

AVUKATLAR İNTERNETTE YERİNİ ALIYOR



www.adınızsoyadınız.av.tr

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

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

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

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

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

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

Şayet Başvuruyu siz yapıyorsanız:

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

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

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

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

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

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



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

AİLE HUKUKU ve UYGULAMASI



BİLİMSEL GÖRÜŞLER ve YARGI İÇTİHATLARI

Bilâl KÖSEOĞLU
(Aile Mahkemesi Hakimi)

Doç. Dr. Köksal KOCAĞA
(Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

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

YIL: 22

SAYI: 85

KASIM - ARALIK 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: (0312) 292 59 00 (pbx)
Faks: (0312) 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
www.dusatelyesi.com

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

Basım Tarihi
31.10.2009

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 Açar

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.)

Prof. Dr. Erdener Yurtcan

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ'NE YAZI GÖNDERECEKLER İÇİN BİLGİ NOTU

- 1988 yılından bu yana çıkmakta olan dergimiz, Eylül 2002 tarihinden bu yana da "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmaktadır. Eylül 2002'den itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımına devam etmektedir.
- Dergiye gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
- Yazıların uzunluğu dergi formatında 30 sayfayı (ya da 12.000 sözcüğü) geçmemelidir. "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.
Yazıların düzeltilmesinde, *Türk Dil Derneği Yazım Kılavuzu* ve *Adam Yayınları Ana Yazım Kılavuzu* esas alınmaktadır.
- Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini göndermelidirler.
- Dergiye verilecek/gönderilecek yazılar Yayın Kurulu'nca ilk değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme/hakemlere gönderilecek; hakemden/hakemlerden gelecek rapor doğrultusunda yazının "Hakemli Yazılar" bölümünde basılmasına, yazarından rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara bildirilecektir.
- Yazarı tarafından "Hakemli Yazılar" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
- Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına TBB sahip olacaktır.
- Yayımlanmayan yazılar yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak, durum yazara bildirilecektir. Yazarın, Yayın Kurulu'nun yayımlamama kararına ve hakem raporuna itiraz hakkı vardır.
- Yazardan düzeltme istenilmesi halinde, düzeltmenin en geç bir ay içinde yapılarak yazının Yayın Kurulu'na ulaştırılması gereklidir.
- Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın 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.
- Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yazı dili Türkçe'dir.
- 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.
- Yazısı kabul edilen yazarlara derginin yayımlanmasından sonra TBB YAYINLARI'nın HAZIRLANMASI, BASIM VE DAĞITIMI YÖNETMELİĞİ çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazarına üç adet Dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	10	Haberler
Özdemir ÖZOK	27	Başkandan
Ahmet M. GÜNEŞ	35	Biyolojik Çeşitliliğin Avrupa Birliği Hukuku Çerçevesinde Korunması
Köksal KOCAAĞA	86	Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu
Z. Özen İNCİ	105	Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis
Ahu KARAKURT	137	Sermaye Piyasası Kanunu Bağlamında İdari Yaptırımlar
M. Yasin ASLAN	173	İdari Yaptırımlar
Hüsamettin UĞUR	189	Kabahatler Kanunu ve 5252 Sayılı Kanun’a Göre İdari Para Cezası ve Yargıtay Uygulaması
Ahmet Emrah AKYAZAN	220	Maddî Açından İdari İşlemler
Mustafa KÖKSAL	241	Risk İlkesinin İdareye Yüklendiği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları
Mehmet TAŞTAN	273	3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 6. Maddesinde Düzenlenen Açıklama ve Yayımlama Yasağı Suçu
Uğur YİĞİT	287	Anayasal İlkeler ve Etik Kuralları Çerçevesinde Savcının Soruşturma ve Davadan Reddi ile Çekinmesi
Cengiz TANRIKULU	315	Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebligat
Cankat TAŞKIN	332	Bilişim Hukuku Uluslararası Uyuşmazlıklar
Hasan DURSUN	373	Af Kavramına Genel Bir Bakış
Özlem KOÇAK SÜREN	403	Türkiye’de Yargının Örgütlenmesi ve Adalet Sisteminin Problemleri
Şafak UĞURLU	414	Türk Hukuk Devrimi ve Bu Devrimde Ankara Hukuk Mektebi’nin Yeri ve Önemi
Yargıtay Kararları	439	
Disiplin Kurulu Kararları	461	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları	476	Valenzuela Contreras / İspanya Davası Çev.: Fatih BİRTEK
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	482	
Kitaplar - Dergiler	502	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Grup İçi Hizmetler ve Gayri Maddi Hakların
Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Karşısındaki Durumu
Av. Serkan AĞAR

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

Harçlar Kanunu'nun 28/A Maddesinin
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ülger/Türkiye Kararı ve
Türk Yargısının Uygulaması Işığında Değerlendirilmesi
Av. Mehmet Akif POROY

İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri
Av. Ayşe KILINÇ

Kanada'da Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı
Mesut EROL

5812 Sayılı Yasa ile Kamu İhale Kanununda Yapılan Değişiklikler
Hüseyin BİLGİN

Özelleştirme Uygulamalarında Yolsuzluk ve Alınması Gereken Önlemler
Hasan DURSUN

Teselsülde Dış İlişkide Borçlunun Def'ileri
Av. Şevket GÜNAY

editör' den

İşin politik, etik ve ideolojik yanları bir yana hukuk açısından Ergenekon diye ünlenen dava bir laboratuvar işlevi yüklenmiş bulunmaktadır. Bizim "hakim-savcı birlikteliği"nin sona erdirilmesi konusunda yıllardır ileri sürdüğümüz delillerin hepsini sollayıp öne plana geçen bir olayı bu açıdan irdelemek gereği duyuyorum.

İstanbul'da Ergenekon davası başlamadan önce, operasyonu yapan Emniyet Müdürlüğü İstihbarat Şube Müdürlüğü davada görevli hakim ve savcılara bir iftar yemeği veriyor. Ve bu gezi-yemek, Oda TV adındaki bir kanalda yayımlanıyor.

İnsanların meslek ve görevleri ne olursa olsun birbirleriyle medeni ilişkiler içinde bulunmasının doğal olarak eleştirilecek bir yanı yok. Ancak, "tarafsızlık" denilen ve yargılamanın can damarını teşkil eden ilkeyi de ihmal etmemek gerekir. Bu konuyu dile getiren sanık vekillerine duruşma savcısı mütalaasında diyor ki;

"Bir savcının bir davadan dolayı bir hakimi etki altında bırakması gerekiyorsa bunun için bir yemeği beklemesine gerek yoktur. (Hakim ve savcılar hukuk fakültelerinde aynı eğitimi almışlardır. Kurayla bazıları hakim bazıları savcı olmuştur) Aynı adliyede çalışan, aynı lojmanda kalan, aynı yemekhanede yemek yiyen, aynı servisi kullanan, yan yana odalarda çalışan, belki de kapı komşusu olan hakim ve savcıların birbirlerini etkilemeleri için bir yemekte bir araya gelmelerine gerek yoktur."

Aynen öyle!!! Sıkıntı yaratan da bu durum!!!

2003 yılında, AB İstisari Ziyaret Raporu düzenleyen Kjelle Bjornberg ile Paul Richmond, "Hakim ve savcılar arasındaki ilişkiler ve tarafsızlık" başlığı altında bu durumu incelemiş ve eleştirmişlerdir. Sonuç olarak da şöyle demektedirler:

"(i) Hakim ve savcılarının mesleki hakları ve görevlerinde idari ve fonksiyonel bir ayrıma gidilmesi için Anayasa değiştirilmelidir. (...)

(iv) Savcılarının ofisleri mahkemelerin dışında olmalı, ancak eğer bu husus uygulanabilir olmayacaksa ofisleri, mahkemede hakimler tarafından kullanılan kısmından tamamen ayrı bir bölümde bulunmalıdır.

(v) Cezai işlemlerin yürütülmesinde savcılık ve savunma arasında eşitlik sağlanması için önlemler alınmalıdır." (www.adalet.gov.tr)

2004 İstisari Ziyaret Raporu'nda, "bazı hakimlerin, hakim ve savcı arasındaki organik bağın yargının bağımsızlığına gölge düşürdüğü kaygısını taşımalarının" tek olumlu gelişme olduğu vurgulanmıştır.

2005 ve 2008 İstisari Ziyaret raporlarında da yargı bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin aynı durum eleştirilmiş, önerilerde ısrar edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı kadar önemli olanın öyle görünüp görünmedikleri olduğu düşüncesindedir ki, son olay bu sorunun sorulmasını gerekli kıldığını göstermektedir.

Saygılarımla.

Teoman Ergül

KAYBETİĞİMİZ BAŞKANLARIMIZ FARUK EREM VE TEOMAN EVREN MEZARLARI BAŞINDA ANILDI



15 Ekim 2009 günü, on bir yıl önce kaybettiğimiz kurucu başkanımız Faruk Erem; 18 Ekim 2009 günü de üç yıl önce kaybettiğimiz Teoman Evren, Ankara Karşıyaka Mezarlığı'nda ziyaret edildi. TBB Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol her iki törende de hazır bulunarak başkanlarımızın dostlarına ve meslektaşlarına hitaben bir konuşma yaptı.

Başkanlarımızı rahmetle anıyoruz.

DTP BAŞKAN VE MİLLETVEKİLLERİ TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'Nİ ZİYARET ETTİ

DTP Genel Başkanı Ahmet Türk ile DTP milletvekilleri Türkiye Barolar Birliği'ni ziyaret ederek "Kürt Açılımı" konusundaki düşüncelerini anlattılar.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok ve TBB heyeti de bu konuda Birliğin düşüncelerini kendilerine aktardı.

DENİZLİ'DE PAMUKKALE İNSAN HAKLARI SEMPOZYUMU YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği'nin 40. yıl etkinlikleri kapsamında Denizli Barosu'nun da katılımıyla Pamukkale İnsan Hakları Sempozyumu yapıldı.

Sempozyuma AIHM eski Türk yargıcı Rıza Türmen ile AIHM Başhukukçu yardımcısı Fatoş Arıcı yanında eski İspanyol yargıç Francis Javier Borrego Borrogo ve halen görevde bulunan İrlanda yargıcı Ann Power, Macar Yargıcı Andras Sajo katıldılar.

Çevre il ve ilçelerden gelen hukukçuların katılımı ile Denizli'de iki gün insan hakları konusunda ilgiyle izlenen bir etkinlik yaşandı.

"21. YÜZYILDA ATATÜRK'Ü DÜŞÜNMEK" ETKİNLİKLERİ ATATÜRK'ÜN ÖLÜMÜNÜN 71. YILDÖNÜMÜ

ETKİNLİKLERİYLE BAŞLAYACAK

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun "21. Yüzyılda Atatürk'ü Düşünmek" ana başlığı altında dört yıllık bir sürede düzenleme-

yi düşündüğü sempozyum, panel, konferans gibi etkinliklerin ilki, 9-14 Kasım 2009 tarihleri arasında Ankara'da, uluslararası nitelikte etkinlikler olarak Ölümünün 71. Yıldönümünde Atatürk'ü Anma Haftası'nda TBB Kültür Merkezi salonlarında yapılacaktır.

Program afişleri basılmış, barolara, üniversitelere ve yargı kuruluşlarına gönderilmiştir.

Program, 9 Kasım günü öğleden önce Yabancı Yazar ve Bilim Adamlarının Gözüyle Atatürk başlığı altında Dr. Andrew Mango, Prof. Dr. George W. Gawrych ve Dr. Fabio L. Grassi'nin tebliğleri ile başlayacaktır.

Öğleden sonraki oturumda Türk Bilim Adamlarının Gözüyle Atatürk Prof. Dr. Seçil Akgün, Prof. Dr. İhsan Güneş ve Doç. Dr. Kemal Arı Atatürk hakkında birer tebliğ sunacaklardır.

Aynı gün, "Atatürk'ün Ölüm ve Anıtıkabir'e Nakli Günleri Gazete ve Fotoğrafları Sergisi" açılacaktır. Sergi 24 Kasım 2009 tarihine kadar devam edecektir.

10 Kasım 2009/Salı günü Atatürk'ü anma toplantısı yapılacaktır; Başkent Üniversitesi'nden Elif Küzeci "Atatürk Devrimi ve Türk Kadınının Siyasal-Sosyal Yaşama Katılımı" konulu bir konuşma yapacaktır.

Etkinlikler boyunca, küçük salonda "Türkiye'nin Kalbi Ankara" belgeselinin gösterimi yapılacaktır.

11 Kasım 2009/Çarşamba sabahı Dr. Andrew Mango bir sohbet toplantısı yapacak, arkasından Yrd. Doç. Dr. Şaduman Halıcı, "Türk Hukuk Devrimi" konulu bir konferans verecektir.

12 Kasım 2009/Perşembe günü öğleden sonra Prof. Dr. Ahmet Mumcu, "Atatürk Dö-

neminde Ekonominin Yapılanması" konusunda bir konuşma yapacak; konuşmadan önce Atatürk'ün 1932 yılı TBMM açış konuşması filmi gösterilecektir. Daha sonra Yrd. Doç. Dr. Cahide Sınmaz Sönmez, "Atatürk Dönemi Af Yasaları ve Topluma Yansımaları" konulu bir konferans verecektir.

13 Kasım 2009/Cuma günü öğleden sonra Prof. Talat Halman, slaytlarla "Kendi Sözleriyle Yaşayan Atatürk"ü anlatacak, 10.yıl konuşmasının bir bölümü Atatürk'ün kendi sesinden dinletilecektir.

Daha sonra Prof. Dr. Şerafettin Turan, "Atatürk ve Ankara" konusunda sohbet edecektir.

14 Kasım 2009/Cumartesi günü öğleden sonra Dr. Hakan Kaynar, fotoğraflar eşliğinde "Ankaralı Atatürk"ü daha sonra Av. Turan Tanyer, yine fotoğraflar eşliğinde "Türkiye'nin Kalbi Ankara'dır" başlığı altında Ankara'yı anlatacaktır.

Program Ankara Kulübü'nün seçmen gösterisi ile sona erecektir.

CUMHURBAŞKANLIĞI DEVLET DENETLEME KURULU RAPORU AÇIKLANDI

Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu meslek kuruluşlarıyla, sivil toplum kuruluşu ve sendika gibi örgütlere ilişkin genel "Araştırma ve İnceleme Raporunu" tamamladı. "Araştırma ve inceleme kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile ilgili olarak gizlilik dereceli bilgi ve değerlendirmelerin bulunması nedeniyle internet sayfasında özetine yer verilen" Rapor'da şu öneriler ve saptamalar yer almaktadır.

"Meslek kuruluşlarının sivil toplum kuru-

luşu olmanın gerektirdiği vasıfları tam olarak taşımadıkları” saptaması ile başlayan raporda, “Devletin idari ve mali denetim yetkisinin merkezi idare kuruluşlarınca öngörüldüğü şekliyle kullanılmaması ve meslek kuruluşlarının da kendilerine tanınan idari ve mali özerkliği sınırsız bir bağımsızlık olarak algılayarak ideolojik/politik organizasyonlar gibi hareket etmeleri kamuoyu ve meslek mensupları tarafından da eleştirilmektedir” iddiası ile ri sürülmektedir.

Meslek kuruluşlarında siyasal karar alma mekanizmalarına aktif bir şekilde ve tarafsız bir yaklaşımla katılan bir meslek kuruluşuna yönelik “yeni bir örgütsel tasarım” gerektiği belirtilen raporda, “Meslek örgütlerinin hukuki niteliklerini, amaç ve işlevlerini bir kenara bırakıp kâr amacı güden organizasyonlara veya ideolojik/politik amaçlı diğer özel hukuk örgütlenmelerine benzemesi, meslek mensupları, toplum ve devletle ilişkilerinde benimsenen bu yaklaşım çerçevesinde ilişki gerçekleştirilmesi her açıdan olumsuzluklara neden olmaktadır” ifadesi yer aldı.

“- Meslek örgütlerinin salt üye çıkarlarını koruma ve geliştirmeye odaklanan bir çıkar grubu niteliğini kazanması, bunlara devletçe devredilen bazı kamu hizmeti niteliğindeki görevler ve bunun sonucu olarak tanıyan kamusal yetki ve ayrıcalıklarla da bağdaşmamaktadır.

- Meslek kuruluşlarının anayasal ve yasal çerçevede meslek ve meslek mensuplarına ilişkin hizmet ve görevlerini yürütmeleri, bu alana yönelmeleri ve kurumsal olarak salt ideolojik/politik veya güç/iktidar elde etme yaklaşımlarından uzaklaşmalarının sağlanması gerekmektedir.

- Ülkemizde Anayasa'nın 135. maddesine istinaden kamu kurumu niteliğindeki mes-

lek kuruluşu olarak yapılandırılan 18 meslek kuruluşu/üst kuruluşu (birlik, konfederasyon) bulunmaktadır. Ayrıca 5.000'e yakın yerel düzeyde meslek kuruluşu (oda, borsa, baro, birlik, federasyon şeklinde) bulunmaktadır.

- Kamusal tipteki örgütlenme modeli, meslek kuruluşlarının tam anlamıyla bir sivil toplum kuruluşu haline dönüşmesini engelleyen bir ortam oluşturmaktadır. Kuruluş amaçlarına uygun olmayan faaliyetlerin yaygınlaşması ve yıllardır giderilmeyen mevcut yapısal sorunlar, meslek kuruluşlarının yönetim ve faaliyetlerindeki etkinliğini sınırladığı gibi mesleki örgütlenmenin mecburi, tekelci ve hiyerarşik yapısını da pekiştirmektedir.

- Anayasa'nın yürürlüğe girişinden günümüze kadar geçen 25 yılı aşkın dönem boyunca bu alanda ciddi bir mesafe alınmadığı ve hâlâ benzer sorunların bulunduğu bir mesleki örgütlenme yapısıyla karşı karşıya olduğumuz anlaşılmaktadır.

- Kamusal tipteki örgütlenme modeli, meslek kuruluşlarının tam anlamıyla bir sivil toplum kuruluşu haline dönüşmesini engelleyen bir ortam oluşturmaktadır.”

Cumhurbaşkanlığı DDK kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına “sivil toplum kuruluşu” demenin zor olacağını savunurken “Kamusal güç ve yetki kullanılan durumlarda, üyeler veya diğer kuruluşlarla olan ilişkilerde ‘kamu tüzel kişiliği’ ve ‘kamu kurumu niteliği’ öne çıkarılmakta, devlet ve merkezi idare kuruluşlarıyla ilişkiler gündeme geldiğinde ise ‘sivil toplum kuruluşu’ yönüne dikkat çekilmektedir” iddiasında bulundu.

Çoğu kez devlet müdahalesine karşı çıkmalarına rağmen, meslek kuruluşlarının sivil toplum kuruluşu haline gelmeyi gerçek anlamıyla sağlayacak bir yapısal dönüşüm öner-

mediklerini, mevcut örgütsel yapı içinde ayrıcalıklardan yararlanarak daha fazla bağımsızlık istediklerini savunan DDK, "Mevcut örgütlenme modelinde meslek mensuplarının ihtiyaç ve beklentilerinin tam olarak karşılanabildiği ve bu kuruluşlara yüklenen temel işlevlerin etkili bir şekilde ifa edilebildiği konusunda tereddütler bulunmaktadır. Ayrıca, bu yapının sivil toplumun gelişimi, toplumsal alanda ve kurumsal düzeyde demokratikleşme, kamu yararının korunması gibi alanlarda bazı olumsuzluklar doğurduğu da görülmektedir" görüşünü savundu. Rapor'da şu ifade yer aldı:

"- Meslek kuruluşlarının/üst kuruluşlarının birçoğunda eşitlik, katılımçılık, çoğulculuk, hizmet odaklı yönetim, hesap verebilirlik, şeffaflık gibi gelişmiş demokrasi uygulamalarının temel değerlerinin uygulanabildiğini söylemek mümkün bulunmamaktadır.

- Merkezîyetçi ve katı yönetim anlayışları, üyeler, devlet ve diğer sosyal kesimler ile olan ilişkilerdeki olumsuz yaklaşımlar, kamusal veya parasal güç elde etme konusundaki baskın eğilimler, tahsisli kaynakların amaç dışı kullanımı, yürütülecek etkinliklerin belirlenmesindeki odak kaybı gibi sorunlar da meslek kuruluşlarının işlevselliğini sınırlamaktadır.

- Örgüt içi demokrasinin sağlanamaması, katılım kanallarının tıkanması, şeffaf ve hesap verebilir bir yönetim tarzının geliştirilememesi gibi nedenlerle üyeler ve üyelerinin talep ve beklentilerinden soyutlanan örgütlerin işlevlerini gerçek anlamda yerine getirebilmeleri mümkün gözükmemektedir.

- Bu itibarla, meslek kuruluşlarının yönetim ve karar alma süreçlerinin demokratikleştirilmesi, devlet karşısında özerk ve her yönüyle çoğulcu bir yapının tesisi, faaliyetlerin

yürütülmesinde etkinliğin sağlanması, üyelerle meslek kuruluşları arasında rızaya dayalı bir ilişki biçiminin tesisi ve mevcut sistemdeki zaaf ve sorunların giderilmesi gibi amaçlara ulaşılması bakımından bu alanda köklü bir yeniden değerlendirmeye ihtiyaç olduğu anlaşılmaktadır."

Raporda, meslek kuruluşlarında "devlete eklenmiş bir yapı" tercih edilebileceği gibi, "devlet karşısında özerk ve sivil toplumun bir unsuru" olarak özel hukuka tabi bir örgüt yapısının da benimsenebileceği kaydedilen raporda, "Türkiye'de Selçuklular dönemindeki ahi birlikleri hariç tutulacak olursa, Osmanlı klasik döneminden, Tanzimat sonrası dönem ve Cumhuriyetin başlarından günümüze kadar geçen süreçte genel olarak birinci modelin hayat bulduğu görülmektedir" denildi.

"Kuruluş amaçlarına uygun olmayan faaliyetlerin yaygınlaşması, meslek kuruluşları açısından önemli bir sorun olarak 'yabancılaşmayı' ortaya çıkarmaktadır" eleştirisi bulunan Rapor'da şu görüşlere yer verildi:

"- Meslek kuruluşlarının Anayasa ve kuruluş yasalarında belirlenen kuruluş amaçları kapsamına girmeyen ve kendilerine verilen görev yetkilerin dışında kalan alanlardaki yoğun etkinlikleri de eleştiri konusu olmaktadır. Gerçekten, kendilerine yükledikleri misyon, yürüttükleri faaliyetler ve yaptıkları açıklamalar incelendiğinde, Türkiye'de meslek kuruluşlarının kanunen kendilerine çizilen çerçeveyi genişleterek bir meslek örgütü olmanın ötesinde çok farklı işlevler üstlendikleri görülmektedir.

- Meslek kuruluşlarının grup çıkarları ve toplumsal bazı yararların sağlanması doğrultusunda siyasi, iktisadi, sosyal, kültürel hatta dış politika dâhil her alanda söz sahibi olma arayışında oldukları ve siyasi iktidarı yalnız-

ca ekonomik ve mesleki çıkarları doğrultusunda etkilemeyi yeterli bulmadıkları anlaşılmaktadır.

- Devletin belli alanlardan çekilip fonksiyonlarını meslek kuruluşlarına devretmesi, bu kuruluşların daha da güçlenmesine imkân sağlamaktadır. Bu durum kimi meslek kuruluşlarının kamusal niteliğinin daha da belirginleşmesine neden olmaktadır. Ancak güç, kaynak ve etkinlik artışının beraberinde bazı olumsuzluklar getirdiği de bilinen bir gerçektir.

- Bazı meslek kuruluşlarının kâr amacı güden organizasyonlar gibi ekonomik ağırlıklı etkinlikler göstermesi de amaç dışı faaliyetler kapsamında değerlendirilmektedir. Yeni görev ve yetkiler üstlenerek kendisine mali kaynaklar oluşturan, bu amaçla personel istihdam eden, sermaye koyan meslek kuruluşlarının zaman içerisinde gerçek amaç ve işlevlerinden uzaklaşıp bir kamu iktisadi teşebbüsü hüviyetine bürünme ihtimali bulunmakta, ya da bu güç ve imkânların özellikle hususi amaçlar doğrultusunda kullanılmasının söz konusu olduğu durumlarda, gerek yönetici kesim gerekse üyeler bakımından meslek kuruluşuna karşı bir yabancılaşmanın yaşanması söz konusu olmaktadır.”

Rapor'da, “Meslek kuruluşlarında hakim olan örgütsel etkinlik algılamaları, meslek kuruluşlarının örgütsel sağlığını bozmaktadır” görüşü savunuldu. Bulunduğu çevrede yaşamını sürdürmenin yanı sıra, uzun vadede devamlı olarak gelişen, çevre koşulları ile baş etme ve yaşama yeteneklerini geliştiren örgüte “sağlıklı örgüt” denilebileceğini kaydeden DDK, “Özellikle seçim dönemlerindeki ideolojik kamplaşmalar ve çekişmeler ortak değerleri zayıflatmakta ve meslek mensupları arasındaki işbirliği ve dayanışma ruhunu zedelemektedir. Bu da bir kısır döngünün varlık

sebebi olmaktadır. Zira büyük çoğunluk aktif katılımdan ziyade örgütsel faaliyetlerin tamamen dışında kalmayı tercih etmektedir. Bu ise örgütlerin; belli grupların/görüşlerin tekelinde kalmasına ve mesleki çıkarların korunması yönünde faaliyet yürütmekten uzaklaşmasına yol açmaktadır. Böylece, meslek kuruluşları; örgüt içi iktidarın kuvvetlendirilmesi doğrultusunda faaliyetler ile siyasal/kişisel çıkar elde edilmesine yönelik faaliyetlerin ağırlıkla yürütüldüğü yapılara dönüşmektedir” dedi.

Rapor'da, meslek kuruluşlarının içinde bulunduğu sorunlar şöyle sıralandı:

“- Organ seçimlerindeki demokratik olmayan uygulamalar, Amaç dışı faaliyetler, Kaynakların yönetim ve kullanımındaki sorunlar ve etkinsizlikler, hizmet ve faaliyetlerin etkin ve verimli yürütülememesi, Meslek mensuplarının beklentilerinin yeterince karşılanamaması, İç kontrol sistemlerinin ve iç denetim uygulamalarının yetersiz kalışı, bütçe, muhasebe, satın alma ve personel işlemlerindeki düzenleme eksiklikleri, Tanınan yetki ve ayrıcalıklar, vergisel yükümlülükler ve diğer bazı konulardaki sorunlar, üyeler ve meslek kuruluşları arasında güven ilişkisinin tesis edilememesi, devletle olan ilişkiler, dış denetim yetkisi bulunan bakanlık ve diğer kuruluşların bu denetimleri yapmaması/yapamaması.”

DDK önerilerini şöyle sıralandı:

“- Birlik veya konfederasyonların genel kurullarında üye sayısı fazla olan odalara daha fazla delege imkânı sağlanması ile ilgili uygulamalarda birkaç büyük odanın mutlak hâkimiyetine imkân vermeyecek şekilde bir tavan sınır konulması, bu çerçevede genel kurula katılacak üye ve delege sayılarının yeniden belirlenmesi,

- Seçimlere katılım oranlarının düşük olması ve delege tercihlerinin belirlenmesinde kurumsal imkânların kullanılması gibi nedenlerden dolayı, aynı kişilerin uzun yıllar boyunca seçilmeleri sonucunda ortaya çıkan hiyerarşik ve tekelci yapıların giderilebilmesi amacıyla yöneticilere en fazla iki dönem (sekiz yıl) başkan ve üye olarak görev yapma sınırı getirilmesi,

- Milletvekilliği, Belediye Başkanlığı, Parti Başkanlığı ve parti merkez organlarına seçilen yöneticilerin geçici ayrılmış sayılması,

- Taşra birimlerinden birlik ve konfederasyonlara aktarılacak payların üst sınır konulması,

- Mesleği fiilen kamuda icra eden meslek mensubu (doktor, avukat, mühendis, veteriner vb.) kamu görevlileri için meslek kuruluşlarına üyelik zorunluluğu getirilmesi,

- Meslek kuruluşlarınca, üyelerin tutum ve davranışlarına ilişkin ihbar ve şikâyetlerin kolayca yapılabileceği ortamların (internet gibi) oluşturulması,

-Yönetim seçimlerinde posta ve internetten oy kullanılması, sandıkların bir hafta açık tutulması,

- Oyların çoğunluğunu alan adayın tüm listesinin seçilmesi yerine, milletvekili seçimlerine benzer şekilde aldıkları oy oranında gruplara temsil (nispi temsil) imkânı tanınması,

- Meslek kuruluşlarının şirketlere ortak olmasına ilgili Bakanlık veya ilgili kamu kurumunca izin verilmesi, verilecek izinlerde kurulacak şirketin iştirak oranının meslek kuruluşunun amaçlarıyla ilgili olması ölçütünün aranılması, meslek kuruluşlarının şirketlerde münferit veya topluca % 51 ve üzerinde sermaye payına sahip olmasının sınırlandırılması,

sı, meslek kuruluşlarınca ortak olunan şirketlerin yönetim kurullarında görev alanlara ödenecek ücretlerle ilgili sınırlamalar getirilmesi,

- Görev süresi biten yönetimlerin vakıf yönetimlerinden de ayrılması,

- Denetimlerinin Sayıştay'ca 'Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca' her yıl düzenli olarak gerçekleştirilmesi,

- Meslek kuruluşlarına, faaliyet raporu hazırlama ve bunları kamuoyuna açıklama zorunluluğu ile meslek kuruluşlarının gelir ve giderlerini ve bunlara ilişkin açıklayıcı bilgileri kamuoyuna açıklama ve internet sitelerinde yayımlama zorunluluğu getirilmesi,

- Meslek kuruluşu gelir fazlalıklarının vergilendirilmesi, ya da zorunlu olarak çeşitli bilimsel ve toplumsal amaçlara (üniversite kurulması, mevcut üniversitelere desteklemlerde bulunulması ve kamuya yararlı dernek ve vakıflara katkı sağlanması gibi) tahsisine ve/veya meslekle ilgili kamusal ihtiyaçların karşılanmasına ayrılması,

- Bağış ve yardımlarının sınırlandırılması, siyasi partilere bağışın yasaklanması,

- Mevzuata uymayan harcamaların şahıslara ödettilmesi,

- Belge verme hizmetlerinde aşırı fiyatlandırılmanın önlenmesi."

Rapor'da, meslek kuruluşlarının 2008'deki yıllık toplam gelirlerinin 2 milyar TL'nin üzerinde gerçekleştiği belirtilen raporda, rakama malvarlıklarının dahil olmadığı kaydedildi. Rapor'da bu konu ile ilgili olarak da şöyle denildi:

"Meslek kuruluşlarının gerek yıllık gelirleri ve bilançolarında yer alan aktif kıymetlerin ulaştığı düzeyler gerekse yürüttükleri hizmet ve faaliyetler, söz konusu kuruluşların meslek

kuruluşu olmanın yanında ciddi bir ekonomik/ticari organizasyon/birim haline de geldiklerini göstermektedir.”

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ BAŞKANI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK RAPORU ELEŞTİRDİ

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanı Özdemir Özok, Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu'nun (DDK), meslek kuruluşlarını “ideolojik” olarak tanımlayan “Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları” raporuna sert tepki göstererek, “Başbozuklukları, hukuk dışılıkları, günlük yaşamı sıkıntıya sokan birtakım anlamsız durumları duyurmak bizim asli görevimizdir” dedi.

Cumhurbaşkanlığı DDK, “Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları” raporunda, meslek kuruluşlarının, sivil toplum kuruluşu olmanın gerektirdiği vasıfları tam olarak taşımadıkları savunulmuştu. Rapora TBB'den tepki geldi. TBB Başkanı Özok, Cumhuriyet'e yaptığı açıklamada, birliğin 1969 yılında fiilen yaşama geçtiğini ve ilk başkanının Avukat Faruk Erem olduğunu belirtti. TBB'nin kurulduğu ilk günden bu yana Türkiye'nin aydınlık çizgisinden ödün vermediğinin altını çizen Özok, “Ülkedeki birtakım başbozuklukları, hukuk dışılıkları, günlük yaşamı sıkıntıya sokan anlamsız birtakım yaklaşımları kamuoyuna duyurmak bizim meslek yaşamımız gibi asli görevimizdir” dedi. Cumhurbaşkanlığı DDK'nin raporuna “asla ve asla katılmadıklarını” vurgulayan Özok, şöyle konuştu:

“Biz yaptığımız işin bilincindeyiz. Her söylediğimiz sözün arkasındayız. Ülkede çağdaşlığın, aydınlığın, uygarlığın ve Atatürk ilke ve devrimlerinin gerçek bekçisiyiz. İşimiz sadece onların söylediği gibi dosyalara dilekçe

yazmak ya da koridorlarda üç beş dakika duruşmaya girmek değildir. Ancak onların dünya görüşü, hukuku bu kadar. Bilsinler ki, Barolar Birliği adına söylüyorum, artık çivisi çıkmış demokrasiye, çivisi çıkmış hukuka ve çivisi çıkmış yargıya karşın hâlâ umudumuz kaybetmedik. Türk halkının sağduyusuna olan inancımız sürüyor. Bizim üstümüze gelirlirse el mi yaman bey mi yaman hep beraber görürüz.”

Özok, “Elmalarla armutları birbirine karıştırmışlar. Bu konularda değerli DDK üyesi arkadaşlarımızla her yerde tartışmaya hazırım. Şöyle otur, böyle kalk konuş, istediğimiz gibi davran... Yok öyle yağma. Hadi canım sen de derler adama. Halkımın, meslektaşlarımın, ulusumun yararına neler söyleyip, neler söylemeyeceğimi bilen, ölçen biriyim” dedi.

17. BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu'ndan sonraki ilk ve genelde 17. Baro Başkanları Toplantısı 10 Ekim 2009 tarihinde Ankara'da Türkiye Barolar Birliği Kültür Merkezi'nde yapıldı.

Çok sayıda baro başkanının katıldığı toplantıda “Yargı Reformu Stratejisi” belgesi tartışıldı. Toplantının tutanakları çok yakında kitap halinde yayımlanacaktır.

AB 2009 İLERLEME RAPORU YAYIMLANDI

Avrupa Komisyonu 2009 Türkiye İlerleme Raporu'nu açıkladı. Rapor'da özellikle basın ve ifade özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar eleştiriliyor. Rapor'a genel olarak bakıldığında Türkiye'nin reformlara yönelik hızını artırması

gerektiğini vurguluyor.

Raporda Yargı ve özgürlükler konusuna ilişkin görüşler şu şekilde özetlenebilir.

Yargı reformu: Türkiye’de Ağustos 2009’da açıklanan yargı reformu stratejisi olumlu karşılanırken AB, yargının bağımsızlığı, bölünemezliği ve etkinliği konusundaki endişelerini dile getirmeyi sürdürüyor. Örneğin HSYK’nın bağımsızlığı konusundaki endişeleri devam ediyor.

Ergenekon: İlerleme Raporu, “Ergenekon” davasıyla Türkiye’nin “tarihinde ilk kez bir darbe girişimini soruşturduğu” belirtiyor ve bu süreçte demokratik yollarla seçilmiş hükümeti devirmeye çalışmakla suçlanan örgüte ait cephane ve silahların ele geçirildiğine dikkat çekiyor. Bu dava sürecinin Türkiye’deki yargı kurumlarının demokratikliği ve hukukun üstünlüğü konusunda verilen önemli bir sınav olarak nitelendiriliyor.

