilerinin veya çok sevdikleri kişilerin de organ nakline gereksinimleri olabileceği gerçeği duyumsatıldığında, toplumun organ bağışı ve nakli konusundaki endişe ve korkularının giderilebileceği, bakış açılarının değiştirilebileceği görülmektedir. Bu tür hastalıkların herkesin başına gelebileceği, dolayısıyla iyi bir bağış sistemine gün gelip herkesin ihtiyaç duyabileceği duygusu topluma yerleştirilmelidir.

Bunun yanında Avrupa’da yapılan araştırmalarda organ nakli yapılmış, ikinci bir yaşam şansını yakalamış kişilerin yaşadıklarının ve hissiyatlarının aktarıldığı duygusal görüntü ve hikayelerinin televizyon ve basında yer almasının toplumun organ bağışı ve nakline tutumunu olumlu etkilediği saptanmıştır.

İnternet aracılığıyla bağış yapılabilmesi, bunun hukuki altyapısı oluşturulmalıdır. Hepsinden önemlisi çok iyi bir bağış sisteminin kurulması gerekliliğidir.⁷⁹ Sistem hem hukuka uygun hem de bağış yapmayı kolaylaştırıcı bir sistem olmalıdır. Sistemin hukuka uygun

2238 sayılı kanun ile düzenlenmeyen, transplantasyon masraflarının nasıl ve kimin tarafından karşılanacağı konusuna açıklık getirilmesi olumludur. Nakillerle ilgili tüm masrafların sosyal güvence kapsamına alınması, bunu yapan sağlık kuruluşlarının karşılaştıkları maddi zorluğun aşılması bakımından isabetlidir. Güven, s. 356.

⁷⁹ Organ teminini kolaylaştırmak, organ israfını önlemek ve en uygun alıcıları tespit edebilmek amacıyla Avrupa Ülkelerinden Avusturya, Almanya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg’un katılımı ile Euro-Transplant denilen merkezi bir organizasyon kurulmuştur. Bu ülkelerde transplantasyon programına alınmış hastaların sağlık durumları ile organ nakli için gerekli bütün bilgiler bilgisayar sistemine kaydedilmiştir. Taşkın, s. 64.

olabilmesi için gerekli kanuni düzenlemeler yapılmalıdır. Organ nakil merkezleri arasında eşgüdüm sağlanarak, tüm verilerin bir arada toplanarak bu merkezler ile koordineli olarak çalışacak bilgi ağının kurulması ve işletilmesi gerçekleştirilmeli, hastanelerin organ sağlayan kurumlarında çalışan sağlık personeli konunun önemine ilişkin bilgilendirilmelidir. Organ bağıışı ve nakli, nakil bekleme listelerinde hayatlarının hediyesini bekleyen kişiler için ancak bu şekilde güvenli ve uygun bir seçenek olabilecektir.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Şahin, Ölüden Organ Alınması Konusunda Karşılaşılan Bazı Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 137-144.
- Akıncı, Şahin, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara 1996 (Organ).
- Akünel, Teoman, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanun Açısından Hekimin Hukuki Sorumluluğu Üzerine Düşünceler, *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyum, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Ankara, Mart 1982, s. 19-30.
- Akyıldız, Sunay, 2238 Sayılı Yasa ve Hasta Hakları Boyutu ile Organ Bağıışı, *A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları*, İstanbul 2007.
- Atamer, Yeşim, *Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar*, MHB,Y:19-20,1999-2000, s. 115-155.
- AYAN, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991.
- Ayiter, Nuşin, Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, *AÜHFD*, 1968, C.XXV, S:1-2, s.137-144.
- Başpınar, Veysel, Organ Nakli Açısından Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 191-215.
- Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul 1972.

- Block, Walter, Human Organ Transplantation: Economic and Legal Issues, http://www.walterblock.com/publications/human_organ_transplantation.pdf (2.05.2008).
- Çilingiroğlu, Cüneyt, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul 1993.
- Douglas, Lisa, Organ Donation, Procurement and Transplantation: The Process, The Problems, The Law, 65 UMKC, 201 (1996-1997), <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/umkc65&collection=journals&id=211&print=30§ioncount=1&ext=.pdf>.
- Dural/Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.
- Edisan, Zehra/ Akgül, Mehmet Ali/ Kadioğlu, Selim, Organ Nakliyle ilgili Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İsviçre ile Türkiye arasında Bir Karşılaştırma, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 603-612.
- Ford,Thomas, Human Organ Transplantation, Legal Aspects, <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cathl15&collection=journals&id=138&print=7§ioncount=1&ext=.pdf><http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/cathl15&collection=journals&id=138&print=7§ioncount=1&ext=.pdf>.
- Gürzumar, Osman Berat, Özel Hukukumuzda *Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler*, ABD, 1991, Y:48, S:3, s. 364-389.
- Güven, Kudret, Organ ve Doku Nakli, Etik ve Yeni Yaklaşımlar Hakkında Düşünceler, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 343-358.
- Hacıömeroğlu, Baki, *Hukuk Açısından Organ ve Doku Nakli*, ABD, 1991,Y:48,S:4, s. 537-548.
- Hakeri, Hakan, Organ veya Doku Ticareti Suçu, , *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 241-249.
- Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Ankara 2007 (Tıp).
- Harrington, John, Legal Aspects of Organ Transplantation and Trade in Health Services, www.ghwatch.org/english/casestudies/harrington.pdf (2.05.2008).
- İpekyüz, Filiz Yavuz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul 2006.
- Kalayoğlu, Münci, Dünyada ve Ülkemizde Organ Bağışı ve Organ Nakli, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul

2007, s. 266-271.

Kalogjera, Liliana, New Means of Increasing the Transplant Organ Supply Ethical and Legal Issues, *The Human Rights Magazine*, Fall 2007, <http://heinonline.org/HOL/PDF?handle=hein.journals/huri34&collection=journals&id=105&print=5§ioncount=3&ext=.pdf>.

Kılıçoğlu, Ahmet, Organ Nakli ve Doku Alınmasının Hukuksal Yönleri, *TBBD*, Y:1991, S:2, s. 246-265.

Özel, Çağlar, Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düzenlemeler, *AÜHFD*, 2002, C.51, S:1, s. 43-77.

Özsunay, Ergun, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyum, *Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu*, Ankara, Mart 1982, s. 31-59.

Öztürel, Adnan, Organ Transplantasyonlarının Adli Tıp Yönleri, *AÜHFD*, 1973, C.30, S:1-4, s. 457-492.

Sarıal, Enis, *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, İstanbul 1986.

Schreiber, Hans Ludwig, *Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş*, (Çev. Özer Özbek), Tıp ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara 2004.

Şahiniz, Salih, Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak Sağlararası Organ Nakli, *Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan*, İstanbul 2003, s. 723-750.

Şenocak, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, *AUHF*, Y:2001,C.50,S:4, s. 65-80.

Taşkın, Ahmet, *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Ankara 1997.

Toroslu, Nevzat: Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk, *AÜHFD*, 1978, C.XXXV, S:1-4, s.91-118.

Yılmaz, Battal, Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007.

Zeytin, Zafer, Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I.Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007, s. 251-264.

DİĞER KAYNAKLAR

- http://www.istanbulsaglik.gov.tr/w/sb/tedk/pdf/organ_nakli_genel_istatistikler.pdf(2.05.2008)
- http://www.bsm.gov.tr/hiz_hast03.htm (2.05.2008).
- <http://www.onsayfa.com/forum/saglik/2119-organ-nakli.html> (2.05.2008).
- http://www.cnnturk.com/YASAM/DIGER/haber_detay.asp?PID=223&HID=1&haberID=142858 (2.05.2008).
- www.eurotransplant.nl (2.05.2008).
- http://www.who.int/ethics/topics/transplantation_guiding_principles/en/print.html (2.05.2008).
- <http://www.milliyet.com.tr/1997/10/15/yasam/nur.html> (2.05.2008).
- http://www.transplantation-information.de/gesetze_organspende_transplantation/ausland_gesetze/gesetze.html (22.03.2009).
- <http://heinonline.org>.

HUKUKUMUZDA ZOR VE SİLAH KULLANMA YETKİSİ

M. Bedri ERYILMAZ*
Ayhan BOZLAK**

1. Giriş

Toplumsal güvenliğin sağlanması için öncelikle önleyici görevleri yerine getirme ve bundan sonuç alınmaması halinde ise suçla mücadele etmeleri konusunda güvenlik kuvvetlerine kafi ve etkili yetkilerin tanınması zorunlu bulunmaktadır. Ancak bu yetkilerin kullanılması çağımızda evrensel bir değer kazanmış olan ve artık ne bireylerin, ne devletlerin ve nede uluslararası hukuk ilişkilerinin vazgeçemeyeceği insan haklarına müdahale konusunu da gündeme getirmektedir. Ortada, bir taraftan insan hak ve özgürlüklerinin de kullanılabilmesi için kamu güvenliğini sağlama ve suçla mücadele etme zorunluluğu varken diğer taraftan da bu mücadele yapılırken aynı hak ve özgürlüklerin tehlike altında olması gibi girift ve/veya paradoksal bir konu bulunmaktadır.

Bu çalışmada, güvenlik güçlerine gerek adli, gerek idari anlamda tanınmış bulunan “zor ve silah kullanma yetkisi” ile bu yetkinin kullanılması esnasında tehlike altında bulunan kişi hak ve özgürlüklerine genel bir bakış yapılmıştır.

Bunu yaparken de, hukukumuzda “zor ve silah kullanmama yetkisi” konusunda en temel düzenleme olan; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) esas alınmıştır. Ayrıca bu husustaki diğer bazı özel kanun hükümleri ile ikincil mevzuat düzenlemelerine de genel olarak değinilmiştir. Bu konuda temel olarak 2559 sayılı Kanun’un esas alınmasının nedeni, anılan Kanun’un hâlihazırda belirtilen hu-

* Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi öğretim üyesi.

** Adalet Bakanlığı, adalet müfettişi.

susta en güncel ve en kapsamlı düzenleme olmasından dolayıdır. Diğer bir neden ise, PVSK'nın 25. maddesinde, öbür önemli bir genel kolluk kuvveti olan jandarmanın da PVSK'daki yetkileri kullanabileceğinin belirtilmesidir. Ayrıca 2803 sayılı Jandarma Görev ve Teşkilatı Kanunu'nda da zaten "*zor ve silah kullanma yetkisi*" esaslı olarak düzenlenmiş olmayıp bu hususa ilgili yönetmelik içinde yer verilmiş bulunmaktadır. Yaşam hakkı gibi en önemli temel insan hakkı ve özgürlüklerini sınırlayan yetkilerin, Ülkemizde hukuki olarak geline nokta itibariyle "*kanun*" dışındaki düzenlemelerle kullanılması artık mümkün bulunmamaktadır.¹ Belirtilen bu gerekçe nedeniyledir ki, çalışmada, yönetmeliklerle düzenlenen "*zor ve silah kullanma*" yetkilerine kısmen yer verilmiş ve konu bu husustaki temel kanuni düzenlemelere öncelik verilerek tüm teorik ve uygulamaya bakan yönleri ile birlikte incelenmeye çalışılmıştır.

2. Polis Vazife Salahiyet Kanunu'nun 16. Maddesine Göre Zor ve Silah Kullanma Yetkisi

Türk hukukunda, kolluk görevlileri görevlerini yerine getirirken direnişle karşılaşmaları halinde veya meşru savunma yapmak zorunda kaldıkları durumlarda zor ve silah (kuvvet) kullanmaya yetkilidir ve bu yetkiler esas itibariyle sadece kolluk görevlileri tarafından kullanılabilir.² Bir kolluk görevlisinin hangi durumlarda kuvvet kullanabileceği temel olarak PVSK'nın 16. maddesinde düzenlenmiştir.

PVSK m.16'da 02.06.2007 tarih ve 5681 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle daha önce iki ayrı maddede (PVSK, m. 16 ve ek m. 6'da) düzenlenen zor ve silah kullanma yetkileri aynı maddede toplanmıştır.

Söz konusu PVSK'nın "*Zor ve Silah Kullanma*" başlıklı 16. maddesinin 5681 sayılı Kanun ile değişik son hali şöyledir:

"Madde 16- (Değişik: 2/6/2007-5681/4 m.)

(1)³ Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi

¹ Bkz. Anayasa (AY) m. 13.

² PVSK, m. 16'ya ve bazı istisnai durumlarda herkesin kuvvet kullanma yetkisi bulunduğu dair serdedilen görüş için ise aşağıdaki 4. ve 5. sayfalara bkz.

³ Fıkra numaraları Kanun metninde bulunmamakla birlikte, okuyuculara kolaylık sağlamak amacıyla tarafımızdan ilave edilmiştir. Ancak metin fıkraları içerisinde-

kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir.

(2) Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştirdiğinde silah kullanılabilir.

(3) İkinci fıkrada yer alan;

a) Bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü,

b) Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını, ifade eder.

(4) Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtar yapılır. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

(5) Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir.

(6) Polis, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur.

(7) Polis;

a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,

b) Bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde,

c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde,

ki bent numaraları Kanun metninde bulunmaktadır.

silah kullanmaya yetkilidir.

(8) Polis, yedinci fıkranın (c) bendi kapsamında silah kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir.

(9) Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir.”

5681 sayılı Kanun’a değişik anılan 16. maddenin Kanun teklifindeki gerekçesi, madde hakkında gayet açıklayıcı bilgiler içermektedir. Gerekçeye göre;⁴

“Zor kullanma, polisin kolluk kuvveti olması dolayısıyla diğer kamu görevlilerinden farklı olarak sahip olduğu temel yetkisidir. PVSİK’nun ek 6. maddesinde öngörülen bu yetki, yeniden ve daha açık şekilde bu maddede düzenlenmiş bulunmaktadır.

İlk fıkrada, polisin, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde zor kullanmaya yetkili olduğu gösterilmektedir. Buradaki direniş, polisin tüm görevlerinin ifası sırasında karşılaşılan direnişi ifade etmektedir. Örneğin durdurulması gereken bir aracın durmayarak kaçtığı durumlarda, bu aracın durdurulması da bu kapsamdadır. Ayrıca zor kullanan polise, aktif şekilde direniş gösteren kişinin bu eylemi, meşru savunma kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, bu aktif direniş, Türk Ceza Kanunu’nun 265. maddesi kapsamında ayrıca suç oluşturacaktır.

İkinci fıkrada, zor kullanma yetkisinin derece ve kademeleri gösterilmektedir. Buna göre zor kullanma yetkisi; bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanmadan oluşmaktadır. Bunlar, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette kullanılacaktır.

Ayrıca zor kullanmanın direnmeyle orantılı olması; aynı nitelik ve derecede değil, direnmeyi etkisiz kılacak ölçüde güç kullanımını ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, zor kullanmada amaç, direnen kişileri etkisiz hale getir-

⁴ TBMM, Dönem 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1437, s. 7 vd.

mektir. Kullanılacak kuvvetin derecesi, direnmenin ve saldırının derecesine bağlıdır. Direnme ne kadar fazla ise, kullanılacak kuvvetin derecesi de o kadar fazla olacaktır. Polis, etkisiz hale getirme için sahip olduğu metotlara kademeli olarak başvuracak, polisin seçtiği metodun, her zaman, derece olarak direnmeden üstün olması gerekecektir. Aksi takdirde, saldırı ve direncin etkisiz hale gelmesi söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla bu madde kapsamında zor kullanma yetkisi, direnme veya saldırıda kullanılan ile aynı nitelikte zor veya silah kullanılması anlamında yorumlanamaz. Polis, direnme veya saldırıyı defedecek üstünlükte zor veya silah kullanır.

Maddenin üçüncü fıkrasında, bedeni kuvvet ve maddi gücün ne olduğu gösterilmektedir. Zor kullanma sırasında, bedeni kuvvetin dışında; fıkrada belirtildiği gibi kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis kopekleri ve atları ile sair hizmet araçları maddi güç olarak kullanılabilir.

Dördüncü fıkraya göre, zor kullanmadan önce, doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtar yapılacaktır; ancak direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

Polisin, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla üçüncü fıkranın (b) bendi kapsamındaki araç ve gereçlerden hangisini kullanacağını ve zorun derecesini kendisinin takdir ve tayin edeceği; ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile üçüncü fıkranın (b) bendi kapsamındaki araç ve gereçlerden hangisinin kullanacağını müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edileceği de besinci fıkrada düzenlenmiştir.

Altıncı fıkrada da, polisin, kendisine veya başkasına yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunacağı belirtilmiş bulunmaktadır.

Zor kullanmada olduğu gibi, kolluk kuvveti olarak polisin ayırt edici yetkilerinden birisi olan silah kullanma, maddede yeniden düzenlenmektedir.

Yedinci fıkrada üç temel durumda polisin silah kullanma yetkisinin olduğu belirtilmektedir. Bunlardan ilki meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında silah kullanma; ikincisi bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde silah kullanma; üçüncüsü ise yakalanması gereken kişinin yakalanması amacıyla ve yakalanmasını sağlayacak ölçüde silah kullanmadır.

Silah kullanılacak hallerden üçüncüsü olarak gösterilen durumla ilgili olarak sekizinci fıkrada ayrıca bir sınırlamaya gidilmiş; bu durumlarda öncelikle “dur” çağrısının⁵ yapılması, buna rağmen kişinin kaçması halinde uyarı amacıyla silahla ateş edilebilmesi; bu uyarı atışına rağmen hala kaçmakta ısrar etmesi ve kaçması dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde, yakalanmasının sağlanması amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilmesi öngörülmüştür.

Maddenin dokuzuncu fıkrasında da, zor veya silah kullanma yetkisinin kullanılması sırasında, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, polisin, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçü ve oranda⁶ duraksamadan silahla ateş edebileceği düzenlenmiştir.”

Maddedeki düzenleme ve gerekçede yer alan açıklamalara göre, bir hukuka uygunluk sebebi olarak görevin ifası bağlamında, kolluk görevlileri zor ve silah kullanma yetkisine sahiptir. Hukuk belli bir hususta görev yüklenen kişinin bu görevi yerine getirebilmesini sağlayacak ölçüde yetki ile donatılmasını gerekli kılmaktadır. Keza, kişi yetkili kılındığı ölçüde de sorumluluk altına girmektedir. Bu ilişki kısaca, “ne kadar görev varsa, o kadar yetki; ne kadar yetki varsa, o kadar sorumluluk vardır” şeklinde ifade edilebilir.⁷

Kolluğun, görevini yaparken kullandığı yetkinin niteliğine bakılmaksızın, yetkisini kullanmasına engel olmak için direnen herkeşe karşı, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanma yetkisine sahip olduğu öncelikli olarak bilinmesi gereken bir konudur. Direnme, saldırma veya saldırıya yeltenme şeklinde olabileceği gibi, bedeni kuvvet kullanma, taş, sopa, silah gibi bazı maddi varlığı olan cisimlerden faydalanma yolu ile de olabilir.

⁵ 5681 sayılı Kanun’a ilişkin teklifin TBMM Adalet Komisyonu’ndaki müzakereleri sırasında “(dur) çağrısında” ibaresinden önce gelmek üzere “duyabileceği şekilde” ibaresi eklenmiştir (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1437, s. 14, 25).

⁶ 5681 sayılı Kanun’a ilişkin teklifin TBMM Adalet Komisyonundaki müzakereleri sırasında “saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçü ve oranda” ibaresi, “saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde” biçiminde değiştirilmiştir (TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1437, s. 14, 25).

⁷ İzzet Özgenç, “Kolluk Görevlilerinin Zor ve Silah Kullanma Yetkisi”, *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri-II*, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara: 2008, s. 208.

Zor kullanma; kişilerin kendilerine terettüp eden belirli bir yükümlülüğün gereklerine uygun davranmamaları halinde, bu yükümlülüğün gereklerine uygun davranmalarını sağlamak amacıyla ve ancak kanunla verilen yetkiye dayalı olarak başvurulabilecek bir yetkidir. Bu bakımdan, zor kullanma yetkisinin mutlaka kanuni bir dayanağı olmalıdır.⁸ Bizim hukuk düzenimiz açısından, “zor ve silah kullanma yetkisi” için gerekli bulunan bu kanuni düzenlemeler, çalışmanın içeriğinde de sıkça verildiği gibi, bu konudaki temel düzenleme olan PYSK’nın yanında yine esas olarak Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve diğer bazı kanunlarda düzenlenmiş bulunmaktadır.

Örneğin, ceza yargılaması sürecinde “usulüne uygun olarak çağrılıp da mazeretini bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir...” düzenlemesinde (CMK, m. 44/1) ve aynı şekilde CMK’nın 43, 44, 146 ve 176 ncı maddelerindeki düzenlemelerde belirtildiği üzere, kolluğun zor kullanma yetkisinin kanuni dayanağı gösterilmiştir. Bahsedilen bu yetkilerin usulünce kullanılmasının görevin ifası kabilinden hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı açık bulunmaktadır.

Kolluk görevlileri, yakalama işlemi (CMK m. 90; PYSK m. 13) sırasında da, sıklıkla zor kullanma yetkisini kullanmak durumunda kalmaktadır. Kolluk kuvvetlerinin yakalama anında zor kullanma yetkisine sahip oldukları kuşkusuzdur. Ancak CMK’nın 90/1. maddesine göre; suçüstü halinde herkese şüpheli kişiyi yakalama yetkisi verilmiş bulunmasına nazaran, bu durumda “herkesin” zor kullanma yetkisi bulunmakta mıdır? Bu soruya bazı yazarlar; şüpheliyi yakalama yetkisi verilen kişiler, bunun zorunlu sonucu olarak, şüphelinin kaçmasını önlemek amacıyla yönelik olacak şekilde ve bunu sağlayacak ölçüde zor kullanma yetkisini haizdir şeklinde cevap vermektedirler.⁹

Kuvvet kullanmanın amacı hiçbir zaman yakalanan kişiyi cezalandırmak olamayacağı gibi, direnişi yok etmek için kullanılan kuvvet, saldırıyı gerçekleştirmek için kullanılan kuvvete göre orantısız da olmamalıdır. Başka bir ifade ile kişi, zor kullanılarak etkisiz hale getirildikten sonra artık zor kullanma işlemi derhal sona erdirilmelidir.

Kullanılan kuvvetin kademeli olmasının gereği olarak kolluk, her aşamada karşı tarafı etkisiz hale getirme amacına ulaşıp ulaşılmadı-

⁸ Özgenç, a. g. e., s. 208.

⁹ Özgenç, a. g. e., s. 208 (Dipnot).

ğını kontrol etmelidir. Etkisiz hale getirme işlemi hangi aşamada tamamlanmışsa kuvvet (zor) kullanma işlemi de o aşamada sona erdirilmelidir.

Kolluk, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile başvuracağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir (PVSK, m. 16/5).

Toplu olarak hareket edilen durumlarda, kuvvet kullanmanın şartları doğmamasına rağmen amir kuvvet kullanma emri vermişse, eylem, niteliği itibari ile her halükarda suç teşkil edeceğinden hukuka aykırı emri yerine getiren memurlar da emri veren amir gibi sorumlu olacaktır.¹⁰ Bu nedenle, memur seviyesindeki kolluk görevlilerinin amirleri kadar kuvvet kullanmanın şartlarını bilmesi gerekir.

Kuvvet kullanılması için muhakkak surette tehlikenin doğmuş olması gerekmez. Kolluk, teşebbüs aşamasında ve kaçma tehlikesini bertaraf etmek için de kuvvet kullanabilir.

3. Diğer Bazı Düzenlemelere Göre Kuvvet ve Disiplin Zorlaması Kullanma Yetkisi

a. CMK'nın 60. ve 124. Maddesine Göre Disiplin Zorlaması

Yukarıdaki anlatılanlardan farklı olarak kolluğun, kuvvet kullanmanın yanı sıra, görevini yaparken aldığı tedbirlere kasten muhalefet edenleri veya zorlaştıranları, bir disiplin yaptırımı uygulanmasını sağlama, muamelenin sonuna kadar bundan men etme ve zor kullanarak görevini yerine getirme yetkileri de bulunmaktadır. Bu durumlarda amaca ulaşıldıktan sonra o kişinin salıverilmesi gerekir. Söz konusu durumlar aşağıda açıklanmıştır.

CMK'nın 60. maddesinde *“tanıklıktan ve yeminden sebepsiz yere çekilenler”* hakkında başvurulacak disiplin uygulamaları ve usulü düzenlenmiştir. Madde aşağıya alınmıştır:

¹⁰ Kanuna aykırı emir ve konusu suç olan emir konularının ayrıntısı için Anayasa'nın 137. ve TCK'nın 24. maddelerine bakınız.

“Madde 60 - (1) Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yemininin veya tanıklığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilmeye kadar ve her hâlde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhâl serbest bırakılır.

(2) Bu tedbirleri almaya naiip hâkim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh hâkimi yetkilidir.

(3) Davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve yukarıdaki süreler suçun türüne göre tümüyle uygulandıktan sonra o dava veya aynı işe ilişkin diğer davada tekrar edilmez.

(4) Disiplin hapsi kararına itiraz edilebilir.”

Bu madde, belirtilen durumların tanık dinleme ve yemin verme yetkisine sahip bulunan Cumhuriyet savcıları ve mahkemeler huzurunda vuku bulması halinde uygulanacaktır. Kolluğun ifade alma konusunda zorlayıcı yetkisi ve yemin verme yetkisi bulunmadığından (PVSK, m. 15), haliyle kolluk aşamasındaki işlemlerde bu maddenin uygulama alanı olmayacaktır.

Ayrıca maddenin gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir:

“Maddede tanıklıktan ve yeminden çekinmenin yaptırımları ve uygulama koşulları yer almıştır. Ceza muhakemesi faaliyeti süreklilik arz ettiğinden ve en kısa sürede bitirilmesi de gerektiğinden tanığın gelmemesi, bu iki hedefe ulaşılmasını engelleyecektir. Bu nedenle, gelmeyen tanığa, o celsenin giderlerinin yüklenmesi âdil ve etkili bir yaptırımdır. Mazeretsiz gelmemenin büyük ölçüde önünün alınması böylece söz konusu olabilecektir.

Tanımlardaki (CMK m. 2) düzenleme doğrultusunda “hapis yolu ile taziyik” yerine “disiplin hapsi” kelimesi kullanılmıştır.

Beyanda bulunmaktan veya yeminden kaçınan tanığın, üç ayı geçmemek ve herhâlde dava hakkında hüküm verilinceye kadar disiplin hapsine konacağı maddede belirtilmiştir. Disiplin hapsi (tanımı, yerine getirilme şekli ve sonuçları) için 2. maddeye ve gerekçesine bakılmalıdır.

Maddenin üçüncü fıkrasında açıklandığı üzere disiplin hapsi aynı işte yeniden verilse bile tümü için aynı suçlarda üç ayı aşamaz.

Disiplin hapsine karşı itiraz yolu açıktır.”¹¹

Yukarıda değinilen CMK'nın 60. maddesinden başka, diğer bir zorlama hapsine ilişkin düzenleme, CMK'nın, 123. maddeye gönderme yapan 124. maddesinde bulunmaktadır. Söz konusu madde metinleri aşağıdadır:

“Madde 123 - (1) İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır.

(2) Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.”

Madde 124 - (1) 123 üncü Maddede yazılı eşya veya diğer malvarlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür.

(2) Kaçınma hâlinde bu şeyin zilyedi hakkında 60 ıncı Maddede yer alan disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır. Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecekler hakkında bu hüküm uygulanmaz.”

124. maddenin gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir:

“Madde, kamu davasında suçun ispatı bakımından yararlı görülen veya müsadereye veya Devletin mülkiyetine geçmesi yaptırımına tâbi olan eşyanın muhafazası veya başka bir şekilde güvence altına alınması yetkisini vermektedir. Eşyanın önce yanında bulundurandan teslimi istenecek, vermezse eşyaya elkonulabilecektir. Elkoyma terimi Tasarıda zapt yerine kullanılmakta ve rıza bulunmayan hâllerde zorla şeyi alma yetkisini ifade etmektedir.

Madde böylece önemli bir koruma tedbirine yer vermiş olmaktadır.

Maddeye göre teslimi istenen şeyleri yanında bulunduranlar, istem üzerine bu şeyi göstermez veya teslim etmezlerse, haklarında 60. maddede yer alan disiplin hapsi uygulanacaktır.

Tanıklıktan çekinebilecek olan kişilere tanınan ayrıcalık, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan, “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” kuralının ifadesi olduğundan, tanıklıktan çekine-

¹¹ www.akip.net (Açıklamalı Kanun İçtihat Programı), Erişim Tarihi: 12.03.2008.

bilecekler hakkında disiplin hapsinin uygulanamayacağı son fıkrada açıkça belirtilmiştir.”¹²

Bu maddelerde arama ve elkoyma sırasında “*istenen eşyayı vermekten ya da yerini göstermekten kaçınanlar hakkında, CMK’nın 60. maddesinde belirtilen disiplin hapsine ilişkin hükümlerin uygulanacağı*” düzenlenmiştir. Belirtilen hükümler, arama ve elkoyma uygulamasını kolluk yapacağından dolayı, kolluk işlemleri sırasında da uygulanacak ve istenen eşyayı vermeyenler hakkında düzenlenecek evrak ve disiplin uygulaması talebinin, kolluk tarafından Cumhuriyet savcılığına ve bu makam tarafından da sulh ceza hakimine iletilmesi üzerine, benzer şekilde uygulama yürütülecektir.

b. CMK’nın 168. ve PYSK’nın Ek 6/6. Maddelerine Göre Men Etme Yetkisi

Adli kolluğun olay yerinde aldığı tedbirlere uyulmaması halindeki yetkisine işaret eden yasal düzenlemelerden CMK’nın 168. maddesine öncelikle aşağıda yer verilmiştir:

“Madde 168 - (1) Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adli kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanuncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder.”

168. maddenin gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir:

“Bu Madde, 164. maddenin (Adli kolluk ve görevi başlıklı) belirttiği görevin icrasında ortaya çıkabilecek (engellenecek) olaylar karşısında kolluğun yetkisini belirtmektedir. Olay yerinde kolluk, görevini yaparken giriştiği işlemleri kasten ihlâl eden veya yetkili olarak aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri gerektiğinde kuvvet de kullanarak zorla bu eylemlerinden men edecektir. Bu men ediş, işlemler sonuçlanuncaya kadar devam edebilecektir.

1412 sayılı Kanununun 157. maddesinde bu gibi hâllerde gözaltına alma yetkisinin uygulanması söz konusu idi. Tasarı bunun yerine işlemleri engelleyen eylemleri zor kullanarak giderme yetkisini ikâme etmiş ve böylece hem soruşturmanın etkinliği ve hem de kişi özgürlüğü ilkelerine yer verilmiştir. Maddenin yasakladığı eylemler nedeniyle koşulları varsa Türk Ceza Kanunu-

¹² www.akip.net, Erişim Tarihi: 12.03.2008.

nun 526. maddesi¹³ uygulanabilecektir.”

Görüldüğü gibi, madde gerekçesi birçok hususu açıklamıştır. Ancak gerekçede belirtilen, “bu men ediş, işlemler sonuçlanıncaya kadar devam edebilecektir” cümlesinden ne anlamak gerektiği hususu açık değildir. Buradaki “men etme” tabirinin, sorun çıkaran kişilerin olay yerinden uzaklaştırılmalarının yanında gözaltına alınmalarına da imkân verip vermediği, şayet gözaltına almaya imkân verdiği düşünülürse bunun azami süresinin ne kadar olacağı gibi hususlar tam olarak belirlenmemiştir. Bu konu henüz yargı kararları ile de vuzuha kavuşmuş değildir. Belirtilen konu hakkında yazarların görüşlerinin de farklı olması nedeniyle söz konusu görüşlerin aşağıda dipnot olarak verilmesi ile yetinilmiştir.¹⁴

Aynı konuda PVSK’nın “Adlî Görev ve Yetkiler” başlıklı Ek 6/6. maddesi de, CMK’nın 168. maddesinde yapılan düzenlemeyi aynen tekrar etmiştir. Bu Madde de aşağıdadır:

“Ek Madde 6/6 - (Ek: 16/6/1985 - 3233/7 m.; Değişik: 2/6/2007-5681/5 m.)

Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan polis, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder.”

Ek 6 ncı maddenin yukarıda metni verilen altıncı fıkrası; CMK’nın 168. maddesine paralel bir tarzda düzenleme altına alınmıştır. Kolluk, adli görevinin icrası sırasında bir engelleme ile karşılaşması durumunda, bu kişileri,

¹³ Bu maddeye yapılan atıfları artık 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 32. maddesine yapılmış şeklinde anlamak gerekmektedir.

¹⁴ Belirtilen konu hakkında, yazarlardan, Eryılmaz; buradaki “men” tabirinin, eski düzenlemeden farklı olarak, kişinin gözaltına alınmasını içermediğini ve bu kavramın gözaltına imkân veren bir düzenleme olarak değil, kişileri olay yerinden uzaklaştırma olarak algılanması gerektiğini inanmaktadır. Her ne kadar, buradaki “işlemler sonuçlanıncaya kadar” tabiri dikkate alındığında önceden men için belirli bir süre öngörülmesi mümkün değilse de, buradaki sürenin 3-4 saati geçmesi gerekir. Zira, günümüzde, çok ciddi olaylarda bile, olay yeri incelemesi 3-4 saat içinde bitirilebilmektedir. Bozlak ise; buradaki “men ediş” kavramının, gerekli bulunduğu hallerde duruma göre adli ya da idari yetkiler kapsamında gözaltına alma yetkisini içerdiğini ve azami gözaltı süresi olarak da CMK’nın 91. maddesinde düzenlenen (AY, m. 19 ve AİHS, m. 5’e uygun olarak) 24 saatlik gözaltı süresinin geçilmemesi gerektiğini benimsemektedirler.

işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men etme yetkisine sahiptir.

Ek 6 ıncı maddenin üçüncü fıkrasında ise; kolluğun suç işlendiğini öğrenmesinden sonra gerekli tedbirleri alması ile ilgili yapacağı işlemler tamamen CMK'nın 161. maddesine uygun bir şekilde kaleme alınmıştır. Kolluk, olay yerinde gerekli tedbirleri aldıktan sonra Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda hareket edecektir. Kolluk bu işleri yaparken alması gereken önlemlerde güce başvurabilecektir.”¹⁵

c. 2911 Sayılı Yasa'ya Göre Kuvvet Kullanma

Hukuka aykırı bir toplantı ve gösterinin dağıtılmasını sağlamak amacıyla zor kullanma yetkisi, 2911 sayılı Kanun'un 24. maddesinin iki, üç,¹⁶ dört ve altıncı fıkralarında düzenlenmiştir.¹⁷ Bu maddeye göre,

¹⁵ Ali Şafak, “Polisin Kuvvete Başvurma Yetkisi, Zora Başvurma Türleri ve Sınırı Aşma Sorunu”, *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri- II, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları*, Ankara 2008, s. 216.

¹⁶ Bu fıkradaki zor kullanmanın “meşru müdafaa” şartları içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

¹⁷ 2911 sayılı Kanunun “Toplantı veya gösteri yürüyüşünün dağıtılması” başlıklı 24. maddesi şu şekildedir:

“Madde 24 - Kanuna uygun olarak başlayan bir toplantı veya gösteri yürüyüşü, daha sonra 23 üncü maddede belirtilen kanuna aykırı durumlardan bir veya birkaçının vuku bulması sebebiyle, Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşü haline dönüşürse:

a) Hükümet komiseri toplantı veya gösteri yürüyüşünün sona erdiğini bizzat veya düzenleme kurulu aracılığı ile topluluğa ilan eder ve durumu en seri vasıta ile mahallin en büyük mülki amirine bildirir.

b) Mahallin en büyük mülki amiri, yazılı veya acele hallerde sonradan yazı ile teyit edilmek kaydıyla sözlü emirle, mahallin güvenlik amirlerini veya bunlardan birini görevlendirerek olay yerine gönderir.

Bu amir, topluluğa Kanuna uyularak dağılmalarını, dağılmazlarsa zor kullanılacağını ihtar eder. Topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır. Bu gelişmeler hükümet komiserince tutanaklarla tespit edilerek en kısa zamanda mahallin en büyük mülki amirine tevdi edilir.

(a) ve (b) bentlerindeki durumlarda güvenlik kuvvetlerine karşı fiili saldırı veya mukavemet veya korudukları yerlere ve kişilere karşı fiili saldırı hali mevcutsa, ihtar gerek olmaksızın zor kullanılır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşüne 23 üncü madde (b) bendinde yazılı silah, araç, alet veya maddeler veya sloganlarla katılanların bulunması halinde bunlar güvenlik kuvvetlerince uzaklaştırılarak toplantı ve gösteri yürüyüşüne devam edilir. Ancak, bunların sayıları ve davranışları toplantı veya gösteri yürüyüşünü Kanuna aykırı addedilerek dağıtılmasını gerektirecek derecede ise yukarıdaki fıkra hü-

hukuka aykırı şekilde, örneğin geceleyin umumi yerlerde toplantı veya gösteri düzenlenmesi halinde, kolluk toplanan kişilerin dağılmasını sağlayacak ölçüde zor kullanma yetkisine sahip bulunmaktadır. 2911 sayılı Kanun'un, dağılma yönündeki ihtarata rağmen dağılmayan ve bu nedenle kendilerine karşı zor kullanılan kişilerle ilgili olarak 32. maddesinde ise suç tanımı yapılarak ceza yaptırımını öngörülmüştür.

d. 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na Göre Kuvvet Kullanma

Belirtilen Kanunun ek 2. maddesinde terörle mücadele sırasında zor ve silah kullanma yetkisi düzenlenmiştir. 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı Yasa ile değişik Ek 2. madde şu şekildedir; *“Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda “teslim ol” emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler”*.

e. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun Diğer Bazı Maddelerine Göre Zor Kullanma

Yukarıda sayılanlardan başka yine, PVSK'nın 11. maddesindeki, genel ahlak ve edep kurallarına aykırı davranışlar; 14. maddesindeki, saat 24'den sonra gürültü yapanlar; 5681 sayılı Kanun ile değişik 17. maddesindeki; kolluğun aldığı önlemler ve usulü dairesinde verdiği emirlere karşı gelenleri yakalaması ve karakola götürme yetkileri bakımından da, kuvvet kullanma sayılacak, engelleme, men etme, yakalama ve karakola götürme gibi yetkileri bulunmaktadır. Çok sık uygulama imkanı bulunmadığı için anılan bu maddelere ayrıntılı şekilde yer

kümüleri uygulanır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşüne silah, araç, alet veya maddeler veya sloganlarla katılanların tanınması ve uzaklaştırılmasında düzenleme kurulu güvenlik kuvvetlerine yardım etmekle yükümlüdür.

Toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin Kanuna aykırı olarak başlaması hallerinde; güvenlik kuvvetleri mensupları, olayı en seri şekilde mahallin en büyük mülki amirine haber vermekle beraber, mevcut imkanlarla gerekli tedbirleri alır ve olaya müdahale eden güvenlik kuvvetleri amiri, topluluğa dağılmaları, aksi halde zor kullanılarak dağıtılacakları ihtarında bulunur ve topluluk dağılmazsa zor kullanılarak dağıtılır.”

verilmemiş, madde numaraları belirtilmekle yetinilmiştir.

f. 3201 Sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'na Göre Kuvvet Kullanma

Bahis konusu Kanun'un "Polis Çevik Kuvvet Birimleri görev ve yetkileri"nin düzenlendiği Ek 13. maddesinde de polisin kuvvet kullanma ve zora başvurma yetkisi ayrıntılı olarak düzenleme altına alınmıştır. Görüldüğü gibi, kolluğun kuvvet kullanma konusundaki tereddütlerini gidermek için, bu konuya, hemen hemen ilgili tüm mevzuat hükümlerinde yer verilmiş bulunmaktadır.

g. 1481 Sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun'a Göre Kuvvet Kullanma

Sözü geçen Kanun'un ilgili maddeleri aşağıda verilmiştir.

"Madde 1 - Polis ve jandarma, diğer kanun ve tüzüklerde yazılı yetkileri saklı kalmak üzere, aşağıda yazılı hallerde de silah kullanmaya yetkilidirler:

A) 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 16 ncı maddesinde yazılı hallerde,

B) (A) bendindeki yetkiler saklı kalmak üzere, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis veya ağır hapis cezasını gerektiren suçlardan bir veya birkaçını işlemekten sanık veya hükümlü olup da haklarında tevkif veya yakalama müzakeresi çıkarılan ve silahlı dolaşarak emniyet ve asayişe tek başına veya toplu olarak fülen tehdit ve ihlal ettikleri anlaşılanlardan, teslim olmaları için İçişleri Bakanlığınca tesbit edilen tarihte başlamak üzere 10 günden az ve 30 günden çok olmamak şartıyla verilecek mühlet ile ad, san ve eylemleri de belirtilerek sanık veya hükümlünün dolaştığı bölgelerde mutad vasıtalarla ve uygun görülen yayın organlarıyla radyo ve televizyonla da ilan edilenlerin belirtilen süre sonuna kadar adli makamlara, zabıtaya veya herhangi bir resmi mercie teslim olmamaları hallerinde".

"Madde 2 - Birinci maddenin (B) bendinde sayılan hallerde:

a. Sanık veya hükümlünün teslim olması için yapılan (Teslim ol) ihtarından sonra,

b. Polis veya jandarmaya karşı silah kullanmaya filhal teşebbüs etmeleri halinde ise ihtara lüzum olmaksızın,

Silah kullanılır.

Müsademe sırasında; sanık veya hükümlüye müsademede veya kaçmada yardımcı olanlar haklarında da birinci fıkra hükmü uygulanır”.

h. 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa Göre Silah Kullanma Yetkisi

Anılan Kanun'un “Silah Kullanma Yetkisi” başlıklı kuvvet kullanmayla ilgili maddesi aşağıya alınmıştır.

“Madde 22 - (1) Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek isteyen kişiye “dur” uyarısında bulunulmasına rağmen bu uyarıya uymaması halinde, havaya ateş edilmek suretiyle uyarı yinelenir. Ancak silâhla karşılığa yeltenilmesi ve sair surette meşru müdafaa durumuna düşülmesi halinde, yetkili memurlar saldırıyı etkisiz kılacak oranda doğrudan hedefe ateş edebilir. Memurların silâh kullanmalarından dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma açılması halinde, bağlı bulunduğu kurum tarafından avukat sağlanır ve avukatlık ücreti kurumlarınca karşılanır.

(2) Kaçakçılığı önleme, izleme ve araştırmakla yükümlü olanlar, gümrük bölgesindeki her nevi deniz araçlarına yanaşıp yük ve belgelerini incelemeye yetkilidir. Görevlilerin yanaşmasına izin vermeyerek kaçan veya kaçmaya teşebbüs eden her nevi deniz araçlarına uluslararası deniz işaretlerine göre telsiz, flama, mors ve benzeri işaretlerle durması ihtar olunur. Bu ihtara uymayan deniz araçlarına uyarı mahiyetinde ateş edilir. Buna da uymayıp kaçmaya devam ettiği takdirde durmaya zorlayacak şekilde üzerine ateş edilir.”

1. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğine Göre Zor Kullanma Yetkisi

Özellikle aramanın icrası sırasındaki kuvvet kullanma konusunda Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin ilgili madde ve fıkraları aşağıya alınmıştır:

“Karar veya Yazılı Emir Üzerine Üst ve Eşya Aramasının İcrası

Madde 28/6: Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir.”

“Konut, İşyeri ve Eklentilerinde Aramanın Yapılması

Madde 30/7: Aramayla görevlendirilenler, aramaya karşı çıkılması hâlinde, durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanarak direnci ortadan kaldıracıdır. Bilgilendirme yapıldıktan sonra, kapı açılmadığı takdirde güç kullanılacağı ihtar edilir ve buna rağmen kapı açılmazsa zorla eve girilir ve arama gerçekleştirilir. Güç, kademeli bir şekilde artarak kullanılabilir.”

Giriş bölümünde izah edildiği gibi, yönetmeliklerin, zor ve silah kullanarak temel insan haklarını sınırlandırmaya yeterli yasal dayanak teşkil edememesi nedeniyle, burada belirtilen güç kullanma şekillerinin, yukarıda açıklanan ilgili kanun hükümlerine dayanmak ve onların kuralları çerçevesinde uygulanmak zorunda olduğu nazara alınmalıdır.

i. Diğer Bazı Durumlarda Kuvvet Kullanma Yetkisi

Yukarıda anlatılanlardan başka, 2935 sayılı OHAL Kanunu'nun 23., 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 4. ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun da 47, 82, 87, 89, 90, ve 96. maddelerinde kuvvet (zor ve silah) kullanma ile ilgili çeşitli hükümler mevcut bulunmaktadır. Bu hususlara uygulamada istisna oluşturması nedeniyle ayrıntılı şekilde yer verilmemiştir.

Yine “Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği”nin 38-41. maddeleri ile “Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği”nin 15. maddesinde de kuvvet (zor ve silah) kullanma ile ilgili uzun ve ayrıntılı hükümler mevcut bulunmaktadır.

Elbette, belirtilen bütün bu kuvvet kullanma durumlarının, bu konuda esas ve genel son hukuki düzenlemeler olan, TCK'nın 24. ve 25. maddeleri ile PVSK'nın 16. maddesinde belirlenen şekil şartlarına uygun olması gereklidir.

Üst kısımlarda da değinildiği gibi, söz konusu zor ve silah kullanma yetkilerinin bu şekilde ilgili tüm mevzuatlarda düzenleme altına alınmasının nedeni, kolluğun önleyici ve koruyucu hizmetlerini yerine getirirken etkin davranmasının istenmesi ve kuşku ve duraksamalı tavrının önünün alınmak istenmesidir. Bir diğer ifadeyle kolluğun gö-

revlerini yaparken zora başvurursam acaba başıma bir şey gelir mi? endişesinden kolluk mensuplarını kurtarmaktır.¹⁸

Zor ve silah kullanma konusunda herhangi bir özel düzenleme bulunmayan durumlarda (örneğin gerekli kararlara rağmen beden muayenesine gitmek istemeyen bir kişiye yönelik durumda olduğu gibi) kolluğun görevinin icrasına direnme babında, belirtilen bu örnekte görevin verilen bir yetkili emirle yapıldığı da göze alınarak, TCK'nın 24/2. maddesi ile birlikte bu hususta genel düzenleme olan PVSK'nın 16/1. maddesi hükümlerinin ve şartlarının uygulanması gerekli bulunmaktadır.

Bahusus, kolluğun yetkili bir merci emri ile değil de yasaların kendisine verdiği bir görevi yerine getirmesi durumlarında ise, PVSK'nın 16. maddesi yanında TCK'nın 24/1. maddesi hükümlerinin birlikte göze alınması gerekecektir.

4. Zor (Kuvvet) Kullanma Çeşitleri ve Bunların Uygulanma Şartları

Kolluk, zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademe- li olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştiğinde silâh kullanma yetkisi ile haiz kılınmıştır. Bu şekilde meydana çıkan kuvvet kullanma şekillerine aşağıda biraz daha ayrıntılı olarak bakılmıştır.

a. İkaz (Uyarma)

PVSK'nın 16/4. ve 16/8. maddelerinde belirtildiği gibi, zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtar yapılmalıdır. Böylece belirtilen "ihtar" şekli ya da "dur!" ikazı gibi hususlar uyarmayı ifade etmektedir. Ancak burada, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurulurken, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

¹⁸ Şafak, a. g. e., s. 216 (Dipnot).

b. Kelepçe Takma

Başta CMK'nın 93. maddesi olmak üzere, PVSK'nın 16/3(b) ve Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (YGAVİAY)'nin 7. maddelerinde görüleceği gibi, değişik mevzuat metinlerinde kelepçe takma, maddi güç kullanmanın ve direnmeyi kırmanın bir çeşidi olarak kabul edilmiştir.

Maddi güç kullanma araçlarından kelepçe, yakalanan kişinin direnmesi, saldırıya yeltenmesi veya saldırıda bulunması hallerinde takılır.¹⁹ Dolayısı ile her yakalanan kişiye kelepçe takılmaz. Kelepçe bir kontrol aracı olduğundan öncelikle kontrol edilmesi gereken bir kişinin var olması gerekir. Bununla beraber, yakalanan kişinin kaçma ihtimali varsa kelepçe takılması gerekip gerekmediğine karar verilmesi kolluğun takdirine bırakılmıştır (CMK, m. 93). Kolluk, bu takdir yetkisini kullanırken, yakalananların kaç kişi olduğu, faillerin fiziki yapısı, tehlikeliliği, yaşı, psikolojik durumu gibi şüphelilere ait özellikler ile işlenen suçun ağırlığı, failin yakalandığı yerin kalabalık olup olmaması, müdahalede bulunan görevli sayısı ve ekipmanı gibi olaya ve çevresel faktörlere ait özellikleri dikkate almalıdır. Yakalanan kişinin 18 yaşından küçük olması halinde kelepçe takılamayacaktır.²⁰

c. Bedeni Kuvvet Uygulama

PVSK'nın 16/2. ve 16/3(a) maddelerinde belirlendiği gibi bedeni kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedeni gücü ifade etmektedir.

d. Maddi Güç Uygulama

PVSK'nın 16/2. ve 16/3(b) maddelerinde düzenlenmiş bulunduğu gibi, maddi güç kavramı; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedeni kuvvetin dışında; kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair zor kullanma araçlarını ifade etmektedir.

¹⁹ CMK, m. 93.

²⁰ YGAVİAY, m. 19/b-10.

e. Silah²¹ Kullanma

Kolluğa tanınan zor kullanma yetkisinin en etkili olanı ve en ağır sonuç doğuran şekli PVSK'nın 16/7. maddesinde düzenlenmiş bulunan silah kullanma yetkisidir. Belirtilen nedenle bu husus aşağıda biraz daha ayrıntılı incelenmiştir.

PVSK'nın 16. maddesindeki çok önemli sayılacak değişikliklerden birisi de silah kullanma yetkisi hakkında olmuştur. Kolluk kuvvetleri, görevlerinin gereği olarak caydırıcı etki doğurması için zaten görünür şekilde silahla donatılmış bulunmaktadır. Ancak bu yeni düzenleme ile kolluğun silah kullanabileceği durumlar genişletilmiştir. Burada kolluğun zor kullanma yetkisi ile bağlantılı olarak, silah kullanma yetkisini inceleyecek olursak,

PVSK'nın 16/7. maddesine göre;

“Polis;

a) Meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında,

b) Bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde,

c) Hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde,

silah kullanmaya yetkilidir.”

Yine PVSK'nın 16/9. maddesine göre de;

“Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılabilecek ölçüde duraksamadan silahla ateş edebilir.”

aa. Görüldüğü gibi, PVSK'ya göre silah kullanma yetkisi, *birinci olarak*, meşru savunma hakkının kullanılması kapsamında tanınmıştır (PVSK, m. 16/7-a). 5237 sayılı TCK'nın 25/1. maddesi ile meşru savunmanın alanı, haksız saldırının söz konusu olacağı bütün haklar bakımından uygulanacak şekilde genişlediği için, dolayısıyla silah

²¹ Buradaki silahın illa ateşli silah olmak zorunda bulunmadığı göze alınmalıdır.

kullanmanın alanı da genişlemiş bulunmaktadır. Buna göre, kolluk sadece kişilerin ve kendisinin canına ve ırzına karşı değil, mal varlığı (mülkiyet) hakları da dâhil, her türlü hak ve kişilik haklarına yönelik haksız bir saldırı ile gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak haksız bir saldırıyı def etmek için de silah kullanabilecektir. Ancak, mahiyeti gereği meşru savunmaya elverişli bulunmayan (örneğin insana yönelik sövme suçu gibi) haksız saldırılar bundan müstesnadır.²²

Meşru savunma için, saldırının illa cebir ve şiddet içermesi zorunlu olmayıp ihmali davranışla gerçekleşen bir eylem nedeniyle meşru savunma yapılması mümkündür. Örneğin, tutukluluğu kaldırıldığı halde, serbest bırakılmayan bir kişinin meşru savunma hakkı doğmuş bulunmaktadır.²³

Burada, meşru müdafaa dolayısıyla kuvvet kullanmanın şartlarını biraz daha açmak amacıyla, TCK'nın meşru savunmayı (müdafaayı) düzenleyen 25/1. maddesi, yukarıdaki diğer bölümlerde bu hususa yer verilmiş bulunmasına rağmen konuyla ilişkisi bakımından, gerekçesi ile birlikte aşağıda verilmiş ve bu konuda kısa açıklamalar yapılmıştır:²⁴

“Madde 25/(1)- Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

Söz konusu 25/1. maddenin gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir:

“Maddenin birinci fıkrasında bir hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma düzenlenmiştir.

Meşru savunma bakımından Tasarı şu koşulları saptamıştır:

Bir kere her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olduğu belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmesi istenilmiştir.

²² İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, 3. b., Ankara 2006, s. 367.

²³ Özgenç, *a. g. e.*, s. 367

²⁴ Meşru savunma hakkında daha fazla bilgi için bkz.; Özgenç, *a. g. e.*, s. 363 vd.

Ayrıca, şu husus da belirtilmelidir ki, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan, meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir.

İkinci olarak meşru savunmanın "haksız saldırı" koşulu bakımından, "gerçekleşen haksız saldırı" ile "gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırı" veya "tekrarı muhakkak haksız saldırı" aynı sayılmıştır. Böylece kişilerin haksız saldırılara karşı kendilerini korumaları olanağı daha da genişletilmiş olmaktadır.

Savunmanın "saldırı ile orantılı biçimde" olması, yani saldırıyı defedecek ölçüde olması, meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, ancak bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirdiği takdirde, meşru savunma hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır."

Görüleceği üzere, 25. maddenin gerekçesinin hemen başlangıcında açıkça vurgulandığı gibi meşru savunma bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmiştir ve bu durum meşru savunmada bulunan kişiler lehine yapılmış bir düzenlemedir. Şöyle ki, CMK'nın 223. maddesinin 2. fıkrasının d bendine göre, hukuka uygunluk nedenine dayanan bir kişi hakkında beraat kararı verilmesi gerekmektedir. Beraat kararı verilen kişi için ise disiplin ya da tazminat sorumluluğu da doğmayacaktır.

PVSK'nın 16/7(a) maddesine göre, kolluk görevlileri, kendilerine veya başkalarına karşı gerçekleşen saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla silah kullanabilmektedir. Bu durumda herkesin sahip bulunduğu meşru savunma (müdafaa) hukuka uygunluk sebebinin varlığı söz konusudur. Meşru müdafaa'nın uygulanması açısından kolluk görevlileri ile herhangi bir kişi arasında fark bulunmamaktadır. Meşru savunmanın söz konusu olduğu durumlarda kolluğun zor ve silah kullanmasını düzenleyen mevzuat hükümlerine müracaat etmeden, doğrudan TCK'nın meşru savunmaya ilişkin hükümlerine dayalı olarak değerlendirme yapmak gerekir. Bu durumda, kolluk görevlileri gerek kendine, gerekse sair kişilere karşı gerçekleşen ya da gerçekleşmesi/tekrarı muhakkak olarak öngörülen bir saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve bu saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde savunma hareketi yapabilir. Yani TCK'nın 25. maddesine dayalı olarak meşru savunmada bulunabilir. Yukarıda da vurgulandığı gibi bu hareket hukuka uygun olacaktır

(TCK, m. 25/1). Örneğin, bir rehinenin kurtarılması için, başka türlü kurtarma imkânının olmadığı durumlarda, kolluk kuvvetlerinin rahatlıkla faillere yönelik olarak rehinelere kurtaracak ölçüde ateş açmaları bu kapsamda bulunmaktadır.²⁵

Meşru savunmayla ilgili konuda göz önünde tutulması gereken çok önemli bir nokta da, kolluğun zor ve silah kullanma yetkisinin aynı zamanda yaşam hakkı bağlamında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 2 ve Anayasa m. 17 ile birlikte değerlendirilmesi zorunluluğudur. Bilindiği üzere, AİHS'nin 2. maddesi "*mal için değil, sadece nefse bağlı (vücut bütünlüğü anlamında hayat) meşru savunmayı*" kabul etmektedir.²⁶ Bu durumda, sadece nefse (yaşam hakkına) yönelik olan saldırılarda ölüm meydana getirecek şekilde uygulanan meşru savunma AİHS'nin 2. ve Anayasa'nın 17. maddelerine aykırı olmayacaktır. Zaten zor ve silah kullanmaya ilişkin PVSK'nın 16. maddesindeki hükümde "*saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde*" şeklindeki ibare konunun böyle yorumlanmasına uygun bulunmaktadır. Belirtilen bu husus (nefse; yaşam hakkına yönelik saldırılar) dışındaki durumlarda, meşru savunmanın ölüm sonucu doğurmayacak şekilde yapılması gerekmektedir. Aksi halde, hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılması ve yaşam hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Ancak yukarıda da değinildiği gibi yaşam hakkını korumak için gerektiğinde meşru savunma yapmak zorunlu bulunmaktadır.

Kolluk görevlilerinin silah kullanma yetkisi sadece kendilerine ya da diğer kişilere yönelik olarak yapılacak herhangi bir saldırı sırasındaki meşru savunma durumuna ilişkin değildir. Bundan başka belirli hallerde kolluk kuvvetleri yine silah kullanma yetkisini haizdirler. Silah, aşağıda açıklanacağı üzere bazı hallerde zor kullanma yetkisi bağlamında kullanılabilir. Bu itibarla kolluk görevlileri, zor kullanma yetkisi kapsamında ve bu yetkinin sınırları dâhilinde de silah kullanabilirler.

bb. Kolluğun silah kullanma yetkisi bağlamında, *ikinci olarak*, PVSK'nın 16/2 ve 16/7(b) maddelerine göre, kolluğun "*bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde*" silah kullanılabileceği

²⁵ Özgenç, *MUYEP Tebliğleri- II*, s. 209, 210.

²⁶ A. Feyyaz Gölcüklü / A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamaları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 164.

belirlenmiştir. Maddenin bu fıkrası ile ilgili düzenlemenin yanlış kaleme alındığı söylenebilir. Bu durumda kolluk elbette silah kullanabilecektir. Fakat bu durum, kolluğun silah kullanabileceği 16/7. maddenin diğer (a) ve (c) bentlerinde sayılan durumlarda da silah kullanmanın zaten ön şartıdır.

cc. Bahse konu silah kullanma yetkisi ile ilgili, *üçüncü olarak*, PVSK'nın 16/7(c) maddesine göre, kolluk tarafından, suçun niteliğine bakılmaksızın, hakkında hapis, tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla, yakalamayı sağlayacak ölçüde silah kullanabilecektir.

Belirtilen bu 16/7(c) maddesi kapsamında kolluk ayrıca, -örneğin suçüstü halinde kaçan şüphelinin durumunda olduğu gibi- yakalanması veya yaptığı eylemden men'i gerekip de, yakalanmamak için kaçan bir kişiye karşı da silah kullanma yetkisine sahiptir. Ancak böyle bir durumda hukuka uygunluk sebebinde sınırın aşılmaması için, kaçan kişinin başka türlü yakalanmasının mümkün bulunmaması (Örneğin, kimliğinin belirsiz olması ve silahın hayati noktalara hedef alınmaması) gerekir. Bu durumlarda amacın, kişiyi en fazla yaralama sonucunu doğuracak ölçüde ve canlı şekilde ele geçirmek olması gereklidir.

Söz konusu 16/7. maddenin (c) bendinde sayılan bu durumda, silah kullanmanın şartları olduğu takdirde, silah kullanmadan önce kişiye yine bir ön şart olarak duyabileceği şekilde "*dur*" ihtarında bulunulur, bu ihtara uymayarak kişinin kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilir, buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise, kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir (PVSK, m. 16/8).

Eski düzenleme ile yukarıda belirtilen 16/7. maddenin (c) bendindeki yeni düzenleme arasında, suçla mücadele adına kolluğu gereğinden fazla güçlü kılan ciddi farklar bulunmaktadır.

Bunlardan birincisi, eski PVSK m.16, gerek suçüstü gerekse diğer durumlarda, şüphelilerin yakalanmasını sağlamak için silah kullanmayı, suçun ağır cezalı bir suç olmasına²⁷ bağlamışken, yeni PVSK

²⁷ Yürürlükte bulunan yeni düzenlemelere göre, yargılaması ağır ceza mahkemesinin görevine suçlar (ağır cezalı suç) kavramı için 5235 sayılı "Adli Yargı İlk De-

m.16, adli para cezasını gerektiren suçlar dâhil, her türlü suç için bu yetkiyi kolluğa vermektedir.

İkinci olarak, eski PVSK m.16, tutuklu ve mahkûmlar için ikili bir ayırım yapmaktadır; Mahkûm ve tutukluların kaçmalarını önlemek amacıyla silah kullanılması her türlü suç için mümkün iken, mahkûm ve tutukluların kaçtıktan sonra tekrar yakalanması aşamasında silah kullanmaları suçun ağır ceza mahkemesinin görevine giren bir suç olmasına bağlı tutulmuştur.

dd. PVSK'na göre kolluğun silah kullanma yetkisi ile ilgili, *dördüncü olarak ise*, kolluk tarafından direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah kullanma yetkisi kullanılırken, kendisine karşı silahlı saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, böyle bir saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçü ve oranda duraksamadan silahla ateş edebilme yetkisi (PVSK, m. 16/9) sayılabilir. Esasında, bu yetki zaten "meşru savunma" içerisinde bulunmaktadır. Ayrıca böyle bir düzenlemeye gerek bulunmamasına rağmen, kolluğun suçla ve suçlularla yaptığı mücadelede tereddüt yaşamaması (mütereddit kalmaması) için bu şekilde açık bir düzenleme yapılmıştır.

ee. Silah kullanma ile ilgili değinilen hususlar özetlenecek olursa, *bu konudaki temel ilkeler* şunlardır:

- Yaşama hakkı tehlikeye girmediği (meşru müdafaa ve zorda kalma hali) başkasının yaşama hakkı tehlikeye sokulmamalıdır,
- Silah öldürmek kastı ile kullanılmamalıdır,
- Başka surette saldırıyı ve direnişi def etmek imkanı varsa, silah asla kullanılmamalıdır,
- Başka türlü saldırıyı ya da direnişi def etme veya kaçan kişiyi yakalama imkanı yoksa sağlığa en az zarar verecek şekilde silah kullanılmalıdır,
- Kaçan kişiler bakımından, anılan kişiler açıkça ve ısrarla ikaz edilmedikçe silah kullanılmamalıdır,
- Mutlaka her olayda ölçülü (orantılılık) olunmalıdır.²⁸

rece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun"un 12 vd. maddelerine bkz.

²⁸ Bahri Öztürk / M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. b., An-

PVSK'nın yeni 16. maddesinde, silah kullanma yetkisi, kolluğun istediği doğrultuda, hiçbir durumu dışarıda bırakmayacak şekilde genişletilmişse de, kolluğun gelişigüzel silah kullanmasını engelleyecek ve yönlendirecek en önemli husus "orantılılık" prensibi olacaktır. Buna göre, kişinin yakalanması ile elde edilecek faydanın silah kullanarak kişiye verilen zarardan fazla olması gerekli bulunmaktadır.

Bu konuyu biraz daha açmak gerekirse, orantılılık prensibine göre, kolluk, her olayda silah kullanmaya gerek olup olmadığına karar verme aşamasında, "suçun ağırlığını"; "silah en son çare mi?", "silah kullanmadan da kişi etkisiz hale getirilebilir mi?", "silah kullanmam gerekli mi?", "silah hemen kullanılmalı mı?", "elde edilecek fayda ile verilecek zarar arasında bir orantı var mı?" gibi soruların cevabı ile birlikte değerlendirmek zorundadır.

Neticeten, silah kullanma, amaca ulaşmak için en son çare olmalıdır. Diğer bir ifade ile basınçlı su, fiziki engeller, uyuşturucu, göz yaşartıcı veya patlayıcı maddeler gibi imkânların kullanımı ile aynı amaca ulaşılmasının mümkün olmaması, silah kullanma için gerekli bulunmaktadır.

AİHM'ye göre de, bir kuvvet (zor ve silah) kullanımı "mutlak olarak gerekli ve kesin olarak fiil ile orantılı olmalı, hedeflenen amacın mahiyeti, yaşama yönelik tehlikeler ve kullanılan kuvvetteki risk derecesinin bir yaşama son verip vermeyeceğine bütün olarak bakılmalıdır. Türkiye hakkındaki 1998 tarihli Yaşa ve 1999 tarihli Güleç kararlarında da bu esastan hareket edilerek belirtilen ilkelere riayet edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.²⁹

5. Zor ve Silah Kullanmaya İlişkin Hukuka Uygunluk Sebebi Çeşitleri

PVSK'nın 16/6. maddesinde düzenlenmiş bulunan, polisin kendisine veya başkasına saldırı olması durumunda, 16. maddeden bağımsız olarak, TCK'nın meşru savunmaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağı yukarıda belirtilmişti. Dolayısıyla, meşru savunma (TCK, m. 25/1) ile PVSK'nın 16/1. maddesinde belirtilen polisin görevini yaparken karşı-

kara 2007, Seçkin Yayıncılık, s. 160.

²⁹ Öztürk, a. g. e., s. 161 (Dipnot).

laştığı direnişi kıracak ölçüde başvurduğu zor kullanma yetkisi birbirinden farklı kurumlardır ve bunları birbirinden ayırmak gerekir.

Bunlardan birincisi olan PVSK'nın 16/6. maddesindeki yetki kullanımını açısından; TCK'nın 25/1. maddesinde belirtilen “*meşru savunmaya*” ilişkin hukuka uygunluk nedeni ve şartları geçerlidir.

Söz konusu durumlardan ikincisi olan PVSK'nın 16/1. maddesindeki yetki kullanımını açısından ise; yine TCK'nın 24. maddesinin 1. fıkrasındaki “*kanunun hükmünü yerine getirme*” ya da görev yetkili bir merciin emri üzerine yapılıyorsa TCK'nın 24. maddesinin 2. fıkrasındaki “*yetkili merciin emrini ifa*” şeklinde düzenlenmiş bulunan hukuka uygunluk nedenleri ve şartları geçerli olacaktır.

Şayet, 16. maddenin 6. fıkrası olmasaydı dahi yine genel hükümler uyarınca bu şekilde bir ayırma gidilmesi gerekli bulunmaktaydı. Bu durumda 6. fıkranın kendi kendini şerh eden bir madde olduğu söylenebilir.³⁰

Burada dikkat edilmesi gereken husus, somut olayda, birden fazla hukuka uygunluk nedeni gündeme geldiğinde ve bu durumda hukuka uygunluk nedenlerinin birinin sınırı aşılmış; ancak diğerinin sınırları içinde kalınmış olması halinde, ilgili davranışın hukuka uygun olacağına kabul edilmesi gerektiğinin gözden kaçırılmamasıdır.³¹

Bu konuyla ilgili Yargıtay 1. CD'nin 12.06.2008 Tarih ve 8050/4953 sayılı kararı şu şekildedir:³²

“Görevli memura mukavemet, 8 ayrı 6136 sayılı Yasaya aykırılık ve 3 ayrı hırsızlık suçlarından aranan maktül Bülent ile 6136 sayılı Yasaya aykırılık ve 5 ayrı ev ve işyerinden hırsızlık suçlarından aranan mağdur Şükrü'nün Ankara Uluçanlar civarında bulunduğuna ilişkin telefon ihbarı gelmesi üzerine, Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şube Gasp Büro Amirliğinde görevli polis memurları olan sanıkların, beraat eden polis memuru ve komiser sanıklar ile birlikte Uluçanlar caddesine geldikleri, polis aracını caddede bıraktıkları, mahalle sokaklarında yaya olarak önlü arkalı ve aralarında mesafe olduğu halde ilerledik-

³⁰ Mehmet Maden, “Son Değişikliklerle Birlikte Polisin Zor Kullanma Yetkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri- II*, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2008, s. 234.

³¹ Maden, *a. g. e.*, s. 234.

³² Henüz yayımlanmamış karar örnekleri, ilgili dosyasından temin edilmiştir.

leri sırada, önlerine iki gün önce çalınan kırmızı Ford Escord araç ile maktül ve mağdurun çıktığı, en önde yürüyen polis memuru Atila'nın araçtaki mağduru görüp tanınması ve ismiyle seslenmesi üzerine aracı kullanan maktülün, aracın sol tarafı ile Atila'ya çarparak 5 gün iş ve gücüne engel olacak şekilde yaralandığı, ardından aracı sağ tarafa yönlendiren maktülün aracın sağında bulunan polis memuru sanık Ahmet'e çarparak 7 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralanmasına sebep olduğu, bunun üzerine polis memuru sanık Etem'in MP-5 görev silahı ile havaya 2 el uyarı atışı yaptığı, bu kez maktülün aracı sola kıvrıp önündeki duvara çarptığı ve geri gelmeye başladığı sırada da araçtan ateş edildiği, bunun üzerine sanıklar Etem ve Ahmet'in MP-5 görev silahları ile araca doğru arka tarafından ateş ettikleri, aracın kamyonete çarparak durması üzerine de maktül ve mağdurun yakalandıkları, çalıntı aracın içerisinde maktülün çıkarılması üzerine gaz ve fren pedallarının altından 7.65 çapında Çek Vizör marka tabancanın ele geçtiği, yine araç içerisinde bulunan 2 adet 7.65 mm. kovanın bu silahtan atıldığına kriminal raporu ile belirlendiği, sanıkların açtığı ateş sonucu aracın arka kısmında rüzgarlık üzerinde, bagaj kapağında, stop lambasında, arka plakada, arka plaka altı kaportada, çamurlukta, tamponda ve oto iç kısmı tavan döşemesinde toplam 10 adet isabet bulunduğu, mağdurun sol ayak bileğinde yumuşak doku seyirli ateşli silah yaralanması mevcut olup 10 gün iş ve gücüne engel olacak nitelikte olduğu, maktulde ise kafa sağ arka parietelde, sağ omuz arkada, sol lomberde ve sağ dirsekte olmak üzere toplam 4 adet ateşli silah yarası giriş deliği bulunduğu ve ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı kafatası ve kaide kemiği kırıkları ile karakterli beyin doku harabiyeti ve beyin zarları kanaması sonucu öldüğü anlaşılmakla; sanıkların, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16.maddesinin "A" ve "H" bentleri uyarınca nefisini müdafaa etmek ve vazifelerini yapmalarına saldırı ile engel olmalarını bertaraf etmek için silah kullanmaya yetkili oldukları, maktül ve mağdurdan gelen, önce araç ile çarpma şeklinde, daha sonra da silahlı saldırı boyutuna ulaşan ve devam etmekte olan hayat bütünlüklerine yönelik saldırı sırasında rast gele ateş etme eylemlerin tümüyle meşru savunma koşullarında gerçekleştirildiği ve aşırıya kaçılmadığı anlaşıldığı halde, 5237 sayılı TCK'nın 25. maddesi uyarınca sanıkların beraatlerine karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması... bozma nedeni olarak kabul edilmiştir."

Yargıtay 1. CD'nin 30.10.2007 Tarih ve 4717/7842 sayılı kararı şu şekildedir:

"Sanığın arkadaşı tanık Eyüp ile Ümraniye İlçe Jandarma Karakol Komutanlığı Yeni Doğan Karakolu Sorumluluk Bölgesinde, olay gecesi saat 01

ile 05 arasında, önleyici yaya kolluk devriyesi görevini yaparken, İl Jandarma Komutanlığı Muhabere Merkezi Telsizinden 34 VL 1219 plakalı beyaz renkli Uno marka hususi otonun çalıntı olduğu, çeşitli yerlerde kapkaç olayına karıştığı, aracın muntika dâhilinde görüldüğünde yakalanarak gerekli yasal işlemlerin yapılmasının anos edildiği, maktulün, yanında tanık Başar ile saat 02.45 sıralarında sevk ve idaresindeki 34 VL 1219 plakalı beyaz renkli Uno marka arabanın, Mimar Sinan Bulvarında nöbet tutan sanık ve tanık Eyüp tarafından görülmesi üzerine tanık Eyüp'ün defalarca düdük çalarak ve el işareti ile dur ihtarında bulunduğu, maktulün arabayı sanığın üzerine sürerek kaçmaya çalıştığı, sanık ve arkadaşının dur ihtarına devam ettiği, sanığın havaya 1 el uyarı atışı yaptığı, uyarıya rağmen kaçan araca, durmasını temin için tekerleğini hedef alarak arkasından 1 el ateş ettiği, aracın bagajından giren merminin maktule isabetle ölümünü tevhit ettiği, araç içinde yapılan kontrolde yağmaya maruz kalan mağdurelerin çantaları ve özel eşyalarının bulunduğu, arabanın düz kontak yapılarak çalındığının anlaşıldığı olayda, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 11, 25/a, 2559 sayılı PVSK'nun 16, 211 sayılı Yasa'nın 80/a, 87/1-c ve ilgili Yönetmeliğin 39. maddelerinin verdiği yetkiye istinaden silah kullanan sanığın 5237 sayılı TCK'nun 24. maddesine göre kanunun hükmünü yerine getirdiği anlaşılmakla; hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde 5237 sayılı TCK'nun 27/1, 85, 62. maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi... bozma nedeni sayılmıştır."

Yargıtay 1. CD'nin 12.12.2002 Tarih ve 3659/4665 sayılı kararı şöyledir:

"Olay tarihinde yol kontrolünde görevli olan devriyenin kontrolden sonra Mustafa'nın jandarmanın görev ve yetkilerini düzenleyen 2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ile 3.11.1983 tarihli Jandarma teşkilatı Görev ve Yetki Yönetmeliğine ve ayrıca 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununa uygun olarak devriye görevini yürütürken, asker firarisi olduğundan şüphelendiği ve daha önceden de asker olması nedeniyle birliğine yakalayıp teslim ettiği maktulü, olay günü tekrar yakalayıp ardından maktulün kaçmaya teşebbüs etmesi üzerine emrindeki erata önce dur ihtarı yapıp onun ardından havaya ikaz atışı emri ve sonra ayaklarına doğru atış emri vermesi şeklinde gelişen ve başkaca bir davranışı da olmayan olayda, yasaya aykırı bir davranışın gözlenmediği sanığın 765 sayılı TCK'nun 49/1. maddesi anlamında, kanunun hükümlerini icra etmek suretiyle sonu öldür-

meye varan atış emrini verdiği, emri verirken doğal olarak emrin sınırlarında kalınacağını düşündüğü, emrin sınırlarının aşılması sebebiyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacağı, emri verenle vuranın hukuki durumlarının bu anlamda farklılık arz ettiği düşünülmeden, sanık hakkında 765 sayılı TCK'nın 49/1. maddesi³³ gereğince ceza tertibine yer olmadığına ve beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü tesis edilmesi... bozma nedeni sayılmıştır."

Yargıtay 1. CD'nin 11.03.1996 Tarih ve 219/679 sayılı kararı şöyledir:

"Olay gecesini başka bir suçtan dolayı aranan sanıkları yakalamak sanığın adli görevi olup, olay anında karakola gitmek için sanık ve diğer polis memurlarına kırık şişe ve bıçaklarla saldıran maktul ve yanındakilerin saldırısını def etmek ve aranan şahısları karakola götürmek polisin genel görevi içinde bulunduğu, PVSK'nın 16. maddesi çerçevesinde bu sırada nefesine yönelen saldırıyı bertaraf etmek için ateş etmesinde, 765 sayılı TCK'nın 49. maddesinin birinci fıkrası koşulları doğduğu halde yaralı olarak yerde yatan ve halen saldırıya maruz kalan sanık polis memurunun yaralanmanın acısıyla meşru müdafaa hudutlarını tecavüz ederek maktulü öldürdüğünden bahisle 765 sayılı TCK'nun 50. maddesi³⁴ uygulaması... bozma nedeni sayılmıştır."

Yargıtay 1. CD'nin 08.06.1995 Tarih ve 1366/1681 Sayılı Kararı şöyledir:

"Olay günü saat 19.30-20.00 sularında maktulün "ne biçim araba kullanıyorsun, beni öldüreceksin" diyen bir motosikletli şahısla kavga ederken polis aracının gelmesi üzerine maktulün süratle olay yerinden uzaklaştığı, on dakika sonra olay yerine gelen maktulün, sarhoşluğunun da etkisiyle kahvede bulunanlara orakla saldırdığı, bu esnada polis otosunun tekrar olay yerine gelmesi üzerine, maktulün talimatıyla direksiyona geçen Burak ile birlikte kaçmaya başladıkları, polis otosunun siren çalarak takip ettiği sırada polis otosuna gece 21.00 sıralarında ateş edilmeye başlandığı, jandarma barikati nedeniyle durmak zorunda kalan maktulün, sanığın bulunduğu polis oto-

³³ Söz konusu madde, 5237 sayılı yeni TCK'nın 24 ve 25. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

³⁴ Söz konusu madde, 5237 sayılı yeni TCK'nın 27. maddesine karşılık gelmektedir.

sunu ateş edip ön taraftan iki isabet kaydettirdiği sırada sanığın, PVSK'nın 16. maddesinden kaynaklanan silah kullanma yetkisini kullandığı ve yaptığı atışlarla maktulün ölümüne neden olduğu, dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılması karşısında, 765 sayılı TCK'nın 49/1. maddesi gereğince ceza verilmesine imkan olmayan sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi... bozma nedeni sayılmıştır."

Yargıtay 1. CD'nin 06.12.1989 Tarih ve 3495/3477 sayılı kararı şöyledir:

"Sanık Necati'nin Karşıyaka Emniyetinde görevli gece bekçisi olduğu, olay günü sanığın, ölen polis memuru Gazi ve polis memuru Hulusi ile birlikte, hırsızlık yapan Muzaffer adlı kişiyi yakalamak için peşine düştükleri, Gazi'nin, Muzaffer'e "dur" ihtarında bulunup arkasından havaya silahla ateş ettiği, buna rağmen Muzaffer'in kaçmaya devam edip, oradaki bir evin çatısına çıktığı, arkasından ölenin de çatıya tırmandığı, bu sırada çıkmaz sokak içerisinde beklemekte olan sanığın, duvardan çatıya tırmanan kişinin Muzaffer olduğunu sanarak gece karanlığında bir el ateş ettiği, bu atış sonucu Gazi'nin başından yaralanarak öldüğü, oluştaya göre dosya içeriğine uygun şekilde yerel mahkemece kabul edilmiş olmasına göre, sanığın PVSK'nın 16/E maddesinin verdiği yetkiye dayanarak silah kullandığı, iyi eğitilmiş bir atıcının bile gece karanlığında hareket halindeki bir şahsı, istediği bir bölgeden yaralayamayacağı da göz önünde tutulduğunda, sanığa 765 sayılı TCK'nın 49/1 maddesinin uygulanmasında zorunluluk bulunduğu halde, yazılı şekilde hüküm tesisi... bozma nedeni sayılmıştır."

6. Kuvvet (Zor ve Silah) Kullanma ve Meşru Savunmada Hukuka Uygunluk Sebebi Sınırlarının Aşılması

a. Sınırın Kast Olmaksızın (Taksirle) Aşılması

Bu konuyla ilgili TCK'nın 27. maddesi, gerekçesi ile birlikte aşağıda verilmiştir:

"Madde 27 - (1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde³⁵ sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa,

³⁵ Hukuka uygunluk hallerinden olan "zor ve silah kullanma yetkisi", burada belirtilen, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden birisidir.

taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur.

(2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.”

27. maddenin gerekçesinde ise şu hususlara yer verilmiştir:

“Madde ile ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenlerin hepsini kapsamına alacak surette sınırın kast olmaksızın aşılması hâli düzenlenmiştir.