Basın Özgürlüğü: Rapor’da, siyasetçilerin, kişisel haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle gazeteciler, akademisyenler ve yazarlar hakkında çok sayıda dava açtıkları belirtiliyor. Genelkurmay Başkanlığı’nın, Güneydoğu’da meydana gelen olaylarla ilgili olarak gizli bilgilerin yayımlanması temelinde davalar açtığı, gazetecilerin, gizlilik ilkesini ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalarla karşı karşıya kaldıklarına yer veriliyor.

Akreditasyon talep eden bazı gazetecilere yönelik olarak ayrımcılık yapıldığını da kaydeden rapor önde gelen siyasi liderlerin Doğan Yayın Holding’e bağlı gazete ve televizyonlara yönelik olarak boykot çağrısında bulduklarına da yer veriyor.

Doğan Medya Holding’e iki kez verilen vergi cezası, grubun tüm malvarlığına eşdeğer meblağda olması sebebiyle eleştirilirken,

ROMA HUKUKU BİZİM NEYİMİZE? KALDIRIN GİTSİN!

Murat Bardakçı
16 Ekim 2009, *Habertürk*

Bütün sıkıntılarımızı çözdük, her derdimizi hallettik ve sıra Roma hukukuna geldi.

Batı dünyasında asırlardan bu yana, Türkiye’de de Atatürk devrimlerinden bu güne kadar yürürlükte olan hukuk sisteminin temelini teşkil eden Roma hukuku, üniversitelerimizde ya alt sınırlara indiriliyor yahut seçmelik ders yapılmıyor. Gazetelerde çıkan haberlere göre, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Roma hukuku dersinin Hukuk Tarihi Anabilim Dalı’nın altında yer almasına karar verilmiş; Ankara Üniversitesi’nde de büyük ihtimalle seçmeli ders olacaktı.

Batı hukukuna taraftar yahut karşı olabilirsiniz, Türkiye’de bu hukuk sisteminin yerine başka bir sistemin, daha açık söyleyeyim, şeriat hukukunun gelmesini de isteyebilirsiniz ama dünyanın kaydedilmiş en klasik hukuk sistemini geri plana atamazsınız. Zira bilimin gerçek olanı, mukayeseli şekilde yapılanıdır ve bu iş, bilgiye tek taraflı değil, çok yönlü olarak sahip olunmasını gerektirir.

Ama Roma hukukunun fazlalık olarak görülmesi, Türkiye’de özellikle sosyal bilimler alanında yaşananların farkında olanlar için, bu önemsememenin çok daha önceleri için yapılmamış olduğuna hayret ettiren bir gelişmedir.

Zira eğitim sistemimizde, özellikle yüksek öğretimde mukaye-

seli bilim terbiyesi maalesef verilmez, hatta bazı alanlarda mukayeseli eğitimi bir yana bırakın, aslı ve şart olan bilgiler bile öğretilmez.

Birkaç örnek vereyim:

Bir Osmanlı tarihçisinin öncelikle bilmesi gereken şey eski Türkçe yani "Osmanlıca"dır değil mi? Ama, Türkiye'de bazı üniversitelerde Osmanlı tarihi okutan birçok hoca bu konuda ümmidir! Kendi tarihimizi senelerden buyana İngilizce kitaplardan okur ve talebeye o kitaplarda yazılı olanları naklederler.

GREKÇE BİLMİYEN BİZANŞÇILAR

Hele, sanat tarihçilerimiz... Neredeyse tamamı Osmanlıca cahilidir ve Osmanlı sanatından bahsederlerken, mesela bir camiden söz ettiklerinde planının geometrik izahını yapmakla, tuğlalarının kırmızısının hangi tonundan olduğunu söylemekle yahut kubbesinin çapını ifadeyle yetinirler. O camii duvarındaki kitabe onlara asla bir şey söylemez, okumaktan âcizdirler.

Aynı cehalet, tarihin başka alanlarında da söz konusudur. Mesela, Türkiye'deki Bizans tarihçileri bir veya iki istisna dışında, bu tarihin kaynaklarının yazılı olduğu Grekçe'yi bilmezler. Bizans konusundaki klasik araştırmalar ise öncelikle Almanca ve Rusça olduğu halde, bildikleri tek yabancı lisan İngilizceden ibaret bulunduğu için bu yayınlara erişemez ve İngilizce kaleme alınmış tek-tük makaleleri gözden geçirmeyi "ilim yapmak" zannederler.

Bir Avrupa tarihçisi, özellikle de Ortaçağ Avrupası üzerin-

bu durum "ifade özgürlüğüne" kısıtlama olarak yorumlanıyor ve bu gibi cezalarda orantılılık ve hakkaniyet ölçüsüne dikkat çekilmesi gerektiği vurgulanıyor.

İfade Özgürlüğü: Türkiye'deki yasaların ifade özgürlüğü için yeterli güvence sağlamadığı ve bunun sonucunda, savcı ve yargıçların genelde kısıtlayıcı yorumları tercih ettikleri dile getiriliyor. Metinde, ifade özgürlüğünü kısıtlayan yasalar arasında Atatürk'ü Koruma Kanunu, Türk Alfabeti Kanunu da anılıyor.

Yapılan değişikliğe rağmen Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 301. maddesine dayanarak hala soruşturma ve yargılamaların devam ettiği aktarılan raporda, TCK'da ifade özgürlüğünü kısıtlayan diğer maddeler arasında namus suçları, (125'ten 131'e kadar) kamu düzeni, (214, 216, 217, 218, 220) devletin güvenliği (312, 314) ve müstehcenlik (226) maddeleri sayılıyor.

İnternet sitelerine yönelik sıkça uygulanan yasakların endişe kaynağı olduğunun altı çiziliyor. Özellikle Mayıs 2008'den bu yana Youtube'un erişime engellenmesi eleştirilirken, google ve facebook gibi popüler sitelere yönelik davalara da yer veriliyor.

Anayasa: Rapor'da ayrıca Anayasa değişikliği gerektiği bir kez daha vurgulanıyor. Bu konuda partiler arası bir konsensüs olmaması göze çarpmıyor. Hükümet somut herhangi bir adım atmamasıyla eleştiriliyor.

7. MESLEĞE YENİ BAŞLAYAN AVUKATLARIN SORUNLARI TOPLANTISI İSTANBUL'DA YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği'nin birkaç yıldır sürdürdüğü "Mesleğe Yeni Başlayan Avukatların Sorunları ve Çözüm Yolları" ile ilgili ye-

dinci çalışma toplantısı İstanbul Hukuk Fakültesi 1. Sınıf Anfisi'nde yapıldı. Toplantı yoğun ilgi gördü. TBB Başkanı ve İstanbul Barosu Başkanı'nın açılış konuşmalarından sonra 43 avukat söz aldı. Çevre iller baro başkanlarının da taip ettiği toplantı kitapçığı önümüzdeki günlerde Türkiye Barolar Birliği tarafından yayımlanacaktır.

**ANAYASA MAHKEMESİ
AVUKATLIK KANUNU'NDA
"SINAV" HÜKMÜNÜ KALDIRAN
5558 SAYLI KANUNU İPTAL ETTİ**

Avukatlık Kanunu'nda değişiklik yapan 28.11.2006 tarih ve 5558 sayılı Kanun'la avukatlık mesleğine girişte yapılması öngörülen sınavla ilgili hükümleri yürürlükten kaldırmıştır.

İstanbul Milletvekili Ali Topuz, Samsun Milletvekili Haluk Koç ile birlikte 122 milletvekili, bu Kanun'un iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi ile Anayasa Mahkemesi'nde dava açmışlardır.

Anayasa Mahkemesi 16.10.2009 tarihinde 5558 sayılı Kanun'un iptaline karar vermiş bulunmaktadır.

Gerekçeli karar henüz yayımlanmadığı için gerekçesini ve iptalin meydana getireceği hukuki durum hakkında yorum yapma imkânımız bulunmamaktadır.

de çalışan bir akademisyen düşünün. Bu tarihçi, Latince'yi ve Yunanca'yı mutlaka bilmek zorundadır! Ama bizde bu lisanlara aşina olup konusunu mukayeseli şekilde anlatıp yazan ve yazdıklarını o dillerdeki kaynakları gözden geçirmekle taçlandıran tarihçi nerdeeee?

**KAYNAK ESER
VEREMİYORUZ**

Tarihten edebiyata geçelim: Klasik Türk Edebiyatı tarihçisi, o edebiyata kaynaklık eden Fars Edebiyatı'ndan habersizdir, zira Farsça bilmez. Arap Edebiyatı'na aşina olmaları da, aynı dil engeli yüzünden zaten hiçbir şekilde söz konusu değildir. Arapça'yı iyi, hatta çok iyi bilen ilahiyatçılarımız vardır ama onlar da İbranice yahut Aramice gibi dillerden maalesef bihaberdir. İş böyle olunca da, mukayeseli din felsefesi alanında, yazdıkları başka memlektlerdeki meslektaşları tarafından kaynak alınacak tek bir akademisyenimiz artık maalesef yoktur.

Roma hukuku derslerinin hukuk fakültelerinde geri plana itilmesine gerçi çok üzüldüm ama pek şaşırmadım. Zira mukayeseli bilimin seneler önce terk edilmiş olduğu bir memlekette Roma hukuku zaten bir lüksten ibarettir.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

Haz.: D. Derya YEŞİLADALI*

EYLÜL 2009

• EURO 10 YAŞINDA

Bugün itibariyle 320 milyon kişi tarafından kullanılmakta olan dünyanın ikinci en büyük para birimi olan Euro ilk olarak 1 Ocak 1999 gece yarısı elektronik olarak kullanılmaya başlanmıştı. 1 Ocak 2002 tarihinde ise Euro banknotlar ve madeni paralar tedavüle girdi. Tedavüle çıkışından itibaren ortak para birimi bölgesinde 16 milyonluk bir istihdam yaratan para biriminin sembolü € Yunan epsilon sembolünden esinlenmiş olup "Europe" kelimesinin ilk harfine Euro'nun istikrarını simgeleyen iki paralel çizginin çekilmesi ile meydana gelmiştir.

• AB TÜRKİYE İLİŞKİLERİ

Türkiye'nin Avrupa Ekonomik Birliği'ne 31 Temmuz 1959 tarihinde yaptığı ortaklık başvurusu üzerinden tam 50 yıl geçmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan, 8 Mart 2001 tarihli Katılım Ortaklığı Belgesi'ni takiben 3 Ekim 2005 tarihinde de müzakerelerin açılmasına karar verilmiş bulunmaktaydı. Bu tarihten bugüne 11 başlık müzakere açılmış, açılan başlıklardan "Bilim ve Araştırma" geçici olarak kapatılmıştır. Ancak, tamamlanması gereken 35 başlık bulunmaktadır. Kıbrıs meselesi ve Fransa'nın tavrı nedeniyle 12 başlık bloke edilmiş olup AB'ye katılım süreci istenilen düzeyde ilerlemediği görülmektedir.

• AB TÜRKİYE MÜZAKERELERİNDE VERGİLENDİRME FASLI AÇILDI

Türkiye'nin AB'ne üyeliği kapsamında Vergilendirme Faslı Müzakerelere açılmıştır. Bu Fasla belirlenen kapanış kriterleri;

- Ek Protokolün tam ve ayırım gözetmeksizin ortaklık anlaşmasına uygulanmasına ilişkin yükümlülüğümüzün yerine getirilmesi,
- KDV ve ÖTV konusunda AB'ye uyum için ilerleme kaydedilmesi, detaylı bir zaman çizelgesi oluşturulması,

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

- 18 Mayıs 2009 tarihinde belirlenen eylem planı doğrultusunda alkollü içkiler, ithal tütün ve ithal sigarada ayırıcı vergilerin kaldırılmasının sağlanması,

- Vergi mevzuatını uygulamak, etkin şekilde vergi toplamak ve denetlemek için yeterli idari kapasite gösterilmesi,

- Vergi alanında kapsamlı ve tutarlı bir bilişim sistemi oluşturulmasına ilişkin AB Komisyonuna strateji sunulması, şeklinde belirlenmiştir.

• KARA PARANIN AKLANMASININ ÖNLENMESİ

AB Komisyonu en sonunda kara paranın aklanmasının önlenmesine ilişkin düzenlemenin avukatlık mesleği üzerindeki etkilerini gözden geçirmeye karar vermiş bulunmaktadır. Biraz geç kalınmakla beraber avukatlara için getirilen şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün mutlaka incelenmesi gerekmektedir. Bu konuda, meslek kuruluşlarının Avrupa Komisyonu ile sıkı bir pazarlığa girmesi beklenmektedir.

• YOLSUZLUK

AB'nin en genç üyelerinden olan Bulgaristan ve Romanya'nın yolsuzlukla başı dertte. Avrupa Komisyonu Bulgaristan'a yapılmakta olan 800 milyon Euro'luk yardım fonunun dondurulmasına karar vermiş bulunmaktadır. Diğer taraftan, Romanya ceza ve medeni kanunu kabul ederek reform niteliğinde değişiklikleri masa yatırmış olsa da gelişmeler çok yavaştır. Ayrıca, hükümet yolsuzlukla mücadelede yetersiz kaldığı için büyük eleştiri almıştır. İki Üye ülke yargı sistemi ve politik temizlik yapmakta ve organize suçlarla mücadele etmekte başarısız olursa daha etkin tedbirlerle karşılaşabileceklerdir.

• MACARİSTAN VE SLOVAK CUMHURİYETİ

Slovak Cumhuriyeti, kamu hizmetlerinde Macar dilinin kullanılmasını yasaklayan ve kullanım halinde 5000 Euro'ya kadar para cezası getiren bir yasal düzenleme yapmıştır. Yasal düzenleme 1 Eylül'de yürürlüğe girecektir. Etnik Macarlar Slovak Cumhuriyeti nüfusunun yüzde onunu oluşturmaktadır. Slovak Başbakanı ise hükümetlerinin Macar Parlamentosu tarafından yönlendirilip şantaj yapılamayacağını ifade etmiştir.

• TÜRKİYE AB İLİŞKİLERİ

Türk ve Alman Gençleri Türkiye'nin AB ile ilişkilerini yakında masaya yatırıyor. 11-18 Ekim 2009 tarihlerinde Almanya'nın Marienberg şehrindeki Avrupa Evi'nde 50 Türkiye'den ve 50 de Almanya'dan olmak üzere bir araya gelecek gençler, Avrupa Birliği üzerine tartışacak. AB'nin geleceği, Türkiye-AB ilişkilerinin bugünkü durumu, kültürlerarası diyalog ve AB ülkelerinde yaşayan Türklerin Topluluğa katılım için olası katkıları gibi konular, 100 kadar genç katılımcının tartışacağı konular arasında. Her yıl bir kez olmak üzere Almanya ve Türkiye'de düzenli olarak gerçekleştirilecek Türk-Alman Avrupa Gençlik Forumu bu yıl başlayacak.

• YARGI REFORMU

Adalet Bakanlığı'nun uzun süredir üzerinde çalıştığı 'Yargı Reformu Strateji Taslağı' tamamlanarak Bakanlar Kurulu'na sunulmuştur.

Taslak; Yargı Reformu Stratejisi, Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı ve Anayasa Mahkemesi'nin Yeniden Yapılandırılması olarak üç ayrı çalışma olarak sunulmuştur.

Strateji Reformu'nun stratejik amaçları; *yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi, yargının tarafsızlığının geliştirilmesi, yargının verimliliği ve etkinliğinin artırılması, yargıda meslek yetkinliğinin artırılması, yargı örgütü yönetim sisteminin geliştirilmesi, yargıda güvenin artırılması, adalete erişimin kolaylaştırılması, uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki tedbirlerin etkin hale getirilmesi ve alternatif çözüm yolları geliştirilmesi, ceza infaz sisteminin geliştirilmesi, ülkemizin ihtiyaçları ve AB müktesebatına uyum sürecinin gerektirdiği mevzuat çalışmalarına devam edilmesi* olarak belirtilmektedir. Taslakta Avrupa Birliği'nin isteği doğrultusunda yargı alanında kapsamlı değişiklikler öngörülmekte olup, strateji taslağında en önemli düzenleme ise atama kararname ile gündeme gelen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na (HSYK) yönelik bulunmaktadır. Söz konusu değişiklikle HSYK'nın; tarafsızlık, objektiflik ve uluslar arası belgeler doğrultusunda, geniş tabanlı temsil esasına göre yeniden yapılandırılması ve aldığı kararlara karşı itiraz sisteminin geliştirilmesi hedeflenmektedir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin görev tanımının uluslar arası belgeler ışığı altında yeniden belirlenmesi ve buna bağlı olarak yeniden yapılandırılması öngörülmektedir.

EKİM 2009

• İKİNCİ BARROSO DÖNEMİ

Jose Manuel Barroso, Jacques Delors'tan bu yana ikinci kez göreve seçilen ilk Komisyon başkanı olma unvanını taşıyan kişi olmuştur. Barroso'nun önceliklerinden bir tanesinin de komiserler ekibini yeniden yapılandırması olacağı tahmin edilmektedir. En çaplı değişikliklerin ise iklim ve göç komiserliklerinde yapılması beklenmektedir.

• LİZBON ANTLAŞMASI

AB'nin geleceğini belirleyeceği gözüyle bakılan Lizbon Antlaşması İrlanda'da kabul edilmiştir. İkinci kez yapılan referandum oylamalarına göre katılım oranı yüzde 58 olmuştur. Verilen oyların ise yüzde 67.1'i evet, yüzde 32.9'u hayır olmuştur. Brüksel, İrlanda'da elde edilen sonuçlardan memnun olmuşsa da sırada Çek Cumhuriyetinden alınacak sonuçlar vardır.

• AİHM VE TÜRKİYE

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM); Türk Silahlı Kuvvetleri'nden, ihraç edilen subay ve askeri okul öğrencilerinin açtığı davada "*adil yargılanma*" hakkının ihlal ettiği gerekçesiyle Türkiye'yi toplamda 116 bin 160 Euro tazminata mahkum etmiş bulunmaktadır. Mahkeme, 29 subay ve subay adayının açmış bulunduğu davada; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kararlarını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını koruyan maddesine aykırılık oluşturduğuna karar vermiş bulunmaktadır. AİHM, iki sene öncesine kadar ordu, yargı ve emniyet mensupları hakkında açılan disiplin soruşturmaları ve meslekten atılma kararlarını; "*devletin egemenlik alanına girdiği*" gerekçesiyle reddetmekteydi.

• AB VE TÜRKİYE ÜYELİK MÜZAKERELERİ

İsveç AB dönem Başkanı Reinfeldt; Türkiye'nin üyeliği için 2015 takvimini 'çok iyimser' bulmuştur.

AB Dönem Başkanı İşveç'in Başbakanı Fredrik Reinfeldt, Türkiye'nin AB üyeliği için 2015 takvimini "*çok iyimser*" olarak nitelerken, "*Türkiye'nin AB üyeliğinin büyük ölçüde Kıbrıs sorununa bağlı olduğunu*" ifade etmiştir. İsveç başkanlığı sırasında, Fransız başkanlığında olduğu gibi bir veya iki başlığı açmak için girişimde bulun-

caklarını ifade eden Reinfeldt, "Çok sayıda fasıl bloke edilmiş olduğunu, bu blokajların çoğunun Kıbrıs (Rum Kesimi), bazılarının da Fransa tarafından oluşturulduğunu"nu belirtilmektedir.

• SERBEST DOLAŞIM

AB Komisyonu senelerce noterliğin sadece o ülke vatandaşlarınca yapılabileceği konusuyla uğraşmıştır. Komisyonun aldığı karara göre vatandaşlık şartı resmi görevden muafiyet ile bağdaşmamakta olup kuruluş serbestisine de aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim, 89/48 sayılı Direktif uyarınca, bir meslekle ilgili olarak yüksek okul diploması almış olmak ve üç yıl o mesleği icra etmek konusunda genel bir sistem getirmektedir.

• HİZMETLER DİREKTİFİ

24 Eylül tarihinde Brüksel'de İsveç başkanlığında yapılan Bakanlar Kurulu toplantısında Hizmetler Direktifi'nin uygulanması ile ilgili bir rapor sunulmuştur. Rapor, özetle Hizmetler Direktifi'nin etkin ve zamanında uygulanmasının iş çevreleri ve tüketiciler için bir zorunluluk olduğunun altı çizilmiştir. Bunun için üye ülkeler altı ay süre ile birbirinin uygulamalarını gözlemleyeceklerdir.

• ADALET GÜNÜ

İngiltere ve Galler Hukuk Birliği 20 Ekim tarihinde; "Adalet Günü" kutlamaları kapsamında "İhtilafların Halli" konusunda bir konferans düzenlemeye karar vermiş bulunmaktadır.

• EVLİLİKTE MAL REJİMİ

Avrupa Komisyonu evliliklerin sona ermesi halinde(ölüm veya boşanma) mal rejimleri ile ilgili bir kamuoyu değerlendirmesi yapmış bulunmaktadır. Ancak, bu konuda önem arz eden olayın sınır ötesi bir unsuru barındırıyor olmasıdır. Değerlendirmenin esasını kanunlar ihtilafının önlenmesi, yetki ihtilafının bertaraf edilmesi ile kararların tenfiz ve uygulanmasının sağlanması oluşturmaktadır. Konu bakımından diğer bir önemli husus ise Anglo Sakson hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar olmuştur.

- **FİKRİ HAKLAR**

Avrupa Komisyonu 14 Eylül tarihinde, fikri haklarla ilgili taklitler ve korsanlık konularında alınacak önlemlere ilişkin bir Duyuru yayımlamış bulunmaktadır. Bu duyuru ile eli alınan tedbirler yasal olmaktan öte mevcut yasal yaptırımlar ve düzenlemeleri tamamlar niteliktedir.

- **VERGİLENDİRME**

Avrupa Komisyonu 4 Eylül 2009 tarihinde üye ülkeler arasında bazı vergilerin tahsilatının karşılıklı olarak kolaylaştırılması konusunda bir rapor hazırlamıştır. Yapılan çalışmalar doğrultusunda hazırlanan Rapor konuya ilişkin yeni bir yasal düzenleme yapılmasını önermektedir. Yeni düzenlemenin üye ülkeler arasındaki işbirliğini hızlandırması öngörülmektedir.

- **SİĞİNMA HAKKI VE GÖÇ**

Avrupa Komisyonu 2 Eylül 2009 tarihinde üçüncü ülkelerden gelen mültecilerin yeniden yerleştirilmesi konusunda ortak AB yeniden yerleştirme programı geliştirmeyi önermiş bulunmaktadır. Program üye ülkeleri mülteci kabulü konusunda zorlamamaktadır. Program tamamen isteğe bağlı bir uygulama olup, mülteci kabul edecek üye ülkelere bu konuyla ilgili olarak mali destek sağlanacaktır.

- **TERÖRİZM İLE MÜCADELE**

Avrupa Komisyonu terörizmle mücadele konusunda yeni önlemler paketini benimsemiş bulunmaktadır. Bu yeni tedbirler dizini uyarınca; üye ülkeler emniyet teşkilatları yargı organları arasında işbirliğinin yanı sıra söz konusu yetkililerin EURODAC sisteminden yararlanmalarını mümkün kılan bir uygulama geliştirmeye yönelik bulunmaktadır. Bilineceği gibi EURODAC sığınmacı ve diğer kişilerin parmak izleri ve kişisel bilgilerinin muhafaza edildiği, bu verilerin ülkeler arasında değişiminin sağlandığı bir bilgi bankasıdır.

CCBE'DEN HABERLER

• CCBE(Avrupa Barolar Konseyi)'nin bu dönem ilk Yönetim Kurul Toplantısı 4 Eylül 2009 tarihinde Brüksel'de yapılmıştır.

• CCBE-PECO(Doğu ve Orta Avrupa Ülkeleri) Komitesi çalışmaları kapsamında aşağıda yer alan faaliyetler gerçekleşmiştir:

1. Avrupa Konseyi, Haziran-Temmuz 2009 tarihlerinde, Ukrayna avukatlar kanunu ile ilgili olarak yetkililerle bir değerlendirme toplantısı yapmıştır. Bu toplantılara CCBE- PECO Komitesi de bir uzmanla katkı sağlamıştır. Bu toplantıları takiben Ukrayna Parlamentosu, Hukuk ve Yargı Politikası Komitesi Başkanlığı tarafından incelenmek üzere Ukrayna Avukatlık Kanunu Tasarısı CCBE'ye iletilmiştir.

2. Bosna Hersek ve Sırp Cumhuriyetleri Barolarının CCBE gözlemci üyeliği için başvurusu üzerine CCBE Belçika Delegasyonundan bir üye incelemelerde bulunmak üzere her iki Baro'yu da ziyaret etmiştir. Üyelik başvuruları Kasım 2009 tarihinde yapılacak Genel Kurul Toplantısında değerlendirilecektir.

3. CCBE Gürcistan Parlamentosuna bir mektup göndererek, Avukatlık Kanunu'nun da yapılacak değişikliklerin AB ve CCBE standartlarına uygun olduğunu ve değişiklikleri desteklediklerini bildirmiştir.

4. CCBE Kazakistan Milli Güvenlik Kurulu ve Adalet Bakanlığı'na bir mektup göndererek, devlet sırrı yasası ile ilgili medyaya yaptığı eleştiriler nedeni ile Barodan ihraç edilmesi söz konusu olan bir avukatla ilgili kaygılarını bildirmiştir. CCBE, mektubunda avukatların ifade özgürlüğünün korunmasının gerekli olduğu hususu ile Barolar Birliği'nin bağımsızlığına vurgu yapmıştır.

Avrupa Birliği İlerleme Raporu'nun açıklanmasından önce AB'ye verilmesi gerekli YARGI REFORMU STRATEJİSİ adlı belge hakkında Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Özdemir Özok'la **Güncel Hukuk Dergisi** Genel Yayın Yönetmeni Fikret İlkiz'in yapmış olduğu söyleşi güncelliği dolayısıyla sözü edilen dergi ile birlikte eş zamanlı (1 Kasım 2009) olarak yayımlanmaktadır.

“YARGI REFORMU STRATEJİSİ”

“Yargı reformu” istek ve ihtiyacı, Türk hukukçuları ile kamuoyunun gündeminden hiç düşmemiştir. Bunun birkaç nedeni vardır ve birkaç sonucu olmuştur. Noksan değerlendirmelerden dolayı, örneğin davaların uzaması, “adil yargılanma” ilkelerinden vazgeçilmesini gündeme getirmiştir. Bazen sadece sürelerle oynamanın yargıyı süratlendirebileceği yanlışına düşülmüştür. Bu konuda hukuk yargılamasında temyiz sürelerinin önce uzatılıp, sonra kısaltılması bu arada hazinenin temyiz süresinin bir ay olarak bırakılması sürecini (2494 ve 3156 sayılı kanunlarla HUMK m. 432’de yapılan değişiklikler) hatırlamak



yeterlidir. Hukukun özelliği olan ayrıntılar ve hatta kurumlar ortadan kaldırılarak yenilikler yaratılmak istenmiştir. Örneğin, yargılama sisteminin filtresi olabilecek “sorgu yargıçlığı” ıslah edilmek yerine tümünden kaldırılmıştır. Onun yerini tutacağı umut edilen “iddianamenin reddi” kurumu ise işlemez halde doğmuştur.

Bütün bu karmaşık düşünceler ve yaşama aktarılan düzenlemeler sonucunda garip bir yargılama sistemi yürürlüktedir. Ne bu yargılama sisteminde görev alanlar mutludurlar; ne hizmet alanlar memnundurlar.

Bu tablo içinde 2008 yılında, zamanın Adalet Bakanı Mehmet Ali Şahin, Avrupa Birliği Genişlemeden Sorumlu üyesi Oli Rehn’e, “Yargı Reformu Stratejisi Tasarısı” diye bir belgenin İngilizce nüshasını sundu. Türk kamuoyu ile hukuk kurum ve makamlarından önce böyle bir belgenin Avrupa Birliği temsilcisine sunulması büyük tepki doğurdu.

Bundan sonraki genişlemeleri Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Özdemir Özok’tan dinleyelim.

Fikret İlkiz: Bize öncelikle kamuoyunun tartışmasına açılan “Yargı Reformu Stratejisi”nin hazırlanma sürecini anlatabilir misiniz? Nasıl başladı ve nasıl sonuçlandı?

Özdemir Özok: “Yargı reformu” düşüncesi Türk hukukçuları ile Türk kamuoyunun bitmeyen, ancak temel bazı konularda görüş birliği sağlanamadığı için de gerçekleşemeyen özlemidir. Bundan olacak ki, Türkiye’de yargı konusunda yapılan her yasa değişikliği, küçük olsun büyük olsun, “reform” diye nitelenir olmuştur. Bu da “reform” sözünün ciddiyetini kaybettirmiştir.

2004 yılı Aralık ayında Brüksel’de yapılan AB Zirvesinde, Türkiye ile Avrupa Birliği üyeliğine katılım müzakerelerine başlanması kararlaştırılmıştır. Bu bağlamda tespit edilen 35 fasıl çerçevesinde müzakereler başlamıştır. Bu fasıllardan 23’üncüsü fasıl “Yargı ve Temel Haklar” başlığını taşımaktadır. Ekim 2006’da bu fasıl için tarama toplantıları yapılmaya başlanmıştır. “Tarama sonu raporu” taslak halinde Adalet Bakanlığı’na verilmiştir. Burada önemli bir noktayı kamuoyuna açıklamak gereği duymaktayım. AB uzmanları ile bizim Adalet Bakanlığı mensuplarının yaptıkları tarama toplantıları sonunda ortaya çıkan

bu taslak kamuoyuna açıklanmamıştır. Bakanlık bunu garip bir şekilde gizlemektedir.

Kamuoyunun görmediği “*tarama sonu rapor*” taslağında Türkiye’nin yargı alanında yapacağı reformların bir stratejik plan kapsamında yürütülmesi ve bu alanda atılacak adımların önceden tasarlanması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca Türk yargısının tarafsızlığı, bağımsızlığı ve etkinliğinin güçlendirilmesine yönelik bir reform stratejisi hazırlanması ve hükümet tarafından kabul edilmesi aynı faslın açılış kriteri olarak öngörülmüştür. Bu belgenin hazırlanmaması durumunda 23. faslın müzakerelerinin açılmayacağını belirttiği Adalet Bakanlığı tarafından ifade edilmektedir.

2008 yılında Adalet Bakanlığı’nın hazırladığı strateji raporu müşveddesinin İngilizcesi Oli Rehn’e verildi. Büyük tepki gördü bu davranış. TBB, YARSAV, Yargıtay, Danıştay ayağa kalktı. Biz bir ay içinde “*Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Strateji Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu*” konulu bir sempozyum düzenledik. Arkasından hemen bu sempozyumu kitaplaştırdık. Büyük ilgi gördü. Bakanlık uzun süre suskun kaldı. Sonra 2009 Kasım ayında bizi Kızılcahamam’a davet ettiler. Yüksek mahkemeler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Milli Savunma Bakanlığı, Adalet Akademisi, Noterler Birliği ve YÖK temsilcileri ile iki günlük bir “*çalıştay*” yapıldı.

Burada görüşlerimizi açıkladık. Kabul edilmeyen görüşlerimizi saklı tuttuk, ancak savunma açısından olumlu gelişmeler olduğunu da anlatacağım.

“Tarama sonu raporu” tartışmalara yeni bir öge olarak giriyor. Önemi nedir?

Avrupa Birliği üyeliğine ilişkin süreç içinde, mevzuatımızın AB kriterlerine uygun hale getirilmesi öngörülmüyor. Tarama faaliyeti uyumsuzlukları tespit etmek için 35 faslın hepsinde yapılmıştır veya yapılacaktır. Yargı alanında yapılan tarama sonuçlarının bilinmesi bizim için çok önemlidir. Biz yargımızın ana sorunlarını biliyoruz. Acaba Avrupa Birliği bunları da tespit etmiş mi? Bu ortaya çıkacak. İkinci si acaba Strateji raporu, “*tarama sonu raporu*” nun tüm öğelerini düzeltmek iradesi göstermiş mi? Bunu anlayacağız.

Bunun yapılmadığına dair şüpheleriniz mi var?

Şüpheden de öte elimizde kanıtlar var. Bakınız, önümüzde 2003, 2004, 2005, 2008 yıllarında AB Komisyonu uzmanlarınca Türk yargısı hakkında hazırlanan istişari ziyaret raporları var. Türkiye hakkında hazırlanan İlerleme raporları var. Strateji belgesinde maalesef bunlarla ilgili temel tespitlerin hiçbiri değerlendirilmiş değildir. Bunlara verilen cevaplarla sonunda uzmanlar bıktırılmış veya görüşleri sulandırılmıştır. Bazı konularda ise hiçbir değişiklik olmamasına karşın sorunlar görmezden gelinmektedir.

“Strateji” belgesinin Dokuzuncu Kalkınma Planı ile ilişkisi nedir?

1988 yılında 6. Beşyılıklı Kalkınma Planı hazırlıkları çerçevesinde yapılan çalışmalarda da amaç AB uyum süreci idi. Bu sonraki plan dönemlerinde de aynıdır. Ancak Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonlarının fevkalade özenle hazırladıkları raporlar, kalkınma planlarına tam olarak aksetmedikleri için ne yetkililer ne de kamuoyu bunlardan haberdardır. DPT komisyonlarında kurumlarından gelenler daha özgürdür; temsil ettikleri kurumların görüşlerini savunmazlar. Buna gayret etmeleri istenir, daha objektif olmaları sağlanır. Strateji raporu ise tamamen resmi bir belge niteliğindedir ve Adalet Bakanlığı'nın egemenliği altında hazırlanmıştır. Bunun için de bir oylamaya ihtiyaç duyulmamıştır.

Strateji belgesinin kaynakları arasında bu rapor da gösterilmiştir, ama bizim kanaatimiz askeri yargı ile güncelliğini yitirmiş bir iki atıftan başka, kalkınma raporundan alınmış, esinlenmiş hiçbir şey yoktur. Bu Çalıştay'da da aynen beyan edilmiştir.

“Yargı Bağımsızlığının Güçlendirilmesi” başlığı altında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu konusu bu Stratejinin en önemli bölümü... Acaba HSYK'na bu kadar geniş yer ayrılmasının nedeni nedir?

Yargı reformununun stratejik amaçları on başlık altında toplanmıştır. Bunların birincisi “Yargı Bağımsızlığının Güçlendirilmesi”, ikincisi “Yargının tarafsızlığının geliştirilmesi” başlığını taşımaktadır. “Yargının

tarafsızlığı” nı, belgenin bazıları –örneğin Özbudun Anayasa Taslağı-gibi algılamadığı alt başlıklardan anlaşılıyor: “Yargı mensupları için etik ilkelerin belirlenmesi”, “yargı tarafsızlığı konusunda medya mensuplarının bilinçlendirilmesi,, “kişisel verilerin korunması çerçevesinde HSYK’nın disipline ilişkin kararlarının tamamına ulaşılabilmesi”, “yargı mensupları ile ilgili disiplin hükümlerinin yeniden ele alınması”.

Yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi ile yargıç ve savcıların yönetiminin ilişkisi bulunduğu tartışılmaz bir gerçektir. Burada birkaç soru var: Bize göre birincil sorun, yargıçlar ile savcıların ayrı ayrı düşünülmesi gereğidir. 1961 Anayasası’nda olduğu gibi yargıçlar ayrı bir kurul tarafından yönetilmelidir. Yargıçlar için gerekli olan bazı güvenceler savcılar için gerekemeyebilir. Savcılar ile zorunlu bazı ilişkiler de yargıçlar için fevkalade zararlı olabilir. Bunun için strateji belgesinde biz birlikteliğe kesin olarak muhalefet ettik. Bunların ayrı ayrı kurumlarda temsil edilmesi ve yönetilmesini savunduk. Bizim bu düşüncemiz istişari ziyaret raporlarının da sözüne ve özüne uygundur. Bu konuda Türkiye Barolar Birliği’nin hazırladığı Anayasa Önerisi (2007) gerekli bilgileri vermektedir. Yargıç-savcı birlikteliğinin en son örneği ve sakıncası Ergenekon yargıç ve savcılarının kolluk güçleri ile yediği yemek ve Boğaz gezisinde ortaya çıkmıştır, sanıyorum. İvedilikle buna bir çözüm üretmeliyiz.

Kurulda Bakan’ın bulunması yanında müsteşarın “altın oy” sahibi olmasının nelere sebep olduğunu iki örnekte yaşadık. Bu durum sadece politik kaygılarla yargıyı, yargıcı yıpratmaktadır.

Ayrıntılarında muhalif kaldığımız bu düzenlemede kaydedilen tek ilerleme, kurul kararlarına karşı yargı yolunun açılmasına imkan veren düzenlemedir. Kurulun sekretaryasının ve denetim sisteminin yeniden düzenlenmesi ise umut verici bir vaattir.

Bazı konularda Anayasa düzenlemesi şarttır. Bunun için de muhalefetin desteği gerekiyor. Adalet Bakanı bir oturumda bu konuda, “Biz AB’ne süresinde raporu verdik, bundan sonrası olsa da olur, olmasa da” anlamına gelebilecek sözler söyledi. Bu ise aslında bizim bir bardak suda çırpındığımızı gösteriyor. Hükümet, iki hafta önce açıklanan 2009 İlerleme Raporu’nda bu konudaki ev ödevini yaptığı vurgulandığı için mutludur.

HSYK için “geniş tabanlı temsil” in nasıl oluşturulacağı gösterilmemiş... Sizce bu temsil sorununu nasıl anlamalıyız?

Bizim yargıç-savcı birlikteliğine son verme konusundaki temel görüşümüze Bakanlık bir yana Yargıtay ve Danıştay da sahip çıkmadığından mevcut durum muhafaza edildiğine göre, temsil sorunu ortaya çıkmaktadır. TBB, seçim, katılım ve sayı konusunda gerekli güvenceler sağlandıktan sonra “geniş tabanlı temsil esasına göre” yapılandırılmadan yanadır. Kurulda en azından “objektiflik, tarafsızlık ve şeffaflık” sağlanabilmesi için yasamadan, TBB’den ve kürsülerden birer üyenin bulunması mümkündür. Diğer Avrupa ülkelerinde de buna benzer çok sayıda, değişik kurguda örnek vardır.

Sorun bunları nasıl seçeceğimizdir. Kurulun çalışılmaz ve yargıç atamasını büyük çekişmelerin meydana haline getirilmesinin kimseye bir yarar sağlamayacağını düşünüyoruz. Bu konu tartışmalıdır.

Stratejiye göre “kamuoynun ve yargı profesyonellerinin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusundaki bilinçlerinin güçlendirilmesi için çalışmalar yapılması” nasıl değerlendirilmelidir? Böyle bir tespiti tersinden okursak; yargı profesyonelleri kimlerdir ve bu Strateji ortaya çıkana kadar yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda “yargıda” bilinç eksikliğinin var olduğunun itirafı demek değil midir?

3.3. Adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde savunmanın etkinliğinin artırılması için Türkiye Barolar Birliği ile işbirliği halinde çalışmalar yürütülmesi

Bağımsız yargının *paydaşı* ve *kurucu unsurlarından* olan savunmanın, yargılama öncesi ve sonrası evrelerde etkinliğinin artırılması ve geliştirilmesi için ilgili kurum ve kuruluşlarla çalışmalar yapılacaktır.

Ortaya çıkacak yargı kararının kalitesi ona *“paydaş”* olan unsurların kalitesi ile doğru orantılıdır. Bu gerçek ilk aşamada hukuk eğitiminin seviyesinin yükseltilmesini gerektirmektedir *“Yargılama diyalektiği”* açısından son derece önemli role sahip kurumun mesleğe alınma koşulları, meslek içi eğitimi, yeni avukatların mesleklerinin önemine uygun olmayan şartlarda çalışmaları, amacına uygun ve verimli staj imkanlarının kısıtlılığı, resmi kurumlar nezdindeki konumları gibi yaşadıkları bazı sorunlar bulunmaktadır.

Strateji belgesi konusunda Ekim ayı içinde Baro Başkanları toplantısı yaptık. Burada arkadaşlarımız raporu genellikle olumlu buldular, ancak avukatların “*yargı profesyoneli*” tanımı içinde bulunmasına dikkat çektiler. Öncelikle Bakanlığın basıma hazırladığı Strateji Taslağı, Stratejisi, Strateji Eylem Planı hakkında bilgi vermem gerekiyor. “*Yargı Reform Stratejisi Taslağı*” 2008 yılında Olie Rehn’e verilerek başlanan çalışmadaki metimdir. Kızılcahamam toplantısından sonra “*Yargı Reformu Stratejisi*” olmuştur. Bu belgelerin birincisinde hiçbir katkımız yoktur, bilgimiz de yoktur. Ancak ikincisi oluşurken düşüncelerimizi özgürce söyledik, kabul edilenler oldu, edilmeyenler oldu. Özellikle savunma ile ilgili ciddi kazanımlar sağladık. Düşüncelerimiz saklıdır. Üçüncü belge “*Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı*”dır. Bu belge Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmıştır ve bizimle hiçbir ilgisi yoktur. Bakanlık kendisi için bir yol haritası hazırlamıştır, ona da bir diyeceğimiz olamaz.

“*Yargı profesyonelleri*” deyiminden kastedilen “*Yargı mensubu (Hakimler ve savcılar), yargı çalışanı (Hakim ve savcılar dışındaki görevliler), avukat ve noterler*” olarak belirlenmiştir.

Taslakta, yani birinci belgede, TBB ile ilgili ne olduğu tam anlaşılmayan ve biraz da Türkiye Barolar Birliği’nin –dolayısıyla barolar ve avukatların– bağımsızlığına yönelik olduğu şüphesi uyandıran bir hüküm vardı. Nerede? Tasarı’nın “5. *Yargı Örgütü Yönetim Sisteminin*

Yargılama diyalektiğinin savunma bölümünü oluşturan avukatlar, adil yargılanma açısından hukuk ve ceza yargılamasında önemli role sahiptirler. Avukatların delil toplaması, mahkemeye sunmaları, mahkemeye karşı taraf ve savcılıklar tarafından sunulmuş delilleri incelemeleri, bu tür belgelerin taraf vekillerine sunulması, zorunlu müdafiliğin adil yargılanma hakkı kapsamında etkin hale getirilmesi, cezaevleri görüşmelerinin makul önlemler dışında engelsiz yapılması ve 1savunmanın itham ile başlaması” ilkesini gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerin ilgili kurumlarla işbirliği halinde alınması gerekmektedir “*Adil yargılanma hakkı*”nın en önemli unsuru olan “*silahların eşitliği*”nin yargı alanında uygulanabilmesi bu koşulların gerçekleşmesi ile doğru orantılıdır. Ayrıca, bunun insan hakları ihlalleri konusundaki önleyici etkisinden yararlanılacaktır.

Adalet Bakanlığı’nın, Türkiye Barolar Birliği kararlarının bozulması ve onanması anlamına gelebilecek hükümler ile avukatlar hakkındaki ceza soruşturma ve kovuşturması evrelerindeki yetkileri ile ilgili TBB ile ortak çalışmalar yapılacaktır.



Geliştirilmesi" başlığının 4. paragrafında. Burada hedefin "yargı çalışanları" olduğu açıktı. TBB'nin üstünde yargı çalışanları, altında ise noterler hakkındaki paragraflar yer alıyordu.

Biz bu konuma ve dolayısıyla tanıma şiddetle karşı çıktık. Avukatları,

Avukatlık Kanunu, "yargının kurucu unsurlarından" (Av. K. m. 1), Türk Ceza Kanunu "yargı görevi yapan" (TCK m. 6), istişari ziyaret raporları "yargının paydaşı" sayarken Taslağın bu anlayışını anlamak mümkün değildi.

"Yargı Reformu Stratejisi" belgesinde yani ikinci belgede durum değiştirildi: "3.Yargının Verimliliği ve Etkiliğinin Arttırılması" amacının 3. paragrafına geniş bir hedef demeti ile girdik. (Önceki, sayfa altında çerçeve içinde bu maddeyi görmektesiniz.)

Sorunuzun diğer bölümlerine gelince fazla bir şey söylemek gerekmiyor. Cevap sorunuzun içinde gizli bulunmaktadır.

Strateji, yaşamın ve hukukun gerçeklerine uygun ve kendi içinde tutarlı mıdır?

AB uyum süreci dolayısıyla böyle bir çalışma yapıldığını biliyoruz. TBB, kurulduğu günden bu yana, "hukuk devrimi" ilkeleri doğrultusunda bir "hukuk reformu" özlemi ve çabası içinde olmuştur. Bu belgede de bizi tatmin eden bölümler vardır. Ancak, Adalet Bakanlığı'nın yargı üzerindeki etkinliği tartışılmadan ve kaldırılmadan; yargıç-savcı birlikteliğine son verilmeden ve "silahların eşitliği" ilkesi yaşama geçirilmeden hukuka ve yaşama uygun, kendi içinde tutarlı bir reformdan söz etmenin mümkün olmadığını da biliyor ve buna inanıyoruz.

BİYOLOJİK ÇEŞİTLİLİĞİN AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU ÇERÇEVESİNDE KORUNMASI

Ahmet M. GÜNEŞ*

I. Giriş

Yabani hayvan ve bitki türlerinin yok olması, uzun bir süredir en önemli çevre sorunlarından biri olarak kabul görmektedir. Bugün için dünya çapındaki kuş türlerinin tahminen onda biri, memeli hayvanların yaklaşık dörtte biri, bitki türlerinin ise takriben % 70'i yok olma tehdidi altındadır. Avrupa'da ise memeli hayvanların % 42'sinin, kuş türlerinin % 43'ünün, kelebeklerin % 45'inin ve sürüngenlerin % 45'inin yok olma tehlikesi ile karşı karşıya olduğu tespit edilmiştir.¹ Bu rakamlar, çevrenin en önemli unsurlarından olan fauna (hayvan türleri) ve floranın (bitki türleri) karşı karşıya olduğu tehlikenin gerçekte hangi boyutlarda olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Dünyanın herhangi bir yerinde gerçekleşen bir tür kaybı, doğrudan bütün canlıların yaşamını etkileyebilecek sonuçlar doğurabilmektedir. Zira ekosistemlerde tüm türler birbirleri ile karşılıklı ve karmaşık ilişkiler içinde bulunmaktadır. Bir türün yok olması, bu tür ile bağlantılı olan diğer türleri de olumsuz yönde etkilemekte ve bu türlerin yok olmasına neden olabilmektedir. Doğada bulunan her bir canlı türünün bir işlevi olduğu düşünüldüğünde, bazı canlı türlerinin yok olmasının ekosistemin dengesinin bozulmasına neden olabileceğini belirtmek gerekir. Yeryüzündeki canlı varlıkların tür çeşitliliğinin yanı sıra, genetik çeşitliliği ve habitatların (doğal yaşam alanları) çeşitliliğini de ifade etmek için kullanılan biyolojik çeşitlilik, bu bakımdan doğal dengenin korun-

* Dr., LL.M.(Münster)

¹ Karş. Gellermann, *Naturschutzrecht*, N. 1; The European Commission, Questions and answers about EU-biodiversity policy, MEMO/06/212, s. 1 vd.; Kloepfer, *Umweltrecht*, § 11, N. 2; Ayrıca bkz. <http://de.wikipedia.org/wiki/Biodiversit%C3%A4t>

masının en önemli koşullarından biridir. İnsanın sağlıklı bir çevrede yaşamını sürdürebilmesinin güvencesi olarak görülebilecek biyolojik çeşitliliğin devamının sağlanması, günümüzde doğa koruma politikalarının temel hedeflerinin başında gelmektedir.

Yeryüzündeki bazı türlerin yok olması, her ne kadar doğadaki evrim sürecinin bir sonucu olarak değerlendirilebilecekse de, biyolojik çeşitliliğin kaybının esas nedeni insanoğlunun giriştiği faaliyetlerdir.² Sanayileşme, küresel ısınma, doğal kaynaklardan ölçsüz faydalanma ve aşırı avlanma gibi durumları, hayvan ve bitki türlerinin devamlılığının tehlikeye düşmesinin sebepleri arasında zikretmek her ne kadar mümkün ise de, biyolojik çeşitliliğin kaybının en önemli nedeni, türlerin doğal yaşam alanlarının tahrip edilmesidir. Türlerin doğal yaşam alanlarının tahribi sonucunu doğuracak başlıca faktörler ise, endüstriyel gelişme, tarımsal faaliyetler ve kentleşmedir. Çeşitli bitki ve hayvan türlerinin varlıklarını sürdürmelerine yönelik tehditlerin giderilmemesi durumunda, yakın bir zamanda dünya çapındaki biyolojik çeşitliliğin benzeri görülmemiş bir seviyeye düşeceği, uzmanlar tarafından birçok defa dile getirilmiştir.³

Biyolojik çeşitliliğin karşı karşıya bulunduğu kaygı verici durum, biyolojik çeşitliliğin korunmasında hukukun devreye sokulmasına neden olmuştur. Bununla birlikte biyolojik çeşitliliğin kaybının küresel nitelikte bir çevre sorunu olarak ortaya çıkması, devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde öngördüğü tedbirlerin bu alanda çoğu kez tek başına yeterli olamaması neticesini doğurmuş, bölgesel ve küresel bir işbirliği kaçınılmaz hale gelmiştir. Bu yüzden, gerek Avrupa Birliği çapında gerekse de uluslararası alanda yabancı türlerin ve bu türlerin doğal yaşam alanlarının korunmasını amaçlayan birçok düzenlemeye rastlamak mümkündür.

Biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik olan uluslararası düzen-

² Karş. Kloepfer, *Umweltrecht*, § 11, N. 2; Jans/von der Heide, *Europäisches Umweltrecht*, s. 518 vd.; Kışlahoğlu/Berkes, *Ekoloji ve Çevre Bilimleri*, s. 291 vd.; Çakmak, *AÜHFD* 2008, C. 57, S. 1, s. 141 vd.; Güneş/Coşkun, *Çevre Hukuku*, s. 34; Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 9 vd.; Demirayak, *Biyolojik Çeşitlilik-Doğa Koruma ve Sürdürülebilir Kalkınma*, s. 12 vd.

³ Karş. Gellermann, *Naturschutzrecht*, N. 1; Kloepfer, *Umweltrecht*, § 11, N. 2 vd.; Demirayak, *Biyolojik Çeşitlilik-Doğa Koruma ve Sürdürülebilir Kalkınma*, s. 5.

lemelerin en önemlileri,⁴ Ramsar Sözleşmesi (1971) (Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşme),⁵ Washington Sözleşmesi (1973) (Nesli Tehlikede Olan Yabani Hayvan ve Bitki türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme - CITES),⁶ Bonn Sözleşmesi (1979) (Yaban Hayvanların Göçmen Türlerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme - CMS),⁷ Bern Sözleşmesi (1979) (Avrupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi)⁸ ve Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'dir (1992) (CBD)⁹. Biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik olarak Avrupa Birliği bünyesinde vücuda getirilmiş hukuki düzenlemeler arasında öne çıkanlar ise, Nesli Tehlikede Olan Türler Tüzüğü,¹⁰ Yabani Kuş Türlerinin Korun-

⁴ Ayrıca bkz. Çakmak, *AÜHFD* 2008, C. 57, S. 1, s. 139 vd.; Kröger/Klauß, *Umweltrecht*, s. 290 vd.; Gellermann, *Naturschutzrecht*, N. 3 vd.; Kloepfer, *Umweltrecht*, § 11, N. 9 vd.; Madner, *Naturschutzrecht*, s. 952 vd.

⁵ Temel gayesi, taraf ülkelerin kendi topraklarında bulunan uluslararası önemdeki sulak alanları belirleyip, bu sulak alanların korunmasını ve akılcı bir şekilde kullanılmasını sağlamak olan bu sözleşme, 17 Mayıs 1994 tarihli Resmi gazete'de yayınlanarak ülkemizde yürürlüğe girmiştir.

⁶ Nesilleri tehlikede olan yabani hayvan ve bitki türlerinin ticaretini düzenleyen hükümler içeren bu sözleşme, 20 Haziran 1996 tarihli Resmi gazete'de yayınlanarak 22 Aralık 1996 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.

⁷ Türkiye bu sözleşmeye taraf olmamıştır. Bonn Sözleşmesi'nin temel hedefi, yok olma tehlikesi ile karşı karşıya olan türlerin yaşam alanlarını korumak ve eski haline getirmek, göç yolları açısından gerekli yerlerde uygun yaşama alanları ağının bakımını sağlamaktır.

⁸ Bu sözleşme, 09.01.1984 tarih ve 84/7601 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 20.02.1984 tarih ve 18318 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanmıştır. Bern Sözleşmesi, Avrupa Konseyine üye ve bu sözleşmeyi imzalayan diğer devletlerde flora ve faunayı ve bunların yaşama alanlarını korumayı ve ayrıca bu hususta devletlerarası işbirliğini sağlamayı amaçlamaktadır.

⁹ Temel amacı, biyolojik ve genetik kaynakların korunmasının ve sürdürülebilir kullanımın sağlanması olan bu sözleşme, 27 Aralık 1996 tarihli *Resmî Gazete*'de yayınlanarak Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.

¹⁰ Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom 9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels (ABI. EG Nr. L 61 s. 1 vom 3. 3. 1997, zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 2214/98 vom 16. 10. 1998, ABI. EG Nr. L 279 s. 3). Avrupa Topluluğu'nun 9 Aralık 1996 tarihinde kabul ettiği bu tüzük, bir taraftan Washington Sözleşmesi ile doğanın korunması konusunda getirilen yükümlülükleri hayata geçirmeyi, diğer taraftan ise nesli tehlikede olan hayvan ve bitki türlerinin ticaretine ilişkin Topluluk çapında geçerli olan kuralları daha sıkı hale getirmeyi amaçlamaktadır. Bu tüzük, maruz buldukları tehdit seviyesini dikkate alarak A, B, C ve D eklerinde çeşitli hayvan ve bitki türlerine yer vererek, bu türlerin Topluluk üyesi olmayan üçüncü ülkelerle yapılacak ticaretine ilişkin çeşitli sınırlayıcı hükümler öngörmektedir.

masına İlişkin Konsey Yönergesi¹¹ (kısaca: Yabani Kuşlar Yönergesi) ve Yabani Fauna ve Flora ile Habitatlarının Korunmasına İlişkin Konsey Yönergesi'dir¹² (kısaca: Fauna-Flora-Habitat Yönergesi veya FFH Yönergesi). Avrupa Birliği bu düzenlemelerin yanı sıra, Bern Sözleşmesi, Bonn Sözleşmesi ve Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'ni imzalayarak bu sözleşmelere taraf olmuştur.

Bu çalışmamızda esas olarak biyolojik çeşitliliğin Avrupa Birliği çapında korunması konusu işlenecektir. Yabani Kuşlar Yönergesi ve FFH Yönergesi'nin öngördüğü hükümler bu nedenle, çalışmamızın merkezinde yer alacaktır. Yabani Kuşlar Yönergesi ve FFH Yönergesi'nin özellikle alan eksenli koruma hükümlerinin irdelenerek, biyolojik çeşitlilik için Avrupa Birliği hukukunda öngörülen korumanın içeriğinin detaylı bir şekilde ortaya konması, bu çalışmamızda ulaşmak istediğimiz temel amaçtır. Bu bağlamda, öncelikle Yabani Kuşlar Yönergesi ve FFH Yönergesi hakkında genel bilgilere yer verilip, bu yönergelerin temel nitelikleri belirlenmeye çalışılacaktır. Devamında, Natura 2000 ağının oluşturulma usulüne değinilip, bu ağa dâhil olacak alanlarda geçerli olacak koruma yükümlülüklerine teferuatlı bir şekilde yer verilecektir. Çalışmamızın sonunda ise, Türk çevre hukuku açısından bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

II. Avrupa Birliği Hukukunda Biyolojik Çeşitliliğin Düzenlenişi

A. Genel Olarak

Nesli Tehlikede Olan Türler Tüzüğü, Yabani Kuşlar Yönergesi ve FFH Yönergesi'nin biyolojik çeşitliliğin Avrupa Birliği düzeyinde korunmasına ilişkin temel düzenlemeler olduğuna yukarıda değinilmiş idi. Ancak, Yabani Kuşlar Yönergesi ve FFH Yönergesi'nin Avrupa Birliği doğa koruma hukuku açısından ayrı bir öneme sahip olduğunu belirtmek gerekir. Zira bu iki düzenleme, biyolojik çeşitliliğin korunması amacıyla hazırlanmış Avrupa Birliği normlarının en kapsam-

¹¹ Richtlinie vom 2. April 1979 über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten (79/409/EWG) (ABl. L 103 vom 25.4.1979, S. 1).

¹² Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206 vom 22.7.1992, S. 7).

lıları olup, Topluluğun doğa koruma hukukunun çekirdeğini teşkil etmektedir. Her iki yönerge de, biyolojik çeşitliliğin kaybının temel nedeninin türlerin doğal yaşam alanlarının tahribinin olduğu gerçeğinden hareket etmekte ve biyolojik çeşitliliğin korunması için öncelikle türlerin doğal yaşam alanlarının korunması gerektiği düşüncesini hayata geçirmeye çalışmaktadır. Topluluğun doğal mirasının korunmasını ve geliştirilmesini amaçlayan bu iki düzenleme, üye devletleri belli bazı sahaları koruma alanı olarak belirleyerek, bu alanlarda özel koruma hükümlerini uygulamakla mükellef kılmaktadır. Bu iki yönergenin alan eksenli koruma hükümlerinin yanı sıra, doğrudan doğruya türleri korumayı amaçlayan kurallar da içerdiği görülmektedir.

Avrupa Birliği doğa koruma politikasının hayata geçirilmesinde en önemli araç, Natura 2000 adıyla anılan Avrupa koruma alanları ağıdır. Natura 2000 koruma ağı, Yabani Kuşlar Yönergesi hükümlerine göre tasnif edilecek olan kuş koruma alanları ve FFH Yönergesi hükümleri uyarınca belirlenecek özel koruma alanlarından oluşmaktadır. Bu koruma ağı, yaşam alanlarının ve bu yaşam alanlarında bulunan hayvan ve bitki türlerinin uzun süreli muhafazasına önemli katkılar sağlamayı amaçlamaktadır.¹³ Natura 2000 koruma ağı bu bağlamda, kapsadığı alanlarda bulunan fauna, flora ve habitatlar için öngördüğü özel koruma hükümleri ile biyolojik çeşitliliğin Avrupa Birliği düzeyinde kaybının önüne geçmeyi hedeflemektedir. Natura 2000 koruma ağı, türlerin doğal yaşam alanlarının layıkıyla korunmasının biyolojik çeşitliliğin kaybını engellemede en etkili yöntem olduğu düşüncesinin somut bir ifadesidir. Natura 2000 koruma ağının dayandığı bir diğer düşünce, ilgili alanların birbirinden kopuk ve izole bir şekilde koruma altına alınması ile biyolojik çeşitliliğin uzun süreli muhafazasının mümkün olmadığıdır.¹⁴

Yabani Kuşlar Yönergesi ve FFH Yönergesi, her ne kadar ortak bir hedef olarak biyolojik çeşitliliğin kaybının önlenmesine yönelmişlerse de, Topluluğun bu normları arasında bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Yabani Kuşlar Yönergesi, sadece yabani kuşların ve bu kuşların doğal yaşam alanlarının korunması amacını güderken, FFH Yönergesi bütüncül bir yaklaşımla hem yabani hayvan ve bitki türlerini hem de bu türlerin doğal yaşam alanlarını korumayı hedeflemektedir. Bi-

¹³ Gellermann, *Natura 2000*, s. 14.

¹⁴ Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 8; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 18 vd.

yolojik çeşitliliğin korunması, muhafaza edilmesi ve eski haline getirilmesi, FFH Yönergesi'nin benimsediği temel yaklaşımdır. FFH Yönergesi bunun yanı sıra, Natura 2000 koruma ağının oluşturulmasına dair yükümlülüğe ilk defa yer vererek, Yabani Kuşlar Yönergesi ve FFH Yönergesi'ne göre belirlenmiş koruma alanlarının tek bir çatı altında toplanarak, bu alanların aynı koruma rejimine tabi olmasını sağlamıştır. Bu açıklamalar ışığında, FFH Yönergesi'nin Yabani Kuşlar Yönergesi'ni tamamlama ve bu yönerge ile hedeflenen amaçları daha ileri götürme gayesini güttüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. FFH Yönergesi bu bağlamda, üye devletlerin sınırlarını aşacak bir şekilde işleyecek bir doğa koruma anlayışının oluşturulması yönündeki Topluluk çabalarının en ileri adımını temsil etmektedir.

Özellikle 90'lı yılların başından beri, çeşitli Avrupa ülkelerinde gerçekleştirilmek istenen büyük çaptaki birçok tesisin veya ilgili ülke açısından büyük öneme sahip alt yapı projelerinin,¹⁵ gerek Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) gerekse de ulusal mahkemeler nezdinde, bu tesis ve projelerin FFH Yönergesi'nin veya Yabani Kuşlar Yönergesi'nin hükümlerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile engellenmesi, bu yönergelerin siyasi ve hukuki çevrelerde yoğun bir ilgi ile karşılaşmasına neden olmuştur.¹⁶ Avrupa Birliği'ne üye birçok ülke, bu yönergeleri iç hukuka aktarma hususundaki yükümlülüklerini bugün için hala tam anlamıyla yerine getirememiş, bu nedenle Natura 2000 koruma ağının oluşturulma süreci hala tamamlanamamıştır. Üye devletlerin yönergeyi iç hukuka uyarlama yükümlülüklerini layıkıyla ifa etmemeleri ayrıca, üye devletlerin Topluluk hukukunu ihlal ettiği gerekçesi ile ATAD nezdinde açılan ihlal davalarının muhatabı olmasına neden olmuştur.¹⁷ Bir üye devlete karşı bu yönergelerden kaynak-

¹⁵ Hamburg'ta bulunan Airbus tesislerinin genişletilme projesi, Baltık Denizi otoban (Ostseeautobahn) projesi ve Dortmund-Ems Kanal projesi bu bağlamda zikredilebilecek örneklerdir.

¹⁶ Karş. Gellermann, *Natura 2000*, s. 7 vd.; Kerkmann, *Natura 2000*, s. 1 vd.; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 1 vd.

¹⁷ Federal Almanya Cumhuriyeti, bu yönergelerden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiği gerekçesi ile 2001 ve 2006 yıllarında ihlal davalarının muhatabı olmuştur. Bunun dışında, Yunanistan, Hollanda, Fransa, İtalya, İrlanda, Belçika, Luxemburg, Finlandiya, Portekiz ve Birleşik Krallık'ın da bu yönergeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmedikleri iddiasıyla değişik zamanlarda ihlal davalarının muhatabı olduğu gözlemlenmektedir. Ayrıca karşı. Mayer, *Die Wirkung von Vertragsverletzungsklagen auf die Umsetzung von Natura 2000*, s. 38 vd.

lanan yükümlülüklerini aksatmaları nedeniyle ikinci kez bir ihlal davasının açılması durumunda ise, ilgili devletin çok ciddi tutardaki bir para cezasının muhatabı olabileceğini belirtmek gerekir.

B. Yabani Kuşlar Yönergesi

2 Nisan 1979 tarihinde kabul edilen Yabani Kuşlar Yönergesi, Topluluğun doğanın korunmasına yönelik ilk yönergesidir. Yabani Kuşlar Yönergesi, esas olarak Ramsar Sözleşmesi'nin hükümlerini Topluluk hukukuna aktarma amacıyla hazırlanmıştır. Bu yönerge, üye devletlerin Avrupa'daki toprakları üzerinde, yaban ortamda doğal olarak bulunan tüm kuşların, bunların yumurtalarının, yuvalarının ve yaşam alanlarının korunması, yönetimi ve kontrolüne ilişkin hükümler içermektedir. Yabani Kuşlar Yönergesi, giriş kısmı, on dokuz madde ve beş ekten oluşmaktadır. Yönerge'nin 1. maddesinde, yönergenin üye devletlerin Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın geçerli olduğu bölgelerinde yerleşik olan tüm yabani kuşların korunmasını amaçladığı ifade edilmiştir. Bu bakımdan yönerge, bir listede yer alan belli bazı kuş türlerini korumayı amaçlamayıp, öngördüğü alanlarda yerleşik olan tüm kuş türleri üzerinde uygulanma imkânına sahiptir.¹⁸ Yönerge'nin 2. maddesinde ise, yönergenin uygulama kapsamına giren kuş türlerinin özellikle ekolojik, bilimsel ve kültürel gereklere uygun bir seviyede tutulması veya bu seviyeye getirilmesi için gerekli olan tüm tedbirlerin üye devletlerce alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu tedbirlerin alınması sürecinde ayrıca, ekonomik ve dinlenme amaçlı gerekler de göz önünde bulundurulmalıdır. Yönerge'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında ise üye devletler, 2. maddede zikredilen gereklerin de dikkate alınması suretiyle 1. madde kapsamına giren kuş türlerinin çeşitliliğini ve yaşam alanlarını yeterli bir derecede muhafaza etmek veya eski haline getirmekle mükellef kılınmıştır. 3. maddenin 2. fıkrasında ise, 1. fıkra kapsamında alınabilecek tedbirlerin hangileri olduğu belirtilmiştir. Koruma alanlarının oluşturulmasına, koruma alanları dâhilindeki ve haricindeki yaşam alanlarının bakımı ve ekolojik açıdan doğru yapılandırılmasına, tahrip edilmiş yaşam ortamlarının eski haline getirilmesine ve bu yaşam ortamlarının yeni baştan oluşturulmasına yönelik önlemler, burada sayılan tedbirlerdir. Yönerge'nin 4. maddesinin 1.

¹⁸ Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 333; Jans/von der Heide, *Europäisches Umweltrecht*, s. 519.

fıkrasında ise, Ek I'de geçen kuş türlerinin kendi yayılma alanlarında yaşamlarını sürdürebilmesi ve çoğalabilmeleri için yaşama alanları ile ilgili özel koruma tedbirlerine başvurulması gerektiği belirtilmiştir. 4. maddenin 1. fıkrasında ayrıca, Ek I'de sözü edilen kuş türlerinin muhafazasına yönelik olarak sayı ve kapladığı alan bakımından en elverişli olan sahalara üye devletler tarafından koruma alanı olarak açıklanması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra Yönerge'nin 4. maddesinin 2. fıkrası, Ek I'de anılmayan kuş türleri için de, özellikle bu türlerin üremesi ve kışı geçirmesi için koruma alanları oluşturulması gerektiğini ifade etmiştir. 4. maddenin 4. maddesinde ise üye devletler, koruma alanı olarak ilan edilmiş sahalarda kirliliğe veya yaşam alanlarının bozulmasına veya kuşlar üzerinde olumsuz bir etkinin doğmasına neden olabilecek eylemleri engellemek için gerekli olan tedbirleri almakla mükellef kılınmıştır.

Bu açıklamalar ışığında, Yabancı Kuşlar Yönergesi'nin üye devletler için öngördüğü koruma yükümlülüklerinin 3. ve 4. maddelerde topladığı söylenebilir. Bununla birlikte vurgulamamız gereken bir husus, yönergenin 4. maddesinin 3. maddeye göre özel bir hüküm olduğudur. Bu nedenle, 4. maddenin uygulama alanı bulduğu durumlarda 3. maddede öngörülmüş olan tedbirlere başvurulmamalıdır.¹⁹ Ayrıca gerek 3. maddede gerekse de 4. maddede öngörülen koruma yükümlülükleri mutlak olduğunu belirtmek gerekir. Yani bu yükümlülükler, herhangi bir kuş türünün maruz kaldığı somut bir tehdidin bulunduğu seviyeden bağımsız olarak yerine getirilmelidir.²⁰

Yabancı Kuşlar Yönergesi'nin 4. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen koruma hükümlerinin uygulanacağı alanların nasıl belirleneceği konusunda, aynı maddenin 1. fıkrasında üye devletlerin kuşların korunması için büyüklük ve sayı bakımından en elverişli sahaları koruma alanı olarak açıklanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükmün düzenleniş biçimi göz önünde bulundurulduğunda, üye devletlere bu süreçte genel olarak bir takdir yetkisinin tanıdığı söylenebilir.²¹

¹⁹ Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 334.

²⁰ Karş. Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 334; Jans/von der Heide, *Europäisches Umweltrecht*, s. 519 vd.

²¹ Gellermann, *Natura 2000*, s. 21 vd.; Kerkmann, *Natura 2000*, s. 48 vd.; Gellermann, *NVwZ 2001*, s. 501; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 334 vd.; Gellermann, *Naturschutzrecht*, N. 71.

Bu takdir yetkisi ise, yönerge tarafından oldukça daraltılmıştır. Zira ilgili kuşların yaşamlarını sürdürebilmesi ve üremelerinin güvence altına alınması, 4. maddenin 1. fıkrasında bu alanların belirlenmesi aşamasında belirleyici faktör olarak öne çıkmaktadır. Koruma alanlarının belirlenmesi sürecinde, 4. maddenin 2. ve 3. fıkralarında anılan etmenlerin de göz önünde bulundurulması zorunludur. Yönerge'nin 2. maddesinde belirtilen ekolojik, bilimsel, kültürel, ekonomik veya dinlenme amaçlı gereklerin ise, bu aşamada dikkate alınması mümkün değildir. ATAD, koruma alanlarının belirlenmesi aşamasında sadece üstün ve zorlayıcı kamusal menfaatlere dayanan gereklerin dikkate alınabileceğini belirtmiştir.²² FFH Yönergesi, koruma alanlarının belirlenmesi konusunda üç aşamalı ve Komisyonun da aktif olarak katıldığı bir süreç öngörürken; Yabani Kuşlar Yönergesi, Komisyonun devre dışı kaldığı daha basit bir prosedür içermektedir. Buna göre, üye devletler 4. maddenin 1. fıkrası çerçevesinde tek başlarına tasnif edeceği alanları "kuş koruma alanı" olarak ilan edip, 4. maddenin 3. fıkrası uyarınca sadece gerekli bilgileri Komisyona bildirecektir. Yönerge'nin 4. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen koruma hükümleri ise, ilgili sahanın kuş koruma alanı olarak ilgili devlet tarafından açıklanması veya ilanı ile etkili olacaktır. İleride belirteceğimiz gibi, FFH Yönergesi'nin 7. maddesi gereği, Haziran 1994'ten itibaren FFHH Yönergesi'nin 6. maddesinin 2-4. fıkralarında öngörülen koruma hükümleri Yabani Kuşlar Yönergesi'nin 4. maddesinin 4. fıkrasında yer alan düzenlemenin yerine geçecektir. Ancak Yabani Kuşlar Yönergesi'nin 4. maddesinin 4. fıkrasında öngörülen koruma düzeyinin, FFH Yönergesi'nin 6. maddesinde öngörülen korumaya göre daha sıkı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Çünkü FFH Yönergesi'nin 6. maddesinden farklı olarak Yabani Kuşlar Yönergesi'nin 4. maddesinin 4. fıkrası, ilgili alan üzerinde olumsuz etkiler doğurabilecek faaliyetlerin istisnai olarak onanması mümkün kılmamaktadır.