Sınır kasten aşıldığında, örneğin, meşru savunmada bulunan kişi vaki saldırıyı defetmek için saldırganı öldürmenin şart olmadığını bile bile ve sırf tecavüze uğramış olması fırsatından yararlanarak saldırganı öldürdüğü takdirde hukuka aykırılığın kalkmayacağı ve failin bu maddedeki herhangi bir ceza indiriminden yararlanamayacağı şüphesizdir. Bu nedenle madde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlini kapsamaktadır.

Yukarıda verilen örnekte fail, maruz kaldığı saldırı dolayısıyla ve içinde bulunduğu durum itibarıyla esasta gerekli olandan fazla bir savunmada bulunmuş olabilir. Sınırın aşılmasındaki bu taksir kendisinin cezalandırılmasına yol açabilirse de, bunun için işlenen suçun taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen bir fiil olması zorunludur. Demek oluyor ki, bu gibi hâllerde işlenen suçun niteliğine bakılacak ve sadece kast bulunduğu takdirde cezalandırılabilen bir suç söz konusu ise faile ceza verilmeyecek buna karşılık, suç taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen fiillerden birini oluşturduğunda, maddede öngörülen biçimde ve cezadan indirim yapılarak faile taksirli suçtan dolayı ceza verilecektir.

Bölüm başlığına paralel olarak, madde metnindeki “hukuka uygunluk nedenleri” yerine, “ceza sorumluluğunu kaldıran nedenler” ibaresi konulmuştur.

Maddenin ikinci fıkrasında meşru savunma hakkına ilişkin özel bir sınırın aşılması hâli düzenlenmiştir. Buna göre, meşru savunmada sınırın aşılması, fail bakımından mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise, faile ceza verilmeyecektir.

Hükümet Tasarısında, maddenin ikinci fıkrası bütün hukuka uygunluk nedenlerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Oysa heyecan, korku veya telaş, ancak meşru savunma hâlinde söz konusu olabileceği için, fıkra metninin başına “meşru savunmada” ibaresi konulmuştur.”

Görüldüğü gibi gerekçede, meşru savunma ve diğer hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılması halindeki uygulama ile ilgili, gayet açık ve yeterli bilgiler düzenleme altına alınmıştır.

Bu konuyla ilgili Yargıtay CGK'nın 22.3.2005 Tarih ve 1/219-35 sayılı kararı aşağıda verilmiştir:³⁶

“Beyoğlu ... karakolunda görevli bulunan polis memurları (D), (S) ve (H)'nin 10.10.2001 günü saat 19.00'da görevlerinin sona ermesi üzerine, sivil giyimli olarak karakoldan ayrılıp, önce bir kahvehanede, bilahare bir lokantada oturarak, yemek yiyip, alkol aldıkları ve maç seyrettikleri, saat 02.00'da lokantadan ayrılıp, birlikte (H)'nin Kasımpaşa'daki evine gitmek üzere yaya olarak yola koyuldukları, saat 03.20 sıralarında Bahariye caddesinde, 10.10.2001 gecesi Mustafa ve Özgür isimli şahıslara yönelik gasp, nas-ı ızzar ve müessir fiil suçları ve aynı gece 02.30 sıralarında polis otosuna saldırmaları nedeniyle aranan Fahri, Fahrettin ve üç arkadaşıyla karşılaştıkları, maktül Fahri, Fahrettin ve yanlarında bulunan kişilerin, bir gün önceki gasp olayına katıldıkları iddiaları nedeniyle aranıyor olmaları, aynı olay nedeniyle maktülün kardeşi Harun'un gözaltına alınmış olmasının etkisi ve her iki grubun alkollü olmasının verdiği cesaretle tanıdıkları polis memurlarına önce sözlü sataşmada, sonra da fiili saldırıda buldukları, bu sırada maktül ve yanındakileri tanıyan polis memurlarının, aranan şahıslar olduklarını bildikleri maktül ve arkadaşlarını yakalamak için harekete geçtikleri esnada, maktül ve arkadaşlarının da bira şişelerini kırarak polis memurlarına saldırdıkları ve silahlarını almaya çalıştıkları, boğuşma esnasında yere düşen polis memuru Hacı'nın şarjörünün yere düştüğü, arkadaşının silahının yere düştüğünü gören sanık Demir'in, havaya bir-iki el ateş etmek suretiyle arkadaşını saldırganlardan kurtardığı, bu esnada aynı şekilde kendisine saldırılan Serkan'ın da saldırıdan kurtulmak için silahını çekip, ağzına mermi verdiği ancak kullanmadığı, sanık Demir'in uyarı ateşi sonucu dağılan gruptan, maktül Fahrin'in ayrılarak sokağa yöneldiği, sanık Demir'in ise, kaçma dur diyerek, maktülün peşinden koşmaya başlayıp önce iki el havaya olmak üzere üç el ateş ettiği, mermilerden bir tanesinin maktül Fahri'ye isabet ederek, ateşli silah yaralanmasına bağlı vertebra kırığı ile birlikte iç organ delinmesiyle gelişen iç ve dış kanama sonucu ölümüne neden olduğu anlaşılmıştır.

Yukarıda oluş ve gelişimi ayrıntılı olarak anlatılan olayda, Yerel Mah-

³⁶ Karar dosyasından temin edilmiştir.

kemece sanığın eylemi kasten adam öldürme olarak nitelendirilmiş ise de, öldürme kastıyla hareket edildiği keyfiyetinin her tür kuşkuyu yenecek düzeyde saptanamadığı dur ihtarı ve uyarı ateşine rağmen durmayan maktülü yakalamak için peşinden koşan sanığın, gecenin karanlığında, mobil olan ve sokak aralarına girip izini kaybettirmeye çalışan maktüle hedef gözeterek ve öldürücü vücut nahiyelerine silahını tevcih ederek ateş ettiğinin netlik kazanmadığı sanığın öldürmek amacı gütmeyeceği yönündeki savunmasının aksini sübuta erdirecek bir sonuca da ulaşılmaması nedeniyle kuşkunun lehe yorumlanması sonucu eylemin -suç tarihi itibarıyla- 765 sayılı TCK'nın 452/1. maddesinde düzenlenen kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir.

İkinci uyuşmazlık konusuna gelince;

765 sayılı TCK'nın 49. maddesinde³⁷ düzenlenen ve hukuka uygunluk nedenlerinden birini oluşturan yasa hükmünü icra, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, eylemi hukukun meşru saydığı bir fiil haline getirmektedir. 765 sayılı TCK'nın 50. maddesinde³⁸ düzenleme altına alınan "zorunluluk sınırının aşılması" ise, aynı Yasa'nın 49. maddesinde yazılı fiillerden birini icra ederken, yasada öngörülen sınırların aşılması suretiyle eylemin gerçekleştirilmesidir.

Bu bağlamda; polis memuru olan sanığın somut olaydaki durumu, silah kullanma ile ilgili yasal düzenlemeler ışığında belirlenmelidir.

Bu konudaki düzenlemeler 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 16. maddesi³⁹ ile 1681 sayılı Asayiş Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkındaki Yasa'nın 1 vd. maddelerinde yer almıştır.

Ayrıca PVSK'nın Ek. 4. maddesinin 1. fıkrasında ise; "Polis, görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde, hizmet branşı, yeri ve zamanına bakılmaksızın, bir suçla karşılaştığında suça el koymak, önlemek, sanık ve suç delillerini tesbit, muhafaza ve yetkili zabıtaya teslim etmekle görevli ve yetkilidir" hükmüne yer verilmiştir.

³⁷ Söz konusu bu maddeye, 5237 sayılı yeni TCK'nın 24 ve 25. maddeleri karşılık gelmektedir.

³⁸ Söz konusu bu maddeye ise, 5237 sayılı yeni TCK'nın 27. maddesi karşılık gelmektedir.

³⁹ Burada yapılan açıklamaların, söz konusu Yasa maddesinin 02/06/2007 tarih ve 5681 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki haline ilişkin bulunduğu dikkat edilmelidir.

Somut olayda, PVSK'nın Ek 4. maddesi uyarınca görevli ve yetkili bulunan polis memuru sanık ve arkadaşlarının, bir gün önce sanığın görevli bulunduğu mülki sınırlar içinde işlenen gasp suçu nedeniyle aranan maktül ve arkadaşlarına rastlayıp, onları yakalamaya çalıştıkları, maktül ve arkadaşlarının da sanık ve diğer polis memurlarına kırmak suretiyle silah haline getirdikleri şişelerle saldırıda buldukları esnada, sanığın yaptığı uyarı ateşi üzerine polis memurlarının ellerinden kurtularak kaçan maktülü, yakalamak için dur ihtarında bulunarak, ateş açan sanığın silah kullanması yasa gereği ise de, Polis Vazife ve Selahiyet Nizamnamesinin 17. maddesi gereğince "suçlunun öldürülmekten ziyade yaralı olarak yakalanmasına dikkat edilmesi gerekirken" bu itina ile hareket edilmediği, böylece yasa hükmüne dayalı silah kullanma hak ve yetkisinin icrasında aşırılığa kaçılarak yasaya uygunluk hududunun aşılması neticesi ölüm sonucunun doğduğu anlaşılmaktadır. Durum 765 sayılı TCK'nın 50. maddesineince uygunluk arz etmektedir..."

Yargıtay 1. CD'nin 09.02.2004 Tarih ve 1762/185 sayılı kararı ise şu şekilde bulunmaktadır (YKD, Ağustos, 2008):

"Maktülün üst kat komşusunun, apartman çatısında dolaşan birisinin varlığını sezinleyip hırsız olduğundan bahisle telefon ederek gece vakti jandarma ekibini çağırması sonrasında, maktülü de telefonla haberdar etmesi üzerine, tabancasını eline alan ve hırsızın kaçmasını önlemek niyetiyle apartman giriş kapısından çıkan maktülü, o anda bahçeye giren sanık er (G)'nin hırsız sanması ve elindeki silahı da gördüğünde mukavemete hazırlandığı yanılığısına düşmesi sonucu, hiçbir ikaz ve uyarıda bulunmadan ve silahını, sair vücut aksamı yerine doğrudan baş bölgesine yöneltip ateşleyerek yaraladığı, baştan aldığı isabetle maktülün öldüğü olayda; yerel mahkemenin "hukuka uygunlukta yanılığ" bulunduğuna, bu yanılığının hukuka uygunluk düzeyinde değerlendirilmesi zarureti olduğuna, ancak; sanık erin koluğun silah kullanma yetkisini düzenleyen 2803 sayılı Yasa'nın 11 ve ilgili Yönetmeliğin 39 ve 40. maddeleri normlarına uymada aşırılığa kaçtığına, bu itibarla sanığın hukuki durumunun "kanunun bir hükmünü icrada zaruretin tayin ettiği ahvali aşmak" olacağına ilişkin yorumunda isabetsizlik bulunmamakta ve sonuç olarak 765 sayılı TCK' nun 448 maddesine mümas öldürme, aynı Yasa'nın 49/1 maddesi seokiyle 50. maddesinin tatbikiyle hüküm kurulması yasaya uygun düşmekte ise de;

Sanık er (G)'nin tek mermi attığı, bu merminin maktülün önce elini, bilahare el içindeki tabanca kabzasını deldiği, müteakiben dış gömlek ile iç

çekirdek biçiminde ikiye ayrılarak gömlek aksamının sol yanaktan çekirdeğin ise alından kafaya nüfuzla ölüme neden olduğu, balistik rapor ve otopsi ile belirlenmesine ve kullanılan merminin bir adetten ibaret bulunduğunun da eksilen mermi sayısı ile doğrulanmasına karşın, maddi olayda yanılığın neticesi “saniğin maktule tevcih ile iki mermi attığından ve böylece zaruret sınırını aşmış olduğundan” bahisle 765 sayılı TCK’nın 50. maddesinin, cezayı 1/6 nispetine indiren ölçüsü yerine, 2/6’ya indiren nispetinin tercihiyle, ağır tahrike paralellik yaratacak düzeyde teşdiden uygulama yapılması... bozma nedeni kabul edilmiştir.”

b. Sınırın Kasten Aşılması

Bu konudaki, TCK’nın 256. maddesi, gerekçesi ile birlikte aşağıda verilmiştir:

“Madde 256 - (1) Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”

Söz konusu 256. maddenin gerekçesi şu şekildedir:

“MADDE 256 - Bazı kamu görevlileri, görevlerinin gereği olarak zor kullanma yetkisiyle donatılmışlardır. Örneğin emniyet görevlileri, suç şüphesi altında bulunan kişiyi yakalamak yetkisiyle donatılmıştır. Yakalanan kişi, gerekli soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için, emniyet görevlisinin görevinin gereği olarak ve mevzuattan kaynaklanan talimatlarına uygun davranmak yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğe aykırı davranan kişinin örneğin hâkim veya savcı huzuruna çıkarılmamak için direnmesi hâlinde, emniyet görevlileri zor kullanarak bu kişiyi hâkim veya savcı huzuruna çıkarabilirler. Keza, bir meydana hukuka uygun olmayan, örneğin gece yarısı gösteri yürüyüşü yapmak isteyen kişilerin, dağılmaları hususunda çağrıda bulunan emniyet görevlilerinin bu çağrısına rağmen, dağılmasını sağlamak amacıyla kuvvet kullanılabilir. Kullanılan zorun, birinci örnekte suç şüphesi altında bulunan kişinin hâkim veya savcı huzuruna çıkmamak konusundaki direncini kırmaya yetecek ölçüde, ikinci örnekte ise hukuka aykırı gösteri yürüyüşü yapan kişilerin dağılmasını sağlamaya yetecek ölçüde olması gerekir. Bu ölçünün dışında kuvvet kullanılması durumunda, bunun ceza sorumluluğunu gerektireceği muhakkaktır. Örneğin hukuka aykırı gösteri yürüyüşü yapan kişilerin dağılmamakta direnmenin ötesinde, kamu görevlilerine karşı

bir saldırıda bulunmamalarına rağmen, bu kişilere karşı vücutlarının yaralanmasını sonuçlayacak şekilde silâh kullanılması hâlinde, emniyet görevlileri açısından artık hukuka uygun bir davranışın varlığından söz edilemez. Bu durumda, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılması gerekmektedir. Ancak, bunun için, emniyet görevlisinin kasten hareket etmesi gerekir. Aksi takdirde, sorunun hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşılmasına ilişkin hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.”

Yukarıda verilen ilgili madde metni ile gerekçesinde de gayet açık şekilde görüleceği üzere, hukuka uygunluk sebeplerinin kullanılması sırasında sınırın kasten aşılması halinde ilgili kişiler işlediği suçun *“kasten işlenen şeklinden”* sorumlu tutulacaklardır.

Bu konuyla ilgili Yargıtay 1. CD'nin 21/03/2008 Tarih ve 1000/2218 sayılı kararı şu şekildedir:⁴⁰

“Toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın taksirle insan öldürme suçunun sübutu kabul, oluşa ve soruşturma sonuçlarına uygun şekilde suç niteliği tayin, cezayı azaltıcı ceza sorumluluğunu kaldıran nedende sınırın kast olmadan aşılması ve takdiri indirim sebebinin nitelik ve derecesi takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde düzeltme nedeni dışında isabetsizlik görülmemiş olduğundan sanık müdafinin yasal savunmaya, müdahil vekilinin suç vasfına, cumhuriyet savcısının 5237 sayılı TCK nun 27. maddesinin uygulanamayacağına yönelen ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün Onanmasına karar verilmiştir.”

“KARŞI DÜŞÜNCE

Kolluğun görevleri genel olarak, 2559 sayılı Polis Vazife Salahiyeti Kanununun birinci maddesinde sayılmıştır: *“Kamu düzenini, kişi özgürlüklerini, konut dokunulmazlığını, halkın ırz ve namusunu, can ve malını korur, kamu güvenliğini sağlar.”* Kamu düzeni en genel anlamda sivil yaşamın olağan işleyişi olarak tanımlanabilir. Devletler kamu düzeninin sağlanmasından sorumludurlar. Bununla birlikte, her türlü koşulda devletin kamu dü-

⁴⁰ Söz konusu karar henüz yayınlanmamış olup, karar örneği ilgili dava dosyasından temin edilmiştir.

zenini savunmak için hareket ettiği durumda bile insanların temel haklarına saygı gösterilmesi gerekir. Genellikle söz konusu olan özgürlüğün yasal ve maddi güvenceleri, bireyin toplum içindeki huzur ve güvenliğini sağlayan şeylerdir. Ne pahasına olursa olsun bireysel haklarını sonuna kadar özgürce kullanılması sağlanmalıdır. Bu nedenle devlet erkini elinde bulunduranların yasadışı güçlerini bireyler üzerinde kullanması polis devletinde rastlanan bir olgu olsa da, demokratik hukuk devleti anlayışında yeri yoktur. Kolluk, yasalarda belirlenen görevlerini yaparken direnişle karşılaşması durumunda, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidirler. Genel deyimiyile zor kullanma olgusunun özelde içerdiği silah kullanma yetkisi doğrudan yaşama hakkına yönelik olduğundan, hukuk alanında konuyu çok önemli kılmaktadır. Yasalardan doğan bu yetkinin kullanılmasında uyulması gereken ilkeler ulusal ve ulusüstü hukuk metinlerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Ülkemiz açısından Anayasamızın 90. maddesi hükmüne göre iç hukukumuzda doğrudan uygulanabilir olan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 2. maddesi yaşama hakkını ve silâh kullanmaya izin verilen zorunlu durumları şöyle açıklamıştır: "Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez. Öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma mutlak surette gerekli olduğu haller sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlâli suretiyle

yapılmış sayılmaz:

- a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması için;
- b) Usulüne uygun olarak yakalamak veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;
- c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için."

Şunu önemle vurgulamak gerekir ki, ulusüstü hukuk, kamu düzeninin korunması konusunun öncelikli bir öneme sahip olduğunu kabul etmektedir. Çünkü bir devletin (tehlike durumunun gerektirdiği kesin ölçüler içinde) insan haklarını koruma konusundaki yükümlülüklerini askıya alabileceğini kabul etmektedir. Bu hükme göre, yaşama hakkı, mutlak bir hak değildir. Sözleşmenin 2/2. maddesinde, yorumla genişletilemez bir şekilde, silâh kullanmanın koşulları gösterilmiştir. AİHS'ne göre, yasal savunma, yakalama, tutuklama kararının yerine getirilmesi, bir tutuklu ya da hükümlünün kaçmasının ön-

lenmesi, bir ayaklanmanın bastırılması durumlarında silâh kullanılmasının ölüme yol açması sözleşmeye aykırılık oluşturmayacaktır. Bu hâllerde dahi silâh kullanmaya, sözleşmenin 2/2. maddesinde belirtilen amaçlara ulaşmak için “mutlak zorunluluk, orantılılık, son çare olma” ilkelerine uygun, tehlikenin başka yoldan savuşturulması, şüphelinin başka yöntemle ele geçirilmesi olanağı yoksa” başvurulması gerekmektedir.

Avrupa Mahkemesince, “orantılık” amaca ulaşmak için bireylere ez az zarar verecek yöntemle yapılacak zor kullanma olarak tanımlanmaktadır. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 6/1. maddesinde: “Her insan doğuştan yaşama hakkında sahiptir. Bu hak, hukuk tarafından korunacaktır. Hiç kimse yaşamından keyfi olarak yoksun bırakılmayacaktır” hükmünü içermektedir. İnsan Hakları Komitesinin anılan Sözleşmenin 6. maddesine ilişkin, *Guerero v. Kolombiya* kararıyla yaptığı yorumunda, “yaşama hakkının yasayla korunması gereğine vurguladıktan sonra, ölüm sonucunu doğuran polis eylemi, yasal zeminde ve kuvvet kullanma gerekleriyle orantılı olmadığı durumlarda yaşama hakkını keyfi bir biçimde sınırlandırılması” olarak kabul etmiştir (Gemalmaz, Mehmet Semih, İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı, s. 42).

Birleşmiş Milletler, *Kuvvet Kullanmaya Yetkili Memurlar Tarafından Zor ve Ateşli Silah Kullanılması Hakkında Temel İlkeler Kararının*, “Genel Hükümler” başlığı altında yer alan 5. maddesinde aynen şöyle denilmiştir:

“Zor ve ateşli silah kullanılması kaçınılmaz hale geldiği zaman, kuvvet kullanmaya yetkili memurlar:

(a) Bu tür araçların kullanımına sınırlı olarak başvurmalı ve suçun ağırlığı ve başarılması hedeflenen meşru amaç ile orantılı biçimde tasarrufta bulunmalıdır;

(b) Zararı ve ziyarı asgariye indirmelidir ve insan yaşamına saygı gösterilmeli ve korunmalıdır;

(c) Yaralanan ya da uygulamadan etkilenen kişilere, mümkün en erken anda yardım edilmesini ve tıbbi müdahalede bulunulmasını temin etmelidir;

(d) Yaralanan ya da uygulamadan etkilenen kişilerin akrabalarına yahut yakın arkadaşlarına mümkün en erken anda bildirimde bulunulmasını temin etmelidir.”

İç hukukumuzda düzenlemelere göz atıldığında, genel olarak polisin silah kullanma yetkisi, 5681 sayılı Yasayla değişiklik yapılmazdan önce 2559 sayılı

Polis Vazife ve Salahiyeti Kanununun, (olay tarihinde yürürlükte bulunan) 16. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

“Polis, öz savunmada bulunmak, başkalarının canına ve ırzına yönelik saldırıyı önlemek, kaçan tutuklu ve hükümlü kişilerin durdurulması, suçüstü durumunda ağır cezalı bir suçtan şüphelinin arandığı yerden çıkıp kaçmaya çalışanın yakalanması, ağır cezalı bir suçtan sanık veya mahkûm olup da aranmakta olan kişinin yakalanması, dur uyarısına karşın kaçmaya kalkışması durumunda ele geçirilmesi, karakola karşı yapılan saldırıların önlenmesi, silâhını teslim etmesi istenenlerin karşı gelmesi durumunda saldırılarını ve karşı koymalarını önlenmesi amacıyla ve Devlet nüfuz ve icraatına silâhla karşı gelinen olaylarda silah kullanılabilir.”

Hiç kuşkusuz, yasalarda öngörülmeven durumlarda görevlilerin kişilere karşı silah kullanması, gerekçesi ne olursa olsun yaşama hakkına haksız ve hukuk dışı bir saldırı olarak nitelendirilmesi gerekir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde:

Kabul ve oluşa göre olayın öyküsü özetle şöyledir: 09.08.2003 tarihi saat 24 sıralarında, öldürülen Ufuk Tuncer yönetimindeki 58 DK 234 plaka sayılı traktörle yanında tanık Köksal Caymaz bulunduğu halde karayolunda seyrederken yolda park etmiş bir araca çarpmamak için yoldan çıkarak kapalı olan bir işyerinin cam ve çerçevesini kırarak eşyaya zarar vererek olay yerinden kaçmıştır. Yapılan ihbar üzerine görevli polis memurları sanık Hayrullah Aydoğan ve Oğuzhan Cinci'nin öldürülenin kullandığı traktörü polis otosuyla izledikleri, “dur” çağırısına ve silahla uyarı atışına karşın maktul yakalanmamak amacıyla bu uyarılara uymadığı, polis otosunun giremeyeceği bir yola saptığı, sanığın kendisini yaya olarak yetiştirip traktöre tırmandıktan sonra arkadan tabancayla yaptığı atışla ölümüne neden olduğu, ölü muayene ve otopsi tutanağına, dosyadaki diğer belgelere ve tanık anlatımlarına göre, traktörün sürücü koltuğunda bir, maktulün arkasından iki adet ateşli silah giriş ve önden bir çıkış deliği bulunduğu, çekirdeğin elde edilemediği, sanığın ölene tıbbi müdahalede bulunulması girişimi bulunmadığı, olay yerinde hemen ayrıldığı, yeri jandarma bölgesi olmasına karşın olaydan dört saat sonra jandarma görevlilerinin haberdar edildiği anlaşılmaktadır.

Oluşa göre, öldürülenin takibini gerektiren eylemi taksirli mala zarar vermek ve alkollü araç kullanmaktır. Ortada kamu düzenini ağır şekilde bozan durum yoktur. Alkollü araç kullanma şeklinde oluşan Karayolları Trafik Yasasına kapsamındaki kabahat türünden eylemi bir yana bırakılırsa, ortada

taksirli mala zarar vermek şeklinde oluşan, özel hukuku ilgilendiren haksız eylem kalmaktadır.

Öldürülen yakalanmamak için uyarılara karşın kaçmaya kalkışarak edilgen direniş göstermiştir. Sanığa karşı etken hiçbir saldırısı ve davranışı yoktur. Tek amacı takipten kurtulmak ve yakalanmamaktır. Bu nedenle sanığın yasal savunma içinde bulunduğu kesinlikle söylenemez.

Yukarıda açıklandığı gibi, olay tarihinde yürürlükte bulunan şekliyle (5681 sayılı Yasayla değişiklik yapılmazdan önce) 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyeti Kanununun, 16. maddesinde yazılı koşulların hiçbirisi gerçekleşmemiştir. Sanığın maktulü hedef alacak şekilde yasal bağlamda silah kullanma yetkisi yoktur.

Kaldı ki, maktulün kullandığı traktörün plakası belirlenmiştir. Ayrıca, sanık bu araca ulaşmış ve üzerine çıkmıştır. Silah kullanmadan başka şekilde yakalama koşulları gerçekleşmiştir.

Sonuç olarak, sanığın ölüm sonucunu doğuran eyleminin, yasal zeminde ve kuvvet kullanma gerekleriyle orantılı olmadığı, yaşama hakkını keyfi bir biçimde saldırı oluşturduğu, dolayısıyla ortada 5237 sayılı TCK'nın 24. maddesinde tanımlanan hukuka uygunluk, 25 ile 27. maddelerinde açıklanan yasal savunma nedenleri bulunmadığı açıktır. Eylemin kasten tahrik altında öldürme eylemini oluşturduğu kanısında olduğumuzdan, olayda hukuka uygunluk ve yasal savunma koşulları oluşmadığı halde, sanığın 5237 sayılı TCK'nın 87/4, 27/1. maddeleri yollamasıyla 85/1, 27/1, 62, 53. maddeleri gereğince 1 yıl 1 ay 10 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararının onanmasına ilişkin sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum. S.Z İskender."

7. Kolluk Kuvvetlerinin Gerekli Durumlarda Kişiler İçin Kuvvet Kullanma ve Meşru Savunma Yapma Zorunluluğu

Bu konudaki PYSK'nın 1. maddesi şu şekildedir:

"Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatını temin eder.

Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavene eder. Kanun ve nizamnamelerinin kendisine verdiği vazifeleri yapar."

Yine 5237 sayılı TCK'nın "Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi" başlıklı 83. maddesi de aşağıdaki gibidir:

"Madde 83 - (1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanunî düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir.

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hâllerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir."

Söz konusu 83. maddenin gerekçesi, madde hakkında gayet açıklayıcı bilgiler içermesi nedeniyle, tam metin halinde aşağıda verilmiştir:

"Madde metninde kasten öldürme suçunun ihlâli davranışla işlenmesi düzenlenmiştir.

İhmal, kişiye belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği hâllerde, bu yükümlülüğe uygun davranılmamasıdır. Belli bir icraî davranışta bulunma yükümlülüğüne aykırı olarak bu davranışın gerçekleştirilmemesi sonucunda, bir insan ölmüş olabilir. Örneğin, bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabip, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmez ve sonuçta hasta ölür.

İhmali davranışla sebebiyet verilen ölüm neticesinden dolayı sorumlu tutulabilmek için, neticeyi önlemek hususunda soyut bir ahlakî yükümlülüğün varlığı yeterli değildir; bu hususta hukukî bir yükümlülüğün varlığı gereklidir.

Neticeyi önleme yükümlülüğü, bazı durumlarda koruma ve gözetim yükümlülüğüne dayanmaktadır. Bu yükümlülüğün kaynağı önce kanundur. Kişilere belli durumlarda belli bir yönde icraî davranışta bulunma konusunda kanunla yükümlülük yüklenmektedir. Örneğin velayet ilişkisinin gereği ola-

rak ana ve babanın çocukları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. (22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, madde 335 vd.). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, başlı başına bir haksızlık ifade etmektedir.

Koruma ve gözetim yükümlülüğünün iradî biçimde üstlenilmesi, neticeyi önleme yükümlülüğünün ikinci bir kaynağını oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, koruma ve gözetim yükümlülüğü, bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanabilir.

Bu konudaki üçüncü grubu, öngelen tehlikeli fülden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü oluşturmaktadır. Örneğin, taksirle bir trafik kazasına neden olan kişi, kaza sonucunda yaralanan kişilerin bir an önce tedavi edilmelerini sağlama konusunda bir yükümlülük altına girmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucunda yaralı kişinin ölmesi hâlinde, bu neticeden dolayı kazaya sebebiyet veren kişiyi de sorumlu tutmak gerekir.

Kasten öldürme suçu gibi, kanunî tanımında belli bir fiilin icrasının yanı sıra bir neticeye de unsur olarak yer verilmiş olan suçlarda, söz konusu netice, ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir. Bu itibarla, bir sağlık kuruluşunda görev yapan tabibin, durumu acil olan bir hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi hâlinde; ihmali davranışla öldürme suçunun işlendiğini kabul etmek gerekir. Ancak, ihmali davranışla öldürme suçu, kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilir. Belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğün gereği olan icraî davranışta bulunmaması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüş ise, olası kastla işlenmiş olan öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık, belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu hâlde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise; taksirle işlenmiş öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmak gerekir.

Maddenin ikinci fıkrasında, kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, suçun icraî davranışla işlenmesine nazaran temel cezada indirim yapılmasına ilişkin olarak mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır.”

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ile aynı mantık silsilesi içerisinde yazılmış bulunan 5237 sayılı TCK'nın “Kasten Yaralamanın İhmali Davranışla İşlenmesi” başlıklı 88. maddesi de aşağıda sadece metin olarak verilmiştir:

“Madde 88 (1) Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir. Bu hükmün uygulanmasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine ilişkin koşullar göz önünde bulundurulur.”

Yukarıda yer verilen bilgilerden de anlaşılacağı üzere, kolluk kuvvetlerinin, kanuni görevleri gereği, topluma ve kişilere yönelik işlenen suçlara karşı onları korumakla görevli garantör durumunda bulunmalarından dolayı, gerekli durumlarda belirtilen bu görevi yapmamaları halinde, artık sadece görevi ihmalden değil, duruma göre işlemiş sayılacakları ihmali davranış sonucu kasten öldürme (TCK, m. 83) veya ihmali davranış sonucu kasten yaralama (TCK, m. 88) suçlarından dolayı sorumlu tutulmaları gerekli bulunmaktadır.

8. Kuvvet Kullanma Sırasında ve Öncesinde Kolluğa Direnmenin Müeyyideleri

Kişilerin, kolluk kuvvetlerinin görevlerini yaparken direnmeleri halinde (Örneğin, dur ihtarına, kimlik ibrazı talebine, yakalamaya ya da aranmaya rıza göstermedikleri takdirde) ne şekilde hareket edileceği yukarıda açıklanmıştır. Özetle tekrar etmek gerekirse, bu durumlarda, kolluk kuvvetleri PVSK'nın 16/1. maddesi ve sayılan diğer mevzuat hükümleri gereğince söz konusu direnişleri kıracak ölçüde zor ve silah kullanmaya ve yine PVSK'nın 13/1-E maddesi gereği zorla yakalama yapmaya yetkilidirler. Elbette anılan bu Kanun Maddeleri kendi sistematığı ve mantığı içerisinde uygulanmalıdır. Örneğin, zor ve silah kullanma, direnişin mahiyeti ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli ve ölçülü bir şekilde, silah kullanma ise mutlaka anılan maddede belirtilen koşul ve şekil şartlarına bağlı olarak uygulanmalı, yakalamada ise yine anılan maddeye göre, yakalanması belirli usule bağlanmış kişiler hakkındaki istisnalara uyulmalıdır.

Burada kolluk kuvvetlerinin işinin, yakalama yapmakla bitmeyeceği aşikârdır. PVSK'nın 13. maddesinde, yakalamadan sonra gerekli kanuni işlemlerin yapılacağı yazılmaktadır. O halde acaba burada hangi kanuni işlemler yapılacaktır? İlk olarak, yakalanan kişinin önceden işlediği iddia edilen suçlar mevcutsa ve zaten bu nedenle yakalanmış bulunmakta ise, hakkında bu suçlardan işlem yapılarak adli mercile-

re sevk edilecektir. Bundan başka, görev yapan kolluk kuvvetlerine direnme eylemi TCK'nın 265. maddesinde suç olarak tanımlanmıştır. Ancak bu suçun oluşması "cebir ve tehdit" kullanılması unsuruna bağlanmıştır. Olayda görevli kolluk mensuplarına yönelik cebir ve tehdit ya da aynı anda cebir, tehdit ve hakaret oluşturan eylemler birlikte bulunmakta ise tüm bu eylemlerden bir bütün olarak bu maddede yazılı "görevli memura direnme (mukavemet)" suçundan dolayı adli işlem yapılması gerekecektir.⁴¹

Diğer ayrıntıları nedeniyle söz konusu TCK'nın 265. maddesine aşağıda gerekçesi ile birlikte yer verilmiştir:

"Görevi Yaptırmamak İçin Direnme

Madde 265 - (1) Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun yargı görevi yapan kişilere karşı işlenmesi hâlinde, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun, kişinin kendisini tanınmayacak bir hâlde koyması suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

(4) Suçun, silâhla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."

Bu maddenin gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir:

"Madde metninde, görevini yaptırmamak için kamu görevlisine direnme fülleri suç olarak tanımlanmıştır.

Birinci fıkrada, kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek

⁴¹ Yargıtay'ın yerleşik uygulamaları ve 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonrasına ilişkin bulunan Yargıtay 4. CD'nin 10.04.2006 gün ve 2005/7626 esas, 2006/9163 sayılı kararında (www. akip.net, Erişim Tarihi: 12.03.2008), görevliye etkin direnme sırasındaki hakaret ve sövmenin de bu suçun öğeleri içerisinde kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

amacıyla, cebir veya tehdit kullanılması hâlinde verilecek ceza belirlenmiştir. Bu suçun oluşması için kullanılan cebrin kasten yaralama suçunun temel şekli veya daha az cezayı gerektiren hâli kapsamında değerlendirilebilecek boyutta olması (yani TCK'nın 86. maddesinin 1. ve 2. fıkraları kapsamında olması) gerekir. Aksi takdirde (yani TCK'nın 87. maddesi kapsamındaki kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda), dördüncü (bu beşinci olmalı) fıkra hükmüne göre uygulama yapmak gerekir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, direnilen kamu görevlisinin yargı görevi yapan kişi olması, bu suç açısından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir.

Üçüncü fıkraya göre, suçun, kişinin kendisini tanınmayacak bir hâle koyması suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde, verilecek ceza artırılacaktır. Keza, dördüncü fıkrada, suçun, silâhla ya da var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi hâli, cezanın artırılması sebebi olarak kabul edilmiştir.

Son fıkraya göre, bu suçun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.⁴²

Madde metni (265/5) ve gerekçeden de anlaşılacağı üzere, memura cebirle direnme sırasında, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda (yani TCK'nın 87. maddesi kapsamında bir yaralanma meydana gelmişse), bu takdirde ilgili kişi hakkında, hem "memura direnme" hem de "kasten yaralama" suçundan işlem yapmak gerekecektir. Bunların yanında yine, örneğin kamu malına zarar vermek gibi, ayrı bir suç daha işlenmişse, pek tabii ki bu yeni suçlardan da işlem yapılacaktır.⁴³

Şayet sadece sövme (hakaret) fiili gerçekleşmişse bununla ilgili olarak da TCK'nın 125/3-a maddesi gereği "kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret" suçundan adli işlem yapılması gereklidir.

Olayda hakaret, sövme, cebir ve tehdit unsurlarından hiç birisi olmadan görevlilere, "gelmiyorum, gitmiyorum, kimliğimi göstermiyorum,

⁴² www.akip.net, (Açıklamalı Kanun İçtihat Programı), Erişim Tarihi: 12.03.2008.

⁴³ Bu konuda, şartları uygun bulunduğu takdirde 2911 sayılı Yasa'nın 32. maddesi de göze alınmalıdır.

durmuyorum" gibi sözlerle "*pasif direnme*" olursa bu durumda mevcut Türk Ceza Kanunu'na göre bir suç oluşmayacaktır. Bu konuda Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 4.11.2006 gün ve 2006/5190 esas, 2006/14845 karar sayılı ilâmında da belirtildiği gibi, 765 sayılı TCK'nun 260. maddesinde bulunan, görevlilere cebir ve şiddet göstermeden pasif direnme suçu, yeni 5237 sayılı TCK'nda düzenlenmemiştir. Yani bu durum suç olmaktan çıkarılmıştır. Örneğin, artık dur ihtarına uymayarak kaçan, istenen evrakları vermeyeceğini yüksek sesle söyleyen, kendisini aratmamak ya da yakalanmasını engellemek için yere atan⁴⁴ ya da istenen belge veya kimliğini göstermeyen kişiler hakkında adli bir suç oluşmayacak (ancak burada, örneğin, aranmasına veya yakalanmasına engel olmak ya da kolluk aracına binmekte zorluk çıkarmak gibi eylemler, cebir, şiddet veya tehditle gerçekleştirilmiş olursa, bu durumda TCK'nun 265.maddesinde düzenlenen görevli memura direnme suçu oluşacaktır; Yargıtay 4. CD'nin 12.06.2006 gün ve 2005/7436 esas, 2006/ 12178 sayılı kararı) ve bunlar hakkında herhangi bir adli işlem de yapılamayacaktır.⁴⁵ Yalnız bu durumlarda kolluk görevlileri doğrudan silah kullanma hariç olmak üzere⁴⁶ diğer zor kullanma yet-

⁴⁴ Bu konudaki, Y. 2. CD'nin 26.12.2005 tarih ve 2005/887 esas, 2005/30882 sayılı kararında; "... sanığın alkollü ve ehliyetsiz olarak araç kullanırken, devriye görevi yapan polis memurlarınca yakalanarak karakola getirildiği, karakolda işlem yapmak üzere, ilgili evrakları isteyen polis memurlarına, evrakları vermeyeceğini söyleyen sanığın yüksek sesle bağırarak kendini yere atması şeklinde gelişen olayda, atılı suçun nüfuz ve müessir kuvvet sarfı unsurlarının oluşmadığı, sanığın bunun dışında görevin yapılmasını engelleyici bir eylemi tespit edilmediğine göre beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir" denilerek, bu olayda 765 sayılı TCK'nun 260. maddesinde belirtilen suçun dahi oluşmayacağı vurgulanmıştır.

⁴⁵ Ancak, kişilerin bu sırada yapabilecekleri, kolluk görevlilerinin düzenlediği evrakları, tahkir ve tezyif kastıyla yırtıp atma şeklindeki eylemleri yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, görevli memura hakaret suçunu oluşturmaktadır.

⁴⁶ Ancak burada dikkat edilmelidir ki, kolluk görevlilerinin kaçma durumu bulunmayan fakat pasif direnme gösteren kişilere karşı doğrudan silah kullanma yetkisinin bulunmadığı belirtilmekle beraber, söz konusu suçlu (o ana kadar herhangi bir suç işlemiş olan) kişilerin pasif direnmeyi kaçma aşamasına vardırılmaları durumunda, kaçan bir kişiyi durdurmak ve yakalamak için, üst kısımlarda yapılan açıklamalar çerçevesinde (PVSK'nun 16/7. maddesinin a, b, ve c bentlerinde belirlenen şartlar dâhilinde; örneğin, hakkında yakalama olan veya suçüstü halinde kaçan bir kişinin durumunda olduğu gibi) şartları oluştuğu takdirde silah kullanma yetkileri mevcut bulunmaktadır. Eğer işlenen suçun görevli memura mukavemet olduğu düşünülerek silah kullanmaya başvurulacaksa, tabii ki burada, 5237 sayılı TCK'nun 265. maddesinde düzenlenen memura direnme suçunun unsuru olarak cebir veya tehdit kullanılması gerektiği, bu unsurlar bulunmadan kişilerin sadece

kilerine başvurarak görevlerinin icrasını temin edebilecektir. Zira yukarıda açıklandığı üzere yasal görevin veya yetkili merci emirlerinin icrası hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır.

Yukarıda belirtilen durumlardan, kimlik ibraz etmeme 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 40. maddesinde idari para cezası gerektiren bir kabahat olarak düzenlenmiştir. Kimlik bildirmeme ile ilgili ayrıca PVSK'nın 4/A maddesinde de gözaltına alınma ve tutuklanma gibi çeşitli müeyyideler içeren düzenleme yapılmış olup bu konunun ayrıntılarına ve uygulama şartlarına burada girilmemiştir. Kimliği belirlenemeyen kişiler hakkında, sözü edilen Kanunların ilgili hükümleri uyarınca işlem yapılacaktır. Ancak, yukarıda sayılan diğer "*memura pasif direnme halleri*"ne yönelik, kabahat olarak da bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle, yerine getirilmesi gereken görevin, gerektiği kadar zor kullanarak icrasından başka, herhangi bir adli ya da idari bir işlem de yapılamayacaktır.

9. Kolluğun Zor ve Silah Kullanma ile İlgili Başarı Ölçütleri

a. Kolluk tarafından kullanılan bir yetkiye muhatap olan kişi, kollukça sorulan sorulara cevap vermek zorunda değildir ve sorulan sorulara cevap vermeme kolluğun görevini yerine getirmesine mukavemet suçu teşkil etmez. Bununla birlikte bu kişi, kolluğun işlemini bitirene kadar, kolluğun özgürlüğünü sınırlamasına müsaade etmek zorundadır.

kaçmalarının da adli bir suç oluşturmayacağı ve bu kişilerin önceden işledikleri başka bir adli suç da yoksa sadece kaçmalarından dolayı da haklarında silah kullanmaya başvurmanın mümkün bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Mamafih, silah kullanmaya karar verilecek ana kadar adli bir suç işlememiş olduğu halde, örneğin, tehlikeli bir biçimde kaçarak üçüncü kişilerin hayatını tehlikeye atan ve suç işleme anlamında haksız bir saldırıda bulunması muhakkak bulunan bir kişiye karşı da, yasal şartları çerçevesinde (PVSK'nın 17/7(a) ve TCK'nın 25/1. maddelerinde belirtildiği gibi meşru savunma kapsamında olabilecek şekilde) silah kullanma yetkisinin bulunduğundan söz etmek olanaklı bulunmaktadır. Ancak burada dikkat edilecek en önemli husus; silah kullanmanın PVSK'nın 17/7(a)(b)(c) maddelerinde sayılan hallerde uygun olmasıdır. Bu sayılan hallerden örneğin 17/7(c) maddesine göre, hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde kaçan şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silah kullanılması mümkün bulunup, bu sayılan durumlarla bağlantılı olmadan her kaçan veya dur ihtarına uymayan bir kişiye karşı silah kullanılması olanaklı bulunmamaktadır.

b. Kaçmaya çalışma, yetkinin kullanılmasına rıza göstermeyerek direnme, cebir ve tehdit gibi eylemler “görevini yerine getiren kolluk görevlisine mukavemet” suçunu oluşturur. Bu suçun oluşması için, öncelikle, kolluğun görev alanına giren bir yetkinin hukuka uygun olarak kullanıldığının ispatı gerekir. Bu anlamda, örneğin, kolluk görevlisi, ismini ve bağlı bulunduğu birimi açıklamadan arama yapıyorsa “görevini yerine getiren” bir görevli olarak algılanmaz. Bu durumda, kendisine karşı yetki kullanılan kişinin meşru müdafaa yetkisi doğacaktır.

c. Kendisine karşı kuvvet kullanılan kişinin, meşru müdafaa hakkını kullanabilmesi için kullanılan yetkinin hukuka uygun olup olmadığını iyi değerlendirmesi gerekir. Ancak, kullanılan yetkinin hukuka aykırı olduğundan emin olunmasından sonra bu yola başvurulmalıdır. Emin olunmayan, durumlarda, direnmeyerek, daha sonra kolluk görevlisi hakkında ihbarda veya şikâyette bulunmak daha mantıklı bir yol olabilir. Çünkü hukuk, kişinin yetkini kullanılma şartlarını yanlış değerlendirmedeki iyi niyetini korumamaktadır. Kişi, karşısındakinin kolluk görevlisi olduğunu bilmediğini de mazeret olarak ileri süremez.

d. Kolluğa direnen kişinin de, hukuka aykırı yetkiye karşı direnmek için kullanacağı kuvvetin makul olması gerekir. Aksi takdirde, kolluğa mukavemetten yargılanacaktır.

e. Kolluk da, görevinin yapılmasını engelleyen kişilere karşı bu engellemeleri etkisiz hale getirmek için “makul kuvvet” kullanabilir. Böyle bir yetkinin olmaması, kolluğa direnen kişilerin durdurulup aranmaması veya kaçmasına müsaade edilmesi anlamı taşıyacaktır.

f. Hangi durumda ne kadar kuvvet kullanılması gerektiğini net olarak formüle etmek mümkün değildir. Kullanılan kuvvetin makullüğü her olayın şartlarına göre farklılık gösterecektir. Kullanılan yetkinin makullüğüne olayın şartlarına bakılarak karar verilebilecektir. Kolluk açısından, buradaki önemli şart, kolluğun görevini hukuka uygun olarak yerine getiriyor olmasıdır. Bu nedenle, kolluğun, kuvvet kullanma yetkisini kullanmaya karar vermeden önce, kullandığı bir yetkinin maddi ve şekli şartlarını yerine getirdiğinden emin olması gerekir. Ancak hukuka uygun olarak bir yetkili kullanan kolluk, yetkisini kullanmaya engellemeye çalışan kişiyi kuvvet kullanarak etkisiz hale getirebilir.

g. Kolluk, kullanacağı kuvvetin derecesini ayarlarken, kuvvet kullanacağı kişinin vücut yapısını ve cinsiyetini dikkate almalıdır. İri yapılı bir erkeğe uygulanan bir kuvvet aynı durumdaki ince bir kadına uygulanması halinde makul olmayabilir. Örneğin, bir diğer kolluk görevlisi de hazır olduğu halde, arabasından çıkan içkili bir kadın şoförün kontrolü amacı ile kolunun kıvrılması sırasında kırılması olayında kullanılan kuvvetin makullüğünden söz edilemez.

h. Zor kullanma yetkisi kullanılırken kolluğa yardımcı olacak iki temel kavram vardır; Birincisi kullanılan kuvvetin “makul” olması, ikincisi, kuvvet kullanmanın amaca ulaşmak için “gerekli” olması. “Makullük” kullanılan kuvvetin ölçüsü hakkında kolluğa bir fikir verirken, “gereklilik” diğer alternatiflerin amaca ulaşmada başarısız olması gerektiği mesajı vermektedir.

i. Makullük için kullanılan kuvvet ile elde edilmek istenen amaç arasında bir orantı olması gerekir.

j. Ayrıca, müdahale edilen olayda, zorun “hemen” kullanılması gerekmektedir. Olayın şartlarına göre, hemen zor kullanılması gerekmiyorsa, gerek kalmayabilir düşüncesi ile zor kullanma geciktirilmelidir. Gerekirse, bu arada, kuvvet kullanmayı, gereksiz kılacak tedbirler alınmalıdır. Yine aynı gerekçe ile toplumsal olaylar sırasında suç işleyenler varsa, kalabalığın içine girip bu kişileri yakalamaya çalışma yerine, bu kişiler kamera ile tespit edilip daha sonra evinden, işyerinden, üniversiteden alınmalıdır.

k. Olaylara müdahale sırasında, zor kullanılma ihtimali varsa, kişilerin yaşama hakkına ve vücut bütünlüğüne duyulan bir saygının ifadesi olarak, olay yerine önceden ambulans çağrılmalıdır.

l. Medya, olaylara müdahale noktasında, olay olgunlaşmadan müdahale edilmesi gerektiği noktasında, kolluk üzerinde baskı oluşturacağından, olay yerine medya çağrılmamalı, her nasılsa gelmişse, olay yerinden olabildiğince uzak tutulmalıdır. Olayın hemen sonrası, medya bilgilendirilerek, haber alma ve haber verme hakkına duyulan saygı gösterilmelidir.

m. Zor kullanmada yakalanacak şahsa ve etrafa en az zarar verecek yöntem benimsenmelidir. Kolluk, zor kullanmadan önce, gereksiz zor kullanmayı lüzumsuz kılacak ve üçüncü kişilerin zarar görmesini engelleyici her türlü tedbiri almalıdır.

n. Zor, sadece direnen şahsı *etkisiz hale getirmek amacıyla* kullanılmalıdır. Bazen, özellikle meşru müdafaa halinde, ilgili kişinin ölümcül noktalarının seçilerek zor kullanılması etkisiz hale getirmenin tek yolu olabilir. Bu durumda dahi, ölüm, etkisiz hale getirme isteğinin/amacının istenmeyen sonucudur.

o. Makullüğün değerlendirilmesinde, bu değerlendirmeyi yapacak merci (genellikle hakim) kendisini kolluk görevlisinin yerine koyacak, orta zekada makul bir kişinin kolluk görevlisinin karşılaştığı durumda, içinde bulunduğu kısa zaman dilimi içerisinde, kendisi veya başkalarının can güvenliğinin tehlikede olup olmadığına, zor ve silah kullanmanın gerekli olup olmadığına ve saldırı ile tehdit arasında orantı bulunup bulunmadığına karar verecektir.

p. Kolluk bir olaya yeterli sayıda kolluk görevlisi ile müdahale etmelidir. Yeterli kolluk görevlisi bulunması, kişinin direnme ihtimalini ve dolayısıyla aşırı kuvvet kullanmasını engelleyecektir. Kolluk, acil olmayan hallerde, aşırı kuvvet kullanmamak için arkadaşlarından yardım isteyebilir.

q. Bir olayda kolluğun kullandığı kuvvetin, değerlendirmeyi yapacak merci tarafından, makul olup olmadığı değerlendirilirken, yaklaşımın gerçekçi olması gerekir; Her şeyden önce, kolluğun kuvvet kullanma kararını ve seçtiği metodu, sakin bir ortamda belirleme imkanı olmadığı dikkate alınmalıdır. İkinci olarak, kolluğun olay anındaki bilgisi ve olayı algılamasına ve olayın şartlarına ve kolluğun gereğini yapması için sahip olduğu zaman dilimine göre, kullanılan kuvvetin kişiye verdiği zararın, kişinin durdurulmaması, aranmaması veya kaçması ile başkalarına vereceği zarara göre haklı ve yerinde bulunması gerekir. Olayın şartlarını yanlış değerlendirdiği sonradan ortaya çıksa bile, makul bir kişinin olayın şartlarına göre daha farklı davranması mümkün olmayacağı ortaya konduğunda (ki bu durumda, sonradan gereksiz yere başvurulduğu anlaşılan ceza muhakemesi tedbirleri açısından, tedbirin başvurulduğu andaki şartlara bakılarak, görünüşte haklılık prensibi gereği hukuka uygunluk sebebi olduğunun kabul edildiği de göze alınarak), kolluğun (devletin) hukuki sorumluluğu olsa bile, cezai bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

r. Zor kullanma yetkisi her olayda en son çare olarak kullanılmalıdır. Zor kullanmadan önce, kişi, daha önce, işbirliğine davet edilmeli ve zor kullanmamak için her yol denenmelidir. Kişinin işbirliğine ya-

naşmaması halinde zor kullanılmalıdır.

s. Yakalanan ve tutuklanan kişilere kelepçe takmak kural değildir. Yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, ancak, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hâllerinde kelepçe takılabilir.

t. Kolluk, gerekirse, kendisini başkalarının saldırısından korumak ve saldırıyı etkisiz hale getirmek için “polis köpeği” kullanabilir.

u. Zor kullanma ihtiyacının silah kullanma olarak ortaya çıkması halinde, 1) meşru savunma hakkının kullanılmasının şartlarının doğmuş olması, 2) direnişin, bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getirilememiş olması veya 3) hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını gerektiren bir durum olmalıdır. Kolluk, üçüncü ve son durumda, silah kullanmadan önce kendi hayatı için bir tehlike doğurmayacaksa, şartların imkansız ve istenmez kılmadığı durumlarda, pozitif bir amaca hizmet edecek ise, sözlü olarak silah kullanılacağı yönünde uyarmalı ve “teslim ol” çağrısında bulunmalıdır. Kişi, bu çağrıya uymayarak kişinin kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş etmeli, buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise, kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahını kullanmalıdır.

v. Ateşli silah kullanılabilmesi için ateşli silah kullanılması noktasında “mutlak zorunluluk” olması gerekir. Diğer bir anlatımla, diğer metotlarla amaca ulaşamaması veya olayın şartlarına göre diğer metotların belirlenen amaca ulaşmada başarılı olmayacağını açıkça anlaşılmış olması gerekir. Ortamı daha da gergin hale getirecek ve şüphelinin de silahını kullanmaya tahrik edecek olması halinde uyarı atışından kaçınmak gerekir.

w. Kolluk bir olaya müdahale ederken, şüphelileri öldürme ön düşüncesi ile hareket edemez. Çok tehlikeli bir suç örgütü ile mücadele edilirken dahi, şüpheli ölünceye kadar ateş edilemez. Yine, şüphelinin etkisiz hale geldiği belli iken, şüphelinin etkisiz kaldığından emin olmak için ateş etmeye devam edemez.

x. Polis, direnişi kırmak ya da yakalamak amacıyla zor veya silah

kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halinde, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı, saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçü ve oranda duraksamadan silahla ateş edebilir.

10. Zor ve Silah Kullanma ile İlgili Değerlendirme Kriterleri

a. Kolluk tarafından kullanılan bir yetkiye muhatap olan kişi kollukça sorulan sorulara cevap vermeye zorlanıyor mu?

b. Kolluk kolluğa mukavemet suçunun ne zaman oluştuğunu biliyor mu?

c. Kolluk genel olarak, durdurma, arama, yakalama gibi direnmesi halinde zor kullanma yetkisi veren yetkilerinin sınırlarını biliyor mu?

d. Kolluk, kendisine karşı zor kullanılan kişinin ne zaman meşru müdafaa hakkının doğduğunu biliyor mu?

e. Kolluk zor ve silah kullanma yetkisinin sınırlarını genel olarak biliyor mu?

f. Belli bir olayda, kolluk faaliyetlerinde direnen kişilere karşı kullanılan kuvvet "*makul*" mü?

g. Belli bir olayda, kolluk faaliyetlerinde direnen kişilere karşı kullanılan kuvvet "*gerekli*" mi?

h. Belli bir olayda, kolluk faaliyetlerinde direnen kişilere karşı kullanılan kuvvet "*hemen*" kullanılmalı mı?

i. Zor kullanma yetkisine, sadece direnen şahısları *etkisiz hale getirmek amacıyla* mı başvuruluyor?

j. Kuvvete, en son çare olarak mı başvuruluyor?

k. Zor kullanılmasını gerektiren olaylarda, müdahale öncesi, ambulans ve itfaiye çağrılıyor mu?

l. Zor kullanılmasını gerektiren olaylarda medya olay yerinden uzak tutuluyor mu?

m. Zor kullanmada yakalanacak şahsa ve etrafa en az zarar verecek yöntemler seçiliyor mu?

n. Kolluk zor kullanılması ihtimali bulunan olaylara yeterli sayıda kolluk görevlisi ile müdahale ediyor mu?

o. Yakalanan ve tutuklanan kişilere kelepçe takmak kural mı?

p. Ateşli silah kullanma, kanunda sayılan belirli durumlar ve şartlar için de mi kullanılıyor?

q. Ateşli silah kullanıldığı durumlarda, silah “mutlak zorunluluk” sonucu mu kullanılmış?

r. Kolluk bir olaya müdahale ederken, şüphelileri öldürme ön düşüncesi ile mi hareket ediliyor?

s. Kolluğun kontrolündeki bir kişinin vücuduna bir zarar verilmesi için her türlü tedbir almış mıdır?

11. Sonuç

Bu çalışmada, gerek suçlularla etkin mücadele ve kamu güvenliğinin sağlanması, gerekse de bireylerin vücut dokunulmazlığı ve en temel hak olan yaşam hakkı gibi temel kişi haklarının haksız yere ihlal edilmemesi noktasından yola çıkılarak, mevcut hukukumuz açısından “*kuvvete başvurma ya da zor ve silah kullanma*” olarak adlandırılabilir olan konu hakkında, bu husustaki en son değişiklikler dikkate alınarak bir inceleme yapılmaya çalışılmıştır. Yukarıda da değinildiği gibi, belirtilen konu ile ilgili esas düzenlemeler olan TCK, CMK ve PYSK gibi mevzuatların yakın zamanlarda tamamen değişmiş olması ve yürürlüğe giren yeni düzenlemelerden sonra konu hakkında yapılmış fazlaca bir akademik çalışma veya istikrar kazanmış yargı kararlarının bulunmaması nedeniyle bazı hususlarda yeterince detaya girilememiştir. Ancak, uygulamaya mümkün olduğunca ışık tutulabilmesi adına, konu hakkındaki mevzuat düzenlemeleri ve bazı önemli bulunanların gerekçeleri ile değişik doktoriner görüşler ve Yüce Yargıtay’ın bazıları eski mevzuat dönemine ilişkin bulunsu da açıklayıcı bilgiler içeren bir kısım yeni içtihatlarına da mümkün olduğunca seçilerek yer verilmeye çalışılmıştır.

Ülkemizde, silah ve zor kullanma ile ilgili, hem güvenlik kuvvetleri hem de ilgili bireyler bakımından dengeli olacak şekilde, günümüzdeki hukukun evrensel ilkelerine uygun ve demokratik bir hukuk devletinde olması gereken yeterli Yasal düzenlemeler mevcut bulun-

maktadır. Ne var ki, uygulayıcıların mevzuatın öngördüğü kuralların amaç ve şekil şartlarına bağlı kalmaları halinde ancak arzu edilen sonuçlara ulaşılabilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu noktada ise doğru uygulamalarında en az uygun yasal düzenlemeler kadar önemli olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır ve belirtilen nedenle, bundan sonraki görev; mevzuatın doğru bir şekilde işler hale getirilmesi yönüyle uygulayıcılara düşmektedir.

KAYNAKLAR

- Gölcüklü, A. Feyyaz / Gözübüyük, A. Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara: 2002.
- Maden, Mehmet, "Son Değişikliklerle Birlikte Polis'in Zor Kullanma Yetkisi Üzerine Bir Değerlendirme", *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri-II*, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara: 2008.
- Özgenç, İzzet, "Kolluk Görevlilerinin Zor ve Silah Kullanma Yetkisi", *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri- II*, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara: 2008.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, 3. b., Ankara: 2006.
- Öztürk, Bahri / Erdem, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. b., Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Şafak, Ali, "Polis'in Kuvvete Başvurma Yetkisi, Zora Başvurma Türleri ve Sınırı Aşma Sorunu", *Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri- II*, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara: 2008.
- www. akip.net, (Açıklamalı Kanun İçtihat Programı), Erişim Tarihi: 12.03.2008.

SUÇ KORKUSU VE ETKİSİNİN NÖTRLEŞTİRİLMESİ

Mustafa Tören YÜCEL*

Güven / Güvensizlik Duygusu

Bu duygular kendilerini vücudun konumu ile ifade etmektedirler: Güven duygusu rahatlama; güvensizlik ise, gerilim/stres ve uyanıklık şeklinde ortaya çıkarmaktadır. Kuşkusuz, gerilim veya uzunca süren uyanıklık bitkinliğe ve hayali korkulara sebebiyet verebilir. Kulaklarını hep dik tutan bir köpeğin mutlu olmadığı rahatlıkla söylenebilir. İnsanın dikkatini zaman zaman azaltmasına ihtiyacı olduğu bilinmelidir. Bu bağlamda, şu eşitlikleri kurabiliriz: “Dikkat=Gerilimi”; “Bilgili olmak=Dikkatli olmak ve sakinme”yı ön görmektedir.¹

Güven duygusunun çeşitli görünümleri vardır:

- **Soyutlayıcı güvenlik:** İnsanın kendisini toplumdaki soyutlaması; ve sonuçta ilişkilerin yaratabileceği etkilere karşı kendisini bir zırhla kaplamasıdır.
- **Parazitik güvenlik:** Soyutlamanın karşıtı olan bu güvenlik anlayışının en belirgin hali “devlet babaya”, karizmatik bir lidere ya da parti başkanına dayalı olmaktır. İşte tüm soruları yanıtlayacak ve çözüm getirebilecek bu kişi sayesinde insanın kendini güvenli hissedebilmesidir.
- **Katılımcı güvenlik:** En belirgin vasfı, giderilemeyecek bir ikiciliği olmasıdır. Kişi kendisi kadar grubu içinde de güvenli olmalıdır. Bir işçi sendikasında grup güvence altına alınmakta ve bu güvenlik, üyesinin güvensizliği pahasına olmamaktadır. Grubun gücü ölçüsün-

* Doç. Dr., Çankaya Üniv. Hukuk Fak. Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Ana Bilim Dalı Başkanı.

¹ Bkz. M.T.Yücel, *Hukuk Felsefesi*, Ank., 2005, s. 29.

de üye kişi varlığını sürdürebilmektedir. Katılımcı güvenlik bir iksir olmayıp; bazen özel bir grup için tonik olmak yerine zehir de olabilmektedir.

Öznel/Nesnel Güvenlik

Kişi sadece güvenli olduğunu düşündüğü için mi güvenlidir? Yoksa korktuğu için mi güvensizdir? Bu sorulara verilecek yanıt “*evet*” olacaktır. Konuya genetik psikoloji açısından bakıldığında, küçük çocuk çok sıkı kundaklandığında/davranışı kısıtlandığında hırçınlaşmakta/aniden destek kaybı duygusu ise, çocukta korkuya dayalı tepkilere neden olmaktadır. İşte bu noktada önemli bir ipucu karşımıza çıkmaktadır: Güvensizlik genetik olarak düşme korkusuyla ilişkilendirilebilir.

Faziletli insan ayaklarını toprağa sağlam basan; yerinden kolayca oynatılamayan insandır. Bu insan tipi, evin sert bir zemin üstüne inşa edilmesi ile kaygan bir zemin üstüne inşa edilmesi arasındaki farklı görüntüler dile getirilebilir. Birey için güvenlik, güçlü ve devamlı desteği içerirken, güvensizlik bunların kaybı olmaktadır. Toplumsal dokunun amacı kişinin yıkılmasını/düşmesini önlemektir. Toplum kişiyi onaylamadığında veya ret ettiğinde desteğin çekileceğini hisseden kişi kendisini dipsiz bir kuyuya düşme konumunda bulacak ve intihara yönelebilecektir. Öte yandan, toplum her zaman kaya gibi güçlü ve dengeli olmayıp; toplumsal değişim depremlerine tanık olunması olağandır. Değişim, toplumun çeşitli kesimleri için özel bir çıkmaz da oluşturmaktadır. Gençlik, kırsal kesimin aksine, metropol kentlerde örneğin büyüklerince hangi değerlerin en kıymetli hazine sayıldığı ile yaygın bir şekilde tatbik edildiğinden pek emin değildir. Kolluk güçleri de aynı çıkmaz içinde kendilerini bulabilirler. Kendileri toplumun resmi temsilcileri olarak yasaları uygulamakla görevli iseler de, tüm yasaları tatbik açısından aynı duyarlılığı (standart uygulama) göstermeleri mümkün olmadığı gibi pratikte değildir. Böylece, hangi değerlerin önemli olduğu konusundaki farklı algılama sonucu olarak kolluk güçlerinin uygulaması da seçici olmaktadır.

Güvenlik ve Adalet

Hukukun ilk ve radikal işlevi güvenliği sağlamaktır(özgürlük için güvenliğin sağlanması kaçınılmazdır).Güvenlik farklı içeriklerle tesis

edilebilir. Önemli olan bu güvenlik sağlayıcı durumunun varlığıdır. Yalnız bunun da içeriği *adil* olmalıdır. Koyu bir dikta/istibdat rejimi en yüksek derecede güvenliği beraberinde getirebilir. Hukukun yaratılması nedeni ile hukukun değer bakımından takip edeceği amaçlar tamamen başka şeylerdir. Hukuk, toplumda güvenliği sağlamak zorunda ise de, bu herhangi bir güvenlik değildir. Hukuk, *adil* kurallarla toplumsal güvenliği sağlamalıdır.² Kuşkusuz, güvenlik beraberinde özgürlüğü getiriyorsa anlamlı olmaktadır. Dışarı çıkabildiğimizde, kapıyı kilitlemenin bir anlamı olacaktır.

Amacınızı gerçekleştirme araçları, gerçekleştirilecek amacın mükemmelliğine gölge düşürecek kötü sonuçlar doğurmamalıdır. Zorbalık ve adaletsizliğin, hem bunları uygulayan ajanları ve hem de bunların mağdurlarında zorbalık ve adaletsizlik doğuracağı unutulmamalıdır.

Güvenlik bir değerdir. Yalnız adalete göre daha aşağı derecede bir değerdir. Bu aşağı derecedeki değerler, üstün değerlerin varlık koşuludur. Bu değerler olmaksızın üstün değerler kesinlikle gerçekleşemezler. *Magna Carta*'nın şu söylemi, yaklaşık 800 yıl kadar önce ne kadar geçerli ise bugün içinde geçerliliğini korumaktadır: “Hiç kimseye hak veya adaleti satmayacağımız gibi hiç kimseyi de bunlardan mahrum etmeyecek veya sürüncemede bırakmayacağız” (*Magna Carta* Chapter 40).³

Korku Profili

İşte toplumda güvensizliğin egemen olduğu ortamda beliren duygulanım korkudur. *Korku stres oluşumlu bir duygudur*. Korku güçlü ve ilkel insani bir duygudur. İnsanları tehlikenin varlığına karşı uyanık tutar. Korku sonuçları itibariyle iki evrelidir: Birincisi kimyasal; ikin-

² Hukuk adalet amacı için bir araçtır. Bkz. “suçsuzluk karinesi”nden sapma örneği için bkz. M. Giudice. “Terörle Mücadele Yasasını Anlamak”, *HFSA*, 10 İst., 2004, s. 134 vd.

³ *Habeas Corpus/Magna Carta* hukuk sisteminin temelini oluşturmaktadır. Bkz. M. S. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 4. Bası Beta, 2003, s. 29. “Kolluk gücünün yola getirilmesi bakımından itiraflın hiç bir koşul altında asla bir kanıt olarak kabul edilmemesi gerektir.” B. Russel bu doğrultuda suçluluğu kanıtlamakla görevli kolluk gücü yanında sanıkların suçsuzluğunu kanıtlamakla görevli bir kolluk gücünün daha oluşturulması ve bu gücün kolluk görevlilerince işlenen suçlara da el koymasını önermektedir. B. Russell, *İktidar*, Altın Kitaplar Yayınevi, Ağustos 1976, s. 360-361.

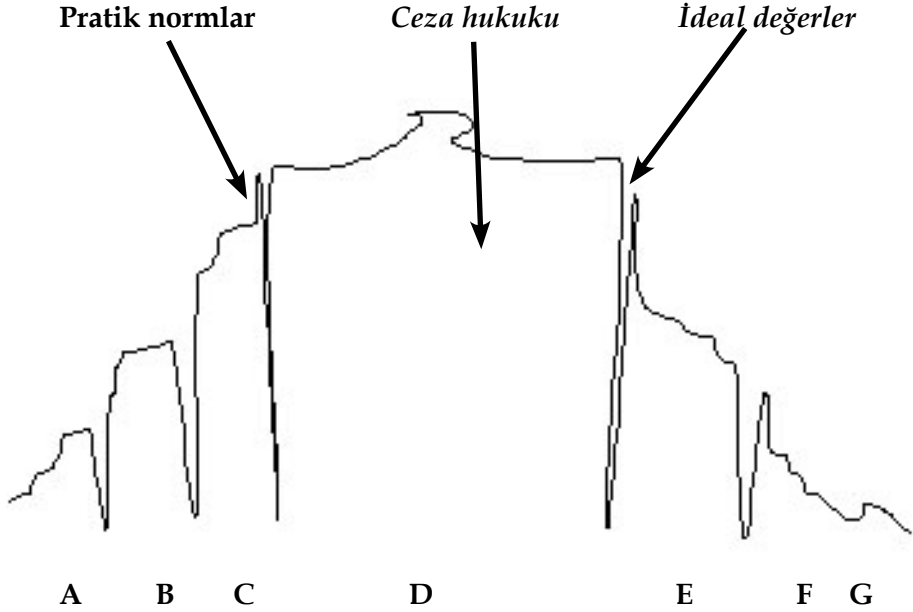
cisi duygusaldır. Kimyasal olanı evrenselken, duygusal olanı öznel/bireyseldir. Kimyasal bağlamda, algılanan bir tehlike ile karşı karşıya geldiğimizde vücudumuz belli bir şekilde yanıt vermektedir: Kalp atışı, kan basıncı, kanın kimyasal yapısı, nefis alış-veriş oranı, terleme, uyku düzeni, iştah ve cinsel isteksizlik, kabız veya ishal, soğuk ve hastalıklara karşı duyarlık, alkol/ilaç tüketiminde artış ve/ya aşırı yemek şeklinde sergilemektedir. Bu fiziki yanıtlar bazen ya üstüne git/boğuş ya da kaç/boş ver şeklinde belirlemekte; vücut kendini ya savaşmaya/mücadeleye veya kaçışa doğru hazırlamaktadır. Kimyasal yanıt otomatik bir yanıt ve yaşam için önemlidir.

Psikolojik tepkiler ise, şok ve inanılmazlık; korku ve/ya kaygı; kederlenme ve inanmama; fazlaca hassasiyet; huzursuzluk, nefret/ kızgınlık haykırışları; endişelenme; kabuslar; travmayı yeniden yaşama; travma ile olanları yadsıma; keşkeki söylemler; insanın kendini çevreden soyutlaması; sorunları ile başkalarına yük olma düşüncesi; başkalarına güvenme güçlüğü ve/ya ihanet duyguları; odaklanma veya hatırlama zorluğu; kendini suçlama ve/ya yaşamının verdiği suçluluk duygusu; utanma; günlük faaliyetlere karşı ilginin azalması veya depresyon; hoş olmayan anıların su yüzüne çıkmasıdır. Tepki ne türden olursa olsun, hatırlanması gereken en önemli husus, bu tepkilerin anormal bir olaya karşı gösterilen normal türden olduklarıdır.⁴

“Korku” terimi, psikologlarca, korku nedeninin bilindiği haller için kullanılırken, endişe/kaygı, sorunun ne olduğunu bilmeksizin duyduğumuz belli belirsiz bir korkudur. Psikiyatride akıl hastalıklarına özgü kartopu teorisi korku içinde geçerlidir. Korku fobi/kaygı derecesine varabilmektedir. Bunlar, normal korku refleksinin/yanıtının marazi/patolojik halleridir. “Fobi”de korku gerçek bir tehlike içermeyen bir nesneye yöneliktir. Kişi korkunun anlamsız olduğunu bilmesine karşın tepkisinden kendini alıkoyamaz. Zamanla da, korkma yanıtlarından korkma gittikçe kötüleşme eğilimi gösterebilmektedir. Psikolojik/psikiyatrik tretman alanlarına giren bu konular için geliştirilmiş yöntemler vardır. Bizim için gündemde olan konu suç korkusunun nasıl oluştuğu ve nasıl trete edilebileceği/üstesinden gelenebileceğidir?

⁴ Bkz. M.T.Yücel, *Adalet Psikolojisi*, Ank. 2007, Altıncı Bası, s. 39; J. E. Conklin, *The Impact of Crime*, New York:Macmillan Publishing Co., 1975;

Bu noktada şimdi toplumdaki davranış profiline bakmak üzere bir çan eğrisi üzerinde davranış türlerini sergileyelim.⁵



A Suç kültürü (yer altı dünyası)

B Ekstrem uyumsuzluk sergileyen davranışlar (hiç tasvip edilmeyen suçlar)

C Ufak çapta uyumsuzluk halleri (tasvip edilmeyen ve fakat tolere edilen hafif türden suçlar)

D "Ortalama" uyumluluk halleri

E Sınırlı ölçüde fazlaca uyumluluk

F Ekstrem derecede uyumluluk halleri

G İdeolojik karşıt kültür(organize olmuş siyasi, sosyal veya dini cemaat grupları)

⁵ Bkz. M.T.Yücel, *Kriminoloji*, Ank., 2008, s. 34.

Bu çan eğrisinin bir tarafında pratik normlar yer alırken diğer tarafında ideal amaç ve değerlere endeksli davranışlar yer almaktadır. D kısmında ise, ceza hukuku normlarını genelde ihlal etmeyen büyük nüfus grubuna tanık olunmaktadır. Bu oranı kesin olarak belirlemek şimdilik mümkün değilse de, adalet istatistiklerine göre, cezai sorumluluğu olan nüfusun % 60-80 oranında olduğu tahmin edilmektedir. Bu grupta yaşamın normal akışı gereği tesadüfi suç işleyenler yanında "bedavacılığı" normal görenler, iş yerlerinden "tırtıklayanlar", telif haklarını ihlal edenler, trafik kurallarına aykırı davranan sürücüler, alkollü araba kullananlar; beyaz yakalılar arasında vergi kaçırıcılar, rüşvet ve zimmet suçlarını işleyenler de bulunmaktadır. Bu alanda legal ve etik standartlar açısından sapma olarak beliren bazı organize suçlara da tolere edildiği görülmektedir. Örneğin organize gruplarca verilen kumar, fuhuş ve uyuşturucu madde satışı gibi hizmetlerden yararlanırlarken, koruma bedeli/tehdit karşılığı ödemeler de yapılmakta ve ender olarak kolluğa ihbar edilmektedir. İşte D alanındaki halk, suçları kendileri işlemese de, organize suçun varlığını sürdürmesine ekseriya katkıda bulunmaktadır. Davranışlar bazen etik dışı davranışlara dönüşmektedir. Bir şirkette çoğu ahlaki kişilerin varlığına karşın pek çok gayri ahlaki karar alınmaktadır. Nazi Almanya'sında toplama kampalarını yönetenler/gaz fırınları ihalesine giren ve donatan şirket mensupları genelde pazarları kiliseye giden, çoğu çocukları olan, yaşamı ve hayvanları seven kişilerdi. D alanında fazlaca uyumlu davranış saplantısı içinde olanlar da vardır. Bunlar, bir bakıma, toplumun vicdanını oluşturmaktadırlar. Bu bağlamda sapkın davranışlara karşı tavır alan toplum liderleri, girişimleri için de, D alanında yer alan beyaz yakalı suçluların desteğinden yararlanmaktadır.

A ve G alanında yer alanlar tamamen farklı karakterdedirler ve standartları için D alanı temel referansları olmayıp, geniş toplum içinde ufak grupları/cemaati temsil eden kendilerine özgü standartlar etrafında organize olmuşlardır: A'dakiler suçluluk etrafında, G'dekiler ise belli *ideolojilere* karşı fanatik hayranlık duyarak yer almaktadırlar.

B, C alanlarında gelişen suçluluk bakımından, planlı suçluluktan tesadüfi suçluluğa doğru bir akış vardır. Süper-marketten yapılan hırsızlıklar C alanına girerken, planlı bir hırsızlık B alanında yer almaktadır.

A alanındaki suçlular, organize suçlular, 2-3 kişilik profesyonel suçlular, mükerrirler ile itiyadi suçlular olarak yer altı dünyasını oluş-

turmaktadırlar. Bu alan “suçlu alt-kültürü” veya karşıt kültür olarak ta adlandırılmaktadır. (A) alanındaki davranış, kelime, düşünce ve eylem olarak suçluluk etrafında organize edilmiştir. Suçluların eylemlerine yönelik bir davranış kodu da bulunmaktadır. Suç teknikleri devamlı olarak gelişmekte; ticaret veya meslekte olduğu gibi yetenek ve beceriler profesyonellerden yeni adaylara intikal ettirilmektedir. Yer altı dünyasının kendine özgü rolleri, statü durumları, ödülleri ve cezaları, başarı ve başarısızlık standartları vardır. Farklı bir dünya olarak belirmektedir. Ölen üyelerin yerlerine yenileri gelmekte; kolluk güçlerine yakalanmamak dışında yeni gelişen suç önleme tedbirlerine karşı yeni teknikler geliştirmektedirler.

Yer altı dünyası üyelerini, yalnızca B,C ve D alanlarından kayan yeni üyelerden değil, yaşam seçimini bu alanda yapmış olanlardan da oluşturmaktadır. Bu dünya, toplumdaki soyutlanmış ve toplumun uyumlu kesimince ret edilmiş kişiler için bir sığınma yeri olmaktadır. (A) alanında bulunan suçlu ve sabıkalıların, toplum değerlerine, mülkiyete ve insanlara fazlaca saldırıyı ve fazlaca gencin kendi saflarına geçmelerini önlemek üzere kontrol edilmesi gereklidir. Başarıya yönelik mali beklentilerin çok fazla olduğu, çoğu kişilerin ve grupların legal vasıtalarla başarı sağlayamadığı rekabetçi bir toplumda(liberal demokraside) suçun toplumda sıfırlanabileceğini söylemek imkansız gözükmektedir. Nitekim toplumlar, suçtan arındırmaya, toplum için normal gördüğü belli bir oranı korumak kadar çaba göstermemektedirler.

Bu eğri kriminolojik açıdan oldukça normal gözükmektedir. Bu eğride sol tarafın hakimiyeti toplumu anomik bir yaşama sürüklerken, sağ tarafın hakimiyeti toplumda toleransız katı bir rejime götürecektir; normatif eşik her seferinde yükseleceğinden toplumsal yaşam özgürlükten yoksun, durağan bir nitelik sergilemeye mahkum edilecek; toplumsal ahlakı/ halkı, kendine göre normlaştırmak faşizanca olacaktır.

İşte bu çan eğrisinin normallığı/suç korkusunun doğallığına karşın gerçekte tutarsızlıkta olağanlaşmakta; suç korkusu hakkında istatistiksel görüntü ile halkın algılaması örtüşmemektedir. Bazen korku, sorunun kendisinden daha büyük olmaktadır. Bu da insanların suç mağduru olmamasına karşın sokakta kendi güvenli hissetmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda kitle iletişimle pompalanan isteri yasama organını CB’yi (ceza yaptırım bedelini) korumak/yükselt-

mek üzere, ya suç için öngörülen ceza sınırlarını yükselterek veya adli yardım kapsamını daraltarak veya anayasal nitelikli olmayan usulü hakları azaltarak yanıt vermeye yönelmektedir. $CB=HO^6$ eşitliğinde yer alan parametrelerin etkinlik değerlendirilmesi yapılmaksızın salt suç korkusuna dayalı cezaların ağırlaştırılması irrasyonel olduğu kadar israf yaklaşımli bir siyaset türü olmaktadır.

Sorular Dizini

İşte genelde bu çan eğrisi realitesine karşın suç korkusunun zamanla neden oluştuğu, toplumsal histeriye dönüştüğü bir sorun olarak belirmektedir. İşte bu noktada kavram olarak suç korkusunu irdeleyelim. Suç korkusu 1960'lı yıllarda kriminolojide bir kavram olarak yer etti; 1967 yılından itibaren de bu kavramı Türkiye'de irdelemeye başladım. Kriminolojik okuryazarlık artıkça bu kavramın önemi anlaşılmış ve bu amaçla projeler geliştirilmiştir. Antalya emniyet müdürlüğünün (komşum polis, komşu kollama)/güvenli okul, güvenli eğitim işbirliği projeleri, bu bağlamda belirtilebilir. Şimdi konuya açıklık getirmek, analiz etmek üzere sorularımızı sergileyelim: Suç korkusu nasıl yaratılmaktadır? Var olan bir korku mudur? Yoksa sonradan öğrenilen bir olgu mudur? Suç korkusunun tabiatı, derecesi nedir? Somut korku, şekilsiz korku/ anlamsız korku ile sosyo-demografik değişkenler (kadınlar/yaşlılar)arasındaki ilişki nedir? Yönetişimde suç korkusuna siyasal bir taktik olarak başvurulmakta mıdır? Anarşinin hüküm sürdüğü zamanlar ile sıkıyönetim ilanı sonrası suç korkusunda beliren değişimler nasıl oluşmaktadır?