Yabani Kuşlar Yönergesi, kuş türlerinin alan eksenli korunması dışında da türlerin doğrudan korunmasına yönelik hükümlere de yer vermiştir. Bu düzenlemeler daha ziyade, kuş türlerinin avlanmasını ve ticaretini sınırlayıcı kurallar içermektedir. Yönergenin 5. maddesi bu bağlamda, yönergenin uygulama alanına giren kuş türlerinin kas-

²² EuGH, Rs. C-355/90 (Komisyon/İspanya), Slg. 1993, I- s. 4221. Ayrıca karşı. Gellermann, *Natura 2000*, s. 30 vd.; Gellermann, NVwZ 2001, s. 501.

ti öldürülmesi ve yakalanması, yuvalarının yerinin değiştirilmesi veya yumurtalara ve yuvalara kasti olarak zarar verilmesi, beslenme, büyüme süresince bilinçli bir şekilde rahatsız edilmesi ve avlanması ve yakalanması yasak olan kuş türlerinin alıkonması gibi eylemleri yasaklamıştır. 6. maddesinin 1. fıkrasında aynı şekilde, yönerge kapsamına giren kuşların ölü veya canlı ticaretini ve bu kuşların herhangi bir parçası veya bu kuşlardan elde edilen ürünlerin naklini ve satış amacıyla alıkonulmasını yasaklanmıştır. Yönerge, eklerinde yer alan farklı türleri esas alarak bu genel yasaklama hükümlerinin istisnalarına da yer vermiştir. EK III'te yer alan türlerin satışı ve Ek II'de belirtilen türlerin avlanması belli bazı şartlar ve kısıtlamalar altında 6. maddenin 2-4. fıkraları ve 7. madde çerçevesinde mümkündür. Bunun dışında Yabani Kuşlar Yönergesi'nin 9. maddesi ise, üye devletlere belli bazı şart mevcut olduğunda yönergenin kuşların avlanması ve ticaretini sınırlayan hükümlerinden sapan düzenlemeler yapma imkânı tanımıştır.²³ Bunun için, alternatif bir çözümün yokluğu ve kamu sağlığı ve güvenliği, hava güvenliği, hayvan ve bitki türlerinin korunması veya ekinler, orman, balıkçılık ve suya yönelmiş ciddi bir zararın önlenmesi gibi 9. maddenin 1. fıkrasında belirtilen bir sebebin varlığı gerekir. Ayrıca üye devletlerin, ilgili düzenlemeleri ile öngörecekları istisnaların kapsamını mümkün olduğunca sınırlı tutmaları gerekir. Son olarak üye devletlerin, 9. maddenin 2. fıkrasında dile getirilen şekli şartları yerine getirerek, Komisyon tarafından yapılacak denetimleri kolaylaştırması gerekir.²⁴ Kuş türlerinin avlanması ve ticaretini istisnai olarak mümkün kılan bu koşulların çok sıkı yorumlanarak, 9. maddenin kapsamının mümkün olduğunca dar tutulması gerekir.

C. FFH Yönergesi

21 Mayıs 1992 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen FFH Yönergesi'nin temel amacı, yabani hayvan ve bitki türlerini ve bu türlerin doğal yaşam alanlarını korumaktır. FFH Yönergesi, esas olarak Bern Sözleşmesi'nin hükümlerini Topluluk hukukuna aktarma gayesi ile hazırlanmıştır. FFH Yönergesi ayrıca, Yabani Kuşlar

²³ Karş. Jans/von der Heide, *Europäisches Umweltrecht*, s. 526 vd.; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 337 vd.; Stier, DVBl 2009, s. 7 vd.

²⁴ Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 338 vd.; Jans/von der Heide, *Europäisches Umweltrecht*, s. 526 vd.; Gellermann, *Naturschutzrecht*, N. 104 vd.

Yönergesi'ni tamamlama ve bu yönergenin içerdiği hedefleri daha ileri götürmeyi amaçlamaktadır. FFH Yönergesi'nin Avrupa doğa koruma politikasına kattığı en önemli yenilik ise, Natura 2000 koruma ağıdır. Avrupa habitat koruma ağı Natura 2000, Topluluğun doğa koruma politikasında yeni bir paradigmayı temsil etmekte olup, FFH Yönergesi'nde öngörülen hedefleri hayata geçirmeyi amaçlamaktadır. FFH Yönergesi bu bağlamda, belli sahaların koruma alanı olarak belirlenip, bunların Natura 2000 ağı kapsamına alınarak, bu alanlarda özel koruma hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir. Bu nedenle FFH Yönergesi'nin, biyolojik çeşitliliğin korunmasında esas olarak alan eksenli bir koruma anlayışını benimsediğinden söz edilebilir. Ancak FFH Yönergesi'nde alan eksenli koruma yükümlülüklerinin yanı sıra, türlerin doğrudan korunmasına ilişkin hükümlere de yer verildiği unutulmamalıdır.

Avrupa doğa koruma hukukunun en önemli normu olan FFH Yönergesi, giriş kısmı, yirmi dört madde ve altı ekten oluşmaktadır. Bu yönergeyi içeriği açısından beş bölüme ayırmak mümkündür. Yönergenin ilk bölümünde (giriş kısmı ve m. 1-3), yönergenin amaçlarına ve bazı tanımlamalara yer verilmiştir. İkinci bölüm (m. 4-11), koruma alanlarının belirlenmesi ve habitatların korunmasına ilişkin ayrıntılı hükümlere ayrılmıştır. Üçüncü bir bölümde (m. 12-16), türlerin doğrudan korunması ile ilgili özel hükümlere değinilmiştir. Dördüncü bölümde (m. 12-24) ise, yönerge hükümlerinin iç hukuka aktarılma süreleri ve Komisyonun bilgilendirilmesi gibi yönergenin yürütülmesi ile ilgili bazı hususlar yer almaktadır. Son olarak yönergenin eklerinde, bir alanın özel koruma alanı olarak belirlenmesini gerektirecek canlı türleri ve bu türlerin doğal yaşam alanlarına (Ek I, II), bir sahanın Topluluk açısından önemli olduğunun tespitinde faydalanılacak kriterlere (Ek III), türlerin doğrudan korunması ile ilgili kuralların uygulanacağı hayvan ve bitki türlerine (Ek IV, V), türlerin yakalanması, öldürülmesi ve taşınmasına ilişkin yasak yöntemlere (Ek VI) yer verilmiştir.

III. Natura 2000 Ağının Oluşturulma Prosedürü

A. Genel Olarak

FFH Yönergesi'nin 4. maddesinde, Natura 2000 koruma ağının oluşturulması için üç aşamalı bir süreç öngörülmektedir. İlk aşamada, üye devletler FFH Yönergesi'nin 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca

ve Ek III'te (Evre 1) yer alan kriterler vasıtasıyla ulusal bir alan listesi derleyip, bu listeyi Avrupa Komisyonu'na sunmakla yükümlüdür. Bu ilk aşamanın yönergenin resmi ilanından itibaren üç sene içinde, yani 05.06.1995 tarihine kadar gerçekleşmesi gerekli idi. Bu aşamayı takip eden ikinci safha ise, Topluluk açısından önemi haiz alanları kapsayan listenin taslağının hazırlanması amacını gütmektedir. Bu taslak, yönergenin 4. maddesinin 2. maddesi uyarınca Komisyon tarafından ilgili üye devletin muvafakati alınarak Ek III'te (Evre 2) yer alan kriterler vasıtasıyla hazırlanır. Daha sonra bu taslak, Komisyon tarafından nihai liste olarak devletlere karar şeklinde iletilmelidir. Yönerge'nin 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, bu aşamanın yönergenin resmi ilanından itibaren altı yıl içinde, yani 05.06.1998 tarihine kadar vuku bulması gerekli idi. Son olarak üçüncü aşamada üye devletler, nihai listede geçen alanları Yönerge'nin 4. maddesinin 4. fıkrası uyarınca mümkün olduğunca en kısa zamanda, fakat en geç altı yıl içinde ilan etmelidir. Burada öngörülen süre ise, 05.06.2004 tarihinde sona ermiştir.

B. Ulusal Listenin Üye devletlerce Hazırlanması

Natura 2000 ağının oluşturulmasının ilk safhası, ulusal bir alan listesinin üye devletlerce hazırlanıp, bu listenin Avrupa Komisyonu'na iletilmesiyle vuku bulur. Üye devletlerce oluşturulacak ulusal liste, Natura 2000 ağının oluşturulma sürecinin ikinci safhasında Komisyon tarafından hazırlanacak olan listenin dayanağını oluşturmaktadır. Zira Topluluk açısından önemli alanlar, üye devletlerce önerilen bu alanlar arasından seçilerek Natura 2000 ağına dâhil edilmektedir. Ulusal listenin hazırlanma safhası yönergenin 4. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme üye devletleri, Ek I'de sayılan doğal habitatların veya Ek II'de geçen türlerin bulunduğu alanları kapsayan bir alan listesini, Ek III'te (Evre 1) yer alan kriterler ve ilgili bilimsel verileri dikkate alarak hazırlamakla mükellef kılmıştır. Bu bakımdan ulusal listenin hazırlanmasında, Ek I ve Ek II'de sayılan doğal habitatların ve türlerin mevcudiyeti, Ek III'te yer alan kriterler ve ilgili bilimsel veriler belirleyici olmaktadır. İlgili alanda bulunan doğal habitatların temsil derecesi, yapı ve fonksiyonlarının koruma derecesi ve restorasyon olasılığı, alanda bulunan tür popülasyonlarının yoğunluğu ve büyüklüğünün, türün ülke düzeyindeki popülasyon büyüklüğüne oranı ve tür için önemli habitatın özelliklerinin koruma derecesi ve restorasyon olasılığı, Ek III'te yer verilen kriterlerden bazılarıdır. Ek

III'te yer alan kriterler, bütünüyle ekosentrik nitelikte olup, üye devletler için bağlayıcıdır.²⁵ Bu nedenle, ulusal listelerin hazırlanmasında bu kriterler dışındaki ölçütlere başvurulması imkânı bulunmamaktadır. Nitekim ATAD da, ulusal listelerin oluşturulma sürecinde üye devletlerin kültürel, ekonomik veya toplumsal gerekleri dikkate almasının mümkün olmadığını dile getirmiştir.²⁶

C. Komisyon Tarafından Topluluk Listesinin Hazırlanması

Natura 2000 ağının oluşturulma sürecinin ikinci adımı olan Topluluk listesinin hazırlanması, ulusal alan listesinin komisyona sunulmasından hemen sonra vuku bulur. Yönergenin 4. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan bu aşama, kendi içinde iki kısımdan oluşmaktadır. İlk Komisyon, üye devletlerin muvafakatini alarak üye devletlerin hazırlamış olduğu ulusal listeleri esas alarak Topluluk için önemli alanların listesinin bir taslağını hazırlar. Geçici liste olarak da adlandırılan bu taslak sonrasında, görüşünün alınması amacıyla Habitat Kurulu'nun onayına sunulur ve nihayetinde Komisyon tarafından kesin liste olarak kabul edilir. Ulusal listelerin üye devletlerce hazırlanması aşamasında birçok alan listelerde yer bulma imkânına sahip iken, Komisyon tarafından Topluluk listesinin hazırlanması sürecinde, ulusal listeye giren alanlardan sadece Topluluk bakımından önemi haiz alanlar dikkate alınmaktadır. Natura 2000 koruma ağına dâhil edilmesi gereken alanları kesin olarak belirleme gayesini güden Topluluk listesinin belirlenmesi aşaması, bu bakımdan bir filtre işlevi görmektedir.

Topluluk açısından önemli olan alanları kapsayan nihai listenin belirlenmesinden önce, bu tarz bir listesinin bir taslağının üye devletlerin de olurunun alınarak hazırlanması gerektiğine yukarıda değinmiştik. Geçici Komisyon listesinin hazırlanması sürecinde faydalanılması gereken kriterlere Ek III'te (Evre 2) yer verilmiştir. Ek III (Evre 2), bu tarz bir taslağın hazırlanması sürecinde, üye devletler tarafından listelenen öncelikli alanlar (*prioritäre Gebiete*) ve öncelikli olmayan alanlar (*nichtprioritäre Gebiete*) arasında bir ayırımın yapılmasını öngör-

²⁵ Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 14; Berner, *Der Habitatschutz*, s. 67; Rödiger-Vorwerk, *Die Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 25 vd.

²⁶ EuGH, DVBl. 2000, s. 1841 vd. Ayrıca karşı. Gellermann, *Natura 2000*, s. 53 vd.; Kerkmann, *Natura 2000*, s. 48 vd.; Wolf, *ZUR 2005*, s. 449 vd.

mektedir. Öncelikli habitatlar veya türler, nesilleri doğrudan yok olma tehlikesi ile karşı karşıya olduğundan, bunların korunması konusunda Topluluğa özel bir sorumluluk yüklenmiş olan habitat ve türlerdir. Bu tarz habitat ve türler, yönergenin Ek I ve II'sinde küçük bir yıldız ile (*) işaretlenmiştir. Ulusal listede yer alan öncelikli alanlar, Komisyonun herhangi değerlendirmesi veya takdir yetkisi olmaksızın otomatikman liste taslağına eklenir. Öncelikli nitelikte olmayan diğer alanların taslak listeye alınmasında ise, Ek III'te (Evre 2) yer verilen kriterler belirleyici olacaktır. Söz konusu alana üye devletçe ulusal bazda biçilen nispi değer, alanın büyüklüğü, alanda bulunan doğal habitatların ve türlerin sayısı ve alanın Natura 2000 koruma ağı açısından taşıdığı önem Ek III'te (Evre 2) yer verilen kriterlerden bazılarıdır. Burada sayılan kriterler bağlayıcı nitelikte olup, sınırlı sayı prensibine tabidir.²⁷ Geçici Topluluk listesinin hazırlanması sürecinde zorunluluk arz eden bir diğer durum, ilgili üye devletin muvafakatinin alınmasıdır. Bu muvafakatın alınması, üye devletin ulusal listede yer verilmiş alanların değerinin belirlenmesi sürecine katılması suretiyle gerçekleşir.

Üye devletin muvafakatinin alınarak hazırlanan geçici liste, yönergenin 21. maddesinde öngörülen usule tabi tutularak nihai Komisyon listesine dönüşerek son şeklini alacaktır. Bu bağlamda geçici listede öncelikle, Habitat Kurulu'nun onayına sunulacaktır. Yönerge'nin 20. maddesi, Habitat Kurulu'nun üye devletlerin Avrupa Komisyonu temsilcilerinden oluşacağını ve nitelikli çoğunlukla karar vereceğinden bahsetmektedir. Geçici listenin Habitat Kurulu tarafından onaylanması durumunda, Komisyon, Yönerge'nin 21. maddesi uyarınca vereceği bir karar ile kesin listeyi açıklayacaktır. Habitat Kurulu'nun geçici listeyi reddetmesi durumunda ise, Komisyon geçici listeyi Avrupa Konseyi'ne sunabilir. Konseyin nitelikli çoğunlukla vereceği bir karar da, komisyon listesinin kesinleşmesi sonucunu doğuracaktır. Yönerge'nin 4. maddesinin 5. fıkrasında söz edilen önemli bir husus da, yönergenin 6. maddesinin 2-4. fıkralarında öngörülen yükümlülüklerin ilgili alanın Komisyonun kesin listesine alınması ile geçerli olmaya başladığıdır.

²⁷ Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 53; Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 51; Gellermann, *Natura 2000*, s. 58.

D. Koruma Alanlarının Üye Devletlerce İlan Edilmesi

Nihai Komisyon, listesinin hazırlanması, üye devletlerin yönergenin 4. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bu listelerde geçen alanları özel koruma alanı olarak ilan etme mükellefiyetini doğurmaktadır. Komisyonun kesin listesinde geçen alanların üye devletlerce özel koruma alanı olarak ilan edilmesi, Natura 2000 ağının oluşturulması için öngörülen prosedürün son aşamasıdır. Yönerge'nin 4. maddesinin 4. fıkrası, özel koruma alanlarının ilanının mümkün merteye en kısa zamanda, fakat en geç kesin listenin üye devletlere bildirilmesinden itibaren altı yıl içinde gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Özel koruma alanlarının ilanının nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine dair hususlara ise, yönergenin bu hükmünde yer verilmemiştir. YönergeWnin özel koruma alanlarının ilanı açısından belli bir koruma kategorisini zorunlu kılmaması, üye devletlerin burada tümünden serbest olduğu anlamına gelmemektedir. Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın yönergeyi tanımlayan 249. maddesinin 3. fıkrasına bakıldığında, yönergelerin sadece yönergede öngörülen hedef bakımından bağlayıcı olduğu, bu hedeflere ulaşma biçim ve yönteminin ise üye devletlere bırakılmış olduğu görülür. Ancak yönergelerin iç hukuka aktarılması sürecinde üye devletler, yönergede öngörülen hedefleri en etkili biçimde hayata geçirecek araç ve uygulama yöntemlerine öncelik vermek zorundadır.²⁸ Üye devletler ayrıca, yönergeyi iç hukuka aktarırken hukuki açıklık ve hukuki güvenlik prensiplerini de sıkı bir şekilde gözetlemelidir. Bu açıklamalar ışığında varacağımız sonuç, üye devletin özel koruma alanları için öngöreceği koruma statüsünün yönergede belirlenen koruma seviyesine denk olacağı durumlarda iç hukuka aktarım açısından bir problem yaşanmayacağıdır. Üye devletler özel koruma alanlarının ilanı için bu bakımdan, yeni koruma kategorileri oluşturacakları gibi, iç hukuklarında mevcut olan milli park veya tabiat parkı gibi koruma kategorilerine de başvurabilirler.²⁹

²⁸ EuGH, 26.02.1976- Rs. 52/75. Ayrıca karş. Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 82; Callies/Ruffert, *EG-Vertrag*, Art. 249, N. 46.

²⁹ Fisahn/Cremer, *NuR* 1997, s. 269; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 71; Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 162; Sobotta, *ZUR* 2006, s. 353 vd.

IV. Natura 2000 Alanlarında Geçerli Olacak Koruma Rejimi

A. Genel olarak

Özel koruma alanlarının üye devletlerce ilanı, her ne kadar Natura 2000 koruma ağının oluşturulma sürecinin son halkasını teşkil etse de, FFH yönergesinde öngörülen belli bazı türleri ve bu türlerin yaşam alanlarını koruma gayesi, ancak özel koruma alanlarına yönelik bazı yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi ile hayata geçirilebilir. Bu bağlamda akla gelebilecek ilk soru, özel koruma alanlarında nasıl bir korumanın öngörüldüğüdür. Bu sorunun cevabı, yönergenin 6. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Yönergenin koruma rejiminin yer aldığı 6. madde, yönergenin en önemli maddelerinden biri olup, üçlü bir koruma mekanizması öngörmektedir. 6. maddenin 1. fıkrası özel koruma alanları için gerekli muhafaza tedbirlerinin yürütülmesini öngörürken, 2. fıkra genel bir kirletme yasağı içermekte, maddenin 3. fıkrasında ise plan ve projeler için bir uyumluluk denetimine yer verilmiştir.

Biyolojik çeşitliliğin korunmasını amaçlayan FFH Yönergesi, 6. maddesinde önleyici bir yaklaşımı benimsemiştir.³⁰ Korumak tedavi etmekten iyidir şeklinde özetlenebilecek düşünceye dayanan bu yaklaşım, çevresel öğeler üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabilecek faaliyetlerin olabilecek en erken aşamada engellenmesini hedeflemektedir. 6. madde bu bağlamda öncelikle, çevresel problemlerin henüz ortaya çıkmadan evvel engellenmesini hedeflemektedir. Yönergenin 6. maddesi bunun haricinde, geniş anlamıyla bir çevre koruma anlayışını benimsemiştir. Buna göre, yönergede öngörülen hedeflere tehdit oluşturduğu sürece kirlilik kaynağının korunan alan içinde veya dışında olmasının bir ehemmiyeti yoktur.³¹ Burada değinilmesi gerekli son bir husus, FFH Yönergesi'nin 7. maddesi uyarınca, Yabani Kuşlar Yönergesi'nin hükümleri çerçevesinde ilan edilmiş olan kuş koruma bölgeleri için de FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 2-4. fıkralarının uygulama alanı bulacağıdır. Bu çerçevede kuş koruma alanı olarak tanınan sahalarda Yabani Kuşlar Yönergesi'nin 4. maddesinin 4. fıkrası

³⁰ Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 87 vd.; Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 176; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 32; Gellermann, *Natura 2000*, s. 70.

³¹ Karş. Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 37 vd.; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 95.

sında öngörülen koruma rejimi yerine FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 2-4. fıkralarında öngörülen koruma hükümleri geçerli olacaktır.

B. Muhafaza Tedbirleri

FFH Yönergesi'nde öngörülen koruma rejiminin ilk unsuru 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan muhafaza tedbirleri (Erhaltungsmaßnahmen) oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye göre üye devletler, gerektiği takdirde özel koruma alanları için hususi olarak tasarlanmış olan veya başka kalkınma planlarına entegre edilmiş olan elverişli idari planlar ve alanlarda mevcut olan Ek I'deki habitat tiplerinin ve Ek II'deki canlı türlerinin ekolojik ihtiyaçlarını karşılayacak elverişli kanuni, idari veya akdi önlemler içeren gerekli muhafaza tedbirlerini almak zorundadır. Bu düzenleme böylelikle, üye devletlerce Natura 2000 ağına dâhil olan tüm özel koruma alanları ve Ek I'deki habitat tipleri ve Ek II'deki canlı türleri için genel bir muhafaza sisteminin oluşturulmasını emretmektedir. Bu muhafaza sistemi ise, geniş kapsamlı bir alan yönetimini gerektirmektedir.

6. maddenin 1. fıkrasında geçen muhafaza tedbirlerinin içeriğinin aydınlatılması bakımından, FFH Yönergesi'nin benimsediği muhafaza kavramı ve muhafaza yaklaşımının somutlaştırılması faydalı olacaktır. Yönerge'nin 1. maddesinin 1. fıkrasının a) bendinde muhafaza tedbirlerinin, doğal yaşam alanlarının ve yabani hayvan ve bitki türleri popülasyonlarının, elverişli bir statüde muhafazası veya restorasyonu için gerekli tüm önlemleri kapsadığı belirtilmiştir. Muhafaza tedbirlerinin amacı bu bakımdan, elverişli bir statünün muhafazası veya restorasyonudur. Bu tarz elverişli bir statünün hangi hallerde mevcut olduğuna ise, 1. maddenin 1. fıkrasının e) bendinde değinilmiştir. İlgili habitatın doğal dağılımının ve o dağılım içinde kapladığı alanın istikrarlı olması veya artması ve bu habitatların uzun vadede var olmaya devam etmeleri için gerekli olan belirli yapı ve işlevlerin mevcudiyeti ve öngörülebilir gelecekte var olmaya devam etmesinin muhtemel olması gibi hallerde, ilgili habitatın koruma statüsünün elverişli olduğu söylenebilecektir.

Muhafaza tedbirlerinin hem muhafaza hem de restorasyona yönelik olması, bu tedbirlerin ilgili özel koruma alanının mevcut durumunun sadece korunmasının değil, aynı zamanda geliştirilmesini de

içeren önlemleri gerektirdiği anlamına gelir.³² FFH Yönergesi'nde yer alan tanımlamalar gereği muhafaza tedbirleri, hem koruma amaçlı önlemleri hem de bakım amaçlı önlemleri kapsamaktadır. Bunun haricinde muhafaza tedbirlerine, ilgili alana yönelmiş gerek insan kaynaklı gerekse de insan kaynaklı olmayan diğer zararlı etkilerin söz konusu olduğu durumlarda başvurulabilecektir.³³

Muhafaza tedbirleri 6. maddenin diğer hükümlerinden ayrı olarak, ilgili sahanın üye devletçe özel koruma alanı olarak ilan edilmesiyle uygulama alanı bulur. Muhafaza tedbirlerinin içeriğinin tespitinde ise, ilgili alanın içinde bulunduğu somut koşullar belirleyici olmaktadır. Bu bakımdan, hangi muhafaza tedbirlerinin hangi alanlar için uygulanması gerektiği konusunda genel bir saptama yapmak mümkün değildir. Muhafaza tedbirleri, korunan habitat veya türlere göre ve de ilgili alanın içinde bulunduğu durum dikkate alınarak farklı görünüm alabilmektedir.³⁴ Muhafaza tedbirlerinin içeriğinin belirlenmesi konusunda bu nedenle üye devletlere bir takdir yetkisi tanınmıştır. Fakat üye devletler bu takdir yetkisini kullanırken, yönergede öngörülen hedefleri en etkili biçimde hayata geçirecek araç ve uygulama yöntemlerine öncelik vermek zorundadır.³⁵ Her ne kadar ilgili alan için başvurulabilecek muhafaza tedbirlerinin somut şartlara göre farklılık arz edeceğini belirtiysek de, 6. maddenin 1. fıkrasında muhafaza tedbirlerinin iki türünden söz edildiği görülür. Bunlar, idari planlar ve elverişli hukuki, idari veya akdi tedbirlerdir. İdari planlar, bir alanın kullanımına, bakımına ve doğal gelişimine ilişkin hükümler içeren planlardır.³⁶ İdari planlar dışında, elverişli kanuni, idari veya akdi önlemler içerecek tarzda muhafaza tedbirlerine başvurulması mümkündür. Burada belirtilen bu üç kategori arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki mevcut değildir. Üye devletler, ilgili alan için bu kategorilerden

³² Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 27; Gellermann, *Natura 2000*, s. 68; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 89.

³³ Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 47 vd.; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 89; Wrase, *Rechtsschutz gegen die Schaffung von FFH- und Vogelschutzgebieten*, s. 34; Freiburg, *Die Erhaltung der biologischen Vielfalt*, s. 34 vd.

³⁴ Gellermann, *Natura 2000*, s. 68; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 96; Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, s. 18 vd.

³⁵ Wrase, *Rechtsschutz gegen die Schaffung von FFH- und Vogelschutzgebieten*, s. 33; Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, s. 21.

³⁶ Karş. Rödiger-Vorwerk, *Die Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 102.

herhangi birine ilişkin muhafaza tedbirlerine başvurabilecekleri gibi bu kategorilerin farklı bir kombinasyonunu içerecek muhafaza tedbirlerini de öngörebilirler.³⁷

C. Genel Kirlenme Yasağı

FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında, üye devletlerin özel koruma alanlarındaki doğal yaşam alanlarının ve canlı türlerin habitatlarının bozulmasını ve bu özel koruma alanlarında bulunan canlı türlerinin rahatsız edilmesini önleyici uygun tedbirleri almakla mükellef olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemenin devamında, üye devletlerin canlı türlerin rahatsız edilmesi durumunda harekete geçmesi, bu rahatsızlıkların FFH Yönergesi'nde belirlenen hedefleri ciddi ölçüde aksatacak nitelikteki olması koşuluna bağlanmıştır. Yönerge'nin 6. maddesinin 2. fıkrası böylelikle, iki ayrı yasağı kapsayan genel bir kirlenme yasağı öngörmektedir. Öncelikle bozulma yasağı (*Verschlechterungsverbot*) üye devletleri, özel koruma alanlarında bulunan doğal yaşam alanlarının ve canlı türlerin habitatlarının bozulmasını engelleyecek tedbirleri almakla mükellef kılmaktadır. İkinci olarak rahatsız edilme yasağı (*Störungsverbot*), canlı türlerine yönelen rahatsızlıklardan sakınılmasını emretmektedir.

1. Bozulma Yasağı

6. maddenin 2. fıkrası uyarınca üye devletler, özel koruma alanlarındaki doğal yaşam alanlarının ve canlı türlerin habitatlarının bozulmasına neden olacak eylemlerden sakınmak zorundadır. Bir doğal yaşam alanının koruma statüsünü öncesine göre daha az elverişli hale getirecek her türlü fiziksel gerilemesini, bu bağlamda bozulma olarak nitelendirilebiliriz.³⁸ Bu bakımdan, bir doğal yaşam alanının içinde bulunduğu özel koruma alanı içinde kapladığı yüzey alanının azalması veya bu doğal yaşam alanının uzun vadede var olmaya devam etmesi için gerekli olan belirli yapı ve işlevlerinin ilk durumuna göre kötüleşmesinin söz konusu olduğu haller bozulmaya örnek teşkil eder. Bir

³⁷ Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 41 vd.; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 28.

³⁸ Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 29; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 44; Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, s. 27.

bozulmanın tespitinde, mevcut somut koşullar, söz konusu özel koruma alanının koruma statüsü ve bu alanın Natura 2000 ağı açısından taşıdığı önem dikkate alınmalıdır.³⁹

6. maddenin 2. fıkrası, bir bozulmanın mevcudiyeti durumunda üye devletleri gerekli tedbirleri yükümlü kılmakla birlikte, bu tedbirlerin türünün ve yürütülüş yönteminin seçimi konusunda üye devletleri serbest bırakmıştır. Ancak burada birkaç noktaya değinmekte fayda vardır. Birincisi, bozulmayı engelleyici önlemler Yönerge'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen muhafaza tedbirlerinden farklı olarak, ilgili alanın sadece statükosunun, yani mevcut durumunun korunmasını amaçlamaktadır. Bozulmanın engellenmesine yönelik önlemler bu nedenle, restorasyon tedbirlerini dışta bırakarak, sadece koruma ve bakıma yöneliktir.⁴⁰ Bozulmanın engellenmesine yönelik tedbirlerin belirlenmesinde ise genel olarak, ilgili özel koruma alanı ile ilgili somut şartlar ve korunmaya konu edinen yaşam alanlarının korunma gereksinimleri önemli bir rol üstlenmektedir. Bunun yanı sıra, 6. maddenin 2. fıkrasındaki yönergede belirlenen hedefleri ciddi ölçüde aksatacak nitelikte olma koşulu, sadece rahatsız edilme yasağı için geçerli olduğundan, bozulmalar için belli bir seviyenin aşılması gerekmektedir. Bozulma yasağı bu bakımdan, mutlak bir niteliktedir ve düşük seviyelerde olsa bile bir özel koruma alanındaki tüm olumsuz etkiler kural olarak bozulma yasağının kapsamına girecektir.⁴¹ Belirtilmesi lüzumlu olan son bir nokta, bozulma yasağının 6. maddenin 1. fıkrasında öngörülen muhafaza tedbirlerden farklı olarak, sadece insan kaynaklı olumsuz etkilerin söz konusu olduğu durumlarda devreye gireceğidir.⁴²

2. Rahatsız Edilme Yasağı

FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrası bozulma yasağı dışında, üye devletlere özel koruma alanları dâhilinde bulunan hayvan ve

³⁹ Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, s. 28; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 30.

⁴⁰ Gellermann, *Natura 2000*, s. 73; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 99.

⁴¹ Karş. Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 54; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 342; Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 177; Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 238; Gellermann, *Natura 2000*, s. 74.

⁴² Karş. Wrase, *Rechtsschutz gegen die Schaffung von FFH- und Vogelschutzgebieten*, s. 34.

bitki türlerine yönelmiş olan ciddi rahatsızlıkları ortadan kaldırma yükümlülüğü getiren bir rahatsız edilme yasağı öngörmektedir. Rahatsız edilme yasağı, gerek yapısal gerekse de içerik bakımından bozulma yasağına benzemektedir. Ancak bu iki yasağın arasında ciddi farklılıklar da mevcuttur. Rahatsız edilme yasağı bozulma yasağında olduğu gibi, sadece insan kaynaklı olumsuz etkilerin söz konusu olduğu hallerde devreye girmektedir. Bununla birlikte rahatsız edilme yasağı, doğal yaşam alanlarının veya habitatların değil, yalnızca ilgili alanın özel koruma alanı olarak belirlenmesine neden teşkil eden hayvan ve bitki türlerinin korunmasını amaçlamaktadır. Bir özel koruma alanında bulunan hayvan ve bitki türlerinin yaşam koşullarında meydana gelen her türlü olumsuz etkiyi, 6. maddenin 2. fıkrası bağlamında rahatsızlık olarak değerlendirmek mümkündür.⁴³ Fakat burada vurgulanması zorunlu bir husus, 6. maddenin 2. fıkrasının hayvan ve bitki türlerine yönelmiş olan rahatsızlıkların üye devletlerce önlenme zorunluluğunu, bu rahatsızlıkların yönergenin hedeflerini ciddi bir şekilde aksatmasına bağlamış olduğudur. Buradan varacağımız netice, düşük seviyede olan rahatsızlıkların rahatsız etme yasağının kapsamına girmediğidir. Yönergenin hedeflerini aksatabilecek ciddi bir rahatsızlıktan ise genel olarak, rahatsızlığın doğuracağı etkilerin hayvan ve bitki türlerinin yaşamını devam ettirmesini uzun vadede tehlikeye düşürebilecek sonuçlar doğuracağı durumlarda söz etmek mümkündür.⁴⁴ Bununla birlikte, 6. maddenin 2. fıkrası bağlamında ciddi bir rahatsızlığın mevcut olup olmadığına, korumanın konusu olan hayvan ve bitki türlerinin koruma gereksinimleri ve mevcut diğer somut koşullar göz önünde bulundurularak karar verilmelidir.

⁴³ Karş. Rödiger-Vorwerk, *Die Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 107; Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 178; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 30; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 342.

⁴⁴ Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 342; Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 178; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 60; Freiburg, *Die Erhaltung der biologischen Vielfalt*, s. 108; Gellermann, *Natura 2000*, s. 74.

D. Plan ve Projeler için Hususi Hükümler

1. Genel Olarak

FFH Yönergesi'nin öngördüğü koruma rejiminin en önemli kısmını, plan ve projelerin onaylanması sürecinde uygulama alanı bulan, 6. maddenin 3. ve 4. fıkraları oluşturmaktadır. FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: *"Alanın yönetimi ile doğrudan ilgili olmayan veya yönetimi için gerekli olmayan ancak tek başına veya diğer plan ve projelerle bağlantılı olarak ilgili alan üzerinde ciddi olumsuz etkiler doğurması muhtemel olan plan veya projelerin, alanın koruma amaçları ile uyumluluğunun denetimi yapılır. Yetkili ulusal birimler uyumluluk denetiminin sonuçları ışığında ve 4. fıkra hükümlerini dikkate alarak, ancak ilgili alanın bütünselliğinin olumsuz bir şekilde etkilenmeyeceği kanısına vardıldıktan sonra ve gerekirse kamuoyunun görüşünü aldıktan sonra ilgili plan veya projeyi onarlar."* Aynı maddenin 4. fıkrası ise şöyledir: *"Uyumluluk denetiminin olumsuz sonuçlarına rağmen ve alternatif çözümlerin yokluğunda bir plan veya proje, sosyal veya ekonomik nedenler dâhil olmak üzere, üstün kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı nedenlerle uygulanmak zorundaysa, üye devlet, Natura 2000 ağının genel uyumunun korunması ile ilgili tüm gerekli telafi edici önlemleri alır. Üye devlet, yürütülen telafi edici önlemleri Komisyon'a bildirir. İlgili alanda öncelikli doğal yaşam alanı tipi ve/veya öncelikli bir canlı türü bulunması durumunda, sadece insan sağlığı ve kamu güvenliği veya çevre için önemli derecede elverişli etkiler sağlayıcı sonuçlar ile ilgili veya Komisyonun görüşü alındıktan sonra üstün kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı diğer nedenlerle alakalı olan mülâhazalar ileri sürülebilir."*

6. maddenin 3. ve 4. fıkralarının metni göz önünde bulundurulduğunda, plan ve projelerin onanması sürecinde üç aşamalı bir koruma mekanizmasının varlığı göze çarpar. 6. maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca ilkin, plan ve projeler bir uyumluluk denetimine tabi tutulur. Buna ilaveten 3. fıkranın 2. cümlesinde, uyumluluk denetiminin sonucuna göre yetkili idari birimin karar alma süreci (onama süreci) düzenlenmiştir. Son olarak 6. maddenin 4. fıkrasında, uyumluluk denetimi ile varılan olumsuz neticelere rağmen bir plan ya da projenin istisnai olarak onaylanabileceği bir süreç (istisnai onama) öngörülmüştür.

2. Uyumluluk Denetimi

FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesi, bir alanın doğrudan yönetimi ile ilgili olmayan veya ilgili alanın yönetimi ile gerekli olmayan, fakat bu alan üzerinde ciddi olumsuz etkiler doğurabilecek plan veya projeler için bir uyumluluk denetiminin (*Verträglichkeitsprüfung*) yürütülmesini öngörmüştür. Bu düzenlemede öngörülen uyumluluk denetimi yükümlülüğüne sadece plan veya projelerin söz konusu olduğu durumlarda başvurulması gerektiğinden, öncelikle plan ve proje kavramlarından ne anlaşılması gerektiği aydınlatılmalıdır. Kendinden sonra gelen bir faaliyete dayanak oluşturan, ilgili birimler için bağlayıcı niteliği olan veya bu birimlerin aldığı kararlarda göz önünde bulundurulması gereken ve bir alan üzerinde ciddi olumsuz etkiler doğurabilecek soyut politik kararları, FFH Yönergesi bağlamında plan olarak nitelemek mümkündür.⁴⁵ Proje kavramının içeriğinin belirlenmesinde ise, Avrupa Birliği ÇED Yönergesi'nden⁴⁶ yararlanmak mümkündür. Bu bağlamda, ÇED Yönergesi'nin Ek I ve II'sinde geçen projeleri ve bu eklerde geçmemekle birlikte bir özel koruma alanı üzerinde ciddi olumsuz etkiler doğurabilecek faaliyetler proje olarak ele alınabilir.⁴⁷ Bununla birlikte, FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının 1. cümlesinde, bir alanın yönetimi ile doğrudan ilgili olan veya yönetimi için gerekli olan plan ve projelerin uyumluluk denetimi kapsamı dışında tutulması, yönergenin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifadesini bulan yönetim planları için uyumluluk denetimine başvurulmayacağı anlamına gelmektedir.⁴⁸ 6. maddenin 3. fıkrasının uygulama alanı ile ilgili olarak burada vurgulanması gereken önemli bir başka husus ise, 6. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen uyumluluk denetiminin 6. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiş olan bozulma yasağı ve rahatsız edilme yasaklarına göre daha özel bir hüküm olduğudur.

⁴⁵ Karş. Rödiger-Vorwerk, *Die Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 114; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 63 vd.

⁴⁶ Richtlinie des Rates über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten vom 27.06.1985 (85/337 EWG), ABl. EG Nr. 175 s. 40.

⁴⁷ Karş. Wrase, *Rechtsschutz gegen die Schaffung von FFH- und Vogelschutzgebieten*, s. 43; Jarass, *NuR 2007*, s. 372; Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 181; Berner, *Der Habitatschutz*, s. 51 vd.

⁴⁸ Freiburg, *Die Erhaltung der biologischen Vielfalt*, s. 120; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 116; Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, s. 34; Gellermann, *ZUR 2005*, s. 581 vd.

Bu nedenle, bir proje veya planın söz konusu olduğu hallerde 6. maddenin 2. fıkrasına değil de, doğrudan 3. fıkrasına başvurulmalıdır.⁴⁹

a. Uyumluluk Denetiminin Usul Aşamaları

FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının uyumluluk denetimini geniş anlamda ele aldığı kabul edilecek olursa, bu düzenlemenin uyumluluk denetiminin yürütülmesi bakımından, her birinde ayrı bir sorunun cevaplandırılmaya çalışıldığı üç aşamalı bir prosedür öngördüğü sonucuna varabiliriz.⁵⁰ Bu düzenlemenin 1. cümlesinde öncelikle, ilgili alan üzerinde ciddi bir olumsuz etkinin oluşabilme ihtimalin mevcudiyetinin sorgulandığı bir ilk inceleme (*Vorprüfung, FFH-Screening*) safhasına yer verilmiştir. İlk incelemeye konu olan soruya olumlu bir cevap alınması durumunda, uyumluluk denetiminin yürütülmesi konusunda bir yükümlülük ortaya çıkacaktır. Esas uyumluluk denetimi (*Verträglichkeitsprüfung im eigentlichen Sinne*) olarak da adlandırılabilir bu ikinci safhada, bir plan veya projenin koruma amaçları ile uyumluluğu sorgulanacaktır. Son olarak 6. maddenin 3. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde üçüncü bir aşamada, uyumluluk denetiminin sonunda elde edilen sonuçlara göre ilgili proje veya planın onanıp onanmaması konusunda bir karar verilecektir. Onama aşaması (*Zulassungsentscheidung*) olarak da isimlendirilebilecek bu aşamada, ilgili alanın bütünselliğinin olumsuz bir şekilde etkilenip etkilenmeyeceği konusunda bir karar verilecektir.

aa. İlk İnceleme

İlk inceleme, ilgili plan veya projenin genel olarak ciddi olumsuz etkilere neden olup olmayacağını araştırıldığı tahmin esasına dayanan bir değerlendirme sürecidir. İlk inceleme, (esas) uyumluluk denetiminden önce gelen ve (esas) uyumluluk denetiminin yürütülmesine gerek olup olmadığının belirlenmesini sağlayan bir mekanizmadır.⁵¹ İlk inceleme safhasında kural olarak, söz konusu alan üzerinde cid-

⁴⁹ Güneş/Fisahn, *EurUP 2007*, s. 221; Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, S. 32; Gellermann, *Natura 2000*, s. 75.

⁵⁰ Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 33; Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, s. 32; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 74 vd.

⁵¹ Karş. Güneş/Fisahn, *EurUP 2007*, s. 222.

di bir olumsuz etkinin ortaya çıkma ihtimali ele alınır. İlk inceleme bu bağlamda, herhangi bir kesin yargıya ulaşmayı hedeflemeyip, sadece ciddi bir olumsuz etkinin ortaya çıkma olasılığının mevcudiyetini araştırmaktadır.⁵² Çevre hukukunun temel ilkelerinden biri olan ihtiyat ilkesi uyarınca, ciddi bir olumsuz etkinin kabulü için gereksinim duyulan bu tarz bir olasılığın seviyesi mümkün olduğunca düşük tutulmalıdır.⁵³

İlk incelemeye iki soru konu edilmektedir.⁵⁴ Söz konusu faaliyetlerin FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrası bağlamında proje veya plan olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, ilk inceleme sürecinde yanıtı aranan ilk sorudur. Somut şartlar göz önünde bulundurulduğunda ilgili proje veya planın bir özel koruma alanı üzerinde ciddi olumsuz etkiler doğurup doğurmayacağı, yani ciddi olumsuz etkilerin ortaya çıkma ihtimalinin bulunup bulunmadığı, ilk inceleme safhasında cevaplanması gereken diğer bir sorudur. Bir plan veya projenin özel bir koruma alanı üzerinde ortaya çıkardığı olumsuz bir etkinin ciddi olarak nitelendirilmesi için gerekli olan seviyenin belirlenmesinde ise, ikili bir ayırımın benimsenmesi faydalı olacaktır.⁵⁵ Evvela, ilgili alanın içinde bulunan ve bu alanın özel koruma alanı olarak natura 2000 ağına eklenmesinde belirleyici bir rol oynayan doğal habitatlar ve canlı türleri üzerinde vaki olan olumsuz etkileri, otomatikman ciddi olarak nitelemek gerekir. Bunun haricindeki, yani ilgili alanın özel koruma alanı olarak belirlenmesinde asli öneme sahip olmayan doğal habitatlar ve canlı türlerine yönelmiş olumsuz etkilerin ciddi olarak nitelendirilebilmesi için ise, bu olumsuz etkilerin ilgili alanın özel koruma alanı olarak tespitinde belirleyici olan doğal habitatlar ve canlı türleri üzerinde olumsuz tesirlere sebebiyet vermesinin muhtemel olması gerekir.⁵⁶

⁵² Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, s. 36 vd.; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 39; Gellermann, *Natura 2000*, s. 79; Cosack, *UPR 2002*, s. 251.

⁵³ Karş. Güneş/Fisahn, *EurUP 2007*, s. 224.

⁵⁴ Kremer, *ZUR 2007*, s. 300; Güneş/Fisahn, *EurUP 2007*, s. 222.

⁵⁵ Karş. Gellermann, *Natura 2000*, s. 78 vd.; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 37; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 76 vd.

⁵⁶ Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 39; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 80 vd.

bb. Uyumluluk Denetimi

İlk inceleme sonunda bir plan veya projenin bir özel koruma alanı üzerinde ciddi olumsuz etkilere sebebiyet vereceği sonucuna ulaşılsa, 6. maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca, ilgili plan veya projenin söz konusu alan için belirlenmiş koruma amaçları ile uyumluluğunu ele alan bir uyumluluk denetimi yürütülecektir. Esas uyumluluk denetimi aşaması veya kısaca uyumluluk denetimi olarak adlandırabileceğimiz bu değerlendirme evresinde, bir plan veya projenin söz konusu özel koruma alanı için gerçekten zararlı sonuçlar doğurup doğurmayacağı ortaya çıkarılacaktır. Uyumluluk denetimi bu bakımdan, ilgili plan veya projenin onanması aşamasında yetkili idari birimin vereceği kararın dayanağını oluşturmaktadır.

Uyumluluk denetimi, bir plan veya projenin doğurabileceği ciddi olumsuz etkileri önceden kati bir şekilde haber vermek gibi bir gaye gütmemektedir. Uyumluluk denetimi daha ziyade, tahmini bir karar niteliğinde olup, sadece bir plan veya projeden beklenen etkileri değerlendirmektedir.⁵⁷ Ancak uyumluluk denetiminin içerdiği tahmin kıstasları, ilk inceleme safhasında geçerli olan tahmin kıstaslarından farklıdır. İlk inceleme evresinde ciddi bir olumsuz etkinin oluşma olasılığı belirlenmeye çalışılırken, uyumluluk denetiminde ciddi bir olumsuz etkinin ortaya çıkmasının yeterli derecede muhtemel olup olmadığı araştırılır. Bu tarz yeterli bir ihtimalin mevcut olup olmadığı kural olarak, ilgili alanın içinde bulunduğu somut koşullara göre değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, ciddi bir olumsuz etkinin oluşması bakımından aranan olasılık düzeyinin yüksek tutulmasından kaçınılarak, habitatların korunmasını zorlaştıracak veya imkânsız kılacak durumlara mahal verilmemesi gerekir.⁵⁸

6. maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesinde açıkça belirtildiği gibi, uyumluluk denetimi ilgili alanın koruma amaçları (*Erhaltungsziel*) esas alınarak yürütülen bir değerlendirme sürecidir. İlgili alan için belirlenmiş olan koruma amaçları bu nedenle, uyumluluk denetimini sonucunu belirleyen temel değerlendirme kıstaslarıdır.⁵⁹ Koruma amaçla-

⁵⁷ Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 185; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 40.

⁵⁸ Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 83 vd.; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 40.

⁵⁹ Karş. Leist, *Lebensraumschutz*, s. 94; Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 185.

rı, özel koruma alanları açısından Ek I ve II’de yer alan habitatların ve canlı türlerinin uzun vadede güvence altına alınmasını sağlayacak hedef bir durumu temsil etmektedir. İlgili alan için belirlenecek koruma amaçları, esas olarak FFH Yönergesi’nin 4. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde hazırlanan veri listelerindeki bilgiler vasıtasıyla elde edilir.⁶⁰ İlgili alandaki doğal habitatların ve canlı türlerinin elverişli bir koruma statüsü ise, söz konusu alan için belirlenmiş olan koruma amaçlarının en somut ifadesidir. Bir plan veya projenin uyumluluğunun denetimi bu bakımdan, ilgili alanda bulunan doğal habitatların ve canlı türlerinin elverişli koruma statüsü esas alınarak yürütülmelidir.⁶¹ Bu bağlamda uyumluluk denetimi kapsamında, ilgili plan veya projenin gerçekleştirilmesi durumunda söz konusu alandaki habitatların ve canlı türlerinin elverişli koruma statüsünün istikrarını muhafaza edip etmeyeceğine cevap aranmalıdır. Olumsuz bir etkinin vuku bulmasından sonra koruma statüsünün bu etkinin ortaya çıkmasından önceki dengesine kavuşabildiği hallerde, bu istikrarın mevcudiyetinden söz etmek mümkündür.⁶²

Uyumluluk denetimi, ÇED’e (Çevresel Etki Değerlendirmesi) benzeyen bir usul olmakla birlikte birçok bakımdan farklı özelliklere sahiptir. ÇED sürecinde olduğu gibi uyumluluk denetiminde de esas olarak, bir faaliyetin neden olacağı etkilerin belirlenerek, bu etkilerin ilgili faaliyetin onayı aşamasında dikkate alınması hedeflenmektedir. ÇED, bir projenin fauna, flora, toprak, su ve hava gibi çevresel unsurlar üzerinde ortaya çıkarabileceği etkileri değerlendirmeye çalışır (AB ÇED Yönergesi m. 3). Böylelikle ÇED süreci, özel koruma alanlarına yönelmiş etkileri de kapsamaktadır. Ancak ÇED ve uyumluluk denetimi arasında, gerek içerik gerek usul gerekse de ulaşılan neticelerin ilgili faaliyetin onayı aşamasındaki etkisi bakımından ciddi farklılıklar mevcuttur. ÇED, birçok çevresel unsura yönelik etkilerin ve bu unsurların karşılıklı etkileşiminin de hesaba katıldığı bir süreç iken, uyumluluk denetimi ilgili alan için belirlenmiş olan koruma amaçlarını esas alan bir değerlendirme sürecidir. Uyumluluk denetimini bu nedenle

⁶⁰ Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, s. 41; Saerbeck, *Die Umsetzung der europäischen Richtlinie „Natura 2000“ in Deutschland*, s. 2 vd.

⁶¹ Alman Federal İdare Mahkemesi’nin bu hususlarda detaylı açıklamalar içeren bir kararı için bkz. BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9A 20.05, N. 1 vd. Ayrıca karş. Güneş/Fisahn, *EurUP 2007*, s. 223; Stüer, DVBl. 2007, s. 416 vd.

⁶² Karş. BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9A 20.05, N. 43.

alan eksenli bir değerlendirme süreci olarak nitelendirmek mümkündür. Diğer bir fark ise, ÇED'in çevresel unsurların sadece mevcut durumunu dikkate alması; uyumluluk denetiminde ise buna karşın ilgili alanın gelişme potansiyelini de göz önünde bulundurulmasıdır.⁶³ Bunun haricinde ÇED, AB ÇED Yönergesi'nin sadece Ek I ve II'sinde listelenmiş projeler açısından zorunlu iken (AB ÇED Yönergesi m. 4); uyumluluk denetimi, bir özel koruma alanı üzerinde ciddi olumsuz etkiler doğurabilecek plan ve projelerin söz konusu olduğu hallerde yürütülür. Uyumluluk denetiminin sadece belli listelerde sayılan faaliyetler için öngörülmesi, FFH Yönergesi'nin amacına aykırılık teşkil edecektir. ÇED ve uyumluluk denetimi arasında var olan önemli bir diğer fark ise, ÇED sürecinde halkın katılımının zorunluluğu söz konusu iken (AB ÇED Yönergesi md. 6, f. 2), uyumluluk denetiminde bunun ilgili birimin takdirine bırakılmış olmasıdır. Burada belirtilmesi gereken son bir ayırım, değerlendirme sonuçlarının onay aşamasındaki bağlayıcılığına dairdir. AB-ÇED Yönergesi'nin 8. maddesinde ÇED sonucu ulaşılan neticelerin, ilgili faaliyetin onayı aşamasında sadece dikkate alınmasından söz edilmiştir. FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesi ise, ilgili plan veya projeye onay verilmesi aşamasında uyumluluk denetiminin sonunda varılan neticelerin belirleyici, yani uyumluluk denetiminin sonuçlarının yetkili idari merci için bağlayıcı olduğu belirtilmiştir. Bu iki mekanizma arasındaki tüm usuli ve maddi farklara rağmen, sahip olduğu yapısal hususiyetlerinin muhafaza edilmesi şartıyla uyumluluk denetimini, AB ÇED Yönergesi'nin 2 vd. maddelerinde öngörülen usullere tabi kılarak yürütmek mümkün görünmektedir.⁶⁴

cc. Onama Aşaması

FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesinde, ilgili plan veya proje hakkında yetkili idari makamlarca bir kararın alındığı onama aşamasına yer verilmiştir. Bu düzenleme şu şekildedir: “Yetkili

⁶³ Gellermann, *Natura 2000*, s. 83; Freiburg, *Die Erhaltung der biologischen Vielfalt*, s. 124.

⁶⁴ Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 188; Jans/von der Heide, *Europäisches Umweltrecht*, s. 531 vd.; Gellermann, *Natura 2000*, s. 83; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 90; Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, s. 38 vd.; Hoppe/Beckmann/Kauch, *Umweltrecht* § 15, N.159; Thyssen, *DVBl.* 1998, s. 880.

ulusal birimler uyumluluk denetiminin sonuçları ışığında ve 4. fıkra hükümlerini dikkate alarak, ancak ilgili alanın bütünselliğinin olumsuz bir şekilde etkilenmeyeceği kamısına vardıktan sonra ve gerekirse kamuoyunun görüşünü aldıktan sonra ilgili plan veya projeyi onarlar.” 6. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesinin metninden yola çıkacak olursak, onama aşamasının 6. maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesinde düzenlenmiş olan uyumluluk denetimine sıkı bir şekilde bağlanmış olduğu, uyumluluk denetimi sonucu elde edilen sonuçlardan sapmanın ancak 4. fıkra hükümleri çerçevesinde mümkün kılındığı ve onama evresinde gerektiğinde halkın katılımının da sağlanması gerektiği sonuçlarına ulaşabiliriz.

6. maddenin 3. fıkrasının 2. cümlesinde, aynı maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesinden farklı olarak ilgili alanın koruma amaçlarıyla uyumluluktan değil de, bu alanın bütünselliğinin olumsuz etkilenmesinden söz edilmiştir. Bu nedenle bir plan veya projenin onayı aşamasında yetkili idari birim, ilgili alan için belirlenmiş koruma amaçları ile uyumluluğun söz konusu olup olmadığını değil; ilgili alanın bütünselliğinin olumsuz etkilenip etkilenmediğini araştırmalıdır.⁶⁵ Plan veya projenin doğurduğu olumsuz etkilerin ilgili özel koruma alanının karakterini esaslı bir şekilde değiştirebilecek yoğunlukta olduğu durumlarda, bu tarz bütünsel bir olumsuz etkilenimin varlığından söz etmek mümkündür.⁶⁶ 6. maddenin 3. fıkrasının 2. cümlesinde ayrıca, gerektiği durumlarda kamuoyunun görüşünün alınacağına değinilmiştir. Buradan, onama aşamasında halkın katılımı için genel zorunluluğun öngörülmediği sonucuna ulaşabiliriz. Bu nedenle yetkili idari birimler, somut olaydaki koşullara göre halkın katılımına yer olup olmadığına karar verecektir. Onama aşamasında halkın katılımına tümünden yer vermeyecek iç hukuktaki genel düzenlemeler ise, 6. maddenin 3. fıkrasının 2. cümlesinin ruhuna ve lafzına aykırılık teşkil edecektir.⁶⁷

⁶⁵ Aynı yöndeki görüşler için bkz. Freiburg, *Die Erhaltung der biologischen Vielfalt*, s. 127; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 43 vd.; Rödiger-Vorwerk, *Die Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 125; Gellermann, *Natura 2000*, s. 85 vd. Alanın bütünselliğinin bozulmasının koruma amaçlarına aykırılıkla eş anlamlı olduğunu savunan karşıt görüş için ise karşı. BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9A 20.05, N. 41; Jarass, *NuR 2007*, s. 373; Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 142 vd.

⁶⁶ Freiburg, *Die Erhaltung der biologischen Vielfalt*, s. 127; Rödiger-Vorwerk, *Die Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 124 vd.

⁶⁷ Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 127; Gellermann, *Natura 2000*, s. 88.

Uyumluluk denetiminin sonuçlarının onama aşamasında değerlendirilmesi sürecinde, yetkili idari birimin herhangi bir takdir yetkisi yoktur. Uyumluluk denetimi sonucunda varılan neticenin olumsuz olması durumunda, yetkili idari merci, ilgili plan veya projenin gerçekleştirilmesi yönündeki başvuruyu reddetmek zorundadır.⁶⁸ Bağlı yetkinin söz konusu olduğu onama aşamasında, bir özel koruma alanının bütünselliğinin olumsuz bir şekilde etkilendiği hallerde ilgili plan veya proje, ancak 4. fıkradaki istisnai hükümlere dayanılarak onanabilir.

3. İstisnai Onama

FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 4. fıkrası, ilgili alan için belirlenmiş olan koruma amaçları ile uyumsuz olmasına rağmen bazı plan veya projelerin belli şartlar altında istisnai olarak onanabileceğini öngörmektedir. Bu düzenleme şu şekildedir: *"Uyumluluk denetiminin olumsuz sonuçlarına rağmen ve alternatif çözümlerin yokluğunda bir plan veya proje, sosyal veya ekonomik nedenler dâhil olmak üzere, üstün kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı nedenlerle uygulanmak zorundaysa, üye devlet, Natura 2000 ağının genel uyumunun korunması ile ilgili tüm gerekli telafi edici önlemleri alır. Üye devlet, yürütülen telafi edici önlemleri Komisyon'a bildirir. İlgili alanda öncelikli doğal yaşam alanı tipi ve/veya öncelikli bir canlı türü bulunması durumunda, sadece insan sağlığı ve kamu güvenliği veya çevre için önemli derecede elverişli etkiler sağlayıcı sonuçlar ile ilgili veya Komisyonun görüşü alındıktan sonra üstün kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı diğer nedenlerle alakalı olan mülâhazalar ileri sürülebilir."* İstisnai bir hüküm olduğundan dolayı dar yorumlanması gereken bu düzenleme,⁶⁹ uyumluluk denetiminin olumsuz sonuçlarına rağmen bir plan veya projenin gerçekleştirilmesinde nitelikli bir kamusal yararın var olduğu ve alternatif çözüm imkânlarının bulunmadığı hallerde onanmasını mümkün kılmaktadır. Lafzından anlaşılacağı üzere 6. maddenin 4. fıkrasında, söz konusu özel koruma alanında öncelikli türlerin bulunup bulunmadığına göre ikili bir ayırım benimsenmiştir. Burada deği-

⁶⁸ Jarass, *NuR 2007*, s. 376; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 133; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 98; Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 191.

⁶⁹ Hösch, *NuR 2004*, s. 214; Gellermann, *Natura 2000*, s. 89; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 46.

nilmesi gereken önemli bir diğer husus, 6. maddenin 4. fıkrası çerçevesinde bir plan veya projeye istisnai olarak izin verilmesinin, ilgili alanda öncelikli türlerin mevcut olup olmamasından bağımsız bir şekilde, telafi edici önlemlere başvurma zorunluluğunu getirdiğidir.

a. Genel İstisna Hükümü

Tüm özel koruma alanları için geçerli olan bir düzenleme olarak FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 4. fıkrasının 1. cümlesi, bir plan veya projenin, uyumluluk denetiminin olumsuz sonuçlarına rağmen ve alternatif çözümlerin yokluğunda, sosyal veya ekonomik nedenler dâhil olmak üzere, üstün kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı nedenlerin mevcut olduğu hallerde gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir. Bu tarz bir onamanın gerçekleştiği hallerde üye devletler ayrıca, Natura 2000 ağının genel uyumunun korunması ile ilgili tüm gerekli telafi edici önlemleri almakla mükellef kılınmıştır. 6. maddenin 4. fıkrasının 2. cümlesinde ise, üye devletçe yürütülen telafi edici önlemlerinin Komisyon'a bildirilmesine değinilmiştir.

6. maddenin 4. fıkrasının 1. cümlesinde öngörülen genel istisna hükmünün uygulanabilmesinin ilk koşulu, ilgili plan veya projeye alternatif bir çözümünün bulunmamasıdır. Söz konusu plan veya proje ile erişilmek istenen amaçlar muhafaza edilmek şartıyla, ilgili alan üzerinde hiçbir olumsuz etki doğurmayacak veya daha düşük seviyedeki olumsuz etkilere sebebiyet verecek plan veya proje varyantları, bu bağlamda alternatif çözüm olarak ele alınabilir.⁷⁰ İlgili plan veya projenin alternatifi olabilecek varyantların kapsamına ise, sadece mekânsal ve modelsel alternatifler girebilir. Başka bir deyişle, ilgili plan veya proje ile ulaşılmak istenen amaçları başka bir yerde veya başka bir tarzda gerçekleştirilmesini mümkün kılan alternatif çözümler, FFH Yönergesi kapsamında alternatif olarak değerlendirilebilir.⁷¹ Alternatif çözümlerin ayrıca makul olması gerekir.⁷² Makul olma koşulu, ölçülülük ilkesinin bir yansıması olarak görülmelidir. Bu bakım-

⁷⁰ Jarass, *NuR 2007*, s. 377; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 142; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 101.

⁷¹ Jarass, *NuR 2007*, s. 378; Hösch, *NuR 2004*, s. 215; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 103.

⁷² Jarass, *NuR 2007*, s. 378; Cosack, *UPR 2002*, s. 253; Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 148.

dan, söz konusu alternatif çözümün oranlı, elverişli ve gerekli olması beklenir. Alternatif çözümler, ekonomik açıdan da makul olmalıdır. Bu nedenle, maliyeti çok yüksek olan alternatif çözümlerin değerlendirme kapsamına alınmaması gerekir.⁷³ Alternatif çözümlerin makul olmasının bir diğer şartı, bunların hukuki açıdan gerçekleştirilebilmelerinin mümkün olmasıdır.⁷⁴ Alternatif çözümlerin araştırılması sürecinde esas alınması gereken mekânsal sınırların tespitinde genel olarak, ilgili projenin büyüklüğü belirleyicidir.⁷⁵ Airbus tesisleri gibi Avrupa Birliği projelerinin yürütülebileceği alternatif mekânlar, Avrupa Birliği sınırları dâhilinde aranmalıdır. Buna karşın, rüzgâr santrali gibi daha küçük boyutta bir projenin gerçekleştirilebileceği alternatif mekânların belirlenmesi sürecinde, ilgili devletin ulusal sınırları esas alınmalıdır.

Alternatif çözümlerin var olmadığının ortaya konması, 6. maddenin 4. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca bir plan veya projenin istisnai olarak onanması için yeterli değildir. Söz konusu plan veya projenin hayata geçirilmesinin bunun haricinde, toplumsal veya ekonomik sebepler dâhil olmak üzere, üstün kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı sebeplerle zorunluluk arz etmesi gerekir. Bu düzenlemenin metni incelendiğinde, bir plan veya projenin istisnai olarak onanması için gerekli menfaatler bakımından esas olarak üç şartın arandığı görülür. İlgili plan veya projenin yürütülmesi açısından öncelikle kamusal menfaatin varlığı aranır. İkinci olarak, bu kamusal menfaatin zorlayıcı olması gerekir. Kamusal menfaatin üstünlüğü ise, aranan son şarttır. 6. maddenin 4. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca, ancak kamusal nitelikli bir yarar söz konusu olduğunda bir plan veya projenin istisnai olarak onanması yoluna başvurulabilir. Bu bakımdan, kamusal nitelik taşımayan, yani özel kişi veya kuruluşların menfaatlerinin gerçekleştirilmesine yönelik olan plan ve projelerin söz konusu olduğu hallerde, istisnai onama yoluna başvurmak mümkün değildir.⁷⁶ İlgili kamusal menfaat-

⁷³ Karş. BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9A 20.05, N. 142; Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 150; Güneş/Fisahn, *EurUP 2007*, s. 228; Stier, *DVBl. 2007*, s. 418.

⁷⁴ Cosack, *UPR 2002*, s. 253; Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 150.

⁷⁵ Karş. Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 108 vd.

⁷⁶ Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 160 vd.; Hösch, *NuR 2004*, s. 216.

lerin kendini dayatması durumunda ise, bu menfaatlerin zorlayıcı olmasından söz etmek mümkündür. Zorlayıcı kamusal menfaatler, tartışmasız bir öneme sahip olup, ilgilileri belli bir tarzda hareket etmekle mükellef kılacak niteliktedir.⁷⁷ Kamusal bir menfaatin üstün olmasından ise, söz konusu plan veya projenin hayata geçirilmesi ile ortaya çıkacak kamusal menfaatlerin, FFH Yönergesi'nde dile gelen amaçlardan daha üstün olması anlaşılacaktır.⁷⁸ Bunun için ise, gerçekleştirilmek istenen plan veya projeden beklenen kamusal yarar ve ilgili özel koruma alanının korunması ile hedeflenen menfaatlerin mukayeseli bir biçimde ele alındığı bir değerlendirmenin yapılması gerekir.⁷⁹ 6. maddesinin 4. fıkrasının 1. cümlesinde sosyal ve ekonomik nedenlere açıkça yer verilmiş olması, bir plan veya projenin istisnai olarak onanması sürecinde toplumsal ve ekonomik gereklerinde haklı bir sebep olarak ileri sürülebileceğini gösterir. Toplumsal ve ekonomik sebeplere başvurabilmek için ise, bu sebeplerin kamusal nitelikte olması şarttır. Başka bir deyişle, özel menfaatlerin gerçekleştirilmesine yönelik toplumsal ve ekonomik nedenlere istisnai onama evresinde başvurmak mümkün değildir.⁸⁰

FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 4. fıkrasının 1. cümlesi, ortaya çıkarabileceği ciddi olumsuz etkilere rağmen bir plan veya projenin istisnai olarak onanması durumunda, Natura 2000 ağının genel uyumunun korunması ile ilgili tüm gerekli telafi edici önlemlerin (*Ausgleichsmaßnahmen*) üye devletçe alınması gerektiğini ifade etmiştir. 6. maddenin 4. fıkrasının 2. cümlesinde ise, yürütülen telef edici önlemlerin üye devletlerce Avrupa Komisyonu'na bildirilmesi gerektiğine değinilmiştir. 6. maddenin 4. fıkrasının lafzına bakıldığında, gerek telafi edici önlemlerin alınması gerekse de bunların Komisyon'a bildirilmesi hususunun bir yükümlülük olarak düzenlendiği görülür. Telafi edici önlemlerin yürütülmesi bu bakımdan, bir plan veya pro-

⁷⁷ Karş. Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 55 vd.; Cosack, *UPR 2002*, s. 254; Hösch, *NuR 2004*, s. 217.

⁷⁸ Berner, *Der Habitatschutz*, s. 122; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 117 vd.; Hösch, *NuR 2004*, s. 216.

⁷⁹ Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 117 vd.; Jarass, *NuR 2007*, s. 376; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 56.

⁸⁰ Karş. Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 55; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 116 vd.

jenin istisnai olarak onanabilmesinin asli şartlarından'dır.⁸¹ Bu nedenle, telafi edici önlemlerin alınma imkânının bulunmadığı hallerde, alternatif çözümlerin bulunmaması ve üstün kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı sebeplerin var olması, bir plan veya projenin istisnai olarak onanmasına yeterli değildir. Gerekli görülen telafi edici önlemlerin maliyetinin çok yüksek olması da, bu önlemlerin yürütülmesinden vazgeçilmesi için haklı bir sebep teşkil etmemektedir.⁸² Telafi edici önlemlerin kapsamına ise genel olarak, bir koruma alanının Natura 2000 ağı açısından önem arz eden kaybolmuş işlevlerini eski haline getirmeyi amaçlayan tedbirler girmektedir.⁸³ Telafi edici önlemlerin gayesi bu bağlamda, bir plan veya projenin bir doğal yaşam alanı veya canlı türü üzerinde doğuracağı olumsuz etkiler karşısında bir denge oluşturmak ve bu olumsuz etkileri telafi etmektir.⁸⁴ Telafi edici önlemler, bir plan veya projeden olumsuz bir şekilde etkilenen özel koruma alanının Natura 2000 ağı açısından kaybettiği işlevlerini üstlenecek yedek bir yapının oluşturulmasını, böylelikle de Natura 2000 ağının genel uyumunun korunmasını amaçlamaktadır.⁸⁵ Telafi edici önlemler içinde bulunan şartlara göre, ilgili doğal yaşam alanının biyolojik açıdan iyileştirilmesine yönelik olabileceği gibi, benzer bir doğal yaşam alanının yeniden oluşturulması veya yeni bir özel koruma alanının üye devletçe ilanı suretiyle de yürütülebilir.⁸⁶

b. Özel İstisna Hükümü

Öncelikli doğal yaşam alanlarını veya canlı türlerini içeren bir özel koruma alanı üzerinde ciddi olumsuz etkilere neden olabilecek plan veya projelerin istisnai onanması, FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 4. fıkrasının 3. cümlesinde hususi olarak düzenlenmiştir. Böyle bir du-

⁸¹ Karş. BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9A 20.05, N. 148; Jarass, *NuR 2007*, s. 376; Güneş/Fisahn, *EurUP 2007*, s. 228; Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, s. 49.

⁸² Güneş/Fisahn, *EurUP 2007*, s. 229; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 151.

⁸³ Karş. BVerwG, DVBl. 2000, s. 820; Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 166; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 147.

⁸⁴ Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 176; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 119; Köck, *ZUR 2005*, s. 468.

⁸⁵ Jarass, *NuR 2007*, s. 379; Köck, *ZUR 2005*, s. 469; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 52.

⁸⁶ Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 53; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 143; Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 201.

rumda üye devletler, sadece insan sağlığı ve kamu güvenliği veya çevre için önemli derecede elverişli etkiler sağlayıcı sonuçlar ile ilgili veya Komisyonun görüşü alındıktan sonra üstün kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı diğer nedenlerle alakalı olan mülâhazaları ileri sürebilir.