Genel suç korkusu, özelde terör korkusu olağan bir sosyal olgu olarak belirmektedir. Sizler hiç mağdur oldunuz mu? Bu olguyu tecrübe ettiyseniz, mağdurluğun yarattığı üzüntü, endişe, sıkıntı ve tepkiler doğrudan mağdur olan kişilere özgü olmayıp, yakınlarını da etkilemektedir. Öznel mağdurluk riski(ÖMR) bakımından-mağdurluk deneyimi olan kişinin mağdurluk risk algılamasına bakıldığında, mağdur olanların olmayanlara göre ÖMR'si yüksektir.

Suç korkusu direkt mağdurluğun yarattığı bir korku olmak ötesinde düşünsel olarak kitle iletişim ortamında ve/ya fısıltı gazetesi ile

⁶ CB (Ceza bedeli),(H) mahkumiyet; (O) ise, yakalanma ve mahkumiyet olasılığıdır.

de oluşmaktadır: “Besleme teorisi”ne göre, suç korkusu kısmen prime-time’de şiddet içerikli dramatik yayınlar ile gazetelerin üçüncü sayfa suç haberleri yanında suç mağduru olan dost, arkadaş ve komşuların haberleri ile beslenmektedir. Bu etkileşimi vurgulayan hipotezler, anket sonuçlarıyla desteklenmiş; TV’nin tahmin edilen etkileri doğrulanmıştır. Suç, özellikle şiddet içerikli suç haberlerinin vatandaşın bilinçaltına yerleşmesi sonucu sanki her dakika suç işleniyor korkusu ile yaşam kalitesinin bozulması riski belirmektedir. Kişinin sosyal ve kültürel fırsatlardan yararlanması kısıtlanmakta/ toplumsal dayanışma duygusu zedelenmektedir. Bu fırsatı ekonomik açıdan değerlendirenler de yeni bir piyasa/pazar oluşturdular. Sigorta şirketleri ile özel güvenlik firmaları suç korkusunu bir pazarlama tekniği/taktiği olarak kullanmaya başladılar. Türkiye İş Bankası Kuruluşu olan Anadolu Sigorta’nın bir gazeteye verdiği tam sayfa reklam ilanı (2008) ilginçtir:

“Geçtiğimiz yıl Türkiye’de her 6 dakikada bir, bir eve hırsız girdi. On binlerce kişi bunun kendi başına gelebileceğini düşünmemiştir.

Anadolu Sigorta acenteleri ya da Türkiye İş Bankası şubelerine gelin, evinizi her türlü riske karşı bir an önce sigortalayın. Anadolu Sigorta. Kaybetmek yok.”

Yine Şişli’de bir sigorta şirketi reklam panosu olarak bir çuvalı sırtlamış bir kişinin balkona çıkışını (hırsız) simgelemesi o kadar gerçekçi olmuş ki, vatandaşların Polis imdat 155’e sarıldıkları saptanmıştır. Aynı şekilde alarm sistemleri yanında akıllı evler ile çelik kapı/kilit sanayi de oldukça gelişmiştir. Suç korkusu, öte yandan kollukça bütçe/yatırım harcamaları içinde dayanak oluşturabilir; siyasiler bunu istismar edebilirler.

Toplumda güvensizlik duygusunu oluşturan başlıca öğeler; korku, endişe, hayal kırıklığı ve kolektif korku /endişe iken, bu duygu toplumda periyodik olarak belirmediği gibi yeniden ortaya çıkış şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir. Ne var ki, korku ve endişenin insanları tedbir almaya yönelttiği de göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda, “korkanın anası ağlamaz” halk deyişi, kişilerin kendilerini korumak için “follow your fear” in ne kadar önemli olduğunu vurgulamaktadır.

Toplumda korkuyu tetikleyen suçlar arasında şiddet öğesinin yer aldığı suçlar gelmektedir. Şiddete yönelten etmenler ise, namusu/şerefi koruma, ateşli silah taşıyanlardaki artış, para harcama hastalığı-

na tutulan kişilerdeki doyumsuz kalan istekler; televizyonda şiddet gösterileri (şiddet kanalları), şiddet içerikli video oyunları, şiddete yönelenlerin karşı bir şiddetle karşılaşma korkusu taşımamaları;⁷ futbol fanatizmi, çeteler/ organize suçluluk, uyuşturucu madde tutkunluğu ile haksızlıklara/ eşitsizliklere karşı toleransın azalması olarak görülmektedir.⁸

Bugün için Türkiye’de, dengenin şiddet doğrultusunda ağır bastığına; *düzensizlik ve nizam ile hiddet ve mantık* ikilemelerinde birincilerin yoğunlaşma eğilimi gösterdiğine tanık olunmaktadır. Bunun kanıtlarına şiddet içerikli suçlar, kapkaç ve aile içi şiddet suçlarında tanık olunmaktadır: 1987-2000 yılları arasında açılan kamu davaları arasında şiddet suçlarında (% 41-81) ile şiddet doğuran uyuşturucu madde suçlarında ise (% 222) belirgin bir artışa tanık olunmaktadır. Öte yandan, evrensel bir olgu olarak şiddet suçlarında gençliğin artan payı ülkemiz için de geçerliliğini korumakta; metropol kentlerde şiddet içerikli “*mala karşı suçlar*” olağanlaşmaktadır. Fakir çocuklar ile suçlu çocuklar arasındaki ilişki ötesinde toplumda “*kazananlar-kaybedenler*” kültürü geliştikçe, evrensel mali kasırgaların etkisi somutlaştıkça çocuk/gençlerin şiddet eylemlerinde artış olacağı beklenilmektedir. Nitekim, TBMM Araştırma Komisyonu raporuna göre, 26.009 öğrenciyi kapsayan ankette liselilerin % 15.1’i okula silahla(% 9.2’si delici ve kesici aletle, % 5.9’u ateşli silahla) geliyor;öğrencilerin %7.7’si çete üyesi olduğunu söylüyor. Çete üyesi olma nedenleri arasında da ilk sırayı (% 42.3) “*güvenlik*” (kendini güvende hissetmemek) almaktadır.⁹

Aile içi şiddet açısından, “*Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması*” (2009)¹⁰ sonuçları da önemlidir:

- Eşi veya eski eşi tarafından fiziki şiddete maruz kalan kadınların oranı % 43.9;
- Cinsel şiddete maruz kalan kadınların oranı % 15.3;

⁷ “Birine karşı kini olan kimse ona kötülük yapmak isteyecektir, yeter ki, onun tarafından kendisine gelecek daha büyük kötülükten korkmasın” Spinoza. *Etika*, Dost, 2004, s.160.

⁸ L. Berkowitz, “Frustration, appraisals and aversively stimulated aggression” *Aggressive Behavior* 14 (1) 1984, pp.3-11. Ayrıca Bkz. E. Fromm, *İnsandaki Yıkıcılığın Kökenleri* (Çev. Ş.Alpagut), İst., 1993.

⁹ “Liseler, patlamaya hazır bomba gibi” *Hürriyet* (4/03/2009), s. 4.

¹⁰ *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması*, *Hürriyet*(1202/2009) s. 5.

- Kadınların % 7'si, 15 yaşından önce cinsel istismar yaşamış;
- Kentte fiziki şiddet oranı % 38, kırsal alanda % 43;
- Yaşadıkları şiddeti kimseye anlatmayan kadınların oranı % 48.5;
- Eşi veya birlikte olduğu kişiden fiziki veya cinsel şiddet gören kadınların % 92'si hiçbir yere başvurmamıştır.

Bu noktada sosyolojik bir saptamaya işaret etmek isterim. Toplumlar belli bir dereceye kadar *anomi* ve normsuzluğa dayanabilirler. Yinelersek, aynı durum insanlar içinde geçerlidir. Sınır sistemi olabildiğince gerilimi (korku ve endişeyi) kaldırabilir. Bu noktadan sonra ise, ne pahasına olursa olsun sulh çağrısında bulunur. Amaç bu duruma gelmeden önleyici tedbirlerle güvenliği olabildiğince sağlamak ve epidemik suç korkusunu nötrleştirmek olmalıdır.

Araştırma

Suçluların yakalanması/suçların azaltılması görevlerinde olduğu gibi kolluğun amacı, suç korkusunu olabildiğince azaltmak konusundaki icraatını ölçülebilir hale getirmek olmalıdır. Suç korkusunun epidemik bir niteliği(yaygın) olup olmadığı sorusu (epidemiolojisi) araştırma konusu edilmelidir: Suç korkusunun ülkedeki durumu farklı yörelerde (kentsel/ kırsal alanlar), kentin farklı mahallelerindeki suç korkusu dağılımı nedir? Bu farklılıkların nedenleri nelerdir? Bunları tek boyutlu bir teorik yaklaşımla açıklamak mümkün müdür? İşte bu soruların analizi için iki türden araştırma yaklaşımı vardır: **1. Niceliksel, 2. Niteliksel.** Genelde takip edilecek araştırma yöntemi biraz sonra belirteceğimiz amaca göre belirlenmektedir. Her iki araştırmanın yararları olduğu kadar sakıncalarına da tanık olunmaktadır.

Niceliksel Araştırma

a. Yararları

- Bir yörede veya ülkede kaç kişinin korktuğunu saptamak üzere bu yönetime başvurulmakta;
- Diğerlerinden az veya çok korkan gruplar belirlenmekte ve
- Seçilen örnekleme temsili nitelikte olması halinde toplam nüfus için genelleme yapılabilmektedir.

b. Sakıncaları

- İstatistik açısından güvenilir ve genelleme yapılmasına olanak sağlanması için fazla sayıda kişiyle mülakat yapılması; ve
- Korku ve güvensizliğinin nedenleri açıklamaktan yoksun olması.

Niteliksel Araştırma

a. Yararları

- Suç hakkında halkın neden bu türden bir duygu beslediğinin belirlenme vasıtası olduğu;
- Toplumun farklı kesimlerindeki grupların veya bireylerin suç karşısında gösterdikleri tepkinin ıskalası/derecesi veya düşüncelerini belirleme;
- Mülakatçının odaklandığı gruplarla etkileşimi sonucu, önceki yanıtlara dayalı sorularında sorulabilmesi;
- Grup üyeleri arasında etkileşim tahrik edilerek, mülakatçı tarafından tahmin edilmeyen konular üzerinde tartışma zemini oluşturulmasıdır.

b. Sakıncaları

- Kaç kişinin korkmakta olduğu sorusuna yanıt verilememesi;ve
- Araştırma sonuçlarının tüm nüfusa teşmil edilememesidir.

Bu sakıncalar göz önüne alınarak en rasyonel yöntem, her ikisinin de kullanılmasıdır: *“Ne kadar insan suçtan korkmaktadır?”* Sorusunu yanıtladıktan sonra, *“Diğerlerinden az veya çok korkanlardan farklı nitelikte (demografik, cinsiyet, etnik v.s.) olan gruplar veya bireyler var mıdır?”* Sorusu için niteliksel araştırmaya girişilebilir. Yalnız, anketlerde sorulacak sorular yönlendirici nitelikte olmamalıdır. Nitekim farazi nitelikteki sorularla aşağıda kafa karıştıran sonuçlar elde edilmiştir:

- Suç korkusu varlığının mantıksal olarak mahalli durumların farklılığını yansıtmadığı;
- Korku seviyelerini değiştirmeye yönelik tutarlı girişimlerin ya hiç-

bir etkisi olmadığı veya paradoksal bir etkisine tanık olunduğu(korku seviyesinin yükseldiği);

- Korkunun riske negatif olarak ilişkisi olduğudur.

Suç korkusu anketinde genelde aşağıdaki beş suç türüne yer verilmekte; vatandaşların bu suçlardan mağdur olma konusundaki endişelerinin ne ölçüde olduğu saptanmaktadır.

1. Meskenden hırsızlık,
2. Evde iken hırsızlık suçunun işlenmesi,
3. Silahlı gasp,
4. Büyük çapta dolandırıcılık ve
5. Cinsel saldırı.

Her bir suç için yapılan değerlendirme 0 (hiç endişelenmemek) ile 10 (oldukça endişelenmek) arasında derecelendirilebilir. Bu öğelere verilen yanıtlar toplamı ile oluşan indeksteki yüksek sayılar örneğin 9 etrafında yoğunlaşma gösterdiğinde daha yüksek seviyede endişeye işaret edilmektedir. Kuşkusuz, araştırmada verilerin nasıl süzgeçlendiği/ ekarte edildiği yöntemi açıkça belirtilmelidir.

Çevre/ muhit güvenliği bağımlı değişken olarak ele alınıp, vatandaşların algıladıkları tehlike derecesi (suç tehditleri/suç riski) saptamak istenildiğinde, aşağıdaki dört faktör analizi ile değerlendirilme yapılmaktadır:

1. Sizin muhitinizde sizden başka bir evin veya apartmanın soyulması olasılığı nedir?
2. Sizin muhitinizde geceleyin sokakta park etmiş bir arabanın soyulması olasılığı nedir?
3. Sizin muhitinizde geceleyin yalnız bir kadının sokakta tehdit edilme olasılığı nedir?
4. Beş yıl öncesine göre bir değerlendirme yapıldığında sizin muhitinizde suç oranı nedir?

İlk üçünün değerlendirilmesi 0 (olasılığı yok) ile 10 (oldukça doğru bir değişim çizgisi alınırken; 4.sünde, -5(çok düşük) ten +5'e (çok yüksek) değişme değeri esas alınabilir.

Sokak lambaları ile suç korkusu arasındaki ilişkiyi belirleme için bir araştırmada, ışıklandırma öncesi ve sonrası yapılan tahmin ile gerçekleşenler aşağıdaki tabloda sergilenmiştir.

Etkilemesi	Öncesi	Sonrası
Halkın suç korkusu azalacak mı/ azaldı mı?	% 69	% 25
Suç miktarı azalacak mı/azaldı mı?	% 59	% 17

Suç Korkusu Niteliği

Suç korkusu bazı kişilere özgü bir duygu; bazılarının duyduğu, diğerlerinin duymadığı sabit bir vasıf değildir. Bu vasıf geçici ve dürumsal bir duyguyu temsil etmektedir. Bu korku bazı semt/ mahallelerindeki suç miktarına, işlenen suçun tabiatına, mağdurun deneyimine, ekonomik ve sosyal durumu vs gibi değişkenlere ilişkiden yoksun değildir.

Korku açısından gerçek suç mağdurları, suç türlerine göre derecelenmek üzere, daha yoğun bir korku hissetmektedirler. Özellikle şiddet suçu mağdurlarının devamlı stres içinde bulunma olasılığı fazladır-post travmatik davranış bozukluğu etkisi yıllarca devam etmektedir. Bunun dışındakilerin korku duygusu, risk algılamasına bağımlı olarak değişmekte; algılanan risk arttıkça kolluğun etkisiz olduğu yolundaki inanç ta artış göstermektedir. Öte yandan, suç korkusu kentlerde özellikle çekirdek ailelerde kırsal alanlara göre daha fazladır.

Suç korkusuna yönelik olarak bazı araştırmacılar yukarıda belirttiğim gibi tek bir davranışı(örneğin geceleyin tek başına yürümek gibi) dayanak almakta iseler, suç korkusunun çok boyutlu/multi-teorik bir yaklaşımı ön görmesi gerekmektedir.

Korkunun işlevi/ genel sağlık modeli oluşturulması bağlamında önleyici sağlık bilinci karşısında hastalık korkusunun işlevinden hareketle analogik bir değerlendirme yoluna gidilebilir. Bu açıdan şu dört algının boyutları irdelenebilir:

1. Suç riski/tehdidinin ciddiyeti,

2. Mağdur olma riski(mağdur olma olasılığı),
3. Tavsiye edilen tepkilere/ tedbirlere olan inanç,
4. Yanıt oluşturacak gerekli davranış için duyarlık ve olanak.

Kişilerin içinde buldukları psikiyatrik koşullar da, yaşamlarının her alanında oransız endişe duymalarına neden olabilmektedir. Bunda toplumdaki “*Genel Endişe Sendrom*” oranı da etkili olmaktadır. Öte yandan, kitle iletişim araçlarının-ulusal/yerel seviyede bombardımanı, roman/ masal, gerçek ve hizipleşmenin yıkıcı türden algısal etkisi, insanları modellemekte; suç korkusu da bundan nasibini almaktadır.

Korku yaratan şiddet gösterisi genelde kınanmakta ise de, göz yumulan/ kabul gören şiddet eylemlerine de tanık olunmaktadır. Bu doğrultudaki başlıca örnekler, aile bireylerine fena muamele ve şiddet, sportif faaliyetler (boks, futbol, güreş) ile haklı savunudur. İşte şiddet bu görünümü ile karmaşık bir olguyu ifade etmektedir. Bu deyim zaman zaman güç ve saldırganlıkla karıştırılmakta ise de, şiddet yalnızca ne güç ve ne de saldırganlığın dışı vuruluşudur. Aslında, kişiyi topluma ve kişileri kendi aralarında bağlayan veya zıtlılaştırılan ilişkilerin özüne yerleşik, bir antitez ve zıtlık olarak algılanmalıdır. Kuşkusuz, toplumda süregelen şiddet eylemleri *genel güvensizlik duygusunu* da etkilemektedir.

Halk, suç ve terör eylemlerinin azaltılması gerektiğini; suç ve terör eylemlerinin bedel ve sonuçlarını bildikleri gibi; doğrudan veya dolaylı suç mağduru oldukları için suç korkusunu da (*fear of crime*) bilmektedirler.

Ceza adaleti sisteminin iki amacından biri olarak “suç, suç korkusunu ve onların sosyal ve ekonomik maliyetini azaltmak olduğu unutulmamalıdır. Öteki amacı ise, suçlu insanı tümüyle yıkmak değil, ondaki suçluyu cezalandırmak, ama aynı kişideki insanı kazanmak olmalıdır*iki odaklı elips metaforu*. Ceza kanununda yaptırımlar açısından ikili ray sistemi vardır: Yaptırımlarla suçluların iyileştirilmesi ile kamunun korunması için suçlulara özgü tedbirler arasında fark vardır. Bu farklılık oldukça köklü niteliktedir. Cezalar retrospektif türde, suçlara karşılık gelmekte, işlenen suçla beliren kişisel suçluluğa ilişkilendirilmekte; ve bu suçluluğun derecesi yükseldikçe cezalar da yükselmektedir. Diğer tedbirler (suçlunun iyileştirilmesi ve kamunun korunması) ise geleceğe dönüktür.

Suç korkusu ve risk açısından “sokaktaki suçların” (örneğin gasp, ırza geçme) ciddiyet göstermesine karşın mağdur açısından kayıp TL’ye bakıldığında, beyaz yakalılarca işlenen suçlardaki(2008-2009 yıllarındaki kriminolojik kökenli mali kasırganın yarattığı) kaybın sokakta işlenen suçların yarattığı kayıplardan çok fazla olduğu görülmektedir. Kimse ırza geçilen bir kişinin yaşadığı psikoloji travma ile yaşam boyu edindiği tasarrufunu bir dolandırıcıya kaptıran yaşlı bir çiftin üzüntülerini karşılaştırmayı henüz saptayabilmiş değildir! Türkiye’de herkes sokaktaki suçlarla ilgilenir, çelik kapı sanayi ve özel güvenlik ordusu gelişirken, *ekonomik suçlar* genelde görüş zaviyesi dışında kalmakta; tüm yaşamsal birikimlerini dolandırıcılara kaptıran mağdurlar göz ardı edilmektedir. Kuşkusuz, bazı suçların-çocuklara karşı cinsel istismar/ pedofili ile seri katiller yarattığı korkunun real bir boyutu olduğu unutulmamalıdır.

Mağdurluk Nedenleri

Genelde mağduriyete götürücü risk faktörlerini üç ana grupta toplayabiliriz:

1. Birinci grupta yer alan mekansal ve sosyal faktörler/değişkenler konunun “*fırsat*” yönünü vurgulamaktadır. Bu bağlamda, çevre-mekan/ mimarı yapı ile insan tecrübesi (mağdur olma, suç korkusu) arasındaki etkileşim incelenmiştir. Kuşkusuz, insan davranışı ile çevre şekillenmekte; arazi ve yapılar etkilenmekte; bunların oluşturduğu ortamda da insan davranışı şekillenmekte; değişmekte/ motive olmaktadır.

2. Kişisel faktörler göz önüne alınarak mağdur olma eğilimi ve mağdur olma yatkınlığı araştırılmaktadır. Kimse “mağdur” olarak doğmazsa da; kazanılan fiziki, psikolojik ve sosyal karakteristikler (örneğin zafiyet, özür) mağdur-suçlu arasındaki etkileşimi fazlaca etkilemektedir. Bu gruptaki mağdurlar bir bakıma mağduriyet öncesi sosyal ve psikolojik yoksunluk içinde mağduriyete teslim olmuş ve kendini savunma istenci de azalmış kişilerdir. Öte yandan, potansiyel suçlu, potansiyel mağdurun aşırı fiziki, psikolojik veya parasal cazibesi nedeniyle de tahrik olabilmektedir.

3. Mağdur olma riskini artıran davranış faktörleri (yaşam stili, gösteriş merakı) arasında potansiyel mağdurun bilinçli veya bilinçsiz

güvenlik tedbirlerini ihmal etmesi/yadsıması; ve kendisini devamlı olarak bilinçli veya bilinçsiz mağduriyete neden olacak riskli durumlara sokması yer almaktadır.

Mağdurluk Evresi

Suçlu ve mağdur arasında cereyan eden etkileşim sürecinde potansiyel mağdur ve suçlu, eylem ve karşı eylemde bulunmakla kalmayıp; davranışları, yaklaşımları ve rolleri tanımlamak ve yorumlamaktadırlar. Kişi kendisi ile karşıdaki kişinin davranışının manasını araştırmakta; kendisi ve diğer kişi hakkında bir imaj geliştirmektedir. Suç mağduru bu süreçteki katkısız nedenselliğini belirleyici iki kavrama aşağıda yer verilmiştir:

◆ Mağduru aktif katılımı: Burada, potansiyel mağduru suçu tahrik ederek veya kolaylaştırarak katılım payı üzerinde durulmaktadır.¹¹ Bu kavram, Marvin E. Wolfgang (1958) tarafından 558 adam öldürme suçunu kapsayan ampirik çalışmaya dayalı olarak geliştirilmiştir. Wolfgang'ca bu suçlardan %20'sinin analizinde; iki potansiyel suçlunun birlikte kendilerini katil konumunda buldukları ve kimin suçlu kimin mağdur olacağına yalnızca şansa kaldığı saptanmıştır.

◆ *Nötrleştirme* teknikleri ve gerekçelendirme: Mağduru "*işbirliği*" yalnızca suçlunun kafasında; yalnızca onun güdülenmesi sürecinde vardır. Suçlu mağduru algılamadığı görüntüsü vermekte; kendisine göre de, gerçek suçlu, mağdur kişi olmakta; mağdur mağduriyetini hak etmektedir.

Ceza hukuku bağlamında mağduru katkısı ve işlevsel sorumluluk kavramları değerlendirilerek sonuçların ceza hukuku dogmatikğine sokulması girişimlerine tanık olunmaktadır. Ceza hukukundaki işlevsel sorumluluk kavramı potansiyel mağduru, kendi mağduriyetine meydan vermemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Özellikle ufak tür-

¹¹ Yeni TCK ile kabahatler *de-penalize* edilerek idari para cezasına dönüştürülmüş(5326 sayılı *Kabahatler Kanunu*); bu tür eylemlere kolluğun derhal müdahalesi olanağı sağlanmıştır. Bu bağlamda, minor nitelikte kabahat türü suçlara kolluğun anında müdahalesi, ileride daha ciddi suçların işlenmesini önleyici nitelikte olduğu tezi hiçte yabana atılacak bir tez değildir. Nitekim Konya Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şubesi'nin bu doğrultuda gözlemleri bu tezimizi doğrular nitelikte ise de; bu sonuç, niceliksel/niteliksel araştırmalarla doğrulanmalıdır. Ayrıca bkz. M.T. Yücel, *Adalet Psikolojisi*, 2007, s. 223-224.

den suçları(örneğin mağazalardan yapılan hırsızlıkları) önlemek ve kontrol altına almak üzere aşağıdaki olasılıklar düşünülebilir.

◆ Mağdur kendi mağduriyetine sebebiyet verdiğinde ceza hukukunun sağladığı korumadan yoksun bırakılabilir. “*Satın alıyorum öyleyse varım*” felsefesinin egemen olduğu; herkesin tüketme hastalığı ve cazibesine kapılmasına karşın reklamla ilgi odağı olan mağazada gerekli güvenlik tedbirleri ve onun bedeli olan harcamayı yapmayan işletmeden hırsızlık yapanlara karşı ceza adaletinin müdahalesi düşünülmemelidir.

◆ Ceza yaptırım türü ve şiddeti seçilirken mağdurun sorumluluğu da göz önüne alınabilir.

Mağdurlara Rehberlik ve Danışmanlık

Suç mağdurlarında özellikle cinsel suçlar, terör, aile içi şiddet gören eşler, maktulün geride kalan ailesi gibi mağdurlardan bazılarında tanık olunan post travmatik stres bozuklukları rehberlik ve danışmanlık hizmeti gerektiren türdendir. Kriz danışmanlığında temel referans mağdura hikayesini anlatması için elverişli bir zemin hazırlamak/veya onu anlatmasına yöneltmektir-*vantilatör işlevi*. Gerektiğinde sorularla, mağdurun, kronolojik olarak, düşüncelerini ve tepkilerini organize etmesine yardımcı olunmalıdır. Travma mağdurlarının yardımıyla beklenilmeyen değişimleri azaltabildiği ve bazen de üstesinden gelebildiği bilinmelidir. Geniş ailelerden çekirdek aileye doğru geçişin yoğunlaştığı kentsel alanlarda bu türden kurumsal tretman müdahalelerine ihtiyaç artmaktadır.

Mağdur tepkisini oluştururken konumuyla psikolojik ve sosyolojik olarak baş edebilmelidir. Aynı derecede önemli olan ikinci bir hususta; mağdurun makul sayılabilecek ölçüde sosyal kontrol sürecinde (ceza adaleti mekanizması) yerini alabilmesi ve bu suretle ikinci kez mağduriyetinin önlenmesidir.

İllüzyon ve Realite

Medyanın genelde gerçeği yansıtmayan “*suç haberleri*” ile pompalanan suç korkusu, yaratılan ister ya cezaların ağırlaştırılması doğrultusundaki popülist bir yaklaşıma yol vermekte ise de, bunun çoğulcu

bir bedeli olacağı göz ardı edilmektedir. Ekonomi, trafik veya eğitim konusunda farklı öneriler getiren siyasiler rasyonel planlama gereği bu önerilerin maliyeti ile kaynağın nasıl sağlanacağına işaret etmek zorundadırlar. Kuşkusuz, aynı gereklilik suç ve ceza siyaseti bağlamındaki öneriler içinde geçerli olmalıdır. Yalnızca hukukun etkinliği ve kamu düzenini istemek yeterli görülmemekle, cezaların ağırlaştırılmasının suçta ne kadar azalma sağlayacağına ilişkin tahminler ile artan hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasının kamu maliyesine getireceği parasal yükün ne olacağı da ortaya konulmalıdır. İşte siyasetin diğer alanları için geçerli olan “hesap sorulması” standartlarının ceza adaleti için de geçerliği *de facto* benimsendiğinde cezaların salt ağırlaştırılması yaklaşımının cazibesi önemli ölçüde azalacaktır.

Kuşkusuz, sorunlar soyut olarak ele alınmak yerine belli bir mahalle, semt veya yöreye özgü olarak belirlenmekte ve bu tür yaklaşım kolluk hizmetleri için bir planlama modeli olmaktadır. Bu model ise, bir felsefe veya özel bir taktik olmak yerine yerel sorunları hedeflemek; suç ve suç korkusunu azaltmak üzere görevli polislerin o yörede uzun süre görev yapmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, polisle işbirliğinde bulunan yöre insanlarının sağlanan güven ortamında iki yönlü bilgi akışı geliştirilerek halk, polisin gözü ve kulağı olabilmekte ve böylece halkla işbirliği, bir amaç olmak yerine bir yan ürün olarak doğal bir şekilde gelişmektedir. Bu ilişkiler sonucu halkın, polisin örgütsel öncelikleri ve siyasetlerinin belirlenmesine katkısı olabileceği; böylece polis örgütü yalnızca suçluların değil seçkin kişilerin de uğrak yeri olacaktır.

Gerçekte, hukuk ve nizam, her zaman şiddete karşı yerinde bir çözüm olmayıp, belki de bazen şiddet türünden bir olgu olarak algılanabilmektedir. Bize göre ise, buradaki tüm sorun kişilerin konuyu algılayış biçimidir; bizim hukuk ve nizam anlayışımızın onlara şiddet; onlarınkinin de bizlere şiddet gösterisi olarak gelmesi gibi.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi Başkanı, dairesince kapkaç olaylarında şiddet içerikli olanların gasp olarak içtihat edilmesi üzerine bir suçlunun Başkan Mustafa Aydın’a yazdığı tehdit mektubunda, “yılların hırsızını gaspçı yaptın” diyordu. İşte bu zıtlıklar içinde kolluk görevlilerinin tutum ve davranışı, nötrleştirici nitelikte bir arabulucu olarak önem kazanmaktadır. Bu doğrultuda ceza adaleti sistemi ajanları için psikoloji, adalet psikolojisi ve sosyal psikoloji rehberlik sağlayacak-

tır. Bunun etkileri Ankara Emniyet Müdürlüğünde faili meçhul kalan adam öldürme oranının çok düşük olması ile kanıtlanmıştır.

Antidot Olarak Toplum Destekli Polisi (TDP)¹²

Kişisel güvenlik stresi/endişesinin, ötekilerin sevgi ve saygıyı içeren candan ilgisiyle nötrleşmesi evrensel bir olgu olup; bizim kültürümüzün en artı değerlerinden biridir. Sosyal desteğin yüksek olduğu çevrelerde, mağdurlar açısından suç korkusu minimum seviyede kalacak; sosyal ve demografik değişkenlerin olası etkisi azaltılmış olacaktır. Bu kültürel desteğin sağlanmadığı mağdurlar açısından kurumlaşmış sosyal destek tedbirlerinin devreye girmesine gereksinme vardır. Bu bağlamda, öncelikle, kolluğun vatandaşların güvenini sağlayıcı (TDP) yaklaşımı ile suçların hazırlık döneminde bile saklanması zorlaştırılması sağlanacaktır. Bilinen bir gerçek, suçların ancak %3-5'inin kolluğun kendi faaliyetleri sonucunda öğrenilmesi; buna karşılık % 95-97'inin vatandaşlar tarafından bildirilmesidir. TDP gerçeği ile eskiden suç mağduru "*bundan bir şey çıkmaz*" düşünerek polise başvurudan kaçınırken, şimdi "*çıkarm*" düşüncesiyle başvuruda bulunmaya; sonuçta "*suçta karanlık sayıda*" azalma saptanmaya başlamıştır. Kolluk, güvenlik konusunda ne kadar fazla partner olarak görülürse, ona vatandaşın güveni de o ölçüde artmakta ve aynı zamanda kolluğun genel yaşama bağlılığı ve bilgi kaynakları artmaktadır. Toplum destekli polis (TDP) kavramı, güven sağlama yönündeki bu çabaların bir ifadesidir. Bu doğrultuda potansiyel mağdurların kendilerini kollamaları da (*caveat victima*) mevcut siyasetin bir yansıması olarak algılanmalıdır.

Aktivist bir yaklaşımla halk devamlı bilgilendirilmeli; yerel/ulusal medya mensupları ile sık sık yuvarlak masa toplantıları yapılmalıdır. Ancak bu sayede, kriminolojik okur yazarlık¹³ ve suç korkusu giderilebilir.

Suçla yaşamları doğrudan(mağdur) veya dolaylı (aile, arkadaşlar ve tanıklar) etkilenen kişiler için danışmanlık ve destek hizmetleri,

¹² Bkz. Ç. Gümüş, "Kocaeli Kentinde Toplum Destekli Polis Uygulamaları", *Polis Dergisi* Y. 14, S. 56, s. 38-44.

¹³ Bkz. M.T. Yücel, *Kriminoloji*, Ank., 2008; *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB, Ank., 2007; M.T. Yücel, "Ceza Siyasetinde Seçenek Yaptırımların Rasyonelliği" *TBB* S. 80, Ocak-Şubat 2009, s. 229.

kolluk sosyal hizmetler işbirliği ile organize edilmelidir. Bu amaçla, bir danışmanlık hattı tesis edilerek 24 saat üzerinden enformasyon, yardım kuruluşlarına havale ve danışmanlık hizmeti verilmelidir. Danışmanlık hizmetlerinin her suçun özelliklerine göre farklılık göstereceği bilinmeli; bunlar arasında adam öldürme, aile içi şiddet ile cinsel istismar/saldırı suçları bakımından uzmanlaşmış kolluk görevlisi bulundurulmalıdır. Kolluğun yardımcı olacağı konulardan biri de, mağdurun medya ile ilişkileridir. Duyarlık sağlama bağlamında şu sorular gündeme gelmektedir:

- *Mağdur medya ile görüşmek zorunda mıdır?* Hayır. Ne kadar ısrarla görüşme talep ederlerse etsinler, mağdura/yakınlarına mecbur olmadığı hatırlatılmalıdır. Medya haberlerinin polis soruşturmasına yardımcı olabildiği hallerde de, ilk önce davaya el koyan kolluk görevlisi ile bu konu konuşulmalıdır.

- *Medya ile görüşme öncesi kolluktan tavsiye almalı mıdır?* Evet. Medyaya konuşmadan önce tavsiye alınmalıdır. Medyaya yapılan söylem kolluk soruşturmasını ve adli süreci etkileyebileceğinden kuşku duyulması halinde medyaya bilgi verme öncesi davaya bakan kolluk görevlisi veya C. savcısına danışılmalıdır.

Mağdur şunu da bilmelidir ki, medya olayı mağdurun beklentisinden farklı bir şekilde sunabilir. Farklı kaynaklardan bilgi alan medya olayı mağduru üzecek şekilde de aktarabilir. Çocuklarınız varsa onların okul/iş yerindeki durumu; yıllar sonra olayın gündeme gelmesi riski göz ardı edilmemelidir.

- *Görüşme için koşullar ön görmeli midir?* Aile mahremiyeti/ özel yaşamın gizliliği “şart” koyabilmeyi sağlamaktadır. Davetsiz hiçbir medya mensubunun gelemeyeceği, geldiğinde ise, polise şikayet edilebileceği bilinmelidir.

- *Medya ilişkiler nasıl olmalıdır?* İsrarlarına karşın mağdurun medyayla görüşmek zorunda olmadığı hatırlatılmalıdır. Görüşmek istendiğinde polisin yardımına başvurulabilir. Fotoğraf çekilmemesini; yüzünün gösterilmemesini isteyebileceği kendisine söylenir. İstedikleriyle görüşüp, istemedikleriyle görüşmeyeceği kendisine bildirilir.

- *Medyaya yorum yapmak istememesine karşın ısrarla görüşme taleplerine karşı nasıl tavır alınmalıdır?* Telefonlara çıkılmayarak, mesaja bırakılmalı; kapıya basınla görüşme istenilmediği notu bırakılmalı; gerek-

tiğinde bir arkadaş tarafından hazırlanmış bir notun medya mensuplarına verilmesi ve bu yaklaşımlara karşı ısrarla taciz edilme durumlarında polise şikayette bulunulması önerilmektedir.

Özetle medya ile ilişki konusunda mağdur danışmak üzere kolluk veya C. savcısı ile temas etmelidir.

Sonuç

Mağdurlara verilecek danışmanlık ve destek hizmetleri şimdilik denetimli serbesti müdürlükleri/koruma kurullarınca verilmesi, 5402 sayılı *Denetimli Serbestlik ... Kanunu* 12/1(c)/13/1(c)'ye göre: "Suçtan zarar gören kişilerin karşılaştıkları psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde danışmanlık yapılması ve bu kişilere yardımcı olunması" ön görülmüştür. Şimdilik çok sınırlı olarak suç korkusunun giderilmesine yönelik olan bu hizmet grubunda koruma kurullarınca son üç yılda yardım yapılan mağdur sayısı 381 olup; yıllar itibariyle yardım türü ve dağılımına aşağıdaki tablo da yer verilmiştir:

Yıl	Ayni	Nakdi	İş	Eğitim	Psiko-sosyal	Toplam
2006	17	22	6	1	25	69
2007	62	17	9	5	74	142
2008	157	63	33	22	130	170

Bu sayı suç mağdurlarında gerekli farkındalığın yaratılmadığına işaret etmektedir. İngiltere'de başvuran sosyal destek ve yardım için başvuran mağdur sayısı 2006 yılında 1.000.000 kişi bulmuş iken, kollukla mağdur yardım merkezleri arasında sağlanan bilişim ağı ile kolluktaki kayıtlar otomatik olarak bu merkez ekranlarında belirlemekte; sistemin devreye girmesi sonrası 2008 yılı altı ayında 80.000 mağdur destek görmüştür. Bu hizmet merkezince pratik destek hizmetleri örneğin sigortalı olmayan bir evden yapılan hırsızlıklarda kapı kilitleri/pencerelerin değiştirilmesi de yer almaktadır.

Mağdur konusunda köklü bir değişim sağlamak üzere ilk önce "suç mağdurları uzun dönemli siyaset ve tedbirler manzumesini içeren te-

mel nitelikte strateji plan ve ilkelerin belirlenmesi” ve ikinci olarak mağdur odaklı bir yaklaşımı normatifleştirmek üzere, *Çocuk Koruma Kanunu* gibi “*Mağdur Koruma Kanunu*” çıkarılmalıdır. Bu kanunda yer alacak ilkeler arasında; mağdurun ceza yargılaması sonucundan/hükümlünün tahliyesinden bilgilendirilmesi; hükümlülerin şartla tahliyesinde suç mağdurlarının da düşüncelerine yer verilmesi; mağdurun duyguları ile yaşam koşulları hakkında hükümlünün haberdar edilmesi; *Suç Mağdurlarına Yardım* konulu Avrupa Konseyi Rec (2006)8¹⁴ sayılı Tav-

¹⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (2006)8 sayılı Tavsiye kararı öncesi konu hakkındaki faaliyetleri şu tavsiyeler ve sözleşmelerle somutlaştırılmıştır:

-Tavsiyeler:

- R(87)21 Sayılı Mağdurlara Yardım ve Mağdurluğun Önlenmesi;
- R(85)11 Sayılı Ceza Kanunu ve Usulü çerçevesinde Mağdurun Konumu.

-Sözleşmeler:

- Şiddet Suçu Mağdurlarına Tazminat Verilmesi Avrupa Sözleşmesi (ETS No.116, 1983);
- Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi(CETS No.196, 2005);
- İnsan Ticaretine Karşı Eylem Avrupa Konseyi Sözleşmesi(CETS No. 197, 2005).

(2006) 8 sayılı Tavsiye Kararına göre,

Mağdur, kusurlu bir eylem sonucu fiziki veya akli bir zarar, duygusal hüznün veya ekonomik kayıp türü bir zarar gören bir insandır. Mağdur terimi en yakın aile üyeleri ile doğrudan mağdura bağımlı olanları da kapsamaktadır.

Mükerrer mağdurluk kavramı- aynı kişinin belli bir süre içinde birden fazla suç eyleminden zarar görmesidir.

İkincil mağdurluk ise suç eylemi sonucu doğrudan oluşan mağdurluk ötesinde mağdura karşı kurumlar ve kişilerce yakınılan tutumlar anlamına gelmektedir.

İlkeler arasında başlıcaları şöyledir:

- Mağdurlara yönelik koruma hizmetleri ve tedbirleri suçlu kişinin kimliği, tutuklanması, hakkında kamu davası açılması veya mahkumiyetine bağlı olmalıdır.

- Yardım, sosyal bakım ve danışmanlık hizmetleri kadar tıbbi bakım, maddi destek ve psikolojik sağlık bakım hizmetlerini içermelidir.

- Bu hizmetler en azından felaketin hemen sonrası ücretsiz sağlanmalıdır.

- Mağdur ikincil mağduriyetten olabildiğince korunmalıdır.

- Mağdurla temas içinde olan kurumlar ile personeli arasında suçun olumsuz etkileri ile mağdurluğun ne demek olduğu konusunda anlayış birliğini oluşturmak üzere gerekli tedbirler Devletçe alınmalıdır.

- Bir suçtan hakkında kamu davası açılan veya hükümlü olan kişinin salıverilmesi mağdur için tehlike riski olabildiğinde mağdurun haberdar edilmesi yolunda bir karar alınabilmelidir.

- Devletçe özellikle mükerrer mağdurluğu belirleme ve mücadele amaçlı siyasetler geliştirilmelidir. Mağdura destek verilmesi ve suçların önlenmesi stratejilerinde, mükerrer mağdurluğun önlenmesi en temel öge olmalıdır. Bu konuda personel kadar tikel mağdurların bilinçlendirilmesi yanında kendileri için riskleri azaltma vasıtaları önerilmeli ve önerilen tedbirlerin yerine getirilmesi için destek

siye Kararı ile Avrupa Birliği'nin 2004/80/EC sayılı *Suç Mağdurlarının Tazmini* direktifinin göz önüne alınması düşünülmeli; suç mağdurlarının desteklenmesi ve zararlarının giderilmesi için "*suç mağdurları fonu*" oluşturulmalı; bu fona her hükümlünün belli bir miktar (örneğin 250 TL.) ödemesi, gün-para cezalarından bir miktarının aktarılması hükmü getirilmelidir. Kurulacak *mağdur fonu* ile *Denetimli Serbestlik ... Kanunu*'nda yer alan danışmanlık ve yardım hükmü *de-facto* bir uygulamaya kavuşabilecektir. Sonuçta bu yasal düzenleme ile mağdur ve yakınları ile tanıkların gereksinimleri karşılamak işlevi, ceza adaleti sisteminin odağını oluşturmalıdır.¹⁵ Bu doğrultuda "*Türk Denetimli Serbestlik Hizmetlerinde ... Mağdurlarla ilgili çalışmaların geliştirilmesi AB eşleştirme projesi*" önemli bir atılım olarak görülmelidir.¹⁶

sağlanmalıdır.

- Suç mağdurları, failerin tehditlerine karşı korunmalıdır.

¹⁵ Bkz. M.T.Yücel, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB, 2007, s. 224.

	Liberal Model	İnsan Haklarına Odaklı Model
Suçun doğası	Suç, devlet kanunlarının ihlal edilmesidir.	Suç, insan haklarının ihlal edilmesidir.
Ceza yargılama usulünün amacı	Devletin suçluyu cezalandırma hakkının icra edilmesidir.	Mağdurun zararının giderilmesi, potansiyel mağdurlara güvence verilmesidir.
Ceza adaletinin varlık nedeni	Geleceğe yönelmektedir: Hukuku desteklemekte, gelecekte ihlalleri önleme amacı gütmektedir.	Günümüz ile ilgilenmektedir: Mağdura odaklanarak barışı sağlamak amacı güdülmektedir.
Mağdurun rolü	Mağdur sadece tanık olarak önem taşıyor ve soruşturma/kovuşturmayı desteklemek zorundadır	Yargılama usulünde yarar gören bir kişi olarak mağdur yargılama sürecine taraf olmaktadır.
İnsan haklarının anlamı	İnsan hakları ceza adalet sistemini kısıtlamaktadır.	İnsan hakları ceza adalet sistemine muhtaçtır.

¹⁶ Bu proje kapsamında standartların belirlenmesi; mağdur odaklı müdahale programının belirlenmesi çerçevesinde özellikle "hırsızlık ve gasp", "aile içi şiddet" ile "cinsel suç" mağdurları için koruma programlarının hazırlanması planlanmıştır. Bkz. II. Uluslararası Denetimli Serbestlik Konferansı (12-13 Mart 2009) Ankara

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İzzet BAŞARA*

GİRİŞ

Ticari hayatta bir mal satan, hizmet sunan ya da belirli bir şeyi imal etme borcu altına giren kişiler, bu edimlerin karşılığını oluşturan bedelli nakden ve peşin olarak alabilecekleri gibi, vadeye de bağlayabilirler. Bu halde alacaklı borçluyu yeterince tanımıyor ve onun ödeme gücü hakkında yeterli bilgi sahibi değilse, kendisine bir takım teminatlar verilmesini talep edebilir. Bu çalışmanın konusu olan teminat mektupları bu tür bir gereksinim sonucu ortaya çıkmış ve uygulamada yaygınlık kazanmıştır.

Teminat mektubu muhataba hitaben düzenlenir. Kendisine garanti verilen kişiye “*muhatap*”, lehine teminat mektubu verilen kredili müşteriye ise “*lehdar*”, denilir. Bankalar, teminat mektupları ile asıl sözleşmenin alacaklısı olan muhataba, borçlu konumunda olan lehda-rın edimini hiç veya gereği yerine getirmedeği takdirde ortaya çıkabilecek zararları karşılamayı taahhüt etmektedirler.

Banka teminat mektupları, genellikle herhangi bir mahkeme kararına veya borçlunun rızasının alınmasına gerek olmaksızın, garanti alan muhatabın ilk yazılı talebinde derhal ve gecikmeksizin ödenme taahhüdünü içerdiklerinden, masrafsız ve hızlı bir şekilde paraya çevrilme imkânı verecektir. Bu sebeple uygulamada banka teminat mektupları daha çok tercih edilmektedir.

Banka teminat mektuplarına ilişkin pozitif bir düzenleme mevcut olmaması sebebiyle hukuki niteliği hususu doktrinde ve uygulamada

* Dazkırı (Afyonkarahisar) Hâkimi.

tartışma konusu olmuştur. Yargıtay'ın 1967 ve 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme kararlarından sonra teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmiştir. Bu çalışma kapsamında da teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu esas alınarak kavram ve unsurlar incelenmiştir.

I. BANKA TEMİNAT MEKTUBU KAVRAMI VE UNSURLARI

A. KAVRAM

Teminat mektuplarının içeriğinin farklı olabilmesi sebebiyle bunlara ilişkin ortak bir tanımın verilmesi mümkün olmamaktadır.¹ Nitekim doktrinde yapılan tanımlarda banka teminat mektuplarının hepsinde bulunan ortak özellikler belirtilmektedir.

Akyazan'a göre *"borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimi yerine getirmemesi halinde, belirli bir miktar parayı alacaklının ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair banka tarafından verilen mektuba banka teminat mektubu denir."*² Taşpolat'a göre ise, *"teminat mektubu, bankanın muayyen bir işin gerçekleştirilmesini, bir malın teslimini veya bir borcun ödenmesini muhataba taahhüt eden müşterisinin, bu taahhüdü evvelce muhatap tarafından saptanan koşullara uygun olarak yerine getirilmemesi halinde belirli bir paranın, banka tarafından muhataba ödeneceğini garanti altına alan belgedir."*³

Banka teminat mektuplarının hukuki mahiyeti genel olarak garanti sözleşmesi şeklinde kabul edildiğinden, çalışmada kavram ve unsurlar bu kapsamda ele alınacaktır.

Garanti sözleşmelerine ilişkin olarak doktrinde birbirinden farklı tanımlar yapılmıştır. Tandoğan'a göre, garanti sözleşmesi; garanti verenin, garanti alanın bir teşebbüse girişmesinden veya kendisiyle bir borç ilişkisine girdiği üçüncü kişinin borcunu ifa etmemesinden doğa-

¹ Barlas, Nami, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, İstanbul 1986, s. 8; Şanlı, Cemal/Ekşi, Nuray, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, 5. b., İstanbul 2006, s. 177.

² Akyazan, Sıtkı, "Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar", *BATİDER*, C. VII, S. 3, 1974, s. 567.

³ Taşpolat, Ali, *Banka Garantileri*, İstanbul 1989, s. 21.

cak zarar tehlikesini üstlendiği asli nitelikte bir sözleşmedir.⁴ *Reisoğlu* ise garanti sözleşmesini garanti verenin, garanti alanın girişeceği bir teşebbüsle ilgili olarak, gelecekte gerçekleşmesi az çok şüpheli olan bir fiilin veya olayın gerçekleşmemesinden doğacak zarar tehlikesini bağımsız bir taahhülle üzerine aldığı bir sözleşme olarak tanımlamıştır.⁵ Yargıtay'ın yapmış olduğu tanıma göre, "garanti sözleşmesi fer'i nitelikte olmayan bir sözleşmedir ki garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktadır."⁶

B. UNSURLARI

Bankaların yaptıkları teminat mektubu sözleşmelerinin garanti sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için garanti sözleşmelerinde bulunması gereken unsurları ihtiva ediyor olması gerekmektedir. Aksi takdirde yapılan sözleşme teminat amaçlı bir sözleşme olsa da, garanti sözleşmesi olamaz. Bir başka ifade ile bankaların yapmış olduğu banka teminat mektubu sözleşmesi, garanti sözleşmesinin varlığı için gerekli olan unsurları taşıyamaması halinde tamamen geçersiz olmayacak, yalnızca garanti sözleşmesi olarak değerlendirilemeyecektir.⁷

Yapılan teminat mektubu sözleşmesinin garanti sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için aşağıda belirtilen unsurları taşıması gerekmektedir.

1. Garanti Alanın Belirli Bir Hareket Tarzına Yöneltilmiş Olması

Garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanı yapma şeklinde olumlu veya yapmama şeklinde olumsuz bir hareket tarzına yö-

⁴ Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 3. b., Ankara 1985, s. 809.

⁵ Reisoğlu, Seza, *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1963, s. 9.

⁶ Y. 11. HD, 15.10.1985 T., E. 4169/K. 5613, Reisoğlu, Seza, "Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI*, Ankara 1989, s. 69(naklen).

⁷ Doğan, Vahit, *Banka Teminat Mektupları*, 3.b., Ankara 2005, s. 39.

nelmek amacı ile, garanti alanın bu hareket tarzı neticesinde doğması muhtemel olan zararlarını karşılamayı taahhüt etmektedir. Burada garanti alanı belirli bir hareket tarzına yönelmek amacı, garanti sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırmakta ve garanti sözleşmesini karakterize etmektedir.⁸

2. Rizikonun Üstlenilmesi

Garanti veren, garanti alanı belirli bir hareket tarzına yönelmek üzere, bu hareket tarzı neticesinde ortaya çıkabilecek rizikoları üstlenmeyi taahhüt etmektedir. Bir başka ifadeyle, garanti sözleşmesinde, sözleşme metninde belirtilen ve muhatap için ekonomik açıdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi veya zararlı bir olayın gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkacak riskler garanti veren tarafından güvence altına alınmaktadır.⁹ Burada belirtmek gerekir ki, garanti sözleşmesi ile üstlenilen risklerin hangi ilişkiden kaynaklanabilecek riskler olduğu taraflarca önceden belirlenmelidir. Taraflar arsında mevcut olan veya kurulacak olan tüm ilişkilerden doğacak risklerin tek bir garanti sözleşmesi ile garanti altına alınması geçerli kabul edilmemektedir. Dolayısıyla taraflar arasında birden fazla hukuki ilişki mevcut ise, her bir hukuki ilişkiden doğacak riskler ayrı bir garanti sözleşmesi ile güvence altına alınmalıdır.¹⁰

Yargıtay kararlarında da garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumlu olacağı risklerin önceden tespit edilmiş olması gerektiği vurgulanmıştır. Yargıtay'a göre, belirsizliğin garantisi olmaz. Bu itibarla garanti sözleşmelerinde her ne kadar garanti verenin sorumlu olacağı limitin gösterilmesine gerek olmadığı kabul edilse de, hangi riskin garanti edildiğinin belirlenmiş olması ya da tereddüde mahal vermeyecek şekilde belirlenebilir nitelikte olması gerekmektedir.¹¹

⁸ Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. b., İstanbul 2007, s. 878; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 809-810; Tandoğan, Haluk, *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1959, s. 12; Doğan, s. 39; Reisoğlu, *Garanti*, s. 17; Tekinalp, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, İstanbul 1988, s. 374.

⁹ Doğan, s. 39-40; Reisoğlu, *Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü*, s. 69; Arkan, Sabih, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", *BATİDER*, C. XVI, S. 4, 1992, s. 63; Reisoğlu, *Garanti*, s. 9; Akyol, Şener, *Banka Sözleşmeler (Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 3. Fasikül)*, *Kemaleddin Birsene Armağan*, İstanbul 2001, s. 175.

¹⁰ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 811-812; Doğan, s. 40; Akyol, s. 175.

¹¹ Doğan, s. 40-41; Akyol, s. 175; Y. 19. HD., T. 23.09.2002, E. 2001/8061, K. 2002/5973

3. Bağımsız Bir Yükümlülük Altına Girilmiş Olması

Garanti sözleşmesi ile garanti veren garanti alana karşı bağımsız bir yükümlülük altına girmektedir. Burada bağımsızlık ile kast edilen, garanti verenin yükümlülüğünün asıl sözleşmenin varlığına, geçerliliğine ve dava edilebilir olup olmamasına bağlı olmadığıdır.¹² Yargıtay da garanti sözleşmesinde garanti verenin asıl borç ilişkisinden bağımsız bir yükümlülük altına girdiğini kabul etmektedir.¹³ Aynı şekilde banka teminat mektuplarında da lehdarın fiilini taahhüt eden bankanın, lehdar ile muhatap arasındaki sözleşmeden bağımsız olarak taahhüt altına girdiği kabul edilmektedir.¹⁴

4. İvaz

Garanti sözleşmelerinde ivazın sözleşmenin esaslı unsurlarından olup olmadığı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre, garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Garanti veren rizikoyu bir ivaz karşılığında yüklenmemiştir.¹⁵ Diğer bir görüşe göre ise, garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasına rağmen, bazı hallerde ivazlı da olabilir.¹⁶

Burada belirtmek gerekir ki, banka teminat mektubu sözleşmesi lehdarın talebi üzerine garanti veren ile muhatap arasında yapılmakta ve bu sözleşme ile garanti veren muhataba karşı tek taraflı bir borç altına girmektedir. Dolayısıyla, garanti verene karşı ancak lehdarın bir ivaz taahhüdünde bulunmuş olması teminat mektubu sözleşmesini ivazlı bir sözleşme haline getirmeyecektir. Bankacılık uygulamasında, teminat mektubu sözleşmesi yapan banka belli bir komisyon talep etmektedir. Ancak banka bu komisyonu teminat mektubu sözleşmesi yaptığı kişiden değil, lehine teminat mektubu vermeyi üstlendiği kişi-

(kazanci.com.tr, E.T: 21.03.2008).

¹² Doğan, s. 42; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 812; Reisoğlu, *Garanti*, s. 19.

¹³ Y. 13.HD., 27.04.1992, T., E. 1992/305, K. 1992/3896www.kazanci.com.tr, E.T: 15.01.2009).

¹⁴ Y.11. HD., 27.12.1990 T., E. 1989/4046, K. 1990/8459; YHGK., 28.02. 1990 T., E. 1990/6-1, K. 1990/141; YHGK., 14.11.2001 T., E. 2001/11-996, K. 2001/1026; Y. 12. HD., 7.11.2003T., E. 2003/16972, K. 2003/21995(www.kazanci.com.tr, E.T: 15.01.2009).

¹⁵ Reisoğlu, *Garanti*, s. 22–25; Akyol, s. 175.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., Doğan, s. 44; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 815 vd.

den talep ettiğiinden sözleşme ivazlı hale gelmeyecektir.¹⁷

II. BANKA TEMİNAT MEKKTUPLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir hukuki ilişkinin hukuki niteliğinin tespiti, söz konusu ilişkinin hüküm ve sonuçları bakımından önem arz etmektedir. Hukuki ilişki, kapsamı içine girdiği hukuk kurallarına göre düzenlenecek, hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.¹⁸

Banka teminat mektuplarına ilişkin bizim hukukumuzda pozitif bir düzenleme mevcut olmaması sebebiyle teminat mektuplarının hukuki niteliği hususu doktrinde ve uygulamada tartışma konusu olmuştur.

Teminat mektuplarının hukuki niteliği hakkında ileri sürülen görüşlerden biri kefalet sözleşmesi olduğu yönünde iken, bir diğeri garanti sözleşmesi olduğu yönündedir. Bu iki görüşün yanında banka teminat mektuplarının karma nitelikli veya sui generis bir sözleşme olduğunu savunanlar da vardır.¹⁹

A. KEFALET SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Kefalet sözleşmesi şahsi teminat akitlerinden biri olarak Borçlar Kanunu'nun. 483 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Madde 483'e göre, "kefalet bir akittir ki onunla bir kimse borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder." Borçlar Kanunu'ndaki ifadeden kefilin alacaklıya karşı asıl borcun ifasını üstlendiği gibi bir sonuç çıksa da, kefil kefaletten kaynaklanan kendi borcunu ifa eder. Nitekim doktrinde bu tanım düzeltilerek, kefalet sözleşmesi, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde, bundan kişisel olarak sorumlu olacağını alacaklıya karşı taahhüt ettiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır.²⁰

¹⁷ Reisoğlu, *Garanti*, s. 24-25; Doğan, s. 44; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 817.

¹⁸ Barlas, s. 26; Erzurumluoğlu, Erzan, "Teminat Mektupları ve Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği", *Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, C. V, S. 1, 1973, s. 18.

¹⁹ Barlas, s. 26; Doğan, s. 30.

²⁰ Reisoğlu, Seza, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara 1964, s. 1; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 693; Olgaç, Senai, *Kefalet*, Ankara 1978, s. 11

Doktrinde²¹ ve Yargıtay'ın²² bazı eski kararlarında banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmekteydi. Bu görüşe göre, banka, muhatabın hiçbir zarara uğramayacağını değil, lehdarın taahhüdünü yerine getirmemesi halinde muhatabın, teminat mektubu sözleşmesinde yer alan miktara kadar uğrayacağı zararları karşılayacağını taahhüt etmektedir. Ayrıca banka, teminat mektuplarında “*borçlu ile birlikte müteselsil kefil*” sıfatı ile sorumluluk altına girdiğine de yer vermektedir. Bu sebeple banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin kefalet sözleşmesi olduğunu kabul etmek gerekir.²³

B. GARANTİ SÖZLEŞMESİ GÖRÜŞÜ

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği hususunda ileri sürülen bir diğer görüş, banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olduğu yönündedir. Bu görüşü savunanlara göre, banka teminat mektupları üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olması sebebiyle bir tür garanti sözleşmesidir. Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün düzenlendiği Borçlar Kanunu'nun 110. maddesine göre, “*bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse, bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur.*” Banka teminat mektubunda da banka, üçüncü kişi konumunda olan lehdarın edimini ifa etmemesi veya teminat mektubunda belirtilen diğer risklerin ortaya çıkması halinde, muhatabın uğrayacağı zararları karşılamayı taahhüt etmektedir.²⁴ Burada banka teminat mektubunun geçerliliği üçüncü

Borçlar Kanunu tasarısında bu yanlış anlaşılmayı önleyecek nitelikli bir kefalet tanımı yapılmıştır ki buna göre, “kefalet sözleşmesi, kefilin alacalıya karşı borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.” (BKT m. 581)

²¹ Reisoğlu, *Garanti*, s. 102 vd; Sav, Atilla, “Banka Teminat Mektuplarının Haczi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1967, S. 1, s. 48.

²² Y. TD., 23.1.1968 T, E. 67/1558, K. 400, Doğan, s. 30, dpn. 6 (naklen); Y. TD. 06.12.1959, E. 58, K. 377; Y. TD., 30.04.1959 T, E. 892, K. 1213, Tandoğan, *Garanti*, s. 35, dpn. 129 (naklen).

²³ Ayrıntılı bilgi i.in bkz., Doğan, s. 30-31; Reisoğlu, *Garanti*, s. 102 vd. ; Barlas, s. 40.

²⁴ Ayrıntı bilgi için bkz., Doğan, s. 31; Teoman, Ömer, “Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Ankara 1995, s. 112; Günel, Vural, “Teminat Mektupları”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 6, 1968, s. 973; Akyazan, Sıtkı, “Teminat Mektuplarında Zamanlaşımı”, *BATİDER*, C. VIII, S. 1, 1975, s. 2-3; Akyol, Şener, *Banka Sözleşmeler (Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 3. Fasikül)*, *Kemaleddin Birsen'e Armağan*, İstanbul 2001, s. 173.

kişinin borcunun varlığından ve geçerliliğinden bağımsızdır.²⁵

Ayrıca teminat mektubu metninde yer alan “*protesto keşidesine ve hüküm istihsaline gerek kalmaksızın ve borçlunun rızasını almaksızın ilk yazılı talepte derhal ve gecikmeksizin*” şeklindeki ödeme taahhüdü de banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi sonucuna götürmüştür.²⁶ Nitekim bu ibareler bankanın, garanti sözleşmesinde olduğu gibi asıl borçtan bağımsız bir yükümlülük altına girdiğini göstermektedir.²⁷

Garanti sözleşmeleri, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi (kefalet benzeri garanti sözleşmesi) ve belli bir işe yöneltmeyi amaçlayan saf garanti sözleşmesi şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde, garanti alanı bir teşebbüse sevk etmekten ziyade, riske karşı teminat ilk plandadır. Yöneltmeyi amaçlayan saf garanti sözleşmelerinde ise, garanti alanı belli bir teşebbüse sevk etmek amacıyla bu teşebbüs neticesinde ortaya çıkacak zararların karşılanacağı taahhüt edilmektedir.²⁸ Bu anlamda banka teminat mektupları, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi olarak nitelendirilebilirler.²⁹

C. KARMA NİTELİKLİ SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Karma nitelikli sözleşme görüşüne göre, banka teminat mektuplarının tamamını garanti sözleşmesi veya kefalet sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün değildir. Söz konusu teminat mektubunu kendi içinde değerlendirmeye tutarak hukuki niteliği tespit edilmelidir. Nitekim tarafların teminat mektubunu kefalet veya garanti sözleşmesi niteliğinde düzenlemeleri mümkün olup, bu konuda kısıtlayıcı bir hük-

²⁵ Reisoğlu, Seza, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, 4. b., Ankara 2003, s. 69; Akyazan, *Zamanaşımı*, s. 2; Aral, Fahrettin, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları”, *Fikret Eren'e Armağan*, Ankara 2006, s. 136.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, s. 29.

²⁷ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, s. 60; Tekinalp, s. 381; Omağ, Semra, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti ve Hükümleri”, *BATİDER*, C. VI, S. 2, 1971, s. 327.

²⁸ Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s. 804 vd.; Tekinalp, s. 374; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, s. 35; Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri*, 5. b., Ankara 2003, s. 442; Yavuz, s. 872 vd.

²⁹ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, s. 36.

me yer verilmemiştir. Şayet banka, üçüncü şahsın borcunun varlığına, geçerliliğine ve ifasının mümkün olup olmadığına bağlı olmaksızın yükümlülük altına girmişse söz konusu teminat mektubunun garanti sözleşmesi, aksi takdirde kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.³⁰

D. SUI GENERİS SÖZLEŞME GÖRÜŞÜ

Bu görüşe göre, banka teminat mektupları, temel fonksiyonları itibariyle gerek kefalet gerek garanti sözleşmeleri gibi bir müessese olmakla birlikte, hüküm ve sonuçları bakımından kefalet veya garanti sözleşmesi ile tam olarak uyuşmamaktadır. Bu sebeple, banka teminat mektuplarının teminat hukuku alanına dâhil sui generis bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir.³¹

E. YARGITAY'IN GÖRÜŞÜ

Yargıtay banka teminat mektupları ile ilgili olarak 1967 ve 1969 tarihlerinde iki İçtihadı Birleştirme Kararı vermiştir.

13.12.1967 T., E. 1966/16, K.1967/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda³² banka teminat mektupları garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Bu karara göre; *"Bankanın sıfatı teminatı veren olduğundan, taahhüdü, esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamen müstakildir. Bankanın taahhüdü lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder. Bir kimse, asıl borçlunun ileri sürebileceği itirazlara bakılmaksızın borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminini kabul etmesi halinde o kimseye garanti veren durumundadır. Üçüncü şahsın fiilini garanti eden, yani bu şahsın bir şey yapacağını başkasına vaat eden şahıs müstakil bir taahhüt altına girmiştir."* Karardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay aslilik-ferilik kıstasından hareket etmiş ve bankanın taahhüdünün, lehdar ile muhatap arasındaki esas

³⁰ Tandoğan, *Garanti*, s. 32-33; Barlas, s. 46.

³¹ Akyazan, *Çeşitli Sorunlar*, s. 571.

³² Aynı yönde Yargıtay kararları için bkz., Y. 11. HD., 27.12.1990 T., E. 1989/4046, K. 1990/8459; YHGK., 14.11.2001 T., E. 2001/11-996, K. 2001/1026; Y. 12. HD., 7.11.2003T., E. 2003/16972, K. 2003/21995; Y. 11. HD., 04.06.2007 T., E. 2006/5679, K. 2007/8483; Y. 11. HD., 21.09.2007 T., E. 2003/12386, K. 2004/8668 (www.kazanci.com.tr, E.T: 15.01.2009).

sözleşmeden bağımsız ve dolayısıyla garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır.

Teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğuna ilişkin değerlendirme kararın gerekçesinde yer almasına rağmen, sonuç kısmında yer almamış olması sebebiyle ilk derece mahkemeleri teminat mektuplarını kefalet sözleşmesi olduğu yönünde kararlar vermeye devam etmiştir.³³

Yargıtay uygulamadaki bu belirsizliği ortadan kaldırmak için 1969 tarihinde ikinci bir İçtihadı Birleştirme Kararı³⁴ vermiştir. Kararın sonuç kısmında, *“Muvakkat ithal yoluyla ithal edilen malların tayin edilen süre içerisinde yurt dışına çıkarılmaması halinde bu eşya için gümrük vesaire vergi ve resmi olarak tahakkuk ettirilen paranın gümrük idaresinin her zaman yapabileceği yazılı istek üzerine, derhal ve herhangi bir itiraz veya hüküm istihsaline mahal kalmaksızın ödemekte bankanın borçlu ile birlikte müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla zamin olduğuna dair bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine ve fakat borçlu ile değil de diğer şahıslarla yapılan bir akde dayanarak gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet itibarıyla Borçlar Kanunu'nun 110. maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdi olduğu ...”* hükme bağlanmıştır.

Söz konusu kararın gerekçe kısmında ise şu ifadelere yer verilmiştir; *“Banka gümrük idaresine karşı onun isteği üzerine, hiçbir itiraz dermeyan etmeden ve hüküm istihsaline mahal kalmadan bu parayı ödemeyi kabul etmekle esas borcun hukuken mevcut, muteber ve dava edilebilir olduğuna dair kefilin Borçlar Kanununun 497. maddesine göre ileri sürmekle mükellef olduğu defileri dermeyan etmekten feragat etmek suretiyle asıl borçtan müstakil olarak bir taahhüt altına girmiş durumdadır. Asıl borçlu bu defileri dermeyan etmek hakkını haiz ve kefil de kanunen buna mecbur olduğu halde banka bunları ileri sürmekten feragat etmek suretiyle asıl borçludan da daha ağır bir külfet altına girmiş durumdadır. Kefil, asıl borçludan fazla mükellefiyet altına giremez. Bu sebeple defilerden bidayette feragat bu şartın hükümsüzlüğünü icap ettirmeyip akdin vasfını tayinde bir kıstas olarak alınması gerekmektedir. Borçlar Kanunu'nun 497. maddesi uyarınca bu şart hükümsüz sayılarak akdin kefalet akdi olarak nitelendirilmesine ilişkin görüş ile sözü edilen (itirazsız ve hükümsüz) ödeneceğine dair şart defilerden feragat tazammum eden bir*

³³ Doğan, s. 33.

³⁴ YİBK. T. 11.6.1969, E. 1969/4, K. 1969/6;www.kazanci.com.tr (E.T: 15.01.2009).

şart olmayıp, tediyeyi kolaylaştıran ve ödemenin hemen yapılmasını temine matuf bir şart olduğuna ilişkin görüş çoğunluk tarafından benimsenmeyerek mektubun bu niteliğini vasfını tayinen de kâfi görülmüştür."

Yargıtay daha sonraki tarihte verdiği bir başka kararında, teminat mektubunda "*müşterek ve müteselsil kefil*" ifadelerine yer verilmişse de, metinde yer alan "*protesto keşidesine, istihsaline, borçlunun rızasını alma-ya gerek kalmaksızın ilk yazılı talepte derhal ödeme*" şeklindeki taahhüdü dikkate alarak, banka teminat mektubunu garanti sözleşmesi olarak nitelendirmiştir.³⁵

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda teminat mektuplarına ilişkin pozitif bir düzenlemeye yer verilmediğinden, taraflar irade serbestisi çerçevesinde, teminat mektuplarını garanti sözleşmesi niteliğinde yapabilecekleri gibi, kefalet sözleşmesi niteliğinde de yapabilirler. Bu sebeple teminat mektuplarını bir bütün olarak kefalet veya garanti sözleşmesi olarak nitelendirmek yerine metinden hareketle hukuki niteliğinin tespiti yerinde olacaktır.³⁶ Eğer bankanın verdiği teminat ile temel ilişki birbiriyle bağımlı ise, bu durumda kefalet sözleşmesi niteliğinde bir teminat mektubundan, arada herhangi bir bağımlılık söz konusu değil ise, garanti sözleşmesi niteliğinde bir teminat mektubundan söz edilebilir.

Teminat mektuplarını bir bütün olarak kefalet veya garanti sözleşmesi olarak nitelendirmek pek uygun olmasa da, bankacılık uygulamasında teminat mektuplarının genellikle garanti sözleşmesi nite-

³⁵ Y. 11. HD. 17.05.1983 T., E. 1983/2462, K.1983/2617(www.kazanci.com.tr, E.T: 15.01.2009). Doktrinde, Yargıtay'ın teminat mektuplarının metinlerinde yer alan "ilk yazılı talepte derhal ödeme" veya hiçbir itiraz ve def'i ileri sürmeksizin ödeme" ibarelerinden hareketle teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yönündeki görüşü isabetli bulunmamıştır. Zira itiraz ve def'ilerden başlangıçta feragat kefalet sözleşmeleri bakımından emredici nitelikteki hükümlere aykırılık teşkil etmez. Dolayısıyla teminat mektuplarının metninde "ilk talepte ödeme" veya hiçbir itiraz ve def'i ileri sürmeksizin ödeme" ibarelerine yer verilmiş olması halinde, teminat mektuplarını doğrudan garanti sözleşmesi olarak nitelendirmek yerine, garanti sözleşmesi olduğu yönünde aksi ispat edilebilir bir karine olarak kabul etmek yerinde olacaktır (Barlas, s. 47; Doğan, s. 36). Kocaman ise, "ilk talepte ödeme" kaydı garanti sözleşmesinin varlığını kesin olarak göstermediğini, ancak "hiçbir itiraz ve def'i ileri sürmeksizin ödeme" kaydının fer'i nitelikte olmayan garanti sözleşmesinin varlığını kesin olarak gösterdiğini kabul etmektedir (Kocaman, Arif, "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine", *BATİDER*, C. XV, S. 3, 1990, s. 64; aynı yönde bkz., Arkan, s. 63).

³⁶ Doğan, s. 36; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, s. 79.

liğinde yapılması ve doktrinde de ağırlıklı olarak garanti sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesi sebebiyle bu çalışmada teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinden hareketle konu incelenecektir.

F. GARANTİ SÖZLEŞMESİ OLARAK NİTELENDİRİLEN BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ KEFALETEN FARKLARI

Yukarıda da belirtildiği gibi günümüzde gerek Yargıtay kararlarında gerekse doktrinde banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu genel kabul gören bir anlayış olmasına rağmen, önceleri teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmekteydi.³⁷ Bu sebeple bu iki sözleşme türü arasındaki farkların incelenmesinde fayda vardır.

İlk olarak, geçerli bir kefalet sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşmenin yazılı olarak yapılmış olması gerekir (BK m. 484). Borçlar Kanunu'nun bu hükmü ile kefaletin geçerliliği yazılı olarak yapılmış olması şartına bağlanarak, şekil şartı ispat şartı değil, geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür. Garanti sözleşmeleri bakımından kefalet sözleşmelerinde olduğu gibi bir şekil şartı aranmaz. Borçlar Kanunu madde 11'e göre; kanunda aksine hüküm bulunmadıkça sözleşmenin geçerliliği şekil şartına bağlı değildir. Dolayısıyla kanunda hakkında düzenleme bulunmayan garanti sözleşmesi bakımından da Borçlar Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülen şekil serbestliği ilkesi geçerlidir. Yargıtay da ilgili kararında garanti sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için taraf iradelerinin birleşmesinin yeterli olacağını belirtmiştir.³⁸

Borçlar Kanunu'nun 484. maddesinde kefaletin geçerliliği yazılı olarak yapılmış olmasının yanında, ayrıca kefilin sorumlu olacağı miktarın da gösterilmesi şartına bağlanmıştır. Eğer kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı miktar tespit edilmemiş ise, yapılan kefalet söz-

³⁷ Reisoğlu, *Garanti*, s. 102 vd; Tandoğan, *Garanti*, s. 35.

³⁸ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, s. 75; Taşpolat, s. 109; Doğan, s. 53; Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 1985, s. 314; Aral, *Teminat Mektupları*, s. 135; Y. 11. HD., 27.02. 1990 T., E.1989/4046, K. 1990/8459 (www. kazanci.com.tr, E. T: 17.01.2009).

leşmesi geçersiz olacaktır.³⁹ Şekil serbestisinin hâkim olduğu garanti sözleşmelerinde ise kefaletten farklı olarak, garanti verenin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesine gerek yoktur.⁴⁰ Yargıtay da garanti sözleşmesinde garanti verenin sorumlu olacağı miktarın gösterilmesine gerek olmadığı görüşündedir. Yargıtay kararlarında her ne kadar garanti verenin sorumluluğunun gösterilmesine gerek olmadığı kabul edilse de, hangi riskin garanti edildiğinin gösterilmesi gerektiği, belirsizliğin garantisi olmayacağı görüşü benimsenmiştir.⁴¹

Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu asıl borca bağlı fer'i bir borçtur (BK m. 485). Kefaletin fer'i bir borç olması sebebiyle kefalet sözleşmesinin geçerliliği temel borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır. Asıl borç ilişkisinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, kefilin borcu da sona erecektir (BK m. 492).⁴² Garanti sözleşmesinde garanti verenin

³⁹ BK'nın bu hükmü Yargıtay kararlarında daha esnek bir yoruma tabi tutulmuştur. Buna göre, özellikle banka kredi kartı sözleşmelerinde, kefilin sorumlu olacağı limit rakamsal olarak gösterilmemiş, ancak kart sahibinin harcama limitine yollama yapılarak kefilin sorumlu olacağı azami miktar belirtilmişse kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmiştir. Hatta kredi kartı sözleşmesine atıf yapılmamış, sadece kredi kartı sahibinin harcama limiti gösterilmişse, kefilin de bu limit dâhilinde sorumlu olacağı ve kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmiştir (Y. 19. HD., 15.03.2002 T., E. 2001/ 1052, K. 2002/1842; Y. 11. HD.,28.05.2002T., E. 2002/2649, K.2002/5315, www.kazanci.com.tr, E.T: 17.01.2009). Yargıtay azınlıkta olan bazı kararlarında ise, asıl borç tutarının belirli olmasına karşın, kefilin sorumlu olacağı azami miktar belirlenmeden yapılan kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu kabul etmiştir(Y 13. HD., 23.06.2003 T., E.2003/2543, K. 2003/8151; Y. 13.HD., 15.10.2004 T., E.2004/12253, K.2004/14567,www.kazanci.com.tr, E.T: 17.01.2009). Belirtmek gerek ki, Yargıtay'ın kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirlenmeden yapılan kefalet sözleşmesini geçersiz sayması yönündeki yaklaşımı daha yerindedir. Çünkü kefalet sözleşmelerinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesi ile kefil sorumlu olacağı miktarı bilecek ve buna göre kefil olup olmamaya karar verecektir. Dolayısıyla ne kadar meblağla sorumlu olduğunu bilmeyen, sözleşmede yapılan atıftan bunu hesaplayacak kadar bilinçli olmayan kişi, kolayca kandırılarak kefalet sözleşmesi yapmaya ikna edilmekte ve bunun sonucunda ödeyemeyeceği bir yükümlülük altına girmektedir. Yalnızca dostane ilişkiler dolayısıyla kefil olan kişilerin bu şekilde mağdur olmasını önlemek amacıyla kefalet sözleşmesi yapılırken kefilin sorumlu olacağı azami miktar açıkça gösterilmelidir.

⁴⁰ Reisoğlu, *Garanti*, s. 66; Kuntalp, Erden, " Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII*, Ankara 1996 s. 299; Taşpolat, s. 109; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 314; Aral, *Borçlar Hukuku*, s. 443.

⁴¹ Y. 19. HD.,23.09.2002 T., E.2001/8061,K. 2002/5973(www.kazanci.com.tr,E.T:17.01.2009).

⁴² Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, s. 76; Doğan, s. 56; Tandoğan, *Garanti*, s. 19-20;

borcu ise fer'i nitelikte olmayan bir borçtur. Garanti veren bağımsız bir taahhütte bulunmuştur. Dolayısıyla asıl borcun sona ermesi mutlak suretle garanti verenin borcunun da sona ermesi sonucunu doğurmaz. Eğer asıl borcun sona ermesi, garanti altına alınan rizikoyu da sona erdiriyorsa, bu takdirde garanti verenin borcu da sona erecektir. Buna karşılık yalnızca asıl borcu sona erdirecek nitelikte bir neden varsa, (örneğin; borçlunun ehliyetsizliği gibi) asıl borç sona ermesine rağmen garanti verenin borcu geçerli kalmaya devam edecektir.⁴³ Yargıtay kararlarında da garanti verenin borcunun fer'i nitelikte olmadığı kabul edilmiştir. Yargıtay'a göre; *"garanti sözleşmesi fer'i nitelikte olmayan bir sözleşmedir. Garanti veren için tehlikesini (riskini) fer'i olmayan, bağımsız bir taahhütle kısmen veya tamamen üzerine almaktadır."*⁴⁴

Kefalet sözleşmesinin fer'i niteliğinin bir sonucu olarak, kefil asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir; hatta bu kefil için bir külfettir (BK m. 497/II). Garanti sözleşmesinde ise, garanti veren asıl borçluya ait def'ileri alacaklıya karşı ileri süremez.⁴⁵ Zira garanti sözleşmesi ile garanti veren asıl borçtan bağımsız bir borç üstlenmiştir.

Kefalet sözleşmesinde kefil ödediği borç oranında alacaklının haklarına halef olur (BK m. 496). Garanti sözleşmelerinde böyle bir halefiyet ilişkisinden ve rücu hakkından bahsedilemez. Çünkü garanti veren asıl borçtan bağımsız olarak, garanti edilen riskin gerçekleşmesi halinde kendi borcunu ödemektedir.⁴⁶

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 309.

⁴³ Doğan, s. 56; Taşpolat, s. 109; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, s. 76; Erzurumluoğlu, s. 125; Tandoğan, *Garanti*, s. 19 vd.; Aral, *Teminat Mektupları*, s. 135-136.