Bu düzenlemenin uygulama alanı ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir husus, 6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesine başvurulabilmesinin koşulunun, ilgili alanda bulunan öncelikli bir doğal yaşam alanı veya canlı türünün doğrudan doğruya olumsuz bir etkiye maruz kalmasıdır. İlgili alan üzerinde olumsuz etkiler doğurmakla birlikte, bu alanda bulunan öncelikli doğal yaşam alanlarını veya canlı türlerini etkilemeyen plan veya projelerin söz konusu olduğu durumlarda, 6. maddenin 4. fıkrasının 1. cümlesi uygulanmalıdır.⁸⁷

6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesinin lafzına bakıldığında, burada bir taraftan bir plan veya projenin gerçekleştirilmesini haklı kıla- cık örnek türünden nedenlere yer verilmiş, diğer taraftan ise Komisyonun görüşü alındıktan sonra diğer bazı nedenlerin de ileri sürülebi- leceği belirtilmiştir. İnsan sağlığı, kamu güvenliği ve çevre için önemli derecede elverişli etkiler sağlayıcı sonuçlar doğurma, bu düzenleme- de doğrudan zikredilen nedenlerdir. FFH Yönergesi bağlamında in- san sağlığı, kişinin fiziksel yönden iyi olma halini ve kişinin hayati teh- likelere karşı korunma gerekliliğini ifade etmektedir.⁸⁸ Bir plan veya projenin insan sağlığı bakımından sadece olumlu neticeler doğurması, bu plan veya projenin istisnai olarak onanabilmesi için yeterli de- ğildir. Bir plan veya projenin esas gayesinin ancak insan sağlığının ko- runması olması durumunda, insan sağlığı 6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesi uyarınca bir plan veya projenin istisnai olarak onanmasını haklı kılabilir.⁸⁹ Doğal felaketlerden korunmaya, içme suyu teminine veya halkı radyoaktif ışıklardan korumaya yönelik plan veya projeler bu kapsamda değerlendirilebilir. Hastane veya bakımevi gibi tesisleri gerçekleştirmeye yönelik plan ve projelerin ise insan sağlığı nedeni- le istisnai olarak onanabilmesi ise, zor görünmektedir. Zira bu tesisle-

⁸⁷ Karş. OVG Münster, NWVBl. 2000, s. 56; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 154; Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 182.

⁸⁸ Ayrıca bkz. Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 130 vd.

⁸⁹ Karş. BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 – 9A 20.05, N. 121; Köck, *ZUR 2005*, s. 468; Co- sack, *UPR 2002*, s. 255; Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, S. 184; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 63; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 155.

rin mekânsal bağlamda alternatiflerinin bulunması, yani bu tesislerin özel koruma alanı dışında başka bir yerde kurulabilme imkânı çoğu durumda mevcuttur.⁹⁰

6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesi gereği, bir plan veya projenin istisnai olarak onanmasını mümkün kılan diğer bir etken kamu güvenliğidir. Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 30. maddesi bağlamında verdiği kararlarda ATAD, kamu güvenliği gereklerine dayalı istisnaların sadece belli bazı olağanüstü durumlarda ileri sürülebileceğini ifade etmiştir.⁹¹ ATAD, devletin varlığını güvence altına alacak veya iç ve dış güvenliği sağlamaya yönelik tedbirlerin zorunluluk arz etmesi koşuluyla bu kapsamda ele alınabileceğini belirtmiştir.⁹²

6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesi uyarınca istisnai onama imkânını sağlayan diğer bir durum, ilgili plan veya projenin çevre için önemli derecede elverişli etkiler sağlayıcı sonuçlar doğurmasıdır. Burada çifte etkili, yani bir koruma altına alınmış öncelikli doğal yaşam alanları ve canlı türleri üzerinde esasında olumsuz etkilere sebebiyet vermekle birlikte, bu unsurlar üzerinde olumlu sonuçlar da doğuran plan ve projelere ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Burada dikkat çekilmesi gereken bir nokta, bu kapsamda istisnai olarak onanması istenen bir plan veya projenin, doğrudan doğruya koruma altına alınmış öncelikli doğal yaşam alanları ve türleri üzerinde bu olumlu etkilerini ortaya çıkarmasının bu düzenlemeye başvurulabilmesinin şartı olduğudur.⁹³ Bu olumlu etkilerin ayrıca önemli olması gerekir. Başka bir deyişle, ilgili plan veya projenin gerçekleştirilmesi sonucu korunan öncelikli doğal yaşam alanları ve canlı türleri türler üzerinde ortaya çıkacak olumlu etkilerin, olumsuz etkilere üstün gelmesi gerekir.⁹⁴

6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesinde, doğrudan zikredilen nedenlerin yanı sıra Komisyonun görüşü alındıktan sonra üstün kamu

⁹⁰ Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 132; Cosack, *UPR 2002*, s. 255; Beckmann/Lambrecht, *ZUR 2000*, s. 2 vd.

⁹¹ Karş. EuGHE, 1984, s. 2751 vd.; EuGHE, 1999, I, s. 606; EuGHE, 2000, I, s. 103 vd.

⁹² EuGHE, 1984, s. 2751 vd. Ayrıca karş. Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 132; Callies/Ruffert, *EG-Vertrag*, Art. 30, N. 33; Gellermann, *Natura 2000*, s. 103.

⁹³ BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 - 9A 20.05, N. 124; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 156 vd.; Güneş/Fisahn, *EurUP 2007*, s. 226; Kremer, *ZUR 2007*, s. 303; Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 185.

⁹⁴ Karş. Gellermann, *Natura 2000*, s. 104; Beckmann/Lambrecht, *ZUR 2000*, s. 2 vd.; Cosack, *UPR 2002*, s. 255.

yararının gerektirdiği zorlayıcı diğer nedenler dolayısıyla da öncelikli bir doğal yaşam alanı veya canlı türü üzerinde olumsuz etkiler doğurabilecek plan veya projelerin istisnai olarak onanabileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme ile ilgili olarak aydınlatılması gereken ilk husus, 6. maddenin 4. fıkrasının 1. cümlesinde de anılan sosyal ve ekonomik nitelikli nedenlerin, 6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesinde sözü edilen üstün kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı diğer nedenler dâhilinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.⁹⁵ ATAD, her ne kadar bu konudaki görüşünü şu ana kadar henüz beyan etmemişse de, Avrupa Komisyonu, sosyal ve ekonomik nitelikli nedenlerin de 6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesi uyarınca ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Komisyon, 6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesinde yer alan hükmün esas ayırıcı niteliğinin, burada zorunlu olarak öngörülen Komisyonun görüşünün alınması müessesesi olduğunu ifade ederek, 6. maddenin 4. fıkrasının 1. cümlesi çerçevesinde istisnai onamayı mümkün kılacak tüm nedenlerin burada da ileri sürülebileceğini vurgulamıştır. FFH Yönergesi'nin sistematığı ve temel amaçları dikkate alındığında, Komisyonun bu görüşünün kabul edilmesi zor görünmektedir. Evvela 6. maddenin 4. fıkrasının 1. ve 3. fıkrası arasındaki ilişki göz önüne alındığında, yönergenin öncelikli doğal yaşam alanları ve canlı türlerine diğer doğal yaşam alanları ve canlı türlerine kıyasla daha sıkı bir koruma öngörmek istediği sonucu ortaya çıkar. Zira öncelikli ve öncelikli olmayan doğal yaşam alanları ve canlı türlerinin karşı karşıya bulunduğu tehdit düzeyi farklılık arz etmektedir. Nitekim FFH Yönergesi'nin 1. maddesinde, öncelikli doğal yaşam alanları ve türlerin sadece tehdit altında bulunmadığı, aksine bunların yok olma tehlikesi ile karşı karşıya olduğu belirtilerek, öncelikli doğal yaşam alanları ve canlı türlerinin korunması açısından Topluluğun özel bir sorumluluğunun mevcut olduğu dile getirilmiştir. Öncelikli doğal yaşam alanları ve canlı türlerini barındıran özel koruma alanları bu ba-

⁹⁵ Bu soruya olumlu bir yanıt veren kesimler şunlardır: Europäische Kommission, *Gebietsmanagement*, s. 54; BVerwG, Urteil vom 17.1.2007 - 9A 20.05, N. 129; Berg, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, s. 186 vd.; Berner, *Der Habitatschutz*, s. 195; Köck, *ZUR 2005*, S. 468; Cosack, *UPR 2002*, s. 255 vd. Sosyal ve ekonomik nitelikteki nedenlerin bu bağlamda ileri sürülemeyeceğini iddia eden kesimin görüşleri için ise karşı. Güneş/Fisahn, *EurUP 2007*, s. 227 vd.; Gellermann, *Natura 2000*, s. 104 vd.; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 64 vd.; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 160 vd.; Leist, *Lebensraumschutz*, s. 119 vd.; Freiburg, *Die Erhaltung der biologischen Vielfalt*, s. 131 vd.; Fisahn/Cremer, *NuR 1997*, s. 272.

kımdan, Natura 2000 koruma ağı içinde diğer koruma alanları ile kıyaslanamayacak ayrıcalıklı bir konuma sahiptir.⁹⁶ Bu açıdan bakıldığında, 6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesine sadece usuli bakımdan önem atfedilerek bu düzenlemenin maddi hukuk bakımından taşıdığı anlamın görmezden gelinmesi, yönergenin benimsemiş olduğu genel yaklaşıma aykırılık teşkil edecektir. Çünkü 6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesinde Komisyonun görüşünün alınması her ne kadar mecburi kılınmışsa da, üye devletler Komisyonun açıkladığı görüş ile bağlı değildir. 6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesine sadece usuli açıdan değer atfedilmesi bu nedenle, öncelikli doğal yaşam alanları ve canlı türlerinin ihtiyaç duyduğu koruma düzeyini sağlamakta yetersiz kalacaktır. 6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesinin öncelikli doğal yaşam alanları ve canlı türlerini güvence altına alacak tarzda yorumlanarak, bu düzenlemenin maddi hukuka ilişkin yükümlülükler de içerdiğinin kabulü, FFH Yönergesi'nin ruhuna ve lafzına uygun olacaktır. Öncelikli doğal yaşam alanları ve canlı türlerinin hak ettiği koruma düzeyi ise, ancak sosyal ve ekonomik nedenlerin istisnai onama aşamasında ileri sürülememesiyle mümkün görünmektedir.⁹⁷ Bu bakımdan, sosyal ve ekonomik nitelikli sebeplerin 6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesinde geçen üstün kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı diğer nedenlere dâhil olmadığının kabulü gerekir.

6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesinde, üstün kamu yararının gerektirdiği zorlayıcı diğer nedenlerin ileri sürüldüğü durumlarda ayrıca Avrupa Komisyonu'nun görüşünü bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Komisyonun görüşünün alınmasının temel amacı, üye devletlerce ileri sürülen nedenlerin doğruluğunun denetlenebileceği usuli bir mekanizma oluşturarak, öncelikli doğal yaşam alanları ve canlı türlerinin korunması konusunda ek bir güvence oluşturmaktır.⁹⁸ Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 249. maddesinin 5. fıkrası uyarınca bağlayıcı nitelikten yoksun olan Komisyonun görüşü, kural olarak ilgili plan veya projenin onanmasından önce alınmalıdır.

⁹⁶ Karş. Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 66; Fisahn/Cremer, *NuR 1997*, s. 272; Wrase, *NuR 2004*, s. 356 vd.; Gellermann, *Natura 2000*, s. 105.

⁹⁷ Karş. Güneş/Fisahn, *EurUP 2007*, s. 227 vd.; Kador, *FFH-Richtlinie*, s. 66; Gellermann, *Natura 2000*, s. 105 vd.; Freiburg, *Die Erhaltung der biologischen Vielfalt*, s. 133; Leist, *Lebensraumschutz*, s. 122; Fisahn/Cremer, *NuR 1997*, s. 272.

⁹⁸ Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 141.

E. FFH Yönergesi'nin 7. Maddesi

Daha önce belirttiğimiz gibi, FFH Yönergesi'nin 7. maddesi FFH Yönergesi ve Yabani Kuşlar Yönergesi'ni sıkı bir şekilde bir birbirine bağlayan hükümler içermektedir. Nitekim FFH Yönergesi'nin giriş kısmında Avrupa ekolojik ağı Natura 2000'in, özel koruma alanlarının yanı sıra Yabani Kuşlar Yönergesi hükümleri uyarınca üye devletlerce belirlenmiş ve gelecekte belirlenecek olan kuş koruma alanlarını da kapsadığı belirtilmiştir. Bu nedenle, FFH Yönergesi'nin Yabani Kuşlar Yönergesi'ni tamamlayarak, bu yönergenin hükümlerini geliştirdiğinden söz etmek mümkündür. FFH Yönergesi'nin 7. maddesinin asıl önemi ise, FFH Yönergesi'nin 6. maddesinde özel koruma alanları için öngörülen koruma rejimini kuş koruma alanları içinde geçerli hale getirmesidir. Bu düzenlemeye göre, FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 2-4. fıkralarında öngörülen yükümlülükler, Yabani Kuşlar Yönergesi'nin 4. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen her türlü yükümlülüğün yerine geçerek, üye devletlerce Yabani kuşlar Yönergesi'nin 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca belirlenmiş ve 4. maddenin 2. fıkrası uyarınca ilan edilmiş kuş koruma alanları bakımından uygulama alanı bulacaktır. 7. maddenin devamında, FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin söz konusu yükümlülüklerinin ilgili kuş koruma alanın üye devlet tarafından açıklanma veya tanınma tarihinden veyahut da FFH Yönergesi'nin iç hukuka aktarılması için öngörülen sürenin sona ermesinden sonra, yani Haziran 1994'ten itibaren geçerli olacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin ilgili hükümleri, sadece Haziran 1994'ten önce üye devletçe açıklanmış veya ilan edilmiş kuş koruma alanlarında, Haziran 1994'ten itibaren geçerlilik kazanacak; bu tarihten sonra açıklanmış veya ilan edilmiş alanlarda ise, bu hükümler açıklanma veya tanınmanın gerçekleştiği tarihte uygulanacaktır.⁹⁹

FFH Yönergesi'nin 7. maddesi ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus, bu maddenin sadece kuş koruma alanlarında geçerli olacak koruma hükümlerine dair bir yenilik getirdiği; bu alanların belirlenme usulünün ise, Yabani Kuşlar Yönergesi'nde yer alan hükümlere göre yürütülmeye devam edeceğidir. FFH Yönergesi'nin 7. maddesinde 6. maddenin üç fıkrasına yer verilerek 1. fıkranın kapsam dışı

⁹⁹ Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 149; Jans/von der Heide, *Europäisches Umweltrecht*, s. 521; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 169.

tutulmasının sebebi ise, Yabani Kuşlar Yönergesi'nin 4. maddesinin 1. fıkrasında, FFH Yönergesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına paralel bir düzenlemenin bulunmasıdır.¹⁰⁰ FFH Yönergesi'nin 7. maddesi bağlamında ortaya çıkan bir sorun ise, Yabani Kuşlar Yönergesi kapsamında açıklanmış veya ilan edilmiş bir kuş koruma alanında 6. maddenin 4. fıkrasının 1. cümlesinin mi yoksa 3. cümlesinin mi uygulanacağıdır. Yabani Kuşlar Yönergesi'nin eklerinde yer verilmiş kuş türlerinin koruma gereksinimleri bakımından FFH Yönergesi'nin Ek II'sinde geçen öncelikli canlı türleriyle benzer olması nedeniyle, tüm kuş koruma alanlarında 6. maddenin 4. fıkrasının 3. cümlesinin uygulanması yerinde olacaktır.¹⁰¹

F. FFH Yönergesi'nin Diğer Koruma Hükümleri

FFH Yönergesi'nin 12-16. maddelerinde, “canlı türlerinin korunması” başlığı ile 6. maddede öngörülen koruma hükümlerini tamamlayıcı düzenlemelere yer verilmiştir. Yönergenin 12-16. maddelerinde öngörülen bu hükümler, biyolojik çeşitliliğin korunmasında yönergenin 6. maddesinde olduğu gibi ilgili alanın korunması eksenli bir yaklaşımı esas almamış; bunun yerine yönergenin EK IV ve V'inde belirtilen bitki ve hayvan türlerinin doğrudan korunmasını amaçlayan düzenlemelere yer verilmiştir.

FFH Yönergesi'nin 12. maddesinin 1. fıkrası bu bağlamda, Ek IV (a)'da anılan sıkı bir korumaya ihtiyaç duyan hayvan türlerinin kasıtlı bir şekilde yakalanmasını veya öldürülmesini, bu türlerin kasti olarak rahatsız edilmesini veya bu türlerin yumurtalarının kasti bir şekilde alınmasını veya tahrip edilmesini, bu türlerin çiftleşme veya dinlenme yerlerinin herhangi bir şekilde bozulmasını veya tahrip edilmesini yasaklamaktadır. 12. maddenin 2. fıkrası ise, bu hayvan türlerinin yaban ortamlarından alınan örneklerinin bulundurulmasını, taşınmasını ve alışverişini veya takasını ve alışverişe veya takasa sunulmasını yasaklamaktadır. 12. maddede yer alan koruma sistemine benzer bir düzenleme, 13. madde uyarınca Ek IV (b)'de belirtilen bitki türleri için öngö-

¹⁰⁰ Karş. Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 167.

¹⁰¹ Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht*, s. 205 vd.; Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, s. 174 vd.; Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*, s. 153 vd.

rülmüştür. FFH Yönergesi'nin 13. maddesi, Ek IV (b)'de belirtilen bitki türlerinin yabani ortamlarındaki doğal dağılımlarında kasti olarak koparılmalarını, toplanmalarını, kesilmelerini, kökleri ile çıkarılmalarını veya tahrip edilmelerini, ayrıca bu türlerin yaban ortamlarından alınan örneklerinin bulundurulmasını, taşınmasını ve alışverişini veya takasını ve alışverişe veya takasa sunulmasını yasaklamaktadır. FFH Yönergesi'nin 15. maddesinde ise Ek V'te yer alan hayvan ve bitki türleri için, 12. ve 13. maddelere göre daha gevşek koruma hükümlerine yer verilmiştir. 15. madde, bu türlerin yabani ortamlarından alınması, yakalanması veya öldürülmesi konusunda ilkesel bir yasak öngörmemekle birlikte, bu tür fiilleri sıkı denetim tedbirlerine tabi kılmıştır. 15. madde bu bağlamda, ilgili türün yerel düzeyde yok olmasına veya ciddi bir biçimde tahrip olmasına neden olabilecek tüm araçları, ayrıca özellikle Ek VI (a)'da belirtilen yakalama ve öldürme araçlarını ve Ek VI (b)'de belirtilen nakliye usullerini veya yakalama veya öldürme şekillerini yasaklamıştır.

FFH Yönergesi'nin 16. maddesi ise, belli istisnai durumlarda 12-15. maddelerinde yer alan yasaklayıcı hükümlerden sapmayı mümkün kılmıştır. Burada yer verilen istisnai sapma nedenlerden bazıları şunlardır: Yabani hayvan ve bitkilerin korunması ve doğal yaşam alanlarının muhafaza gayesinin güdülmesi, bilhassa ekinlerin, çiftlik hayvanlarının, ormanların, balık kaynaklarının ve suların ve diğer mülkiyet türlerinin ciddi zararlardan korunmasının amaçlanması, kamu sağlığı ve kamu güvenliği ya da sosyal veya ekonomik nitelikte olan ve çevre için çok önemli olacak faydalı sonuçlara yol açanlar dâhil olmak üzere üstün kamu yararından doğan zorunlu nedenler, araştırma ve eğitim gayeleri, bitkilerin yapay çoğalmaları dâhil olmak üzere bu türlerin sayılarının tekrar çoğaltılması ve tekrar kazanılması ve bunlar için gerekli üretme işlemleri.

G. Türk Hukuku Açısından Kısa Bir Değerlendirme

Biyolojik çeşitlilik bakımından Avrupa kıtasında dokuzuncu sıradada olan Türkiye, gerek flora gerekse de fauna açısından çok büyük bir zenginliğe sahiptir.¹⁰² Dünyadaki 37 farklı flora bölgesinin üçü

¹⁰² Bu konuda bkz. Demirayak, *Biyolojik Çeşitlilik-Doğa Koruma ve Sürdürülebilir Kalkınma*, s. 5 vd.; Çakmak, *AÜHF*, 2008, C. 57, S. 1, s. 137; Eken ve Diğerleri, *Türkiye'nin*

Türkiye’de yer almaktadır. Türkiye’nin bu üç farklı bitki coğrafyasının birleştiği noktada olması, bitkisel zenginliğin en önemli nedenidir. Türkiye’de yaklaşık 9.000 bitki türü vardır. Bu bitki türlerinin takriben 30.00 tanesi ise endemiktir, yani Türkiye’ye hasır. Tüm Avrupa kıtasında ise, 2.750 tanesi endemik olmak üzere 12.000 bitki türü yaşamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, Türkiye’nin bitkisel zenginlik bakımından Avrupa kıtası ile kıyaslanabilecek seviyede olduğu görülür. Türkiye, 120 memeli, 400’ü aşkın kuş türü, 130 kadar sürüngen, 400’e varan balık, 80.000’e yakın böcek türü ile fauna açısından da oldukça zengin bir ülkedir. Türkiye ayrıca, kuş göç yolları üzerinde bulunması nedeniyle pek çok kuş türü için anahtar ülke konumundadır.

Türkiye’nin biyolojik çeşitliliği koruma maksadıyla Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, Washington Sözleşmesi, Ramsar Sözleşmesi ve Bern Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelere taraf olduğuna daha önce değinmiştik. Aynı gayeye yönelik olarak Türkiye ayrıca, Özellikle Afrika’da Ciddi Kuraklık ve/veya Çölleşmeye Maruz Ülkelerde Çölleşmeyle Mücadele İçin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi¹⁰³ ve Avrupa Peyzaj Sözleşmesi’ne¹⁰⁴ de taraf olmuştur. Burada belirtilmesi gereken bir husus, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin, biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik ulusal düzenlemelerin hazırlanmasında öncü ve rehber bir rol üstlendiğidir.

Biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik iç hukuk düzenlemelerini ise, anayasal, yasal ve yönetmelikler düzeyindeki düzenlemeler olarak üç başlık altında incelemek mümkündür. 1982 Anayasası’nda biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte, 63. maddedeki “Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır” şeklindeki düzenlemenin devlete biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik de bir yükümlülük yüklediği söylenebilir. Bunun haricinde, Anayasa’nın 56. maddesinde çevrenin korunmasına ilişkin genel bir hüküm vardır. Burada, herkesin dengeli ve sağlıklı bir

Önemli Doğa Alanları, s. 47 vd.; Akdur, *Avrupa Birliği ve Türkiye’de Çevre Koruma Politikaları*, s. 179 vd.

¹⁰³ Temel amacı çölleşme ve kuraklıkla mücadele olan bu sözleşme 16.05.1998 tarihli *Resmî Gazete’de* yayınlanmıştır.

¹⁰⁴ Peyzaj korunmasını, yönetimini ve planlamasını geliştirmek ve peyzaj konularında Avrupa’da işbirliğini amaçlayan bu sözleşme 27.07.2003 tarihli *Resmî Gazete’de* yayınlanmıştır.

çevre de yaşama hakkına sahip olduğu; çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin ve vatandaşların ödevi olduğu ifade edilmiştir. Ormanların korunması ve geliştirilmesi ve orman köylüsünün korunması ile ilgili 169. ve 170. maddeler, çayır ve meraların korunmasına dair 45. madde, kıyılardan faydalanmaya ilişkin 43. madde, erozyonla mücadele hakkındaki 44. madde biyolojik çeşitliliğin korunması ile yakından alakalı anayasamızda yer alan diğer hükümlerdir. Biyolojik çeşitliliğin korunmasına ilişkin hükümlere anayasada dolaylı da olsa yer verilerek, gerek devlete gerekse de kişilere yönelik yükümlülüklerin öngörülmesi, biyolojik çeşitliliğin güvence altına alınması açısından büyük önem taşımaktadır. Bilhassa Anayasa'nın 63. maddesinin tüm devlet organlarına yönelmiş bir direktif içerdiği kabul edilirse, yasama organlarının biyolojik çeşitliliğin korunmasını sağlayacak yasal düzenlemeleri hazırlamakla, yürütme organlarının bu düzenlemelerin layığıyla yürütülmesini sağlamakla, yargı organlarının ise verecekleri kararlarda biyolojik çeşitliliğin korunması gerekliliğini yeterince dikkate almakla mükellef olduğu sonucuna ulaşılacaktır.

Biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik yasa düzeyindeki ulusal düzenlemelere göz atıldığında ise, birçok düzenleme ile karşılaşılacaktır. Çevrenin korunmasına dair özel bir düzenleme olan Çevre Kanunu bu düzenlemelerin en önemlilerindedir. Biyolojik çeşitliliğin korunmasına ilişkin esaslara bu kanunun 9. maddesinde yer verilmiştir. Kanun'un 9/a maddesinde doğal çevreyi oluşturan biyolojik çeşitlilik ve bu çeşitliliği barındıran ekosistemin korunmasının esas olduğu belirtilerek, biyolojik çeşitliliğin korunma ve kullanım esaslarının, yerel yönetimlerin, üniversitelerin, sivil toplum kuruluşlarının ve ilgili diğer kuruluşların görüşleri alınarak belirleneceği ifade edilmiştir. Çevre Kanunu'nun 9/d maddesi ise, biyolojik çeşitliliğin korunması amacıyla Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilecek "Özel Çevre Koruma Bölgeleri"ni düzenlemektedir. Buna göre, "Ülke ve dünya ölçeğinde ekolojik önemi olan, çevre kirlenmeleri ve bozulmalarına duyarlı toprak ve su alanlarını, biyolojik çeşitliliğin, doğal kaynakların ve bunlarla ilgili kültürel kaynakların gelecek kuşaklara ulaşmasını emniyet altına almak üzere gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi amacıyla, Özel Çevre Koruma Bölgesi olarak tespit ve ilan etmeye, bu alanlarda uygulanacak koruma ve kullanma esasları ile plân ve projelerin hangi bakanlıkça hazırlanıp yürütüleceğini belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir." Son olarak Çevre Kanunu'nun 9/f madde-

si, “Biyolojik çeşitliliğin sürdürülebilirliğinin sağlanması bakımından nesli tehdit veya tehlike altında olanlar ile nadir bitki ve hayvan türlerinin korunması esas olup, mevzuata aykırı biçimde ticarete konu edilmeleri yasaktır” ibaresine yer vermiştir.

Biyolojik çeşitliliğin korunmasına dair hükümler içeren bir diğer düzenleme Milli Parklar Kanunu’dur. Bu Kanun’un 1. maddesinde, kanunun amacının yurdumuzdaki milli ve milletlerarası düzeyde değerlere sahip milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanlarının seçilip belirlenmesine, özellik ve karakterleri bozulmadan korunmasına, geliştirilmesine ve yönetilmesine ilişkin esasları düzenlemek olduğu belirtilmiştir. Bu kanun, milli park, tabiat parkı, tabiat alanı ve tabiatı koruma alanı isimleri altında dört ayrı koruma statüsü öngörerek, bu statüye sahip alanlarda geçerli olacak özel koruma hükümlerine 14. maddede yer vermiştir. Buna göre, “Bu kanun kapsamına giren yerlerde; **a)** Tabii ve ekolojik denge ve tabii ekosistem değeri bozulamaz, **b)** Yaban hayatı tahrip edilemez, **c)** Bu sahaların özelliklerinin kaybolmasına veya değiştirilmesine sebep olan veya olabilecek her türlü müdahaleler ile toprak, su ve hava kirlenmesi ve benzeri çevre sorunları yaratacak iş ve işlemler yapılamaz, **d)** Tabii dengeyi bozacak her türlü orman ürünleri üretimi, avlanma ve otlatma yapılamaz, **e)** Onaylanmış planlarda belirtilen yapı ve tesisler ve Genelkurmay Başkanlığı’nca ihtiyaç duyulacak savunma sistemi için gerekli tesisler dışında kamu yararı açısından vazgeçilmez ve kesin bir zorunluluk bulunmadıkça her ne suretle olursa olsun hiçbir yapı ve tesis kurulamaz ve işletilemez veya bu alanlarda var olan yerleşim sahaları dışında iskan yapılamaz.”

Kara Avcılığı Kanunu, biyolojik çeşitlilik açısından önem arz eden hükümler içeren başka bir düzenlemedir. Bu Kanun’un 2. maddesinin 11. ve 12. fıkralarında tanımlanan yaban hayatı koruma sahaları ve yaban hayatı geliştirme sahaları, konumuz bakımından özel bir öneme sahiptir. Yaban hayatı koruma sahaları, yaban hayatı değerlerine sahip, korunması gerekli yaşam ortamlarının bitki ve hayvan türleri ile birlikte mutlak olarak korunduğu ve devamlılığının sağlandığı alanlar iken; yaban hayatı geliştirme sahaları, av ve yaban hayvanlarının ve yaban hayatının korunduğu, geliştirildiği, av hayvanlarının yerleştirildiği, yaşama ortamını iyileştirici tedbirlerin alındığı ve gerektiğinde özel avlanma planı çerçevesinde avlanmanın yapılabildiği alanlar olarak tanımlanmıştır. Bu sahalarda geçerli olacak koruma hükümlerine ise, 4. maddede yer verilmiştir. Buna göre, “Yaban hayatı ko-

ruma ve geliştirme sahalarında yaban hayatı tahrip edilemez, ekosistem bozulamaz, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları ile üretme istasyonları dışında da olsa bu sahalara olumsuz etki yapacak tesislere izin verilemez, varsa mevcut tesislerin atıkları arıtılmadan bırakılamaz, onaylanmış planlarda belirtilen yapı ve tesisler dışında hiçbir yapı ve tesis kurulamaz, irtifak hakkı tesis edilemez. Bu sahalarda Bakanlıkça gerektiğinde ilave yasaklamalar getirilebilir. Bakanlığın uygun görüşü alınmadan diğer kamu kurum ve kuruluşlarınınca yasaklama getirilemez.” Bu maddede ayrıca, av ve yaban hayvanlarının beslenmesine, barınmasına, üremesine ve korunmasına imkân veren doğal yaşama ortamlarının zehirlenemeyeceği, sulak alanların kirletilemeyeceği, kurutulamayacağı ve bunların doğal yapılarının değiştirilemeyeceği belirtilmiştir.

En önemli yaban hayatı yaşam alanlarından birini oluşturan ormanları korumayı amaçlayan Orman Kanunu’nda da, biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik hükümlere rastlamak mümkündür. Bu kanunun 25. maddesinde, *“Orman Genel Müdürlüğü; mevkii ve özelliği dolayısıyla lüzum göreceği ormanları ve orman rejimine giren sahaları; bilim ve fennin istifadesine tahsis etmek, tabiatı muhafaza etmek, yurdun güzelliğini sağlamak, toplumun çeşitli spor ve dinlenme ihtiyaçlarını karşılamak, turistik hareketlere imkân vermek maksadıyla, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları, tabiatı koruma sahaları ve orman mesire yerleri olarak ayırır, düzenler, yönetir ve gerektiğinde işletir veya işlettirir”* ibaresine yer verilmiştir. Orman Kanunu’nun 14. maddesinde ise, ormanların korunmasına yönelik bazı koruma önlemlerine yer verilmiştir.

Biyolojik çeşitliliğin korunmasına ilişkin hükümler içeren bir diğer yasa 24.6.2004 tarihinde kabul edilen Hayvanları Koruma Kanunu’dur. Bu Kanun’un 4/e maddesi uyarınca, *“Nesli yok olma tehlikesi altında bulunan tür ve bunların yaşama ortamlarının korunması esastır.”* Bu kanunun 8. maddesinde ayrıca *“Bir hayvan neslini yok edecek her türlü müdahale yasaktır. Bir hayvana tıbbî amaçlar dışında, onun türüne ve ekolojik özelliklerine aykırı hale getirecek şekilde ve dozda hormon ve ilaç vermek, çeşitli maddelerle doping yapmak, hayvanların türlerine has davranış ve fizikî özelliklerini yapay yöntemlerle değiştirmek yasaktır.”* ibaresine yer verilmiştir.

Son olarak Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 2/v maddesinde, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtları, tabiatı koruma alanları ve orman içi mesire yerleri ile biyolojik çeşitliliğin, av ve yaban hayatı alanlarının tespiti, yönetimi, korun-

ması, geliştirilmesi, işletilmesi ve işlettirilmesini sağlamanın Bakanlığın görevlerinden olduğu ifade edilmiştir.

Anayasal ve yasal düzenlemelerin yanı sıra ülkemizde biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik birçok yönetmelik de mevcuttur. Kısmen Türkiye'nin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini hayata geçirmeyi, kısmen de yasalarda yer alan düzenlemeleri somutlaştırarak, bunların uygulanmasını sağlamayı amaçlayan bu yönetmeliklerin en önemlileri şunlardır:

Nesli Tehlike Altında Olan Yabani Hayvan ve Bitki Türlerinin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşmenin Uygulanmasına Dair Yönetmelik, Milli Parklar Yönetmeliği, Sulak Alanların Korunması Yönetmeliği, Av ve Yaban Hayvanlarının ve Yaşam Alanlarının Korunması, Zararlılarıyla Mücadele Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Av ve Yaban Hayvanları İle Bunlardan Elde Edilen Ürünlerin Bulundurulması, Üretimi ve Ticareti Hakkında Yönetmelik, Avlakların Kuruluşu, Yönetimi ve Denetimi Esas ve Usulleri İle İlgili Yönetmelik, Yaban Hayatı Koruma ve Yaban Hayatı Geliştirme Sahaları İle İlgili Yönetmelik, Çevre ve Orman Bakanlığı Döner Sermayeli İşletmeler Yönetmeliği, Çevre ve Orman Bakanlığı Merkez Teşkilatının Görevleri, Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik, Merkez Av Komisyonu, İl ve İlçe Av Komisyonlarının Görevleri, Çalışma Esas ve Usullerine Dair Yönetmelik.

Biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik olarak Türk hukukunda yer alan hükümler bir bütün olarak dikkate alındığında göze çarpan ilk husus, bu düzenlemelerin değişik hukuk metinlerinde genel olarak dağınık bir şekilde yer aldığıdır. Belirtilmesi lüzum arz eden bir diğer nokta, biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik mevzuatımızın önemli ölçüde uluslararası antlaşmalara dayandığıdır. 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde her ne kadar, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir*" ibaresine yer verilmişse de, bu antlaşmaların iç hukuk bağlamında bağlayıcılığı konusunda problemler ortaya çıkmaktadır. Zira uluslararası bir antlaşmanın iç hukukta uygulanabilmesi için çoğu kez ulusal düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Biyolojik çeşitliliğin korunması bakımından önem taşıyan birçok antlaşma Bakanlar Kurulu tarafından imzalanıp *Resmî Gazete*'de yayınlamasına rağmen, bu antlaşmalardan bazılarının uygulanabilmesi için gerekli yasal düzenlemeler

hala yapılmamıştır.¹⁰⁵ Bunun yanı sıra Türkiye'nin bu antlaşmaları kabul ederken düştüğü ihtirazi kayıtlar, bu antlaşmaların layıkıyla uygulanmasında ciddi problemler ortaya çıkarabilecek niteliktedir.¹⁰⁶ Biyolojik çeşitliliğin korunmasına yönelik mevzuatımızda yer alan kanun düzeyindeki hükümlere bakıldığında ise, bunların birbirinden kopuk olarak farklı kanun metinlerine sonradan eklendiği ve biyolojik çeşitliliğin korunma gereklerine cevap vermede yetersiz olduğu göze çarpmaktadır. Etkililiklerini güvence altına alacak caydırıcı yaptırımlardan yoksun olmaları, bu hükümlerin önemli bir diğer eksikliği olarak görülebilir. Biyolojik çeşitliliğin korunmasının farklı yasalarda düzenlenerek, bu konuya ilişkin tedbirlerin farklı kurumlarca yürütülmesi ayrıca, görev çatışmalarına ve yasaların uygulanmasında sorunlara da yol açmaktadır.¹⁰⁷ Bu açıklamalar ışığında, Türkiye'de doğa ve biyolojik çeşitliliğin korunması konusunu ele alan bir hususi bir düzenlemeye ciddi bir ihtiyaç duyulduğunu ifade etmek gerekir.¹⁰⁸ FFH Yönergesi ve Yabani Kuşlar Yönergesi hükümlerinin dikkate alınarak, bir doğa koruma kanununun hazırlanarak biyolojik çeşitliliğin korunmasına ilişkin hususlara da bu kanunda ayrıntılı bir şekilde yer verilmesi, gerek Türk çevre hukukunun Avrupa Birliği hukukuna yakınlaştırılması gerekse de biyolojik çeşitliliğin korunması alanında uygulamada karşılaşılan problemlerin aşılmasında birçok bakımdan olumlu sonuçlar doğuracaktır. Hazırlanacak doğa koruma kanununda, doğa ve biyolojik çeşitliliğin korunmasında esas alınacak temel yaklaşım ve prensiplerin ortaya konarak, doğa ve biyolojik çeşitliliğin korunmasında başvurulacak tedbirlere ayrıntılı bir şekilde yer verilmesi yararlı olacaktır. Bu kanunda ayrıca, doğa ve biyolojik çeşitliliğin korunması ile ilgili temel kavramların tanımına yer verilmesi birçok bakımdan faydalı olacaktır. Natura 2000 ağının örnek alınarak, koruma gereksinimi duyan fauna, flora ve habitatların bulunduğu koruma alanlarını kapsayacak ulusal bir koruma alanı ağının oluşturulmasına ilişkin esaslara da bu

¹⁰⁵ Bu konuda karşı. Cansevdi, *Avrupa Birliği'nin Çevre Politikası ve Türkiye'nin Uyumunu*, s. 163 vd.

¹⁰⁶ Karşı. Cansevdi, *Avrupa Birliği'nin Çevre Politikası ve Türkiye'nin Uyumunu*, s. 164.

¹⁰⁷ Karşı. Kaplan, *Doğa Koruma Çalışmaları ve Yasalarımız, Kamu Yönetimi Dünyası Dergisi*, 2003, S. 16, s. 33; Demirayak, *Biyolojik Çeşitlilik-Doğa Koruma ve Sürdürülebilir Kalkınma*, s. 26.

¹⁰⁸ Karşı. Kaplan, *Doğa Koruma Çalışmaları ve Yasalarımız, Kamu Yönetimi Dünyası Dergisi*, 2003, S. 16, s. 33; Demirayak, *Biyolojik Çeşitlilik-Doğa Koruma ve Sürdürülebilir Kalkınma*, s. 26.

tarz bir düzenlemede yer verilmesi, bu düzenlemeden beklenen amaçların gerçekleşmesi açısından büyük önem taşıyacaktır.

H. Sonuç

Avrupa Birliği doğa koruma hukukunun en önemli düzenlemeleri olan FFH Yönergesi ve Yabani kuşlar Yönergesi, biyolojik çeşitliliğin kaybının önlenmesi amacıyla yönelmiştir. Yabani Kuşlar Yönergesi, sadece yabani kuşların ve bu kuşların doğal yaşam alanlarının korunması amacıyla güderken, FFH Yönergesi bütüncül bir yaklaşımla hem yabani hayvan ve bitki türlerini hem de bu türlerin doğal yaşam alanlarını korumayı hedeflemektedir. FFH Yönergesi bunun dışında, Natura 2000 adıyla bir Avrupa koruma alanları ağına oluşturulmasını öngörmektedir. Biyolojik çeşitliliğin kaybının önlenmesinde kilit bir rol üstlenen Natura 2000 koruma ağı, özel koruma alanları ve kuş koruma alanlarından oluşmaktadır. FFH Yönergesi, bu ağa dâhil olacak alanlarda geçerli olacak özel koruma yükümlülükler öngörerek, biyolojik çeşitliliğin etkili bir şekilde korunmasını sağlayacak hükümlere yer vermiştir. Avrupa doğa mirasının korunmasında çok önemli bir görevi üstlenen FFH Yönergesi ve Yabani Kuşlar Yönergesi'nin hükümlerinin örnek alınarak, doğa ve biyolojik çeşitliliğin korunması alanında Türk hukukunda mevcut olan bazı boşlukların doldurulması amacıyla bir doğa koruma kanununun hazırlanması, birçok açıdan faydalı olacaktır.

KAYNAKLAR

- Akdur, Recep, *Avrupa Birliği ve Türkiye'de Çevre Koruma Politikaları*, Ankara 2005.
- Beckmann, Martin/Lambrecht, Heiner, *Verträglichkeitsprüfung und Ausnahmeregelungen nach § 19c BNatSchG*, ZUR 2000, s. 1 vd.
- Berg, Gunhild, *Europäisches Naturschutzrecht und Raumordnung*, Münster 2002.
- Berner, Klaus, *Der Habitatschutz im europäischen und deutschen Recht, Die FFH-Richtlinie der EG und ihre Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 2000 (Berner, Der Habitatschutz).
- Callies, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.), *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der*

- Europäischen Gemeinschaft*, 3. Auflage, München 2007 (Callies/Ruffert, EG-Vertrag).
- Cansevdi, Hürrem (Edit.), *Avrupa Birliği'nin Çevre Politikası ve Türkiye'nin Uyumunu*, İstanbul 2001.
- Cosack, Tilman, *Erheblichkeitsschwelle und Ausnahmeregelungen nach § 34 BNatSchG- Garantien für eine ausgewogene FFH-Verträglichkeitsprüfung?*, UPR 2002, s. 250 vd.
- Çakmak, Münci, *Biyolojik Çeşitliliğin Hukuken Korunması ve Kamu Yararı*, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 1, s. 133 vd.
- Demirayak, Filiz, *Biyolojik Çeşitlilik- Doğa Koruma ve Sürdürülebilir Kalkınma*,
(http://www.tubitak.gov.tr/tubitak_content_files/vizyon2023/csk/EK-14.pdf) (15.07.2009)
- Eken, Güven ve Diğerleri (Edit.), *Türkiye'nin Önemli Doğa Alanları*, Cilt I, Ankara 2006
- Epiney, Astrid, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, 2. Auflage, Köln 2005
- Erbguth, Wilfried/Schlacke, Sabine, *Umweltrecht*, Baden-Baden 2005
- Europäische Kommission (Hrsg.), *Natura 2000 - Gebietsmanagement: Die Vorgaben des Artikels 6 der Habitat-Richtlinie 92/43/EWG*, Luxemburg 2000 (Europäische Kommission, Gebietsmanagement).
- European Commission, *Questions and answers about EU-biodiversity policy*, MEMO/06/212, Brussels 2006.
- Fisahn, Andreas/Cremer, Wolfram, *Ausweisungspflicht und Schutzregime nach der Fauna-Flora-Habitat- und der Vogelschutzrichtlinie*, NuR 1997, s. 268 vd.
- Freiburg, Susann, *Die Erhaltung der biologischen Vielfalt in Deutschland auf der Basis eu-roparechtlicher Vorgaben*, Bayreuth 1998 (Freiburg, *Die Erhaltung der biologischen Vielfalt*)
- Gellermann, Martin, *Naturschutzrecht*, in: Hansmann, Klaus/Sellner, Dieter (Hrsg.), *Grundzüge des Umweltrechts*, 3. Auflage, Berlin 2007 (Gellermann, *Naturschutzrecht*).
- Gellermann, Martin, *Natura 2000: Rechtsfragen eines im Aufbau befindlichen Schutzgebietsnetzes*, ZUR 2005, s. 581 vd.
- Gellermann, Martin, *Natura 2000, Europäisches Habitatschutzrecht und seine Durchführung in der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Auflage, Berlin/Wien 2001 (Gellermann, *Natura 2000*).
- Gellermann, Martin, *Das FFH-Regime und die sich daraus ergebenden Um-*

- setzungsverpflichtungen, NVwZ 2001, s. 500 vd.
- Güneş, Ahmet M./Fisahn, Andreas, *Die Anforderungen des BVerwG an die FFH-Verträglichkeitsprüfung, Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 17.1.2007 – 9 A 20.05 –, EurUP 2007*, s. 220 vd.
- Güneş, Ahmet M., *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie und seine Umsetzung in nationales Recht*, Aachen 2007 (Güneş, *Das Schutzregime der FFH-Richtlinie*).
- Güneş, Yusuf/Coşkun, Aynur A., *Çevre Hukuku*, İstanbul 2004.
- Halama, Günter, *Die FFH-Richtlinie - unmittelbare Auswirkungen auf das Planungs- und Zulassungsrecht*, NVwZ 2001, s. 206 vd.
- Hoppe, Werner/Beckmann, Martin/Kauch, Petra, *Umweltrecht*, 2. Auflage, München 2000.
- Hösch, Ulrich, *Die FFH-Verträglichkeitsprüfung im System der Planfeststellung*, NuR 2004, s. 210 vd.
- Jans, H. Jan/von der Heide, Ann-Katrin, *Europäisches Umweltrecht*, Groningen 2003.
- Jarass, Hans D., *Die Zulässigkeit von Projekten nach FFH-Recht*, NuR 2007, s. 371 vd.
- Kador, Tobias, *FFH-Richtlinie, Ausweisungsverfahren, Schutzregime und ihre Auswirkungen auf die kommunale Bauleitplanung*, Frankfurt 2004 (Kador, *FFH-Richtlinie*).
- Kaplan, Semih, *Doğa Koruma Çalışmaları ve Yasalarımız, Kamu Yönetimi Dünyası Dergisi*, 2003, S. 16, s. 29 vd.
- Kerkmann, Jochen, *Natura 2000: Verfahren und Rechtsschutz im Rahmen der FFH-Richtlinie*, Berlin 2004 (Kerkmann, *Natura 2000*).
- Kışlalıoğlu, Mine/Berkes, Fikret, *Ekoloji ve Çevre Bilimleri*, Ankara 1985.
- Kloepfer, Michael, *Umweltrecht*, 3. Auflage, München 2004.
- Koch, Hans-Joachim(Hrsg.), *Umweltrecht*, 2. Auflage, Köln 2007.
- Köck, Wolfgang, *Der Kohärenzausgleich für Eingriffe in FFH-Gebiete*, ZUR 2005, s. 467 vd.
- Kremer, Peter, *Erhöhte Anforderungen an die FFH-Verträglichkeitsprüfung und nachfolgende Abweichungsentscheidungen – das Urteil des BVerwG zur A 143*, ZUR 2007, s. 299 vd.
- Kröger, Detlef/Klauß, Ingo, *Umweltrecht*, Berlin 2001.
- Kues, Dirk, *Lebensraumschutz nach der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*, Aachen 2001 (Kues, *Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie*).
- Leist, Thorsten, *Lebensraumschutz nach Europäischem Gemeinschaftsrecht und seine Verwirklichung im deutschen Rechtskreis*, Hamburg 1998

(Leist, Lebensraumschutz).

Madner, Verena, *Naturschutzrecht*, in: Potacs, Michael/ Holuebek, Michael (Hrsg.), *Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, 2. Auflage, Wien 2007 (Madner, *Naturschutzrecht*).

Mayer, Roland, *Die Wirkung von Vertragsverletzungsklagen auf die Umsetzung von Natura 2000*, Konstanz 2004.

Rödiger-Vorwerk, Tanja, *Die Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie der Europäischen Union und ihre Umsetzung in nationales Recht*, Berlin 1998 (Rödiger-Vorwerk, *Die Flora-Fauna-habitat-Richtlinie*).

Saerbeck, Barbara. *Die Umsetzung der europäischen Richtlinie „Natura 2000“ in Deutschland*, Konstanz 2006.

Sobotta, Christoph, *Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 6 der Habitatrichtlinie*, ZUR 2006, s. 353 vd.

Stür, Bernhard, *Europäischer Gebiets- und Artenschutz in ruhigeren Gefilden*, DVBl. 2009, s. 1 vd.

Stür, Bernhard, *Habitat- und Vogelschutz in der Fachplanung - Die niederländische Herz-muschelfischerei und ihre Folgen für die Grünbrücken über deutschen Autobahnen -*, DVBl. 2007, s. 416 vd.

Thyssen, Bernd, *Europäischer Habitatschutz entsprechend der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie in der Planfeststellung*, DVBl. 1998, s. 872 vd.

Turgut, Nükhet Y., *Çevre Politikası ve Hukuku*, Ankara 2009.

Wirths, Volker, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrecht, Die Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie und ihre Durchführung in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 2001 (Wirths, *Naturschutz durch europäisches Gemeinschaftsrechts*).

Wolf, Rainer, *Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Belange bei der Umsetzung des FFH-Rechts*, ZUR 2005, s. 449 vd.

Wrase, Joachim, *Rechtsschutz gegen die Schaffung von FFH - und Vogelschutzgebieten*, Münster 2004

Wrase, Joachim, *Ausnahmen vom FFH-Schutzregime*, NuR 2004, s. 356 vd.

<http://de.wikipedia.org/wiki/Biodiversit%C3%A4t> (15.07.2009)

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT YAPIMINDA ORTAYA ÇIKAN “İLAVE İŞ” VE “İLAVE BAĞIMSIZ BÖLÜM” SORUNU

Köksal KOCAAĞA*

I. GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin, arsasına ait belirli payları yükleniciye devretme, yüklenicinin de bu pay karşılığında arsa üzerinde bağımsız bölümler yapma ve bu bağımsız bölümlerden arsa sahibinin payına ait olan kısmı ona devretme borcu altına girdiği bir sözleşmedir. Sözleşmenin tarafları, arsa sahibi ile yüklenicidir. Taraflardan arsa sahibi, kendisine ait bağımsız bölümlere isabet eden arsa payını kendi üzerinde bırakarak, yükleniciye ait bağımsız bölümlerin arsa paylarını ona devretme; yüklenici ise, arsa üzerinde bina yapma ve bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanları ona devretme borcu altına girmektedir.¹

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleriyle ilgili olarak uygulamada ortaya çıkan en önemli sorunlardan biri, yüklenicinin ilave işler veya ilave bağımsız bölümler yapmış olması halidir. Yüklenici, inşaatı eksiksiz olarak tamamlayıp, sözleşme uyarınca yerine getirmekle yükümlü olduğu edimleri ifa etmesi yanında, sözleşmede öngörülmeyen bazı ilave işler veya ilave bağımsız bölümler yapmış olabilir. İlave işler veya ilave bağımsız bölümler, yüklenicinin, sözleşme uyarınca ifa etmekle yükümlü olduğu edimler dışındaki işler veya bağımsız bölümlerdir.

* Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 505-506; Erman, Hasan, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 1-2; Uygur, Turgut, *Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Arsa Payı Karşılığı (Kat Karşılığı) İnşaat Sözleşmeleri*, 2. Cilt, Ankara 1998, s. 30 vd. Ayrıca bkz. Y. İBK, 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2 (RG, 20026, s. 30).

Bir sözleşmenin tarafları, ilke olarak o sözleşmede kararlaştırmış oldukları edimleri, kararlaştırdıkları biçimde ifa etmekle yükümlüdürler. Borçlu, ilke olarak borçlandığı edimden başka bir şey ifa edemeyeceği gibi, alacaklı da bunu kabul etmek zorunda değildir. Aynı kural, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Yüklenici, arsa sahibinin rızası bulunmadıkça, sözleşmede öngörülenlerin dışında ilave birtakım işler yapamayacağı gibi, imar durumunun uygun olduğu gerekçesiyle inşaat alanını yatay veya dikey olarak genişletemez. Aksi halde, sözleşmenin ihlali söz konusu olur. Ancak ne var ki uygulamada, yüklenicilerin sözleşmede öngörülmeyen birtakım ilave işler yaptıklarına, özellikle imar durumunun imkan vermesi halinde bağımsız bölümlerin alanlarını genişlettiklerine veya sözleşmede öngörülenden daha fazla sayıda bağımsız bölüm yaptıklarına sıkça rastlanmaktadır.

Bu yazıda, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörülmeyen ilave işler veya ilave bağımsız bölümler yapmış olması halinde, arsa sahibine karşı herhangi bir talepte bulunup bulunamayacağı, bulunabileceği ne tür taleplerde bulunabileceği ve bu taleplerin hukuki dayanakları incelenecektir.

II. İLAVE İŞ

1. İlave iş, yüklenicinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca ifa etmekle yükümlü olduğu edimler dışındaki işlerdir. Başka bir ifadeyle, ilave iş, yüklenicinin sözleşme veya işin niteliği gereği yapmakla yükümlü olmadığı işleri fazladan yapmış olmasıdır.

İlave işler, arsa sahibine veya yükleniciye ait bağımsız bölümlerde yapılmış olabileceği gibi, ortak yerlerde de yapılmış olabilir.

İlave işlerin arsa sahibine ait bağımsız bölümlerde yapılmış olması halinde, yüklenici, bu işler için arsa sahibinden talepte bulunabilir. Buna karşılık, yüklenici, kendisine ait bağımsız bölümlerde yapmış olduğu ilave işlerden dolayı, arsa sahibine karşı kural olarak bir talepte bulunamaz. Ancak, böyle bir durumda, sözleşmenin feshi söz konusu olur ve yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bağımsız bölümler ona devredilmezse veya devredilmiş olan arsa payları iptal ve arsa sahibi adına tescil edilirse, yüklenici, kendisine ait bağımsız bölümlerde yap-

mış olduğu ilave işler için arsa sahibinden talepte bulunabilir.²

Ortak yerlerde yapılmış olan ilave işler bakımından, yüklenicinin arsa sahibine karşı bir talep hakkına sahip olup olmadığı meselesine gelince: Yargıtay, bazı kararlarında, ortak yerlerde yapılmış olan ilave işler bakımından, yüklenicinin, arsa sahiplerine ait bağımsız bölümlerin pay toplamı oranında talep hakkına sahip olduğu sonucuna varmış iken;³ bazı kararlarında ise, ilave işler, yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlerde de aynı oranda değer artışı meydana getirmişse, yüklenicinin ilave işlerden dolayı bir talep hakkına sahip olmayacağı sonucuna varmıştır.⁴

Belirtmek gerekir ki, ortak yerlerde yapılmış olan ilave işler, ilke olarak hem arsa sahibine hem de yükleniciye isabet eden bağımsız bölümlerin menfaatine olan işlerdir. Yargıtay'ın, ilave işlerin yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlerde de aynı oranda değer artışı meydana getirmesi halinde, yüklenicinin ilave işlerden dolayı bir talep hakkı-

² Erman, s. 184, dn. 32; Genç Arıdemir, Arzu, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan "İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler" Sorunu Bakımından Hukuki Durum, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 450.

³ Y. 15. HD, 7.4.1989, E. 1988/3311, K. 1989/1828: "Kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre, inşaatı yüklenen müteahhidin binanın umumi yerlerinden olan merdiven basamaklarını famarit yerine mermer yapması için taraflar arasında bu konuda bir belgenin düzenlenmemiş olmasına ve müteahhidin aynı apartmandaki dairelerinin daha yüksek bedelle satılması amacına yönelik olduğu şeklindeki mahkeme görüşü, hukuken geçerli ve tutarlı sayılamaz. Çünkü, sözleşme dışı yapılmış olsa dahi, fazla iş bedelinin vekâletsiz tasarruf hükümleri gereğince ödetilmesinin istenmesinde yasal bir engel olmadığı gibi, ortak yerlerde yapılmış olmasından dolayı davalının mal varlığında artış meydana getirdiğinden arsa payı oranında sorumlu tutulması gerekir..." (Kostakoğlu, Cengiz.; İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 5. Bası, İstanbul 2006, s. 1069).

⁴ Erman, s. 185-186; Karataş, İzzet, Eser (İnşaat Yapımı) Sözleşmeleri, Ankara 2004, s. 209; Y. 15. HD, 20.9.2001, E. 2001/3562, K. 2001/4006: "Binanın dış görünümü ve ortak yerlerine -çatı, sahanlıklar, dış doğramalar- ilişkin sözleşme dışı iyileştirmeler yüklenicilere kalan bağımsız bölümlerde de artı değer yarattığı halde, bunların arsa sahiplerine ait bağımsız bölümlerde yapılmış gibi fazla iş olarak kabul edilerek hesap yapılması..." (Karataş, s. 209); Y. 15. HD, 7.2.2002, E. 2002/4524, K. 2002/572: "...yüklenicinin dava konusu yaptığı işler sözleşmede yer almadığı halde, sadece arsa sahibi yararına yapılmış olan faydalı ve değer arttırıcı işler değil, sözleşmedeki paylaşım oranına göre her iki tarafın da yararına olan imalatlardır. Sözleşmedeki amacı sağlamaya yönelik yapılan bu imalatlardan sadece arsa sahibi değil, paylaşımındaki oran nispetinde yüklenici de faydalanmış, onun bakımından da yapı değeri artmış olduğundan, bunların bedeli ayrıca istenemez..." (Karataş, s. 210).

na sahip olmayacağı görüşü isabetli değildir. Bu görüş, arsa sahibi ve yükleniciye isabet edecek bağımsız bölümlerin alanlarının, sözleşmede öngörülen miktardan daha geniş yapılması ve bu fazla inşaatın her iki tarafın bağımsız bölümlerinde aynı oranda gerçekleştirilmiş olması hali için doğru ise de, ortak yerlerdeki tüm ilave işler bakımından isabetli değildir. Kanaatimizce ortak yerlerde yapılan ilave işler bakımından bir ayırım yapmak gerekir. Buna göre, ortak yerlerde yapılan ilave işlerin bedeli üzerine inşa olunduğu arsanın değerine eşit ve bu işler sözleşmedeki paylaşım oranında her iki tarafa ait bağımsız bölümlerin ortak kullanımına tahsis edilmişse, bu ilave işten dolayı yüklenicinin talep hakkından söz edilemez. Örneğin, ortak yerlerde her iki tarafa ait bağımsız bölümlerin kullanımı için inşa edilmiş olan otopark veya yüzme havuzu bakımından durum böyledir. Zira böyle bir durumda yüklenici, ortak yerde yapmış olduğu ilave iş üzerinde, bağımsız bölümlerin paylaşımı oranında hak sahibi olur ki, bu da taraflar arasındaki sözleşmenin konusunu oluşturur. Buna karşılık, ortak yerlerde yapılmış olan sözleşme dışı işlerin üzerine inşa edildikleri arsanın değeri, ilave işlerin değerine oranla önem taşıyorsa veya ilave işler sözleşmede öngörülenden daha kaliteli yapılmışsa ve bunlar arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin değerini önemli ölçüde arttırmış ise, ortak yerlerdeki bu ilave işler bakımından yüklenicinin talep hakkına sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, inşa edilecek site için sözleşmede sadece asansörü çalıştıracak ve merdiven dairesini aydınlatacak güçte trafo yapılması kararlaştırıldığı halde, tüm sitenin bağımsız bölümlerinin elektrik ihtiyacını karşılayacak güçte trafo konması; sözleşmede üstü açık park yapılacağı kararlaştırıldığı halde, kapalı otopark inşa edilmiş olması, yüklenicinin bağımsız bölümleri yanında, arsa sahibinin de bağımsız bölümlerinin değerini arttıran işler olup, yüklenici, arsa sahibinden, onun sahip olduğu bağımsız bölüm oranında talep hakkına sahiptir.

2. Yüklenicinin, ilave işlerden dolayı arsa sahibine karşı *hangi hukuki sebebe dayanarak* talepte bulunabileceği, değişik ihtimallere göre incelenmelidir. Ancak, bu ihtimalleri incelemeye geçmeden önce, belirtmek gerekir ki, ilave işler, arsa sahibi ile yüklenici arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörülen işlerden olmadığından, yani yapılan ilave işler yüklenici tarafından üstlenilmiş olmadığından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ilave işler bakımından uygulanmaz. Başka bir ifadeyle, yüklenici, yaptığı ilave işlerden dolayı arsa

sahibine karşı ileri sürebileceği taleplerini, arsa sahibiyle arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hükümlerine dayandıramaz.

a. İlave işlerden dolayı yüklenicinin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği taleplerin hukuki sebebi konusundaki ihtimallerden biri, ilave işler bakımından *arsa sahibinin rızasıyla sözleşmenin değiştirilmiş olmasıdır*. Gerçekten, ilave işler bakımından arsa sahibinin rızasıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz satımını veya satış vaadini içermesi nedeniyle, geçerliliği bakımından resmi şekle tabi olduğundan,⁵ değiştirilmesi de resmi şekle tabidir. Zira BK m. 12'ye göre, *"kanunen tahriri olması lazım olan bir akdin tadili dahi tahriri olmak lazımdır"*. Buna karşılık, sözleşmeyi tamamlayan ve yan nitelikteki değişiklikler şekle tabi değildir. BK m. 12 hükmü adi yazılı şekil bakımından öngörülmüş ise de, bu hükmün resmi şekle tabi sözleşmeler hakkında da uygulanacağı kabul edilmektedir.⁶ Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde öngörülen taraf edimlerinin değiştirilebilmesi için, kanunun aradığı şekil şartının yerine getirilmesi gerekir. Sözleşmenin bu şekilde değiştirilmesi halinde, yüklenici ilave birtakım işleri yapma borcu altına girerken, arsa sahibi de bu işlerin karşılığında gerekli arsa paylarını yükleniciye devretme borcu altına girer. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, arsa sahibinin rızasıyla sözleşmenin değiştirilmiş olması halinde, yüklenicinin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği tüm taleplerin hukuki sebebinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi oluşturur ve bu durumda konumuzu oluşturan gerçek anlamda ilave işten söz edilemez.

b. Bir diğer ihtimal, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin sözleşmede öngörülen işler dışında ilave iş yapması halinde, bu ilave işler karşılığında kendisine belirli miktarda bir bedel ödeneceğinin kararlaştırılmış olması halidir. Gerçekten, yüklenici ve arsa sahibi, sözleşme özgürlüğü ilkesine göre, bu yönde bir anlaşma yapabilirler. Böyle bir durumda, taraflar arasında bir *"eser sözleşmesi"* söz konusu olur. Taraflardan yüklenicinin edimi, öngörülen işi yapıp teslim et-

⁵ Erman, s. 15 vd.; Yavuz, s. 512; Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 7. Bası, Ankara 2007, s. 324. Ayrıca bkz. Karahasan, Mustafa Reşit, *İnşaat, İmar, İhale Hukuku*, C. II, İstanbul 1997, s. 1587 vd. ve orada zikredilen Yargıtay kararları; Uygur, s. 48 vd.

⁶ Bkz. Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 259.

mek iken; arsa sahibinin edimi, arsa payını devretmek olmayıp, yapılan işin karşılığında yükleniciye belirli miktarda bir bedel ödemektir. Bu ihtimalde, ilave işler bakımından taraflar arasında eser sözleşmesi hükümleri (BK m. 355 vd.) uygulanır.

c. Diğer bir ihtimal, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bu konuda herhangi bir hüküm öngörülmemekle beraber, ilave işlerin, arsa sahibinin muvafakatı altında yapılmış olmasıdır. Bu durumda, taraflar arasında var olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yanında, bir de “bedeli önceden kararlaştırılmamış bir eser sözleşmesi” kurulmuş olduğu kabul edilmektedir⁷. Kanunumuz, eser sözleşmesinin geçerliliğini herhangi bir şekil şartına tabi tutmamıştır. Taraflarca önceden kararlaştırılmamışsa, bedel “yapılan işin değerine” ve “yüklenicinin masraflarına” göre belirlenir (BK m. 366).

“İşin değeri” kavramı, yüklenicinin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kârı ve o işe düşen genel giderler payını ifade eder. İşin değerinin hesaplanmasında, mesleki kuruluşların asgari ücret tarifeleri, Bayındırlık Bakanlığı’nın birim fiyat listeleri, bunlar yoksa mesleki teamüller göz önünde tutulmalı ve gerektiğinde bir bilirkişiye başvurulmalıdır. İşin değeri, teslimi sırasındaki rayiçlere göre hesaplanmalıdır.⁸

“Yüklenicinin masrafları (giderleri)” kavramı ise, fiilen yapılan harcamalar tutarı olup, eserin (işin) meydana getirilmesi için yüklenicinin kendisinin sağladığı malzeme için yaptığı harcamaları, başvurduğu yardımcı kişilere ve alt yüklenicilere fiilen ödediği ücretleri ve işte kullandığı araç ve gereçler için yaptığı giderleri kapsar. Yüklenicinin kötü niyetle yapmış olduğu objektif bakımdan yararsız giderler ise hesaba katılmaz. Masrafların hesaplanmasında, bunların fiilen yapıldıkları zamandaki tutarlar göz önüne alınır. Bu tutarların, yüklenici tarafından ispatlanması gerekir.⁹

İlave işin yapımından dolayı ortaya çıkan diğer hukuki sorunlar, eser sözleşmesine ilişkin hükümlere göre çözümlenecektir.

⁷ Erman, s. 184; Genç Arıdemir, s. 456.

⁸ Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 3. Bası, Ankara 1987, s. 299 vd.; Yavuz, s. 486; Y. 15. HD, 6.5.1980, E. 1980/1017, K. 1980/1169 (Aral, s. 375-376).

⁹ Tandoğan, s. 299 vd.; Yavuz, s. 486; Y. 15. HD, 6.5.1980, E. 1980/1017, K. 1980/1169 (Aral, s. 375-376).

d. Başka bir ihtimal ise, yapılan ilave işlerin arsa sahibinin bilgisi dışında gerçekleştirilmiş olması ve böylece taraflar arasında –arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yanında– yukarıda belirtilen şekilde bir eser sözleşmesinin kurulmamış olması halidir. Bu ihtimalde, ilave işlere “vekaletsiz iş görme” hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.¹⁰ Yargıtay’a göre de, ilave işlerin varlığı halinde, “bunlar için ayrıca bir sözleşme veya ihale yapılmamış olması bedellerinin ödenmesine engel değildir. Bu durumda, BK’nın 413. maddesi hükmü uygulanarak davacının (yüklenicinin) zaruri ve faydalı bulunan bütün masrafları, faizi ve müteahhit kârı ile birlikte davacıya (yükleniciye) ödenmesine karar verilmelidir”.¹¹ Yine Yargıtay’a göre, sözleşme dışı fazla işin bedeli, bu işin yapıldığı tarihteki rayiç fiyatlar üzerinden hesaplanır.¹²

Vekaletsiz iş görme, bir kimsenin (iş görenin), başkasına (iş sahibine) ait bir işi, bu konuda kendisine verilmiş bir yetki olmamakla beraber, iş sahibinin geçerli bir yasaklaması da bulunmayan hallerde, iş sahibinin menfaatine uygun olarak görmesidir. Burada iş görenin, başkasının menfaatine hareket iradesini taşıması veya işin başkasına ait olduğunu bilerek faaliyette bulunması gerekli olmayıp, onun genel olarak bir iş görme iradesine sahip olması, yani iradesinin işin fiili sonucuna yönelmiş olması yeterlidir.¹³

BK m. 413/İ’e göre, iş sahibi, vekaletsiz iş görenin yaptığı ve halin icaplarının yapılmasını haklı gösterdiği tüm zorunlu ve faydalı masrafları ödemekle yükümlüdür. Hükümden de anlaşılacağı üzere, iş sahibi, sadece durumun gereklerinin yapılmasını haklı gösterdiği zorunlu ve yararlı masrafları ödemekle yükümlüdür. İş gören tarafından yapılmadıkları takdirde, iş sahibinin zararlı bir sonuçla karşılaşması kaçınılmaz olan masraflar, zorunlu masraf sayılır. İş sahibinin, kişisel ve malvarlığı değerlerinin arttırılmasına veya korunmasına hizmet eden

¹⁰ Erman, s. 185; Genç Arıdemir, s. 457.

¹¹ Y. 15. HD, 12.2.1987, E. 1986/1841, K.1987/474 (Kostakoğlu, s. 1072).

¹² Y. 15. HD, 28.6.1988, E. 1987/4190, K. 1988/2448: “...Davacı, davalı Belediyeye ait 5 kalem halinde işleri yaptığını ileri sürerek bedellerinin ödetilmesini dava etmiştir. ... Bilirkişiler aracılığı ile yapılan işin metraji saptanmalı, BK’nın 413. maddede belirtilen koşulları içerip içermediği belirlenmeli, faydalı ve zaruri bulunması halinde işin yapıldığı tarihteki rayiçler esas alınarak bedelleri hesap edilmeli ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir” (Kostakoğlu, s. 1057).

¹³ Tandoğan, s. 680-681; Yavuz, s. 730.

masraflar ise, yararlı masraflardır.¹⁴ Bu hüküm uyarınca yüklenici, arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümlerde yaptığı ilave işler için harcamış olduğu zorunlu ve faydalı masrafları, arsa sahibinden isteyebilir.¹⁵

BK m. 413/III'e göre, vekaletsiz iş gören, halin icabının yapılmasını haklı göstermediği masraflar için, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak, bu masraflar sonucu yaptığı şeyi söküp alabilir. Bu hüküm karşısında, yüklenici, arsa sahibine ait bağımsız bölümlerde yaptığı, ancak masraflarını alamadığı ilave işleri söküp alabilecektir. Ancak, arsa sahibi, ilave işin bedelini ödeyerek, yüklenicinin bu hakkını kullanmasına engel olabilir. Ayrıca, söküp alma hakkı, asıl eşyanın sahibine (arsa sahibine) zarar vermeyecek şekilde kullanılmalıdır. İlave işin sökülmesi bağımsız bölümde zarar veya tahribata yol açacaksa, yüklenici söküp alma hakkını kullanamaz.¹⁶ Yine, ilave işin yapıldığı bağımsız bölümlere ait arsa paylarının arsa sahibi tarafından üçüncü kişilere devredilmesi halinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin nispi niteliği nedeniyle, yüklenici söküp alma hakkını kullanamayacaktır.

3. İlave işlerden dolayı *yükleniciye karşı sorumlu olanlar*, ilave işin yapıldığı zamanda bağımsız bölümlere malik olanlar ile ortak yerlerde yapılan ilave işler bakımından ortak yerler üzerinde hak sahibi olanlardır. Yüklenicinin ilave işlerin bedelini talep hakkı ister eser sözleşmesine ister vekaletsiz iş görmeye dayansın, arsa sahibi kendisine isabet eden bağımsız bölümü üçüncü kişiye devretmişse, taraflar arasındaki ilişkinin nispiyeti nedeniyle, söz konusu talepler üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. Ancak, arsa sahibi ile bağımsız bölümü devralan üçüncü kişi arasında bu konuda borcun üstlenilmesi sözleşmesi yapılmışsa, yüklenici, ilave iş bedellerini üçüncü kişiden isteyebilir. Ayrıca, bağımsız bölümün üçüncü kişiye devrinden sonra yapılan ilave işler,

¹⁴ Tandoğan, Haluk, *Mukayeseli Hukuk ve Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme*, İstanbul 1957, s. 270.

¹⁵ Y. 15. HD, 5.4.1988, E. 1987/1489, K. 1988/1358: "Yüklenici, iş sahibinden, yararı için yaptığı gerekli ve faydalı bütün giderlerini faizi ile birlikte isteyebilir" (www.hukukturk.com); Y. 15. HD, 23.04.1982, E. 1982/676, K. 1982/955: "Davacının sözleşme dışı olarak inşaatta yapmış olduğu munzam işlerden dolayı vekaleti olmadan başkası hesabına tasarruf hükümlerine yani Borçlar Kanununun 410 ve müteakip maddelerine göre, iş sahibinin menfaati için yapılmış olan bir işte yapan kimşenin hal ve icabına nazaran zaruri veya faydalı bulunan bütün masraflarını faizi ile edaya ve bu kabil taahhütleri ifaya iş sahibinin mecbur olduğu kabul edilmiştir" (www.hukukturk.com).

¹⁶ Genç Arıdemir, s. 458.

üçüncü kişinin farazi iradesine uygun olarak yapılmışsa, yine yüklenici, bağımsız bölümü devralan kişiden ilave işlerin bedelini isteyebilir.