⁴⁴ Y. 13. HD., 27.04.1992 T., E. 1992/305, K. 1992/3896 (www.kazanci.com.tr, E. T: 14.01.2009).

⁴⁵ Tandoğan, *Garanti*, s. 31; Kahyaoğlu, Emin Cem, *Banka Garantileri*, İstanbul 1996, s. 31; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, s. 77; Taşpolat, s. 109; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 315; Aral, *Teminat Mektupları*, s. 136.

⁴⁶ Doğan, s. 57; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları*, s. 77; Taşpolat, s. 109; Tandoğan, *Garanti*, s. 32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 314; Aral, *Borçlar Hukuku*, s. 443.

SONUÇ

Ticari hayatın hızla gelişmesine paralel olarak ortaya çıkan karşılıklı edimlerin güvence altına alınması ihtiyacı, bir takım teminat mekanizmalarının geliştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Günümüzde bu güvencelerin en yaygın olanı banka teminat mektuplarıdır. Bankaların mali açıdan güven veren bir kurum olması ve özellikle “*ilk talepte ödeme*” kaydını içeren banka teminat mektuplarının lehdar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden bağımsız bir ödeme taahhüdünde bulunması dolayısıyla banka teminat mektupları uygulamada ağırlıklı olarak tercih edilen teminat türü olmuştur.

Banka teminat mektuplarının doktrinde ve uygulamada başlangıçta kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmekteydi. Ancak Yargıtay’ın 1967 ve 1969 tarihi İçtihadı Birleştirme Kararları ile birlikte bankanın, lehdar ile muhatap arasındaki asıl borç ilişkisinden bağımsız bir teminat taahhüdünde bulunduğu dolayısıyla teminat mektubunun garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu sonucuna varılmıştır.

KAYNAKLAR

- Akyazan, Sıtkı, “Teminat Mektuplarında Zamanaşımı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt VIII, S. 1, 1975, s. 1-13(Zamanaşımı).
- Akyazan, Sıtkı, “Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkarıldığı Çeşitli Sorunlar”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt VII, Sayı 3, 1974, s. 567-579 (Çeşitli Sorunlar).
- Akyol, Şener, *Banka Sözleşmeleri (Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, 3. Fasikül), *Kemaleddin Birsen’e Armağan*, İstanbul, 2001.
- Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*, 5. Bası, Ankara, 2003 (Borçlar Hukuku).
- Aral, Fahrettin, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları”, *Fikret Eren’e Armağan*, Ankara, 2006, s. 131-143(Banka Teminat Mektupları).
- Arkan, Sabih, “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt XVI, Sayı 4, 1992, s. 59-84.
- Barlas, Nami, *Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları*, İstanbul, 1986.
- Doğan, Vahit, *Banka Teminat Mektupları*, 3.bası, Ankara, 2005.
- Erzurumluoğlu, Erzan, “Teminat Mektupları ve Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği”, *Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Der-*

- gisi, Cilt V, Sayı1, 1973, s. 121-133.
- Günel, Vural, "Teminat Mektupları", *Ankara Barosu Dergisi*, 1968, Sayı 6, s. 969-973.
- Kahyaoglu, Emin Cem, *Banka Garantileri*, İstanbul, 1996.
- Kocaman, Arif; "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt XV, Sayı 3, 1990, s. 49-66.
- Kuntalp, Erden, "Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII*, Ankara, 1996, s. 273-310.
- Olgaç, Senai, *Kefalet*, Ankara, 1978.
- Omağ, Semra, "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti ve Hükümleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt VI, Sayı 2, 1971, s. 325-342.
- Reisoğlu, Seza, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, 4. Bası, Ankara, 2003.
- Reisoğlu, Seza, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, 1963(Garanti).
- Reisoğlu, Seza, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 1964(Kefalet).
- Reisoğlu, Seza, "Banka Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI*, Ankara, 1989, s. 67-79 (Kayıtsız Şartsız Ödeme).
- Sav, Atilla, "Banka Teminat Mektuplarının Haczi", *Ankara Barosu Dergisi*, 1967, Sayı 1, s. 48-50.
- Şanlı, Cemal/Ekşi, Nuray, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, 5. Bası, İstanbul, 2006.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt II, 3. bası, Ankara, 1985 (Özel Borç İlişkileri).
- Tandoğan, Haluk, *Garanti Mukavelesi*, Ankara, 1959(Garanti).
- Taşpolat, Ali, *Banka Garantileri*, İstanbul, 1989.
- Tekinalp, Ünal, *Banka Hukukunun Esasları*, İstanbul, 1988.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, İstanbul, 1985.
- Teoman, Ömer, "Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Ankara, 1995, s. 107-119.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku-Özel Hükümler*, 7. bası, İstanbul, 2007.
- www.kazanci.com.tr.

MOBBİNG

(İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ)

Gülnur ERDOĞAN*

GİRİŞ

Günümüzde oldukça sık karşılaşılan, ancak ne olduğu pek bilinmeyen bir kavram olan mobbing, sosyal yaşantının olduğu her yerde karşımıza çıkmakta ve üzerinde pek düşünülmeden, olağan karşılanmaktadır.¹

Sözlük anlamı olarak ise *mobbing* (Latince; psikolojik şiddet, baskı, kuşatma, taciz, rahatsız etme veya sıkıntı vermek), özellikle hiyerarşik yapılanmış gruplarda ve kontrolün zayıf olduğu örgütlerde, gücü elinde bulunduran kişinin ya da grubun, diğerlerine psikolojik yollardan, uzun süreli sistematik baskı uygulamasıdır, şeklinde tanımlanmaktadır.²

Ancak bir işyerinde çalışan kişilerin sinirlendiği, kavga ettiği, tartıştığı her olayı mobbing olarak nitelendirmek mümkün değildir. Mobbing olabilmesi için bir anlık bir eylem ya da davranıştan ziyade sistematik bir hareket gerekmektedir.

I. KAVRAM

Latince "*mobile vulgus*" sözcüğünden gelen "*mobbing*" kelimesi, kararsız, kalabalık, şiddete yönelmiş topluluk gibi anlamlar taşımaktadır ve İngilizce'de ise "*mob*" eylemi, bir yerde toplanmak, saldırmak

* Av. İzmir Barosu..

¹ Laçiner, Vedat, Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz), *USAK Stratejik Gündem (USG)*, 24 Nisan 2006. http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=162&Itemid=96 (Erişim: 10.10.2008).

² <http://tr.wikipedia.org/wiki/mobbing> (Erişim:10.10.2008).

ve rahatsız etmek anlamında kullanılmaktadır.³

Mobbing kavramı, ilk olarak 1960'lı yıllarda Avusturyalı bilim adamı Konrad Lorenz tarafından hayvanların kendi aralarında veya sürü dışı bir yabancıya karşı uyguladıkları taciz davranışını tanımlamak için kullanılmıştır. Sonraki yıllarda ise İsveç'li bilim adamı Dr. Peter Paul Heinmann okul yaşantısında öğrenciler arasında görülen zorbalık ve taciz olaylarını ele alarak, 1972 yılında İsveç'te Mobbing: Group Violence among Children adlı kitabını yayınlamış ve çocuklar arasında görülen zorbalık ve şiddet hareketlerinin ön alınmazsa mobbing nedeniyle kurbanların ümitsizlik ve korku arkasından intihara yönelebildiğini vurgulamıştır.⁴

1980'li yıllarda ise Dr. Heinz Leymann, mobbing terimini iş hayatındaki baskı, şiddet ve yıldırma hareketlerini tanımlamak için kullanmış ve "Mobbing, duygusal bir saldırıdır. Bir veya birkaç kişi tarafından diğer bir kişiye yönelik olarak düşmanca ve ahlak dışı yöntemlerle sistematik bir biçimde uygulanan psikolojik bir terördür(1976)" şeklinde tanımlamıştır.⁵

Mobbing kavramı zaman zaman, benzer kavram olan bullying ile karıştırılmaktadır.

Leymann (1990) "mobbing", Adams (1992) da "bullying" kelimesini birlikte çalışan kişilerin belli bir kişiye karşı tekrarlanan agresif ve zararlı davranışlarını tanımlamak için kullanmış, ... Leymann (1997) bu konudaki terminolojik karışıklığın ortadan kalkması için; okul örgütleri için "bullying", işyerleri için ise "mobbing" kelimesini önermiş, mobbingin daha sofistike⁶ davranışlarla karakterize olduğunu belirtmiştir.⁷

İçinde fiziksel cebri de barındıran bir zorbalığı ifade eden bullying, okullarda uygulanan ve 'sürekli kusur bulma', 'bireyi küçük düşürme' anlamında da kullanılmaktadır.⁸

³ Eser, Oktay; *Mobbing Kavramının Türkçe Serüveni*.
http://turkoloji.cu.edu.tr/YENI%20TURK%20DILI/oktay_eser_mobbing_kavrami.pdf (Erişim:10.10.2008).

⁴ Eser.

⁵ Eser.

⁶ Karmaşık.

⁷ Özaşçılar, Mine/ İşkol Fidan, Merve/ Sevimli Yurtseven, Sevda / Ziyalar, Neylan, *Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz, Güncel Hukuk Dergisi*. <http://www.insan-kaynaklari.com/ikdotnet/icerikdetay.aspx?KayitNo=9757> (Erişim: 10.10.2008).

⁸ Psikolojik Yıldırma-Bullying ve Mobbing. <http://www.mobbingturkiye.net/index>.

II. MOBBİNG DAVRANIŞ TÜRLERİ VE ÖZELLİKLERİ

Aslında Mobbing, sistematik olarak bireyin iş yaşamında psikolojik tacize uğramasıdır ve davranışın kaynağı bir olaya değil, bir kişiye odaklanmıŐtır. Mobbingin en belirgin özelliklerini;

- Kasıtlı olarak yapılması,
- Sistematik olarak tekrarlanması,
- Uzun bir zamandan beri (en azından altı ay) devam ediyor olması,⁹
- alıŐanı işyerinden uzaklaŐtırmayı amaç edinmesi,¹⁰ oluşturmaktadır.

Mobbinge kimlerin maruz kaldığı ya da mobbing mağdurlarının kim olduğu sorusuna gelince ise tanımdan da anlaşıldığı üzere, mağdur ekonomik, kültürel, fiziksel veya herhangi yönden daha zayıf olan çalıŐandır ve psikolojik tacizi yapan ise bazen işveren, bazen amir bazen de bir başka bir iŐŐi olmaktadır.

- Yalnız bir kişi,
- Farklı bir kişi,
- Başarılı bir kişi
- Yeni gelen bir kişi (Huber, 1994), mobbing mağduru olma riski altında bulunan kişiler olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca (Niedle), yaş, cinsiyetin, iş sektörü ve meslek türü gibi değişkenlerin mobbing mağduru olma riskini etkilediğini düşünülmektedir. Bu varsayıma göre (Niedle'in varsayımı) yaş arttıkça mobbing mağduru olma riski artmakta, cinsiyet, iş sektörü ve meslek türü bağlamında ise anlamlı bir farklılık görülmemektedir. Ancak sağlık çalıŐanlarının, öğretmenlerin, ev iŐlerine yardım edenlerin daha fazla mobbing mağduru olduğu saptanmıştır (Niedle, 1995).¹¹

Dr. Heinz Leymann 45 ayrı mobbing davranışı tanımlamıŐ ve bu

php?option=com_content&task=view&id=197&Itemid=96 (Erişim: 10.10.2008).

⁹ Laçiner.

¹⁰ http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=173&Itemid=9 (Erişim:10.10.2008).

¹¹ Mobbing (İŞ Yerinde Psikolojik Taciz). <http://www.insankaynaklari.com/ikdotnet/icerikdetay.aspx?KayitNo=9757> (Erişim:10.10.2008).

davranışları da özelliğine göre 5 grupta toplamıştır.¹² Bu gruplar işyerinde psikolojik tacize uygulanacak olursa;

1. Grup: Kendini Göstermeyi ve İletişim Oluşumunu Etkilemek

Bu grupta, amir çalışanın kendini gösterme olanaklarını kısıtlar, sözünü sürekli keser, çalışana bağırır ve yüksek sesle azarlar, yaptığı işi sürekli eleştirir vb.

2. Grup: Sosyal İlişkilere Saldırılar

Çevredeki insanlar çalışana konuşmaz, çalışanın başkalarına ulaşması engellenir ve sanki orada değilmış gibi davranılır vb.

3. Grup: İtibara Saldırılar

İnsanlar çalışanın arkasından kötü konuşur, asılsız söylentiler çıkarılır ve çalışan gülünç durum düşürülür, cinsel imalar yapılır vb.

4. Grup: Kişinin Yaşam Kalitesi ve Mesleki Durumuna Saldırılar

Çalışan için hiçbir özel görev yoktur, verilen işler geri alınır, çalışana anlamsız işler verilir ve işi sürekli değiştirilir, mali yük getirecek genel zararlara sebep olunur vb.

5. Grup: Kişinin Sağlığına Doğrudan Saldırılar

Çalışan fiziksel olarak ağır işler yapmaya zorlanır, fiziksel şiddet tehditleri yapılır, (ör: fiziksel zarar, doğrudan cinsel taciz vb.)

III. MOBBİNG NEDENLERİ

Mobbingin işyerlerinde ortaya çıkma nedenleri üzerine yapılan araştırmalar, yanlış personel seçimi ve işe alımı, dönemsel işçi istihdamı, işyerindeki bazı mevkilerin elde edilebilmesi için yaşanan rekabet

¹² Laçiner.

gibi nedenleri ortaya çıkarmıştır. Ancak sadece bu nedenlerin mobbinge yol açtığını söylemek mümkün değildir. Bazı örgütsel ve yönetsel nedenler de mobbing sebebidir;¹³

- Psikolojik tacizin, disiplinin ve verimin artırılmasında araç olarak kullanılması,
- İnsan kaynakları masraflarının düşürülmek istenmesi,
- Hiyerarşik yapı,
- İletişim kanallarının zayıflığı,
- Sorunları çözme ya da yönetmedeki yetersizlikler,
- Şikâyet prosedürünün işletilememesi,
- Liderlik vasıflarında zayıflık,
- Birini suçlama ve suçlu bulmaya dair toplumsal alışkanlıklar,
- Takım çalışması anlayışının olmaması ya da düşük olması,
- Örgüt içi eğitimlerin önemsenmemesidir.

IV. MOBBİNG SÜRECİ

Mobbing, bir iş yerinde birden bire ortaya çıkmamaktadır.

Bu davranış şekli bir süreç halinde devam etmekte ve çeşitli psikolojik faktörler ortaya çıkmakta, mobbing mağdurunu olumsuz biçimde etkilemektedir. Bir iş yerinde ortaya çıkan mobbing, tanımlama, anlaşmazlık, saldırganlık, kurumsal güç ve işe son verme aşamalarından geçmektedir.¹⁴

A. Tanımlama

Bu aşamada mobbing mağduru, “asi”, “muhalif”, “öteki” veya “psikolojik sorunları olan” biri olarak tanımlanmakta ve damgalanmaktadır.

¹³ Tınaz, Pınar, *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, İstanbul 2006, s. 115–116.

¹⁴ Işık, Emre, “İşletmelerde Mobbing Uygulamaları İle İş Stresi İlişkisine Yönelik Bir Araştırma”, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, S.B.E İşletme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 39.

(Tez No:205538). <http://tez2.yok.gov.tr/tez.htm> (Erişim:10.10.2008).

İş yeri yönetiminin yanlış karar ve taraflı tutumu ile de tanımlama süreci hızlanmaktadır. Bu süreç sonunda hemen her zaman, işten çıkarılma, yer değişmeye zorlanma, zorunlu istifa ya da istifaya zorlanma bulunmaktadır.¹⁵

B. Anlaşmazlık

Anlaşmazlık aşamasında henüz ortaya çıkmış bir mobbing bulunmasa da, iş yerindeki bir anlaşmazlığın mobbing davranışına dönüşebilmesi mümkündür. İş yerinde çalışan özellikle zayıf kişilikli insanlar "g"ten yana tavır takınarak, mobbing mağduruyla ilişkilerini sınırlayabilir. Bu durumda mobbing mağduru izole edilir ve mağdurla yakın ilişki kurmaya çalışanlara iyi gözle bakılmaz. Mobbing mağduru ile ilişki kuran diğer çalışanların da bu nedenle mobbing mağduru olma riski ortaya çıkar. Böylece mağdur iş yerinde görmezden gelinir, yok farz edilir ve saygı görmez.¹⁶

C. Saldırđanlık

Bu aşamada mağdura karşı karalama kampanyası başlatılır ve mağdur hakkında asılsız dedikodular çıkarılır. Mağdur çeşitli iftiralara maruz bırakılır, başarıları küçümsenir ve başarılarının nedeni başka Őeylerde aranır veya herhangi bir kusuru ile alay edilir. Psikolojik sağlığı ile ilgili söylentiler çıkarılır, siyasi ya da dini inançlarıyla alay edilir, inançlarına ve değerlerine sözlü ve fiili saldırıda bulunulur, kararları sürekli sorgulanır, dar grşllk ve vizyonsuzlukla suçlanır, küçük düşürücü isimlerle çağrılır veya isimler takılır, unvanları göz ardı edilir ve saygısızca hitap edilir.¹⁷

D. Kurumsal G

Yönetim, anlaşmazlıkta taraf olmasa da, iş yerinde uygulanan psikolojik Şiddeti görmezden gelerek, göz yumarak bazen de kışkırtarak

¹⁵ Işık, s.41.

¹⁶ Tutar, Hasan, İşyerinde Psikolojik Şiddet Süreci. <http://www.canaktan.org/yonetim/psikolojiksiddet/sureci.htm> (Erişim:10.10.2008).

¹⁷ Tutar.

mobbinge neden olabilir. Bu durumda mağdur, yönetimi arkasına alan ve mobbing uygulayan kişi karşısında, kendini çaresiz görür.¹⁸

E. İşin Sonlandırılması

İş yerinde yaşanan psikolojik şiddet, mağdurda travma sonrası stres bozukluğunu tetikler ve mağdurda işten çıkarılmadan sonra da, duygusal gerilim ve onu izleyen psikosomatik hastalıklar devam eder. Ayrıca mağdurun işini bırakması halinde de mağdur psikolojik şiddetten kurtulamaz.¹⁹

V. MOBBİNG TÜRLERİ

Mobbingin zel ya da kamu her türlü işyerinde olması mümkün olup, herhangi bir çalışan da mobbing mağduru olabilir. Mobbing işyerinin seçtiği hiyerarşik yapı ve örgüt kültürüne göre yatay veya dikey olabilir. Hiyerarşi fazla ise mobbing dikey, daha az ise yatay olur.²⁰

Çalışma ortamlarında üst kademelerden alt kademelere veya alt kademelerden üst kademelere yapılan psikolojik şiddete, dikey veya "hiyerarşik (dikey) şiddet" denirken, eşit statüde bulunanlar arasında uygulanan psikolojik şiddete, "fonksiyonel (yatay) şiddet" denmektedir.²¹

İster dikey ister yatay olsun bazı davranışlar iş yerinde psikolojik şiddetin temel örneklerini oluşturmaktadır. Bunlar;

- alışanı, yeterli çabayı göstermemekle suçlamak,
- alışanı, yaşından dolayı deneyimsizlikle itham etmek ve aşağılamak,
- İşyeri imknlarından faydalanılmasını engellenmek,

¹⁸ Işık, s.42.

¹⁹ Tutar.

²⁰ Soyer, şule, *Mobbing İşyerinde Duygusal Saldırı*, http://www.alomaliye.com/sule_soyer_mobbing.htm (Erişim:10.10.2008)

²¹ Solmuş, Tarık, *İş Yaşamında Travmalar: Cinsel Taciz ve Duygusal Zorbalık/Taciz (Mobbing, İş, Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C.7, S.2, Haziran-2005, ISSN: 1303-2860, s.6-7. (Naklen: Işık, s.46)*

- Aşırı iş yüklemek, makul olmayan sürelerde işin bitirilmesini talep etmek,
- Çalışana, görevi ile ilgili olmayan ya da başarısız olacağı işler vermek,
- Çalışana sürekli hatalarını hatırlatmak,
- İşle ilgili düşüncesini açıklamasına izin vermemek,
- İş arkadaşları ya da müşteriler gibi üçüncü kişilerin önünde hakaret etmek ya da küçük düşürmek,
- Performansı hakkında ağır ithamlarda bulunmak,
- İşten atmakla tehdit etmek,
- Çalışanın telefon ya da e-postalarına cevap vermemek,
- Çalışanı, bulunması gerekli toplantılardan haberdar etmemek,
- Çalışanın iş arkadaşlarıyla iletişim kurmasını engellemek, izole edecek fiziksel bir iş ortamı yaratmak,
- Çalışan hakkında söylenti yaymak ya da dedikodu yapmak,
- Çalışana basit ya da az görev vermek,
- Çalışana fiziksel şiddet uygulamak ya da uygulanacağına dair tehdit etmek,
- Çalışanın ruh sağlığı hakkında imalarda bulunmak.²²

A. Hiyerarşik (Dikey) Mobbing

Dikey mobbing, üst makamda bulunan biri (amir) tarafından doğrudan mağdura yöneltilen saldırgan davranışlardır. Burada üstün, aşırı güç kullanması söz konusu olup, sadece sert ve otoriter bir üst değil, çalışanlara eşit davranan üstlerinde mobbing uygulaması mümkündür. Amir, çalışanı üçüncü kişilerin önünde azarlıyorsa, aşağılıyorsa, çalışanların bazılarına yakınlık gösterirken bazılarına soğuk ve mesafeli davranıyorsa o işyerinde mobbingin bulunduğunu söylemek mümkündür.²³

²² Solmuş, s. 6-7. (Naklen, Işık, s. 46).

²³ Işık, s. 44.

B. Fonksiyonel (Yatay) Mobbing

Yatay Şiddet, işyerinde kıskançlık, yarışma, çekememezlik gibi nedenlerden kaynaklanmaktadır. Yatay Şiddet mağduru, sadece kendisiyle eşit statüde olanlarla değil, aynı zamanda üst kademedeki uygulanan Şiddetle de mücadele etmek zorunda bırakılmaktadır. Bu durum mağdurun işyerinde izole edilmesini hızlandırmakta ve yabancılaşmasına neden olmaktadır.²⁴

VI. HUKUKSAL AÇIDAN MOBBİNG'İN DEĞERLENDİRİLMESİ

Gerek 1475 sayılı eski İŞ Kanunu'nda gerekse 4857 sayılı yeni İŞ Kanunu'nda mobbing yani işyerinde psikolojik tacize ilişkin doğrudan ve açıkça herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 4857 sayılı İŞ Kanunu'nun 1. maddesinde kanunun amacının işverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıŐtırılan işçilerin çalışma Şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemek, olduğu belirtilmiştir.

Mobbing sadece 4587 sayılı İŞ Kanunu'nu ilgilendiren bir konu olmayıp, aynı zamanda Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ve Ceza Kanunu açısından da netice doğurmaktadır.

Mobbing kavramı ayrıca uluslararası hukukla da bağlantılıdır.

A. İÇ HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

1. İŞ Kanunu Açısından Durum

Gerek 4857 sayılı yeni İŞ Kanunu'nda gerekse 1475 sayılı eski İŞ Kanunu'nda hukuki anlamda mobbing kavramını tanımlayan herhangi bir madde bulunmamaktadır. Ancak iş mevzuatında mobbing kavramı yer almasa da dolaylı olarak bu kapsamda değerlendirilebilecek bir takım hükümler bulunmaktadır.

İŞyerinde uygulanan taciz 4857 sayılı İŞ Kanunu'nda sadece cinsel taciz olarak düzenlenmiş ve bu konuda iki hüküm (m. 24 ve 25)

²⁴ IŞık, s.45.

konulmuştur. Bunun dışında çalışanların, işyerindeki onur ve kişilik hakkının korunması öngörülmemiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşçinin Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı" başlığını taşıyan 24. maddesinde sayılan hallerde, iş akdinin süresi belirli olsun veya olmasın işçinin, iş akdini, süre bitiminden önce veya bildirimsiz feshedebileceği belirtilmiştir.

Mobbing uygulaması açısından 24.maddenin 2. bendi²⁵ önemli olup, madde "Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Haller ve Benzerleri" başlığını taşımaktadır. Maddeye göre;

- İşveren, işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya

²⁵ Madde 24 - Süresi belirli olsun veya olmasın işçi, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir:

I. Sağlık sebepleri:

a) İş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa.

b) İşçinin sürekli olarak yakından ve doğrudan buluşup görüştüğü işveren yahut başka bir işçi bulaşıcı veya işçinin işi ile bağdaşmayan bir hastalığa tutulursa.

II. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:

a) İşveren iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler vermek veya sözler söylemek suretiyle işçiyi yanılırsa.

b) İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa.

c) İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, srtkler yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunursa.

d) İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa.

e) İşveren tarafından işçinin creti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse,

f) cretin parça başına veya iş tutarı üzerinden ödenmesi kararlaştırılıp da işveren tarafından işçiye yapabileceği sayı ve tutardan az iş verildiği hallerde, aradaki ücret farkı zaman esasına göre ödenerek işçinin eksik aldığı ücret karşılanmazsa yahut çalışma şartları uygulanmazsa.

III. Zorlayıcı sebepler:

İşçinin çalıştığı işyerinde bir haftadan fazla süre ile işin durmasını gerektirecek zorlayıcı sebepler ortaya çıkarsa.

işçiye cinsel tacizde bulunursa,

- İşveren, işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnat veya ithamlarda bulunursa,

- İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa [...]

İşçinin derhal ve haklı sebeple iş akdini feshetme hakkı doğacaktır.

Aynı şekilde müteakip 25.madde de işverenin, süresi belirli olsun veya olmasın maddede yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebileceği belirtilmiş ve *“ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri”* sayılmıştır. Buna göre;

- İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması,

- İşçinin, işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması,
- İşçinin, işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması veya 84²⁶ üncü maddeye aykırı hareket etmesi. [...]

²⁶ Madde 84 - İşyerine sarhoş veya uyuşturucu madde almış olarak gelmek ve işyerinde alkollü içki veya uyuşturucu madde kullanmak yasaktır.

İşveren; işyeri eklentilerinden sayılan kısımlarda, ne gibi hallerde, hangi zamanda ve hangi şartlarla alkollü içki içilebileceğini belirleme yetkisine sahiptir.

Alkollü içki kullanma yasağı;

a) Alkollü içki yapılan işyerlerinde çalışan ve işin gereği olarak üretileni denetlemekle görevlendirilen,

b) Kapalı kaplarda veya açık olarak alkollü içki satılan veya içilen işyerlerinde işin gereği alkollü içki içmek zorunda olan,

c) İşinin niteliği gereği müşterilerle birlikte alkollü içki içmek zorunda olan, İşçiler için uygulanmaz.

halinde işverenin de haklı sebeple derhal fesih hakkı bulunmaktadır.

“*şeref ve namusa dokunacak söz ve davranış*” ile genellikle işverenin işçiye veya onun aile üyelerinden birine ya da tam tersi işçinin işverene veya işverenin aile üyelerinden birine kfretmesi, svmesi, ağır hakaret etmesi, sarkıntılık etmesi gibi durumlar kastedilmektedir²⁷. Bu davranış ve sözlerin, kişilerin bulunduğu çevreye ve zamana göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak ceza kanununa göre bu davra-

²⁷ Bkz. Yargıtay 9. HD 2004/19146 E. 2004/25836 K. 22.11.2004 T. “*Olayda, davacı işçi mesai bitimi evine bırakılması sırasında işyeri servis aracında başka bir işçi ile tartışmaya girmiş, karşılıklı hakaret ve darp eylemleri gerçekleşmiştir. 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine göre servis aracı işyeri organizasyonu içinde sayılmaktadır. Servis aracı içinde gerçekleştirilen bu karşılıklı eylemler, işyerinde olumsuzluklara yol açabilecek nitelikte olup, iş ilişkisini etkilemektedir. Bu itibarla iş sözleşmesinin feshi için geçerli nedenler bulunmaktadır.*”

Yargıtay 9. HD 1997/3676 E. 1997/8205 K. 05.05.1997 T. “*İş yerinde ortaya çıkan bir durum üzerine davacı ile birlikte çalışan bir başka işçi arasında işyerinde tartışma çıktığı, bu tartışma sırasında davacının işçiye sözle sataşarak hakaretimiz sözler söylediği, kendisine sataşılan işçinin işverene verdiği ayrıntılı şikâyet dilekçesinden ve dinlenen davalı tanık anlatımlarından anlaşılmakta olup, bu davranış 1475 sayılı İş Kanununun 17/II- bendindeki hali oluşturur. Böyle olunca işveren tarafından gerçekleştirilen feshin haklı nedene dayandığının kabulü gerekir. Bunun sonucu olarak davacı işçi ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz.*”

Yargıtay 9. HD 2005/424 E. 2005/3763 K. 10.02.2005 T. “*Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının mesai saati içinde işvereni muhatap alan uygunsuz ifadeler içeren e-maili müdürünün bilgisayarına gönderdiği akabinde okunmasını lemek maksadı ile ilgili müdürün masasına giderek izin almaksızın gönderdiği e-maili sildiği davacının bu davranışı haklı nedenle fesih için yeterli değilse de iş akışını olumsuz etkileyen bir davranış olarak kabul edilmesi gerektiğinden geçerli fesih şartlarının oluştuğu anlaşılmıştır. Bu durumda davanın reddi gerekirken kabulü hatalı olup kararın bozularak ortadan kaldırılarak 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20/3. maddesi uyarınca dairemizce aşağıdaki şekilde hüküm kurmak gerekmiştir.*”

Yargıtay 9. HD 2005/654 E. 2005/30275 K. 19.09.2005 T. “*İşyerinde cinsel taciz ile başlayan eşcinsel ilişkinin partneri tarafından sonlandırılmasının istenilmesi üzerine otomobil borcu bahane edilerek karşılıklı hakaret içeren sataşmaya dönmesi sonucu davacının diğer işçiyle birlikte iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi 1475 sayılı İş Kanununun 17. maddesindeki ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller kapsamında değerlendirileceğinden davacı ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamaz.*”

Yargıtay 9. HD 2007/30313 E. 2008/7026 K. 31.03.2008 T. “*Davacı işçinin, bir bayan müşteriyi taciz etmesi, aralarında meydana gelen tartışma sırasında kendisine hasta olduğunu ve isterse tanıdığı bir doktora tedavi ettirebileceği şeklinde ifadeler kullanmak şeklindeki eylemleri, mşteriyeye karşı işverenliğin itibarını sarsıcı ve güven ilişkisini zedeleyici niteliktedir. Bu nedenle doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar kapsamında değerlendirilmelidir. Böyle olunca iş sözleşmesinin haklı nedene dayandığı kabul edilmeli ve davanın reddine karar verilmelidir.*” (Martı Yazılım Aş. YargıMatik RD).

nış ve sözlerin ayrıca suç teşkil etmesi şart değildir.²⁸

Bu iki madde dışında İş Kanunu'nun 77. maddesinde "İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmamak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. Yapılacak eğitimin usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir. İşverenler işyerlerinde meydana gelen iş kazasını ve tespit edilecek meslek hastalığını en geç iki iş günü içinde yazı ile ilgili bölge müdürlüğüne bildirmek zorundadırlar. Bu bölümde ve iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümler işyerindeki çıraklara ve stajyerlere de uygulanır" denilmektedir.

Maddeye göre işveren iş yerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla yükümlü kılınmıştır.²⁹ Dolayısıyla işveren işçinin gerek fiziksel gerekse psikolojik olarak sağlıklı ortamlarda çalışmasını sağlamak zorundadır.

İşçinin sağlığını koruma yükümlülüğü, fiziksel ve ruhsal sağlığını bir bütün halinde içermektedir. İşçiyi gözetme borcu, işçinin kişiliğine saygı gösterme ve işçinin kişiliğini koruma borcunu da kapsamakta olup, işçinin işyerinde dışlanması ve diğer çalışanlarla ilişkisini zedeleyen her türlü işveren davranışı da işçinin kişilik haklarına haksız müdahale olarak değerlendirilmelidir.³⁰

²⁸ Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri-1*, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 1994, s.307.

²⁹ Yargıtay 9. HD 2005/19436 E. 2005/22753 K. 27.06.2005 T. "...işverenin objektif iyiniyet kurallarına ve hakkaniyete uygun hareket etmesi zorunludur... İşveren, tüm işlemlerinde olduğu gibi ikramiye dağıtımında da, aynı durumdaki işçileri arasında farklı işlem yapamaz. Bu husus işverenin işçilere yardım ve gözetme borcuna, eşit işlem yapma ilkesine aykırı düşer."

Yargıtay HGK 2006/10-84 E. 2006/121 K. 29.03.2006 T. "Hizmet akdinde, işçinin işi ifa, özen gösterme, sadakat borcuna karşılık, işverenin ücret ödeme, ihtimam ve yardım gibi borçları bulunmaktadır."

³⁰ Herdem, Şafak, Psikolojik Yıldırma ve İş Hukuku Hükümlerinin-Tuzak-Olarak Kullanımıyla Mücadele Yolları-I, http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=192&Itemid=96 (Erişim:10.10.2008).

İşveren vekillerinin işveren kavramına dâhil olması nedeniyle, işçiye uyguladıkları ahlak ve iyiniyet kurallarına uygun olmayan davranışlarının da işçiye tazminat ve haklı sebeple feshe hak kazandırdığı kabul edilmelidir. Aksine bir düşünce işçinin sözleşmeyi haklı sebeple feshedemeyeceği neticesine götürür ki, bu da kanunun amacıyla çelişir.³¹

Mobbing, işyerlerinde oldukça sık yaşanan bir kavram olması ve iş mahkemelerinde sık sık psikolojik tacizden bahsedilmesine rağmen, uygulamada iş yerinde mobbinge karşılaşıldığı iddiasında hemen hemen hiç bulunulmamakta, daha çok uygulanan psikolojik taciz, işçi alacaklarının tahsili ya da işe iade davalarında haklı sebebin olup olmadığının tartışılması nedeniyle ileri sürülmektedir.

İş Kanunu'nun eşit davranma ilkesini düzenleyen 5. maddesi ile iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağı düzenlenmiş ve aksine davranış halinde işçinin, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği belirtilmiştir.

Mobbingin eşit davranma ilkesini³² de ihlal ettiği ve bu nedenle mobbing mağdurunun 5.maddeye dayanarak uygun bir tazminat ve yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebileceği kabul edilmektedir.³³

Eşit davranma ilkesi sadece iş kanunu açısından değil, pek çok ulusal ve uluslararası düzenlemelerde de koruma altına alınmış, temel kurallardan biridir.³⁴

³¹ Narmanlıoğlu, Bkz. dipnot 243, s.307.

³² Yargıtay 9.HD. 1985/2546 E. 1985/5437 K. 20.05.1985 T. "işverenin "eşit davranma" ilkesinin de mutlak şekliyle anlaşılmasıdır. İşverenin, işçiler arasındaki, gerek objektif ve gerekse sübjektif nitelikleri, pozisyon, görevin önemi, çalışma şartları vs, nedenlerle farklı ücret, prim veya sosyal hak ödemesi, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmeyeceğini de kabul etmek gerekir. Ayrıca, farklı uygulama Anayasa ve Yasanın koruması istediği sendika özgürlüğünü engellemek veya kısıtlamak amacıyla da yönelik olmamalıdır. Hakkın kötüye kullanılmaması da esastır."

³³ Altıparmak, Ayşe, *Mülkiyeliler Dergisi*.
http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=180&Itemid=96 (Erişim:10.10.2008).

³⁴ Eşitlik ilkesi, öncelikli olarak 1982 Anayasası'nın 10.maddesinde herkesin kanun önünde eşit olduğu, kadın-erkek arasında ayırım yapılamayacağı, devletin bu eşitliği sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Bunun dışında İHEB'nin 2.maddesinde de eşitlik ilkesi kabul edilmiştir.

Yargıtay 9. HD'nin 2007/31462 E. 2008/108 K. 12.02.2008 tarihli kararında "...4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında "İşveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz" şeklinde kurala yer verilmiştir. O halde, anılan yasanın yürürlükte olduğu dönemde işçinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere ikramiye ödendiği halde, kısmi süreli iş ilişkisi kapsamında çalışan davacı işçiye ödenmemiş olması eşit davranma borcuna aykırılığı oluşturur. Anılan yasanın yürürlüğe girmesinden önce de yargı kararlarına konu olmuş ve öğretide ayrıntılı biçimde ele alınmıştır. Zira eşit işlem borcu işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında kalmakta ve doğrudan iş sözleşmesinden doğmaktadır. Öte yandan, genel anlamda eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 10. maddesi ile "Ücrette Adalet Sağlanması" kenar başlıklı 55. maddesi de işverenin eşit davranma borcunu ortaya koymaktadır" şeklinde bir tespitite bulunmuştur.

İş Kanunu ile bağlantılı olması nedeniyle değinilmesi gereken bir diğer kanun 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'dur. Kanun'un "İş Kazası ve Meslek Hastalığının Tarifi"ni düzenleyen 11. maddesinin A. bendinde "iş kazası, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, İşveren tarafından yürütülmekte olan iş dolayısıyla, sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, emzikli kadın-sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasındaki hal ve durumlardan birinde meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan olaydır" denilirken B. bendinde "Meslek hastalığı, sigortalının çalıştırıldığı işin niteliğine göre tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, sakatlık veya ruhi arıza halleridir" tanımı yapılmaktadır.

ILO Sözleşmeleri'nde ise benzer düzenlemeler bulunmaktadır. 100 sayılı Eşit Değerde İçin Kadın ve Erkek İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme, 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme, 156 sayılı Aile Sorumlulukları Bulunan Kadın ve Erkek İşçilere Eşit Davranılması ve Eşit Fırsatlar Tanınması Hakkında Sözleşme.

BM'nin 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, 1981 tarihli Din ve İnanca Dayalı Her Türü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartı, AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi de eşitlik ilkesine yer veren kurullar içermektedir.

İş kazası ve meslek hastalıkları konusunda gerekli tedbirleri almak işverenin gözetim borcu kapsamında bulunduğundan, işyerinde uygulanan mobbingle işçi üzerinde meydana gelen psikolojik veya bedensel zararlarında meslek hastalığı ya da iş kazası sayılıp sayılmayacağı hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir.³⁵

Mobbingin meslek hastalığı ya da iş kazası sayılması durumunda, işçinin gerek bedenen gerekse ruhen arızaya uğraması halinde, işçinin yine aynı kanunun 12. maddesinde belirlenen yardımlardan faydalanabilmesi söz konusu olacaktır.³⁶

13. maddeye göre, iş kazalarıyla meslek hastalıkları halinde sigortalıya yapılacak sağlık yardımları, sigortalının:

A. Hekime muayene ettirilmesi, hekimin göstereceği lüzum üzerine teşhis için gereken klinik ve laboratuvar muayenelerinin sağlanması, gerekirse sağlık müessesesine yatırılması ve her türlü tedavisinin yapılması,

B. Tedavi süresince gerekli ilaç ve iyileştirme araçlarının sağlanması, şeklinde olur ve yapılacak sağlık yardımları, sigortalının sağlığını koruma, çalışma gücünü yeniden kazandırma ve kendi ihtiyaçlarını görme yeteneğini artırma amacını güder.

³⁵ Savaş, Fatma Burcu, *İşyerinde Manevi Taciz*, Nisan 2007 İstanbul, s. 135.

³⁶ Madde 12 - İş kazaları ile meslek hastalıkları halinde sağlanan yardımlar;

A) Sağlık yardımı yapılması,

B) Geçici iş göremezlik süresince günlük ödenek verilmesi,

C) Sürekli iş göremezlik hallerinde gelir verilmesi,

D) Protez araç ve gereçlerinin sağlanması, takılması, onarılması ve yenilenmesi,

E) (A) ve (D) fıkralarında yazılı yardımlar için sigortalının başka yere gönderilmesi,

F) İş kazası veya meslek hastalığı dolayısıyla bedeni veya ruhi bir arızaya uğrayanlardan, yurt içinde tedavisi kabil olmayıp, ancak yabancı bir ülkede kısımen veya tamamen tedavisi mümkün görülen ve meslekinde uğradığı iş göremezlik derecesinin azalabileceği Kurum sağlık tesisleri sağlık kurulu raporu ile tespit edilen sigortalının ve bu raporda belirtilmişse, beraber gidecek kimselerin yabancı ülkelere gidip gelme yol paraları ile o yerdeki kalış ve tedavi masraflarının ödenmesi (Sağlık Kurulunca verilen rapora Kurum veya sigortalı itiraz ederse, bu husus Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır),

G) Cenaze masrafı karşılığı verilmesi,

H) Sigortalının ölümünde hak sahiplerine gelir bağlanması.

Ani ve dıştan gelen bir eylem sonucu iş kazasının oluştuğu kabul edildiği takdirde, bir işyerinde uzun süreli uygulanan mobbingin, iş kazası olarak değerlendirilmesinin zor olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenlerle süreklilik kavramı mobbingi meslek hastalığı kavramına yakınlaştırmaktadır. Ancak mobbing mağdurunun maruz kaldığı taciz edici davranışlar işten kaynaklanan, mesleğin ifası nedeniyle oluşan rahatsızlık olmadığı ayrıca belirtilmektedir.³⁷

Mobbingin meslek hastalığı kabul edilmemesine dair görüşe katılmak mümkün değildir. İşyerindeki özen yükümünün yerine getirilmemesinden ve işyerinde çalışanlar arasında eşitlik ilkesinin uygulanmamasından kaynaklanan, mağdurda meydana gelen psikolojik ya da fiziksel rahatsızlıkların da meslek hastalığı sayılması mümkündür.

Yargıtay 10. HD 1982/444 E. 1982/903 K. 16.02.1982 T. kararında *“meslek hastalığında “yükümlülük”ten bahsedilebilmek için, hastalığın bu süre içerisinde meydana çıkması zorunludur. Ve bu yön, meslek hastalığı ile işyeri arasında bulunması gereken illiyet bağının doğal sonucu olmak da gerekir. Ayrıca, meslek hastalığının meydana çıkmasının tespit edildiği andan çok öncelere ait olabileceği de kuşkusuzdur”* demektedir.

Yargıtay 10. HD 2006/760 E. 2006/3090 K. 21.03.2006 T. kararında ise *“...iş kazası ve meslek hastalığının oluşumuna, “...kasti veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi...” ile etkide bulunan işverenin kusura dayalı sorumluluğu...”* olduğunu kabul etmiştir.

Bu nedenle mobbing neticesinde meydana gelecek hastalıklar ile mobbing davranışı arasında doğrudan bir illiyet bağı kurulduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle mobbing neticesinde çalışanda meydana gelecek hastalıkların meslek hastalığı sayılması ve SSK kapsamındaki yardımlardan faydalanması gerekmektedir.

2. Türk Medeni Kanunu (TMK) Açısından Durum

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre hukuki ilişkilerin kapsamı, dürüst davranma ve iyiniyet kurallarına göre belirlenmektedir.

Kanun'un *“Dürüst Davranma”* başlığı altında düzenlenen 2/1.

³⁷ Savaş, s. 135.

maddesine göre “herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır”.³⁸ “İyiniyet” başlığını taşıyan 3.maddesine göre ise “kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır”.

Bu nedenle işçiler ve işverenler, işyerindeki iş ilişkilerinin ifası sırasında birbirlerine, kanunun 2. ve 3. maddesinde bulunan amir hüküm gereği, dürüstlük ve iyiniyet kurallarına uygun şekilde davranmak zorundadırlar.

Ayrıca Medeni Kanun’un kişiliğin korunmasına dair 23. ve 24.maddelerinin de işçi-işveren ilişkilerine uygulanması mümkündür. İşçilerin veya işverenlerin iyiniyet ya da dürüstlük kurallarına aykırı davranışlarından dolayı, 23. ve 24. madde anlamında kişilik hakları zedelenen ve mağdur olan işçinin ya da işverenin tazminat talebinde bulunma hakkı (m. 25) vardır.

23. maddeye göre kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.

24. maddeye göre ise hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası veya daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

İş Kanunu’nun 77. maddesinde öngörülen işçiyi gözetme borcu, işçinin sadakat borcunun karşılığıdır. Medeni Kanun’un 23. maddesinin, TMK’ya göre daha özel bir kanun olan, İş Kanunu’ndaki 77. maddenin karşılığı olduğunu söylemek mümkündür. İşçiyi gözetme borcu aslında, işçinin kişiliğinin de korunmasını içermekte olup, işyerinde işçiye yönelik mobbing oluşturan davranışlar da işçinin kişilik haklarına müdahale anlamı taşımaktadır.

Mobbing nedeniyle mağdur olan işçinin bu maddelerden faydalanıp, kanunun 25. maddesinde öngörülen yollardan birini kullanarak

³⁸ Yargıtay 9.HD. 2008/2497 E. 2008/258 K. 18.02.2008 T. “İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanun’un 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüst olmalıdır.”

mobbingin ortadan kaldırılmasını isteme hakkı mevcuttur.

TMK m. 25'e göre mobbing mağduru, işyerinde mobbinge neden olan ve kişilik haklarını zedeleyen bir davranış, söz ya da işlemle karşılaştığında ya da karşılaşabilme hali ortaya çıktığında, kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesine başvurarak hâkimden;

- Saldırı tehlikesinin önlenmesini,
- Sürmekte olan saldırıya son verilmesini,
- Sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini, isteyebilir.

Ayrıca bunlarla birlikte,

- Düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde bulunabilir,
- Maddi ve manevi tazminat talep edebilir,
- Hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan bir kazanç varsa bu kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde de bulunabilir.

3. Borçlar Kanunu (BK) Açısından Durum

İş yerinde uygulanan mobbing borçlar hukuku açısından "*haksız fiil*" oluşturmaktadır.

818 sayılı BK'nın II. Faslı "*Haksız Muamelelerden Doğan Borçlar*" başlığını taşımaktadır.

Kanun'un 41. maddesine göre; "*Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur. Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimse- nin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.*"

Bu hükme göre gerek kasten gerekse ihmalen ya da tedbirsizlik ile işyerinde haksız fiil oluşturacak mobbinge neden olan kişiler zararı tazmine mecburdur.

Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan mob-

bing mağduru da BK'nun 49. maddesine göre, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.³⁹

Burada tartışılması gereken bir başka konu ise haksız fiil oluşturan mobbing davranışının bir diğer alışanca uygulanması halinde, "adam çalıştırmanın sorumluluğu" ya da "sözleşmeden doğan sorumluluk" kapsamında işverene karşı tazminat isteminin ileri sürülüp srlemeyeceğidir.

Kanun'un 55.maddesinde düzenlenen adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğuunda "başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür" denilmiştir.

100. maddede ise "bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya maiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür" hkm mevcuttur.

BK'nun 323 vd. maddelerinde de iş sahibinin borçları düzenlenmiş olup, kanunun 332/1. maddesi "İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur" şeklinde dir.

Tüm bu bilgiler ışığında işyerinde bakım ve gözetim yükümü yerine getirmeyen işveren de, haksız fiili meydana getirenin bir diğer işçi olması halinde, bu işçi ile birlikte müştereken mesul olacaktır.

Borçlar Kanunu Tasarısı açısından mobbing değerlendirmesi yapılacak olursa; Tasarı'da mobbing konusunun Borçlar Hukuku'nun alanına girdiği teyit edilmiş ve tasarı'nın 416. maddesinde mobbing, "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gerektirdiği ölçüde gözetmek ve işyerinde ahlka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri

³⁹ BK m. 49, TMK m. 23-24' de ve İş Kanunu m. 77' de belirtilen gözetim borcunun Borçlar Kanunu'ndaki karşılığını oluşturmaktadır.

için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işçinin yaşamını, sağlığını ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Buna göre işveren, hizmet ilişkisinin ve yapılan işin niteliği göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gereği kendisinden beklenen; deneyimlerin zorunlu kıldığı, teknik açıdan uygulanabilir ve işyerinin özelliklerine uygun olan önlemleri almakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine uymaması sonucunda işçinin ölmesi durumunda, desteğinden yoksun kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşılık isteyecekleri tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tâbidir” şeklinde düzenlenmiştir.⁴⁰

Bu düzenlemenin kanunlaşması halinde mobbing ilk defa yasal olarak düzenlenmiş olacaktır.

4. Türk Ceza Kanunu (TCK) Açısından Durum

5237 sayılı TCK'nın 122. maddesi ile “(1) Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürlülük, siyâsî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen,

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verileceği” kabul edilmiştir.

Kanun'un 123. maddesinde ise sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir, hükmü bulunmaktadır.

⁴⁰ Geçer, Bekir, Mobbing ve Hukuksal Zemin. http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=130&Itemid=96 (Erişim:10.10.2008).

Ayrıca 125. maddesinde de “Şerefe Karşı Suçlar-hakaret” başlığı altında bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden... veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişinin üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı, kabul edilmiştir.

Sadece bu hükümler çerçevesinde değil, mobbing mağduruna uygulanan şiddetin türüne ve suçun niteliğine göre –Örneğin: cinsel istismar (m.102–105), tehdit (m. 106), şantaj (m. 107) gibi- mobbing mağdurunun cezai korumadan faydalanması mümkün olabilecektir.

İşyerinde uygulanan mobbingin işkence veya eziyet sayılıp sayılmayacağı hususunun da tartışılması gerekmektedir.

İşkence suçunu TCK'nın 94. maddesi düzenlenmiş olup, maddede bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı, belirtilmiştir.

Ayrıca 96. madde “eziyet” başlığını taşımakta olup “bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” denilmektedir.

Özellikle “manevi işkence ile mobbing kavramının özünde sistematiklik yattığı, TCK'nın 94/1. maddesi ve ilgili hükmün TBMM madde gerekçesi ile mobbing kavramı ile ilgili tespit ve değerlendirmeler bir bütün olarak göz önüne alındığında, her iki kavramın özdeş olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Her iki kavramın sistematik biçimde, ruhsal sağlığı hedef alan hareket ve davranışlar ile hayata geçirilebileceği, TCK veya diğer özel yasalarda açık ve özel hüküm bulunmayan hallerde, mobbing teşkil eden bu davranışların TCK'nın 94/1. maddesi dairesinde, manevi işkence kapsamında değerlendirilmesinin gerektiği açıktır. Dolayısı ile Cinsel Taciz eksenli mobbinglerde, TCK 105/2. madde de işletilecek özel bir hüküm bulunduğundan, bu hükmün az ceza da gerektirse, uygulanması gerekeceği anlaşılabilir ise de, manevi işkencenin düzenlendiği TCK'nın 94/3... hükmünün de değerlendirilmesi ve göz önünde bulundurulması gerektiği sabittir”.⁴¹

⁴¹ Özlem, Önder, İşyerinde Manevi Saldırı Ve İşkence Suçu Arasındaki İlişki-1 (Mobbing Ve Manevi İşkence) <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread>.

B. ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

1. ILO Sözleşmeleri Açısından Durum

İş ve işçi güvenliği açısından özel bir önem taşıyan ILO sözleşmelerinden özellikle 111 sayılı Sözleşme, 155 sayılı Sözleşme ve 161 sayılı Sözleşme, işyerinde karşılaşılan mobbing uygulamaları açısından önemlidir. Her üç sözleşme de Türkiye tarafından imzalanmış ve usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiştir.

111 sayılı ILO Sözleşmesi (Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi)⁴² iş ve meslek alanında ayırım yapılmasını engellemek, çalışanların ırk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun, bütün insanların, hürriyet, Şeref, ekonomik, güvenlik ve eşit imkân Şartları içinde kendi maddi refah ve manevi gelişmelerini gözetme haklarının teyit edildiğini ve ayırımın İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde belirtilen hakları ihlâl ettiğini göz önünde tutarak, kabul edilmiştir.

“Ayrıım” kelimesinin anlamı Sözleşme’nin 1. maddesine göre;

• “İrk, renk, cinsiyet, din, siyasi inanc, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı,

• İlgili ye, memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı, ifade eder.”

İşyerinde, ırk, renk cins, din gibi çeşitli ayırım yaratan ve mobbinge neden olan davranışlar sözleşmeye aykırı olacaktır.

Sözleşme’nin 2. maddesine göre sözleşmeci devletler, ulusal Şartlara ve tatbikata uygun metotlarla; bu sözleşmede ele alınan anlamda her türlü ayırımı ortadan kaldırmak maksadıyla iş veya meslek edinmede ve edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği

php?t=25414 (Erişim: 10.10.2008).

⁴² ILO Kabul Tarihi: 4 Haziran 1958, Kanun Tarih ve Sayısı: 13.12.1966 / 811, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 22.12.1966 / 12484, Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 2.9.1967 / 6-8730, Resmi Gazete Yayım Tarih ve Sayısı: 21.9.1967 / 12705.

geliştirmeyi hedef tutan milli bir politika tespit ve takip etmeyi kabul ve taahhüt etmişlerdir.

“İş Sağlığı ve Güvenliği ve alışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Sözleşme”⁴³ ile iş sağlığına ve güvenliğine dair düzenlemeler yapılmış ve her ye devletin, ulusal koşullar ve uygulamaya göre ve en fazla temsil kabiliyetine sahip işçi ve işveren kuruluşlarına danışarak iş güvenliği, iş sağlığı ve çalışma ortamına ilişkin tutarlı bir ulusal politika geliştirmesi, uygulaması ve periyodik olarak gözden geçirmesi (Md.4) ngrlmştr.

İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 sayılı ILO Szleřmesi⁴⁴ iş sağlığı hizmetlerine ilişkin düzenlemeler getirmektedir.

Sözleşme’nin 1/a maddesine göre, “İş Sağlığı Hizmetleri” terimi esas olarak önleyici işlemlere sahip olan ve işletmedeki işveren, işçiler ve onların temsilcilerine;

- İşle ilgili en uygun fiziksel ve zihinsel sağlık koşullarını karşılayacak düzeyde, güvenli ve sağlıklı bir çalışma ortamı oluşturmak ve bunu sürdürmek için gereksinimleri,
- İşin, işçilerin fiziksel ve zihinsel sağlık durumlarını dikkate alacak Şekilde, onların yeteneklerine uygun biçimde uyarlanması, konularında tavsiyede bulunma sorumluluğu olan hizmetleri, kapsamaktadır.

Her üç sözleşmede belirtilen hükümler işyerinde uygulanan mobbing açısından koruyucu düzenlemeler yapılması için devletlere pozitif bir yükümlülük yüklemektedir.

2. Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı Açısından Durum

“Avrupa Sosyal Şartı, temel sosyal ve ekonomik hakları koruyan, medeni ve politik hakları garanti eden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni takviye

⁴³ ILO Kabul Tarihi: 3 Haziran 1981, Kanun Tarih ve Sayısı: 07.01.2004 / 5038, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 13.01.2004 / 25345.

⁴⁴ ILO Kabul Tarihi: 7 Haziran 1985, Kanun Tarih ve Sayısı: 07.01.2004 / 5039, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 13.01.2004 / 25345.

eden bir Avrupa Sözleşmesi'dir."⁴⁵

şartlar'ın genelde ILO Sözleşmelerini takip ettiği kabul edilmektedir.

"İnsan hakları, insan onurunun korunması ve sayĐı duyulması için vardır ve bu nedenle evrenselidir. Geleneksel haklar ile sosyal haklar arasında bir ayırım yapılması mümkün değildir. Sosyal ve ekonomik yönden en gsz korumak, kişisel ve siyasal hakların korunması için de gereklidir. Zira sosyal ve ekonomik yönden güçsüz toplumsal kesimlerin, sosyal ve ekonomik haklar olmadan, kişisel ve siyasal insan haklarını bilinçli olarak kullanmaları söz konusu olamaz. Bu nedenle sosyal haklar olmaksızın insan haklarından faydalanmak mümkün değildir. Bu düşünce, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde "insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı" olarak formüle edilmiştir. Yine aynı yönde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun, 4 Aralık 1950 yılındaki bildiriminde "kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yakın ilişkili ve birbirine bağlı haklar" olduğu belirtilmiş, "ekonomik, siyasal ve kültürel haklardan yoksun olan insanın Evrensel Beyanname'de öngörülen zgr insan olamayacağı" ayrıca ve açıkça vurgulanmıştır."⁴⁶

Gözden geirilmif Sosyal şart'ın 26. maddesi "Onurlu alışma Hakkı"nı düzenlemiş ve tüm çalışanların onurlu çalışma hakkına sahip olduğunu hüküm altına almıştır.

26. maddeye göre ise akit taraflar, tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak,

1. Çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı;

2. Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluş-

⁴⁵ iekli, Bülent, *Avrupa Sosyal şartı-Temel Rehber*, Ankara 2001, s. 19.

⁴⁶ Gülmez, Mesut, *Avrupa Sosyal şartı ve Türkiye Kollokyumu, Bildiriler ve Tartışmalar-Kollokyum Sunuş Konuşması*, (Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi/TODAİE.), Ankara-1993, s.20-21. (Naklen: Erdoğan, Gülnur; *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 78, Eylül-Ekim 2008, s. 126-127).

turan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı, kabul ve taahhüt etmişlerdir.

Türk Hukukunda uluslararası sözleşmelerin uygulanma şekli ve usulü 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde düzenlenmiştir.

"Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma" başlığı altında düzenlenen 90/1. maddede, *"Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulması"* şartına bağlanmıştır.

Devamındaki 2. ve 3. fıkrada⁴⁷ *"uygun bulma"* şartının istisnalarına yer verilmiş ve bu fıkralardaki istisnalar kapsamında olan ve *"Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkrada hükmü uygulanır"* (1982 An. m. 90/4), denilmiştir.

90. maddenin 5. fıkrasında ise usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olduğu ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacaktır.

Özellikle konumuz açısından önem taşıyan düzenleme, 1982 Anayasa'nın 90. maddesinin 5.fıkrasının sonuna, 5170 sayılı Kanun'un⁴⁸ 7. maddesi ile yapılan eklemedir. Anayasa maddesine 07.05.2004 tarihinde eklenen cümle ile *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda*

⁴⁷ Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur (m. 90/2).

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz (m. 90/3).

⁴⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5170, Kabul Tarihi: 07/05/2004, Resmi Gazete Tarihi: 22/05/2004, Yayınlandığı Resmi Gazete Sayısı: 25469.

farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı” hükmü eklenmiştir.

Burada tartişılması gereken konu, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartı ve Avrupa Sosyal şartı ile Ek Protokollerinin anayasanın bu düzenlemesi dhilindeki uluslararası anlaşmalar kapsamında olup olmadığıdır. Zira m. 90/5-son cmlle’de yapılan düzenleme *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukuk kuralı hükmünde olacağını”* belirtmektedir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartı ve Avrupa Sosyal şartı ile ek protokollerinin Anayasa’nın 90. maddesinde belirtilen *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir sözleşme”* olduğu sabittir.

Gerek Avrupa Sosyal şartı gerekse Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartı, temel sosyal ve ekonomik hakları koruyan, medeni ve politik hakları garanti eden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni takviye eden sözleşmelerdir.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal şartı’nın *“Başlangıç”* bölümünde *“Avrupa Konseyi hedefinin, kendilerinin ortak mirası olan ideal ve ilkelere gerçekleştirilmesi ve korunması amacıyla yeleri arasında daha güçlü bir birliğin sağlanması ve özellikle İnsan hakları ve temel özgürlüklerin gerçekleştirilmesi ve sürdürülmesi yoluyla sosyal ve ekonomik gelişmenin kolaylaştırılması olduğunu”* belirtilmiş ve devamında *“Avrupa Konseyine ye devletlerin, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanmış olan İnsan Hakları ve Temel zgrlklerin Korunması Avrupa Sözleşmesi ile 20 Mart 1952 tarihinde Paris’te imzaya açılan Ek Protokollerde, halklarına bu belgelerde belirtilen sivil ve siyasi özgürlükleri sağlamayı kabul ettikleri”* hatırlatılmıştır.

Yine başlangıç bölümünde *“bütün insan haklarının, bunlar kişisel, siyasal, ekonomik, sosyal ya da kültürel olsun, blnmezliğinin korunması”* gerektiği belirtilmiştir.

Başlangıç bölümünde *“insan haklarının bölünmezliği ilkesi”* nin kabulü, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde *“insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı”* ilkesinin ve aynı yöndeki Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun, 1950 bildiriminde kabul ettiği *“kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakların yakın ilişkili ve birbirine bağlı haklar”* kuralının tekrarı niteliğindedir.

Uygulamada çok rastlanmasa da iç hukuk kuralı haline gelen bu Şartlara bazı mahkeme kararlarında⁴⁹ atıf yapıldığı görülmektedir.⁵⁰

C. UYGULAMADAKİ DURUM

Mobbing kavramına iş hukukunda sık sık rastlanmasa da son zamanlarda bir takım davalara konu edilmeye başlanmıştır.

Bunlardan ilki T. Y.⁵¹ tarafından Jeoloji Mühendisleri Odası'na kar-

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi 1997/62 E. 1998/52 K. 16.09.1998 T. ; Anayasa Mahkemesi 1999/42 E. 2001/41 K. 23.02.2001 T. ; Danıştay 1. Dairesi 2005/1067 E. 2005/1363 K. 17.11.2005 T. ; Danıştay 10. Dairesi 1991/1262 E. 1992/3911 K. 10.11.1992 T. ; Danıştay 10. Dairesi 1993/5367 E. 1995/1273 K. T. 21.03.1995; Danıştay İBK. 2005/1 E. 2006/1 K. 03.03.2006 T.

⁵⁰ Erdoğan, s. 129-130.

⁵¹ zelik, Burcu, Mobbing Davaları Yaygınlaşıyor, *Hürriyet Gazetesi*, 29.01.2007.

http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=9505 (Erişim:12.11.2008).

HR Dergisi'nin 24 Ocak'ta düzenlediği "Mobbing İŞyerinde Psikolojik Taciz" konferansı sırasında yapılan röportajdan aynen alıntı: "7 yıl önce Ankara Jeoloji Mühendisleri Odası'nda işe başlayan ve Büro Amiri olarak alıŐan Yıldırım'ın işyerindeki sorunları iki yıl önce başladı. Yeni genel sekreterin geliŐi onun için bir dönüm noktası oldu: "Sürekli olarak yaptığım işin beğenilmediği söyleniyordu ama neyini beğenmiyorsunuz diye sorduğumda 'beğenmiyorum işte!' deyip geçiyordu. Bir sürü yetkimi elimden aldılar. Kimin ne eksiğinin giderilmesi gerekiyorsa bana yüklendi. Büro Amiri olmama rağmen toplantılarda kimse yüzüme bakmaz oldu. İzin günümde yaşanan bir evrak karışıklığın sorumluluğunu bana yüklediler. Beni yalancılıkla bile suçladılar. Sonunda uyarı ve kınama cezası da aldım. Artık işe ayağımı sürükleyerek gider olmuŐtum." Yıldırım bu dönemde istifa etmeyi çok düŐündü ama kendini daha da ezik hissedeeğini düşünerek hep vazgeçti. Sonunda depresyona girdi, psikiyatra giderek rapor aldı. Bu sefer de işten kaytarıyor diye işyerinde dedikodusu ıktı. "Basit Őeylerle başlayan süreç hızla bir sarmala dönüşüp beni yutmaya başladı. ArkadaŐlarımla aramda bir problem yoktu fakat siz o kadar çok eleŐtirdince bir süre sonra onların da size güvenleri eksiliyor. Açıktan söylemiyorlardı ama Tülin Hanım da biraz dikkat etseydi, diye konuşmalar yapıldığını biliyorum. En son rapor aldığımda bana çok düşmanca davrandılar. Yönetim de, zaten çalışmak istemiyordu, gitti rapor aldı, sizi burada yalnız bıraktı, diyerek düŐmanlık tohumları atmıŐ. Ben işe gittiğimde insanlarda işten kaytarmaya çalıŐtığım gibi bir izlenim oluşmuştu. Sonra konuŐarak zdk. Neler yaŐadıđımı, bu davranışlara neden maruz kaldığımı, mobbingin ne olduğunu hem başka odaların çalıŐanlarının da katıldığı toplantılar düzenleyerek anlattım." Aslında T. Y.'nin mobbing kavramıyla tanıŐması tamamen tesadüf. İŞyerindeki can sıkıcı olaylar başladıktan 7-8 ay sonra jeoloji haber bülteninde bir üyenin yazdığı makalede ilk kez mobbing kavramından söz edildiğini okudu. Sonra yabancı kaynaklarda araŐtırdı. "Mobbingin ne olduğunu öğrenince anladım ki bu bir yıldırma süreci. Bir an ne olduğunuzu anlamıyorsunuz. Hem size hem çevrenizdekilere

şı Ankara 8. İş Mahkemesi'nde 20.12.2006 yılında açılan davadır. 8. İş Mahkemesi'nce işçinin işyerinde duygusal tacize uğradığı kabul edilmiş ve işveren, işçinin uğradığı manevi baskılar ve psikolojik olarak yıpranması nedeni ile 1.000 YTL manevi tazminat ödemeye mahkûm edilmiş, Yargıtay 9. HD 30.05.2008 günü kararı onamıştır.

Karar ile mobbing kavramı ilk defa bir yargı kararına girmiş ve mahkemece mobbing kavramı tanımlanarak, işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her tür kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb. davranışlar olarak mobbing olarak kabul edilmiştir.

Mobbing nedeniyle bir diğer dava ise Toprak Mahsulleri Ofisi'ne (TMO) karşı ř. T. tarafından açılmıştır. Davaya konu olayda siyasi iktidar değişikliği nedeniyle davacının önce istifası istenmiş, istifa etmeyince ise rütbesi önce müşavirliğe, sonra başuzmanlık kadrosuna indirilmiştir. Davacının işe iade davası lehine sonuçlanmış olup, dava sonrasında uygulanan mobbingden dolayı açılan tazminat davası devam etmektedir.⁵²

Bir diğer mobbing davası ise 1985'ten beri Marmara Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Biyokimya Anabilim Dalı'nda öğretim görevlisi

kötü olduğunuz izlenimi veriliyor. Mobbing bir işten atılma süreci. Baştan hiç işten atılabileceğimi düşünmedim çünkü işimi seviyor ve iyi yapıyordum. Ama bunların her biri ona götürüyormuş meğerse. Nitekim sonuçta çıkışımı da verdiler." T. Y. işten atılmadan 2 ay önce, maruz kaldığı mobbingden dolayı gördüğü zarar nedeniyle manevi tazminat davası açtı. Oda dava metnini gördüğünde çok da fazla ilgilenmedi ama ona üç gün hiçbir iş vermeyip, masasındaki bilgisayarı da alarak sen burada oturacaksın denildi. Açtığı davayı kazanan T. Y. kendisine verilen uyarı ve kınama cezasını da kaldırıp 1000 YTL tazminat aldı."

⁵² ř. T., 25 yıl TMO'da çalıştıktan sonra Personel Daire Başkanlığı'na atanmıştır. ... iktidarının göreve gelmesiyle ř. T.'nin istifası istenmiş, kabul etmeyince rütbesi düşürülüp müşavirlik, sonra başuzmanlık kadrosuna atanmıştır. Göreve dönmek için açılan davanın lehe sonuçlanmasıyla, yönetim baskı ve yıldırma politikası uygulanmış, gece nöbetleri verilmiş ve sonunda üzerindeki baskıya dayanamayan ř. T.'ye, 'kalp krizi' şüphesiyle kaldırıldığı hastanede, majör depresyon tanısı konmuştur. Tanı sonrasında ř. T. 1,5 ay yatarak 10 ay da ayakta tedavi görmüş, bu süreçte depresyona giren ve kollarını jiletlemeye başlayan oğlu ile eşi de tedavi edilmiştir. ř. T. TMO'da mobbinge uğradığını, bu nedenle önce kendisinin daha sonra ailesinin depresyona girdiği gerekçesiyle mahkemeye başvurmuş ve kendisine psikolojik baskı yaptıkları ve istifaya zorladıkları gerekçesiyle AKP iktidarı döneminde kuruma atanan yöneticiler hakkında 15 bin YTL'lik maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Özçelik, *Hürriyet Gazetesi*, http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=9505 (Erişim:12.11.2008).

olan Prof. Dr. Dehen Altner tarafından açılmıştır. Davacı, amir durumdaki Dekan Prof. Dr. ...'nin baskısına maruz kalmış ve mobbing (ğrencilerinin laboratuarlardan kovulması, araştırmalarına denek sağlanmaması, çay ocağının yanında sunta çevrili bir odaya sürülmesi, asistanlarına kadro verilmemesi ve bir bölüm toplantısında Dekan... tarafından haykırarak odadan kovulması vs.) iddiası ile dava açmıştır. Açılan tazminat davası ile Dehen Altner'in "*kışılık haklarına saldırıda bulunulduğu, küçük düşürüldüğü, itibarının zedelendiği*" kanıtlanmış ve karar Yargıtay'ca onanmıřtır⁵³.

Bir başka mobbing davası ise çok şubeli, büyük ölçekli bir bankada iki ayrı bölümden sorumlu bölüm başkanı olarak alışan Handan Arpacioğlu tarafından, 6 ay süreyle mobbinge maruz kaldığı gerekeci ile açılan tazminat davasıdır. Açılan dava halen devam etmektedir.

İlgili toplantılara ağrılmamak, yapacağı işlerin yanında son derece önemsiz ve gereksiz görevlerin kendisine verilmesi, başka bölümlerin işinin kendisine yüklenmesi, masasına amiri tarafından kğıtların fırlatılması ve "*sen yapacaksın*" denmesi, şahsen çağrıldığı yurt içi ve yurt dışı toplantılara başka birisinin gönderilmesi, yaptığı her işin sorgulanması, herkesin ortasında bağırılması, "*sen hiçbir şekilde bu işle ilgilenmeyeceksin yoksa canını yakarım*" diye tehdit edilmesi, başka bir bölüme atama ve neticesinde hem unvan, hem ücret hem de görev bakımından bir rütbe tenzili olması, manyetik kartının iptal edilmesi nedeniyle iş yerine girememesi ve iş akdi feshedilmesi gibi mobbing uygulamaları ile iş yerinde karşılaşan Handan Arpacioğlu mobbing nedeniyle tazminat davası açmıştır.⁵⁴

Bu noktada mobbing mağdurlarının çözüm arama yeri olan adliyelerde yaşanan mobbing uygulamalarının da tartışılması gerekmektedir.

Adliyelerde hemen her gün karşılaşılan, fakat kanıksanan ve artık vaka-ı adiyeden sayılan mobbing uygulamalarıdır. Bunlardan ilki, duruşma esnasında zabıt ktibine ya da mübaşire karşı amiri durumunda bulunan hâkim ya da savcılarca yöneltilen davranışlardır. Ktip ya

⁵³ zelik, *Hürriyet Gazetesi*, http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=9505 (Erişim: 12.11.2008).

⁵⁴ zelik, *Hürriyet Gazetesi*, http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=9505 (Erişim: 12.11.2008).

da mübaşir, duruşma saatini bekleyen avukat ve vatandaşlar önünde çok zaman azarlanmakta, söyleneni anlamamakla, beceriksizlikle ya da bir işi bitirememekle suçlamaktadır.

Avukatlar acaba mobbinge maruz kalıyor mu sorusuna ise evet cevabını vermek gerekmektedir. Ancak evet cevabının sadece bağımlı çalışan işçi-avukatlar açısından geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bir hukuk bürosunda çalışan stajyer avukat ya da sigortalı avukatların aşırı çalışma yükü ile karşı karşıya bırakılması, avukatlık hizmetinin yanında bazen büro temizleme, çay getir götür işlerinin yaptırılması, azarlanması, aşağılanması, işten çıkarıldığında yasal işçi alacaklarının ödenmemesi gibi mobbing uygulamalarına sıklıa rastlanmaktadır.

Sadece bağlı çalışan avukatlar değil, bağımsız avukatlık hizmeti ifa eden avukatların da adliyelerde sıklıkla mobbinge maruz kaldıklarını söylemek mümkündür. Bağımsızlık ile mobbingin bir arada olması pek ihtimal dâhilinde görülmese de, avukatlar açısından adliyeler, doğrudan bir ücret ilişkisi olmasa da, işyeri kavramına dâhil yerlerdir. Duruşmalar esnasında çok zaman hâkim tarafından söz verilmediği, söylediklerinin duymazdan gelindiği, bir talepte bulunulduğunda, o talebi reddetmek yerine nasıl yanlış bir talep olduğunun anlatılması, o öyle değildir şeklinde ders verici tutum ve üsluplar, saatlerce kapıda ayakta bekletilmeler, azarlanmalar, zaman zaman iğneleme ve alay içeren sözler, aslında avukatlara da sıklıkla hâkimler tarafında mobbing uygulandığını göstermektedir.

Hkimle avukat arasında işveren-işçi ilişkisinin olmadığı sylenbilirse de, bu söylem, doğrudan-klasik bir iş ilişkisi olmadığı düşünüldüğünde doğrudur. Bu düşünceden hareketle mobbing uygulayana ancak haksız fiil ve tazminat hükümlerine göre müracaatın mümkün olabileceği söylenebilecektir. Ancak avukatın her gün işyeri olarak o adliyede ve o hkimle çalışmak zorunda olması, çok zaman işinin çabuk bitmesi, bir dahaki işinin görülmemesi gibi ihtimaller düşünüldüğünde, arada doğrudan bir para ilişkisi olmasa da, uzun vadede ekonomik refahın temini ve dava açısından bir olumsuzluk yaşanmaması istemi, avukatın bu olumsuz ve taciz edici davranışlara sesini çıkarmaması sonucunu doğurmakta, arada dolaylı olarak bir ekonomik ilişki kurulmakta ve illiyet bağı kurulmaktadır.

Görüldüğü üzere, terzi kendi söküğünü dikememekte ve bir güç kullanımı anlamına gelen mobbing avukatlar açısından da yaygın bir sorun oluşturmaya devam etmektedir.

SONUÇ

Günümüzde mobbing, cinsiyet ve hiyerarşi farkı gözetmeksizin, tüm kültürlerde ve tüm işyerlerinde gerçekleşen bir olgudur ve mobbinge maruz kalma riski, herkes için vardır.⁵⁵ Herhangi biri mobbing mağduru olabilir veya bazı insanlar da belirli özelliklerinden dolayı mobbing mağduru olarak seçilebilir.⁵⁶ Mobbing genellikle işverenlerce, İş Kanunu'nun işçiyi koruyan ve tazminat yükümlülüğü doğuran hükümlerinden kurtulmak için yıldırma amaçlı olarak kullanılmaktadır. Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde, işverenlerin personel sayısında azaltmaya gitmeleri ve işsiz sayısının çok olduğu ülkemizde daha ucuza, daha genç çalışanların işe alınmak istenmesi gibi nedenlerle mobbing, istenmeyen bir çalışandan tazminat ödenmeksizin kurtulmak için tercih edilen ana yöntem haline gelmektedir. Çok zaman mobbing, mağdurdan kurtulma amaçlı olarak uygulansa da bazen işverenlerin çalışanları teşvik etmek amacıyla da mobbinge başvurdukları görülmektedir.

Mobbingin işyerindeki bir anlaşmazlıkla başladığı düşünüldüğünde, mobbing uygulayan kişinin saldırgan eylemlerine, yönetimin veya iş arkadaşlarının da katılması söz konusu olabilmektedir. Mobbingin devamı aşamasında mobbing mağduru, sorunun kaynağı, problemlili ya da akıl hastası olarak damgalanmakta ve süreç işe son verilmesi ya da mağdurun işten ayrılması ile tamamlanmaktadır. Ancak işten ayrılma çok zaman uygulanan mobbingin bittiği anlamına gelmemekte, benzer bir iş kolunda çalışmak istendiğinde artık referanslar kirlenmiş olacağından, mağdur kötü huylu ya da işten anlamaz olarak damgalanmış olmaktadır.⁵⁷

Mobbinge maruz kalan mağdurun sosyal imajı zedelenmekte, mağ-

⁵⁵ Laçiner.

⁵⁶ İşyerinde Duygusal Saldırı, http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=164&Itemid=96 (Erişim:10.10.2008).

⁵⁷ Mobbinge uğrayanların genel özellikleri, http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=86&Itemid=96 (Erişim: 10.10.2008).

dur sadece iŖyerinde ve alıŖma hayatındaki kimliğini değil, aynı zamanda sosyal evre ve aile ortamındaki kimliğini de yitirmektedir.⁵⁸

Mobbing bugün birçok Avrupa ülkesinde suç olarak yasalarda yer almakta ve kanunlar dıŖında iŖ szleŖmelerinde de mobbinge yer verilmektedir. (rneğin: Volkswagen, alıŖanlarıyla yaptığı szleŖmeyle iŖyerinde mobbing uyguladığı tespit edilen bir alıŖanı Ŗartsız olarak iŖten uzaklaŖtırılabilmektedir. Firma szleŖmeye göre mobbing kurbanının hukuk ve sağlık harcamalarını karŖılamak zorunda olup, ayrıca istendiği takdirde erken emeklilik dahi verilmektedir). Ayrıca mobbing için 24 saat hizmet veren acil hatlar ile mobbing mağdurlarına psikologlar, iŖ hukukçuları ve adli tıpcılardan oluŖan bir ekiple yardım verilmektedir.⁵⁹

Son söz olarak, mobbingin gerekçesi ister baskı, ister yıldırma isterse motive etme olsun mobbing uygulaması temel insan haklarının ihlalidir. İnsan haklarının ve insan onurunun korunması ise 1982 Anayasası ile devlete yklenmiŖtir. Bu nedenle mobbinge uğranılan mağduriyetin giderilmesi ve korumanın sağlanabilmesi için 4857 sayılı İŖ Kanunu'nda mobbing ile ilgili düzenlemelerin yapılması, cezai açıdan da mobbingin açıkça suç haline getirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Altıparmak, AyŖe, *Mülkiyeliler Dergisi*, http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=180&Itemid=96 (EriŖim:10.10.2008).
- iekli, Bülent, *Avrupa Sosyal Ŗartı-Temel Rehber*, Ankara 2001.
- Erdoğan, Gülnur, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 78, Eylül-Ekim 2008.
- Eser, Oktay, *Mobbing Kavramının Türkçe Serüveni*.

⁵⁸ Kerestecioğlu, Filiz, İŖyerinde Psikolojik Ŗiddet "Mobbing", *Güncel Hukuk Dergisi* (Röportaj: Hülya Gülbahar-Pınar Titiz-Ali Güzel), Mayıs 2006, S. 28, s.33. (Pınar Titiz Cevabı).

⁵⁹ zelik, Burcu, Volkswagen de Mobbing İŖ Akdinde Yer Alıyor, Kaynak: *Hürriyet İnsan Kaynakları Gazetesi*, http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=94&Itemid=96. (EriŖim: 10.10.2008).

http://turkoloji.cu.edu.tr/YENI%20TURK%20DILI/oktay_eser_mobbing_kavrami.pdf (Erişim:10.10.2008).

Herdem, şafak, Psikolojik Yıldıırma ve İş Hukuku Hükümlerinin-Tuzak-Olarak Kullanımıyla Mücadele Yolları-I, http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=192&Itemid=96 (Erişim:10.10.2008).

Geçer, Bekir, *Mobbing ve Hukuksal Zemin*.

http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=130&Itemid=96 (Erişim:10.10.2008).

Gülmez, Mesut, Avrupa Sosyal şartı ve Türkiye Kollokyumu, Bildiriler ve Tartışmalar-Kollokyum Sunuş Konuşması, (Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi/TODAİE.), Ankara-1993.

http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=86&Itemid=96 (Erişim:10.10.2008).

http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=173&Itemid=9 (Erişim:10.10.2008).

<http://tr.wikipedia.org/wiki/mobbing> (Erişim:10.10.2008).

Işık, Emre, İşletmelerde Mobbing Uygulamaları İle İş Stresi İlişkisine Yönelik Bir Araştırma, Yıldız Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, S.B.E İşletme Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2007.

İşyerinde Duygusal Saldırı, http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=164&Itemid=96 (Erişim:10.10.2008).

Kerestecioğlu, Filiz, İşyerinde Psikolojik şiddet "Mobbing" *Güncel Hukuk Dergisi* (Röportaj: Hülya Gülbahar-Pınar Titiz-Ali Güzel), Mayıs-2006, S.28.

Laçiner, Vedat, Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz), *USAK Stratejik Gündem (USG)*, 24 Nisan 2006. http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=162&Itemid=96 (Erişim: 10.10.2008).

Mobbing (İş Yerinde Psikolojik Taciz). <http://www.insankaynaklari.com/ikdotnet/icerikdetay.aspx?KayitNo=9757>(Erş; 10.10.2008).

Narmanlıoğlu, nal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri-1, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara-1994.

zaşcılar, Mine/ İşkol Fidan, Merve/ Sevimli Yurtseven, Sevda / Ziyalar, Neylan, Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz, *Güncel Hukuk*

Dergisi.

<http://www.insankaynaklari.com/ikdotnet/icerikdetay.aspx?KayitNo=9757>

(Erişim: 10.10.2008).

Özçelik, Burcu, Mobbing Davaları Yaygınlaşıyor, *Hürriyet Gazetesi*, 29.01.2007.

http://www.sendika.org/yazi.php?yazi_no=9505

(Erişim: 12.11.2008).

Özçelik, Burcu; Volkswagen de Mobbing İş Akdinde Yer Alıyor, Kaynak: *Hürriyet İnsan Kaynakları Gazetesi*, http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=94&Itemid=96 (Erişim: 10.10.2008).

Özlem, Önder, İşyerinde Manevi Saldırı Ve İşkence Suçu Arasındaki İlişki-1 (Mobbing Ve Manevi İşkence) <http://www.turkhukuksite.com/showthread.php?t=25414> (Erişim: 10.10.2008).

Psikolojik Yıldırma-Bullying ve Mobbing, http://www.mobbingturkiye.net/index.php?option=com_content&task=view&id=197&Itemid=96 ((Erişim: 10.10.2008).

Savaş, Fatma Burcu, *İşyerinde Manevi Taciz*, Nisan 2007-İstanbul.

Solmuş, Tarık, İş Yaşamında Travmalar: Cinsel Taciz ve Duygusal Zorbalık/Taciz(Mobbing, İş, Güç, Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, C.7, S.2, Haziran 2005, ISSN: 1303-2860. (Naklen: Işık).

Soyer, Şule, *Mobbing İşyerinde Duygusal Saldırı*,http://www.alomaliye.com/sule_soyer_mobbing.htm (Erişim:10.10.2008).

Tınaz, Pınar, *İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing)*, İstanbul- 2006.

Tutar, Hasan, İşyerinde Psikolojik Şiddet Süreci, <http://www.canaktan.org/yonetim/psikolojiksiddet/sureci.htm> (Erişim:10.10.2008).

Martı Yazılım AŞ-yargıMatik RD.

YOKSULLUK EKSENİNDE ENGELLİLERİN EĞİTİMİ

Arzu BESİRİ*

“Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, milli veya içtimai menşe, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ilan olunan tekmil haklardan ve bütün hürriyetlerden istifade edebilir.”

GİRİŞ

Türkiye’de engelliler toplumuyla bütünleşme yönünde yoğun sorunlar yaşamaktadırlar. Yaşamın pek çok alanına yayılan sorunlar, engelli bireylerin, toplumla işlevsel bir bütünlük içinde yaşamalarını güçleştirmektedir. Toplumun engelliye anlamaması, yaşadıkları hayat içinde onları fark etmemesi, engellilerin de kendilerini geriye çekmesine böylece toplumda ayrışmalara sebep olmuştur.

Eğitim olanaklarından yeterince yararlanamama, fiziksel ayrımcılığa maruz kalma, toplum içindeki düşük roller, işsizlik, yoksulluk ve daha birçok konu engelliler tarafından yaşanan temel sorunlardır. Engelli bireylere yönelik ön yargılar beraberinde birçok olumsuzluğu getirmektedir. Engelli bireyler eğitim ve istihdam sorunları, ön yargılar neticesinde yanlış tutumlar, bağımsız hareket edememe ve ulaşılabilirlikte engeller gibi nedenlerle çoğunlukla geçimlerini temin edememektedirler. Anayasa’nın 10. maddesine göre, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle kanun önünde eşittir. Bu hükümden de herkesin eşit hak-

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans Programı öğrencisi.

lara sahip olduğunu kolaylıkla çıkartırız. Fakat bu eşitlik ilkesinden en az yararlananlar maalesef engellilerdir. Bunun nedeni engellilerin Anayasa'dan ve yasalardan kaynaklanan haklarını bilmemeleri, engelliler adına hizmet veren başta vakıf ve dernekler olmak üzere kurum ve kuruluşların üyelerini bilinçlendirecek yeterliliğe sahip olmamaları vs.'dir.

Her şeyin hızla değiştiği bir dünyada, engellilerin de eğitilip potansiyel haline dönüştürülmesi gerekmektedir. Dünya Bankası verilerine göre dünyanın en yoksul toplumlarının %20'sini engelli kişiler oluşturmaktadır. Sadece sosyal transferler yardımıyla engellilerin yoksulluğunun önüne geçilemez. Engelleri özel eğitim gerektiren bireylerin topluma etkin ve üretken kişiler olarak katılımlarını sağlamak gereklidir. Ancak burada önemli bir husus daha var. Özel eğitim veren bu okullarımızda öğretmen eksikliği had safhadadır. Bunun bir sebebi de özel eğitim bölümü mezunu veren sadece beş üniversitemizin bulunmasıdır. Eğitimde fırsat eşitliği ilkesinden yola çıkarak, eğitim ihtiyaçlarını karşılamak, özellikleri doğrultusunda uygun ortamlarda eğitim almalarını sağlayarak bu konuda gerekli tedbirleri almak da, Milli Eğitim Bakanlığı'nın görev ve sorumluluklarındandır. Eğitimli engelli özelde aile ekonomisine, genelde ülke ekonomisine üreterek katkıda bulunduğu zaman hem kendisi mutlu olacaktır, hem de toplumda hak ettiği saygınlığı kazanacaktır.¹

Bu çalışmanın amacı engellilerin toplumla bütünleşmesi yönündeki engellerden eğitim sorununa ve yoksulluğa dikkat çekmek, gerçekleştirilen uygulamaların olumlu olumsuz yönlerinden bahsetmektir.

1. ENGELLİLİK KAVRAMI

Yalnız bizim dilimizde değil, diğer birçok dilde de engelli ve engellilik anlamına gelen birden fazla sözcük bulunmaktadır. Adlandırmada ki bu farklar, zaman zaman öyle çok tartışmaya neden olmaktadır ki, bu tartışmalar gerçek sorunların önüne geçebilmektedir. Engellinin kim, engelliliğin de ne olduğu açık bir biçimde ortaya konmayınca engellilere yönelik geliştirilecek politikaların, yasaların ve hizmetlerin de kapsamı belirsizleşmektedir. Bu belirsizlik de uygulamada pek çok

¹ Karakaş, K., Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları, *Ufuk Ötesi Bilim Dergisi*, C. 2, S. 2, Kasım 2002.

sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Adlandırmada ki karmaşa ve tanım güçlüğü, engellinin kendini anlatmasını ve diğerlerinin de onları anlamasını zorlaştırmaktadır.²

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde insandan iki eli olan, iki ayak üzerinde dolaşan, sözle anlaşılan, akıl ve düşünme yeteneği olan en gelişmiş canlı diye söz edilmesi engelli insanı tarif etmemekte ve bu tarife girmediğinden bazı engellileri insan görmemektedir. Bedensel ve zihinsel engelliler, sağır ve dilsizler bu tarife girmemekte, görme ve süregelen engelliler bu tarife girmektedir. Bu da tanımlarda sadece engellilerle engelli olmayanlar arasında değil, engelliler arasında da ayırım yapıldığına işaret etmektedir. Halbuki İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1. maddesinde "*Bütün insanlar özgür, onur ve haklar açısından eşit doğarlar*" yazar. Fakat bu eşitlikten en az yararlananlar bazen de hiç yararlanamayanlar engellilerdir.

Dünya Sağlık Örgütü verilerine (WHO) göre genel olarak herhangi bir toplumun nüfusunun yaklaşık yüzde 10'ununu engelli kişiler oluşturmaktadır.³ Ülkemizde engelli nüfus oranı ise Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı ve Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı işbirliği ile Aralık 2002'de yapılan ve Temmuz 2004'te Özürlüler İdaresi Başkanlığı'nca açıklanan Özürlüler Araştırması raporuna göre yüzde 12.29'dur.⁴ Dünyanın her yerinde engelli kişiler ayrımcılıkla karşılaşmakta ve yaşadıkları toplumların ekonomik, sosyal ve politik alanlarından dışlanmaktadır. Bu da engelliler arasındaki yoksulluğun temel nedenidir.

1.1. Engelli, Sakat, Özürlü Kavramları

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde;

Engelli: vücudunda eksik veya kusuru olan,

Özürlü: gelişimin türlü yanlarıyla öğrenme gücü gibi süreçlerin birisi veya birkaçında sakat olan kişi ya da kusuru olan, defolu.

² Karakaş, K., Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları, *Ufukun Ötesi Bilim Dergisi*, C. 2, S. 2, Kasım 2002.

³ www.rehabilitasyon.com.

⁴ TC Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2006.

Sakat: vücudunda hasta veya eksik bir yanı olan, engelli, özürü. olarak tanımlanmıştır.⁵

Engellinin bir başka tanımı ise vücudunda doğuştan veya sonradan oluşmuş, fiziksel, biyolojik veya estetik olarak, görünüm / işlev bozukluğu nedeniyle, günlük hayat ve sosyal yaşam içerisinde engel ve sorunlarla karşılaşmakta olup, genel hayata uyum sağlayabilmesi ve engel durumuna özel gereksinimlerinin sağlanması için, sosyal-bilimsel çalışma ve destekleri almaya hakkı olan kişidir. (örneğin; görme engelli, işitme engelli, zihinsel engelli, ortopedik engelli, konuşma engelli, ...)

Engelli kavramıyla ilgili Özürülüler İdaresi'nin kabul ettiği tanımlar şöyledir:

Zedelenme - Sapma: Bireyin psikolojik, fizyolojik, anatomik özelliklerinde geçici ya da kalıcı türden bir kayıp, bir yapı ya da işleyiş bozukluğu olur. Bacakların olmayışı, kolların felçli oluşu, iyi görememe vb. gibi durumlar birer zedelenmedir.

Yetersizlik: Zedelenme ya da bazı sapmalar sonucu, bir insan için normal kabul edilen bir etkinliğin ya da hareketliliğin, engellenme veya sınırlandırılması haline denmektedir. Birey zedelenme ya da sapma sonucu yaşamında bir takım güçlüklerle karşılaşır, bazı güçlüklerin üstesinden gelmede yetersiz kalır. Bacaklarının olmayışı ya da fiziksel engelli oluşu, yürüyememe, yürüyerek yapılan etkinliklerde kişinin yetersiz kalmasına neden olur.⁶

Özür - Engel: Bireyin yaşadığı sürece yaş, cins, sosyal ve kültürel faktörlere bağlı olarak oynaması gereken roller vardır. Birey yetersizlik yüzünden bu rolleri gereği gibi oynayamaz durumda kalırsa buna özür - engel denir.⁷

2004 yılında çıkarılan Özürülüler Kanunu'na göre engelliler "*Doğuştan veya sonradan herhangi bir hastalık veya kaza sonucu bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yetilerini çeşitli derecelerde kaybetmiş, normal yaşamın gereklerine uyamayan, günlük gereksinimlerini karşılama güçlüğüne olan korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmeti alan*

⁵ <http://tdkterim.gov.tr>.

⁶ Özsoy, Y., Özyürek, M., Eripek, S., *Özel Eğitime Giriş*.

⁷ Özsoy, Y., Özyürek, M., Eripek, S., *Özel Eğitime Giriş*.

*kişilerdir”.*⁸

Dünya Sağlık Teşkilatı (WHO) engelli kavramını üç ayrı ana kategoride toplayıp, değerlendirmektedir.

1. İç veya dış organların zarar görmesi veya tahrip olması, organlardan herhangi birisinin zarara uğramış olup olmadığı genelde tıbbi bir teşhisin sonucunda kesinlik kazanmaktadır. Mesela gözün görme kabiliyetini yitirmesi, bir organın hastalığı olarak ifade edilebilir (impairment).

2. Organların zarara uğraması sebebiyle ruhsal, psikolojik veya fiziki yönden fonksiyonel engellerin ortaya çıkması. Fonksiyonel engel, normal bir aktiviteyi yerine getirmekteki zorluğu ve meşakkati dile getirmektedir. Bir göz rahatsızlığının görme kabiliyetini sınırlaması, önemli bir fonksiyonel engel teşkil eder. Dolayısıyla fonksiyonel engeller, kişinin bedene ait değişik yetenek ve performans kaybını yansıtmaktadır (Disability).

3. Sosyal engellerin belirlenmesi. Fonksiyonel engellerin artması ile çoğu kez sosyal hayatta değişik engellerle karşı karşıya gelinmektedir. Bu durumda kendilerinden beklenen sosyal rollerini yerine getirememektedirler (Handicap).⁹

Tanımlardan da anlaşılacağı gibi bugün, bir kişinin engelli sayılabilmesi için, o kişinin bedensel (anatomik, ortopedik) bozukluktan ziyade, fonksiyonel yetersizliği olup olmadığına, bir başka deyişle, arızalanmış organların ne derecede görevlerini yerine getirip getirmediğine bakılmaktadır.¹⁰

Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi'nin 1. madde 2. cümlesine göre *“Engelli kişiler, çeşitli engellerle karşılaşmaları halinde diğerleriyle eşit bir şekilde topluma tam ve etkili şekilde katılmalarını engelleyen uzun süreli fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal sakatlığı olan kişilerdir.”*¹¹

Sakat veya özürlü kelimesi yerine engelli sözcüğünü kullandığımızda yetersizliğe işaret etmesinin yanı sıra kulağa hitabı bakımından

⁸ TC Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, *Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı*, s. 6.

⁹ Seyyar, A., *Sosyal Siyaset Açısından Özürlülüğe Karşı Mücadele*, s. 41.

¹⁰ Seyyar, A., *Sosyal Siyaset Açısından Özürlülüğe Karşı Mücadele*, s.42.

¹¹ www.beyazay.org.tr.

da daha güzel gelmektedir, bu yüzden engelli kelimesini kullanacağım.

1.2. Türkiye’de Engelli Profili

Türkiye’de sık görülen belirli engelli grupları şunlardır:

Bedensel engelliler

Görme engelliler

İşitme engelliler

Dil ve Konuşma engelliler

Zihinsel engelliler

Otistik engelliler (Otizm)

Süreğen hastalar¹²

Bedensel Engelliler: Kas ve iskelet sisteminde yetersizlik, eksiklik ve fonksiyon kaybı olan kişilerdir. El, kol, bacak, parmak ve omurgalarında kısalık, eksiklik, fazlalık, yokluk, hareket kısıtlılığı, şekil bozukluğu, kas güçsüzlüğü, kemik hastalığı olanlar, felçliler ve spastikler bu gruba girmektedir.¹³ Omurilik felçlileri de bu gruba girmektedir. Omurilik felci; omuriliğin hastalık veya tramvaya bağlı olarak baskıya uğraması ve işlevini kaybetmesidir. Uğradığı bu baskı sonucu omurilikte hasar gören bölgeler beyinle iletişim yapamaz hale gelir. Organlarla beyin arasındaki irtibat hasar gören bölgeler ve aşağısında kaybedilir. Hastalıklardan başka travmalara örnek olarak trafik kazaları, yüksekte düşmeler, sığ suya balıklama atlama, iş kazaları vs. gibi sebepler sayılabilir.¹⁴

Görme Engelliler: Tek veya iki gözünde tam veya kısmi görme kaybı veya bozukluğu olan kişilerdir. Görme kaybıyla birlikte göz protezi kullananlar, renk körlüğü, gece körlüğü bu gruba girmektedir.¹⁵

¹² Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı ve DİE Aralık 2002” Özürlüler Araştırması”.

¹³ Öztürk, M., *Hayata Dokunuş*, s.14.

¹⁴ www.tofd.org.tr.

¹⁵ Öztürk, M., *Hayata Dokunuş*, s. 14.

İşitme Engelliler: Tek veya iki kulağında tam veya kısmi işitme kaybı olan kişidir. İşitme cihazı kullananlar da bu gruba girmektedir.

Dil ve Konuşma Engelliler: Herhangi bir nedenle konuşamayan veya konuşmanın hızında, akıcılığında, ifadesinde bozukluk olan ve ses bozukluğu olan kişidir. Konuşamayan, gırtlığı alınanlar, konuşmak için alet kullananlar, kekemeler, dil- dudak-damak- çene yapısında bozukluk olanlar bu gruba girer.

Zihinsel Engelliler: Genel zihinsel işlevlerde önemli derecede normalaltı, bunun yanında uyumsal davranışlarda yetersizlik gösterme durumudur. Eğitilebilir, öğretilbilir ve ağır zihinsel engelliler olarak üçe ayrılır.

Otistik Engelliler (Otizm): Konuşmada gecikmenin olması veya gelişmemesi, ilgi alanında sığılık insanlar ile ilişki kurma yerine cansız nesnelere ilgilenme, yaşlılarıyla oyun oynamama ve tekrar edici basmakalıp davranışlarda bulunma ile kendini gösteren gelişimsel bir bozukluktur. Otistik çocukların hepsinin, tamamen aynı belirtileri göstermemelerine karşın, davranışı etkileyen sosyal, iletişimsel ve duyuşsal alanlarda sorunları vardır. Otizm genellikle üç yaşından önce başlar ve görülme sıklığı binde birdir. Erkek çocuklarda kız çocuklara oranla dört kat daha fazla görülmektedir.¹⁶

Süreğen Hastalık: Kişinin çalışma kapasitesi ve fonksiyonlarının engellenmesine neden olan, sürekli bakım ve tedavi gerektiren hastalıklardır. (kan hastalıkları, kalp-damar hastalıkları, sindirim sistemi hastalıkları, idrar yolları ve üreme organı hastalıkları, cilt ve deri hastalıkları, kanserler, endokrin ve metabolik hastalıklar, ruhsal davranış bozuklukları, sinir sistemi hastalıkları, HIV)

Süreğen hastalıklar engel türleri içerisinde alt başlık olarak yer almaktadır. Süreğen hastalık, toplam engellilik oranı içerisinde yer al-

¹⁶ Komisyon, *Otistik Çocukların Eğitiminde Aile El Kitabı*, MEB, Ankara 2002.

makta ancak nitelikleri incelenirken, diğer engel türlerinden ayrı olarak değerlendirilmektedir.¹⁷

2. ENGELLİLERDE EĞİTİM

Engelli bireylerin eğitimleri eski olmamakla birlikte çeşitli evrelerden geçmiştir. Eğitimlerinin geç başlaması ve çeşitli evrelerden geçişi, sağlıklı insanların engellilere karşı tutumundan kaynaklanmaktadır. Sağlıklı insanların tutumu da bilim, teknoloji ve uygarlığın gelişimi ile değişim göstermektedir. Bir dönem engelliye öldürme, ıssız yerlere terk ederek ondan kurtulma yoluna gidilmiştir.

Tevhit dini ve bilimdeki gelişmeler, sağlıklı insanların engelliye karşı tutumunu değiştirmiş, onların da insanca yaşama hakkı olduğu, olması gerektiği görüşünü yaygınlaştırmıştır. Bu görüş, onların topluma eğitilerek kazandırılmalarının mümkün olduğunu göstermiştir.

Aşağıda eğitimle ilgili bütün kanunları almamakla birlikte sadece temel olduğuna inandığım birkaç kanununun ilgili maddelerini ele alacağım.

2.1. İlköğretim ve Eğitim Kanununun İlgili Maddeleri

222 sayılı, 12.01.1961 tarihli Kanun'un 1. maddesine göre "İlköğretim, kadın erkek bütün Türklerin milli gayelere uygun olarak bedeni, zihni ve ahlaki gelişmelerine ve yetişmelerine hizmet eden temel eğitim ve öğretimdir."¹⁸

"Türklük" vurgusu ve "Milli gaye" ibarelerinin muğlak ve nasıl oluşturulacağı belirsiz ifadeler olduğu, ayrıca "Türk olmayan kişiler kendilerini ilköğretimin neresinde bulacaklar" sorusu sorulursa bu maddenin 1961 zihniyetini yansıttığı ve yenilenmesi gerektiği açıktır. İyi niyetli, çağdaş bir yorum yaparsak Türk milli eğitiminin genel amacının ayırım gözetmeksizin kişilerin beden, zihin, ahlak, ruh ve duygu bakımlarından sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan

¹⁷ Öztürk, M., *Hayata Dokunuş*, s. 15.

¹⁸ TC Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, *Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı*, s. 41.

haklarına saygılı, topluma karşı sorumluluk duyan; yapıcı, yaratıcı ve rimli kişiler olarak yetiştirilmesinin gerekli olduğunu söyleriz fakat bu yorumu nasıl yapacağımızı tartışmak lazım.

Aynı Kanun'un 12. maddesinde ise *"Mecburi ilköğrenim çağında buldukları halde zihnen, bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan özürllü olan çocukların özel eğitim ve öğretim görmeleri sağlanır."*¹⁹ der.

Kanun'un bu maddesine göre 8 yıllık kesintisiz ve parasız eğitim alma hakkından bütün engelliler de diğer çocuklarla fark gözetilmeksizin yararlanırlar. Engelliler durumları gerektiriyorsa özel eğitim alırlar. Fakat burada özel eğitim için hangi engel grubunun bu eğitimi alması gerektiği ve bu gruba dahil olan çocukların sahip olmaları gereken kriterlerin belirtilmemesi kargaşaya yol açmaktadır. Engelli gereksinim ve haklarına bakış açısı 1961'den bu yana uluslar arası ölçekte değişmesine karşı bizim bugünün sorunlarına hala 1961'de çıkartılan yasanın bakış açısıyla yaklaşmamız sorunludur. Engellilerin eğitim haklarına dair komple ve çağdaş bir yasaya gereksinim var. Engellilik kriteri muğlak kalmış, bütün engel türlerinin birlikte eğitilip eğitilmeyeceği, gruplandırmayı kimin yapacağı söylenmemiş.

2.2. Milli Eğitim Temel Kanunu'nun İlgili Maddeleri

1739 No.lu, 24.06.1973 tarihli Kanun'un 4. maddesine göre, *"Eğitim kurumları dil, ırk, cinsiyet ve din ayırımı gözetilmeksizin herkese açıktır. Eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz."*²⁰

Burada eşitlik ilkesiyle ayrımcılığın önüne geçilmeye ve ötekileştirme önlenmeye çalışılmıştır, zaten uygar bir toplumda da aksi düşünülemez.

5. maddesine göre, *"Milli eğitim hizmeti, Türk vatandaşlarının istek ve kabiliyetleri ile Türk toplumunun ihtiyaçlarına göre düzenlenir."*

Bu madde ile hedeflenen eğitimde toplumun o gün itibariyle ihtiyaç duyduğu alanlarda faaliyette bulunabilecek insanların yetiştirilmesi için eğitim sistemini mevcut ihtiyaçlara göre düzenlemek ola-

¹⁹ TC Başbakanlık Özürllü İdaresi Başkanlığı, *Özürllü Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı*, s. 41.

²⁰ TC Başbakanlık Özürllü İdaresi Başkanlığı, *Özürllü Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı*, s. 50.

bilir. Fakat maddenin uygulama alanının nasıl olduğu ve toplumun ihtiyaçlarının karşılanması konusunda belirsizlik hakimdir. Belki de bilinçli olarak soyut ifadeler kullanılmış. “*Türk vatandaşlarının istek ve kabiliyetlerinin*” ne olduğu, bunlara kimin ve hangi ölçüyle karar vereceği belirtilmemiş. Hükümde bilimselliğe, çağdaşlığa, yeniliklere açık olmaya, evrenselliğe dair hiç bir vurgu olmaması manidardır.

Aynı Kanun’un 8. maddesine göre ise, “*Eğitimde kadın, erkek herkese fırsat ve imkân eşitliği sağlanır.*”

“*Maddi imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin en yüksek eğitim kademelerine kadar öğrenim görmelerini sağlamak amacıyla parasız yatılılık, burs, kredi ve başka yollarla gerekli yardımlar yapılır.*”

“*Özel eğitime ve korunmaya muhtaç çocukları yetiştirmek için özel tedbirler alınır.*”²¹

Eğitim sistemimizde uluslararası sözleşmelere göre tanzim edilen “*Genellik ve Eşitlik, Eğitim Hakkı ve Fırsat ve İmkân Eşitliği*” ilkeleri büyük oranda aksamaktadır. Bu aksamaların bir kısmı eğitim kurumlarının yaygınlığının sağlanamayışı ve fertlerin ekonomik gücünden kaynaklanmakta iken, önemli bir kısmı yönetim gücünü elinde bulunduranların keyfi ve despotik anlayışından kaynaklanmaktadır.

Bahsi geçen ilkelerin işlerlik kazanabilmesi, ancak, eğitim kurumlarının kurulmasının önündeki engellerin kaldırılması, özel ve gönüllü kuruluşların teşvik edilmesi ile mümkün olur.

Eğitimde eşitliğin sağlanması ekonomik, sosyal ve siyasal sebeplerden ötürü sağlıklı insanlar arasında bile mümkün olmamaktadır. Bu şartlar altında engelli bireylerin eğitimde eşitlik ilkesinden yararlandığını söylemek mümkün değildir. Eğitimde eşitlik ilkesi sadece kanuni bir düzenleme olmanın ötesine geçememiştir. Türkiye’de hem engelli bireylerin eğitimini sağlayacak uzmanların yetiştirilmesinde ve istihdamında sorunlar yaşanmaktadır, hem de engellilerin eğitim görebilecekleri derecede yeterli ve donanımlı eğitim kurumları bulunmamaktadır.

Anayasa’nın 42. maddesinde; “*Devlet, maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve baş-*

²¹ TC Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, *Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı*, s. 50.

ka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.” hükmü yer almaktadır. Eğitimde fırsat eşitliği kanuna göre sağlanır fakat gerçekte özel eğitime ihtiyacı olan bireyler için böyle değildir ve özel eğitmen eksikliği had safhadadır. Ayrıca engelliler okula geç başlamaktadırlar, fakat burs ve kredi verilmesi için istenen yaş şartına bazen uymazlar. Öyle olduğu yani yaş şartının gerçekleşmediği zamanlarda yapılacak uygulamayla ilgili bir hüküm bulunmaması ve bu imkandan yararlanılamaması bence çok büyük bir sorundur.

Ayrıca maddeyi bu haliyle yorumlarsak şu sonuca da varabiliriz: Özel eğitime ihtiyacı olan engelliler topluma yararsız (hatta zararlı bile olabilir) insanlar ki, devlet pozitif yükümlülükle bunları yararlı hale getirmeye çalışıyor. Engelli hakları konusunda çağdaş gelişmelerden yoksun bir zihniyetin hakimiyeti mevcut olduğundan yeni baştan düzenleme gereklidir.

2.3. Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un İlgili Maddesi

3797 sayılı, 12.05.1992 tarihli Kanun'un 24.07.2008 tarihindeki ek 3. maddesine göre;

Özürlü sağlık kurulu raporu düzenlemeye yetkili sağlık kurum veya kuruluşlarınca verilen sağlık kurulu raporuyla asgari % 20 özürlü olduğu tespit edilen ve özel eğitim değerlendirme kurulları tarafından da eğitsel değerlendirme ve tanılamaları yapılarak 8.2.2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında açılan özel eğitim okulları ile özel eğitim ve rehabilitasyon merkezlerinde verilen destek eğitimini almaları uygun görülen; görme, işitme, dil-konuşma, spastik, zihinsel, ortopedik veya ruhsal özürlü bireylerin; eğitim giderlerinin her yıl Maliye Bakanlığınca belirlenen tutarı, Millî Eğitim Bakanlığı bütçesine bu amaçla konulan ödenekten karşılanır. Bu özürlü bireylerin, özür grupları ve dereceleri ile özür niteliğine göre eğitim programlarının kapsamı ve eğitim süreleri, Özürlüler İdaresi Başkanlığının görüşü alınmak suretiyle Bakanlıkça hazırlanacak ve bu Kanunun yayımını izleyen 6 ay içinde yürürlüğe konulacak yönetmelikle belirlenir.

Söz konusu eğitim hizmetini sunan veya yararlananların, gerçek

dışı beyanda bulunmak suretiyle fazladan ödemeye sebebiyet vermeleri durumunda bu tutarlar, iki katı ve kanuni faiziyle birlikte ilgililerden müteselsilen geri tahsil edilir. Bu fiillerin özel eğitim okulları ile özel eğitim ve rehabilitasyon merkezleri tarafından tekrarı hâlinde, ayrıca kurum açma izinleri iptal edilir.²²

Kanun'un bu maddesiyle özel eğitim alınmasının şartlarının düzenlenişi bence yerindedir. Çünkü %20 makul bir rakamdır. Fakat burada sorun sağlık kurum ve kuruluşlarınca verilen raporların yüzdelerinin birbirini tutmamasıdır ve çok önemlidir. Çocuk aslında eğitim almaya hak kazanacak durumda olsa bile sağlık kurum ve kuruluşlarının verdiği göreceli raporlarla eğitim alamamaktadır ve bu başlı başına önemli bir sorundur. Örneğin sağlık kurulu raporu vermeye yetkili iki hastaneden biri % 50 diğeri %20 engelli raporu verebilir. Bu konu daha net bir şekilde düzenlenmelidir. Kötü niyetli kişilerin devleti zarara uğrattığında uygulanacak yaptırım doğrudur.

2.3.1 Engellilerde Özel Eğitim ve Tanımı

Günümüz sosyal bilimlerdeki, sosyal model de engellilik hali ikinci plana itilerek, "*çevresel, fiziksel, mekansal koşullar toplumsal tutumlarla birlikte bireyi engelli kılmaktadır*" denmiştir. Yani *sosyal model* engellenme halini sorunsallaştırır ve o hali düzeltmeye uğraşır. Dolayısıyla bu modelde engele göre özel eğitim önemlidir.

Engellinin eğitim masraflarının önceleri ailelerin tarafından karşılanması zengin aileler için sorun değildi. Eğitimde yaygınlaşma başlayınca zengin olmayanların çocuklarının eğitim masrafları hayır kurumlarınca, bağış ve yardımlarla karşılanma yoluna gidilmiştir. Günümüzde ise özel eğitim masraflarının devlet bütçesinden karşılanması kabul edilmiştir.

Özel eğitime ihtiyacı olan engel gruplarının hepsi için özel eğitim sağlanamamaktadır. Ülkemizde yüz binlerle ifade edilen özel eğitim gerektiren çocuktan sadece 50.000 kadarı bu eğitimden yararlanabilmektedir.²³ Özel eğitim alanlar genelde; görme, işitme ve

²² TC Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, *Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat Kitabı*, s. 49.

²³ Başaran, S., *Özürlülerin Toplumsal Bütünleşmesinde Yerel Yönetimlerin Önemi, Sosyal Politikalar Dergisi*, S. 2, 2007.

zihinsel engellilerdir. Hem öğrenci kapasitesi hem de özel eğitim almış eğitimciler itibarıyla bu alanda yapılanma eksikliği büyüktür.²⁴

Özel eğitim merkezlerinde görev yapan meslek dallarına mensup kişiler özel eğitimci, özel eğitim kursu almış sınıf öğretmeni, psikolog, çocuk gelişimi ve eğitimcisi, fizyoterapist, sosyal çalışmacı, odyolog, okul öncesi öğretmenidir.

Özel eğitim çoğunluktan farklı ve özel gereksinimli çocuklara sunulan, üstün özellikleri olanları yetenekleri doğrultusunda kapasitelerinin en üst düzeye çıkmasını sağlayan, yetersizliği engele dönüştürmeyi önleyen, engelli bireyi kendine yeterli hale getirerek topluma kaynaşmasını, bağımsız, üretici bireyler olmasını destekleyecek becerilerle donatan eğitimidir. Özel eğitim birçok bakış açısına göre tanımlanabilir. Birinci görüş özel eğitimi yasal temelleri olan ve bunlara göre yürütülen bir girişim olarak ele almaktadır. Bu görüşü savunanlar, ana babanın çocukları için uygulanacak tüm eğitsel önlemler ve süreçlerle ilgili kararlara katılmalarını ve bilgilendirilmeleri gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüş ülkemizde de kendisini son uygulamalarda hissettirmeye başlamıştır. Bunun sonucu olarak 573 sayılı Kanun hükmünde kararnamenin hazırlanış felsefesinde bu görüş yer almaktadır. Bu yasaya göre uygun olarak çıkartılan yönetmelikte, çocukla ilgili her karar alma sürecinde aile onayı da gerekmektedir. 573 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin amacı; özel eğitim gerektiren bireylerin, Türk millî eğitiminin genel amaçları ve temel ilkeleri doğrultusunda, genel ve meslekî eğitim görme haklarını kullanabilmelerini sağlamaya yönelik esasları düzenlemektir.²⁵ Bu görüş, tamamıyla yönetsel düzenlemeler içermektedir. Özel eğitim, mevcut eğitim sisteminin ayrılmaz bir parçası olarak ele alınmaktadır. Öğretmen-öğrenci oranları, sınıf ortamının büyüklüğü ve çocuğun bu ortama yerleştirilmesi, hizmet verecek personelin öğrenciye göre dağılımı ve türleri, ne kadar kaynak sağlanması gerektiği gibi yönetsel konuları kapsar. İkinci görüş olan, toplumsal politikaları oluşturma yaklaşımında özel eğitim, bireyin vazgeçilmez temel insan hakkı olarak yorumlanmaktadır. Yetersizliği olan bireye karşı değişmesi gereken tutumları ön plana çıkartan bir yaklaşımdır. Her iki görüşünde geçerli olduğu noktalar bulunmaktadır. Özel eğitimin kapsamını ve uygulamalarını belirlemede ikisi de

²⁴ Öztürk, M., *Hayata Dokunuş-2*, s. 54 .

²⁵ <http://orgm.meb.gov.tr/Mevzuat/573.htm>.

önemli rol oynamaktadır. O da özel eğitimin temel amacını açığı vura-
cak olan, özel eğitimin çocuğa öğretimsel olarak nasıl müdahale etme-
si gerektiği hususudur.²⁶

Özel eğitime ihtiyacı olan engelliler özel eğitim merkezlerin de ve okullarında eğitim alırlar. Özel eğitim merkezlerinde bireysel özel eği-
tim ayda altı saat, grup eğitiminde dört seanstır. Özel eğitim okulların-
da ise eğitim ayda 120 saattir.

Başka bir tanıma göre özel eğitim, bireylerin bazı özelliklerinde
meydana gelen zedelenme, sapma veya yetersizlikten kaynaklanan
engel durumları ve onların genel eğitimden yararlanamamalarından
dolayı eğitim hizmetlerinin özelleştirilmesidir.

Bir başka tanıma göre ise, bireylerin, akademik iletişim, devinim
ve uyum alanlarında önemli eksiklik, kusur yaratan durumların ön-
lenmesi, azaltılması ya da ortadan kaldırılmasıyla ilgili eğitsel değiş-
kenlerin düzenlenmesiyle uğraşılmasıdır.

2.3.2. Özel Eğitimin Yaygınlaştırılmasının Basamakları

2002 Türkiye Özürlüler Araştırması verilerine göre engelli olan ki-
şilerde okuma yazma bilmeyenlerin oranı %36,3'tür.²⁷ Bu durumun
başlıca nedeni, engellilerin engellenmesidir. Engelli bireylerin eğitim
hizmetlerinden ve imkanlarından yeterince yararlanamadığı açık bir
gerçektir.

Özürlüler İdaresi'nin yapmış olduğu araştırma baz alınarak tes-
pit edilen bölgeler ve engel gruplarına göre özel eğitim planlamasının
yapılması ve bu okulların ülke genelinde yaygınlaştırılması sağlanma-
lıdır.

Özel eğitimin yaygınlaştırılması çalışmalarında, aşağıda ki basa-
maklar doğrultusunda yapılanmaya gidilmesi kaynak israfını önleye-
ceğinden daha çok engellinin bu hizmete ulaşmasını sağlayacaktır. Bu
süreçteki basamaklar şöyle sıralanabilir:

²⁶ http://ozelegitimci.blogcu.com/ozel-egitim-nedir_627077.html.

²⁷ Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı ve DİE Özürlüler Araştırması, Ankara 2002.

Tarama: Özel eğitimi gerektirecek özelliğe sahip olmasından kuşku duyulanlar ile sağlıklı olanları ayırmaktır. Taramaların bazıları hastane ve kliniklerde, bir kısmı gezici sağlık ekiplerince, bir kısmı okullarda, bir kısmı da doğum sırasında yapılabilmektedir.

Tanımlama: Taramalarda yapılan inceleme sonucu, engelin tür ve derecesinin uzman bir grup tarafından tespit ve teşhis edilmesidir.

Yerleştirme: Ayrımları yapılmış engellilerin engelleri ve eğitim gereksinimlerini dikkate alarak eğitim hizmeti almalarını sağlamaktır. Yerleştirme, kalıcı bir düzenleme değildir. Çocuğun gelişimine bağlı olarak yerleştirme işlemi tekrarlanır.

Özel Eğitimde Ortam Düzenleme: Özel eğitim; engelli türü, derecesi ve çocuğun ihtiyaçlarıyla belirlenmiş amacın gerçekleştirilmesi için şart olan ortamda gerçekleşir.

Özel Eğitimde Personel Sağlama: Burada görev yapacak öğretmen veya personel mutlaka hizmet içi eğitime tabi tutulur.

Araç-Gereç Sağlama: Özel olarak eğitimde araç kullanma zorunluluğunun olmasıdır. Mesela Braille alfabesi olmadan görme engellilerin eğitimi mümkün değildir.

Program Geliştirme: Süreklilik isteyen, özel eğitim için gerekli koulardandır.

Denetleme: Özel eğitimde denetim eğitimin gelişmesine katkıda bulunur. Bu denetimlerde özel eğitim alanlarında çalışan personel değerlendirilirken başarılı ve yararlı olanla olmayan sağlıklı biçimde ayrılabilmelidir.

Özel Eğitimde Rehberlik: Yerine göre değişik kurumlar tarafından sunulan, dengeyi sağlayan bir hizmettir.²⁸

Eğitimsiz engellinin ne kendisine ne de topluma katkısı olabilir. Eğitim alma hakkı engellilerin anayasal hakkıdır ve özel eğitim genel eğitimin bir parçasıdır. Tek farkı engelli çocuğun ihtiyacına uygun yöntem ve araçlar kullanılmasıdır. Normal eğitim de olduğu gibi, özel eğitimde de planlama ve yürütmeden Milli Eğitim Bakanlığı sorumludur.

3. ENGELLİLİLERİN YOKSULLUĞU

Yoksulluk, maddi nitelikteki mahrumiyetler sebebiyle kaynaklara ve üretim faktörlerine erişememe ve böylece asgari hayat düzeyini sürdürecektir gelirden yoksun bulunulması halidir. Sosyal boyutuyla yoksulluk *“insan haysiyetine ve şahsiyetine yaraşır bir hayat düzeyinin altında, maddi yönden tam anlamıyla veya nisbi olarak yetersiz olma durumudur”*.²⁹

Yoksulluğun genel olarak kavranmasında, yoksulluğu sadece gelir eşitsizliği ve ekonomik düzlemde değil, aynı zamanda toplumda sosyal, kültürel ve siyasi eşitsizliklerin yansımaları olarak ele almak çok önemlidir. Yoksulluk esas olarak sınıfsal eşitsizliğin daha keskin bir biçimde ortaya çıkması ve görünür olması halidir.³⁰

Yoksulluğun önemli niteliklerinden biri de göreceliğidir. Yoksulluk zamana ve mekana göre değişir. Hindistan’da yoksul olmakla Amerika’da yoksul olmak aynı şey değildir ya da ortaçağda yoksul olmakla aynı şey değildir.³¹ Almanya’daki engellinin yoksulluğuyla Türkiye’deki engellinin de yoksulluğu aynı değildir.

Bir diğer yoksulluk tanımı ise insani yoksulluktur. İnsani yoksulluğun belirlenmesindeki temel kriter ise insanın sağlık hizmetlerine, temiz su kaynaklarına, eğitim hizmetlerine ulaşabilirliği, uzun bir

²⁸ Öztürk, M., *Hayata Dokunuş*, s. 56.

²⁹ Seyyar, A., “ Türkiye’ de Yoksullukla Mücadelede STK’ ların Rolü ve Önemi”, 1. Ulusal Sivil Toplum Kuruluşları Kongresi, 4-6 Haziran 2004, ÇOMU Dardanos Tesisleri, Çanakkale, s. 187-195.

³⁰ Prof. Sibel Kalaycıoğlu, 21.09.2008 tarihli *Birgün Gazetesi* yazısı.

³¹ Gökçeoğlu, Balcı, Ş., *Tutunamayanlar ve Hukuk*, s. 102.

yaşam sürme hakkı ve “sürdürebilirlik” ölçütüne dayalı olarak yeni fırsat seçenekleri kullanabilmek için gerekli alt yapının varlığı ya da yokluğudur.³²

Türkiye Cumhuriyeti Devleti ise, sosyal bir devlet olmasına rağmen kronikleşmiş yoksulluk sorununa kalıcı bir çözüm getirememiştir.³³ Birleşmiş Milletler (BM) tarafından 2006 yılında yayınlanan “İnsani Kalkınma Endeksi’nde” Türkiye, gelişmişlik düzeyi açısından sıralanan 177 ülke arasında 92. sırada yer almaktadır. Bu sıralamanın sonucunda şunu diyebiliriz: Türkiye’nin eğitim ve sağlık alanında ki performansı, gelir düzeyinden beklenebilecek olanın altında. Oysa ki gelir düzeyi Türkiye’nin altında olan Güney Kore, Meksika gibi ülkeler insani gelişmişlik sırasında Türkiye’nin üstündeki sıralarda yer almaktadırlar.³⁴ Ülkemizde doğru sosyal politikalar geliştirilemediğinden insani gelişmişlik seviyesi gerilerde kalmıştır.

Yoksulluğu sebepler açısından ele aldığımızda , karşımıza işsizlik, aşırı borçlanma, gelir yetersizliği veya yokluğu gibi sadece maddi faktörler ortaya çıkmamaktadır.³⁵ Yoksulluğun bir çok sebeplerinden birisi de engelliliktir. Kişinin olumsuz fiziki ve fizyolojik seyrinin bir neticesi olarak engellilikten dolayı yoksulluk riski söz konusu olabilmektedir. Engellilere uygulanan fiili, tutumsal ve kurumsal ayrımcılıklar bu yoksulluğun ve sonucu olan yoksunluğun kökeninde yatar.³⁶ Bu durumda ki engellilere teminat sunmak sosyal güvenliğin görevidir. Ancak, diğer yoksullardan farklı olarak, sadece maddi güvenceye değil sosyal ilgiye de ihtiyaç duyarlar.

Yeni yoksullar, sosyal dışlanma kavramı, alt-sınıf kavramı ve marjinalite ile birlikte anılmaktadır.³⁷ Yeni yoksul tanımının içine engelliler de girmektedir.

³² Gökçeoğlu, Balcı, Ş., *Tutunamayanlar ve Hukuk*, s. 103.

³³ Seyyar, A., “ Sosyal Siyaset Açısından Yoksulluğa Karşı Mücadele”, *Deniz Feneri Yayınları*, 2003

³⁴ www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2haberno=6501

³⁵ Seyyar, A., “Bakıma Muhtaç Yoksulların Evde Bakımının Kurumsallaştırılması”, *Yoksulluk ve Sosyal Hizmetler Sempozyumu*, Hacettepe Üniversitesi- Sosyal Hizmetler Yüksek Okulu Yayınları, Ankara 2003.

³⁶ Özbudun, S., “ Bir Ayrımcılık Aracı ve Tarzı Olarak Yoksulluk”, *Felsefe Logos Dergisi*, 2006.

³⁷ Gökçeoğlu, Balcı, Ş., *Tutunamayanlar ve Hukuk*, s. 16.

Yapılan araştırmalar, dünyanın her yerinde engellilerin çok büyük çoğunluğunun toplumun yoksul kesimlerinden geldiğini ve yoksulluk içinde yaşadıklarını göstermektedir. Bu belirleme gelişmiş/ endüstrileşmiş ülkeler için de geçerlidir. Ülke nüfusunun 4/1 açlık sınırının altında yaşarken, engelli nüfusun 4/2 si açlık sınırının altında yaşamaktadır.³⁸ Ülkemiz de ise engellilerin 4/3'ü açlık sınırının altında yaşamaktadır.

Kuşkusuz yoksulluk, bireylerin içinde yaşadıkları toplumla işlevsel bir bütünlük içinde yaşamalarını güçleştirmektedir. Temel insani ihtiyaçlarını gideremeyen bireylerin engelliliklerinden kaynaklanan bakımının yanı sıra sağlık ve sosyal sorunlarının üstesinden gelmesi zordur. Bu durum bir ekonomik kaynaktan beslenmeyi zorunlu kılar.

Engelli bir çocuğa sahip olan sabit gelirli vatandaşımız sağlıklı çocuğa sahip olan vatandaşın 4-5 katı masrafı üstlenmiş demektir. Bu da sizin yoksul değilseniz bile hızla yoksullaşmanız demektir. Engelli bir çocuğun eğitimi, çoğunlukla özel eğitimi gerektirmektedir. Buna birde tedavi ve ilaç masrafları da eklenince durum, çoğu zaman içinden çıkılmaz ekonomik bir sorun haline gelir.

Diğer yandan engellilik işsizliğin de başlıca nedenleri arasında sayıldığı için bu iki olgu arasında bir neden sonuç bağlantısı bulunduğu söylenebilir. Demek ki engellilerin topluma kazandırılmalarının önündeki en ciddi sorunlardan birisi, içinden geldikleri sosyo-ekonomik kesimin bir bütün olarak yaşadığı yoksulluk sorunu/gelir dağılımı sorunudur. Doğaldır ki yoksul kesimler arasından gelen engelliler, yoksulluğu üreten başka sebeplerle de bir arada yaşadıkları için, onlar için yoksulluk adeta bir kısır döngüye dönüşmektedir. Bu, onların toplumla bütünleşmelerinin önündeki en ciddi engeldir.³⁹

Sosyal politikanın hedefi sosyal dışlanmayla mücadele, toplumsal aidiyet ve güven sağlamaktır. Engelliler açısından yeni sosyal politika yaklaşımında temel hedef engellilerin toplumla bütünleşmesidir. Engellilik konusu sosyal politikanın en sorunlu alanlarından ve bu durum engelliliğin dinamik yapısından kaynaklanmaktadır. Engel grup-

³⁸ Karakaş, K., Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları, *Ufku Ötesi Bilim Dergisi*, C. 2, S. 2, Kasım 2002.

³⁹ Karakaş, K., Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları, *Ufku Ötesi Bilim Dergisi*, C. 2, S. 2, Kasım 2002.

larına göre yapılacak çalışma ve hizmet sunumları değişmektedir.

Ülkemizde ise sosyal politika açısından engelliliğin daha çok yoksulluk bağlamında değerlendirildiğini söyleyebiliriz.⁴⁰ Engellilik yoksulluğun ürünü olmamakla birlikte yoksulluk nedenidir ve ülkemizde engellilerimize yeterli eğitim ve istihdam altyapısı söz konusu olmadığından engellilik yoksulluk bağlamında hizmet sunumunun konusudur. Bu doğrultuda da engellilere yönelik hizmet sunumunun öncelikleri sadece "yardım" başlığında toplanmaya uygun değildir ve bu türden hizmetler yeterli değildir.⁴¹

SONUÇ

Çağımızda, teknoloji alanında yaşanan gelişmeler eğitime verilen önemi arttırmıştır. Eğitim sistemini ve insan gücünün niteliğini değiştirme çabası önem kazanmıştır. İnsana verilen değer artmasıyla, engelli bireylere dönük, bireyi merkeze alan yaklaşımlar ön plana çıkmıştır. Özel eğitimin özel bir uzmanlık dalı olmasından dolayı bu alanda çalışacak öğretmenlerin nitelik ve niceliklerinin arttırılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.⁴²

Eğitimin asıl amacı engelli kişinin yaşam boyunca kendi kendine yetebilmesini sağlayacak becerileri kazandırmaktır. Bunun içine toplumsal aktivitelere katılmak, iletişim becerileri, sosyal etkileşim ve duygusal gelişim de girer. Bunların yanı sıra akademik beceriler de kazandırılmaktadır. Engelli kişinin kapasite ve becerilerinin belirlenebilmesi için eğitim ortamında ve günlük yaşamında da gözlenmesi gerekir. Okul içinde uygulanan program pratiğe yöneliktir. Öğretilen her şey aynı zamanda uygulanır. Çocuğun belli bir alandaki becerisini başka alanlara genellemek yanlış bir çıkarımdır. Bireyselleştirilmiş eğitim programı hazırlanırken kişinin öğrenme kapasitesi ve hızı dikkate alınmalıdır. Öğrenilen beceriyi tekrarlatmak, öğrenmeyi pekiştirici rol oynar, aynı zamanda işlemi hızlandırır. Çocuk ayrı ayrı alanlarda değerlendirilip, yeteneklerine ve kapasitesine göre program hazır-

⁴⁰ Aysoy, M., *Yoksulluk Açısından Özürlülük, Yoksulluk Sempozyumu*, Deniz Feneri Yayını 2003.

⁴¹ Aysoy, M., *Yoksulluk Açısından Özürlülük, Yoksulluk Sempozyumu*, Deniz Feneri Yayını 2003.

⁴² Öztürk, M., *Hayata Dokunuş-2*, s. 143.

lanır. Örnek olarak beden dili ve ses kullanarak harflerin karşılıkları öğretilir. Özellikle günlük yaşamda karşılaşılabileceği tehlikeler ve olaylarla ilgili kelimeleri, iş yerindeki makinelerin üzerindeki yazıları okuyup anlayabilmesi çok önemlidir. Özel eğitim doğumdan ölüme kadar devam eden bir süreci kapsar. Mesleki eğitim de bunun önemli bir parçasıdır. Zihinsel engelli insanların toplum yaşamına tam katılımının sağlanabilmesi için gereken becerilerin özel eğitim süresince kazandırılması amaçlanmaktadır. Kişiye özel yaklaşım olmadığı sürece eğitimde başarıdan söz edilemez. Sosyal yaşama katılabilmek engelli birey için çok önemlidir. Bu tip yaklaşımlar bireysel ve kişisel gelişimi destekler ve sosyal yaşama adaptasyonu artırır.

Milli Eğitim Bakanlığı'ndaki mevcut eğitim programları öğrencilerin eğitim gereksinimlerini karşılamakta yetersiz kalmakta ve programların öğrenci merkezli bir anlayışla hazırlanmadığı gözlenmektedir. Mevcut eğitim programları ile çocuğa bilgi yüklenmesinden öteye geçilememekte bireyin yaşama hazırlanması sağlanamamaktadır. Programlar öğrenci merkezli hazırlanmadığı için de özel gereksinimli bireylere uyarlanmasında güçlük çekilmektedir.

Ülkemizde eğitim alamayan engelli sayısı 200-250 bin kadardır. Özel eğitimin gelişmesi için üniversitelerin engelli eğitimi veren bölümlerinde araştırma ve uygulamalar desteklenmeli, engellilerle ilgili "uygulama, araştırma merkezleri" kurulması teşvik edilmelidir.⁴³ Özel eğitimin yapılabilmesi için engel grupları hakkında istatistik bilgilerin tespiti doğrultusunda engelli bireylerin eğitim hizmetlerinden yararlandırılması gerekmektedir. Yapılan eğitimlerde kaynak israfının önlenmesi için bilinçli ailelerin katılımına da izin verilmeli ve fikirleri alınmalıdır.

Engelliliğine rağmen toplum hayatında, başkalarıyla eşit düzeyde yer alma fırsatlarından yararlanabilme şansına sahip olması halinde kişi, engelli olmaktan çıkmaktadır. Engelliliğin ortadan kaldırılması, bir başka ifadeyle engellilerin sosyal hayata eşit katılımının sağlanması sosyal devletin aktif sosyal politikaları ve sosyal duyarlı kesimin katkılarıyla mümkündür.⁴⁴ Engelli öğrencilerin mevcut durumlarıyla

⁴³ Karakaş, K., Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları, *Ufku Ötesi Bilim Dergisi*, C. 2, S. 2, Kasım 2002.

⁴⁴ Seyyar, A., "Türkiye' de Özürlülere Tanınan Sosyal Haklar", *Ribat Dergisi*, Kasım 2007.

ilgili aylık, dönemlik ve yıllık gelişimleri takip edilmelidir, tüm engelli çocukların sağlıklı bir eğitim alabilmesi için uygun ve yasal süreç içinde fiziki ortamlarının düzenlenmesi tamamlanmalıdır.⁴⁵ Tüm ilköğretim okullarında görev yapmakta olan öğretmenlerin özel gereksinimli çocuklar ve özel eğitim, öğretim stratejileri konusunda en az 180 saat hizmet içi eğitimden geçirilmesi gerekmektedir ve özel eğitimde yaş sınırına bakılmadan tüm engellilere hizmet sunulması için yasal düzenlemeler yapılmalıdır.⁴⁶ Özürlüler Kanunu'nda eksikliklerine rağmen engellilere yeni sosyal haklar getirmiş ve birikmiş olan sorunların çözümlenmesine önemli derece de katkı sağlamaya çalışmıştır.

KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler

- T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı Özürlüler Kanunu ve İlgili Mevzuat, T.C. Başbakanlık Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Ankara 2006.
- T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı, *17. Milli Eğitim Şurası*, Ankara 2007.
- Aysoy, M., *Yoksulluk Açısından Özürlülük, Yoksulluk Sempozyumu*, Deniz Feneri Yayını 2003.
- Başaran, S., *Özürlülerin Toplumsal Bütünleşmesinde Yerel Yönetimlerin Önemi, Sosyal Politikalar Dergisi, Sayı 2, 2007.*
- Gökçeoğlu, Balcı, Ş., *Tutunamayanlar ve Hukuk*, Dost Kitabevi, Mart 2007.
- Karakaş, K., *Engellilerin Toplumla Bütünleşme Sorunları, Ufkun Ötesi Bilim Dergisi, Cilt-2, Sayı-2, Kasım 2002.*
- Komisyon, *Otistik Çocukların Eğitiminde Aile El Kitabı*, MEB, Ankara 2002.
- Seyyar, A., *Sosyal Siyaset Açısından Özürlülüğe Karşı Mücadele*, Türdav Yayınları, İstanbul 2001.
- Seyyar, A., *“Bakıma Muhtaç Yoksulların Evde Bakımının Kurumsallaştırılması”, Yoksulluk ve Sosyal Hizmetler Sempozyumu*, Hacettepe

⁴⁵ T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı, *17. Milli Eğitim Şurası*, Ankara 2007, s. 58.

⁴⁶ T.C. Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı, *17. Milli Eğitim Şurası*, Ankara 2007, s. 59.

Üniversitesi- Sosyal Hizmetler Yüksek Okulu Yayınları, Ankara 2003.

Seyyar, A., *Sosyal Siyaset Açısından Yoksulluğa Karşı Mücadele*, Deniz Feneri Yayınları, 2003.

Seyyar, A., "Türkiye'de Yoksullukla Mücadelede STK'ların Rolü ve Önemi", *1. Ulusal Sivil Toplum Kuruluşları Kongresi*, 4-6 Haziran 2004, ÇOMU Dardanos Tesisleri, Çanakkale.

Seyyar, A., "Türkiye'de Özürlülere Tanınan Sosyal Haklar", *Ribat Dergisi*, Kasım 2007.

Özbudun, S., "Bir Ayrımcılık Aracı ve Tarzı Olarak Yoksulluk", *Felsefe Logos Dergisi*, 2006.

Özsoy, Y., Özyürek, M., Eripek, S., *Özel Eğitime Giriş*, Kartepe Yayınları, Ankara 1998

Öztürk, M., *Hayata Dokunuş-2*, İlke Yayıncılık, İstanbul 2008.

İnternet Kaynakları

www.beyazay.org.tr

<http://orgm.meb.gov.tr/Mevzuat/573.htm>

http://ozelegitimci.blogcu.com/ozel-egitim-nedir_627077.html

www.ozida.gov.tr

www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2haberno=6501

www.rehabilitasyon.com

www.tofd.org.tr

TÜRKİYE'DE VE YUNANİSTAN'DA DÜZENLEYİCİ KURUMLAR

Selim ÇAPAR*

GİRİŞ

Düzenleyici devletin temel unsurlarından birisi olan düzenleyici kurumların (Independent Regulatory Agencies) ABD'de yüzyıldan fazla bir geçmişi olmasına rağmen, Avrupa ülkelerinde 1980'lerden sonra yaygınlaşmaya başlamıştır. Sayılarının hızla artması üzerine OECD tarafından "*hızla yaygınlaşan kurumlar*" olarak kabul edilen düzenleyici kurumlar, ABD ile Kıta Avrupası'nda farklı ekonomik yapılara ve devlet-piyasa ilişkilerindeki farklılıklara bağlı olarak farklı uygulama örnekleri olarak kendilerini göstermişlerdir. Kıta Avrupası'nda ise, yine ülkeden ülkeye ve hatta aynı ülkede kurumdan kuruma farklılıklara rastlanmaktadır.

Düzenleyici kurumların bazıları ülkelerin iç dinamiklerinden kaynaklanan etkilerle oluşturulmaktaysa da, oluşturulmalarında genel olarak küreselleşme ve kamu yönetimindeki değişmelerle birlikte dış etkilerin ağırlığı görülmektedir. Ülkelerin geleneksel yapılanmaları dışında kalan bu kurumların, genellikle ülkelerin özelliklerine uygun olarak biçimlendikleri görülmektedir.

Bu çalışmanın amacı Türkiye bazında, Yunanistan'daki düzenleyici kurumları incelemektir. Bu amaçla düzenleyici kurumların iki ülkedeki oluşum süreçleri, benzerlikleri ve farklılıkları ana hatlarıyla ortaya çıkarılmaya çalışılacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde düzenleyici kurumlar genel olarak ele alınacaktır. İkinci bölümde düzenleyici kurumların Türkiye'deki durumu ve oluşum evrelerine kısaca değinilecektir. Üçüncü bölüm Yunanistan'ın kısaca tanıtılmasına ayrılacaktır.

* İçişleri Bakanlığı, AREM Başkan Yardımcısı (hukuk müşaviri).

Dördüncü bölümde Yunanistan'da düzenleyici reformlar ve düzenleyici kurumlar araştırılacaktır. Beşinci bölümde iki ülkenin düzenleyici kurum oluşum süreçlerinin ve oluşan kurumların karşılaştırılması yapılacaktır. Genel bir değerlendirmenin yapılacağı sonuç bölümüyle çalışma sona erecektir.

DÜZENLEYİCİ KURUMLAR

Bağımsız düzenleyici kurumlar ya da bağımsız idari otoriteler olarak da adlandırılan düzenleyici kurumların ABD'de ortaya çıkışları 1887 yılına kadar uzanmasına rağmen, Avrupa'da 20. yüzyılın sonlarına kadar oldukça seyrek rastlanırdı (Thatcher, 2002: 955).

Düzenleyici kurumlarla ilgili Kıta Avrupası ile ABD arasındaki tarihi gelişimin farklı olmasını, piyasa ekonomisi ve piyasaların işleyişi hakkındaki temel anlayış farklarına dayandırmak olasıdır (Majone, 1996; TÜSİAD, 2002: 79). Amerikan anlayışında piyasa sisteminin normal şartlarda iyi çalıştığına güven duyulması yanında, özel sektör faaliyetlerinin olağan sayılması ve dolayısıyla aksaklıkların oluştuğu bazı özel durumlar dışında piyasanın işleyişine müdahale edilmemesi gerektiği inancı egemen iken, Kıta Avrupası'nda yaklaşık olarak XIX. yüzyılın son çeyreğinden II. Dünya Savaşı'nın sonuna kadar uzanan dönemde büyük ölçüde piyasa sistemine güvenilmediği görülmektedir (TÜSİAD, 2002: 79). Bu sebeple, Kıta Avrupası'nda piyasa aksaklıkları ortaya çıktığında, özel mülkiyet yapısına dokunmayan Amerikan tarzı düzenlemeler yerine, ilgili sektörlerde mülkiyetin doğrudan devlete alınması yoluna gidilmesi tercih edilmekteydi (TÜSİAD, 2002: 79).

Her ne kadar geç geliştirse de, düzenleyici devletin temel bir elementi olan düzenleyici kurumların 1980'lerden sonra Avrupa'da hızla yaygınlaşmasıyla birlikte müdahaleci devletin (*positive state*) yerini düzenleyici devlet (*regulatory state*) almaya başlamıştır (Majone, 1997; Thatcher, 2002: 954). Bu kurumların Avrupa'da yaygınlaşmasında, müdahaleci devletin etki alanını çeşitli ülke içi faktörler yanında, uluslararası faktörler tarafından kısıtlanması etkili olmuştur (Majone, 1997: 140). Bu kurumlar Yeni Kamu Yönetimi (NPM) anlayışı ve yönetim (*governance*) yaklaşımlarının uygulamaya konulduğu yapılar olarak da dikkati çekmektedir (Majone, 1997: 140; Sezen, 2003: 112-113).

Bağımsız düzenleyici kurumlar (IRAs), kamusal yasayla verilen kendi yetki ve sorumluluklarına sahip, örgütsel yapı olarak bakanlıklardan ayrılmış, ne doğrudan seçilmişlerce ne de seçimle gelen görevlilerce idare edilmeyen bir yapı olarak ifade edilmektedir (Thatcher, 2002: 956). Bağımsız düzenleyici kurumlar, yaygın-olmayan kurumlar (non-majoritarian institutions) olarak görülmekte ve “*geleneksel yapılanmadan kopuş*” olarak da değerlendirilmektedir (Sezen, 2003; Gilardi, 2005: 140).

Ulusoy (2003: 1-2) düzenleyici kurumları, toplumsal hayat için “*özel bir önem ve duyarlılık taşıyan, temel hak ve özgürlükler ile ekonomik ve sosyal sektörlerde veya alanlarda düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetinde bulunan, kararları üzerinde hiçbir makam ve merciin etkisinin olmadığı, karar organları özel güvencelere sahip, mali özerkliği haiz, özerk bütçeli kamu tüzel kişileri*” olarak tanımlamaktadır.

Gilardi'nin (2005: 140) dikkat çektiği gibi bu kurumlar Batı Avrupa ülkelerinin tamamında kurulmuş ve OECD tarafından “*modern düzenleyici yönetim kurumları içinde en çok yaygınlaşan*” kurumlar olarak tanımlanmışlardır.

Düzenleyici kurumların ABD’de ve Kıta Avrupası’nda farklı yaklaşımlarla ortaya çıkmasından hareketle uygulama aşamalarında iki temel modelin, Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası olmak üzere, oluşmasını olağan kabul etmek gerekir. Anglo-Sakson yaklaşımında düzenleyici kurumların parlamentoya yakın, hükümetten ise tamamen bağımsız bir konumları söz konusu iken, Kıta Avrupası’nda düzenleyici olmaktan ziyade idari anlamda işlevsel olanlar tercih edilmektedir. (Karkatsoulis, 2005: 3). Öte yandan, her ülkenin kendi yapı ve yönetim geleneklerinden kaynaklanan özellikler sebebiyle düzenleyici kurumların farklı olması da beklenmelidir. Bu bağlamda, düzenleyici kurumların ülkeden ülkeye, hatta aynı ülkede kurumdan kuruma farklılıklar göstermesi olağan kabul edilmektedir (Ergun, 2004: 323; Sezen, 2003: 115; Jordana v., 2006).

1. TÜRKİYE’DE DÜZENLEYİCİ KURUMLAR

Türkiye’de devlet 1980’lerden bu yana liberalleşme ve özelleştirme politikalarıyla paralel olarak bir yeniden yapılanma süreci yaşamaktadır. Kamusal işletmelerin özelleştirilmesi ve devlet tekellerinin kaldı-

rılması 1980'lerin ortalarında görülmeye başlandı. Liberal politikalar piyasadaki devletin ekonomik bir aktör olarak gücünü zayıflatırken, devletin düzenleyici rolünü güçlendirdi. Bu yeni rolü oynamak amacıyla düzenleyici kurumlar 1980'li yılların başlarında ortaya çıkmaya başladılar (Sezen, 2007:320).

Türkiye'de ilk düzenleyici kurum olan Sermaye Piyasası Kurulu'nun (SPK), 1981'de kuruluş yasası çıkmış ve 1982'de faaliyete geçmiştir. Bu ilk örnekten sonra kurum sayısı 2002 yılında 9'a ulaşmıştır. 2003 yılında çıkarılan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun kapsamında "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" olarak, Şeker Kurumu hariç olmak üzere, 8 kurumun bulunduğu görülmektedir.

Türkiye'de düzenleyici kurumların kurulması sürecini (Sezen, 2003: 117-135) filizlenme dönemi (SPK-1981), serpilme dönemi; (RTÜK-1994-Rekabet Kurumu-1995) ve büyüme dönemi; (BDDK-1999, Telekomünikasyon Kurumu-2000, EPDK-2001, Şeker Kurumu-2001, Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu-2002 ve KİK-2002) olmak üzere üç evrede ele almaktadır.

Düzenleyici kurumların Türkiye'de evrimsel bir değişim süreci yaşadıkları gözlenmektedir. Örneğin ülkenin ilk düzenleyici kurum örneği SPK'nın oluşturulan ilk yapısında işlevsel bağımsızlığı tanınmak yerine, Maliye Bakanlığı'nın gölgesinde kurulması tercih edilmişti (Sezen, 2003:119, Ulusoy, 2003: 62-63). 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu halen yürürlükte olmakta birlikte, neredeyse tamamı değiştirilmiş gibidir. Özellikle 1992 ve 1999 yıllarındaki değişiklikler ile kurulun Maliye Bakanlığı ile bağlarını koparması bir anlamda erginliğini ilan etmesi biçiminde değerlendirilebilecek özellikler taşımaktadır (Sezen, 2003:119; Ulusoy, 2003: 63-64). Ayrıca 2008 yılında Telekomünikasyon Kurumu'nun adının Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na dönüştürülmüştür (5809 sayılı Kanun, m. 67). Bu dönüşüm bile, düzenleyici kurumların evrim sürecinin halen devam ettiğinin bir göstergesi olarak algılanabilir.

Öte yandan, 1990'ların sonlarından itibaren hükümetlerin, düzenleyici kurumlara tanınan ayrıcalıklarından pişmanlık duymaya başladıklarına ilişkin bir görünüm ortaya çıktığı ifade edilebilir. Bu yöndeki düşüncelerin sonraki yıllarda düzenleyici kurumların mali özerklik ve kaynak kullanmalarının sınırlandırılması ve birçok yönden disiplin

altına alınmalarına yönelik olarak uygulamaya geçirildiği görülmektedir (Sezen, 2007:325).

3. YUNANİSTAN

3.1. Tarihi Geçmişi

1829 yılında Osmanlı Devleti'nden ayrılarak "*Yunanistan Krallığı*" olarak kuruldu. XIX. yüzyılın son ve XX. yüzyılın ilk yarısında kademeleli olarak egemenlik alanını genişletti. II. Dünya Savaşı'nda önce İtalyan işgalini gördü (1940). Sonra Alman işgaline uğradı (1941-1944). İşgal sonrasında, kralın destekçileri ile komünist asiler arasındaki müzmin iç savaşla çatışmalar devam etti. 1949'da asilerin yenilgisi ile iç savaş sona erdi. Yunanistan 1952'de NATO'ya girdi. 1967'deki askeri darbe ile gelen diktatörlük 7 yıl sürdü, birçok siyasi özgürlükleri askıya aldı ve kralı sürgüne gönderdi. 1974'teki demokratik seçimler ve referandum monarşiyi kaldırdı ve parlamenter bir cumhuriyeti oluşturdu. Yunanistan 1981'de Avrupa Topluluğu'na (şimdi AB) girdi ve 2001'de Avro alanının 12. üyesi oldu (cia.gov, 2008; tr.wikipedia.org, 2008).

3.2. Hukuki, Siyasi ve İdari Yapı

Roma hukukuna dayanan bir hukuk sistemi içindeki yargı medeni, cezai ve idari mahkemeler olmak üzere üçe bölünmüştür.

Tek meclisli bir yasama sisteminde 4 yıllığına halk tarafından seçilen 300 üyeli bir parlamento bulunmaktadır. Devletin başı Cumhurbaşkanı, hükümetin başı ise başbakanıdır.

Başkenti Atina olan ülkenin 131.957 Km²'lik yüzölçümünde 11.1 milyonluk nüfusu bulunmaktadır. Ülkenin egemenlik alanında 2.000'den fazla ada vardır, ancak yalnız 70 civarındaki adada insan yerleşimi bulunmaktadır. Ülkedeki idari yapılanma 13 bölgeye ayrılmış olup, 51 il (*prefectures*) ve bir özerk bölgeden oluşmaktadır (cia.gov, 2008; europa.eu, 2008; tr.wikipedia.org, 2008).

3.3. Ekonomi

Yunanistan GSYİH'sının % 40'ını kamu sektörünün oluşturduğu kapitalist bir ekonomiye sahiptir. Avro alanının lider ekonomilerine

göre kişi başına düşen milli geliri %75 oranındadır. AB yardımlarından yararlanmada önde gelen bir ülke özelliğine sahiptir. Bu yardım yıllık GSYİH'sının %3.3'üne denk gelmektedir. Yunan ekonomisinin 2003 ve 2007 yılları arasındaki yıllık büyümesi yaklaşık olarak %4 civarında seyretmiştir. Bu büyüme kısmen 2004 Atina Olimpiyatları için yapılan alt-yapı yatırımları, kısmen de kullanılabilir kredi mevcudiyetinin artmasıyla bağlantılıdır ve bu durum rekor düzeylerdeki tüketici harcamalarının devamlılığını sağlamıştır (cia.gov, 2008).

Ülke sanayisinin %50'den fazlası Büyük Atina bölgesinde yer almaktadır. Tarım, turizm, inşaat ve gemcilik ülkenin ana sektörleridir (europa.eu, 2008).

Yunanistan "AB Büyüme ve İstikrar Paketi"nde yer alan bütçe açığı kriterlerini 2001'den 2006'ya kadar ihlal ettiyse de, 2007 yılında kriterleri karşılamayı başardı. Öte yandan kamu borcu, enflasyon ve işsizlik oranlarında Avro alanı ortalamalarının üzerinde yer almasına rağmen, bu oranlarda düşme eğilimi görülmektedir. Yunan Hükümeti kamu harcamalarının kısılması amacıyla kamu sektörünün kapsamının daraltılması, çalışma ve emeklilik sistemini değiştirilmesi biçiminde mücadeleye devam etmektedir. Ancak, hükümet bu yüzden ülkenin güçlü sendikaları ve halkın ciddi muhalefeti ile karşı karşıya kalmaktadır. Hükümet, özellikle sosyal güvenlik reformu ve özelleştirme gibi ekonomik reformları devam ettirme yönünde uzun-dönemli meydan okumalarla karşı karşıyadır (cia.gov, 2008).

4. YUNANİSTAN'DA DÜZENLEYİCİ REFORMLAR VE DÜZENLEYİCİ KURUMLAR

4.1. Düzenleyici Reformlar

1990'ların ortalarında, Yunanistan tarihinde ilk defa ekonomik kalkınma stratejileri belirgin biçimde devlet-yönetiminde büyümeden ziyade piyasa güçlerine dayanmaya doğru yöneldi (OECD, 2001: 15). Dış baskıların değişimine bir cevap olarak yoğun makro-ekonomik reformların ortaya çıkışıyla birlikte düzenleyici reformlar kademeli olarak 1990'larda görülmeye başlandı. Özellikle AB üyeliğinin getirdiği zorunluluklar bu reformların itici gücüydü (OECD, 2001: 15).

Yunanistan düzenleyici reformlarda ve piyasaların liberalleşmesinde OECD ülkeleri arasında gerilerde yer almaktaydı (OECD, 2001:

16). Düzenleyici reformların gelişimi birçok OECD ülkesinden daha zor koşullarda oluşuyordu. Çünkü yapısal reformlar uzun-dönemli bir devlet müdahalesi geleneği, siyasi kayırmacılık ve ekonomik korumacılığa karşı, yavaş ve ciddi boyutta siyasi bedel ödenerek ilerlemek zorundaydı (OECD, 2001: 18).

Yunanistan'da oluşan siyasi gelenek ve bürokratik yapı değişime direnç gösteriyordu. Kuruluşundan bu yana ülke merkezi sisteme kilitlenmişti ve buna bağlı olarak ağır işleyen bir bürokratik mekanizma oluşmuştu. Öte yandan, kuruluşundan 1970'lere kadar yaşanan siyasi istikrarsızlık, istikrarlı siyasa ortamının ve tarafsız-profesyonel bir kamu yönetimi oluşumunun önünü kesmişti (OECD, 2001: 18).

Yunanistan'da sürdürülebilir ve derin reform süreci 1990'ların ortalarında hız kazandı. Bunu tetikleyen ve yönlendiren AB ülkelerinde baştanbaşa etkili olan liberalleşme girişimleri ve uyum programları oldu (OECD, 2001: 24).

Reformların diğer OECD ülkelerine geç kalmasının ekonomiye etkisi derinden oldu. On yıllarca devlet müdahalesi gerçeği, piyasaların liberalleşmesinin geç başlaması Yunanistan'a ağır bir yetersiz düzenleme yükü bıraktı ve bu ülkenin ekonomik performansını olumsuz etkiledi (OECD, 2001: 27).

Telekomünikasyon sektöründe reform 1990'ların başında başladı. Hizmet sunumunda ve düşük fiyatlarda temel gelişimler sağlandı (OECD, 2001: 30). 1995'te "*Milli Telekom Komisyonu*" düzenleyici bir kurum olarak kuruldu (OECD, 2001: 35).

Elektrik piyasasında, kamu tekeli elinde bulunduran şirket 2001 yılında kısmen liberalleşti. Buna hazırlık olarak, 2000 yılında sektörü düzenlemek amacıyla "*Enerji Düzenleme Kurumu*" oluşturulmuştu (OECD, 2001: 30).

Helen Rekabet Komisyonu 1977'de kurulduysa da, ancak 1995'ten bu yana bağımsız idari kurum olarak görev yaptığı iddia edilebilir (Dritsa vd., 2008: 1).

4.2. Düzenleyici Kurumlar

Kıta Avrupası anlayışını izleyen Yunan bağımsız kurumlar uygulaması 1980'lerin sonlarında ortaya çıkmaya başladı. Ortaya çıkışların-

da iki gerekçe bulunmaktaydı. İlk gerekçe, insan haklarının korunması ve güçlendirilmesi iken, ikinci gerekçe devlet ile piyasalar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesiydi (Karkatsoulis, 2005: 4).

Veri Koruma Kurumu, Özel İletişimin Güvenliği Kurumu, Ombudsman ve Personel Alım Üst Kurulu ilk gerekçeye göre kurulan kurumlar olarak sayılabilir. Helen Rekabet Komisyonu, Helen Telekomünikasyon ve Posta Komisyonu ile Enerji Düzenleme Kurumu gibi temel hizmetler (*utility*) sektöründe hizmet veren kurumlar da ikinci gerekçeye göre kurulmuşlardır. Bunlardan başka, “*nevi şahsına münhasır*” bir niteliğe sahip Yunan Radyo Televizyon Ulusal Konsey’i dikkati çekmektedir (Karkatsoulis, 2005: 4).

Yunan Bağımsız Kurumları tarihinde 2001 Anayasa değişikliği ile ilginç bir dönüşüm gerçekleşti. Bu değişiklik ile “*idari bağımsız kurumlar*” adı “*bağımsız kurumlar*” olarak kabul edildi. Bu basit bir isim değişikliğinden ziyade yasamanın bu kurumları yürütme erkinden ayırma niyetini gösteriyordu (Karkatsoulis, 2005: 4).

Öte yandan, Yunanistan’daki bağımsız kurumlar “*anayasal güvence*” açısından da ikiye ayrılmaktadırlar. Yunan Anayasası sadece beş bağımsız kurumun bağımsızlığını güvence altına alır ve onlara hukuk ve hâkimlik bağımsızlığı teminatını sağlar. Bu kurumlar (Karkatsoulis, 2005: 5):

- Veri Koruma Kurumu
- Özel İletişim Güvenliği Kurumu
- Yunan Radyo Televizyon Ulusal Konseyi
- Ombudsman
- Personel Alım Üst Kurulu

Kurumlara bakıldığında anayasal güvencenin insan haklarının geliştirilmesiyle ilgili olanlara tanındığı dikkati çekmektedir. Piyasaların düzenlenmesi ile ilgili bağımsız kurumların ise yasa koyucu tarafından bu derecede önemsenmediği sonucuna da varılabilir. Belki de bu Yunanistan’da piyasalara devlet müdahalesi geleneğinin yerleşmişliğinden kaynaklanmaktadır (Karkatsoulis, 2005: 5).

Anayasanın güvencesindeki bağımsız kurumlarla ilgili yasa 2002’de çıktı. Bu yasayla bu kurumların bağımsızlıkları ile ilgili konu-

ları, bunlara atanma niteliklerini ve görev sürelerini birörnek biçimde düzenlemektedir. Bu grup içindeki bağımsız kurumlar doğrudan parlamentoya karşı sorumludurlar ve kararları ancak Danıştay tarafından iptal edilebilir (Karkatsoulis, 2005: 6).

Bu kurumlardan biri olan Yunan Radyo ve Televizyon Ulusal Konseyi 1989 yılında kurulmuştur. Yunanistan radyo ve televizyon piyasasının düzenleyici ve denetleyici kurumudur. Bir başkan, bir başkan yardımcısı ve beş üye olmak üzere toplam yedi üyeden oluşan kurula atamaları Parlamento yapmaktadır (en.wikipedia.org, 2008).

Yunan bağımsız kurumları hesap denetim yetkileri yanında tahkim yetkisine de sahiptirler, çünkü oluşturdukları düzenlemenin uygulanmasını da gözetlerler. Denetim işlevlerinin sonuçları ise parlamentoya sunulur (Karkatsoulis, 2005: 6).

Bu kurumların hesap denetim yetkilerine ilaveten ceza uygulama yetkileri de bulunmaktadır. Bu yetkiler tavsiye ya da uyardan, para cezası ve lisans iptaline kadar uzanmaktadır (Karkatsoulis, 2005: 6).

Yeni yasa ile bağımsız kurumlarda üyelerin dört yıllık görev süreleri belirlenmiş, bu süre bir defalığına yenilenebilir duruma getirilmiş ve üye olmak için ön koşul olan yaş kısıtlamaları kaldırılmıştır. Buna karşılık, bu beş kurumun operasyonel kapasiteleri ve işlevsel önkoşulları ile ilgili herhangi bir birörneklik getirmemiştir (Karkatsoulis, 2005: 6).

Anayasal güvence kapsamı dışında bırakılan temel hizmetleri düzenleyen kurumlar arasındaki Enerji Düzenleme Kurumu'nun altı yıllık uygulama sonuçları ele alınınca, bu kurumun enerji piyasasının liberalleşmesinden ziyade, AB müktesebatına uyum sağlanması için kurulduğu izlenimi edinilmektedir. Genel olarak sorumluluklarının bağlayıcı olmayan görüşler yayınlamak ve enerji piyasasına yeni girişler için lisans vermekle sınırlandırıldığı dikkati çekmektedir (Karkatsoulis, 2005: 8). Enerji alanında AB'ye uyum yönündeki değişim sürecinin devam ettiği gözlenmektedir. AB'nin 1998 ve 2003 yıllarında çıkarılan gaz yönergeleri gereğince 2005 yılında yeni "*Gaz Piyasası Yasası*" çıkarılmış ve gaz piyasasının düzenlenmesi Enerji Düzenleme Kurumu'nun görev alanına dahil edilmiştir ancak, bazı yetkilerin Kalkınma Bakanı ile paylaşıldığı görülmektedir (Papamichalopoulos, 2008).

Anayasal güvence kapsamı dışında bırakılan bağımsız kurumların

üyeleri seçilmeden önce Parlamentonun daimi bir komitesi tarafından incelenirler. Bağımsızlıkları kanun tarafından güvence edilir. Kanun gereğince görevlerinden dolayı kurum üyesi olanlar hariç olmak üzere üyelerin kesinlikle başka iş yapmaları yasaklanmıştır (Karkatsoulis, 2005: 9).

Helen Rekabet Komisyonu ve Enerji Düzenleme Kurumu üyeleri Kalkınma Bakanı tarafından atanırlar. Helen Rekabet Komisyonu bir başkan ve 11 üyeden oluşur ve görev süreleri üç yıldır (Dritsa ve diğerleri, 2008: 1; Karkatsoulis, 2005: 9).

Bu gruptaki kurumların bağımsızlıkları, kararlarına karşı bakana itiraz edilememesi ve eylemlerine karşı ombudsmana şikâyetle bulunulmaması yoluyla güvence altına alınmıştır. Helen Rekabet Komisyonu mali açıdan da bağımsızdır. Bu kurumlar hükümete karşı sorumludurlar ve kararları birinci derece idare mahkemeleri tarafından iptal edilebilir (Dritsa ve diğerleri, 2008: 1; Karkatsoulis, 2005: 9).

4.3. Yunanistan'dan Düzenleyici Kurum Örnekleri

4.3.1. Helen Telekomünikasyon ve Posta Komisyonu (EETT)

Komisyon 1992 yılında çıkan bir yasa ile Ulusal Telekomünikasyon Komisyonu adıyla bağımsız bir idari kurum olarak kurulmuş ancak 1995 yılında faaliyete geçmiştir. 1998 yılındaki yasa değişikliği ile posta hizmetleri görev alanına dâhil oldu ve adı Helen Telekomünikasyon ve Posta Komisyonu olarak değişti. 2000 yılında çıkan bir yasa ile yetkilerinin daha da güçlendirildiği dikkati çekmektedir (eett.gr, 2008).

Temel görev ve yetkisi telekom ve posta hizmetleri piyasalarını düzenlemek, denetlemek ve izlemektir. Kurumsal amacı her iki piyasada gelişmeyi desteklemek, ilgili piyasalarda sağlam bir rekabet ortamı yaratmak ve son kullanıcının haklarını korumaktır (eett.gr, 2008).

İdari ve mali bağımsızlığa sahip bir kurumdur. Karar organı dokuz üyeden oluşan bir komitedir. Komite başkan, elektronik iletişim başkan yardımcısı, posta hizmetleri başkan yardımcısı ve üyelerden oluşmaktadır. Başkan ve başkan yardımcıları Ulaşım ve İletişim Bakanı'nun önerisi ve Parlamento Kurumlar ve Şeffaflık Komitesi'nin

görüşü üzerine Bakanlar Kurulu'nca atanırken, diğer üyeler Ulaşım ve İletişim Bakanı'nca atanmaktadır (eett.gr, 2008).

Kurumun Telekomünikasyon Müdürlüğü, İzleme Müdürlüğü, Posta Hizmetleri Müdürlüğü, İdari ve Mali İşler Müdürlüğü biçiminde dört müdürlük olarak örgütlendiği görülmektedir. 2006 yılı sonu itibarıyla personel sayısı 171'dir (eett.gr, 2008).

4.3.2. Helen Rekabet Komisyonu

Komisyon 1977 yılında çıkan bir yasayla kurulmuştur. 1995 yılında çıkan yasa ile adı "*Helen Rekabet Komisyonu*" olmuş ve bağımsız idari kurum kimliğine kavuşmuştur. 2000 yılındaki yasa ile mali bağımsızlığı tanınmış ve 2005 yılında temel bir reforma tabi tutularak AB sözleşmesine uyumu sağlanmıştır (Dritsa vd., 2008: 1; epant.gr, 2008).

Rekabet politikasının amacı Yunan piyasasında adil ve serbest iş yapılmasını korumak ve geliştirmektir. Kurumun genel hedefleri ise, piyasada adil ticareti sürdürmek veya sağlamak, tüketicinin çıkarlarını korumak ve ekonomik büyümeyi güvence etmektir (epant.gr, 2008).

Karar organı 11 üyeden oluşan komisyondur. Komisyon başkanı Kalkınma Bakanı'nın önerisi, yetkili Parlamento komisyonunun görüşü üzerine Bakanlar Kurulu'nca seçilir ve üç yıllık görev süresiyle atanır. Komisyon üyeleri ise,

- Bir üye aktif veya eski bir yargı mensubu,
- Üç üye iş-ticaret dünyası mensuplarından,
- Bir üye üniversitelerdeki rekabet yasası uzmanlarından,
- İki üye üniversitelerdeki rekabet ekonomisi uzmanlarından,
- Üç üye rekabet politikaları yanında AB ve kamu hukuku konularında hayli tanınmış kişiler arasından, olmak üzere Kalkınma Bakanı'nca üç yıllık bir dönem için atanırlar (epant.gr, 2008).

Kurum'un genel müdürlük örgütünde, 4 birim ile 1 bağımsız bölüm biçiminde bir yapılanma bulunmaktadır (Dritsa vd., 2008: 1; epant.gr, 2008).

5. TÜRKİYE VE YUNANİSTANDAKİ DÜZENLEYİCİ KURUMLARIN KARŞILAŞTIRILMASI

5.1. Oluşum ve Evrim Süreçleri

Türkiye’de ilk düzenleyici kurum olarak SPK’nın 1981 yılında kurulmasına karşın, Yunanistan’daki ilk düzenleyici kurum Helen Rekabet Komisyonu 1977 yılında kurulmuştur. Yunanistan’daki ilk düzenleyici kurumun Türkiye’ye göre 4 yıl önce kurulduğu anlaşılmaktadır. Ancak her iki ülkedeki düzenleyici kurumların ilk örneklerinin, bu tür kurumların Avrupa’da yaygınlaşmaya başladığı zaman dilimine denk gelmesi dikkati çekmektedir.

Türkiye’de ilk düzenleyici kurum olarak ortaya çıkan SPK’nın, başlangıçta işlevsel bağımsızlığının olmadığı, ancak 1990’larda (1992 ve 1999) yapılan yasal düzenlemelerle bağımsız düzenleyici kurum kimliğine kavuştuğu görülmektedir (Çapar, 2008). Öte yandan, Yunanistan’da ilk düzenleyici kurum örneği olan Helen Rekabet Komisyonu’nun, ancak 1995’ten sonra bağımsız düzenleyici bir kurum niteliği kazandığı anlaşılmaktadır. O halde, her iki ülkedeki düzenleyici kurumlar deneyiminin yaşadığı evrim sürecinin şaşırtıcı biçimde birbirine benzediği ifade edilebilir.

Türkiye’de düzenleyici kurumların serpilme dönemi 1994-1995 yıllarında, büyüme dönemi ise 1999-2002 yılları arasında yaşanmıştır (Sezen, 2003). Düzenleyici kurumların Yunanistan’da 1990’ların ortalarında hız kazandığı ve 2000’li yılların başlarında temel bir dönüşüm yaşadıkları ortaya çıkmaktadır. Her iki ülkede de benzer gelişim sürecini yaşayan düzenleyici kurumlar deneyiminin 2000’li yılların başlarında temel yapılanmalarını oluşturdıkları görülmektedir.

Türkiye’de düzenleyici kurumların oluşturulması sürecinde AB, IMF ve Dünya Bankası gibi uluslar arası kuruluşların önemli etkilerinden söz edilmektedir (Sezen, 2003). Benzer etkilerin Yunanistan için de geçerli olduğu yönünde tespitler bulunmaktadır (OECD: 2001). Aslında bu durum, Majone’un (1997: 140) düzenleyici kurumların Avrupa’da yaygınlaşmasında müdahaleci devletin etki alanının iç ve dış faktörlerce kısıtlanmasının etkili olduğu ifadesiyle de uyum içindedir. Ancak her iki ülkede de düzenleyici oluşum sürecinin 2000’li yıllarda olgunlaştığının görülmesi, iç etkilere ziyade dış etkilerin itici gücüyle yapıldığı izlenimi vermektedir.

Her iki ülkedeki düzenleyici kurumların oluşum ve evrim süreçlerinin, detaylardaki farklılara rağmen, ana hatları ile birbirlerine oldukça benzer özellikler taşıdıklarını ifade etmek olasıdır.

5.2. Kuruluş Gerekçeleri

Türkiye’de düzenleyici kurumların oluşturulma sürecinin genel özelliğinin, “devlet girişimi olsun ya da olmasın özel girişimin faaliyet gösterdiği belirli sektörler üzerinde devletin düzenleyici ve disiplin altına alıcı rollerini yerine getiren” (Sezen, 2003: 131) kurumlar oluşturulması olmuştur. Kamu İhale Kurumu’nun kurulması bu özelliğe aykırı düşmektedir ki, devlet ihalelerine ilişkin sürecin düzenlenmesi ve ihale anlaşmazlıklarının giderilmesine yönelik görev üstlenmektedir.

Öte yandan Türkiye’deki düzenleyici kurumlar ekonomik alana yönelik faaliyet göstermelerine karşın, RTÜK ise hem radyo-televizyon yayınları alanındaki piyasanın düzenlenmesi-denetlenmesi görevini üstlenmesi yanında insan hakları alanına yönelik görevi de bulunmaktadır (Ulusoy, 2003: 13).

O halde, Türkiye’de düzenleyici kurum oluşturulma gerekçelerinin ağırlıklı olarak “ekonomik alanları” düzenleme-denetleme amacına yönelik olduğu ortaya çıkmaktadır.

Yunanistan’da ise, Türkiye deneyiminden tamamen farklı biçimde, düzenleyici kurum oluşturulmasında iki gerekçenin bulunduğu görülmektedir. Bunlar, “insan haklarının korunması ve geliştirilmesi” ve “ekonomik alanların düzenlenmesi-denetlenmesi” idi. Yunanistan uygulamasında ilginç biçimde ilk gerekçeye göre kurumların oluşturulmasının ağırlık kazandığı ve bu bağlamda oluşturulan beş kuruma “anayasal güvence” ile ayrıcalık sağlandığı dikkati çekmektedir. Diğer kurumlar ise bu “anayasal güvencenin dışında” bırakılmışlardır. Böylece ülkede düzenleyici kurumlar için ayırım yapılmış ve iki farklı statü oluşturulmuştur.

Yunan Radyo Televizyon Ulusal Konseyi, Türkiye’deki muadiline (RTÜK) benzer biçimde her iki gerekçeye yönelik görevler üstlenmekte, ancak “anayasal güvence” sağlanan grubun içinde yer almaktadır.

Kuruluş gerekçeleri açısından her iki ülkedeki uygulamalar oldukça farklı biçimde gelişmiştir. Türkiye’de ağırlıklı olarak “ekonomik

alanlara" yönelik kurumlar oluşturulurken, Yunanistan'da daha çok "insan haklarının korunması ve geliştirilmesine" yönelik kurumlar oluşturulduğu görülmektedir.

5.3. Kurumların Yasal Güvenceleri

Türkiye'de oluşturulan düzenleyici kurumlara yasalar ile güvence sağlanmıştır. Her kurumun kuruluşunu sağlayan yasalar bulunmaktadır. Ancak, Türkiye'de anayasal güvenceye sahip kurum bulunmamaktadır. Güvence açısından, sadece Şeker Kurumu'nun diğerlerinden ayrı tutulduğu görülmektedir. Adeta, geçici bir süre ile kurulduğu izlenimi verilen (Çapar, 2008) bu kurum, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamı dışında bırakılmıştır.

Yunanistan'da ise beş kurumun "anayasal güvencesi" olduğu görülmektedir. Bu kurumlar Veri Koruma Kurumu, Özel İletişim Güvenliği Kurumu, Yunan Radyo Televizyon Ulusal Konseyi, Personel Alımı Üst Kurulu ve ombudsman olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kurumların ortak özelliklerinin insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik olmalarıdır. Helen Rekabet Komisyonu, Helen Telekomünikasyon ve Posta Kurumu, Enerji Düzenleme Kurumu gibi, ekonomik alanlara yönelik faaliyet gösteren diğer kurumlar ise "yasal güvenceye" sahiptirler.

Türkiye'de, Şeker Kurumu diğerlerinden ayrı tutulmakla birlikte, düzenleyici kurumların hepsi "yasal güvenceye" sahiptir. Yunanistan'da anayasal güvencesi olanlar ve yasal güvencesi olanlar olmak üzere düzenleyici kurumlar ikiye ayrılmaktadır. İnsan hakları ile ilgili alanlara yönelik faaliyette bulunan beş kuruma "anayasal güvence" sağlandığı görülmektedir. Yunanistan'da anayasal güvence sağlanan bu beş kurumdan ancak birinin Türkiye'de muadili bulunmaktadır.

5.4. Kurumlara Yapılan Atamalar ve Kurumların Sorumlulukları

Türkiye'de, RTÜK hariç, kurumlara yapılan üye atamalarında parlamentonun işlevi bulunmamakta ve atamalar Bakanlar Kurulunca yapılmaktadır (Sezen, 2003: 153). Atama makamı olan Bakanlar Kurulu, aday gösterme sürecinde de ağırlıklı bir yetkiye sahiptir. Buna kar-

şın Bakanlar Kurulu bu yetkisini kısmen yargı-denetim organlarıyla, düzenleyici kurumlarla, hükümet dışı kuruluşlarla ve piyasa güçleri ile paylaşmaktadır (Sezen, 2003: 153). Düzenleyici kurumların “*ilgili-ilişkili*” bakanlık belirlemesiyle hükümetle bağlantıları kurulmuş ve hükümete karşı sorumlu olmaları sağlanmıştır (Çapar, 2008), RTÜK ile ilişkilerin ise başbakan tarafından sağlanacağı belirlenmiştir (3984 sayılı yasa, md. 14). Öte yandan yargı denetimi açısından bir ikili uygulama söz konusudur. Örneğin BDDK, Rekabet Kurumu, Şeker Kurumu gibi düzenleyici kurumların kararları için ilk ve nihai yargı yeri Danıştay iken, SPK, RTÜK gibi kurumlar için birinci derece yargılama yeri idare mahkemeleridir. Böylece bazı kurumların aldığı kararların ilk derece mahkeme kararları olarak görüldüğü sonucuna varmak olasıdır (Sezen, 2003: 176-178).

Yunanistan’da anayasal güvence sağlanan düzenleyici kurumlar doğrudan parlamentoya karşı sorumlu tutulmuş, aldıkları kararların ancak Danıştay tarafından iptal edilebileceği hükmü getirilmiştir. Anayasal güvence dışında bırakılan kurumlarda ise kurumlara üye atanmasında parlamentonun “*atama prosedürü*” içinde yer aldığı görülmektedir. Atamalar Türkiye’dekine benzer biçimde Bakanlar Kurulunca yapılmaktadır. Anayasal güvence dışında bırakılan kurumlar hükümete karşı sorumludurlar ve aldıkları kararlara karşı birinci derece idare mahkemelerinde dava açılabilir.

Türkiye’de düzenleyici kurumlar, hükümete karşı sorumlulukları yanında 5018 sayılı yasa gereğince faaliyet raporlarını parlamentoya sunmaktadırlar. Bütçeleri ve kesin hesapları parlamentodan geçmektedir. Bu konuda Şeker Kurumu’nun bir istisna oluşturduğu dikkati çekmektedir. RTÜK’ün ise parlamentoya karşı sorumlu olduğu görülmektedir (3984 sayılı yasa).

Türkiye’de düzenleyici kurumlardan RTÜK’ün parlamentoya karşı sorumlu olduğu ve kararlarına karşı idare mahkemelerine gidilebileceği görülürken, Yunanistan’da anayasal güvencesi olan düzenleyici kurumların parlamentoya karşı sorumlu oldukları ancak kararları için Danıştay’da dava açılabilirdiği anlaşılmaktadır. İnsan hakları alanında faaliyet gösteren kurumlar arasında parlamentoya karşı sorumluluğun benzemesi yanında, kararlarına karşı idare mahkemeleri veya Danıştay’a gidilmesi yönünden fark olduğu ortaya çıkmaktadır.

Türkiye'deki düzenleyici kurumlardan hangilerinin kararlarına karşı Danıştay'a, hangilerinin idare mahkemelerine gidileceği konusunda kurumların kuruluş yasalarındaki düzenlemelere göre hareket edildiği, Yunanistan'da ise anayasal güvence sağlanan ve sağlanmayan kurumlar ayrımına bağlı olarak yetkili yargı yerinin belirlendiği, dikkati çekmektedir.

Türkiye'de RTÜK atamalarını parlamento yapmakta, ancak diğer kurumlara yapılan atamalarda parlamentonun bir işlevi bulunmamaktadır. Bu atamalar ise Bakanlar Kurulu'nca yapılmaktadır. Yunanistan'da ise parlamentonun düzenleyici kurumlara atama prosedüründe yer aldığı görülmektedir. Anayasal güvence dışında bırakılan kurumların atamalarında bile parlamentonun daimi bir komisyonunun yer aldığı dikkati çekmektedir.

5.6. Türkiye ve Yunanistan'daki Kurumlar

Türkiye'de radyo ve televizyon yayınları alanında düzenleme-denetleme görevini üstlenen Radyo Televizyon Üst Kurulu bulunmaktadır. Bu kurum hem insan haklarına yönelik hem de ekonomik alana yönelik görevler üstlenmektedir.

Yunanistan'da insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik olarak oluşturulan "*ayrıcılık*" beş kurumdan biri Yunan Radyo Televizyon Ulusal Konseyi'dir. Türkiye'deki muadili ile benzer özelliklere sahiptir. Ayrıca Veri Koruma Kurumu, Özel İletişim Güvenliği Kurumu, ombudsman ve Personel Alımı Üst Kurumu Yunanistan'da ayrıcalıklı kurumlar arasında yer almaktadırlar. Ancak Türkiye'de bu kurumların muadillerinin düzenleyici kurumlar arasında bulunmadığı görülmektedir.

Türkiye'de Kamu İhale Kurumu farklı özelliğe sahip bir kurum olarak dikkati çekmektedir. Bu kurumun görev alanını devlet ihaleleri oluşturmaktadır. Yunanistan'da buna benzer bir kurum oluşturulmadığı görülmektedir.

Türkiye'de ekonomik alana yönelik faaliyetler için Rekabet Kurumu, EPDK, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (Telekomünikasyon Kurumu) gibi kurumlar oluşturulmuştur. Bu kurumların benzerlerinin Yunanistan'da da oluşturulduğu görülmektedir. Enerji piyasasına ilişkin kurum her iki ülkede de benzerlikler taşımaktadır. Telekomünikasyon

münikasyon piyasası ile ilişkili kurumlar arasında ise önemli bir fark bulunmaktadır. Türkiye'deki kurum posta hizmetlerini içermez iken, Yunanistan'daki muadili posta hizmetlerini de kapsamına almıştır. Öte yandan 2008 yılındaki değişiklik ile Türkiye'deki kurumun adı değişmesi, oluşum sürecinin devam ettiğine yönelik bir işaret olarak algılanabilecek bir nitelik taşımaktadır.

SONUÇ

Türkiye'nin 70 milyonluk nüfusuna karşı, Yunanistan 11,1 milyon nüfuslu bir ülkedir. Yunanistan'ın otoriter bir yönetim mirasına sahip olduğu, uzun süreli bir siyasi istikrarsızlık süreci sonucunda 1970'lerin ortalarında demokratik yönetime geçtiği dikkati çekmektedir. Yunanistan'ın 1981 yılında AB'ye katılmadan sonra siyasi ve ekonomik istikrarı yakaladığı görülmektedir.

Türkiye'de 1981 yılında, Yunanistan'da 1977 yılında ilk düzenleyici kurum örnekleri görülüyorsa da, bu örnekler evrimsel bir süreç sonunda ancak 1990'larda bağımsız düzenleyici kurum niteliğine kavuşmuşlardır. Her iki ülkenin de Avrupa ülkelerine paralel bir zamanda başlayan düzenleyici kurumların oluşum süreci 2000'li yılların başlarında olgunlaşma aşamasına erişmiştir. Aslında her iki ülkede de iç dinamiklerden ziyade dış etkenlerle düzenleyici kurumların oluşturulduğu izlenimi edinilmektedir.

Türkiye'de sadece RTÜK'e üye atamalarını parlamento yapmaktadır ve sadece RTÜK parlamentoya karşı sorumludur. Diğer kurumlara üye atamaları ise Bakanlar Kurulu tarafından yapılmaktadır. Buna karşılık Yunanistan'da, düzenleyici kurumlara yapılan atamalarda parlamento sürecin içinde yer almaktadır. İnsan haklarını korumaya yönelik düzenleyici kurumlar parlamentoya karşı sorumlu iken, temel hizmet sektörlerini düzenleyen kurumların hükümete karşı sorumlu oldukları görülmektedir.

Türkiye'de düzenleyici kurumların ağırlıklı olarak devlet-piyasa ilişkilerinin düzenlenmesine yönelik olarak oluşturulmalarına karşın, Yunanistan'da insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik oluşturulmaları söz konusudur. Türkiye'de düzenleyici kurumlara yönelik anayasal bir güvence bulunmaz iken, Yunanistan'da insan

haklarına yönelik olarak faaliyet gösterenler için anayasal güvence sağlanmaktadır.

Her iki ülkede de birbirinin muadili niteliğinde, radyo-televizyon alanına, rekabet alanına, enerji piyasasına ve telekomünikasyon piyasasına yönelik düzenleyici kurumlar oluşturulmasına karşılık, her iki ülkenin kendisine özgü düzenleyici kurumlar oluşturmuş olduğu da görülmektedir.

Her iki ülkede düzenleyici kurumların oluşturulması sürecinde ve kurum özelliklerinde birbirlerine benzer özellikler yanında, birbirlerinden farklı özelliklere de rastlanmaktadır. Ayrıca her ülkenin kendi düzenleyici kurumları arasında bile farklılıklar olduğu görülmektedir.

KAYNAKLAR

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, RG, 24.12.2003, 25326.

(<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/gr.html>, 20.03.2008).

Çapar, Selim (2008), *Düzenleyici Kurumlara Türkiye'den Üç Örnek: SPK, BDDK ve Şeker Kurumu*, Yayınlanmamış Doktora Dersi Ödevi, TODAİE, Ankara.

Dritsa, Anastasia S,-Georgopoulos, Kyriakides,-Issaios, Daniolos (2008), "Overview: Greece", <http://www.kgdi.gr/userfiles/the%202007%20handbook%20of%20competition%20enforcement%20agencies.pdf> (20.03.2008).

(http://www.eett.gr/opencms/sites/EETT_EN/Publications/Proceedings/transactions_2006.html, 27.03.2008).

Ergun, Turgay, (2004), *Kamu Yönetimi*, TODAİE, Ankara.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, RG: RG: 10.11.2008, 27050 (Mükerrer).

(http://europa.eu/abc/european_countries/eu_members/greece/index_en.htm, 20.03.2008).

Gilardi, Fabrizio (2005), "The Formal Independence of Regulators: A

- Comparison of 17 Countries and 7 Sectors", *Swiss Political Science Review*, 11/4: 139-167.
(<http://www.epant.gr/main.php?Lang=en>, 27.03.2008)
- Jordana, Jacint. ve diğ erleri (2006), "The Limits of Europeanization: Regulatory Reforms in the Spanish and Portuguese Telecommunications and Electricity Sectors", *Governance*, 19/3 July: 437-464.
- Karkatsoulis, Panagiotis (2005), "Setting up Independent Regulatory Authorities in Greece", *IIAS Berlin Conference*.
- Majone, Giandomenico (1996), "Regulation and Its Modes", In *Regulating Europe*, G. Majone (ed.), Routledge, London.
- Majone, Giandomenico (1997), "From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance", *Journal of Public Polic.*, 17/2: 139-167.
- Papamichalopoulos, Gus J. (2008) "Gas Regulation: Greece" <http://www.kgdi.gr/userfiles/greece%2010.pdf> (27.11.2008)
- Sezen, Seriye (2003) *Türk Kamu Yönetiminde Kurullar*, TODAİE, Ankara.
- Thatcher, Mark (2002) "Regulation After Delegation: Independent Regulatory Agencies in Europa", *Journal of European Public Policy*, 9/6: 954-972.
- TÜSİAD (2002), *Bağımsız Düzenleyici Kurumlar ve Türkiye Uygulaması*, TÜSİAD, İstanbul.
- Ulusoy, Ali (2003), *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, RG: 20.04.1994, 21911.
(<http://tr.wikipedia.org/wiki/Yunanistan>, 27.03.2008).
(http://en.wikipedia.org/wiki/Greek_National_Council_for_Radio_and_Television, 01.04.2008).

ACİL HAKLAR: FRANSA'DA YURTTAŞLARIN HUKUKİ BİLGİLERE ERİŞİMİ

Jean-Luc BÉDOS*
Çev.: Cemil KAYA**

GİRİŞ

1990'lı yılların başına kadar hukuki bilgilere yurttaş erişimi konusu Fransa'da nadir olarak ortaya çıktı. Ülkede devlet destekli sistem yoktu ve özel teşebbüs çok belirgin değildi. Bununla birlikte bu konuda toplum talebi yüksekti. İnsanların, boşanma ve miras gibi kişisel konulardaki veya ev sahipleri, işverenleri ve idareleri gibi konulardaki hakları ile ilgili olarak sahip oldukları bilgi eksikliği hakkında şikayetlerini duymak nadir değildi.

Devlet yavaş yavaş toplumun ihtiyaçlarının farkına vardı ve bu durum 1991'de büyük bir reforma yol açtı. 10 Temmuz 1991'de kabul edilen ve daha sonra 18 Aralık 1998'de daha da güçlendirilen yeni bir Kanun, yargıya ve hukuki bilgilere erişimi kolaylaştırdı. Bununla birlikte kanun yargıya erişimle ilgili olarak belli bir dereceye kadar iyi işlemesine rağmen, genel olarak hukuki bilgilere erişim alanında büyük eksikliklere sahipti. Sivil toplum kuruluşlarının (NGO) çalışmasına ek olarak toplum baskısı, Mart 2000'de sonuçlanan ikinci bir seri yasama faaliyetinin kabul edilmesine yolaçtı.

Bu makalenin amacı, Fransa'da yargıya ve hukuki bilgilere yurttaş erişiminin kısa bir tanıtımını, reformun uygulanmasından önceki ve

* Bu makale, "Droits d'Urgence: Access of Citizens to Legal Information in France" başlığı ile *Fordham International Law Journal* adlı dergide (c. 24, 2000, Symposium Issue, s. 1-8) yayınlanmıştır. Makaleyi Türkçe'ye çevirip yayınlama amacıyla 20 Nisan 2009 tarihinde yazardan (Jean-Luc Bédos) ve 29 Nisan 2009 tarihinde editörden (Ekaterina Napalkova) izin alınmıştır.

** Yazar, Av., Paris Barosu.

*** Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku öğretim üyesi.

sonraki döneme ilişkin olarak yapmaktır. Makale esas olarak, bu alanda sivil toplum kuruluşlarının, özellikle de kurucusu ve başkanı olduğum “*Acil Haklar*”ın çalışmasına odaklanacaktır. “*Acil Haklar*” esas olarak nüfusun en önemsiz görülen kesimleri için hukuki bilgilere erişimle ilgilenmektedir. “*Acil Haklar*”, dışlamadan zarar gören kişilerin haklarını geliştirme konusunda hukuk uzmanlarından oluşan insancıl bir organizasyondur.

I. 1991'DEN ÖNCEKİ DURUM

Başladığımız noktayı unutmamak önemlidir. 1991 yılından önce bilgilere erişim veren imkanların çoğu bugün dahi mevcuttur. Bununla birlikte, hukuki bilgilere erişim nadir olmuş ve çoğunlukla yargıya erişim olarak algılanmıştır.

Uzun yıllardır Fransa adli yardım sistemine sahiptir. Aynı zamanda devlet, basitleştirilmiş prosedürler vasıtasıyla iş alanlarında ve arabulucu ve ombudsman kurumu vasıtasıyla idareyle ilişkilerinde yurttaşların yargıya erişimini kolaylaştırmıştır. Esas olarak baro gibi kurumlardan oluşan özel teşebbüs, az da olsa sistemin eksikliklerine çare olmuştur.

A. Adli Yardım

Adli yardım, yargıya erişim konusunda sınırlandırılmıştı. Bir dava açmak isteyen veya birisine karşı kendilerini savunmak zorunda olan yurttaşlar, devlete müracaat edebilir ve kendilerine bir avukatın atanmasını isteyebilirdi. Fakat bu durum sadece geliri kendi cebinden birisine ödeme yapmaya imkanı olmayan kişiler için geçerliydi. Bununla birlikte düşük gelir şartı, herbir yurttaşın bir avukat tarafından savunulma hukuki hakkına sahip olduğu ceza davalarına uygulanmıyordu.

Bununla birlikte problemler çoktu. İlk olarak, gelir şartı çok düşüktü ki çok az sayıda insan gerçekten adli yardım için gerekli niteliği taşıyordu. Aynı zamanda adli yardıma başvurma biraz karışıktı. Belgeler çok fazlaydı ve yurttaşların konu hakkında elde edebileceği bilgiler sınırlıydı. Sonuç olarak, nüfusun eğitim ve bilgiden yoksun en fakir kesimi, adli yardımı kullanmadı. Bu kesim sistemin karmaşıklığından korktu.

Yine, adli yardım yoluyla atanan uzmanlar tarafından sunulan hukuki hizmetlerin kalitesi konusunda bir miktar kaygı bulunmaktaydı. Gerçekten de, avukatlar cüz'i ücretler aldı ve bazen olmaları gerektiği

kadar motive edilmedi. Üstelik sistem, çekişmesiz yargı işlerinde hukuki danışmanlık sağlama konusunda başarısız oldu. Hukuki yardım, katı bir şekilde davalara hasredildi. Hukuk sistemi, tatmin edici olmadığı noktasında, hem toplum ve hem de hukuk alanında çalışan uzmanlar tarafından son derece eleştirildi.

B. Hukukun Bazı Alanları İçin Kolaylaştırılmış Erişim

Yasama, toplum için önemli görülen iki alanda (iş ve idari konular) ufak çapta düzeltmeler yaptı. İş mahkemelerinin daha erişilebilir olması ve iş uyuşmazlıklarıyla daha ucuz ve daha etkin olarak uğraşması sağlandı. Fakat iş mahkemeleri bugün aşırı yük altındadır ve bu nedenle çok yavaş işlemektedir. Bununla birlikte bunlara kolaylıkla erişilebilir. Bu mahkemelerde hukuki temsil zorunlu değildir ve prosedür son derece basittir. (Olayları ve hukuku açıklayan yazılı dilekçe oluşturma zorunlu değildir). Birçok mahkeme, başlangıçtan itibaren iddialarıyla ilgili olarak insanlara yardım edebilen danışmanlara sahiptir. Aynı zamanda işçiler ücretsiz olarak sendika temsilcileri tarafından da temsil edilebilir.

Devletle ve onun idaresiyle olan ilişkilerinde yurttaşlar, arabuluculuk kurumuna müracaat edebilir. Arabuluculuk kurumu, kuzey Avrupa ülkelerinin ombudsmanından çok fazla esinlenmiştir. İnsanlar idare hakkında ombudsmana şikayette bulunabilir. Ombudsman kurumu insanları idarede doğru kişilere yönlendirir ve şikayetin nasıl çözümleneceği ile ilgili olarak hukuki tavsiye verir.

C. Özel Teşebbüs

1991 yılından önce, şehir yönetimleri ve Sosyal İşler Bakanlığı için çalışan sosyal çalışanlar hukuki bilgilere bir miktar erişim sağlamıştır. Bununla birlikte, işin çoğu cüz'i erişim sağlayan özel teşebbüse bırakılmıştır. Bahsedilmeye değer tek teşebbüs barodur ve özellikle danışma toplantıları düzenleyen Paris Barosu'dur. Toplantıların çoğu her hafta bir hukuk mahkemesinde yapılır. Baro insanlarla görüşmek amacıyla birkaç hukukçu (genellikle beşe kadar) atar ve onlara ücretsiz hukuki danışmanlık sunar. Baro, diğer şehirler içinde Paris şehriyle anlaşma yaptı ki bu sayede avukatlar halkla biraraya gelip görüşmek ve ücretsiz hukuki danışmanlık sunmak amacıyla her bir belediye binasında haftalık toplantılar düzenlemiştir.

1991 yılından önce ücretsiz hukuki danışmanlık toplantıları, aslında, yurttaşlar için dava yolu dışında hukuki bilgilere erişim konusunda tek yol olmuştur. Bununla birlikte adli yardım konusuna gelince, bu, sıradan insanlar tarafından belli bir miktar bilgi ve tecrübeyi gerektirmiş ve toplumun en fakir kesimlerine uzak kalmıştır. Bu tatmin edici olmayan durum yasama organının 1991 yılında sistemi değiştirmesine yol açmıştır.

II. 1991 REFORMU VE SONUÇLARI

A. Adli Yardım

10 Temmuz 1991 tarihinde kabul edilen kanun adli yardımı esaslı şekilde değiştirmiştir. İlk defa, "*Hukuki Bilgilere Erişim*" (*Accès au Droit*) kavramını getiren bu Kanun, 18 Aralık 1998 tarihli Kanunla güçlendirilmiştir. Yeni Kanun'un kabul edilmesiyle birlikte gelir şartında bir artış olmuştur. Adli yardım, aylık geliri 6600 Frank'ın altında olan müracaatçılara tanınmıştır. Kanun, eğer müracaatçı çocuğa veya diğer bakmakla yükümlü olduğu kişilere sahipse adli yardımda daha fazla bir artış öngörmüştür.

Sağlanan adli yardım öncesi bir davanın esasları üzerine belli bir dereceye kadar denetim uygulanır ve prosedür basitleştirilir. Herbir ilk derece mahkemesi nezdinde, nihayetinde davayı çözümlenecek mahkemeye bakmaksızın, bağımsız olarak müracaatlarla ilgilenen merkezi bir hukuk bürosu bulunmaktadır. Avukatların ücretleri de arttırılmıştır. Yeni Kanun'un getirdiği diğer değişiklikler, bir davayı çözümlenmek amacıyla adli yardım elde etme ihtimalini içermektedir. Avukatlara başarılarına bakmaksızın fakat çabalarının boyutunu kanıtlamaları kaydıyla uyuşmazlıkları çözümlenme karşılığında eşit olarak tazminat ödenecektir. Bugün sistemin genel olarak daha iyi işlediği söylenebilir. 1997 yılında adli yardımdan 710.000 kişinin yararlanmasıyla birlikte, adli yardım için bütçe 1998 yılında 400.000.000 Frank'tan 1.200.000.000 Franka yükselmiştir.

B. Hukuki Bilgilere Erişim

1991 tarihli Kanun yurttaşların temel hakları ve temel yaşam gereksinimleri ile ilgili çekişmesiz yargı işlerinde hukuki tavsiyeye erişim imkanı getirmiştir. Kanun hukuki tavsiyeyi, yurttaşların haklarının boyu-

tu ve bu hakları kullanma yolu konusunda tavsiye olarak tanımlamıştır. Ayrıca Kanun her ilde (temel idari alt birim) görevi hangi politikaların uygulanmasına ve bu politikaların uygulanması için gereken zorunlu fonlara karar vermek olan Hukuki Bilgilere Erişim Konseyi oluşturmuştur.

Hukuki bilgilere erişim sağlama görevi illere verilmiştir. Bununla birlikte 1997 yılında hukuki bilgilere erişime tahsis edilen bütçe sadece 2.700.000 Frank olmuştur.¹ Sonuç olarak, 1998 yılında hükümet hukuki bilgilere daha fazla erişimi teşvik etmek amacıyla 1991 tarihli Kanunu değiştirmeye karar vermiştir.

Erişim görevi konseylerde kalmaktadır. Yeni Kanun konseylerin görevini daha iyi tanımlamıştır. Konseyler, hakları ve yükümlülükleri konusunda yurttaşlara genel bilgiler sağlama ve yurttaşları haklarını kullanmalarına yardımcı olabilecek kurumlara yönlendirme konusunda sorumlu olmuştur. Aynı zamanda yeni konseyler, yurttaşların haklarını kullanmaları için zorunlu formaliteleri yürütmelerine yardım etmiştir. Yeni konseyler genel hukuki tavsiye sağlamış, hukuki belgeler hazırlamada insanlara yardım etmiş ve alternatif uyuşmazlık çözümünü teşvik etmiştir.

1990'lı yılların başına dayanan NGO'ların ve özellikle de Acil Haklar'ın deneyimlerinden birçok ders çıkartılmıştır. Hükümetin, konseylere NGO'ları dahil etmeye karar vermesinin sebebi bu dersler olmuştur. NGO'lar sistemin daha iyi işlemesi amacıyla hukuki bilgilere erişim sağlamıştır. Hukuk alanında çalışan bir NGO'nun üyesi, şimdi, devletin, bölgenin ve yerel baronun temsilcileriyle birlikte her bir konseyde yer almak zorundadır. Yeni Kanun aynı zamanda alternatif uyuşmazlık çözümü usulleri yoluyla dava açmayı önleme konusunda Konseylerin görevini güçlendirmektedir. Özel arabulucular (ortalama 400 kadarı) bu belirli amaç için istihdam edilmektedir.

Yeni Kanun, NGO'ların uygulamalarından kaynaklanan ilhamla, aynı zamanda "Adalet Evleri"nin oluşumunu sağlamıştır. Bir konseyin ve bir yerel mahkeme başkanının kontrolü altında yerel düzeyde faaliyette bulunan Adalet Evleri (*Maison du Droit et de la Justice*²) NGO'larla bağlantılı çalışan arabulucular ve diğer çalışanlar tarafından işletilir.

¹ Bugüne kadar sadece 20 Konsey oluşturulmuştur ve bunların çoğu aktif değildir.

² Bunlar yurttaşlar için hukuka yerel erişim noktalarıdır. Bu, konseyin ve yerel mahkeme başkanının kontrolü altında küçük suçlar ve küçük adli davalar için cezai ve adli arabuluculuğu organize eder.

Adalet Evleri yurttaşlar nezdinde “*Hukuka Erişim Noktaları*” olarak görülür. Onların esas amacı, küçük suçlar ve küçük adli davalar için cezai ve adli arabuluculuğu organize etmek olacaktır.

III. ACİL HAKLAR

Paris eksenli hukukçular ve devlet memurları 1995 yılının yaz aylarında “*Acil Haklar*”ı kurmuştur. “*Acil Haklar*”ın amacı, aşırı moral bozukluğu içinde bulunan insanların haklarını geliştirme ve koruma konusunda mümkün olan her şeyi yapmaktır. Organizasyonun asıl amacı, sokaklarda yaşayan insanlar, sosyal yardımı olmayan kişiler, yabancılar, uyuşturucu madde bağımlıları ve hayat kadınları gibi toplumun daha önce hukuka hiç erişmemiş en fakir ve en önemsiz görülen kesimlerine ücretsiz hukuki tavsiye ve hukuki yardım sunmaktır.

Geleneksel adli yardım sistemlerinin erişemediği toplumun bu kesimlerine erişme ve yardım etme çok önemliydi. Maalesef, bu kesimler mahkeme ve belediyenin kurumsal hukuki yapılarında nadir olarak hazır bulunmuştu. Amaç, toplumla biraraya gelmek ve eğer ihtiyaç duyarlarsa onlara bir hukuki danışmanın yardımını teklif etmektir. “*Acil Haklar*”, halihazırda bu insanlarla çalışan mevcut NGO’lar arasında işbirliğini teşvik etti. “*Acil Haklar*”, NGO’larla irtibat yoluyla Paris ve Toulouse çevresinde değişik yerlerde, örneğin bu organizasyonlar tarafından işletilen sığınma evlerinde ve sağlık merkezlerinde ücretsiz hukuki danışmanlık sunan haftalık toplantılar organize etmektedir.

Bu toplantıların ilki Kasım 1995’te organize edilmiştir. Halihazırda yirmi farklı merkezde devam eden ayda kırk bir toplantı yapılmaktadır. Toplumun bu belirli kesimi ile ilgilenme konusunda özel olarak eğitim görmüş avukatlar, hakimler ve muhtelif hukuk profesörleri şimdi ücretsiz hukuki tavsiye ve hukuki yardım vermektedir. Toplantıların gerçekleştiği merkezlerde görev yapan sosyal çalışanlar ve doktorlar, uygun hukuki uzmanlıkla topluma doğrudan yardım etmektedir. “*Acil Haklar*”ın her bir davanın başından sonuna kadar takip edildiği hukuki danışmanlık toplantıları, geleneksel kurumsal toplantılardan ayrılır. Eğer bir avukat zaman yokluğu veya karmaşık oluşu nedeniyle bir dava bakamazsa, dava derneğin bir diğer üyesine verilir.

Organizasyonun ikinci amacı hukuk uzmanlarının ve hukuk eğitimi görenlerin, toplumun dışlamadan zarar gören kesimleriyle ilişkili hukuki konuların özel niteliğini farketmelerini sağlamaktır. Hukuk öğ-

rencileri davaları takip etmeleri ve müşteri ile avukat arasında bir köprü gibi hareket etmeleri amacıyla bir merkeze gönderilir. Aynı zamanda adaylık öncesi bazı avukatlar hukuki bilgiler ve yön vermeleri ve ücretsiz hukuki danışmanlık toplantıları hazırlamaları amacıyla bir aylık toplantılar için bir merkeze gönderilir. Aynı zamanda “Acil Haklar” aday avukatlar için iki adet ek eğitim programı organize etmektedir. İlk program ki şimdi dördüncü yılındadır, teorik niteliktedir ve *École de Formation du Barreau*’da (uygulamalı ve sürekli eğitimin kalitesinden sorumlu uzman kurum) bir haftalık bir programdan oluşmaktadır.

Sırf teori öğretmekten ziyade, bu ilk eğitim programının amacı ciddi şekilde dışlamadan etkilenen toplum kesiminin özel yapısını anlamayı avukatların günlük mesleki uygulamalarıyla tanıştırmaktır. Aynı zamanda amaç, haklarına erişim elde etme imkanına sahip bulunan bu kişilere problemin boyutunu göstermektir. Eğitim programı, dışlanmış insanları daha iyi anlamayı teşvik etmek amacıyla aktif sosyal çalışanların ve doktorların bulgularını ve bu insanların özel hukuki problemleriyle en iyi şekilde nasıl ilgilenileceği konusunda avukatların daha çok teknik tavsiyelerini kullanır.

İkinci eğitim programı daha çok uygulamaya yöneliktir. Aday avukatlar, toplam oniki ay sürecek ve ayda bir yapılacak ücretsiz hukuki danışmanlık toplantıları için bir derneğe katılır. Farkına varmak önemlidir ki bu adayların çoğu şimdi dernek (Acil Haklar) üyesi olmaktadır ve bir yıllık devam zorunluluklarını tamamlamalarından sonra bile ücretsiz hukuki danışmanlık toplantılarına katılmaya devam etmektedirler. Aynı şekilde “Acil Haklar” hakimler için diğer bir eğitim programı hazırlamıştır. Bu programın amacı, birbirlerinden öğrenme gayesiyle deneyimlerini biraraya getirmek ve paylaşmak için hukuk, tıp ve sosyal dünyaları teşvik etmek olmuştur.

Organizasyonun üçüncü amacı, diğer insancıl amaçlı derneklerle ve devletle işbirliği içinde, dışlama ve haklara erişme konusundaki tartışmalara katılarak deneyim ve uzmanlığını kullanmaktır. “Acil Haklar” Fransa’da hukuka halkın erişimini teşvik etmek amacıyla hükümete öneriler yapmada aktif olarak çalışmaktadır. Halihazırda, “Acil Haklar”, Paris’in yirmi ilçesinin her birinde “Hukuka Erişim Noktaları” oluşturmak amacıyla hukuka erişim için Paris Belediyesi’yle birlikte çalışmaktadır. Bu erişim noktaları esas itibarıyla fakirlere odaklanmasına rağmen, bu proje hükümetin hukuka erişimi geliştirme çabalarına benzemektedir.

Kırk erişim acentası faaliyettedir. Bu acentalar vakitlerini Paris’in

şehir sosyal kurumları, adli yardım ofisi gibi yargısal kurumlar ve diğer insancıl dernekler arasında paylaşmaktadır. “Acil Haklar” bu acentalara tavsiye verme ve onları çeşitli derneklere entegre etme konusunda sorumludur.

“Acil Haklar” aynı zamanda 18 Aralık 1998 tarihli Kanunun eksikliklerini ve özellikle de minimum gelir koruması davalarına hukuku uygularken karşılaşılan zorlukları gösterme konusunda aktiftir. “Acil Haklar” ayrıca bir arabulucu atama yoluyla hukuki uyuşmazlıkları çözüme konusunda alternatif bir yol geliştirme görevi üstlenmiştir. Dernek, yakında yargı otoritelerine bir proje sunacaktır ve “Arabuluculuk ve Dışlama” konusunda Kasım 2000’de bir konferans organize edecektir. Üstelik bir uyuşmazlığı çözümlene yolu olarak arabulucuya müracaat etme ihtimali, “Acil Haklar” ve “Hukuka Erişim Noktaları” tarafından organize edilen toplantılar süresince ilan edilecektir.

SONUÇ

1990’lı yıllar boyunca, 1991 ve 1998 tarihli kanunlar dahil hukuk reformları ve kamu ve özel girişimleri Fransa’da hukuki bilgilere yurttaşların erişimi konusunu gündeme getirmiştir. Artık, kesinlikle yargıya erişim sınırlandırılmaz. Şimdi Fransız adli yardım sisteminde, hukuki bilgilere erişim (*accès au droit*) imkanı bulunmaktadır. NGO’ların ve özellikle de “Acil Haklar”ın deneyimleri bu gelişime ortak olmuştur.

Paris eksenli bir grup hukukçu ve devlet memurları tarafından 1995 yılında kurulan “Acil Haklar”ın temel amacı, ücretsiz hukuki danışmanlık ve yardım sağlama yoluyla, nüfusun en fakir ve en önemsiz görülen kesimlerinin haklarını geliştirme ve korumaktır. “Acil Haklar”, Fransa’nın hukuk uzmanlarının toplumun dışlamadan zarar gören kesimleriyle bağlantılı hukuki konuların özel niteliği hakkında duyarlı olmasını istemektedir.

RESMÎ BELGELERE ERİŞİME İLİŞKİN AVRUPA KONSEYİ SÖZLEŞMESİ

Çev.: Alper Can AYKAÇ*

Başlangıç

Avrupa Konseyi'nin üye devletleri ve diğer sözleşmeciler 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;

Özellikle, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 19. maddesini, İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 6., 8. ve 10. maddelerini, Bilgiye Erişime, Karar-alma Sürecine Kamusal Katılıma ve Çevresel Sorunlarda Yargıya Erişime İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni (Aarthys, 25 Haziran 1998) ve 28 Ocak 1981 tarihli Kişisel Verilerin Kendiliğinden İşlenmesi bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'yi dikkate alarak;

29 Nisan 1982 tarihinde kabul edilen, bilgi edinme ve ifade özgürlüğüne ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Bildirgesi'nin yanı sıra, kamu kurumları tarafından tutulan bilgiye erişim hakkında R (81)19 No.lu; kamu organları tarafından tutulan kişisel bilgilerin üçüncü kişilere verilmesi hakkında R (91)10 No.lu; istatistiksel amaçla derlenen ve işlenen kişisel verilerin korunması ile ilgili R (97)18 No.lu; arşivlere erişime ilişkin Avrupa politikası hakkında R (2000)13 no.lu ve resmî belgelere erişim hakkında Rec (2002)2 No.lu Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere tavsiyelerini de dikkate alarak;

Demokratik, çoğulcu toplumlarda kamu kurumlarının şeffaflığının önemini düşünerek;

Resmî belgelere erişim hakkının uygulamasının

* Av., Eskişehir Barosu

- i. halka yönelik bilginin kaynağını sağladığını
- ii. toplumsal devlet hakkında ve kamu kurumları hakkında halkın fikir edinmesini sağladığını
- iii. kamu kurumlarının bütünlük, verimlilik, etkililik ve sorumluluk düzeylerini yükselterek, kamu kurumlarının meşruiyetini arttırdığını düşünerek;

Böylece, tüm resmi belgelerin, ilke olarak, kamuya açık olduğunu ve yalnızca diğer hakların ve meşru çıkarların korunması nedeniyle gizli tutulabileceğini düşünerek;

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

I. BÖLÜM

1. Madde - Genel Hükümler

1. Burada belirlenen ilkeler, resmî belgelere erişim hakkını daha geniş bir biçimde tanıyan yerel yasalara ve yönetmeliklere ve uluslararası sözleşmelere halel getirmeksizin benimsenmelidir.

2. Bu Sözleşme’de geçen

a. i. “kamu kurumları” şu anlama gelir:

1. ulusal, bölgesel ve yöresel hükümet ve yönetim;
2. ulusal hukuka göre idarî işlevleri bulunan yasama organı ve yargısal kurumlar;
3. idarî yetkiye sahip gerçek ve tüzel kişiler.

ii. Tarafların her biri, imza tarihinde ya da onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdiî sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne gönderilen bildirge ile, aşağıdakilerin bir ya da birkaçını içeren “kamu kurumları” tarifini bildirir:

2. diğer etkinlikleri ile ilgili olarak yasama organlarını;
3. diğer etkinlikleri ile ilgili olarak yargısal kurumları;
4. ulusal hukuka göre kamu işlevlerini yürüten ya da kamu kaynaklarını işleten gerçek ve tüzel kişileri.

b. “resmî belgeler” kamu kurumları tarafından herhangi bir biçimde kaydedilen, çizilen ya da alınan ve tutulan her tür bilgi anlamına gelir.

2. Madde – Resmî belgelere erişim hakkı

2. Tarafların her biri, herhangi bir temelde ayrımcılık yapmaksızın herkese, kamu kurumları tarafından tutulan bilgilere, istem üzerine, erişim hakkını sağlar.

3. Tarafların her biri, bu Sözleşme’de belirlenen resmî belgelere erişime ilişkin hükümleri kendi iç hukukunda yürürlüğe koymak için gerekli tedbirleri alır.

4. Bu tedbirler, en geç ilgili Taraf bakımından Sözleşme’nin yürürlüğe giriş tarihine kadar alınır.

3. Madde – Resmî belgelere erişimin olağan sınırları

2. Tarafların her biri, resmî belgelere erişim hakkını sınırlayabilir. Bu sınırlar, kanunda açıkça belirli, demokratik toplum için gerekli ve korunan amaçla orantılı olmalıdır:

- b. ulusal güvenlik, savunma ve uluslararası ilişkiler;
- c. kamu güvenliği;
- d. cezaî meselelerin önlenmesi, soruşturulması ya da kovuşturulması;
- e. disiplin soruşturmaları;
- f. kamu kurumlarınca yürütülen teftiş, denetim veya gözetim;
- g. mahremiyet ya da diğer meşru özel çıkarlar;
- h. ticarî ya da diğer ekonomik çıkarlar;
- i. Devlet’in ekonomik, parasal ve kur oranları politikaları;
- j. mahkeme işlemlerinde tarafların eşitliği ve adalet yönetiminin etkililiği;
- k. çevre; veya
- l. kamu kurumları bünyesinde ya da arasında bir meselenin incelenmesi hakkındaki müzakereler.

İlgili Devletler, imza tarihinde ya da onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdiî sırasında, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne gönderilen bildirge ile hüküm süren Aile ve Hanedan ya da Devlet Başkanı ile iletişimin de olağan sınırlara dâhil edileceğini bildirebilir.

3. Resmî belgede bulunan bilginin açıklanması 1. fıkrada anılan çıkarların birine zarar verecek ya da vereceği muhtemel ise ve açıklanmasında daha üstün bir kamu çıkarı yok ise erişim reddedilebilir.

4. Taraflar, 1. fıkrada anılan sınırları aşan süre sınırlarının uygulanmayacağını göz önüne alırlar.

4. Madde - Resmî belgelere erişim istemi

1. Resmî belge için başvuran kişi, resmî belgeye erişmek için gerekçe vermeye zorlanamaz.

2. Taraflar, istemin işleme konması için kimliğin açıklanmasının gerekli olduğu durumlar dışında, başvuranlara gizli kalma hakkını verebilirler.

3. İstem usulleri istemin işleme konmasına esas teşkil eden gereklilikleri aşamaz.

5. Madde - Resmî belgelere erişim istemlerinin işleme konması

1. Kamu kurumu, istenen resmî belgeyi belirlemesi için başvurana makul ölçüde yardım eder.

2. Resmî bir belgeye erişim istemi ile, belgeyi bulunduran kamu kurumu ilgilenir. Eğer kamu kurumu istenen resmî belgeyi bulundurmuyorsa ya da bu istemi işleme koymaya yetkili değilse, olabildiğince, başvuruyu ya da başvurunu yetkili kamu kurumuna yönlendirir.

3. Resmî belgelere erişim istemleri eşit olarak ele alınır.

4. Resmî belgelere erişim istemi derhal ele alınır. Karar, olabildiğince erken ya da önceden belirlenen makul bir süre içerisinde alınır, iletilir ve uygulanır.

5. Resmî belgelere erişim istemi şu durumlarda reddedilebilir:

i. kamu kurumunun yardımına rağmen, istem, resmî belgeyi belirlemek için çok muğlaksa; ya da

ii. istem açıkça makul değilse.

6. Resmî belgeye erişim istemini tamamen ya da kısmen reddeden kamu kurumu, bu ret kararı için gerekçe gösterir. Başvuran, bu ret kararı için kamu kurumundan istem üzerine yazılı açıklama alma hakkına sahiptir.

6. Madde - Resmî belgelere erişim türleri

1. Resmî belgeye erişim kabul edildiğinde, başvuran aslını ya da kopyasını incelemek veya uygun olan istediği herhangi bir biçim ya da boyutta kopyasını almak konusunda, tercihin makul olmadığı durumlar dışında, seçme hakkına sahiptir.

2. Resmî belgedeki bilgilerin bazı bölümlerine sınırlamalar uygulanırsa bile, kamu kurumu belgenin içerdiği bilginin kalanına erişimi kabul eder. Atlanan her bilgi açıkça işaretlenmelidir. Ancak, belgenin kısmî hali yanıltıcı ya da anlamsız ise veya belgenin kalanının çıkarılması kurum için açıkça aşırı külfet yüklüyorsa, bu tür erişim reddedilebilir.

3. Kamu kurumu, başvuruyu daha kolay erişilebilir seçimlik kaynaklara yönlendirerek, resmî belgeye erişim verebilir.

7. Madde - Resmî belgelere erişim harçları

1. Kamu kurumunun müstemilatında resmî belgelerin incelenmesi harçtan muaftır. Bu hüküm arşiv ya da müze tarafından sağlanan hizmetler için Tarafların harç belirlemesine engel olmaz.

2. Resmî belgenin kopyası için, makul ölçüde ve belgenin gerçek üretim ya da gönderim maliyetini aşmayacak bir ücret başvurandan alınabilir. Harç tarifesi yayımlanır.

8. Madde - Gözden geçirme usulü

1. Resmî belgeye erişim istemi açıkça ya da örtülü reddedilen başvuran, mahkeme ya da hukukça kurulmuş başka bir bağımsız ve tarafsız organ önünde gözden geçirme usulüne erişebilir.

2. Başvuran, kamu kurumu tarafından yapılan yeniden değerlendirilmeyi ya da 1. fıkraya doğrultusunda gözden geçirmeyi içeren, hızlı ve ucuz bir gözden geçirme usulüne erişebilir.

9. Madde - Tamamlayıcı tedbirler

Taraflar, resmî belgelere erişim hakkı ve bu hakkın nasıl uygulanabileceği hakkında halkı bilgilendirirler. Ayrıca şu tedbirleri de alırlar:

a. bu hakkın yerine getirilmesi bakımından kamu kurumlarını görevleri ve yetkileri konusunda eğitmek;

b. sorumlu oldukları konular ve etkinlikler hakkında bilgi sağlamak;

c. belgeleri kolayca erişilebilir hale getirmek için etkili olarak id-

re etmek;

d. belgelerin korunması ve imhası ile ilgili açık ve sabit kurallar uygulamak.

10. Madde - Kamu kurumlarının girişimi ile kamuya açılan belgeler

Kendi girişimi ile ve gerekli hallerde, kamu kurumu, kamu yönetiminin şeffaflığını ve verimliliğini yükseltmek çıkarını haiz resmî belgelerin kamuya açılması için ve genel çıkarlara ilişkin konularda halkın bilinçli katılımını teşvik etmek için gerekli tedbirleri alır.

II. BÖLÜM

11. Madde - Resmî Belgelere Erişim Uzmanlar Grubu

1. Resmî Belgelere Erişim Uzmanlar Grubu yılda en az bir kez Sözleşme'nin Taraflar'ca yürütülmesini izlemek amacıyla toplanarak:

a. Bu Sözleşme'de düzenlenen hükümlerin etkisini arttırmak için Taraflarca alınan hukuktaki ve uygulamadaki tedbirlerin yeterliliği hakkında rapor hazırlar;

b. i. Sözleşme'nin uygulamasından doğan herhangi bir sorun hakkında görüş sunar;

ii. herhangi bir sorunun belirlenmesi dâhil, bu Sözleşme'nin etkili olarak kullanımını ve yürütülmesini kolaylaştırmak ya da geliştirmek için teklifler sunar;

iii. önemli yasal, siyasal ya da teknolojik gelişmeler hakkında rapor hazırlar ve bilgi paylaşımını sağlar;

iv. bu Sözleşme'nin değiştirilmesi ile ilgili Taraflar Toplantısı'na teklif sunar;

v. 19. madde doğrultusunda hazırlanan bu Sözleşme'nin değiştirilmesi teklifi hakkında görüş belirtir.

2. Uzmanlar Grubu, sivil toplumdan bilgi ve görüş isteyebilir.

3. Uzmanlar Grubu, en az 10 ve en fazla 15 üyeden oluşur. Üyeler, Taraflar Toplantısı tarafından dört yıllık dönem için, bir kere yeniden seçilebilmek kaydıyla, Tarafların her birinin iki uzman önerdiği uzmanlar listesinden seçilirler. Bu listedekiler resmî belgelere erişim alanındaki yetkinlikleri en üst düzeyde tanınmış kişiler arasından belirlenir. Tarafların her birinin önerdiği listeden en fazla bir kişi seçile-

bilir.

4. Uzmanlar Grubu üyeleri kendi bireysel yeterliliklerine göre sıralanarak toplanırlar, kendi görevlerinin uygulanmasında bağımsız ve tarafsızdırlar ve hükümetlerden hiçbir talimat almazlar.

5. Uzmanlar Grubu üyelerinin seçim usulü, Sözleşmeci Tarafların ortak rızası ve görüşü alındıktan sonra bu Sözleşme'nin yürürlüğe giriş tarihinden itibaren bir yıl içerisinde Bakanlar Komitesi tarafından belirlenir. Uzmanlar Grubu, kendi usul kurallarını belirler.

12. Madde - Taraflar Toplantısı

2. Taraflar Toplantısı, her Taraf'tan bir temsilcinin katılımından oluşur.

3. Taraflar Toplantısı şu amaçlarla düzenlenir:

b. Uzmanlar Grubu raporlarının, görüşlerinin ve tekliflerinin değerlendirilmesi;

c. Taraflara tekliflerin ve tavsiyelerin sunulması;

d. 19. madde doğrultusunda Sözleşme'nin değiştirilmesi tekliflerinin sunulması;

e. 19. madde doğrultusunda Sözleşme'nin değiştirilmesi teklifi hakkında görüş belirtilmesi.

4. Taraflar Toplantısı, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği tarafından, Sözleşme'nin yürürlüğe giriş tarihinden itibaren bir yıl içerisinde Uzmanlar Grubu üyelerinin seçilmesi amacıyla düzenlenir. Bu toplantı bunun ardından en az dört yılda bir ve Tarafların çoğunlunun, Bakanlar Komitesi'nin ya da Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nin istemi üzerine toplanır. Taraflar Toplantısı kendi usul kurallarını belirler.

5. Taraflar Toplantısı her toplantı sonrasında Bakanlar Komitesi'ne çalışma raporu sunar.

13. Madde - Sekretarya

Taraflar Toplantısı ve Uzmanlar Grubu'na bu Bölüm'den doğan görevlerini yerine getirmek konusunda Avrupa Konseyi Sekretaryası yardım eder.

14. Madde - Rapor hazırlama

1. Sözleşmeci Taraf bakımından bu Sözleşme'nin yürürlüğe giriş tarihinden itibaren, bir yıl sonra Sözleşmeci Taraf, Uzmanlar Grubu'na

bu Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe girmesi için alınan yasamaya ilişkin ve diğer tedbirler hakkında tam bilgi içeren bir rapor sunar.

2. Tarafların her biri, bunun ardından, Taraflar Toplantısı'nın düzenlenmesinden önce Uzmanlar Grubu'na 1. fıkrada anılan bilginin güncel halini iletir.

3. Tarafların her biri, Uzmanlar Grubu'nun kendisinden istediği görevlerin yerine getirilmesi ile ilgili bilgiyi Uzmanlar Grubu'na iletir.

15. Madde - Yayımlama

Taraflarca Uzmanlar Grubuna sunulan raporlar, Uzmanlar Grubu'nun raporları, teklifleri ve görüşleri ve Taraflar Toplantısı'nın çalışma raporları yayımlanır.

III. BÖLÜM

16. Madde - İmza ve Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi

1. Bu Sözleşme Avrupa Konseyi üye Devletlerinin imzalarına açıktır.

2. Bu Sözleşme onay, kabul, ya da uygun bulmaya tabidir. Onay, katılma ya da uygun bulma belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilir.

3. Bu Sözleşme Avrupa Konseyi'nin 10 üye Devletinin 2. fıkranın hükümlerine göre Sözleşme ile bağlı olma rızasını ifade ettikleri tarihten sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

4. Bağlı olma rızasını sonradan ifade eden İmzacı Devlet bakımından, Sözleşme 2. fıkranın hükümleri doğrultusunda Sözleşme ile bağlı olma rızasını ifade ettiği tarihten sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

17. Madde - Sözleşme'ye katılım

1. Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinin ardından, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Taraflar Toplantısı'na danıştıktan ve oybirliği ile rızalarını aldıktan sonra Avrupa Konseyi'ne üye olmayan herhangi bir Devlet'i ya da bir uluslararası örgütü bu Sözleşme'ye katılması için davet edebilir. Bu karar Avrupa Konseyi Statüsü'nün 20.d maddesinde öngörülen çoğunluk ve Bakanlar Komitesi'nde yer almaya yetkili Taraf temsilcilerinin oybirliği ile alınır.

2. Yukarıdaki 1. fıkra uyarınca Sözleşme'ye katılan herhangi bir Devlet ya da bir uluslararası örgüt bakımından, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne katılım belgesinin tevdi tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü Sözleşme yürürlüğe girer.

18. Madde - Bölgesel uygulama

1. Herhangi bir Devlet, imza tarihinde veya onay, kabul, uygun bulma ya da katılma belgesinin tevdi tarihinde, Sözleşmenin uygulanacağı bölge veya bölgeleri belirtir

2. Herhangi bir Devlet, daha geç bir tarihte, Genel Sekreterlik'e göndereceği bir bildirge ile bu Sözleşme'nin uygulamasını uluslararası ilişkilerinden sorumlu olduğunu bildirmede belirttiği diğer bir bölgeyi de kapsayacak biçimde genişletebilir. Bu bölge bakımından, Genel Sekreterlik'e bu bildirgenin tebliğ tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü Sözleşme yürürlüğe girer.

3. Yukarıdaki iki fıkra uyarınca yayınlanan herhangi bir bildirge, bu bildirmede belirlenen herhangi bir bölge bakımından Genel Sekreterlik'e gönderilen bildirim ile geri alınabilir. Bu geri alım, bildirim Genel Sekreterlik'e tebliğ tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü geçerli olur.

19. Sözleşme'nin değiştirilmesi

1. Bu Sözleşme'nin değiştirilmesi herhangi bir Taraf, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Uzmanlar Grubu ya da Taraflar Toplantısı tarafından teklif edilebilir.

2. Herhangi bir değişiklik teklifi, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği tarafından Taraflara iletilir.

3. Herhangi bir değişikli teklifi, Uzmanlar Grubuna danıştıktan sonra, Bakanlar Komitesi'nin değişiklik teklifi hakkındaki görüşüne başvuracak olan Taraflar Toplantısı'na iletilir.

4. Bakanlar Komitesi, teklif edilen değişikliği ve Taraflar Toplantısı'nın sunduğu görüşü değerlendirir ve değişikliği uygun bulabilir.

5. 4. fıkra doğrultusunda Bakanlar Komitesi'nin uygun bulduğu değişiklik teklifinin metni, kabul için Taraflara gönderilir.

6. 4. fıkra doğrultusunda uygun bulunan herhangi bir değişiklik tüm Tarafların değişikliği kabul ettiğini Genel Sekreterlik'e bildirme-

sinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

20. Bildirgeler

Tarafların herhangi biri, imza tarihinde ya da onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi sırasında, 1. maddenin 2. fıkrası, 3. maddenin 2. fıkrası ve 18. maddede öngörülen bildirgelerin bir ya da birkaçını sunabilir. Bu bilgideki herhangi bir değişiklik olursa, durumu Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne bildirir.

21. Çıkma

1. Taraflardan herhangi biri, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne göndereceği bildirim ile, her zaman Sözleşmeden çıkabilir.

2. Bu çıkma, bildirim Genel Sekreterlik'e tebliğ tarihinden sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk gününde geçerlilik kazanır.

22. Bildirim

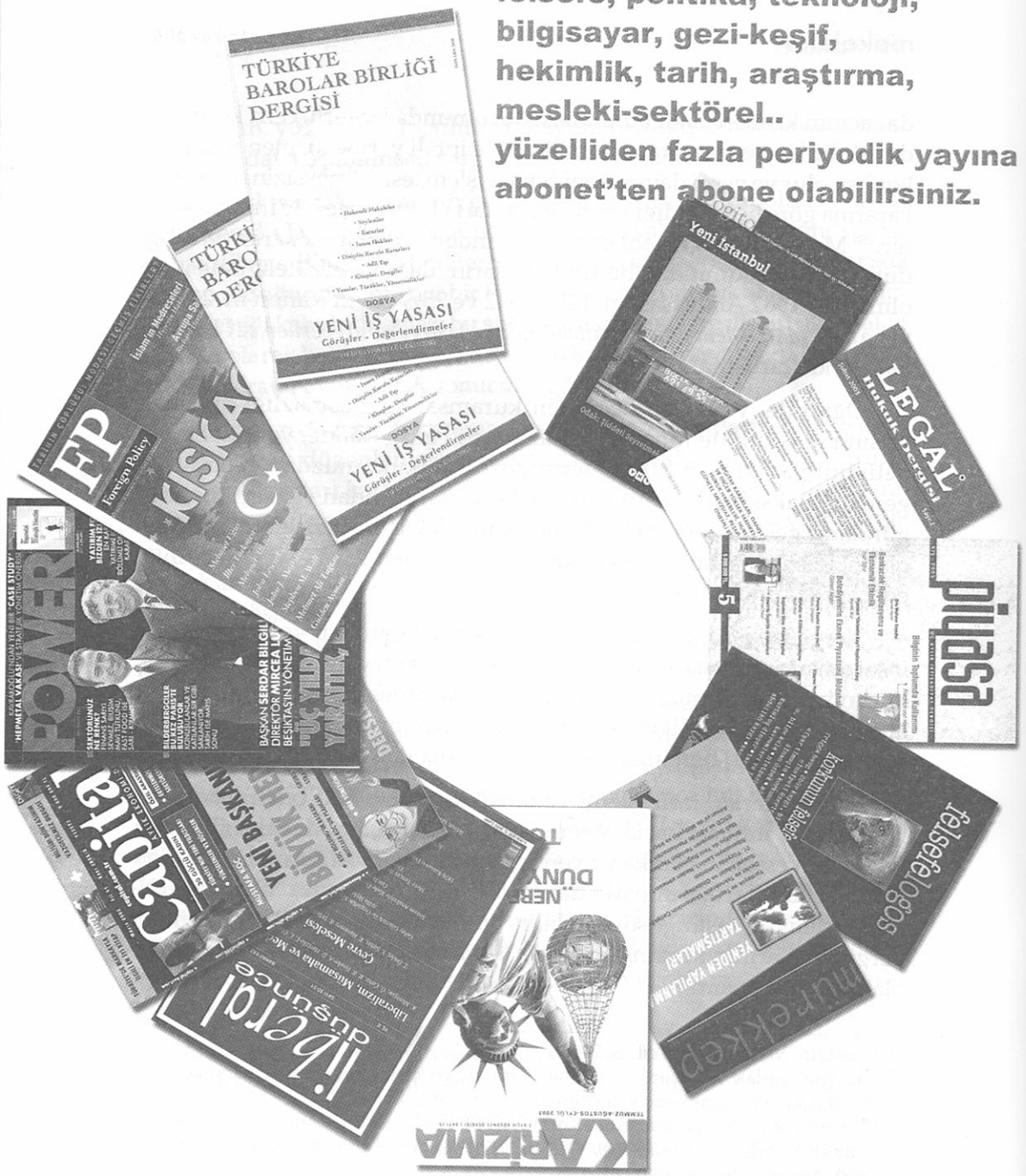
Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği, Avrupa Konseyi üye Devletlerine ve Sözleşme'ye katılan ya da katılmaya davet edilen herhangi bir Devlet'e ve uluslararası örgüte şunları bildirir:

- a. herhangi bir imzayı;
- b. onay, kabul, uygun bulma ya da katılma belgesinin tevdiini;
- c. 16. ve 17. maddeler doğrultusunda bu Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği tarihleri;
- d. 1. maddenin 2. fıkrası, 3. maddenin 2. fıkrası ve 18. madde uyarınca gönderilen herhangi bir bildirgeyi;
- e. bu Sözleşme ile ilgili herhangi bir diğer işlemi, bildirim ya da iletiyi.

Aşağıda imzası bulunanlar, usulüne uygun biçimde yetkilendirilmiş olarak, bu Sözleşmeyi imzalamışlardır.

18 Haziran 2009 tarihinde Tromsø'da eşit ölçüde geçerli olmak üzere İngilizce ve Fransızca olarak yazılan bu metinler, tek bir nüsha halinde Avrupa Konseyi arşivinde saklanır. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği, Avrupa Konseyi'ne üye olan her devlete ve bu Sözleşmeye katılması için davet edilen herhangi bir Devlet'e ya da uluslararası örgüte onaylı birer örnek iletilir.

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

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Ceza Genel Kurulu

T. 15.07.2008

E. 2008/3-173

K. 2008/190

* Ormanından devrik ve düşükten orman emvali toplama suçu

* Suç ve cezaların içtimalı

* Cezalardaki toplamama kuralının ertelemeye etkisi

(6831 sayılı Orman K. m. 91/5-son, 108/4; 5237 sayılı TCK m. 50, 52, 62; 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında K.m.4, 99; 5219 sayılı K. m. 3/b ile değişik 1412 sayılı CMUK m. 253,305,317; 5271 sayılı K.m. 223)

Sanık S. B. hakkında; 05.10.2005 tarihinde evinde ve müştemilâtında devrikten temin ettiği kaçak orman emvali bulundurduğundan bahisle 6831 sayılı Yasanın 91/5-son ve 108/4 maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle açılan kamu davası sonunda; Küre Sulh Ceza Mahkemesi'nce 28.12.2005 gün ve 74-119 sayı ile; "...Sanığın üzerine atılı devlet ormanından devrik ve düşükten orman emvali toplama suçunu işlediği sabit görüldüğünden; 6831 sayılı Yasanın 91/5-son ve 5237 sayılı Yasa'nın 62. maddeleri uyarınca 2 ay 15 gün hapis ve 1125 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına, başkaca artırım ve indirim maddelerinin uygulanmasına yer olmadığına, hapis cezasının 5237 sayılı Yasanın 52/2. maddesi uyarınca günlüğü 20 YTL den olmak üzere 1500 YTL adli para cezasına çevrilmesine, para cezalarının 5237 sayılı Yasanın 52/4. maddesi gereğince hükmün kesinleşmesinden itibaren 1 yıl sonra ve 12 ay eşit taksitler halinde

tahsiline, ertelemeye yer olmadığına, yargılama giderine, vekalet ücretine...” hükmedilmiş olup, hükmün sanık, yerel Cumhuriyet savcısı (sanık lehine) ve üst Cumhuriyet savcısı tarafından (sanık aleyhine) temyiz edilmesi üzerine; Yargıtay 3. Ceza Dairesi’nce 10.04.2008 gün ve 3578-4094 sayı ile; “Tayin edilen cezanın tür ve miktarına, 5237 sayılı Kanun’un 50/5. maddesine göre; hükmün 14.07.2004 gün ve 5219 sayılı Kanun’un 3/b maddesi ile değişik 1412 sayılı CMUK 305/1. maddesi gereğince temyizi mümkün bulunmadığından sanığın, o yer ve üst Cumhuriyet savcılarının temyiz isteminin 5320 sayılı Kanun’un 8/1. maddesi gözetilerek CMUK 317. maddesi uyarınca reddine...” karar verilmiştir.

Bunun üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na 24.06.2008 gün ve 92425 sayı ile; “.....Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ile Yargıtay 3. Ceza Dairesi arasındaki hukuki anlaşmazlık,

Tek suç nedeniyle kurulan bir hükümde, yasada farklı neviden dayanakları bulunan “adli para cezalarına” (hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilme ve doğrudan hükmolunan) mahkûmiyet halinde temyiz edilebilirliğin belirlenmesinde, bu para cezalarının ayrı ayrı miktarlarına mı, yoksa mecmuuna mı itibar olunacağı hususudur.

1- Sanık hakkında hükmolunan sonuç ceza adli para cezası olup, toplam meblağı 2625 YTL teşkil etmektedir.

2- 1412 sayılı CMUK’nun 305/1. maddesinde “Ceza Mahkemelerinden verilen hükümler temyiz olunabilir.” hükmü yer almaktadır.

Nelerin hüküm olduğu 5271 sayılı CMK’nun 223/1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre sanık hakkında verilen mahkûmiyet kararı bir hüküm olup kural olarak temyizi kabildir.

3- 1412 sayılı CMUK’nun 305/1. maddesinin 1. bendinde hükümlerin temyiz edilebilirliğine “(Değişik bent: 18.11.1992-3842/28 md.) İkimilyar liraya kadar (İkimilyar dahil) para cezalarına dair olan hükümler, temyiz olunamaz.” kuralı ile sınır getirilmiştir.

4- Sanığın mahkûmiyetine konu fiili tek olup, hakkındaki hüküm de bir bütündür. Söz konusu hüküm sonuç olarak adli para cezasından ibarettir.

5- Sanığın mahkûmiyetine esas teşkil eden tekil suçu karşısında verilen cezanın bir kısmının hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilme adli para cezasından, bir kısmının da doğrudan hükmolunan adli para cezasından ibaret olması, sanık hakkındaki mahkûmiyet hükmünün tekliğini ortadan kaldıran bir husus değildir.

6- CMUK'nun 305/1. maddesinde "İkimilyar liraya kadar (İkimilyar dahil) para cezalarına dair olan hükümler" in temyiz tabi olacağı belirtilmektedir.

Yasa metninde "para cezasından" değil, "para cezalarından" söz edilmesi, tek suç nedeniyle yasa gereği farklı neviden (hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilme ve doğrudan hükmolunan "adli para cezalarına" mahkûmiyet halinde bu para cezalarının mecmuuna itibar olunacağını ortaya koyan bir hükümdür.

7- Nitekim bu mülahazayı doğrular şekilde,

5320 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca "Bölge adliye mahkemelerinin, 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca Resmi Gazete'de ilan edilecek olan görev başlama tarihinde.." yürürlüğe girecek olan CMK'nun 272/3 (a) maddesinde,

Yürürlükteki temyiz hükümlerine tekabül ettiği hukuk öğretisinde kabul edilen istinaf hükümleri düzenlenirken,

"Sonuç olarak belirlenen" ikibin lira dahil para cezasına mahkumiyet hükümlerine karşı istinaf yoluna başvurulamayacağı hususuna vurgu yapılmıştır.

8-Belirtilen sebeplerle, sanık hakkında netice olarak hükmolunan adli para cezalarının toplamının 2000 YTL'lik temyiz sınırının üzerinde olduğu görülmekle, sanık hakkındaki hükmün temyizi kabil olduğu düşünülmüştür." şeklinde gerekçe gösterilmek suretiyle itiraz yoluna başvurulmuş ve "Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin temyiz isteminin reddine dair kararının" kaldırılmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Görüldüğü gibi Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında ortaya çıkan ve Genel Kurulca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, hükmün temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığına ilişkindir.

Bu nedenle, esasa ilişkin incelemeye geçilmeden önce bu konunun

ön mesele olarak görüşülmesi gerekmiştir.

İncelenen dosya kapsamından; sanığın eylemi nedeniyle sonuç olarak 2 ay 15 gün hapis ve 1125 YTL adli para cezasına hükmedildikten sonra, hapis cezasının da 1500 YTL adli para cezasına çevrildiği ve sanık hakkında aynı suç nedeniyle 1500 YTL ve 1125 YTL olmak üzere iki ayrı adli para cezasına hükmedildikten sonra verilen para cezalarının taksitlendirildiği anlaşılmaktadır. Verilen para cezalarından 1125 YTL doğrudan para cezası, 1500 YTL ise hapisten çevrilmiş para cezasıdır.

Yeni ceza adalet sisteminde, önceki sistemde var olan *“cezaların içtimai”* hükümlerine yer verilmemiştir. Bununla birlikte verilen cezaların toplanamayacağı veya hangi şartlarda toplanabileceğine ilişkin tek düzenleme 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 99. maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin başlığı; *“Birden fazla hükümdeki cezaların toplanması”* olup; buna göre; *“Bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar. Ancak bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise, 107. maddenin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden bir toplama kararı istenir.”*

Şu halde, birden fazla hükümde yer alan cezalar sadece koşullu salıvermenin hesaplanması amacına dönük olarak infaz aşamasında toplanabilir, bunun dışında ise *“cezaların içtimai”* mümkün değildir.

Öte yandan, 1412 sayılı Yasa’nın halen yürürlükte bulunan ve temyiz yasa yolunu düzenleyen 305. maddesinin ilk fıkrası; *“Ceza mahkemelerinden verilen hükümler temyiz olunabilir.....”* şeklinde başlamaktadır. Maddenin 1. bendinde ise *“İkimilyar liraya kadar (ikimilyar dahil) para cezalarına dair olan hükümler.....temyiz olunamaz.”* hükmü yer almaktadır.

Dolayısıyla, buradan çıkan sonuca göre;

Bir kararın temyiz edilebilmesi için, o kararın *“hüküm”* niteliğini taşıması gerekmektedir. Hangi kararların hüküm sayılacağı ise 1412 sayılı Yasa’nın 253. ve 5271 sayılı Yasa’nın 223. maddelerinde sayılmıştır. 1412 sayılı Yasa’nın 253. maddesine göre sanığın beraatına veya mahkumiyetine ilişkin kararlarla, davanın reddine, durmasına ve düşmesine dair kararlar hükümdür. 5271 sayılı Yasa’nın 223. maddesinde de; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararları-

nın hüküm oldukları belirtildikten sonra, adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararının da kanun yolu bakımından hüküm sayılacağı ifade edilmiştir.

Bir suç nedeniyle verilen karar içerisinde yer alan cezalardan her biri ayrı bir hükmü oluşturmayıp, bu cezaların tamamı tek bir hükmü meydana getirmektedir. Bu nedenle de; çeşitli nedenlerle hükmün içerisinde birden fazla “cezanın” bulunduğu hallerde, temyiz sınırının belirlenmesi açısından cezaların her birinin miktarına değil, toplam ceza miktarına bakılması gerekir. Buna karşılık, aynı kararın içerisinde birden çok hükmün bulunması halinde, temyiz sınırı her hüküm için diğerinden bağımsız olarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

5275 sayılı İnfaz Yasası'nın 99. maddesindeki düzenleme ise “birden fazla hükümdeki cezaların” temyiz yasa yoluna başvurma sınırı ile ilgili olarak değil, fakat infaz işlemleri ile ilgili olarak toplanması ya da toplanamamasına ilişkindir.

Diğer taraftan; “temyiz yasa yoluna başvurma” kişiye tanınmış bir hak olduğuna göre, bu hakkın daraltılması yorum yoluyla değil, ancak açık bir yasal bir düzenleme ile sağlanabilir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul üyelerinden M. M. Kaya;“Sanık S. B. hakkında 6831 sayılı Orman Yasası'nın 91. maddesinin 5. fıkrası uyarınca 1 ay hapis 450 YTL adli para cezası ile cezalandırılmasına, cezanın 6831 sayılı Yasanın 91/son fıkrası uyarınca iki misli arttırılarak, 3 ay hapis ve 1350 YTL adli para cezasına çıkarılmasına, 5237 sayılı Yasanın 62. maddesi uyarınca 1/6 oranında indirim uygulanarak 2 ay 15 gün hapis ve 1125 YTL adli para cezasına indirilmesine, başkaca artırım ve indirim maddelerinin uygulanmasına yer olmadığına,

5237 sayılı Yasa'nın 52/2 maddesi uyarınca günlüğü 20 YTL den olmak üzere 1500 YTL adli para cezasına çevrilmesine karar verilmiştir.(Mahkeme burada,5237 sayılı Yasada cezaların toplanması kuralı bulunmadığından, sanık hakkında tek suçtan verilen 1500 ve 1125 YTL adli para cezalarını, toplamamış, bağımsız birer ceza olarak bırakmıştır.)

Yapılan temyiz üzerine, Dairemiz yaptığı inceleme sonucunda, sanığa hükmedilen 1500 ve 1125 YTL adli para cezalarının tek başlarına 2000 YTL'nin altında bulunduğunu, 5237 sayılı Yasa'da cezaların toplanması kuralının bulunmaması nedeni ile temyiz isteklerinin reddine karar vermiştir.

C.Başsavcılığı ile Dairemiz arasındaki anlaşmazlık, sanığa hükmedilen bir birinden farklı, bu iki ayrı cezaların toplanıp toplanamayacağı, dolayısıyla

hükmün temyizinin kabil olup olamayacağı sorunundan ibarettir.

A- Suç vasfı yönünden:

Üst C.Savcısının suç vasfına yönelik temyiz itirazları, Yargıtay C. Başsavcılığının itirazı kapsamı dışında kaldığı gibi, Dairemiz uygulamalarına göre, emvali kendi kullanımı için, yükleyip nakleden sanığın eylemi 91/5 maddeye uymaktadır.

Yüksek 3. CD 16.11.1994 tarihli kararı bu doğrultudadır. 7211-10546

Suç tespit tutanağı içeriği, imzacı tanık beyanları ve aksi sabit olmayan samimi ikrara göre suç konusu emvali kendi kullanımı için ormandan yükleyip nakleden sanığın eyleminin yasanın 91/5-son maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden,yazılı şekilde 108/1.madde ile hüküm kurulması... şeklinde bozmaya karar verilmektedir. Bu nedenle suç vasfına ilişkin talep tebliğnamedeki düşünce gibi yerinde görülmemektedir.

B- Hükmün temyizi kabil olup olamayacağı sorununa gelince;

Aradaki bu anlaşmazlığı çözebilmemiz için, beş konuyu açıklığa kavuşturmamız gerekmektedir.

1- 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesi ile 5237 sayılı Yasa'nın 50. maddesinin 5. fıkrası arasındaki farkın tespit edilmesidir.

Olaya, 765 sayılı Yasa'yı uygulayıp, verilen hapis cezasına da 647 sayılı Yasa'nın, 4. fıkrasını uyguladığımızda, tayin edilen adli para cezaları miktarı, ne olursa olsun, temyiz edilmesi halinde, bu adli para cezalarının temyizi kabil olmaktadır. Bunun gerekçesi 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde mevcuttur. Ve şu şekildedir.

"Uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir. Bu hükmün uygulanması kanun yollarına başvurmada engel teşkil etmez."

Bunun aksine,5237 sayılı Yasa'nın 50. maddesinin 5. fıkrasında bu maddenin karşılığı aynen şöyledir. "Uygulamada asıl mahkûmiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir."

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı gibi 647 sayılı Yasa'nın 4. maddesi gereğince, hapis cezası, paraya çevrilirse, kanun yollarına başvurmaya engel teşkil etmemektedir. 5237 sayılı Yasa'da ise, hapis cezası, paraya çevrilirse, kanun yollarına başvurmakta engel teşkil etmekte ve CMUK'nun 305. maddesi yürürlüğe girmektedir.

Her iki yasa arasındaki fark bu şekilde ortaya çıkmaktadır. Bizim olayda

5237 sayılı Yasanın 50. maddesi uygulandığından hapisten çevrilen adli para cezasının miktarının CMUK'nun 305.maddesi gereğince 2000 YTL'den fazla olması gerekmektedir. Her iki adli para cezası miktarları ise 1500 ve 1125 YTL den ibarettir. Bu iki ceza toplanabilirse temyiz yolu kabildir. Toplanması mümkün değilse, temyizi de kabil değildir. Temyiz yolu farkını bu şekilde açıkladıktan sonra, tek suçtan oluşan iki ayrı cezanın toplanıp, toplanamayacağı sorununun çözmemiz gerekmektedir.

2- Suç ve cezaların içtimalı:

İçtimalın sözlük anlamı, toplama, kaynaştırma, bir araya getirme, biriktirme anlamındadır. İki çeşit içtima kuralı bulunmaktadır. Biri suçların içtimalı, diğeri cezaların içtimalıdır.

Suçların içtimalı:

a- Birleşik suç: Birkaç suçun tek bir suçta birleşmesidir. Örneğin: Failin, mağdurun evine girip, silahla parasını alması halinde, birkaç suç birleşip, nitelikli yağma suçu oluşur.

b- Zincirleme suç: Aynı suçun, değişik zamanlarda, aynı mağdura karşı veya aynı suçun, birden fazla mağdura karşı tek bir fiille işlenmesi halinde zincirleme suç oluşur ve bu suçun cezası arttırılır. Örneğin: Tek bir sözle birkaç kişiye hakaret edilmesi.

c- Fikri İçtima: Failin, işlediği bir fiil ile, bir birinden farklı, en az iki suçun oluşmasına sebebiyet vermesi halinde; bunlardan, en ağır cezayı gerektiren ceza ile cezalandırılır. Örneğin: sanık A'nın , B yi yaralamak için attığı taşın, evin camını kırması gibi.

Cezaların içtimalı:

Failin, tek suçtan veya üç dört suçtan oluşan aynı cins cezalarının toplanması, tek bir ceza haline getirilmesi anlamındadır. Bu konu 5237 sayılı Kanunda düzenlenmemiştir.

Mahkeme kararı kesinleşinceye kadar, tek bir suçtan da oluşan, birden fazla aynı tip cezaların, toplanamayacağı kuralı, 5237 sayılı Yasanın temel kurallarından biridir. Bu kurala göre, aynı cezalar, karar kesinleşip, infaza gidinceye kadar, bir biriyle toplanamaz, bölünemez, çıkarılamaz ve kaynaştırılamaz. Her ceza bağımsızlığını, bireyselliğini muhafaza eder. Bu kural 5237 sayılı Yasa'nın temel kurallarından biridir.

Karar kesinleşip, infaz aşamasına geçildikten sonra, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa'nın 99. maddesi gereğince, koşullu salıverme hükümlerinin uygulanabilmesi için, bir toplama cihetine gidilebilir.

765 sayılı Yasa'da hem suçların içtimai, hem de cezaların içtimai bulunduğu halde, 5237 sayılı Yasa'da ise, sadece suçların içtimai düzenlenmiştir. Cezaların içtimai bu yasada düzenlenmemiştir. Örneğin 765 sayılı Yasa'nın 68. maddesinden 77. maddesine kadar olan bölüm cezaların toplanmasını düzenlemekte, 78, 79 ve 80. maddeler ise suçların içtimainı düzenlemektedir.

5237 sayılı Yasa'nın 42, 43 ve 44. maddeleri suçların içtimainı düzenlediği halde, cezaların içtimainı düzenleyen bir madde bulunmamaktadır. 765 sayılı Yasa'nın 68. maddesinden 77. maddesine kadar olan bölümün karşılığı, 5237 sayılı Yasa'da bulunmamaktadır.

Bu açıklamalardan anlaşıldığı gibi, sanığın, iki suçuna karşılık, iki aynı tip ceza verildiği takdirde, bu iki aynı tip cezanın toplanması, 765 sayılı Yasa yönünden, her zaman toplanması mümkün iken, 5237 sayılı Yasa'da bu iki, aynı tip cezanın, toplanması mümkün değildir. Ancak, hüküm kesinleştikten sonra, Cezaların İnfazı Hakkında Yasa'nın 99. maddesi gereğince cezaların toplanması mümkündür.

Aynı şekilde, sanığın tek bir suçundan (iki hapis cezası gibi) aynı tip iki ceza alması mümkün değildir. Tek bir suçtan aldığı cezaların, aynı tip değil, iki farklı tip ceza alması gerekmektedir. Örneğin, sanığın, hapisten çevrilen adli para cezası ile doğrudan adli para cezası alması halinde, bu iki adli para cezasının toplanması mümkün değildir.

Kasım 2007 tarihli Yargıtay Kararlar Dergisi'nde yayınlanan, Yüksek 8. CD 16.04.2007 tarih 2006-5966 esas, 2007-3108 sayılı kararı aynen şöyledir.

Kısa süreli, hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen, adli para cezaları ile doğrudan tayin edilen adli para cezalarının, infazı ve sonuçları farklı olduğundan, toplanarak karar verilemez.

Yüksek 8. Ceza Dairesi'nin, bozma gerekçesi çok uzun olduğundan, kısaca şu şekilde özetleyebiliriz.

Yüksek Daire, tek bir suçtan verilen iki adet adli para cezalarının, toplanamayacağı, hususundaki gerekçesini iki nedene dayandırmaktadır. Birincisi: 5237 sayılı Yasa'da cezaların içtimai kuralının bulunmaması. İkincisi ise: Cezaların infaz şekillerinin farklı oluşuna bağlamaktadır.

Birincisi: 5237 sayılı Yasa'da cezaların toplanamaması kuralını gerekçe olarak göstermekte,

İkincisi İse: hapisten çevrilen adli para cezalarının infazda ödenmemesi halinde, mahkemece tekrar hapse çevrilip, şartla tahliye ve ayda 6 gün indi-

rimlerinin sanığa uygulanması gerektiğini.

Doğrudan verilen para cezalarının infazda ödenmemesi halinde ise, savcılıkça, para hapse çevrileceği, ancak şartla tahliye ve ayda 6 gün indirimlerinden yararlanamayacağı, adli para cezaların infazı arasındaki bu farklılıkların bulunması nedeniyle, toplanarak karar verilemeyeceğine karar verilmiştir.

Karar özetinden de anlaşıldığı gibi, tek bir suçtan verilip hapisten çevrilen adli para cezaları ile doğrudan verilen para cezalarının toplanamayacağı anlaşılmıştır.

3- 5739 sayılı Yasa'nın getirdiği değişiklikler:

Adli para cezalarının infazlarının, farklı olması ve adliyelerde sorunlar yaratması nedeniyle 01.03.2008 tarihinde 5739 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten sonra, her iki para cezalarının infaz şekli aynı usule bağlandı. Ancak; olayın suç tarihinin 05.10.2005 olması ve sanığın temyiz dilekçesini, Ocak 2006 tarihinde vermesi ve o tarihteki usul kanunları olaya uygulanacağından, bu kanun değişikliğinin olayımızla bir alakası bulunmamaktadır.

5739 sayılı Yasa 01.03.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten sonra işlenen suçlara, sadece infaz uygulaması yönünden etkili olabilir. Bizim olayın suç tarihinde ve temyiz incelemesi sırasında 5739 sayılı Yasa yürürlükte olmadığından, bu Yasanın olayımıza uygulanması mümkün değildir. Para cezalarının infazı sırasında da, şartla tahliye koşullarının uygulanması söz konusu olacağından, 5237 sayılı Yasa'nın 7/3.maddesi gereğince, eski uygulamanın yapılması gerekmektedir.

4- Temyiz yolu aşaması;

Temyiz yolu aşamasında, suçla olan alakamız sona ermekte, sanığa verilen cezalar önümüze çıkmaktadır. Temyiz yoluna başvurabiliyoruz için, suça değil verilen ceza miktarına bakmamız gerekmektedir. Verilen bu cezalardan biri 1500 diğeri 1125 YTL'den ibarettir. Kesinleşmeden evvel ve kesinleşmeden sonra cezaların toplanmasına yasal olanak bulunmamaktadır.

Karar kesinleştikten sonra, bu adli para cezalarından her biri tek başına bir ilam olup, ayrı ayrı infaza gitmekte ve infaz olduktan sonra ayrı ayrı adli sicile gidip, ayrı ayrı iki ceza olarak kaydedilmektedir. İkisi toplandıktan sonra birlikte tek bir ilam haline dönüşüp birlikte infaza gönderilmesi mümkün değildir. Böyle bir durum cezaların içtimaı kuralına ters düşmektedir.

Tüm yasalar yazılıdır. 5237 sayılı Yasa'da yazılı bulunmayan, toplama kuralını, yıllarca uyguladığımız 765 sayılı Yasa'nın etkisinde kalarak, yazılı bir toplama yapamayıp, aklımızdan toplama yapmamızda mümkün değildir.

Tek bir suçtan verilen cezalar toplanmadan teker teker ele alınmalı, o suçtan verilen bir ceza tek başına suçu temyiz getirebiliyorsa, o suçla ilgili diğer cezalarda temyiz kapsamına dahil olmalıdır. Örneğin, hapisten çevrilen adli para cezası 2100 YTL ise temyiz kabiliyeti bulunduğundan, o suçla ilgili doğrudan verilen diğer ceza 450 YTL de olsa temyiz kapsamına dahil olacağı açıktır.

5- Cezalardaki toplamama kuralının ertelemeye etkisi:

765 sayılı Yasanın süreklilik kazanan içtihatlarına göre, birden fazla suçtan dolayı ayrı ayrı verilen ve tek tek ele alındığında ertelemeye elverişli olan, ancak cezaları toplandığı anda, 2 yıllık erteleme haddini aşan birden fazla suçlar hakkında erteleme kuralı uygulanmamakta idi. Cezaların içtımai kuralı mevcut bulunduğundan, cezalar toplandığında iki yıllık erteleme sınırını aştığından dolayı erteleme talebi ret edilmekteydi.

5237 sayılı Yasa'da cezaların toplanması kuralı kalktığından, sanığa tek tek verilen cezalar, her biri iki yılın altında ise, beş adet suç da olsa, her biri, iki yılın altında ise, her suç tek başına ele alınıp. Tüm suçları erteleme sınırını aşsa bile cezada toplama kuralı bulunmadığından bu husus dikkate alınmayıp tüm suçlar ertelenebilir. Olarak kabul edilmiştir.

YCGK'nın 10.04.2007 tarih 63-87 sayılı kararı aynen şöyledir.

5237 sayılı Yasada cezaların içtımainın bir kurum olarak düzenlenmediği, her suçun tek başına bağımsız olarak ele alınmasının gerektiği, buna göre; 5237 sayılı Yasa uyarınca tertip edilen cezalarla ilgili olarak Yasanın 51. maddesinde yazılı erteleme koşullarının oluşup oluşmadığı değerlendirilirken; sanığa verilen tüm cezaların toplamına değil, her bir suç için belirlenmiş cezalara ayrı ayrı bakılmalı ve erteleme keyfiyeti her suç için diğerlerinden bağımsız olarak takdir edilmelidir.

Bu karar bize şunu anlatmaya çalışmaktadır. Cezaların içtımai kuralının ortadan kalkması ile ertelenebilen birden fazla cezaların toplanmasından vazgeçilip, her ceza tek başına ele alınıp, iki yıllık cezayı aşır aşmadığına bakıldığına göre, temyiz yolu aşamasında da cezaların toplanmasından vazgeçilip her cezanın 2000 YTL'yi aşır aşmadığına bakmakla yetinmelidir.

Sonuç:

a- 5237 sayılı Yasa'da cezaları toplama kuralının mevcut bulunmadığı,

b- Tek suç sonucunda, hürriyeti bağlayıcı cezadan çevrilen, adli para cezası ile doğrudan tayin edilen adli para cezalarının, suç tarihi itibarı ile infaz ve sonuçları farklı olduğundan, toplanmasının mümkün bulunmadığı

c- Tüm yasalar yazılıdır. Aklımızdan toplama yapmamız mümkün değildir.

d- Sürekli sanığın menfaati ileri sürülerek, genel kurallar çiğnenip, Yüce Yargıtay'ın yükünün hafifletilmesi için istinaf mahkemeleri kurulurken, yükü daha da ağırlaştırılarak, görevini yapamaz hale sokulması, nedeniyle itirazın yerinde olmayıp, reddi gerektiği görüşünde olduğumdan, sayın çoğunluğun görüşüne katılmamaktayım." şeklinde,

Diğer bir kısım Genel Kurul üyesi ise; "temyiz sınırının belirlenmesinde, bir hüküm içinde yer alsalar bile tüm cezaların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğinden bahisle itirazın reddi" yönünde karşıoy kullanmışlardır.

Şu halde, somut olayda tek suç için verilen hükümde yer alan toplam para cezası miktarı 2625 YTL olduğundan, hükmün 1412 sayılı CMUK'nun 305. maddesi uyarınca temyiz kabiliyeti bulunmaktadır.

Bu itibarla; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne ve yerinde görülmeyen Özel Daire kararının kaldırılarak, dosyanın temyiz incelemesi yapılması için Yargıtay 3. Ceza Dairesi'ne gönderilmesine karar verilmelidir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**T. 21.03.2007****E. 2007/10-169****K. 2007/162***** Ödeme emrinin iptali***** İşyeri devri**(506 sayılı Sosyal Sigortalar K.
m. 82)

Taraflar arasındaki “ödeme emrinin iptali” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin İş Mahkemesi’nce davanın reddine dair verilen 13.10.2005 gün ve 771-933 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 13.6.2006 gün ve 1147-8969 sayılı ilamı ile,

“Dava, otel işyerinin davacı tarafından işletilmeye başlanmasının 506 sayılı Kanun 82. madde anlamında işyeri devrini içermediği gerekçesi ile, anılan işyerinin önceki işletenine ait borçlarından kaynaklanan ödeme emrinin iptaline ilişkin olup, mahkemece; işyerinin 506 sayılı Kanun’un 82. maddesi anlamında, devredildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından otel işyerinin 506 sayılı Kanun’un 82. maddesi anlamında devralınması yoluyla işletildiğinin ve bundan dolayı davacının işyerine ait prim borçlarından sorumlu olduğunun kabulünde isabetsizlik yok ise de; önceki işverene ait işyeri sicil numarası üzerinden çıkarılan dava konusu ödeme emrine konu prim borçlarının; otel işyerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve dolayısıyla davacının bu borçtan sorumlu olup olmadığı konusunda yapılan araştırma hüküm kurmaya yeterli değildir. Öncelikle, 8049 ve 42898 sicil numaralı işyerlerine ait işyeri sicil dosyaları celp edilerek; dava konusu ödeme emrine konu prim ve işsizlik sigortası prim borçlarının, hangi sigortaluların hangi işyerinde ve işverene bağlı olarak çalışmalarından kaynaklandığı, dava dışı M. Turistik Tesisleri AŞ’nin 15.05.2003 tarihinden sonra otel işyerinde çalışanı bulunup bulunmadığı, bu şirketin 8049 sicil numarası ile işçilik bildirimine devam edip etmediği, ediyorsa bu bildirim şirketin hangi faaliyetinden kaynaklandığı, yine ödeme emrine konu prim borçlarının, devir öncesi ve sonrasına ilişkin borçları kapsamaları nedeniyle, davacı tarafından iptalleri için dava açılan önceki takiplere konu olup olmadığı hususları araştırılmadan, eksik araştırma ve inceleme ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı T. Gıda İnşaat AŞ vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.”

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden ya-

pılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı şirket, dava dilekçesinde ve aşamalarda, otel işyerini devraldıkları Mersin Turistik AŞ'nin, faaliyetini halen başka bir adreste devam ettirmekte olup, anılan şirketin buna ilişkin borçlarından da kendilerinin sorumlu tutulmak istendiğini, oysa devir tarihinden itibaren, devir alınan işyeri ile ilgili tüm SSK borçlarının gününde ödendiği ve devredilen otel işyerinden dolayı borçlarının bulunmadığını belirtmektedir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca; sigortalıların çalıştırıldığı işyeri devredilir veya intikal ederse, eski işverenin kuruma olan sigorta primi ile gecikme zammı ve faiz borçlarından, aynı zamanda yeni işveren de müteselsilen sorumludur.

İşyerinin devir ve intikalinden dolayı yeni işverenin eski işverenle birlikte teselsül hükümleri uyarınca sorumlu tutulmasının amacı, eski işverenin prim ve ferilerinden dolayı Kuruma olan borçlarının güvence altına alınmasını sağlamaktır. İşyeri devri nedeniyle, devirden önceki sigortalıların sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan hak ve yükümlülükleri olduğu gibi yeni işverene geçmektedir.

İşyerinin devrinden sonra, sosyal sigorta mevzuatından doğan yükümlülükler devir alan işverenin şahsında doğacaktır.

Ödeme emrine konu borçlar, devir öncesi ile birlikte sonrasını da kapsamaktadır. Devir öncesine ait borçlardan, devir alan davacı şirketin sorumlu olacağı belirtilerek verilen yargı kararlarının da kesinleştiği görülmektedir.

Tüm bu maddi ve yasal olgular karşısında; ödeme emrine konu borçların, hangi işyerinde çalışan sigortalılardan kaynaklandığının araştırılması, devirden sonraki borçların ödenmiş olduğu iddiası karşısında, buna ilişkin belgelerin incelenmesinde yasal zorunluluk bulunmaktadır.

Dosya içeriğindeki bilgi ve belgelerden, anılan yönde bir değerlendirme yapılabileceği mümkün bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan maddi ve yasal olgular dikkate alındığında, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 18.04.2007

E. 2007/5-209

K. 2007/219

* Kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil

(4650 sayılı Kanunla değişik

2942 sayılı Kamulaştırma K. m.10)

Taraflar arasındaki "Kamulaştırma Bedelinin Tespiti-Tescil" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Gebze 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 11.09.2003 gün ve 2002/703 E- 578 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 14.06.2004 gün ve 2004/4954-6770 sayılı ilamı ile (...Dava, 4650 sayılı Kanun'la değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca kamulaştırılmasına karar verilen taşınmaz bedelinin tespiti ile taşınmazın tapusunun iptali, yol olarak tapudan terkinin istemine ilişkindir.

Mahkemece, taşınmaz arsa vasfında kabul edilerek karar verilmiş, hüküm davacı idare vekilince temyiz edilmiştir.

1- Bir taşınmazın arsa sayılabilmesi için değerlendirme tarihinde belediye imar planı içinde olması, değilse belediye veya mücavir alan sınırları dahilinde bulunması ve ayrıca belediye hizmetlerinden yararlanması ve etrafının da meskun olması gerekir. Gebze Belediye Başkanlığı'ndan gelen cevabî yazıda taşınmazın belediye sınırları dışında kaldığı belirtilmiştir. Yukarıda açıklandığı şekilde Belediye İmar Müdürlüğü'nden belirtilen hususlar araştırılarak,

2- Diğer taraftan Kocaeli Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nün cevabî yazısında dava konusu taşınmazın 1/25000 ölçekli Gebze yakın çevre düzeni nazım imar planı içerisinde mevcut sanayi ve depolama alanında kaldığı belirtilmiştir. Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nce taşınmazın bulunduğu bölgede 1/1000'lik plan yapıp yapılmadığı, yapılmışsa Bayındırlık ve İskan Müdürlüğü'nce yapılan ve Valilikçe

onanan imar planının fiilen uygulanıp uygulanmadığı, uygulanmışsa uygulama sonucu oluşan parsellerin imar parselleri olarak tapuya işlenip işlenmediği araştırılarak,

Sonucuna göre taşınmazın arazi vasfında mı? arsa vasfında mı? Olduğu belirlenip ona göre değerinin tespit edilmesi gerekirken eksik inceleme ile arsa vasfında kabul edilerek hüküm kurulması,

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, 4650 sayılı Kanunla değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca açılmış kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davasıdır.

Davacı, dava konusu Tavşanlı Köyü, 973, 974, 975 parsel numaralı taşınmazların idarelerince kamulaştırıldığını, bedelde uzlaşmaya Yarılamadığını beyan ederek, kamulaştırma bedelinin tespitine ve tapu sicil kaydının yol olarak terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece; taşınmazların niteliğini arsa olarak saptayan bilirkişi raporlarına itibar edilerek, bilirkişilerce saptanan değer üzerinden davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel Dairece, yukarıda açıklanan nedenlerle araştırmaya yönelik bozmaya sevk edilmiş, mahkemece ilk hükümde direnilmiştir.

Gerek yargılama sırasında, gerekse bozma öncesinde yapılan Özel Dairenin geri çevirme kararı üzerine, araştırılması istenen hususlar araştırılmış ve konu ile ilgili gerekli cevaplar alınmıştır.

Öte taraftan, dava konusu taşınmazın bulunduğu Tavşanlı Köyü'nde olan ve bu taşınmaza emsal niteliğinde bulunan ve çok yakınında komşu konumunda olduğu saptanan 923, 924, 925, 926, 927 numaralı parseller ile 2423, 983 ve 2408 numaralı parsellerin niteliğinin arsa olarak yargısal kararlarla belirlenerek kesinleştiği anlaşılmıştır.

Hal böyle olunca, gerek mahkemece yapılan araştırma ve gerekse emsal parsellere ilişkin olarak verilen kesinleşmiş kararlar nazara alındığında ve özellikle somut olayın niteliğine göre davaya konu parsellerin vasfının arsa olarak belirlenmesi yönündeki mahkemenin direnme hükmü yerindedir. Ne var ki, mahkemece hükmedilen kamulaştırma bedeline yönelik olarak davacı tarafından ileri sürülen temyiz sebeplerinin incelenmesi için dosyanın Özel Dairesi'ne gönderilmesi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkemece taşınmazın niteliğini belirlenmesine ilişkin kararı yerinde olmakla birlikte, hükmedilen kamulaştırma bedelinin miktarı yönünden davacı vekilince ileri sürülen temyiz nedenlerinin incelenmesi için dosyanın Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, 18.04.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 04.04.2007

E. 2007/11-104

K. 2007/180

* Rücuan tazminat

* Tehlike sorumluluğuna
katlanma ilkesi

(6762 sayılı TTK m. 1301)

Taraflar arasındaki "*rücuan tazminat*" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Balıkesir Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 27.12.2004 gün ve 2003/652-2004/1013 sayılı kararın incelenmesi Davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 10.04.2006 gün ve 2006/3924-3876 sayılı ilamı ile (...Davacı sigortacının, TTK'nın 1301. maddesi hükmüne dayalı olarak, davalılar aleyhine açtığı rücu davası sonucunda mahkemece, davanın reddine dair tesis edilen hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminatın rücuen tahsili istemine ilişkindir. Uyuşmazlık, kırmızı ışık ihlali yapan aracın, davacıya kasko sigortalı araç mı, yoksa davalıların maliki, sürücüsü ve sigortacısı olduğu aracın mı dolayısıyla, kusurun hangi tarafta olduğu noktasında toplanmaktadır.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre, işletenlerden hangisinin

kusurlu olduğu kesin olarak tespit edilemiyorsa, tehlike sorumluluğuna katlanma ilkesi uyarınca, zararın işletme tehlikeleri doğrultusunda, tehlikeler eşit varsayıldığında zarar ilke olarak yarı yarıya paylaşılır.

Somut olayda, trafik kaza tespit tutanağında davalılardan sürücü U.A.E'nin kırmızı ışıkta geçtiği belirtilmiş, tespit raporunda ise davacı şirkete sigortalı araç sürücüsünün kırmızı ışık ihlali hareketle tam kusurlu olduğu sonucuna varılmış, yargılama aşamasında alınan raporda ise hangi aracın kırmızı ışık ihlali yaptığı kesin olarak belirlenip aydınlığa kavuşturulamamış, bu nedenle kırmızı ışık ihlali yapan aracın tam kusurlu olacağı sonucuna varılmış, mahkemece, trafik kaza tespit tutanağında tam aksinin tespit edilmiş olmasına rağmen kırmızı ışık ihlali yapan sürücünün davacıya sigortalı araç sürücüsü olduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm tesis edilmiştir.

Bu durumda, mahkemece, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, tehlikelerin eşit olmadığı kesin olarak ortaya konamayacağından, tehlikeler eşit kabul edilerek % 50 kusur oranına göre hüküm tesis edilmek gerekirken kaza tespit tutanağı dahi göz ardı edilerek yazılı şekilde 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, Türk Ticaret Kanunu'nun 1301. maddesine dayalı kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminatın rücuen tazmini istemine ilişkindir.

Davacı A. Anonim Türk Sigorta AŞ tarafından kasko sigortası ile sigortalanan Y. G.'in mülkiyetinde ve kaza sırasında da H.A.'nın da yönetiminde bulunan 34 TV 3390 plakalı oto ile, davalılardan K. Sigorta AŞ tarafından ZMSS ile sigortalanan, S. K.'nin mülkiyetinde ve U. A. E.'in yönetimindeki 10 KY 751 plakalı kamyonetin 15.02.2002 tarihinde saat 12.30 civarında çarpışmaları sonucu maddi hasarlı ve yaralamalı trafik kazası meydana gelmiş; kaza sonucunda Davacı sigorta şirketi 34 TV 3390 plakalı otda oluşan zarara karşılık sigortalısına ibrana-

me karşılığı 06/05/2002 tarihinde 6.809.000.000 TL ödeyerek TTK'nın 1301. maddesine dayanarak sigortalısının haklarına halef olduğunu ifadeyle ve kazanın oluşumunda davalı tarafın %100 kusurlu olduğu iddiasıyla eldeki davayı açmıştır.

Davacı vekili 27.12.2004 tarihli celsede Cumhuriyet Savcılığı'nca yapılmış hazırlık soruşturması bulunup bulunmadığının araştırılmasını, dava açılmışsa sonucunun beklenmesini istemiştir.

Davalılardan gerçek kişi S.K. 13.10.2003 havale tarihli cevap dilekçesi ile 10 KY 751 plaka sayılı aracın işleteni olmadığını haksız fiil tarihinden dört yıl önce aracı gerçek kişi davalı U.A.E.'ye satıp fiilen aracı kendisine teslim ettiğini, kendisine husumet tevcih edilemeyeceğini, %100 kusuru kabul etmediğini, bilirkişi incelemesi istediğini, ayrıca istenilen tazminatın fahiş olduğunu ve hukuki dayanaktan yoksun davanın reddini savunmuştur.

Davalılardan U.A.E.vekili 07.07.2004 tarihli cevap dilekçesinde; davanın hukuki dayanaktan yoksun ve maddi gerçekten uzak olup müvekkilinin % 100 oranında kusurlu olduğu iddiasının doğru olmadığını, davacının iddialarının gerçekle uzaktan yakından alakasının bulunmadığını müvekkilinin haklılığını ortaya koyacak davacı iddialarını çürütecek kanıtın olaydan sonra müvekkil tarafından Balıkesir 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2002/64-43 Müteferrik sayılı dosyasında yaptırılmış tespit sonucu alınmış bilirkişi raporu olduğunu, haksız ve hukuki dayanaktan yoksun davanın reddini savunmuştur.

Diğer davalı sigorta şirketine yapılan tebligata rağmen sigorta temsilcisi veya vekili tarafından dava takip edilmediği gibi davaya yazılı bir yanıt da verilmemiş olmakla bu davalının yokluğunda davaya devam olunarak sonuçlandırılmıştır.

Mahkemece; taraf delilleri toplanmış, davalı tarafça yaptırılan delil tespiti dosyası da getirtilerek, tanıklar dinlenmiş; keşif ve bilirkişi incelemesi de yaptırıldıktan sonra alınan bilirkişi raporu da dayanak gösterilerek, dava dayanağı olan trafik kazasında kırmızı ışık ihlali yapmak suretiyle tam kusurlu olan tarafın davacı sigorta şirketine sigortalı 34 TV 3390 plakalı araç olduğunun tereddütsüzce tespit edildiğinden bahisle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine Yüksek Özel Dairece; somut olayda trafik kaza tutanağında davalılardan sürücü U.A.E.'nin kırmızı ışıkta geçtiğinin belirtilip, tespit raporunda ise davacı şirkete sigortalı

araç sürücüsünün kırmızı ışık ihlalinden hareketle tam kusurlu olduğu sonucuna varıldığı, yargılama aşamasında alınan raporda ise hangi aracın kırmızı ışık ihlali yaptığı kesin olarak belirlenip aydınlığa kavuşturulmadığı, bu nedenle kırmızı ışık ihlali yapan aracın tam kusurlu olacağı sonucuna varıldığı mahkemece, trafik kaza tespit tutanağında tam aksinin tespit edilmiş olmasına rağmen kırmızı ışık ihlali yapan sürücünün davacıya sigortalı araç sürücüsü olduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm tesis edildiği; bu durumda, mahkemece, tehlikelerin eşit olmadığı kesin olarak ortaya konamayacağından, tehlikeler eşit kabul edilerek % 50 kusur oranına göre hüküm tesis edilmek gerekirken kaza tespit tutanağı dahi göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesinin doğru görülmediği gerekçesiyle karar davacı yararına bozulmuştur.

Mahkemenin direnmeye yönelik kararını davacı vekili temyize getirmektedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dava dayanağı trafik kazasının meydana gelmesinde sürücülerden hangisinin kusurlu olduğunun kesin olarak tespit edilip edilmediği; eş söyleyişle, kırmızı ışık ihlali yapan araç sürücüsünün, davacıya kasko sigortalı aracın sürücüsü mü, yoksa davalı malike ait diğer davalı sigorta şirketine sigortalı aracın davalı sürücüsü mü olduğunun belirgin olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

İlkin belirtilmelidir ki, öğretisi ve uygulamada kabul edilen görüşe göre, işletenlerden hangisinin kusurlu olduğunun kesin olarak tespit edilemediği durumda, tehlike sorumluluğuna katılma ilkesi uyarınca, zararın işletme tehlikeleri doğrultusunda, tehlikeler eşit varsayıldığından zarar ilke olarak yar yarıya paylaşılır.

Ne var ki, bu kuralın uygulanabilmesi için, gerekli araştırma ve incelemelerin yeterli biçimde yapılmasına karşın işletenlerden hangisinin kusurlu olduğunun tespit edilememiş olması koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir.

Eş söyleyişle, işletenlerden hangisinin kusurlu olduğu yeterli araştırma yapılmasına karşın kesin biçimde tespit edilememişse tehlikeler eşit varsayılarak zararın yar yarıya paylaşılması söz konusu olabilecektir.

Somut olayda ise, mahkemece yapılan inceleme ve araştırma hükme varmaya yeterli olmayıp, bu eksik inceleme nedeni ile işletenler

yönünden tehlikelerin bu aşamada eşit varsayılarak zararın yarı yarıya paylaşılması olanağı bulunmamaktadır.

Dosyada delil olarak bulunan 15.02.2002 tarihli kaza tespit tutanağı ile kazadan 13 gün sonra yaptırılan tespit sonucu verilen bilirkişi raporundaki değerlendirmeler çelişkili olup, bu çelişki mahkemece alınan bilirkişi raporunda da vurgulanmıştır. Bu çelişkiler giderilmediği gibi, zabıt mümzii polis tanıklar ve araçlarda yolcu olarak bulunup ta tanıklıklarına başvurulabilecek görgü tanıkları dinlenmemiş; kazanın yaralamalı olması ve dinlenen tanıklardan M.A.T.'nin sürücü davalıyı hastaneye götürdüğüne ilişkin beyanı dikkate alınmadığı, hastane kayıtlarından bu husus araştırılmadığı gibi olayla ilgili cezai takibat yapıp yapılmadığı ve sonuçta ceza davası açılıp açılmadığı hususu da açıklığa kavuşturulmamıştır.

Nitekim, davacı vekili de 27.12.2004 tarihli celsede Cumhuriyet Savcılığı'na yapılmış hazırlık soruşturması bulunup bulunmadığının araştırılmasını, dava açılmışsa sonucunun beklenmesini istemiş; Mahkemece bu konuda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemiş; yargılama sonlandırılmıştır.

Mahkemece, hükme esas alınan 31.01.2004 tarihli bilirkişi raporunda da aynı eksiklere işaret edilmiş; raporda aynen; *“Ancak sorun tarafların sunduğu delillerin içeriğinde olup, hangi aracın kırmızı ışık ihlalini yaptığıının belirlenmesindedir. Davacı taraf; kaza anında kaza mahallinde bulunmayan, ancak kaza haberi alındıktan sonra kaza mahalline gelerek tutanak düzenleyen trafik polislerinin düzenlediği “Trafik kazası tespit tutanağı”na dayanırken, davalı taraf tespite ve keşif anında dinlenen tanıklara dayanmaktadır. Öte yandan bu tür yaralamalı trafik kazalarında (ki “trafik kazası tespit tutanağı”nda sürücüler ile birlikte yaralanan diğer yaralıların isimleri de mevcuttur.) Polis ve Savcılık yaralıların ifadelerini almakta ve bu ifadeler savcılık evrakları arasında yer almaktadır. Davalı ve davacı taraf kırmızı ışık ihlalini kimin yaptığına dair mübayaleti giderme çabası doğrultusunda muhtemelen mevcut olan savcılık evraklarını Yüce Mahkemeye sunmamışlardır. Hatta mevcut mübayaleti giderme adına “Trafik kazası tespit tutanağı”nı düzenleyen Trafik görevlilerinin ifadelerine de başvurulabilir. Tarafların Yüce Mahkemeye sunmuş oldukları mevcut delilleri mübayalet teşkil etmekte olup, içerikleri itibariyle hangi aracın kırmızı ışık ihlali yaptığını belirlemek Bilirkişilik sıfatım itibariyle bu aşamada mümkün olmamakla birlikte kusur konusunda kesin olarak belirlenen kazada kırmızı ışık ihlalini yapan araç sürücüsü 8/7 oranında tamamen kusurlu, diğer araç sürücüsü ise kusursuz olduğudur. Dava dosyasında mevcut olan tarafların sunduğu delillerdeki mübayaletin*

giderilmesi açısından bundan sonra Yüce Mahkemenin gerek gördüğü takdirde talep edebileceği veya tarafların sunabileceği delillerin takdir ve müzakeresi Yüce Mahkemeye ait olmak üzere kırmızı ışık ihlalini yapan araç sürücüsünün 8/8 oranında kusurlu olduğu, diğer araç sürücüsünün kusursuz olduğu arz edilir.” ifadelerine yer vermiştir. Görüldüğü üzere, rapor kapsamı da kesin bir kanaat oluşturacak nitelikte olmayıp; görüş bildirilebilmesi için yapılması gereken araştırmalar ortaya konulmuştur.

Karşı tarafın yokluğunda düzenlenen tespit tutanağında gerek tespit isteyen davalı sürücü, gerekse tanıkların beyanlarının tespit tutanağının olaydan 13 gün sonra düzenlenmesi de nazara alınarak, diğer delillerle desteklenmeden tek başına hükme esas alınmaları da olanaklı değildir.

Görüldüğü üzere, araç sürücülerinin kazadaki kusur oranının belirlenmesi açısından mahkemece yeterli araştırma ve inceleme yapılmış değildir. Bu şekliyle ne bir tarafın %100 kusurlu olduğunu ne de kusur belirlenemediğinden bahisle eşit kusurlu olduklarını kabule olanak yoktur..

Mahkemece yapılacak iş; yaralamalı trafik kazası nedeniyle Polis, Cumhuriyet Savcılığı ve Mahkeme kayıtları araştırılarak, bu kayıtlarda yer alan sürücülerin, yaralıların ve olay tanıklarının, zabıt mümzisi polis memurlarının beyanlarının celbi; bu kişilerin mahkemece de dinlenmesi; ceza davası açılmışsa bu davada maddi olgu yönünden yapılacak saptama eldeki hukuk davasına da etkili olacağından gerekirse bekletici sorun kabul edilmesi; ayrıca dinlenen tanıklardan M.A.T.’nin “...Bir kısım araç sürücüleri, sigortalı araç içindekilere yardım ederken ben de davalıyı pikabından çıkarıp ambulansa gelmediği için Balıkesir SSK hastanesine götürüp teslim ettim” şeklindeki beyanı üzerinde de durulup, Balıkesir SSK Hastanesi kayıtlarından bu durum araştırılarak tanığın beyanının buna göre değerlendirilmesi; sonucuna göre bir karar verilmesi olmalıdır.

Tüm bu araştırma ve inceleme yapılmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, yukarıda açıklanan değişik gerekçelerle hükmün bozulması gerekmiştir.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 19.12.2008
E. 2008/359
K. 2008/495

*** Sadece vekaletname
verilmesinin avukatla iş sahibi
arasında bir ücret sözleşmenin
varlığını göstermediği**

(1136 sayılı Av. K. m. 163)

Şikayetçi, Maltepe Belediyesi dış görev personeli olarak çalışmakta iken 16.04.2004 tarihinde iş akdinin feshedildiğini, haklarının alınması için dava açmak üzere şikayetli avukat ve beraber çalışanlara 13.07.2004 tarihinde vekaletname verdiğini, şikayetlinin 1.000,00 TL istediğini, ancak dava açmak için şimdilik masraf olarak 400,00 TL ile evrakları bıraktığını, şikayetlinin devamlı olarak davasının açıldığını, devam ettiğini söyleyerek kendisini oyaladığını, nihayet yaptığı incelemede davasının açılmadığını öğrenerek 28.07.2006'da şikayetliyi azlettiğini, o zaman şikayetlinin kendisinden özür dileyerek davasını en kısa zamanda açacağını bildirip bir kağıt üzerine kendi el yazısı ile azilnameden vazgeçtiğini yazdırıp imzalattığını, ancak 25 gün geçmesine rağmen yine davasının açılmadığını bildirerek cezalandırılmasını istemiştir.

Şikayetli savunmasında, şikayetçinin işten çıkarıldığını, bir kısım işçilik haklarını almak için dava açmak istediğini, masraf ve vekalet ücretine mahsuben 1.000,00 TL istediğini, vekaletnameyi getirdiğini ama parayı getirmediğini, para ve gerekli evraklar verilmezse davayı açmayacağını bildirdiğini, bir ara parası olmadığını avukatın kendi parası ile davasını açmasını ve hatta kendisine de biraz borç vermesini istediğini, bunu kabul etmediğini, daha sonra da vekaletten azledildi-

ğini, ancak buna rağmen bürosuna gelip hata ettiğini, istenen parayı getireceğini bildirdiği halde iki hafta geçmesine rağmen yine parayı getirmediğini ve şikayet dilekçesi geldiğini bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu tanık C.P.'nin ifadesi ile Vakıfbank'a ait belge arasındaki çelişki giderilememiş ise de şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesi nazara alınarak şikayetçinin iddialarının kanıtlanmamış olması nedeniyle disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiş, karara her iki taraf da itiraz etmiştir.

Şikayetli sadece kararın gerekçesine itiraz etmiş, tanık C.P.'nin ifadesi ile Vakıfbank'ın 02.11.2006 tarihli belgesi arasında çelişki olmadığını, dolayısıyla şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesine göre değil, iddianın kanıtlanamaması nedeniyle disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiğini bildirmiştir.

Şikayetçi itirazında, Baro Disiplin Kurulu'nun yanlış tanıkların ifadelerine dayanarak yanlış karar vermiş olduğunu, dosyadaki belgelerin şikayetlinin cezalandırılması için yeterli olduğunu bildirerek, kararın kaldırılmasını ve şikayetlinin cezalandırılmasını istemiştir.

İncelenen dosya kapsamına göre ihtilaf, taraflar arasında şikayetçiye ait iş davası ile ilgili bir avukatlık sözleşmesi olup olmadığı ve var ise bunun gereklerinin yerine getirilip getirilmediğinde düşünülmektedir.

Dinlenen tanıklar, şikayetçinin vekalet verdiğini, davasının hazırlandığını, para ödendiğini görmediklerini ve para ödenmediğinden davasının açılmadığını bildirmişlerdir. Tanıklardan C.P. ifadesinde, şikayetçinin bir ara şikayetliden borç para istediğini bildirmiş, şikayetçi ise o sırada bankada parası olduğunu bildirerek hesap ekstresi sunmuştur.

Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesine göre avukatlık sözleşmesi serbestçe düzenlenir. Avukatlık sözleşmesinin belli bir hukuki yardımı ve meblağı yahut değeri kapsaması gerekir. Yazılı olmayan sözleşmeler genel hükümlere göre ispatlanır. Buna koşut olarak Borçlar Kanunu'nun 1. maddesine göre de bir akit, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun beyanlarının birleşmesiyle oluşur.

Disiplin kovuşturmasına konu olayda taraflar arasında açılacak iş davası ile ilgili bir yazılı sözleşme yoktur. Genel hükümlere göre bir akdin oluşumunu gösterecek karşılıklı ve birbirine uygun irade beyan-

ları da kanıtlanmış değildir. Zira şikayetçi avukatın 1.000,00 TL istediğini, kendisinin ise 400,00 TL masraf verdiğini davayı şikayetlinin açacağını bildirdiği halde, şikayetli, şikayetçinin 1.000,00 TL getirmediği takdirde davasının açılmayacağını bildirdiğini savunmaktadır. Öte yandan 400,00 TL ödenmiş ise bunu, şimdilik bu miktarın ödenmesiyle davanın açılacağı yolunda zımni kabul anlamında yorumlamak düşünebilirse de bu iddiayı kanıtlayacak herhangi bir delil de dosyada bulunmamaktadır. HUMK'nun 288. maddesine göre bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi yenilenmesi ertelenmesi, itfası, ikrarı amacıyla yapılan hukuki işlemlerin değeri 400,00 TL'yi geçtiği takdirde yazılı belge ile kanıtlanması zorunludur. 400,00 TL'yi geçmeyen hukuki işlemlerin tanıkla ispatı mümkün iken, akdin oluşmasını gösterebilecek ve icabın zımnen kabulüne karine oluşturabilecek 400,00 TL'yi geçmeyen ödeme iddiası tanıkla da ispatlanamamış, hiçbir tanık paranın ödendiğini bildirmemiş, dolayısıyla bu husus da kanıtlanmamıştır. Sadece vekalet vermek tek yanlı bir işlem olup taraflar arasında bir akdin oluştuğunu göstermez. Bu bakımdan şikayetçinin iş davasının şikayetli tarafından açılıp yürütüleceği konusunda taraflar arasında oluşmuş bir akdin varlığı kanıtlanamadığından, şikayetlinin dava açmamış olması disiplin suçunu oluşturmamaktadır.

Ayrıca para ödemesi kanıtlanmadığına göre, şikayetçinin şikayetliden borç para isteyip istemediği, o sırada bankada mevduatında para bulunup, bulunmadığı da olayda önem taşımamaktadır.

Bu nedenlerle, sonucu itibariyle doğru olan Baro Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 19.12.2008

E. 2008/362

K. 2008/496

*** Avukatın, avukatlık unvanını taşıdığı veya avukatlık yaptığı sırada ticari ilişki içinde olması yasağı**

(1136 sayılı Av. K. 5/d, 11, 34, 134; TBB Meslek Kuralları m. 4)

Şikayetçi, şikayetli avukatın psikolojik rahatsızlığının olduğu bir dönemde 27.200,00 TL değerinde 5 adet senet bedelini kendisine ödemediğini ve aynı dönemde aldığı 3 adet 20.000,00 TL bedelli hatır çeklerini aleyhinde kullandığını, adresine ulaşamadığını ileri sürerek şikayetçi olmuştur. Şikayetçi, daha sonraki dilekçelerinde, şikayetli avukat ile diğer ortağının kendisini şikayetli avukatın ortağı ve müdürü olduğu "Ş.İ." adlı işyerini işleten Ş. Gıda Turizm Ticaret ve San. Ltd. Şti.'ne ortak etmek amacıyla dolandırdıkları iddiasında bulunmuştur.

Şikayetli avukat, Harbiye'de Ş.İ. adlı bir işletmenin ortağı olduğunu ve şikayetlinin bu işletmeye ortak olmak istediğini ve diğer ortağı ile anlaştıklarını, ancak şikayetçinin daha sonra işletmede garip tavırlar sergilediğini ve kendisinin bu olaylara daha sonra vakıf olduğunu, çünkü kendisinin avukatlık mesleğini icra ettiğini, ancak şikayetçinin akli melekесinin yerinde olmadığını ailesi tarafından belirtilmesi üzerine ona senet verildiğini ve işletmeden ayrılmasını istediğini, hakkında yapılan icra takiplerine karşı da menfi tespit davası açacağını belirtmiştir.

Yapılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca şikayetli avukatın para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş, karara şikayetli avukat itiraz etmiştir.

Şikayetli avukat itirazında, Ş. Gıda Turizm Ticaret ve San. Ltd. Şti.'nin müdürü olduğunu kendi beyanı ile açıklaması üzerine işten yasaklandığını, daha sonra şirket yetkili temsilcisi sıfatını kaldırdığını, hakkındaki iddiaların sadece icra takipleri yönünden doğru olduğunu, anılan bonoları avukat sıfatıyla imzalamadığını, ticari bir ilişki veya faaliyetinin söz konusu olmadığını, şikayetçiden çek almadığını, hakkında infaz bürosu tarafından yakalama emri çıkartılmadığını, şikayetçi ile avukatlık sıfatı ve kimliği yönünden bir ihtilafının bulunmadığını, icra takiplerinin henüz devam ettiğini, hakkında aciz belgesi alınmadığını, bir icra takibinin borçlusunu olmanın avukatlık onurunu zedelemek anlamına gelmediğini, bu durumun özel yaşantıda meslek

kurallarına aykırı davranış olarak yorumlanamayacağını, hakkında avukatlıkla bağdaşmayan bir işle iştirigal ettiğinden dolayı disiplin so-ruşturması açılmadığını, bu konuda şikayet olmadığı halde bu nedenle kendisine ceza verilmiş olmasının haksız olduğunu belirterek cezanın kaldırılmasını, mümkün görülmediği takdirde orantılı bir yaptırımın uygulanmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturması açılmasına konu sorun şikayetli avukatın eylem ve davranışlarıyla kanun ve meslek kurallarına aykırı davranıp davranmadığıyla ilgilidir.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus disiplin kurullarının baro yö- netim kurulunun disiplin kovuşturması açılması kararında belirtilen ve şikayet konusu edilen eylem ve davranışlarla bağlı olduklarıdır. Bu nedenle, şikayetli hakkında disiplin kovuşturması açılması kararında açıkça belirtilmemiş olsa da, şikayet konusu eylem niteliği itibariyle hangi kanun veya meslek kuralını ihlal ediyor ise şikayetlinin o madde hükmü gereğince cezalandırılması mümkündür. Kanun gereğince şi- kayetli avukatın eyleminin niteliğini takdir ve değerlendirmesini yap- ma hak ve yetkisi disiplin kuruluna aittir. Bu nedenle, şikayetli avukat tarafından, hakkında avukatlıkla bağdaşmayan işle iştirigal ettiğinden dolayı kovuşturma açılmadığı, dolayısıyla kovuşturma açılmayan bir konuda ceza verilmiş olmasının yerinde olmadığı itirazının reddi ge- rekmiştir.

Dosya kapsamından ve şikayetli avukatın dilekçe ve savunmaların- dan şikayetli avukatın Ş. Gıda Turizm Ticaret ve San. Ltd. Şti. adlı şirketin ortağı ve müdürü olduğu, daha sonra işten yasaklama kararı üzerine müdürlük görevinden ayrıldığı, bu şirketin Ş. İşkembe adlı bir işyeri işlettiği, şikayetli avukat ile şikayetçi arasında Ş. İşkembe adlı işyerinin işletilmesi için ortaklık görüşmeleri yapıldığı, kısa süreli de olsa fiilen ortaklık kurulduğu, ancak yürütülemediği, ortaklık süresi içerisinde şikayetçiden alınan paralar karşılığı şikayetli avukat tara- fından keşide edilmiş üç adet bono verildiği, verilen bonolara dayalı olarak şikayetli avukat hakkında icra takipleri yapıldığı, işyerine haciz uygulandığı sabittir.

Bir avukatın, avukatlık unvanını taşıdığı veya avukatlık yaptığı sırada ticari ilişki içerisinde olması Avukatlık Kanunu'nun 11 ve 5/d maddeleri gereğince yasaklanmıştır.

Şikayetli avukat, avukatlık yaparken aynı zamanda ticari bir iş yürütmüş, hatta limited şirketin yetkili temsilciliğini yapmıştır. Ayrıca şikayetçinin yoğun şekilde süren şikayetlerinin içeriği, bir avukatın taşınması gereken onur ve vakarla bağdaşır nitelikte değildir. Avukatların kendilerini bu tür şikayetlerin konusu haline getirmeleri dahi başlı başına avukatlık onurunu ihlal eden bir durumdur. Bir bononun keşide edilmesinde avukat sıfatının kullanılıp kullanılmamasının hiçbir önemi yoktur. Önemli olan ticari bir ilişki sonucunda bononun düzenlenerek verilmiş olması ve ödenmediği için hakkında icra takibinin yapılmasına sebebiyet verilmesidir.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre; avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler. Kanununun 134. maddesinde ise, avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında disiplin cezaları uygulanacağı açıklanmıştır. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4. maddesinde, avukatların, mesleğinin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda oldukları belirtilmiş ve avukatların özel yaşantısında da bu özeni göstermekle yükümlü oldukları vurgulanmıştır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun olayı değerlendirmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak şikayetli avukatın sicil durumu, kıdemi, ceza verilmesindeki amaç ve kulumuzun uygulamaları dikkate alındığında verilen ceza ile eylem arasında orantısızlık olduğu görülmüş ve şikayetli hakkındaki 214,00 TL para cezası verilmesine ilişkin kararın kınama cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının kabulüne, İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 214,00 TL para cezası verilmesine ilişkin 29.02.2008 tarih ve 2007/... Esas, 2008/... Karar sayılı kararının kınama cezasına çevrilmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına, araştırılacak başkaca bir husus bulunmadığından şikayetli Avukat A.S.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

T. 19.12.2008

E. 2008/365

K. 2008/497

*** Taraflar arasında anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde avukatlık ücretinin ödenmesi hususunda her iki tarafın müteselsil borçlu sayılması**

(1136 sayılı Av. K. m. 165, 174/2)

Şikayetli avukatın, alacaklı M.B. vekili olarak Kocaeli 4. İcra Müdürlüğü'nün 2006/... sayılı dosyası ile şikayetçi aleyhine takip yaptığı, şikayetçinin alacaklı ile anlaşarak 14 bin TL ödeme yaptığı ve 05.10.2006 tarihli feragatnamenin düzenlendiği, şikayetli avukatın aynı tarihli azilname ile azledildiği halde daha sonra şikayetçinin evine hacze gittiği, kendisine feragatname ve azilnamenin borçlu/şikayetçi tarafından gösterilmesine rağmen haciz yapılmak istediği, bu zorunluluk altında şikayetli avukat lehine düzenlenmiş 1.950,00 TL'lik senet verildiği, bu senedin yakınlarına ciro edilerek icra takibi yapıldığı iddiaları ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Dosyada içindeki Kocaeli 4. İcra Müdürlüğü'nün 2006/... sayılı icra dosyasının incelenmesinde, şikayetli avukatın 02.02.2006 tarihinde işlemiş faiz ve masraf dahil toplam 11.144,12 TL alacak için takip başlattığı, takibin kesinleştiği, borçlu/şikayetçinin evinde menkul haczi yapıldığı, Emekli Sandığı'na yazı yazıldığı ve işlemlerin sürdüğü, 19.10.2006 tarihinde menkul haczi için borçlunun evine gidildiğinde borç tutarının 14.501,00 TL'nü bulmuş olduğu, şikayetlinin haciz talebi üzerine borçlu/şikayetçinin Kocaeli 6. Noterliği'nin 05.10.2006 tarihli azilnamesini ibraz ettiği, şikayetlinin azilden yeni haberi olduğunu bildirdiği, vekalet ücreti ve masraflar karşılığı olarak şikayetçi/borçludan 1.950,00 TL tutarlı senet alarak başka işlem yapılmamasını talep ettiği, takibin bu aşamada kaldığı görülmektedir.

Şikayet dilekçesine ekli olan ve Kocaeli 4. İcra Müdürlüğü'ne hitaben yazılmış, borçlunun 14 bin TL ödediği ve takipten feragat edildiğine dair alacaklı M.B. imzalı dilekçe ise, icra dosyasında bulunmamaktadır.

Azilnamenin, dosyadaki tebliğ evrakına göre şikâyetli avukata 21.10.2006 tarihinde tebliğ edildiği görülmektedir.

Bu durumda, şikayetli avukatın, azilnameden sonra ve azil edildiğini bilerek yetkisiz işlem yaptığından söz edilemez ve zaten disiplin kovuşturması bu nedene dayalı olarak açılmamıştır.

İcra tutanağında, şikayetli avukatın, borçludan avukatlık ücreti ve masraflara karşılık 1.950,00 TL tutarlı senet aldığını beyan ettiği görülmektedir. Haciz tutanağında alacaklı vekili ile borçlu, iki polis memuru ve taksi şoförünün imzaları da bulunmaktadır. Bu heyet huzurunda şikayetli avukatın zor altında bırakarak borçludan senet aldığının kabulü mümkün değildir.

Avukatlık Yasası'nın 174/2 maddesi, haksız azil halinde avukat ücretinin ödenmesini düzenlemektedir. Ancak, kovuşturma konusu olayda sadece azil değil, borçlu ile alacaklının avukatın bilgisi dışında anlaşarak sulhen alacağı tahsil etmeleri ve feragatname düzenlenmesi de söz konusudur. Şikayetli avukat azledilmemiş olsa dahi, alacaklının haricen takip konusu alacağı tahsil etmesi ile icra işlemleri konusuz kalmakta ve takibe devam imkanı bulunmamaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 165. maddesine göre "Sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasına anlaşmayla sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde her iki taraf avukatlık ücretinin ödenmesi hususunda müteselsil borçlu sayılırlar." Bu hüküm tarafların anlaşmaları suretiyle ihtilafın ortadan kaldırılması halinde avukatlık ücretinin güvencesini oluşturan bir düzenlemedir. Bu hüküm karşısında, avukatlık ücretinde zaten borçlu da alacaklı ile birlikte avukata karşı müteselsil sorumlu bulunduğuna göre, borçludan ve görevli memurların huzurunda ve rızası ile alındığı anlaşılan avukatlık ücretine ilişkin senedin alınmasında, Avukatlık Yasası ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'na aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulunun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararında hukuki isabet görülmemiş ve kararın kaldırılarak, şikâyetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının kabulü ile Kocaeli Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden incelemeyi gerektirir bir husus bulunmadığından şikayetli avukat M.E.A hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına oybirliği ile karar verildi.

T. 19.12.2008

E. 2008/366

K. 2008/498

* Ceza davasında delil yetersizliğinden beraat halinin disiplin kovuşturmasına etkisinin olmadığı

* Vekaletnamede başkasını tevkil yetkisi olmadığı halde yetki belgesi düzenlenmesinin suç olması

(1136 sayılı Av. K. m. 34, 56, 58/1, 134, 140, 171/2, TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 15.06.2006 tarihli oluru ile Ankara İdare Mahkemesi'nin 06.10.2005 tarih ve 2005/... Esas, 2005/... Karar sayılı kararının yetki belgesi ile görevlendirilen Avukat E.P.'ye 14.11.2005 tarihinde tebliğ edilmesine karşın yasal süre içerisinde temyiz edilmeksizin kararın kesinleşmesine sebebiyet verdikleri iddiasıyla Avukat H.T., Avukat M.T. ve Avukat E.P. hakkında Avukatlık Yasası'nın 58/1 maddesi uyarınca soruşturma izni verilmesi nedeniyle açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülmeyle disiplin cezası tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetli avukat, Beyoğlu Adli Yargı Komisyonu'nca verilen 24.11.2004 tarih ve 2004/... sayılı kararın iptali için İstanbul İdare Mahkemesi'nde dava açtığını, davayı takip için 14.01.2005 tarihli yetki belgesi ile İstanbul Barosu avukatlarından M.T. ve E.P.'yi yetkilendirdiğini, davanın görevsizlik nedeniyle Ankara 10. İdare Mahkemesi'ne gönderildiğini, Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 06.10.2005 tarih ve 2005/... Esas, 2005/... Karar sayılı kararla davanın reddine karar verdiğini, kararın 14.11.2005 tarihinde İstanbul'da Avukat olan E.P.'ye tebliğ edilip süresinde temyiz edilmemesi nedeniyle kesinleştiğini, yetki belgesi verdiği Avukat E.P. ve M.T.'nin davanın İstanbul'daki aşaması için yetkili kıldığını dosya kapsamından da anlaşıldığını ve bu nedenle yapılan tebligatın usulsüzlüğünü bildirerek kendisine tebligat yapılması için Ankara 10. İdare Mahkemesine başvurduğunu, Mahkemenin 08.02.2006 tarihli kararla temyiz istemini süre aşımı nedeniyle reddettiğini, bu kararı temyiz etmeyi düşündüğünü, ancak Beyoğlu 10. Noterliği'nin 03.02.2006 tarihli azilnamesinin tarafın tebliğ

edilmesi üzerine ret kararının tarafınca temyizinin mümkün olmadığını, hakkında açılan ceza davasından beraat ettiğini bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

Şikayetli avukat hakkında Ankara 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2007/... Esasında kayıtlı olarak görevi savsama suçundan dolayı açılan kamu davasında Mahkeme 12.02.2008 tarih ve 2008/... Karar sayılı kararla şikayetlinin beraatine, Avukat M.T. ve Avukat E.P.'nin TCK'nın 257/2 maddesi uyarınca mahkumiyetlerine karar vermiş ve karar şikayetli yönünden temyiz edilmemekle kesinleşmiştir.

Dosya kapsamına göre tartışılması gereken husus, beraat kararının disiplin kovuşturmasına etkisi ve yetki belgesinin niteliğidir.

Avukatlık Yasası'nın 140/3 maddesi, "Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır." hükmünü amirdir.

Dosyada mevcut bulunan Ankara 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 12.02.2008 tarih ve 2007/... Esas, 2008/... Karar sayılı beraat kararının gerekçesine ve hüküm fıkrasına göre, "eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması hali"nin söz konusu olmadığı ve "yüklenen suçü işlediğine ilişkin aleyhinde her türlü kuşkudan uzak yeterli ve inandırıcı ve kesin delil bulunmayan sanık H.T.'nin beraatine" karar verildiği görülmektedir.

Danıştay 8. Dairesi'nin 20.11.2006 gün ve 2005/.... Esas, 2006/.... Karar sayılı kararında, "Avukatlık Kanunu'nun 140. maddesinde, avukat hakkında başlatılmış olan ceza kovuşturmasının disiplin işlem ve kararlarının uygulanmasına engel olmayacağı eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatle sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturmasının o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır. Ceza uygulaması ile disiplin uygulaması arasında amaç, kapsam, usul ve sonuçlar bakımından temel nitelik farkları mevcuttur, işte bu sebeplerdir ki kanun koyucu ceza uygulaması ile disiplin uygulamasını iki ayrı ve farklı alan olarak görmekte ve bunların birbirini etkilemesini

önleyici nitelikte bir düzenlemeye yer vermektedir. Olayda, davacının eylemi nedeniyle her ne kadar adli yargıda 'hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal' suçundan dolayı açılan kamu davasında delil yetersizliğinden beraat ettiği açık ise de, bu durumun disiplin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, disiplin kovuşturmasına konu eylemin adli yargı kararından bağımsız olarak incelenebileceği açıktır." gerekçesi ile Avukatlık Yasası'nın 140/3 maddesi "eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle" beraat kararı verilmeyen hallerde, eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette ise, disiplin cezası tayin edilmesi gerektiğini açıkça bildirmektedir.

O halde, beraat kararı Avukatlık Yasası'nın 140/3 maddesinde öngörülen unsurları taşııyorsa, dosyadaki bilgi ve belgelerden de yararlanmak suretiyle disiplin kovuşturmasını sonuçlandırmak ve eylem disiplin suçu ise eyleme uygun ceza tayin etmek Baro Disiplin Kurulu'nun görevidir.

Disiplin kovuşturmasına konu diğer sorun, şikayetli tarafından İstanbul İdare Mahkemesi'nde açılan ve Ankara 10. İdare Mahkemesi'nde sonuçlanan davanın yetkili kılınan Avukat E.P. tarafından temyiz edil-meyerek kesinleşmesine sebebiyet verilmesi ve bu halde yetki veren avukatın sorumluluğunun tespiti.

Yetki belgesi, Avukatlık Yasası'nın 56/5 maddesinde, "Avukatlar veya avukatlık ortaklığı başkasını tevkil etme yetkisini haiz oldukları bütün vekaletnameleri kapsayacak şekilde bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekaletname yerine geçen yetki belgesi verebilir. Bu yetki belgesi vekaletname hükmündedir." hükmüyle düzenlenmiştir.

Avukatın vekaletnamesinde başkalarını tevkil yetkisi var ise, yetki belgesi düzenlemesinin hiçbir sakıncası yoktur. Avukatlık Yasası'nın 56/3 maddesi "Aslı olmayan vekaletname ve diğer kağıt ve belgelerin örneğini onaylayan yahut aslına aykırı örnekler veren avukat üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmü uyarınca vekaletnamede başkalarını tevkil yetkisi yok ise, düzenlenen yetki belgesinin suç olacağı da açıktır.

Avukatlık Yasası'nın 171/2 maddesi, "Avukata verilen vekaletnamede başkasını tevkile yetki tanınmış ise, yazılı sözleşmede aksine

açık bir hüküm olmadıkça, işi başka bir avukatla birlikte veya başka bir avukata vererek takip ettirebilir. Vekaletnamede, bunun düzenlendiği tarihten sonra açılacak veya takip edilecek bütün dava ve işlerde vekalet ve başkasını tevkiye genel şekilde yetki verilmişse, avukat bu tarihten sonraki dava ve işlerde müvekkilinden ayrıca vekalet almaya lüzum olmaksızın işi bir başka avukatla birlikte veya başka bir avukata takip ettirebilir.” hükmünü amirdir.

O halde, vekaletnamede yetki var ve aksi yazılı olarak kararlaştırılmamışsa, avukat işi kendisi veya yetkili kıldığı bir başka avukatla birlikte takip edebilir. Ancak bu halde yetki veren avukatın sorumluluğu da Avukatlık Yasası'nın 171/3 maddesi, “İkinci fıkradaki hallerde, avukatın müvekkile karşı sorumluluğu devam eder. Birlikte takip ettiği veya işi tamamen devrettiği avukatların kusurlarından ve meydana getirdikleri zarardan dolayı müvekkile karşı hem şahsen ve hem de diğer avukatla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.” amir hükmü ile düzenlenmiş olup yetki belgesi ile işi bir başkasına takip ettiren avukatın müvekkiline karşı esas sorumlu ve takip eden avukatın verdiği zararlardan şahsen ve müştereken ve müteselsilen sorumlu bulunduğu tartışmasızdır.

Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi, “Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.”

Türkiye Barolar Meslek Kuralları'nın 3. maddesi, “Avukat, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür.” Türkiye Barolar Meslek Kuralları'nın 4. maddesi, “Avukat mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadır.” hükümleri ışığında eylemin disiplin suçu oluşturduğu açıktır.

Bu nedenle, eylem Avukatlık Yasası'nın 34, 134, 171 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine aykırı olduğundan, Baro Disiplin Kurulu'nca yapılan eylemin disiplin suçu oluşturmadığına ilişkin hukuksal değerlendirme isabetli bulunmuş, yeneden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından disiplin cezası tayini gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçi H.E.Ç.'nin itirazının kabulü ile Balıkesir

Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası tayinine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına şikayetli Avukat H.T.'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 19.12.2008
E. 2008/372
K. 2008/502

*** Baro Genel Kurulu'nda**
"eleştiri" kapsamında sarf
edilen sözler

(1136 sayılı Av. K. 34, 76;
TBB Meslek Kuralları m. 4, 5, 27)

07 Ekim 2006 tarihinde yapılan Baro Genel Kurul toplantısında söz alan şikayetli Avukat D.B.'nin "Barolar Birliği ve Muğla Barosu kötülükle birleşmişlerdir." şeklinde beyanda bulunduğu iddiasıyla resen başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiş, karara Baro Yönetim Kurulu itiraz etmiştir.

Baro Yönetim Kurulu itirazında şikayetli avukatın sözlerinin Avukatlık Yasası'nın 34. maddesi ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 4, 5 ve 27. maddelerine aykırı olduğunu, şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılması gerektiğini bildirmiştir.

Disiplin kovuşturması açılmasına konu sorun şikayetli avukatın Baro Genel Kurulu'nda yaptığı konuşmasının disiplin cezası gerektirip gerektirmediğine ilişkindir.

Şikayetli avukat belirtilen sözleri söylemediğini, "Türkiye Barolar Birliği ve Baro yanlıştta birleşmiştir." şeklinde beyanda bulunduğunu, böyle bir söylemin suç oluşturamayacağı savunmasında bulunmuştur.

Dosyada bulunan Baro Genel Kurulu toplantı tutanağının incelenmesinden, şikayetli avukatın ifadesinin "Barolar Birliği ve Muğla Barosu kötülükle birleşmişlerdir." şeklinde tutanağa geçtiği, ancak söz alan şikayetlinin sözlerini düzelttiği anlaşılmaktadır.

Avukatlık Yasası'nın 76. maddesine göre Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak

ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.

Baro Genel Kurulları; iki yıllık süreç sonucunda yöneticilerin hesap verdiği ve kendilerinden hesap sorulduğu, seçim heyecanının yaşandığı, demokratik mücadele ortamlarıdır. Böyle bir ortamda, avukatların eleştiri amaçlı konuşmalar yapmaları doğal, hatta gereklidir. Eleştiri amaçlı konuşmaların genel kurulun psikolojisi içerisinde sert, sarsıcı, hatta şok edici nitelikte olması dahi mümkündür. Seçilmiş kişilerin bu tür eleştirilere açık olmaları, anlayışla karşılamaları demokrasinin bir gereğidir. Kaldı ki, şikâyetli avukat şikâyete konu sözleri sarf ettikten sonra Genel Kurul Divanına başvurarak tekrar söz alarak, kullanmış olduğu sözlerini düzeltmiş, tutanağa da geçmiştir.

Tüm dosya kapsamı değerlendirildiğinde, şikayetli avukat tarafından söylenen sözlerin eleştiri kapsamında kalan sözler olduğu açıkça anlaşıldığından, konuyu bu kapsamda nitelendiren Baro Disiplin Kurulu'nun takdir ve değerlendirmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.

Sonuç olarak, Baro Yönetim Kurulu'nun itirazının reddine, Muğla Barosu Disiplin Kurulu'nun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin 20.06.2008 tarih ve 2007/... Esas, 2008/... Karar sayılı kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 19.12.2008
E. 2008/375
K. 2008/504

*** İkinci avukatın işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata yazıyla bilgi vermesi yükümlülüğü**
(TBB meslek Kuralları m. 39)

Şikayetli avukat hakkında, Ankara 5. Ticaret Mahkemesi'nin 2002/... Esas sayılı davasında davacı vekili olan şikayetçi avukatın vekalet görevi devam etmekte iken, 20.11.2006 tarihli duruşmada, müvekkilinin şikayetçi avukatı vekillikten azlettiği ve kendisinin vekil olduğunu, vekaletnamesini sunacağını beyan ettiği, ancak şikayetçi avukatın azledilmemiş olması sebebiyle Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırı davranılmış olduğu iddiası ile

başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve disiplin cezası tayin edilmiştir.

Dosyada bulunan Ankara 5. Ticaret Mahkemesi'nin 2002/ ... Esas sayılı dosyasının 20.11.2006 tarihli oturumuna ait tutanakta, şikayetli avukatın da duruşmada hazır bulunarak, müvekkilinin diğer vekilleri azlettiği, davaları kendisinin takip edeceği ve vekaletnamesini sunmak için süre istediği, Ankara 10. Noterliği'nin 20.11.2006 tarihli vekaletnamesi ile şikayetli avukatın davacı S.G. tarafından vekil tayin edildiği, Eskişehir 2. Noterliği'nin 29.11.2006 tarihli azilnamesi ile de şikayetçi avukatın azledildiği görülmektedir.

Böylece şikayetli avukatın vekil tayin edildiği tarihte, şikayetçi avukatın vekaletinin devam ettiği, daha sonra şikayetçinin azledildiği anlaşılmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine göre, "İş sahibi anlaşmayı yaptığı avukattan sonra ikinci bir avukata vekaletname vermek isterse ikinci avukat işi kabul etmeden önce ilk vekalet verilen avukata yazı ile bilgi vermelidir."

Bilgi verme yükümlülüğünün yazılı olması karşısında, dosyada bulunan duruşma tutanağı ve vekaletnameler karşısında şikayetçi avukatın gösterdiği tanığın dinlenilmemiş olması bir eksiklik olarak kabul edilmemiştir.

Şikayetlinin, şikayetçinin takip ettiği davaya vekaletname sunmadan önce Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine uygun olarak yazılı bildirimde bulunmadığı anlaşılmakla, eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu kararının kabulünde isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile Ankara Barosu Disiplin Kurulu'nun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI

SAYA VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No: 4327/02)

Çev.: Serkan CENGİZ*
Semih KURU**

KARAR STRASBURG 7 Ekim 2008

Bu karar Sözleşme'nin 44 § 2. maddesindeki şartlar gerçekleştiğinde kesinleşecektir. Karar düzeltilebilir.

Saya ve Diğerleri / Türkiye davasında,
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire)
Françoise Tulkens, Başkan,
Antonella Mularoni,
Ireneu Cabral Barreto,
Danutė Jočienė,
Dragoljub Popović,

* Av, İzmir Barosu Üyesi

** İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi.

Nona Tsotsoria,
Işıl Karakaş, yargıçlar,
ve Françoise Elens-Passos, Yazı İşleri Müdürü,

16 Eylül 2008 tarihinde toplanmış ve aynı tarihte aşağıdaki kararı almıştır:

USUL

1. Dava, Şeyho Saya, Hasan Ölgün, Çetin Taş, Müslüm Atasoy, Zöhre Taş, Akın Doğan, Nedim Çiftçi, Hediye Kılınç, Ali Murat Bilgiç, Bahattin Barış Bilgiç ve Zeynep Saya (“başvurucular”) adlı 11 Türk vatan-dası tarafından 20 Kasım 2001’de İnsan Hakları ve Temel Özgür-lüklerin Korunması Sözleşmesi’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi altında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti aleyhine yaptığı başvurudan (no. 4327/02) kaynaklanmaktadır.

2. Başvurucular, Adıyaman’da avukatlık yapan ve kendisi de başvurucular arasında bulunan Şeyho Saya tarafından temsil edilmişlerdir. Türk Hükümeti (“Hükümet”) kendi ajanları tarafından temsil edilmiştir.

3. Mahkeme 6 Eylül 2007’de başvuru hakkında Hükümeti bilgilendirmeye karar vermiştir. Mahkeme, Sözleşme’nin 29 § 3. maddesi uyarınca başvurunun kabuledilebilirliğini ve esasını aynı anda görüşme kararı almıştır.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

4. Sırasıyla 1964, 1969, 1964, 1971, 1961, 1965, 1971, 1975, 1964, 1971 ve 1965 doğumlu olan başvurucular Adıyaman’da yaşamaktadırlar.

5. 30 Nisan 1999 günü Adıyaman Valisi, Hasancık Mahallesi’nde bulunan Adıyaman Amfi tiyatrosunda 1 Mayıs kutlaması yapılmasına izin vermiştir.

6. 1 Mayıs 1999’da aralarında başvurucuların da bulunduğu bir grup, Sağlık Emekçileri Sendikası’nda toplanmışlar ve 1 Mayıs kutlamaları için amfi tiyatroya doğru yürümeye başlamışlardır. Polis me-

murları tarafından durdurulan grup ön izin almış olduklarını beyan ederek yürüyüşlerine devam etmek istemiştir. Sonrasında polis göstericileri dağıtmak için müdahale etmiş ve iddiaya göre başvurucular müdahale sırasında polisin kuvvet kullanması sonucunda yaralanmışlardır. Olay yeri raporuna göre aralarında başvurucuların da bulunduğu otuz sekiz kişi gözaltına alınmıştır. Başvurucular sonrasında Adıyaman Devlet Hastanesi'ne götürülmüş ve orada bir doktor tarafından muayene edilmişlerdir. Tıbbi rapora göre Zeynep Saya, Hasan Ölgün, Müslüm Atasoy, Zöhre Taş, Nedim Çiftçi ve Hediye Kılınc'ın vücutlarında kötü muameleye uğradıklarına ilişkin herhangi bir iz yoktur. Diğer başvuruculara ait tıbbi raporlarda aşağıdaki bulgular işaretlenmiştir:

- *Şeyho Saya*: Sağ bacağın arkasında ve sırtta hassasiyet.
- *Çetin Taş*: Göğsün sol üst tarafında nefes alırken acı ve hassasiyet. Alnın sağ tarafında acı ve hassasiyet. Göğsün sol tarafında muhtemel kaburga kırıkları.
- *Akın Doğan*: Sırtta çizikler.
- *Ali Murat Bilgiç*: Sol omuzda ve sol kolda ezik ve hassasiyet
- *Bahattin Barış Bilgiç*: Sağ omuz ve sağ dizde çizikler ve göğsün sol tarafında hyperaemia (kan hücumu).

7. Gözaltına alınan başvurucular ertesi gün serbest bırakılmışlardır.

8. Başvurucular 1999 yılının Mayıs ayının farklı günlerinde gözaltına alınmaları esnasında aşırı güç kullandıklarını iddia ettikleri polis memurları hakkında Adıyaman Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunmuşlardır.

9. Adıyaman Cumhuriyet Savcısı 17 Haziran 1999 tarihinde dava dosyasını Adıyaman İdare Kurulu'na göndererek Memurin Muhakematı Kanunu uyarınca suçlanan polis memurları hakkında ceza davası açılması için izin istemiştir.

10. 16 Şubat 2000 tarihinde Adıyaman İdare Kurulu suçlanan polis memurları hakkında dava açılmasını gerektirecek yeterli delil bulunmadığına karar vererek izin talebini reddetmiştir. 1 Eylül 2000 tarihinde başvurucular bu karara itiraz etmişlerdir. İtiraz dilekçelerinde Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğini belirterek, polis

müdahalesiyle barışçıl toplanma özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Danıştay, 14 Haziran 2001 tarihinde İl İdare Kurulu'nun kararını onamıştır.

11. Bu arada 1 Mayıs 1999 günü gerçekleşen olaya ilişkin video görüntülerini inceleyen Adıyaman Cumhuriyet Savcısı 1 Haziran 1999'da aralarında başvuruçuların da bulunduğu yetmiş gösterici hakkında takipsizlik kararı vermiştir. Cumhuriyet Savcısı takipsizlik kararında göstericilerin polis tarafından durdurulduklarında kaldırım boyunca kamu güvenliğini tehlikeye sokmaksızın veya herhangi bir şiddet içeren fiilde bulunmaksızın sessizce yürüdüklerini ifade etmiştir. Kararda aynı zamanda 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası'nın 24. maddesine göre, polis grubu dağılmaları yönünde yüksek sesle uyararak zorunda olduğu; bununla birlikte olaya ilişkin kayıtlara bakıldığında bunun ihmal edildiği de yer almaktadır. Dolayısıyla Cumhuriyet Savcısı şüphelilerin 2911 sayılı Yasa'yı ihlal etmedikleri görüşündedir.

HUKUK

I. SÖZLEŞME'NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİNE İLİŞKİN İDDİALAR

12. Başvuruçular gözaltına alınmaları süresince kullanılan gücün aşırı, orantısız olduğu ve kötü muamele oluşturduğu yakınmasında bulunmaktadırlar. Sözleşmenin 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz" der.

A. Başvuruçuların Kötü Muamele İddiaları

1. Zeynep Saya, Hasan Ölgün, Müslüm Atasoy, Zöhre Taş, Nedim Çiftçi ve Hediye Kılınç'a ilişkin olarak

13. Hükümet başvuruçular Zeynep Saya, Hasan Ölgün, Müslüm Atasoy, Zöhre Taş, Nedim Çiftçi ve Hediye Kılınç'ın iddialarını destekleyecek tıbbi raporlarının olmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 3. maddesi bağlamında mağdur olarak değerlendirilemeyeceklerini ileri sürmüştür.

14. Mahkeme, kötü muamele iddialarının uygun kanıtlarla desteklenmesi gerektiğini hatırlatır. Bu delillerin değerlendirilmesi sırasında genel olarak “*makul kuşkunun ötesinde*” olarak ifade edilen delil standardı kullanılmamıştır (bkz. Talat Tepe/Türkiye, no.31247/96, paragraf 48, 21 Aralık 2004). Buna karşın böylesi bir delil yeterli derecede güçlü, açık ve paralel çıkarımların veya olaylara ilişkin aksi ispat edilmemiş olan benzer karinelerin varlığından çıkabilir (*Labita / İtalya* [BD] no.26772/95, paragraf.121, AIHM 200-IV).

15. Mevcut davada başvuru Zeynep Saya, Hasan Ölgün, Müslüm Atasoy, Zöhre Taş, Nedim Çiftçi ve Hediye Kılınç polisin göstericileri dağıtmak için kullandıkları aşırı güç sonucu yaralandıklarından yakınmaktadır. Bununla birlikte birkaç unsur başvuru şikayetlerinin gerçekçiliğini şüpheye düşürmektedir. Mahkeme ilk olarak 1 Mayıs 1999 tarihli tıbbi raporda adı geçen başvuru vücutlarında kötü muameleye dair bir iz olmadığını gözlemlemiştir. Ayrıca başvuru olaydan bir gün sonra serbest bırakıldıkları halde şikayetlerini destekleyecek ek bir tıbbi rapor veya iddialarının ağır basmasına neden olabilecek herhangi bir materyal ileri sürmemişlerdir. Bu durumda başvuru iddia ettikleri gibi olay sırasında yaralandıklarını gösteren herhangi bir kanıt dosya içinde bulunmamaktadır (bkz. *Balık ve Diğerleri / Türkiye*, no. 25/02, paragraf. 24-26, 29 Kasım 2007).

16. Yukarıdaki açıklamalar ışığında Mahkeme, Zeynep Saya, Hasan Ölgün, Müslüm Atasoy, Zöhre Taş, Nedim Çiftçi ve Hediye Kılınç’ın iddialarını destekleyecek kanıt ileri süremedikleri ve başvuru bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle başvuru bu kısmını Sözleşme’nin 35 § 3 ve 4. maddelerine istinaden kabuledilemez olarak ilan etmek zorundadır.

2. Diğer Başvuruculara İlişkin Olarak

17. Mahkeme, Şeyho Saya, Çetin Taş, Akın Doğan, Ali Murat Bilgiç ve Bahattin Barış Bilgiç tarafından Sözleşme’nin 3. maddesine ilişkin olarak ileri sürülen yakınmanın Sözleşme’nin 35 § 3. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığını belirtmektedir. Mahkeme aynı zamanda başvuru başka bir gerekçeyle de kabul edilemez bulunamayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla bu madde altındaki yakınmanın

kabuledilebilir olarak ilan edilmesi zorunludur.

18. Mahkeme'nin pek çok defa altını çizdiği üzere, 3.madde demokratik toplumların en temel değerlerinden birisidir ve herhangi bir istisna hükmü içermediği gibi Sözleşme'nin 15 § 2. maddesi kapsamında herhangi bir çekinceye de müsaade etmez (bkz. *Selmouni / Fransa* [BD], no. 25803/94, paragraf 95, AİHM 1999-V; *Assenov ve Diğerleri / Bulgaristan*, 28 Ekim 1998 tarihli karar, Kararlar ve Kabuledilebilirlik Kararlarına İlişkin Raporlar 1998-VIII, s. 3288, paragraf 93).

19. Yukarıda belirtildiği üzere, delillerin değerlendirilmesinde "makul kuşkunun ötesi" standardı genel olarak uygulanmaktadır (bkz. *İrlanda / Birleşik Krallık*, 18 Ocak1978 tarihli karar, Seri A no. 25, s. 64-65, paragraf 161). Buna karşın böylesi bir delil yeterli derecede güçlü, açık ve paralel çıkarımların veya olaylara ilişkin aksi ispat edilmiş olan benzer karinelere varlığından çıkabilir (bkz. *Salman / Türkiye* [BD], no. 21986/93, paragraf 100, AİHM 2000-VII). İlave olarak, Mahkeme özellikle Sözleşme'nin 2. ve 3. maddesi çerçevesinde ileri sürülen iddialar açısından özellikle kapsamlı bir incelemeye başvurmak zorundadır. (bkz., *diğerleri arasında*, , *Ribitsch / Avusturya*, 4 Aralık 1995 tarihli karar, Seri A no. 336, s. 24, paragraf 32).

20. Mahkeme, görülmekte olan bu davada Şeyho Saya, Çetin Taş, Akın Doğan, Ali Murat Bilgiç ve Bahattin Barış Bilgiç adlı beş başvuru üzerinde oluşan yaralanmaların 1 Mayıs 1999 günü gerçekleşen olay sırasında polisin güç kullanması sonucu oluştuğunun tartışmasız olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme bu durumda Hükümet'in olay sırasında kullanılan gücün aşırı olmadığını ikna edici argümanlarla ispat edilmesi yükü altında olduğunu belirtmektedir.

21. Mahkeme, Hasancık Mahallesi'nde bulunan Adıyaman Amfi tiyatrosunda 1 Mayıs kutlamalarının yapılmasına ilişkin Adıyaman Valisi'nden alınan izin nedeniyle güvenliğin sağlanması için çok sayıda polis memurunun olay yerinde hazır olduğunu belirtmektedir. Mahkeme ayrıca grubun kaldırım üzerinden amfi tiyatroya doğru yürürken polis tarafından durdurulduğunu kaydeder. Dolayısıyla, davanın özel koşulları çerçevesinde, güvenlik güçlerinin çağrı yaparak müdahale ettiği söylenemez (bkz. *Rehbock / Slovenya*, no. 29462/95, paragraf 72, AİHM 2000-XII). Mahkeme ayrıca grubun kamu güvenliğini tehdit ettiğine ya da şiddete başvurduğuna dair bir kanıt olmadığını da gözlemlemektedir. Mahkeme özellikle, Adıyaman Cumhuriyet Savcısı ta-

rafından başvuruculara ilişkin olarak 1 Haziran 1999 tarihinde verilen 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasasını ihlal etmediklerine ilişkin takipsizlik kararını dikkate almıştır.

22. Bu koşullar altında Mahkeme, Hükümetin, vücutlarındaki yara bereleri doktor raporlarıyla doğrulanan başvuruculara karşı kullanılan gücün seviyesini haklılaştırabilecek veya açıklayabilecek ikna edici ve inandırıcı iddialar ileri süremediğini tespit eder. Sonuç olarak Mahkeme Şeyho Saya, Çetin Taş, Akın Doğan, Ali Murat Bilgiç ve Bahattin Barış Bilgiç'in vücutlarında oluşan yara berenin Devletin sorumlu olduğu muamelenin bir sonucu olduğu sonuca varır.

23. Bu durumda Şeyho Saya, Çetin Taş, Akın Doğan, Ali Murat Bilgiç ve Bahattin Barış Bilgiç'e ilişkin olarak Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

B. Etkili Bir Soruşturma Yürütülmediğine İlişkin İddialar

24. Başvurucular kötü muamele iddialarının bağımsız ve tarafsız bir makam tarafından incelenmediğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular bu konuya ilişkin olarak Sözleşme'nin 3, 6 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. .

25. Mahkeme, başvurunun bu kısmının Sözleşme'nin 35 § 3. maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını belirtmektedir. Mahkeme ayrıca başvurunun bu kısmının hiçbir gerekçeyle kabul edilmez olarak ilan edilemeyeceğini belirtir. Bu nedenle başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olarak ilan edilmesi zorunludur.

26. Mahkeme, adı geçen başvurucuların Adıyaman Cumhuriyet Savcılığı'na yaptıkları şikayetleri sonrasında dosyanın, suçlanan polis memurları hakkında ceza davası açılmasına izin verilmesi için Memurin Muhakematı Kanunu uyarınca Adıyaman İl İdare Kurulu'na gönderilmiş olduğunu gözlemlemektedir. Kurul, başvurucuların iddialarını destekleyen bir kanıt olmadığı sonucuna varmış ve suçlanan polis memurları hakkında ceza davasının açılmaması gerektiğine karar vermiştir.

27. Mahkeme, daha önceki birçok davada ortaya koyduğu, valiler veya onların temsilcilerinin başkanlık ettiği ve hiyerarşik olarak valiyeye bağlı yerel idari temsilcilerden oluşan idare kurulları tarafından

yapılan soruşturmaların bağımsız addedilemeyeceği tespitini yinelemektedir (bkz, *inter alia*, *Ipek / Türkiye*, no. 25764/94, paragraf 174, 17 Şubat 2004; *Talat Tepe / Türkiye*, yukarıda bahsedilen, paragraf 84; *Oğur / Türkiye* [BD], no. 21594/93, paragraf 91, AİHM 1999-III). Bu bağlamda müfettişlerin kendi meslektaşları tarafından verilen ifadeleri güven verici olarak bulmadaki istekli halleri Mahkeme'nin önceki tespitlerini doğrulamaktadır.

28. Bu nedenle Mahkeme, ulusal otoritelerin başvurucların kötü muamele iddialarına ilişkin etkili ve bağımsız bir soruşturma yürütmediklerine kanaat getirmiştir.

29. Dolayısıyla 3.madde, usulü açısından da ihlal edilmiştir.

30. Bu koşullarda Mahkeme Sözleşme'nin 6 ve 13. maddeleri altında ayrı bir meselenin ortaya çıkmadığı kanaatindedir (bkz. *Timur / Türkiye*, no. 29100/03, paragraf 35-40, 26 Haziran 2007).

II. SÖZLEŞME'NİN 11. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİALARI

31. Başvuruclar polislin gösteriye yaptığı müdahalenin toplanma özgürlüklerini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuruclar bu hususta Sözleşme'nin 11. maddesi ve 4 No'lu Ek Protokol'ün 2. maddesine dayanmaktadırlar.

32. Mahkeme, başvurucların şikayetlerinin 11. madde çerçevesinde incelenmesi gerektiği kanaatindedir. Sözleşme'nin 11. maddesi şöyledir:

"1. Herkes, asayişini bozmayan toplantılar yapmak ve başkalarıyla birlikte dernek kurma hakkına sahiptir..."

2. Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığı veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlandırılabilir..."

A. Kabuledilebilirlik

33. Hükümet, Sözleşme'nin 35 § 1. maddesine göre iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvurunun bu kısmının Mahkeme tarafından reddedilmesini talep etmiştir. Bu bakımdan, hükümet başvurucuların ulusal yargılama sırasında Sözleşme hükümlerine dayanmamış olduklarını ileri sürmüştür. Hükümet aynı zamanda başvurucuların idari ve/veya hukuk mahkemelerinde dava açabileceklerini ifade etmiştir. Hükümet ayrıca; başvurunun bu kısmının altı aylık süre içerisinde Mahkeme'ye sunulmadığını ileri sürmektedir. Hükümete göre başvurucular olayın olduğu 1 Mayıs 1999 tarihini takip eden altı ay içerisinde başvurularını yapmaları gerekmektedir.

34. Hükümetin ilk itirazı hakkında Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesine dayanan başvurucuların temyiz dilekçelerini 1 Eylül 2000 tarihinde Danıştay'a sunduklarını ve barışçıl toplantı haklarının ihlal edildiğini iddia ettiklerini kaydetmiştir. Bu durumda hükümetin itirazı kabuledilemez.

35. Hükümet'in ikinci itirazı hakkında Mahkeme, hükümet tarafından işaret edilen medeni ve idari hukuk yollarına dayanan benzer itirazların önceki başvurularda zaten incelenmiş ve reddedilmiş olduğunu hatırlatır (bkz. *Karayiğit / Türkiye* (Kabuledilebilirlik), no. 63181/00, 5 Ekim 2004). Mevcut davada Mahkeme'nin bu içtihadan ayrılmasını gerektirecek herhangi bir özel durum tespit edilememiştir. Sonuç olarak hükümetin bu itirazı da kabul edilemez.

36. Altı ay kuralına uyulmadığına ilişkin itirazda da Mahkeme, başvurucuların Danıştay tarafından verilen kararı takiben, altı ay içerisinde, 20 Kasım 2001 tarihinde yaptıkları başvuruyu dikkate almıştır. Mahkeme, başvurucuların polis memurları aleyhine yapılan yargılamanın sonucunu beklemelelerinin mantıksız olmadığı görüşündedir. Buna göre Hükümetin bu itirazı da reddedilmek zorundadır.

37. Mahkeme ilave olarak başvurunun bu kısmının Sözleşme'nin 35 § 3. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olduğunu kaydeder. Bu başlık altında ele alınan yakınma hiç bir gerekçeye istinaden kabul edilmez olarak ilan edilemez. Bu nedenlerle yakınmanın kabul edilebilir olarak ilan edilmesi gerekmektedir.

B. Davanın Esası

1. Barışçıl Toplantı Hakkına Bir Müdahalenin Olup Olmadığı

38. Hükümet, başvurucuların Sözleşme'nin 11. maddesi altında korunan haklarının ihlal edilmediğini ileri sürmüştür.

39. Mahkeme, polis müdahalesi ve arkasından toplantıya katılmaları nedeniyle başvurucuların gözaltına alınmalarının, başlı başına başvurucuların 11. madde altında korunan haklarının, kendi içinde, ihlali olduğunu göz önünde tutmuştur.

2. Müdahalenin Haklı Bir Sebebe Dayanıp Dayanmadığı

40. Hükümet toplantının yasadışı organize edildiğini ileri sürmüştür. Hükümet Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci paragrafının kamu düzenini korumak amacıyla barışçıl toplanma hakkına sınırlamalar getirdiğini ifade etmiştir.

41. Mahkeme, bir müdahalenin "yasayla emredilmedikçe", ikinci paragrafta belirtilen amaçlardan bir veya birden fazlasını amaçlamadıkça ve bu amaçların tesisi için "demokratik bir toplumda gerekli" olmadıkça 11. maddeyi ihlal edeceğini yineler.

42. Bu bağlamda Mahkeme, mevcut davadaki müdahaleye ilişkin yasal dayanağın, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası'nın (2911 sayılı Yasa) 22. maddesinde mevcut olduğunu ve bu nedenle de Sözleşme'nin 11 § 2. maddesi çerçevesinde "yasayla emredilmiş" olduğunu belirtmektedir. Meşru amaç açısından Hükümet müdahalenin kamu düzeninin korumayı amaçladığını iddia etmektedir. Mahkeme bu tespitten ayrılmasını gerektirecek bir neden bulmamaktadır.

43. Müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığına ilişkin soruya dönersek, Mahkeme, ilk olarak Sözleşme'nin 11. maddesi ile bağlantılı kararlarına dayanak teşkil eden temel prensiplere atıfta bulunur (bkz. *Djavit An / Türkiye*, no. 20652/92, paragraf 56-57, AİHM 2003-III; *Plattform "Ärzte für das Leben" / Avusturya*, 21 Haziran 1988 tarihli karar, Seri A no. 139, sf. 12, paragraf 32). Bu içtihatların açıkça ortaya koyduğu üzere resmi makamlar yasal gösterilerin barışçıl bir şekilde yapılmasını sağlamak ve tüm yurttaşların güvenliğini temin etmek için gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğü altındadırlar (bkz. *Balçık ve Diğerleri*, yukarıda belirtilen, § 46; *Oya*

Ataman v. Türkiye, no. 74552/01, § 35, AİHM 2006-....).

44. Mahkeme ayrıca, hükümetlerin sadece barışçıl toplantı hakkının temininden sorumlu olmakla kalmayıp aynı zamanda söz konusu hak açısından dolaylı ve makul olmayan sınırlamalara başvurmaktan da kaçınması gerektiğini belirtmektedir. Son olarak Mahkeme, her ne kadar Sözleşme'nin 11.maddesinin temel amacı bireyin kamu makamlarının keyfi müdahalesinden korunması olsa da, tüm bunlara ek olarak bu hakların etkin bir şekilde kullanılmasının temini için olumlu yükümlülüklerinde olabileceği kanaatindedir.

45. Mahkeme önündeki kanıtlardan, özellikle Adıyaman Cumhuriyet Savcısı'nın verdiği takipsizlik kararından, anlaşılıyor ki, başvurucular Adıyaman Valiliği'nden Adıyaman Amfi Tiyatrosu'nda 1 Mayıs'ı kutlamak üzere bir ön izin almışlardır. Başvurucular kaldırım boyunca yürürken polis kendilerini durdurmuş ve grubu dağıtmak için ikazda bulunmaksızın kuvvet kullanmıştır. Ardından başvurucular gözaltına alınmış ve ertesi gün serbest bırakılmışlardır.

46. Mahkeme aynı zamanda, Cumhuriyet Savcısı'nın kararındaki grubun kamu düzenini tehlikeye sokmadığı veya şiddet eylemlerinde bulunmadığı tespitine de dikkat çekmektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre göstericiler şiddet içermeyen eylemlerde bulunuyorlarsa, Sözleşme'nin 11.maddesi tarafından garanti alınan toplanma özgürlüğünün tüm esasından yoksun kalınmaması amacıyla kamu makamlarının barışçıl toplantılara bir dereceye kadar tolerans göstermeleri önemlidir (bkz. *Nurettin Aldemir ve Diğerleri / Türkiye*, no. 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02 ve 32138/02, § 46, 18 Aralık 2007).

47. Dolayısıyla Mahkeme, mevcut davada polisin şiddetli müdahalesinin Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci paragrafı anlamında kargaşayı önlemek için gereksiz ve orantısız olduğuna karar vermiştir.

48. Bu nedenlerle Sözleşme'nin 11.maddesi ihlal edilmiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN İHLAL EDİLDİĞİNE İLİŞKİN DİĞER İDDİALAR

49. Başvurucular ek olarak Sözleşme'nin 5 ve 6. maddelerinin de ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Başvurucular gözaltına alınmala-

rının yasa dışı olduğunu ve polis gözaltısı sırasında hukuki yardım alma haklarından mahrum bırakıldıklarını ileri sürmektedirler.

50. Mahkeme başvuruçuların Sözleşme'nin 5. ve 6. maddeleri altındaki şikayetlerini incelemiştir. Ancak elinde bulunan tüm bilgileri göz önünde tutarak Mahkeme, dava dosyasında bu maddelerin ihlal edilmiş olabileceğini gösterir herhangi bir bulgu tespit etmemiştir. Başvurunun bu kısmı Sözleşme'nin 35 §§ 3 ve 4 uyarınca dayanaksız bulunmuş ve reddedilmiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİ ALTINDA YAPILAN BAŞVURU

51. Sözleşme'nin 41. maddesi;

"Mahkeme, işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören tarafın hakkaniyete uygun bir surette tatminine hükmeder."

A. Zarar

52. Başvuruçuların her biri maddi ve manevi zararlarına karşılık olarak 50,000 Amerikan Doları tazminat talep etmiştir.

53. Hükümet bu talebe itiraz etmiştir.

54. Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlalinin tespit edilmesi ile başvuruçuların yeterince tazmin edilmiş olacağı kanaatindedir (bkz. *Oya Ataman*, yukarıda bahsedilen, paragraf 48). Bununla birlikte diğerlerinden bağımsız olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği tespitinde bulunulan Şeyho Saya, Çetin Taş, Akın Doğan, Ali Murat Bilgiç ve Bahattin Barış Bilgiç açısından Mahkeme hakkaniyete uygunluk temelinde adı geçen beş başvuruçunun her biri lehine 3,000 Avro manevi tazminata hükmetmiştir. Buna ilave olarak Mahkeme, Zeynep Saya, Hasan Ölgün, Müslüm Atasoy, Zöhre Taş, Nedim Çiftçi ve Hediye Kılıncı'ya ilişkin olarak 3. maddenin usulen ihlal edildiğini anımsatmış ve hakkaniyete uygun olarak bu altı başvuruçunun her biri lehine 1,000 Avro manevi tazminata hükmetmiştir.

B. Giderler ve Harcamalar

55. Başvurucuların her biri Mahkeme önündeki yargılama sırasında yapılan harcamalara ilişkin 9,500 YTL talep etmişlerdir. Bu miktar İstanbul Barosu asgari ücret tarifesi esas alınarak yapılmıştır.

56. Hükümet bu talebe asılsız olduğu gerekçesiyle itiraz etmiştir.

57. Mahkeme içtihatlarına göre bir başvuru gerçekten ve zaruri olarak meydana geldiğini ve miktar olarak makul olduğunu ortaya koyması koşuluyla masraf ve ücretleri talep etme hakkına sahiptir. Görülmekte olan bu davada başvurucular talep ettikleri tutarların gerçekten meydana gelmiş olduğunu ispatlayamamıştır. Bu nedenlerle Mahkeme bu başlık altında herhangi bir miktarın ödenmesine karar vermemektedir.

C. Gecikme faizi

58. Mahkeme Avrupa Merkez Bankası'nın en yüksek kredi faiz oranına %3 eklenerek gecikme faizi alınması gerekliliğini göz önünde tutar.

BU SEBEPLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. Başvurucular Zeynep Saya, Hasan Ölgün, Müslüm Atasoy, Zöhre Taş, Nedim Çiftçi ve Hediye Kılınç'ın Sözleşme'nin 3. maddesinin esasına ilişkin şikayetlerini başvurucuların özgürlük ve güvenlik hakları (madde 5) ve adli yardım haklarını (madde 6) ayrı tutarak kabul edilemez bulunduğuna;

2. Başvurunun geri kalan kısmının kabulüne;

3. Şeyho Saya, Çetin Taş, Akın Doğan, Ali Murat Bilgiç ve Bahattin Barış Bilgiç'e ilişkin olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine;

4. Kamu makamlarının başvurucuların kötü muamele iddialarına ilişkin olarak etkili bir soruşturma yürütmediklerinden dolayı Sözleşme'nin 3. maddesinin usuli açıdan ihlal edildiğine;

5. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine;

6. Başvurucuların manevi tazminat taleplerine ilişkin olarak

Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği tespitinin yeterli olduğuna;

7. a) Davalı Devletin Sözleşme'nin 44 § 2. maddesi uyarınca kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içerisinde Şeyho Saya, Çetin Taş, Akın Doğan, Ali Murat Bilgiç ve Bahattin Barış Bilgiç'in her birine 3,000 Avro (üç bin Avro) ve Zeynep Saya, Hasan Ölgün, Müslüm Atasoy, Zöhre Taş, Nedim Çiftçi ve Hediye Kılınç'ın her birine 1,000 Avro (bin Avro) manevi tazminat olarak ödeme tarihindeki kurdan Yeni Türk Lirası'na çevrilerek vergisiz olarak ödenmesine;

b) Yukarıda sözü edilen üç aylık sürenin bitiminden ödeme tarihine kadar Avrupa Merkez Bankası'nın en yüksek faiz oranının %3 oranında arttırılması ile elde edilen oranda basit faiz ödenmesine;

8. Başvurucuların adil tatmin için istedikleri taleplerinden geri kalanlarının reddine;

Karar vermiştir.

Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddeleri uyarınca 7 Ekim 2008 günü İngilizce dili ile yazılı olarak bildirilmiştir

Françoise Elens-Passos
Yazışleri Müdürü

Françoise Tulkens
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.

Y A S A L A R

RG 22 Nisan 2009/27208

- 5887 Dünya Bankası Grubu ve Uluslararası Para Fonu Governörler Kurullarının 2009 Yıllık Toplantıları Münasebetiyle Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Dünya Bankası Grubu ve Uluslararası Para Fonu Arasında Düzenlenen Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun
- 5888 Türkiye Cumhuriyeti Tarım ve Köyişleri Bakanlığı ve Filistin Ulusal Yönetimi Tarım Bakanlığı Arasında Tarım Alanında İşbirliği Konulu Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun
- 5889 Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı ve Suudi Arabistan Krallığı Sağlık Bakanlığı Arasında Sağlık Alanında Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun
- 5890 Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı ile Bahreyn Krallığı Sağlık Bakanlığı Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine Dair Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulduğu Hakkında Kanun

RG 27 Nisan 2009/27212

- 5892 Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 05 Mayıs 2009/27219

- 5891 Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 16 Mayıs 2009/27230

- 5893 Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5894 Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun
- 5895 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Türkmenistan Hükümeti Arasında Ekonomik İşbirliğine Dair Hükümetlerarası Türk-Türkmen Komisyonu Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna İlişkin Kanun
- 5896 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Türkmenistan Hükümeti Arasında Ticari ve Ekonomik İşbirliğine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5897 Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5898 Uçucu Maddelerin Zararlarından İnsan Sağlığının Korunmasına Dair Kanun

RG 26 Mayıs 2009/27239

- 5899 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Süleymaniye Külliyesinin Korunması Hakkında İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 05 Haziran 2009/27249

- 5900 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Slovenya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Sağlık ve Tıp Alanında İşbirliğine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun

RG 12 Haziran 2009/27256

5901 Türk Vatandaşlığı Kanunu*

T Ü Z Ü K L E R

RG 29 Nisan 2009/27214

2009/14848 Soyadı Nizamnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük*

Y Ö N E T M E L İ K L E R

RG 16 Nisan 2009/27202

- Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Toprak Mahsulleri Ofisi Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personeli Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine İlişkin Yönetme-likte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kastamonu Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

* Bkz. Ekler.

RG 17 Nisan 2009/27203

- Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Okullarda Enerji Yöneticisi Görevlendirilmesine İlişkin Yönetmelik

RG 18 Nisan 2009/27204

- Kız Teknik Öğretim Okullarına Bağlı Kreş Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Okulların Merasim Geçişi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 19 Nisan 2009/27205

- Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları ve Eğitim Araçları Satış İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Açık İlköğretim Okulu Yönetmeliğinin Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beykent Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beykent Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Nisan 2009/27206

- Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik
- Sivil Hava Ulaşımına Açık Havaalanlarında Yer Alan Terminaler ile Sıhhi İşyerleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte (SHY-33B) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Engelli Çocuklar Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 21 Nisan 2009/27207

- Hafif Yolcu ve Ticari Araçlardan Çıkan Emisyonlar (Euro 5 ve Euro 6) Bakımından ve Araç Tamir ve Bakım Bilgilerine Erişim Konusunda Motorlu Araçların Tip Onayına İlişkin Yönetmelik ((AT) 715/2007)
- Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- 555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*
- Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*

RG 22 Nisan 2009/27208

- 2521 Sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Araştırma Destek Programları Başkanlığı Tarafından Yürütülen Programlara İlişkin Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Çevre Mühendisleri Odası Serbest Çevre Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Asgari Ücret Yönetmeliği
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

* Bkz Ekler.

RG 24 Nisan 2009/27209

- Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Uzmanı ve Uzman Yardımcılarının Sınav, Atama, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Kültür Yatırım ve Girişimlerinin Belgelendirilmesine ve Niteliklerine İlişkin Yönetmelik
- 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (e) Bendine Göre Yapılacak Alımlarda Uygulanacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik
- Balıkesir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Nisan 2009/27210

- Asgari İşçilik İncelemelerinde Uzlaşma Yönetmeliği
- Yurtçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik
- PTT Genel Müdürlüğü Taşınır Mal Satım İşlemleri Yön.

RG 26 Nisan 2009/27211

- Kozmetik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Nisan 2009/27212

- Motorlu Araçlarda İklimlendirme Sistemlerinden Çıkan Emisyonlarla İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (2006/40/AT)

RG 28 Nisan 2009/27213

2009/14815 Devlet Memurları Yiyecek Yardımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

- Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Namık Kemal Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Nisan 2009/27214

2009/14929 Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Diyanet İşleri Başkanlığı Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Aile ve Sosyal Araştırma Uzman Yardımcılığı Giriş, Aile ve Sosyal Araştırma Uzmanlığı Yeterlik Sınavları ile Atama ve Yetiştirilmelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Ticari Amaçlı Patateslerin İzlenebilirliği Hakkında Yönetmelik
- Çevre Kanununca Alınması Gereken İzin ve Lisanslar Hakkında Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 30 Nisan 2009/27215

- Ağaçlandırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun Geçici 7 nci Maddesinin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Telsiz Genel Müdürlüğü Personelinin Atama ve Görevde Yükselme Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Adnan Menderes Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisans Eğitim-Öğretim Süresi ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 03 Mayıs 2009/27217

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Yönetim Kurulunun Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik

RG 04 Mayıs 2009/27218

- Dicle Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yaşar Üniversitesi Araştırma-Geliştirme ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Mayıs 2009/27219

- Hava Kalitesi Değerlendirme ve Yönetimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Onaylanmış Kuruluşlara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doğu Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Balıkesir Üniversitesi Bandırma İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Mustafa Kemal Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Kapadokya Meslek Yüksekokulu Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 06 Mayıs 2009/27220

- Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ulusal Süt Konseyi Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Bölge Kurulları Çalışmaları ile Koruma Yüksek Kuruluna Yapılacak İtirazlara Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Mühendisleri Odası Mesleki Deneyim Kazanma ve Meslek Mensupluğu Sınav Yönetmeliği
- Celal Bayar Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 07 Mayıs 2009/27221

- Yükseköğretim Kurumlarının Yurtdışındaki Kapsama Dahil Yükseköğretim Kurumlarıyla Ortak Eğitim ve Öğretim Programları Tesisi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yurtdışı Yükseköğretim Diplomaları Denklik Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Türkçe Öğrenim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde (GÜ TÖMER) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Mayıs 2009/27223

- Türkiye Şeker Fabrikaları Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü Mal ve Hizmet Satış Yönetmeliği

RG 10 Mayıs 2009/27224

- Kırıkkale Üniversitesi Kanser Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Kırıkkale Üniversitesi Danışma-Rehberlik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 11 Mayıs 2009/27225

- Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Arel Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği

RG 12 Mayıs 2009/27226

- Petrol Piyasası Bilgi Sistemi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Arel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kocaeli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Mayıs 2009/27227

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ahi Evran Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Şehircilik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 14 Mayıs 2009/27228

- Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tarım ve Köyşleri Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik ve Mühendislik Hizmetleri ve Asgari Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kocaeli Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık, Yabancı Dil Destek ve Yabancı Dil Tamamlama Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Nevşehir Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Mayıs 2009/27229

- Tohumculuk Sektöründe Yetkilendirme ve Denetleme Yönetmeliği

RG 16 Mayıs 2009/27230

2009/14954 Mal Memurlarının Kayyımlığı Hakkında Yönetmelik

- Hammadde ve Şeker Fiyatları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Şeker Depolama Kesintisi ve Prim Ödemeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektronik Haberleşme Cihazlarına Güvenlik Sertifikası Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik
- Kısa Mesaj Hizmetlerinde Türkçe Karakter Kullanımına Dair Yönetmelik
- Sıvılaştırılmış Doğal Gaz Depolama Tesisi Temel Kullanım Usul ve Esaslarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik

RG 17 Mayıs 2009/27231

- Sanayi ve Ticaret Uzmanı ve Uzman Yardımcılarının Sınav, Atama, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Rüzgâr Enerjisine Dayalı Lisans Başvurularının Teknik Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Esnaf ve Sanatkarların Ödeyecekleri Kayıt Ücreti ve Yıllık Aidat Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre ve Orman Bakanlığı Döner Sermayeli İşletmeler Yönetmeliği

RG 18 Mayıs 2009/27232

- Düzce Üniversitesi Arıcılık Araştırma, Geliştirme ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Ege Üniversitesi Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Çocuk İhmali ve İstismarını Engelleme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kastamonu Üniversitesi Yaz Dönemi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Mayıs 2009/27233

- Adnan Menderes Üniversitesi Şehir Sağlığını Geliştirme, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Ankara Üniversitesi Astronomi ve Uzay Bilimleri Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Yabancı Diller Bölümü Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği
- Karabük Üniversitesi Sürekli Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 21 Mayıs 2009/27234

- Ankara Üniversitesi Beyin Araştırmaları ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Arkeoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 22 Mayıs 2009/27235

- Kuluçkahane ve Damızlık Kanatlı İşletmeleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Göller Bölgesi Su Kaynakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 23 Mayıs 2009/27236

- Karabük Üniversitesi Hazırlık Eğitimi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Mayıs 2009/27237

- Millî Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Üstün Yetenekliler Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Mayıs 2009/27238

- Seyir Yardımcıları Yönetmeliği
- Orman Genel Müdürlüğü Teknik Personelinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Atatürk Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 26 Mayıs 2009/27239

2009/15018 Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Hacettepe Üniversitesi Adli Bilişim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Trafik ve Yol Güvenliği Eğitim, Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Teke Yöresi Halk Kültürü Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mersin Üniversitesi Deniz Kaplumbağaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Nevşehir Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 27 Mayıs 2009/27240

- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İnşaat Mühendisleri Odası Meslek İçi Eğitim Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Gazi Bankacılık ve Sigortacılık Araştırma Merkezi (GBSAM) Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi İletişim Araştırmaları ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yön.

RG 28 Mayıs 2009/27241

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yön.
- Başarılı Sporculara Aylık Bağlanması ve Devlet Sporcusu Unvanı Verilmesi Hakkında Yönetmelik
- Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği
- İşletmecilere Ait Ticari Sırların Korunması ile Kamuoyuna Açıklanabilecek Bilgilerin Yayınlanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İzmir Ekonomi Üniversitesi Öğrenci Kayıt-Kabul İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim Süresiyle Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Mayıs 2009/27242

- İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Kontrolörleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 30 Mayıs 2009/27243

- Gümrük Müsteşarlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliği
- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Su Ürünleri Yetiştiriciliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Mayıs 2009/27244

- Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Milli Prodüktivite Merkezi Uzman Yardımcılığı ve Verimlilik Uzmanlığı Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Milli Prodüktivite Merkezi Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Prodüktivite Merkezi Organlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Kültür Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Pamukkale Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Ders Dışı Öğrenci Faaliyetlerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Haziran 2009/27245

- İstanbul Bilgi Üniversitesi Çift Anadal, Yan Dal ve Üstün Başarı Programları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Kredili Sistem Lisans ve Önlisans Eğitim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yön.

RG 02 Haziran 2009/27246

- Akdeniz Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Batı Anadolu Seramiği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 03 Haziran 2009/27247

- Sivil Hava Ulaşımına Açık Havaalanlarında Yer Alan Gayrisihhi İşyerleri İçin İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte (SYH-33A) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Haziran 2009/27248

- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Personeli Yer Değiştirme Suretiyle Atanma Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu İhale Kurumu İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Uzaktan Eğitim Merkezi Yönetmeliği
- Çankaya Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği
- Mustafa Kemal Üniversitesi Tarımsal Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Uludağ Üniversitesi Önlisans ve Lisans Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Haziran 2009/27249

2009/15012 Resmî Gazete'nin Sureti Neşir ve Muameletinin Tarzı İcrasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Haziran 2009/27250

- Türkiye Büyük Millet Meclisinde Basın ve Yayın Mensuplarının Çalışmaları Hakkında Yönetmelik
- Sınır Ticaret Merkezlerinden Yapılacak İhracat ve İthalata İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönet-

melik

- Kent Konseyi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yön.
- Süleyman Demirel Üniversitesi Sürekli Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Haziran 2009/27251

- İçişleri Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İçişleri Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Serbest Müşavirlik Mühendislik Büroları Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Haziran 2009/27252

- Ankara Üniversitesi Ankara Çalışmaları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ordu Üniversitesi Devlet Konservatuarı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 09 Haziran 2009/27253

- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğünce 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna Göre Kullanılacak Yetkilere İlişkin Yönetmelik
- Gezi Tekneleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bitki Koruma Ürünlerinin Toptan ve Perakende Satılması ile Depolanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bankalar ve Konsolide Denetime Tabi Kuruluşlarca Yapılabilecek Bağış ve Yardımlara İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Barolar Birliği Baro Hakem Kurulu Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik*
- Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik*
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Kadın Araştırmaları ve Uygulamaları Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Deprem Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 10 Haziran 2009/27254

- Sahil Sağlık Denetleme Merkezleri Yönetmeliği
- İstanbul Arel Üniversitesi Çift Anadal ve Yandal Lisans Eğitim-Öğretim Programları Yönetmeliği

* Bkz Ekler.

- Kırıkkale Üniversitesi Uzaktan Eğitim Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

RG 11 Haziran 2009/27255

- Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yön.
- Karayolu Taşıma Yönetmeliği
- Başkent Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ege Üniversitesi Aile Planlaması ve Kısırlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Haziran 2009/27256

- Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu Denetçi Yardımcılığı Giriş ve Yeterlik Sınavları ile Denetçiliğe Atama Yönetmeliği
- Bitki Koruma Ürünlerinin Reçeteli Satış Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Rüzgar Enerjisine Dayalı Lisans Başvurularının Teknik Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Enerji Uzman ve Uzman Yardımcılarının Sınav, Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Haziran 2009/27257

- Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Bilim Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*

RG 14 Haziran 2009/27258

- Anadolu Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çukurova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Haziran 2009/27259

- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü e-Devlet Merkezi Yönetmeliği
- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yerel Yönetimler Merkezi Yönetmeliği
- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Dış İlişkiler Merkezi Yönetmeliği
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği

* Bkz Ekler.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'nin
Ekler bölümü, elimizin altında bulunmasını istediğimiz,
ancak gözümüzün önünde bulunmasını istemediğimiz önemli bilgileri,
metinleri bünyesinde saklayacaktır. Dergi'nin okunmasını zorlaştıracak,
ancak kimilerinin ayrıntılarına önem verdiği uzun metinlere, yasalara, tüzük
ve yönetmeliklere burada yer verilecektir.
Biz bu bölüme kendi aramızda, eski evlerin vazgeçilmez temiz, düzenli, an-
cak göz önünde bulunmayan bölümünden esinlenerek **"Kiler"** diyoruz.
Büyük ihtiyaçlara cevap verecek bölümün geleceği de sizlerin
öneri ve dilekleriyle şekillenecektir.

K A N U N L A R TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNU

Kanun No. 5901

Kabul Tarihi: 29/5/2009

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam, Tanımlar ve Va-
tandaşlık Hizmetlerinin Yürütülmesi

Amaç

MADDE 1 – (1) Bu Kanunun amacı; Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybına dair iş ve işlemlerin yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

Kapsam

MADDE 2 – (1) Bu Kanun, Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybına ilişkin esasların düzenlenmesine ve vatandaşlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin usulleri kapsar.

Tanımlar

MADDE 3 – (1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Bakanlık: İçişleri Bakanlığını,
b) Çok vatandaşlık: Türk vatandaşının aynı anda birden çok vatandaşlığa sahip olmasını,

c) Genel Müdürlük: Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünü,

ç) Türk vatandaşı: Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişiyi,

d) Yabancı: Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi,
ifade eder.

Vatandaşlık hizmetlerinin yürütülmesi

MADDE 4 – (1) Türk vatandaşlığının kazanılmasına ve kaybına ilişkin hizmetler yurt içinde Bakanlık, yurt dışında ise dış temsilcilikler tarafından yürütülür.

İKİNCİ BÖLÜM

Türk Vatandaşlığının Kazanılması

Türk vatandaşlığının kazanılması halleri

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

Doğumla kazanılan vatandaşlık

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

Soy bağı

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

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

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

Doğum yeri

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

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

Sonradan kazanılan vatandaşlık

MADDE 9 – (1) Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı, yetkili ma-

kam kararı veya evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması ile gerçekleşir.

Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması

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

Başvuru için aranan şartlar

MADDE 11 – (1) Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar da;

a) Kendi millî kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak,

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

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

ç) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmaması,

d) İyi ahlak sahibi olmak,

e) Yeteri kadar Türkçe konuşabilmek,

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

g) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmaması,

şartları aranır.

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

Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnai haller

MADDE 12 – (1) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Bakanlığın teklifi, Bakanlar Kurulunun kararı ile aşağıda belirtilen yabancılar Türk vatandaşlığını kazanabilirler.

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

b) Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler.

c) Göçmen olarak kabul edilen kişiler.

Türk vatandaşlığının ikamet şartı aranmaksızın yeniden kazanılması

MADDE 13 – (1) Millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla aşağıda belirtilen kişiler Türkiye'de ikamet etme süresine bakılmaksızın, Türk vatandaşlığını Bakanlık kararıyla yeniden kazanabilirler.

a) Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler.

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

Türk vatandaşlığının ikamet şartına bağlı olarak yeniden kazanılması

MADDE 14 – (1) 29 uncu madde uyarınca Türk vatandaşlığı kaybettilenler Bakanlar Kurulu kararıyla, 34 üncü madde uyarınca Türk vatandaşlığını kaybedenler Bakanlık kararıyla, millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir halinin bulunmaması ve Türkiye'de üç yıl ikamet etmek şartıyla Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilirler.

İkamet ve sürelerin hesaplanması

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

Türk vatandaşlığının evlenme yoluyla kazanılması

MADDE 16 – (1) Bir Türk vatandaşı ile evlenme doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırmaz. Ancak bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan

beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilir. Başvuru sahiplerinde;

- a) Aile birliği içinde yaşama,
 - b) Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama,
 - c) Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama,
- şartları aranır.

(2) Başvurudan sonra Türk vatandaşlığı eşin ölümü nedeniyle evliliğin sona ermesi halinde birinci fıkranın (a) bendindeki şart aranmaz.

(3) Evlenme ile Türk vatandaşlığını kazanan yabancılar evlenmenin butlanına karar verilmesi halinde evlenmedeyiniyetli iseler Türk vatandaşlığını muhafaza ederler.

Türk vatandaşlığının evlat edinilme ile kazanılması

MADDE 17 – (1) Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir.

Vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu

MADDE 18 – (1) 11 inci ve 16 ncı maddeler uyarınca Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancıların başvuru için gerekli şartları taşıyıp taşımadıklarının tespiti, illerde oluşturulan vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu tarafından yapı-

lır. Komisyonun oluşumu ve çalışma esasları yönetmelikle belirlenir.

Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında usul ve esaslar

MADDE 19 – (1) Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancıardan başvuru için gerekli şartları taşıyanların adına vatandaşlık dosyası düzenlenir ve karar verilmek üzere Bakanlığa gönderilir. Bakanlıkça yapılacak inceleme ve araştırma sonucunda durumu uygun bulunanlar Bakanlık kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilirler, uygun görülmeyenlerin talepleri ise Bakanlıkça reddedilir.

(2) 12 nci madde uyarınca Türk vatandaşlığını kazanma işlemleri Bakanlıkça yürütülür.

Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasının geçerliliği ve sonuçları

MADDE 20 – (1) Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararlar, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder.

(2) Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması eşin vatandaşlığına tesir etmez. Ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte velayeti kendisinde bulunan çocukları, diğer eşin muvafakat etmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır. Muvafakat verilmemesi halinde ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hakim kararına göre işlem yapılır. Türk

vatandaşlığını birlikte kazanan ana ve babanın çocukları da Türk vatandaşlığını kazanır.

(3) Ana veya babanın Türk vatandaşlığını kazandığı tarihte kendileri ile birlikte işlem görmeyen çocukları, ergin olduktan sonra Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvurdukları takdirde haklarında 11 inci madde hükümleri uygulanır.

Türk vatandaşlığının seçme hakkı ile kazanılması

MADDE 21 – (1) 27 nci madde uyarınca ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden çocuklar ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanabilirler.

Türk vatandaşlığının seçme hakkı ile kazanılmasının geçerliliği ve sonuçları

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

(2) Seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin eşleri ve çocukları hakkında 20 nci madde hükümleri uygulanır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Türk Vatandaşlığının Kaybı

Türk vatandaşlığının kaybı halleri

MADDE 23 – (1) Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı veya seçme

hakkının kullanılması ile kaybedilir.

Yetkili makam kararı ile kayıp yolları

MADDE 24 – (1) Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kaybı, çıkma veya kaybettirme ya da vatandaşlığa alınmanın iptali ile gerçekleşir.

Türk vatandaşlığından çıkma

MADDE 25 – (1) Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyen kişilere aşağıdaki şartları taşımaları halinde Bakanlıkça çıkma izni veya çıkma belgesi verilebilir.

a) Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak.

b) Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak.

c) Herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak.

ç) Hakkında herhangi bir mali ve cezai tahdit bulunmamak.

Türk vatandaşlığından çıkma belgeleri

MADDE 26 – (1) Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmak üzere Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyenlerden talepleri uygun görülere Bakanlıkça, Türk vatandaşlığından çıkma izin belgesi; verilen izin sonucunda veya önceden yabancı bir devlet vatandaşlığını kazandığını belgeleyenlere ise Türk vatandaşlığından çıkma belgesi verilir.

(2) Çıkma izin belgesi, karar tari-

hinden itibaren iki yıl geçerlidir. İzin belgesini alanlar bu süre içerisinde yurt içinde ikamet edilen yer valiliğine, yurt dışında ise dış temsilciliklere yabancı devlet vatandaşlığını kazandıklarına dair bilgi ve belgeleri vermek zorundadır. Süresi içinde yabancı devlet vatandaşlığının kazanılamaması durumunda çıkma izin belgesi geçersiz hale gelir.

Türk vatandaşlığından çıkmanın geçerliliği ve sonuçları

MADDE 27 – (1) Çıkma belgesinin ilgiliye imza karşılığı teslimi ile Türk vatandaşlığı kaybedilir. Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin nüfus aile kütüklerindeki kayıtları kapatılır ve kayıp tarihinden itibaren yabancı muamelesine tabi tutulurlar.

(2) Eşlerden birinin çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybetmesi diğer eşin vatandaşlığına tesir etmez. Türk vatandaşlığını kaybeden ana ya da babanın talebinin bulunması ve diğer eşin de muvafakat etmesi halinde çocukları da kendileri ile birlikte Türk vatandaşlığını kaybederler. Muvafakat verilmemesi halinde hakim kararına göre işlem yapılır. Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını birlikte kaybeden ana ve babanın çocukları da Türk vatandaşlığını kaybeder.

(3) Vatandaşlığın kaybı, çocukları vatansız kılacak ise bu madde hükümleri uygulanmaz.

Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden ki-

şilere tanınan haklar

MADDE 28 – (1) Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları; millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve muafen araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler.

Türk vatandaşlığını kaybettirme

MADDE 29 – (1) Aşağıda belirtilen eylemlerde buldukları resmi makamlarca tespit edilen kişilerin Türk vatandaşlığı Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirilebilir.

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

b) Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Bakanlar Kurulunun izni olmaksızın

kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler.

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

Türk vatandaşlığının kaybettirilmesinin geçerliliği ve sonuçları

MADDE 30 – (1) Türk vatandaşlığının kaybettirilmesi Bakanlar Kurulu kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren hüküm ifade eder.

(2) Kaybettirme kararları şahsi-dir, ilgilinin eş ve çocuklarına tesir etmez.

Türk vatandaşlığının iptali

MADDE 31 – (1) Türk vatandaşlığını kazanma kararı; ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda vuku bulmuş ise kararı veren makam tarafından iptal edilir.

İptal kararının geçerliliği ve sonuçları

MADDE 32 – (1) İptal kararı, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder. İptal kararı ilgili kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş ve çocuklar hakkında da uygulanır.

Malların tasfiyesi

MADDE 33 – (1) Vatandaşlığı iptal edilenler hakkında 15/7/1950 tarihli ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Bunlardan mallarının tasfiyesi

gerekli görülen hallerde bu husus iptal kararında belirtilir. Bu kişiler en geç bir yıl içinde Türkiye’deki mallarını tasfiye etmek zorundadır. Aksi halde, malları Hazinece satılarak bedelleri nam ve hesaplarına kamu haznedarlığı sistemine dahil bir kamu bankasına yatırılır.

(2) Bu kişiler iptal kararı aleyhine yargı yoluna başvurdukları takdirde malların tasfiyesi dava sonuna bırakılır.

Türk vatandaşlığının seçme hakkı ile kaybı

MADDE 34 – (1) Aşağıda durumları belirtilenler, ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde Türk vatandaşlığından ayrılabilirler.

a) Ana ya da babadan dolayı soy bağı nedeniyle doğumla Türk vatandaşı olanlardan yabancı ana veya babanın vatandaşlığını doğumla veya sonradan kazananlar.

b) Ana ya da babadan dolayı soy bağı nedeniyle Türk vatandaşı olanlardan doğum yeri esasına göre yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananlar.

c) Evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlar.

ç) Doğum yeri esasına göre Türk vatandaşı oldukları halde, sonradan yabancı ana veya babasının vatandaşlığını kazananlar.

d) Herhangi bir şekilde Türk vatandaşlığını kazanmış ana veya babaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazananlar.

(2) Yukarıdaki hükümler gereğince vatandaşlığın kaybı ilgiliyi vatansız kılacak ise seçme hakkı kullanılamaz.

Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığını kaybetmenin geçerliliği ve sonuçları

MADDE 35 – (1) Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kaybı, bu hakkın kullanılmasına dair şartların varlığının tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder.

(2) Seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin eşleri ve çocukları hakkında 27 nci madde hükümleri uygulanır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Ortak Hükümler

Türk vatandaşlığının ispatı

MADDE 36 – (1) Türk vatandaşlığının ispatı herhangi bir şekle tabi değildir.

(2) Aşağıdaki resmi kayıt ve belgeler, aksi sabit oluncaya kadar ilgilinin Türk vatandaşı olduğuna karine teşkil eder.

a) Nüfus kayıtları.

b) Nüfus cüzdanları.

c) Pasaport veya pasaport yerine geçen belgeler.

(3) Bir kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı konusunda herhangi bir tereddüde düşüldüğü takdirde bu husus Bakanlıktan sorulur.

Vatandaşlık işlemlerinde müracaat makamı ve usul

MADDE 37 – (1) Türk vatandaş-

lığının kazanılması ve kaybına ilişkin başvurular yurt içinde ikamet edilen yer valiliğine, yurt dışında ise dış temsilciliklere bizzat veya bu hakkın kullanılmasına ilişkin vekâletname ile yapılır.

Bilgi ve belge istenmesi

MADDE 38 – (1) Vatandaşlık işlemlerine ilişkin inceleme ve araştırmalarla ilgili bilgi ve belgeler, kamu kurum ve kuruluşlarınca herhangi bir gecikmeye mahal bırakılmaksızın verilir.

Maddi hataların düzeltilmesi

MADDE 39 – (1) Bu Kanuna göre alınan kararlarda maddi bir hata bulunduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren makam tarafından düzeltme veya değiştirme kararı alınır.

Vatandaşlık kararlarının geri alınması

MADDE 40 – (1) Türk vatandaşlığının kazanılması veya kaybına ilişkin kararlar, hukuki şartlar oluşmadan veya mükerrer olarak verildiği sonradan anlaşıldığı takdirde geri alınır.

Tebliğat

MADDE 41 – (1) Türk vatandaşlığının kazanılmasına ve kaybına ilişkin kararlar ilgiliye ve başvuru makamlarına tebliğ olunur. 29 uncu madde uyarınca verilen kaybettirme kararları Resmi Gazete’de yayımlanır ve yayımlandığı tarihte tebliğ edilmiş sayılır.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Çeşitli Hükümler

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşları

MADDE 42 – (1) Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşları, Türk vatandaşı olmak istediklerini yazılı olarak beyan ettikleri takdirde Türk vatandaşlığını kazanırlar.

(2) Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşlığını sonradan kazanmış olanlar hakkında 11 inci maddede belirtilen hükümler uygulanır.

403 sayılı Kanuna göre Türk vatandaşlığını kaybedenler

MADDE 43 – (1) Mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 25 inci maddesinin (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan kişiler başvurmaları halinde, millî güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak kaydıyla, Türkiye’de ikamet etme şartı aranmaksızın Bakanlar Kurulu kararı ile yeniden Türk vatandaşlığına alınabilirler.

Çok vatandaşlık

MADDE 44 – (1) Herhangi bir nedenle yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanan kişilerin, bu durumlarına ilişkin belgeleri ibraz etmeleri ve yapılacak inceleme sonucunda kayden aynı kişiler olduklarının tespiti halinde, nüfus aile kütüklerindeki kayıtlarına çok vatandaşlığa sahip olduklarına dair açıklama yapılır.

Vatandaşlık işlemleri hizmet bedeli

MADDE 45 – (1) Türk vatandaşlığının sonradan kazanılmasına ilişkin verilen hizmet bedeli karşılığı, Bakanlık ve Maliye Bakanlığınca birlikte belirlenir. Tahsil edilen hizmet bedeli tutarları bütçeye gelir kaydedilir.

(2) 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa göre geliri olmayanlar ve kendileri ile birlikte işlem gören ergin olmayan çocukları için birinci fıkra uyarınca belirlenen hizmet bedeli alınmaz.

Yönetmelik

MADDE 46 – (1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Yürürlükten kaldırılan mevzuat ve atıflar

MADDE 47 – (1) 11/2/1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, 24/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasında geçen “il ve ilçe” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) Diğer mevzuatta 11/2/1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununa yapılmış olan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır.

Türk soylu yabancılar

GEÇİCİ MADDE 1 – (1) 11 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde öngörülen ikamet süresi, Türk soylu yabancılar için 31/12/2010 tarihine kadar iki yıl olarak uygulanır.

Mevcut yönetmeliğin uygulanması

GEÇİCİ MADDE 2 – (1) 46 ncı maddede öngörülen yönetmelik altı ay içinde hazırlanarak yürürlüğe konulur. Bu yönetmelik yürürlüğe girinceye kadar mevcut yönetmeliklerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

Yürürlük

MADDE 48 – (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 49 – (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

11/6/2009

RG: 12 Haziran 2009/Sayı: 27256

T Ü Z Ü K L E R

Karar Sayısı: 2009/14848

SOYADI NİZAMNAMESİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR TÜZÜK

MADDE 1 – 24/12/1934 tarihli ve 2/1759 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Soyadı Nizamnamesinin 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 1 – Her Türk vatandaşı, öz adından başka soyadı da taşımak zorundadır. Soyadı olmayanlara kendilerince belirlenen bir soyadı mülki idare amirleri tarafından aile

kütüklerine ve doğum tutanaklarına yazdırılır.”

MADDE 2 – Aynı Nizamnamenin 2 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 2 – Söyleyişte, yazışta, öz ad önde, soyadı sonda olmak üzere bütün harfleri söylenerek veya yazılarak kullanılabileceği gibi söyleyişte ve yazışta öz adsız yalnız soyadı kullanılabilir ve imzada öz adın ilk harfi, öz ad iki tane ise her ikisinin ilk harfleri veya birinin ilk harfi ile öteki ad ve soyadının tümü yazılabilir. İki soyadı olan kadın her iki soyadını birlikte kullanır.”

MADDE 3 – Aynı Nizamnamenin 12 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 12 – 7, 8, 9, 10 ve 11 inci maddelere aykırı olarak verilmiş adlar aile kütüklerine ve doğum tutanaklarına yazılamaz. Söz konusu maddelere aykırı olarak verilmiş olan adların değiştirilmesi için ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcılarının tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde dava açılır.”

MADDE 4 – Aynı Nizamnamenin 15 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 15 – Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde

doğan çocuklar babalarının soyadını taşırlar. Evlilik dışında doğan çocuklar, annelerinin soyadını alırlar. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çift soyadı taşıyorsa, çocuk onun bekarlık soyadını taşır. Evlilik dışında doğmuş çocuklar, ana ve babanın birbirleri ile evlenmesi veya babalarının tanınması ya da hakimnin babalığa karar vermesi ile babanın soyadını alır.”

MADDE 5 – Aynı Nizamnamenin 16 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 16 – Evlatlık küçük ise evlat edinenin soyadını alır. Ergin olan evlatlık, evlat edinilme sırasında dilerse evlat edinenin soyadını alabilir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması durumunda evlatlık, evlat edinilmeden önceki soyadını alır.”

MADDE 6 – Aynı Nizamnamenin 17 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 17 – Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır. Ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”

MADDE 7 – Aynı Nizamnamenin 19 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 19 – Boşanma halinde kadın, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Ancak hakim boşandığı kocasının soyadını taşımasına izin vermiş ise boşandığı kocasının soyadını taşımaya devam eder.”

MADDE 8 – Aynı Nizamnamenin 26 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 26 – Bulunmuş zihinsel özürülüler ile yaşının küçüklüğü nedeniyle kendini ifade edemeyen bulunmuş çocuklar hakkında düzenlenen tutanaklarda belirtilmemiş ise soyadı, nüfus müdürlüğüne verilir.”

MADDE 9 – Aynı Nizamnamenin 3, 4, 13, 14, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51 ve 52 nci maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 10 – Danıştay’ca incelenmiş olan bu Tüzük yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 11 – Bu Tüzük hükümlerini İçişleri Bakanı yürütür.

29 Nisan 2009 / Sayı: 27214

YÖNETMELİKLER

PATENT HAKLARININ KORUNMASI HAKKINDA KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMENİN UYGULAMA ŞEKLİNİ GÖSTERİR YÖNETMELİKTE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR YÖNETMELİK

MADDE 1 – 5/11/1995 tarihli ve 22454 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 9 uncu maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 2 – Aynı Yönetmeliğin 10 uncu maddesinin onyedinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin 18 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 18** – Başvuru sırasında Enstitüye verilecek belgelerin suret sayısı aşağıda belirtilmiştir:

- a) Başvuru dilekçesi, bir nüsha.
- b) Tarifname, iki nüsha.
- c) İstem veya istemler, iki nüsha.
- ç) Resimler, iki nüsha.
- d) Özet, iki nüsha.”

MADDE 4 – Aynı Yönetmeliğin

35 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 35** – Patent başvurusunun veya patentin kullanma hakkı, milli sınırların bütünü içinde veya bir kısmında geçerli olacak şekilde, lisans sözleşmesine konu olabilir.

Lisans sözleşmesinin Patent Siciline kaydedilebilmesi için Enstitüye aşağıdaki belgelerle başvuruda bulunulması gerekir.

- a) Dilekçe,
- b) Taraflarca imzalı, imzaları onaylı lisans sözleşmesi,
- c) Gerekli harcın ve Ücret Tarifesinde belirtilen ücretin ödendiğini gösterir belge,
- ç) Gerekli hallerde vekaletname.”

MADDE 5 – Aynı Yönetmeliğin 37 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 37** – Patent başvurusu veya patent başkasına devredilebilir.

Devir işleminin Patent Siciline kaydedilebilmesi için Enstitüye aşağıdaki belgelerle başvuruda bulunulması gerekir.

- a) Dilekçe,
- b) Devreden ve devralan taraftan imzalanmış ve imzaları onaylanmış devir belgesi,
- c) Gerekli harcın ve Ücret Tarifesinde belirtilen ücretin ödendiğini

gösterir belge,

ç) Gerekli hallerde vekaletname.”

MADDE 6 – Aynı Yönetmeliğin 38 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 38 – Bir patent başvurusu veya patent başkasına miras yoluyla intikal edebilir ya da rehnedilebilir.

Miras yoluyla intikal veya rehin işleminin Patent Siciline kaydedilebilmesi için Enstitüye aşağıdaki belgelerle başvuruda bulunulması gerekir.

a) Miras yoluyla intikal işlemi için;

1) Dilekçe,

2) Veraset ilamı,

3) Gerekli harcın ve Ücret Tarifesinde belirtilen ücretin ödendiğini gösterir belge,

4) Gerekli hallerde vekaletname.

b) Rehin işlemi için;

1) Dilekçe,

2) Rehin sözleşmesi,

3) Gerekli harcın ve Ücret Tarifesinde belirtilen ücretin ödendiğini gösterir belge.”

MADDE 7 – Aynı Yönetmeliğin 44 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 44 – Bir patent başvurusu veya patentin sahibinin unvanı ya da adresinde herhangi bir değişiklik söz konusu ise, bu değişikliğin Patent Siciline kaydedilebilmesi için, Enstitüye aşağıdaki belgelerle başvuruda bulunulması gerekir.

a) Unvan değişikliği için;

1) Dilekçe,

2) Unvan değişikliğini gösterir belge,

3) Gerekli harcın ve Ücret Tarifesinde belirtilen ücretin ödendiğini gösterir belge,

4) Gerekli hallerde vekaletname.

b) Adres değişikliği için;

1) Dilekçe,

2) Gerekli harcın ve Ücret Tarifesinde belirtilen ücretin ödendiğini gösterir belge,

3) Gerekli hallerde vekaletname.”

MADDE 8 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 9 – Bu Yönetmelik hükümlerini Türk Patent Enstitüsü Başkanı yürütür.

21 Nisan 2009 / Sayı : 27207

**555 SAYILI COĞRAFI
İŞARETLERİN KORUNMASI
HAKKINDAKİ KANUN
HÜKMÜNDE
KARARNAMENİN
UYGULAMA ŞEKLİNİ
GÖSTERİR YÖNETMELİKTE
DEĞİŞİKLİK
YAPILMASINA DAİR
YÖNETMELİK**

MADDE 1 – 5/11/1995 tarihli ve 22454 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmeliğin 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (c) ve (j) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“c- Başvuru ücretinin ödendiğini gösterir belge”

“j- İlan ücretinin ödendiğini gösterir belge”

MADDE 2 – Aynı Yönetmeliğin 7 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“ **MADDE 7** – 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3, 5, 7 ve 8 inci madde hükümlerini karşılayan başvurular, coğrafi işaretin menşe ad olduğu durumlarda, Enstitü tarafından Resmî Gazete ile coğrafi işaretin üretim alanını kapsayan ilde yayımlanan bir yerel gazetede yayımlanır, coğrafi işaretin ait olduğu üretim

alanının birden fazla ili kapsamaması durumunda ise coğrafi işaretin kapsadığı bütün illerde yayımlanmak şartıyla, bu illerde yayımlanan yerel gazetelerden birinde ilan yoluyla yayımlanır. Coğrafi işaretin mahreç işareti olduğu durumlarda, menşe adlar için geçerli olan, Resmî Gazete ve yerel gazete ilanına ek olarak başvurunun Resmî Gazete’de ilan edildiğine ilişkin bilgi ilanı, yurt çapında dağıtımı olan en yüksek tirajlı günlük iki gazeteden birinde ilan yoluyla yayımlanır. Resmî Gazete ve yerel gazetede ilanda aşağıdaki hususlar yer alır;

a) Başvuru sahibine ilişkin kimlik bilgileri,

b) Ürün adı,

c) Tescilli talep edilen menşe adı veya mahreç işareti,

d) Menşe adı veya mahreç işaretine ilişkin bilgiler; ürünün tanımı, üretim tekniği, ayırt edici özellikleri, üretim alanı,

e) Coğrafi işaretin kullanım koşulları.

Bilgi ilanında ise tescilli talep edilen coğrafi işaret, Resmî Gazete’deki ilan tarihi ve itiraz süresine ait bilgi yer alır.

Yayıma ilişkin her türlü masraf başvuru sahibinden karşılanır. Yayımlanan başvuru geçici olarak coğrafi işaret siciline kayıt edilir.”

MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin 11 inci maddesinin (b) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“b- Ücretin ödendiğini gösterir belge.”

MADDE 4 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 5 – Bu Yönetmelik hükümlerini Türk Patent Enstitüsü Başkanı yürütür.

21 Nisan 2009 / Sayı: 27207

**ENDÜSTRİYEL
TASARIMLARIN KORUNMASI
HAKKINDA KANUN
HÜKMÜNDE
KARARNAMENİN UYGULAMA
ŞEKLİNİ GÖSTERİR
YÖNETMELİKTE
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR YÖNETMELİK**

MADDE 1 – 7/2/2006 tarihli ve 26073 sayılı Resmî Gazete’ de yayımlanan Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 8 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Başvuru formunda, tasarım motif ya da desen değilse, tasarımın kullanıldığı veya uygulandığı ürünün bilinen ismi belirtilmelidir. Tasarımlar Locarno Anlaşmasında belirtilen ürün ya da ürünlere karşılık gelen kod numaraları ve adlar kullanılmak

suretiyle tanımlanır. Locarno Sınıflandırmasında yer almayan ürünler Enstitü tarafından tanımlanır.”

MADDE 2 – Aynı Yönetmeliğin 18 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İlanı yapılmış bir tasarımla ilgili olarak, gerçek veya tüzel kişiler ile ilgili meslek kuruluşları tasarımın yenilik ve ayırt edici nitelik vasfına sahip olmadığı gerekçesiyle ilân tarihinden itibaren altı ay içinde tasarım tescil belgesinin verilmesine karşı Enstitü nezdinde itirazda bulunabilirler.”

MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin 20 nci maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Adres, unvan ve nev’i değişiklikleri için aşağıdaki belgelerin verilmesi zorunludur:

a) Adres değişikliği için:

1) Talep dilekçesi,

2) Ücretin ödendiğini gösterir belge,

3) Vekil varsa vekaletname.

b) Unvan değişikliği için:

1) Talep dilekçesi,

2) Unvan değişikliğini gösterir Ticaret Sicili Gazetesi veya değişikliği gösterir belge,

3) Ücretin ödendiğini gösterir belge,

4) Vekil varsa vekaletname.

c) Nev’i değişikliği için:

1) Talep dilekçesi,

2) Nev’i değişikliğini gösterir Ticaret Sicili Gazetesi veya değişikliği gösterir belge,

3) Ücretin ödendiğini gösterir belge,

4) Vekil varsa vekaletname.”

MADDE 4 – Aynı Yönetmeliğin 23 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 23 – Tasarımların miras yoluyla intikal etmesi halinde bu değişikliğin tasarım siciline işlenmesi için aşağıdaki belgelerin verilmesi zorunludur.**

a) Talep dilekçesi,

b) Mahkeme kararının aslı veya ilgili mahkeme veya noter onaylı sureti,

c) Ücretin ödendiğini gösterir belge,

d) Talep vekil tarafından yapılıyor ise vekaletname.”

MADDE 5 – Aynı Yönetmeliğin 24 üncü maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Devir için aşağıdaki belgelerin verilmesi zorunludur.

a) Devir alanın ve devir edenin imza ve beyanlarını, tasarım tescil numarasını içeren noter tasdikli de-

vir senedi, yabancı başvurularda devir belgesinin noter tarafından tasdik edilmiş Türkçe tercümesi,

b) Ücretin ödendiğini gösterir belge,

c) Talep vekil tarafından yapılıyor ise vekaletname.”

MADDE 6 – Aynı Yönetmeliğin 25 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Birleşmenin tasarım siciline işlenebilmesi için aşağıdaki belgelerin verilmesi zorunludur:

a) Talep dilekçesi,

b) Ticaret Sicili Gazetesi veya yetkili mercilerce onaylanmış birleşmeyi gösterir belge, yabancı başvurularda birleşmeyi gösterir belgenin noter tarafından tasdik edilmiş Türkçe tercümesi,

c) Ücretin ödendiğini gösterir belge,

d) Talep vekil tarafından yapılıyorsa vekaletname.”

MADDE 7 – Aynı Yönetmeliğin 26 ncı maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Lisansın tasarım siciline işlenebilmesi için aşağıdaki belgelerin verilmesi zorunludur:

a) Lisans alan ve verenin imza ve beyanlarını, lisansa konu olan tasarımın adını, tescil numarasını, çoklu başvuru ise sıra numaralarını, ücreti-

ni, süresini belirtir noter tasdikli ve müstenidatlı lisans sözleşmesi,

b) Ücretin ödendiğini gösterir belge,

c) Talep vekil tarafından yapılıyor ise vekaletname.”

MADDE 8 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 9 – Bu Yönetmelik hükümlerini Türk Patent Enstitüsü Başkanı yürütür.

21 Nisan 2009 / Sayı: 27207

**TÜRKİYE BAROLAR
BİRLİĞİ BARO HAKEM
KURULU YÖNETMELİĞİNİN
YÜRÜRLÜKTEN
KALDIRILMASINA DAİR
YÖNETMELİK**

MADDE 1 – 14/11/2001 tarihli ve 24583 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Baro Hakem Kurulu Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 2 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

9 Haziran 2009 / Sayı: 27253

**TÜRKİYE BAROLAR
BİRLİĞİ AVUKATLIK SINAV
YÖNETMELİĞİNİN
YÜRÜRLÜKTEN
KALDIRILMASINA DAİR
YÖNETMELİK**

MADDE 1 – 30/11/2001 tarihli ve 24599 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Sınav Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 2 – Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

9 Haziran 2009 / Sayı : 27253

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
AVUKATLIK ORTAKLIĞI
YÖNETMELİĞİNDE
DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR YÖNETMELİK**

MADDE 1 – 25/11/2001 tarihli ve 24594 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklığı Yönetmeliğinin 22 nci maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Avukatlık ortaklığında; ortakların kendi aralarında ve ortaklıkla ilgili her türlü uyuşmazlıklar, ortak-

lık payı devri ve intikalinde bedele ilişkin olarak üçüncü şahıslarla aralarında çıkacak anlaşmazlıklar genel hükümlere göre çözümlenir.”

MADDE 2 – Aynı Yönetmeliğin 27 nci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Ortaklığın fesih ve tasfiyesinde, ana sözleşmede hüküm bulunmaması halinde; Avukatlık Kanunu, bu Yönetmelik hükümleri ve genel hükümler uygulanır.”

MADDE 3 – Aynı Yönetmeliğin 25 inci maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 4 – Bu Yönetmelik değişiklikleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 5 – Bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu yürütür.

13 Haziran 2009 / Sayı : 27257

Taha AKYOL,
Ortak Acı
1915 Türkler ve Ermeniler
Doğan Kitap, İstanbul 2009

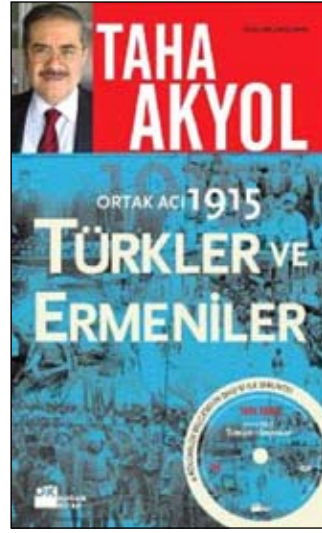
Ulusal ve ulusal üstü tarihçiliğin ve tarih yazımının "milliyetçi", "yan tutucu" ve "kışkırtıcı" davranışlar dolayısıyla "tartışmalı" konularından biri haline gelmiş bulunan Türk-Ermeni ilişkileri ve özellikle 1915 olayları hakkında Taha Akyol'un eseri başlığında başlayarak bir objektifliği ve sorumluluk paylaşımını ifade etmektedir.

Soruna, her iki halkın da acı çektiğini kabul ederek başladığımız zaman, geriye sorumluları tespit etmek ve sorumluluğu adil olarak paylaşdırmak kalmakta; olayın tavsifi de kolaylaşmaktadır.

Pek çok yayın yanında Stefanos Yerasimos'un **Az Gelişmişlik Sürecinde Türkiye** (2. Cilt, 7. Baskı, Belge Yayınları, İstanbul 2001) kitabında da bu bakış açısını görmekteyiz. Sırp, Romen, Bulgar, Yunan halklarının Osmanlı İmparatorluğu'ndan ayrılmaları sürecinde izlenen şiddet politikalarının 1877-1878 tarihinden itibaren Ermenilere telkin edilerek veya onların bu politikaları "bir millet yaratma ve müstakil bir ülke kurma" yolunda örnek olarak izlemeleri sonucunda "saddık tebaa"dan "isyancı", düşman karşısındaki orduyu arkadan vuran "hain" ve "katliam" yapabilen bir ulus yaratılmıştır. Bütün Ermenilere aynı gözle bakmak yanlıştır. Özellikle "Hınçak" ve "Daşnak" örgütleri ve bu örgütlerin etkisi altındaki Ermeniler böyle düşünür ve davranırlarken diğer Ermeni unsurlar Osmanlı Devleti içinde iyi ilişkiler içinde olmuşlar, devlete yine "sadaqatla" hizmet sunmuşlardır.

Bağımsız ve sosyalist bir Ermenistan hedefleyen "Hınçak" ile Osmanlı bünyesinde "hürriyet ve eşitlik" peşindeki "Daşnak" örgütlerinin rekabeti ile başlayan ve genişleyen isyanlar, Zeytun (24 Ekim 1895), Adana (14 Nisan 1905) ve Van (Birincisi: 14 Haziran 1896- İkincisi 3 Mayıs 1915) olayları ile doruk noktasına çıkmıştır.

Özellikle İkinci Van isyanından sonra Kafkaslar'da devam eden savaşla ilgili olarak askeri güvenlik sağlamak amacıyla 14 Mayıs 1915 tarihinde, müttefik Almanların da telkin ve teşvikiyle ünlü "Tehcir



Kanunu” çıkarılmıştır. Bu kanun kapsamında yeri değiştirilenlerin ve ölenlerin gerçek sayısı hiçbir zaman kesin olarak bilinmemiştir. Kemal Karpat’ın sözü edilen konuşmalarında söylediği, Ermeni Patriği’nin bir milyon nüfusu ikinci defa yazdık sözleri kitapta da tekrarlanmıştır. (s. 90) Türk tarihçilerine ve Stanford Shaw’a göre bu rakam 300 bin, Mc Carthy’ye göre 600 bindir. Ermeni kaynaklar bu rakama Patriğin ürettiği bir milyonu da eklemek suretiyle rakamı abartmaktadırlar. Çanakkale ve Kafkas cephelerinde savaşın bütün şiddetiyle devam ettiği bu günlerde zayıflayan iç yönetimin denetleyemediği yetersiz iç güvenlik, ulaşım ve yiyecek sıkıntılarının yaşandığı günlerde, başlangıçta “geçici” olarak düşünülen “tehcir” maalesef “toplu” ölüm ve öldürmeye dönüşmüştür.

Devletin zayıflamış organizasyonu olaylara engel olamadığı gibi, zaman zaman bizzat olayların sorumlusu olarak ortaya çıkmıştır. Bunlar hakkında hemen o günlerde soruşturmalar açılmış, mahkûmiyet kararları verilmiştir. 1916 Mayıs ayına kadar Ermenilere karşı suç işledikleri için yakalanıp yargılananların sayısı 1674’tür. Bunların içinde jandarma, jandarma teğmen, yüzbaşı, binbaşı, polis ve Teşkilat-ı Mahsusa mensuplarının sayısı 1528’dir. Toplu öldürmeler nedeniyle Urfa bölgesinde on iki kişi idama mahkum edilmiştir. Devlet “soykırım” politikası izlemiş olsa idi kendi memurları hakkında böyle geniş bir soruşturmaya tevessül eder miydi, edebilir miydi?

Mütareke döneminde yapılan soruşturma ve yargılamalar iç çekişme bağlamında incelenmiştir. (s. 111)

Taha Akyol’un kitabı, 1915 olaylarının birden ortaya çıkmadığı gibi bütün Ermenileri hedef alan planlı bir “soykırım” olmadığını da ortaya koymaktadır. Bu günlerde (1 Haziran 2009, *Taraf* ve *Milliyet*) Prof. Dr. Kemal Karpat’ın da ortaya koyduğu gibi, yaşanan “ortak acı”, bir tarihi süreci ifade etmektedir. Bütün yönleri ile ele alınmalı, irdelenmeli ve ondan sonra bir yargıya varılmalıdır. Tek başına “tehcir”, bu bağlamda bir anlam ifade etmemektedir.

Kitabı, konu hakkında doyurucu bilgi edinmek isteyen herkese öneririz. Hatta bu kitabın, özellikle Bizans Ermeni ilişkilerini ortaya koyacak kısa bir Ermeni tarihi ve General Harbord’un ziyareti dolayısıyla Mustafa Kemal’in Sivas Kongresi sırasında yazdığı rapor ile Kazım Karabekir Paşa’nın yazdığı raporlarla da zenginleştirmek suretiyle tüm dillere çevrilmesini diliyoruz.

T. E.

Doç. Dr. Mustafa Tören YÜCEL

Hukuk Felsefesi

Ankara 2009

Genişletilmiş üçüncü baskısı olan “Hukuk Felsefesi” kitabı ile eserin yazarı Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Anabilim Dalı Başkanı Doç. Dr. Mustafa Tören Yücel’in amacının, hukuk felsefesi ile sadece teoride değil, uygulamada da “çok yönlü düşünme yetisi”ni kazandırmak olduğu görülmektedir. Böylece, hukuk fakültesinde başlangıçta bu dersin neden alınması gerektiği veya gelecek kariyerinde ne yararı olacağı sorularına cevap olarak, hukuk felsefesinin amacının; ele alınan somut bir davada, soyut fikirlerle, farklı yaklaşımlarda bulunarak, temel sorular ve sorunlara çözüm getirebilme, yürürlükteki hukuku demokratik ve hümanist kriterlerle sorgulayabilme yetisini kazandırmak olduğu belirtilmekte; felsefe ile maddi hukuk arasında ilişki kurulmasını kolaylaştırıcı örnek ve açıklamalara özellikle yer verilerek, hukuk felsefesinin maddi hukuk bakımından öneminin



altı çizilmektedir.

Yazarın kendi deyimiyle; toplumda farkındalık, farklılık ve tartışma olgusuna hukuksal koruma sağlamak, toplumda olanak ve hak arama duygusunu geliştirerek mağdurların/eşitsizliklerin sayısını azaltmak yolunda, kişileri, öğrencileri ve profesyonel hukukçuları felsefe yapmaya davet eden eseri tavsiye ediyoruz.