Yüklenicinin, kendisine isabet eden bağımsız bölümleri üçüncü kişiye devretmesi halinde, ilave iş bedellerinin üçüncü kişiden istenip istenemeyeceği ise, yüklenici ile devralan kişi arasındaki sözleşmeye göre çözümlenir.

4. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamakla beraber, *arsa sahibinin ilave işlere karşı çıkması* halinde, yüklenici, ilave iş bedellerini arsa sahibinden isteyemez. Hatta böyle bir durumda arsa sahibinin, yapılan ilave işler bakımından eski hale getirme talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir.¹⁷ Ancak, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmasa bile, arsa sahibi ilave işin yapımı sırasında buna karşı çıkmamışsa, sonradan eski hale iade talebinde bulunması, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur.

5. Yüklenicinin, sözleşme gereğince yerine getirmekle yükümlü olduğu bir edimi, sözleşmede öngörülme-yen bir biçimde yerine getirmiş olması, ilave iş olmayıp, *ayıplı bir iş* tir. Gerçekten, işin (eserin) sözleşmeyle taahhüt edilen veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen nitelikleri taşımaması, o işin ayıplı olduğu anlamına gelir.¹⁸ Ayıp, teslim edilen işte (eserde), sözleşmede kararlaştırılmış olan niteliklerin veya sözleşmede öngörülen tahsis amacı bakımından gerekli niteliklerin bulunmamasıdır. Yapılan işin ayıplı olması halinde, yüklenici, ayıba karşı tekeffül hükümlerine (BK m. 359 vd.) göre sorumlu olur.

Yüklenicinin, *işi sözleşmeye (projeye) aykırı yapması* halini de ilave işten ayırmak gerekir. Örneğin, projede yer almamasına rağmen, binanın bodrum katındaki dükkana pencere açılması; projeye aykırı olarak bodrumun zemin kata eklenmesi suretiyle dubleks daire yapılması; yine projeye aykırı olarak balkonların doğramayla kapatılarak odalara katılması, ilave iş olmayıp, sözleşmeye aykırılık oluşturan hallerdir. Arsa sahibinden, yüklenicinin sözleşmeye (projeye) aykırı yaptığı işleri kabul etmesi beklenemez.¹⁹ Bu gibi durumlarda arsa sahibi, söz-

¹⁷ Bkz. Genç Arıdemir, s. 459.

¹⁸ Tandoğan, s. 160; Aral, s. 352; Yavuz, s. 474; Erman, s. 109.

¹⁹ Y. 15. HD, 12.3.1980, E. 1980/268, K. 1980/613: "...Eser, iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule zorlanamayacağı oranda kusurlu ve sözleşme

leşmeye (projeye) aykırı yapılan işlerin, proje ve imar durumuna uygun hale getirilmesini isteyebilir.

6. İlave işler bakımından arsa sahibi ile yüklenici arasında *eser sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerde, ayıplı ilave işlerden dolayı yüklenici, BK m. 359 gereğince sorumludur*. Zira eser sözleşmesine ilişkin hükümler uyarınca yüklenici, edimini ayıpsız olarak yerine getirmekle yükümlüdür.

Buna karşılık, ilave işler bakımından arsa sahibi ile yüklenici arasında vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı hallerde, yüklenicinin yaptığı ilave işlerde bir ayıp söz konusu ise, yüklenicinin sorumluluğu, Borçlar Kanunu'nun vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerine göre çözümlenecektir. Bu hükümlerden BK m. 410' göre, vekaletsiz iş gören, yaptığı işi, iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına uygun yapmak zorundadır. BK m. 411'e göre ise, vekaletsiz iş gören, iş sahibine karşı her türlü kusurdan sorumludur (BK m. 411/I). Vekaletsiz iş gören, kural olarak işin kendisi için bir yarar sağlamadığını ileri sürerek, sorumluluğunun hafifletilmesini isteyemez. Sorumluluğun hafifletilmesi, işin ancak iş sahibinin maruz bulunduğu bir zararı ortadan kaldırmak için yapıldığı hallerde söz konusu olur (BK m. 411/II).

Yine BK m. 411/III'e göre, vekaletsiz iş gören, bilerek veya kusuru yüzünden bilmeyerek, iş sahibinin geçerli bir yasaklamasına rağmen iş görmüşse, kazadan dahi sorumlu olur. Ancak iş gören, müdahalesi olmasaydı bile kazanın meydana geleceğini veya illiyet bağının kesildiğini ispat ederse, sorumlu olmaktan kurtulur.

Görüldüğü üzere, eser sözleşmesinin aksine, vekaletsiz iş görmede, iş görenin ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu doğrudan düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, vekaletsiz iş görenin sorumluluğuna ilişkin yukarıda belirtilen hükümler, ilave işler bakımından arsa sahibi ile yüklenici arasında vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı hallerde, yüklenicinin sorumluluğuna da uygulanır.

şartlarına muhalif olursa iş sahibi yapıtı kabulden imtina edebileceği gibi kusurlu yükleniciden zarar ve ziyan da isteyebilir..." (www.hukukturk.com).

III. İLAVE BAĞIMSIZ BÖLÜM

1. İnşaatın yapımı sırasında, imar durumunda meydana gelen değişiklik nedeniyle, binaya ilave bağımsız bölüm yapma veya bağımsız bölümleri genişletme imkanı ortaya çıkabilir. Burada yüklenici, yapılması kararlaştırılan bağımsız bölümler dışında başka bölümler inşa etmekte ve/veya bağımsız bölümleri, sözleşmede öngörülenden daha geniş yapmaktadır. Böyle bir durumda, yapılan fazla kısmın, arsa sahibi veya yüklenici arasında nasıl paylaşılacağı sorunu ortaya çıkar.

2. *Bağımsız bölümlerin sözleşmede öngörülenden daha geniş yapılması halinde, ortaya çıkan bu fazlalığın paylaşılması sorunu, söz konusu fazlalığın, arsa sahibi veya yükleniciden hangisine ait bağımsız bölümlerde gerçekleştirilmiş olduğuna göre çözümlenecektir. Sadece arsa sahibine ait bağımsız bölümler sözleşmede öngörülen miktardan daha geniş yapılmışsa, yüklenici, sözleşmedeki paylaşım oranına göre arsa sahibinden talepte bulunabilir. Aynı şekilde, sadece yükleniciye ait bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan ölçüden daha geniş yapılması halinde, arsa sahibi, yükleniciye karşı, sözleşmedeki paylaşım oranında talep hakkına sahiptir.*²⁰

Aynı talep hakkı, genişlemenin her iki tarafa ait bağımsız bölümlerde, farklı oranda gerçekleşmesi halinde de söz konusudur. Bu durumda, hangi tarafın bağımsız bölümü sözleşmede öngörülenden daha geniş yapılmışsa, diğer taraf, bağımsız bölümü daha geniş yapmış olan taraftan, bu fazlalık oranında talepte bulunabilir. Buna karşılık, her iki tarafın bağımsız bölümleri aynı oranda genişlemişse, taraflar, birbirlerinden talepte bulunamazlar. Yargıtay da aynı görüştedir: *"...proje dışı genişletilen inşaatın arsa sahiplerine verilen dairelerdeki büyüme miktarı, müteahhit payına düşen dairelerde de aynen mevcut olmakla, sözleşmedeki paylaşım oranında arsa sahipleri yararına bir değişiklik meydana gelmediğinden, diğer bir ifade ile, inşaat alanındaki büyüme taraflara isabet eden dairelere aynen yansımış ve bu suretle sözleşmedeki oran için paylaşılmış olmakla, davalı ve mukabil davacı yüklenicinin, inşaatın ve dolayısıyla arsa sahiplerine isabet eden dairelerin mesahalarının büyümesinden dolayı bir bedel talebine haklı bulunduğu kabul edilemez".*²¹

²⁰ Akkanat, Halil, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, *Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, Ankara 2006, s. 69; Kostakoğlu, s. 1181; Genç Arıdemir, s. 467.

²¹ Y. 15. HD, 11.03.1991, E. 1991/394, K. 1991/1122 (Kostakoğlu, s. 1198). Y. 15. HD, 15.10.2003, E. 2003/4424, K. 2003/4772: "...İnşaatın büyütülmesi proje dışı genişle-

3.a. İlave bağımsız bölüm yapılması halinde, bunların hangi esasa tabi olacağı, taraflarca önceden sözleşmede açık bir biçimde kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda, ilave bağımsız bölümler konusunda sözleşme hükümlerinin uygulanacağı kuşkusuzdur.²² Yargıtay'a göre de, "kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu inşaatta, sözleşme dışı yapılan fazla dairelerin, sözleşmede kararlaştırılan orana göre taraflara paylaştırılması gerekir".²³ Taraflar, ilave bağımsız bölümlerin paylaşımı konusunda, diğer bağımsız bölümlerin paylaşımındaki oranı esas alabilecekleri gibi, başka bir oran da kararlaştırabilirler.

b. İlave bağımsız bölümlerin hangi esasa tabi olacağı konusunda, sözleşmede herhangi bir hüküm öngörülmemiş de olabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ilave bağımsız bölüm yapılmasında, arsa sahibinin açık veya zımni muvafakatinin bulunması gerekmekte olup, onun muvafakati olmaksızın ilave bağımsız bölüm yapan yüklenici, sözleşmeyi ihlal etmiş sayılır.²⁴ Zira ilave bağımsız bölüm yapılması halinde, arsa sahibi, bu ilave bağımsız bölümlerin arsa paylarını yükleniciye devredecektir; bu ise, yüklenicinin borcu yanında, arsa sahibinin de kural olarak borcunu ağırlaştırır. Oysa sözleşmede kararlaştırılmış olan edimin kapsamının, yüklenicinin tek taraflı iradesiyle değiştirilmesi-

tilmesi, arsa sahibi yahut sahipleri ile yükleniciye verilen bağımsız bölümlere aynı oranda yansımış ise yüklenicinin fazla iş yaptığı kabul edilemez ve bu sebeple de ilave iş bedeli isteyemez... (Kostakoğlu, s. 1055).

²² Erman, s. 187; Y. 15. HD, 13.4.1989, 2993/1911: "...Davacı yapımını üstlendiği inşaatın 2. bodrum katta yapılan, keşifle 2 numaralı bağımsız bölüm olduğu anlaşılan dairenin kendisine bırakıldığını ileri sürerek bağımsız bölümün kendi adına tespiti ile tesciline karar verilmesini istemiştir. Gerçekten... ek sözleşmenin 4. maddesinde davacının yapacağı tadilat projesi ile 3. bodrum inşaatını yapacağını, böylece 2. bodrumda doğacak boş sahada inşa edeceği yeni daireyi bağımsız bölüm olarak tadilat projesine göre ikmal edeceği, bu ek daireye diğer dairelerden hisse vermek suretiyle adına tahsis edileceği yazılıdır. Sözleşmenin bu hükmü davalı arsa sahiplerini bağlayıcı niteliktedir. Nitekim davaya konu edilen bağımsız bölüm irtifaklandırılmış ve tapuya bağımsız bölüm şeklinde tescil edilmiştir..." (Yasa Dergisi, 1990, S. 2, s. 255-256); Y. 15. HD, 24.1.1996, 7011/312: "...Sonradan gerçekleştirilen proje değişikliği ile bağımsız bölüm adedinin arttırıldığı anlaşılmaktadır. Böyle bir durumu önceden öngören taraflar, sözleşmelerinin 9. maddesindeki ilave inşaat halinde objektif kıstaslar dairesinde ve yeni inşaat ruhsat tarihine göre yeni bir süre belirlemeyi kabul etmişlerdir... Gecikme tazminatının hesabında, ilave işlerin nazara alınarak yeni bir teslim tarihinin belirlenmesi gerekmektedir..." (YKD, 1996, S. 8, s. 1266-1267).

²³ Y. 15. HD, 30.03.1992, E. 1991/4665, K. 1992/1622 (Kostakoğlu, s. 1186).

²⁴ Kostakoğlu, s. 1181; Genç Arıdemir, s. 470.

ni, arsa sahibi kabul etmek zorunda değildir. Ancak, arsa sahibi, yapılan ilave bağımsız bölüme yapım aşamasında itiraz etmemişse, bu fazla inşaata icazet vermiş sayılır; sonradan, arsa sahibinin, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davrandığını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur.²⁵

c. İlave bağımsız bölümlerin hangi esasa tabi olacağı konusunda sözleşmede herhangi bir hüküm bulunmadığı ve arsa sahibinin bu fazla inşaata icazet vermiş sayıldığı durumda, taraflar, fazla kısımların nasıl paylaşılacağı konusunda anlaşabilirler. Bu konuda bir anlaşmaya varamamaları halinde, yapılan ilave bağımsız bölümün, sözleşmedeki arsa payları oranında yüklenici ile arsa sahibine ait olacağı kabul edilmektedir.²⁶ Yargıtay da, inşaat kapsamının yüklenici tarafından genişletilmesi halinde, bu fazlalığın nasıl paylaşılacağı kararlaştırılmamışsa, sözleşmede öngörülen genel paylaşım oranının, fazla kısmın paylaşımında da uygulanacağı görüşündedir.²⁷ Fazla kısımların paylaşımında, yüklenicinin bu kısımlar için yapmış olduğu giderler dikate alınmaz.

d. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle karşılaşıldığı üzere, sözleşmede yer alan “geri kalan kısımlar yükleniciye ait olacaktır” şeklindeki bir ifadeden, belirli bölümler dışında, yapılacak tüm ilave inşaatın yükleniciye verilmek istendiği sonucuna varılabilmesi için, arsa sahibinin, yapılacak fazla inşaatla ilgili hakkından bütünüyle feragat etmiş olduğunun sözleşmeden açıkça anlaşılması gerekir. Bu sonucun sözleşmeden açıkça anlaşılamadığı hallerde, yapılan faz-

²⁵ Kostakoğlu, s. 1181.

²⁶ Erman, s. 188; Genç Arıdemir, s. 471; Akkanat, s. 73 vd.

²⁷ Y. 15. HD, 30.12.1986, E. 1986/3425, K. 1986/4592: “Taraflar arasında akdedilen kat karşılığı inşaat yapımını öngören sözleşmede kararlaştırılan sayıdan fazla yapılan kat ve bu katlardaki fazla bölümlerin, aksine hüküm bulunmadıkça, sözleşmedeki oran dahilinde taraflar arasında taksim edilmesi gerekmektedir...” (Kostakoğlu, s. 1209-1210); Y. 15. HD, 16.10.1995, E. 1995/2985, K. 1995/5641: “Sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı sürece sözleşme dışı kazanılan bağımsız bölümler yanlar arasında sözleşmede kabul edilen oranda paylaşılır. Dava konusu bağımsız bölüm önceden kapıcı dairesi olarak düşünülüp, daha sonra kapıcı dairesi bahçeye yapılmış, bu daireye arsa payı ayrılarak kazanılmıştır. Diğer anlatımla, ortak yer olarak tasarlanmış iken bağımsız bölüm haline dönüştürülmüştür. O halde sözleşmedeki paylaşım oranı dahilinde davacı yüklenici burada pay sahibidir” (YKD 1996, S. 7, s. 1092-1093).

la inşaat, sözleşmedeki paylaşım oranlarına göre her iki taraf arasında paylaşılır.²⁸

e. Sözleşmede ilave bağımsız bölümle ilgili hüküm yer almakla beraber, bu hüküm açık olmayabilir. Bu durumda, sözleşme hükmünün yorumlanması ve tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerekir. Örneğin, sözleşmede yer alan, “binaya ilave kat çıkma imkanı doğarsa...” şeklindeki bir hükmün, projede sonradan yapılan değişiklik sonucu binanın başlangıçta ortak yer olarak ayrılan bodrum katının bağımsız bölüm şekline dönüştürülmesi veya ikinci bir bodrum kat yapılması halinde de uygulanması, tarafların ortak iradelerinin gereği olup; söz konusu hükmün, binanın yalnız üstüne yapılacak ilave katları kapsadığı söylenemez.²⁹ Yine örneğin, sözleşmede inşaatın bir zemin ve dört kat olarak inşa edileceği, bunlardan iki katın arsa sahibine, diğer bağımsız bölümlerin ise yükleniciye ait olacağı ve sözleşmenin 5. maddesine göre, inşaatın zemin hariç dört kattan fazla yapılması halinde,

²⁸ Y. 15. HD, 13.11.1989, E. 1989/594, K. 10894768: “... Sözleşmenin 3. maddesinde, arsa sahiplerine düşecek bağımsız bölümler belirtildikten sonra, bunların dışında kalan tüm bağımsız bölümlerin müteahhide ait olacağı yazılıdır. 4. maddesinde ise, “yapılacak apartman yukarıdaki ifadeye göre 21 daire olarak inşa edilecektir” hükmüne yer verilmiştir. Görülüyor ki 3. madde hükmü ile yükleniciye bırakılan bağımsız bölümler, apartmanın 21 daire olarak inşa edilmiş olması ile sınırlıdır. Diğer bir deyişle, davacı yüklenici ancak arsa sahiplerine aidiyeti kararlaştırılan 7 adet bağımsız bölüm dışındaki 14 bağımsız bölümün kendisine verilmesini isteyebilecektir. Sözleşmede inşaatın 21 bölümden yapılması halinde bu fazlanın ne suretle paylaşılacağı hususunda bir açıklık yoktur. Böyle olunca, 21 bağımsız bölümden fazla yapılacak inşaatın sözleşmenin 3 ve 4. maddelerinde yer alan oranı dahilinde arsa sahipleriyle yüklenici arasında paylaşılması, yani kendi payları arsa paylı olarak tümünün adına tescili gerekmektedir...” (Kostakoğlu, s. 1203).

²⁹ Bkz. Erman, s. 187; Y. 15. HD, 12.12.1990, E. 1990/5347, K. 1990/5455: “... Davalı yüklenicinin, zemin ve üzerinde dört kat olarak yapacağı inşaatın iki katının arsa sahiplerine ve diğer kalan bağımsız bölümlerin de müteahhide ait olacağı kararlaştırılmış ve sözleşmenin 5. maddesinde ise, inşaatın zemin hariç dört kattan fazla yapıldığı takdirde, arsa sahibi yapılacak olan kısımlardan gayrimenkuldeki hissesi nispetinde hak sahibi olacaktır hükmü yer almıştır... Yüklenici tarafından zemin altındaki iki katı da ihtiva eder şekilde çizdirilen ve 27.5.1987 tarihinde onaylanan projeye göre, yapılan inşaatın sözleşme dışı kazanılan iki bodrum katın müteahhitçe haricen üçüncü kişilere satıldığı anlaşılmaktadır... Sözleşme anında projesi henüz çizilmemiş olan inşaatın 1 zemin ve 4 normal kat halinde yapılması düşünüldükçe, bağımsız bölümlerin sözleşmedeki gibi paylaşımları kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin 5. maddesindeki hükmün, yalnız zemin üstündeki kat artışında uygulanacağı ve zemin altında kazanılacak bodrum katları kapsamayacağı şeklinde yorumlamak, tarafların gerçek amaçlarına aykırı düşer...” (YKD, 1991, S. 6, s. 910-911).

arsa sahibinin, yapılacak kısımlarda taşınmazdaki payı oranında hak sahibi olacağı kararlaştırılmış olsun. Yüklenicinin, katlar üzerinde değil de, zeminde ilave bağımsız bölüm yapması durumunda, sözleşme hükmünün nasıl yorumlanacağı önem taşır. Gerçekten, sözleşme hükmünün lafzi yorumuna göre, zemin katta yapılacak ilave bağımsız bölümler, hükmün kapsamı dışında kalır ve arsa sahibi bu bağımsız bölümler üzerinde hak talep edemez. Ancak, bu yorum, tarafların gerçek amacına aykırıdır.³⁰

4. Arsa sahibi veya yüklenici, ilave bağımsız bölüm yapıldığı veya bağımsız bölümlerin alanının genişletildiği hallerde, sözleşmede aksi öngörülmemişse, kendi paylarına düşen fazlalığın bedelini değil, bu fazla kısımlara isabet eden arsa paylarını isteyebilir. Yüklenicinin, ilke olarak, ilave bağımsız bölümün arsa sahibine ait olacak kısmı için, vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak, arsa sahibinden ayrıca bedel istemesi mümkün değildir. Zira taraflar arasındaki sözleşme, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olup, inşa edilen bağımsız bölümlerin karşılığı, belirli bir miktar para değil, yükleniciye ait olacağı öngörülen bağımsız bölümlere isabet eden arsa payının ona devredilmesidir. Ancak, taraflar sözleşmede, fazla kısımların arsa payları yerine, bunların bedelinin istenebileceğini kararlaştırabilirler.

Bu sonuç, arsa paylarının başlangıçta yükleniciye devredildiği veya inşaattaki aşamaya göre kısım kısım devredileceği haller bakımından söz konusu olduğu gibi, inşaatın tamamlanmasından sonra devredileceği kararlaştırılan haller bakımından da söz konusudur. Ancak, ilave bağımsız bölümün üçüncü kişiye devredildiği hallerde, bu sonucun uygun olmayacağı; zira bağımsız bölümleri devralan üçüncü kişilerin, sözleşmenin tarafı olmamaları nedeniyle, sözleşme şartlarının onlar için uygulanamayacağı; böyle bir durumda, hak sahibine sözleşme gereğince düşecek arsa payı oranında bağımsız bölümlerin rayiç değeri esas alınarak hesaplanacak bir bedel ödenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.³¹

5. Aynı şekilde, sözleşmede öngörülen büyüklükte bir inşaatın yapılmasına imar durumunun imkan vermediği hallerde, imara aykırı inşaat yapılamayacağından, *alanı küçülen veya bağımsız bölüm sayısı aza-*

³⁰ Genç Arıdemir, s. 369-370. Aynı görüşte bkz. Y. 15. HD, 12.12.1990, E. 1990/5347, K. 1990/5455 (Kostakoğlu, s. 1199).

³¹ Bkz. Akkanat, s. 70; Genç Arıdemir, s. 472-473.

lan inşaatta, arsa sahibinin payında meydana gelen eksiklikten yüklenici sorumlu tutulamaz. Böyle bir durumda taraflar, azalan bağımsız bölümleri, sözleşmedeki paylaşım oranına göre yüklenirler.³²

6. İlave bağımsız bölümlerin, ilgili belediyeden ruhsat almak ve imar durumuna uygun gerekli proje değişikliği yapılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir; aksi halde, *kaçak inşaat* durumu söz konusu olur.³³ Zira İmar Kanunu'na göre, bazı istisnalar hariç, her türlü bina yapımı yerel idarelerden ruhsat alınmasına bağlı olduğu gibi, ruhsat alınmış inşaatlarda herhangi bir değişiklik yapılması da yeniden ruhsat alınmasına bağlıdır (İmar Kanunu m. 21). Asıl inşaat için ruhsat alınmaması, yani inşaatın başından beri ruhsatsız yapılması halinde kaçak inşaat söz konusu olduğu gibi, inşaatta ruhsat ve eklerine aykırı değişiklikler yapılması halinde de kaçak inşaat söz konusu olur.

Ruhsat alma yetkisi, ilke olarak arsa malikine aittir (İmar Kanunu m. 22). Ancak, arsa paylarının yükleniciye başlangıçta devredildiği hallerde, ruhsat alma yetkisi, yükleniciye ait olur. Arsa sahibi, ruhsat işlemlerini kendisi takip edebileceği gibi, bu konuda herhangi bir kimseye veya yükleniciye yetki de verebilir.

Sözleşmede, imar durumunun ilave bağımsız bölüm yapmaya elverişli olması halinde *arsa sahibinin proje değişikliği için gerekli işlemi yapması öngörülmüşse*, arsa sahibinin bundan kaçınması sözleşmeye aykırılık oluşturur. Sözleşmede bu yönde açık bir hüküm bulunmama ile beraber, ilave bağımsız bölüm yapılması halinde bunun taraflar arasında nasıl paylaşılacağına ilişkin bir hüküm varsa, bu durumda da imar durumunun elverişli olması halinde, ilave bağımsız bölüm yapımı konusunda arsa sahibinin proje değişikliği için gerekli onayı vermesi gerekir. Diğer taraftan, sözleşmede ilave bağımsız bölüm yapımına ilişkin hiçbir hüküm bulunmasa bile, imar durumu elverişli olmasına rağmen, yüklenicinin gerekli vekaleti haiz olmaması nedeniyle istenen proje değişikliğini arsa sahibinin yapmaması ya da bu konuda yükleniciye vekalet vermemesi dürüstlük kurallarına aykırılık

³² Erman, s. 189; Y. 15. HD, 15.12.1988, 1736/4360: "Kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapımı öngörülen inşaatın kat adedinin imar durumunda daha az kata müsaait olması halinde, eksilen kat adedi sözleşmedeki kat adedine göre tarafların paylaşımından düşülür." (Erman, s. 189, dn. 41).

³³ Bkz. Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku Dersleri (Planlama, Yapı, Arsa, Koruma)*, Ankara 2003, s. 245 vd.

oluşturabilir. Ancak, arsa sahibinin bu konuda haklı sayılabilecek bir menfaati varsa, dürüstlük kurallarına aykırılıktan söz edilemez.³⁴ Örneğin, aynı parsel üzerine önde 4 kat, arkada 5 kat iki blok yapımı söz konusu iken, öndeki blokta da 5. kat için imar izni verilmişse, kendisine arkadaki bloğun 5. katında daire isabet eden arsa sahibi, öndeki deniz manzarasının kapanmaması ve dairenin değer kaybetmemesi için bu muvafakati vermeyebilir. Bu durumda, ön blokta yapılacak 5. katın, arsa sahibine daha fazla yarar sağlayacak olması da sonucu değiştirmez.³⁵ Buna karşılık, ilave bağımsız bölümün yapılmaması konusunda arsa sahibinin hiçbir haklı menfaati yoksa veya arsa sahibi muvafakat vermek için fazladan birtakım çıkarlar peşinde ise, dürüstlük kurallarına aykırılık söz konusu olabilir. Örneğin, binanın en üst katı kendisine ait olacak arsa sahibinin, yapılacak ilave kata yerleşecek kişilerin gürültü yapabilecekleri düşüncesiyle muvafakat vermekten kaçınması halinde, haklı menfaatin varlığından söz edilemez.³⁶

7. İlave bağımsız bölümün ruhsat alınmadan (kaçak) inşa edilmesi *imar mevzuatına ve imar planlarına aykırılık oluşturmuyorsa*, arsa sahibine, gerekli işlemleri tamamlayarak yapı izni alması için bir aylık süre verilir (İmar Kanunu m. 32/III); bu durumda yapı yıktırılamaz.³⁷ Buna karşılık, kaçak yapı *imar mevzuatına ve imar planlarına aykırılık oluşturmuyorsa*, bunun düzeltilebilir nitelikte olup olmadığına göre hareket edilir. Kaçak yapı düzeltilebilir nitelikteyse ve gerekli düzeltmeler yapıp aykırılıklar giderilmişse, yapının sahibine gerekli izin verilir (İmar Kanunu m. 32/IV). Kaçak yapı düzeltilebilir nitelikte değilse, ruhsatsız yapı, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir (İmar Kanunu m. 32/son).³⁸

İmar kurallarına aykırı inşa edilen ve iskan ruhsatı verilmesi imkanı bulunmayan inşaatın ayıplı olduğu kabul edilmektedir. Arsa sahibinin, yükleniciden sözleşme konusu inşaatı imar kurallarına uygun olarak yapmasını beklemekte haklı ve hukuken korunmaya değer bir

³⁴ Erman, s. 191; Genç Arıdemir, s. 461.

³⁵ Örnek için bkz. Erman, s. 191.

³⁶ Erman, s. 191.

³⁷ Kalabalık, s. 250; Dan. 6. D, 21.05.1998, E. 1997/3446, K. 1998/2776 (Genç Arıdemir, s. 462).

³⁸ Geniş bilgi için bkz. Kalabalık, s. 250 vd.

menfaati vardır. Yüklenici, sözleşmenin uzman tarafı olarak, imar hukuku kurallarını bilmek ve inşaatı bu kurallara uygun olarak yapmakla yükümlüdür.³⁹ Kaçak inşaat halinde arsa sahibi, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde, ilave bağımsız bölümlerin yıkılarak, binanın imar kurallarına ve projesine uygun hale getirilmesini yükleniciden isteyebilir. Arsa sahibinin kaçak yapıya göz yummuş olması, ruhsatsız yapının yıkılmasına engel değildir. Bir binanın veya kat ya da bağımsız bölümün kaçak yapılması, kamu düzenine aykırılık oluşturur⁴⁰ ve böyle bir durumda ifanın varlığından söz edilemez. Belediye Encümenleri tarafından verilmiş olan yıkım kararlarının yetkili idareler tarafından yerine getirilmemiş olması da, arsa sahibine (veya yükleniciye) bir hak sağlamaz. Zira hukukun yıkılmasını öngördüğü bir inşaat üzerinde, tarafların korunmaya değer haklarının varlığından söz edilemez. Bu itibarla, kaçak veya ruhsata aykırı bina veya bağımsız bölümler bakımından, arsa sahibi eksik ve ayıplı işler bedeli, yüklenici ise fazla işler bedeli talep edemeyeceği gibi; bu yerlerle ilgili olarak tescil⁴¹ veya mülkiyetin tespiti⁴² davaları da açılmaz. Bu gibi durumlarda, arsa sahibi yıkım dışında sadece gecikmeden dolayı gecikme cezası talep edebilir.⁴³

³⁹ Bkz. Akkanat, s. 72.

⁴⁰ Y. 15. HD, 08.10.2001, E. 2001/1996, K. 2001/4384: “Her türlü inşaat yerel idarelerce verilecek izne bağlıdır ve izinsiz (kaçak) inşaat yıktırılır. Bu husus kamu düzeni ile ilgili olup, mahkemelerde kendiliğinden göz önünde bulundurulur” (www.hukuktürk.com).

⁴¹ Y. 15. HD, 02.07.2001, E. 2001/1601, K. 2001/3598: “Ruhsatsız veya ruhsata aykırı binalar, tadilat projeleri ile yasal hale gelmedikçe bu yerlerle ilgili olarak tescil, teslim, nesafet farkı ve zararların tazmini gibi talepler dinlenemez. Sadece taahhüt edilen ruhsata uygun bina tesliminin gecikmesi nedeniyle gecikilen aylar için kira kaybı istenebilir” (www.hukuktürk.com).

⁴² Buna karşılık Yargıtay, fiili durumu tespit etmek ve durumu yasalastırmamak kaydıyla, “binadaki hangi bağımsız bölümlerin kimlere isabet ettiği ve davacının tescilini istediği dairelerin paylaşımında bir ihtilaf yoksa o dairelerin sözleşme ve fiili durum icabı davacıya ait olduğunun tespitine karar” verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Y. 15. HD, 17.06.1999, E. 1999/1027, K. 1999/2599 (Genç Arıdemir, s. 463, dn. 70).

⁴³ Erman, s. 190; Y. 15. HD, 29.12.1999, E. 1999/4511, K. 1999/5021: “İmar Kanunu hükümleri, kamu düzeniyle ilgili olup emredici niteliktedirler. Bu nedenle mahkemelerde re’sen göz önünde bulundurulurlar. Arsa sahibi, ruhsatsız olarak inşaatı başlamanı yükleniciden isteyemez ve onu zorlayamaz. Yüklenici de ruhsatsız olarak inşaatı başlayamaz. İnşaatın kaçak yapılması halinde, ifa var denemez. Kaçak veya ruhsata aykırı bina veya bölümlerin yasalar nazarında ekonomik değerleri yoktur. Yerel idarelerin, encümenlerin yıkım kararlarına rağmen, bu karar-

Kaçak yapı, ilave kat veya ilave bağımsız bölüm şeklinde değil de, bağımsız bölümlerin ebatlarının projeden daha büyük yapılması biçiminde gerçekleştirilmişse, bu fazla kısımların yıkılması, ana yapının da zarar görmesine neden olabilir. Bu durumda yapılması gereken, öncelikle bir proje değişikliği yaparak, yapı için gerekli izni almaktır. Ancak, projeye aykırı yapılan fazla inşaat, aynı zamanda imar planına aykırılık da oluşturuyorsa, proje değişikliği yeterli olmaz. Bu durumda, kaçak yapının yıktırılarak, arsa sahibinin zararlarının tazmini ne karar verilmesinin uygun olacağı ileri sürülmektedir.⁴⁴

Projesine uygun olarak tamamlanan ve *kat mülkiyeti kurulan* bir binada, sonradan bağımsız bölüm olarak arsa payı ayrılmamış bir eklenti yapılması veya ortak yerin bağımsız bölüm haline getirilmesi istenen hallerde, yapılması gereken işlemlerin neler olduğuna da değinmekte yarar vardır. Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 44. maddesine göre, *"Ana gayrimenkulün üstüne kat ilâvesi veya mevcut çekme kat yerine tam kat yapılması veya zemin veya bodrum katlarında veya arsanın boş kısmında 24. maddenin ikinci fıkrasında yazılı yerlerin sonradan yapımı veya ilâvesi için: a. Kat malikleri kurulunun buna oybirliğiyle karar vermesi; b. Ana gayrimenkulün bu inşaatın sonra alacağı duruma göre, yapılan yeni ilâveler de dâhil olmak üzere bütün bağımsız bölümlerine tahsis olunacak arsa paylarının, usulüne göre yeniden ve oybirliğiyle tespit edilmesi; c. İlâve edilecek yeni bağımsız bölüme tahsis edilen arsa payı üzerinde, tapu memuru huzurunda yapılacak resmi senetle, 14. maddeye göre kat irtifakı kurularak bunun, ana gayrimenkulün bütün bağımsız bölümlerinin kat mülkiyeti kütüğündeki irtifaklar hanesine tescil edilmesi ve ana gayrimenkulün kapanan eski kütük sayfasıyla 13. madde hükmüne göre bağlantı sağlanması şarttır"*.

ları yerine getirmemeleri, hiç kimseye bir hak bahşetmez. Bina sahibi mahkemede kâl (yıkım) davası açarak, alacağı ilamı icra müdürlüğü kanalıyla yerine getirebilir. Yasanın yıkılmasını emrettiği bir bina veya bölüm üzerinde tarafların korunmaya değer bir hakız olamaz. Bu nedenle, eksik veya ayıplı işler bedeli ile fazla işler bedeli, tescil veya mülkiyetin tespiti davaları mesmu değildir (dinlenmez). Yüklenici, imar durumu ile örtüşen sözleşme uyarınca "yasal" bir bina yapma taahhüdü altına girdiği takdirde, böyle bir inşaatı yapmakta gecikmesi (temerrüdü) halinde arsa sahibi yıkım dışında sadece gecikmeden dolayı gecikme tazminatı (kira kaybı vs.) talep edebilir (Erman, s. 190, dn. 42).

⁴⁴ Bkz. Genç Arıdemir, s. 464.

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA TEŞHİS

Z. Özen İNCİ*

GİRİŞ

Bir tanıma işlemi olan ve aynı zamanda ceza muhakemesinde bir delil elde etme aracı olarak kabul edilen teşhise uygulamada sıklıkla başvurulmakta ve teşhis işlemi sonucu elde edilen deliller ve düzenlenen tutanaklar mahkemeler nezdinde önemli bir delil olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de teşhis işlemleri sonucu elde edilen bilgiler, mağdur veya tanığın görgüsüne dayandığı ve genellikle suçun ardından sıcağı sıcağına elde edildiği için mahkemeler nezdinde büyük itibar görmektedir. Öyle ki, zaman zaman sadece sanığın aleyhine olan teşhis tutanaklarına dayalı hükümler kurulduğu da bilinmektedir.¹

Uygulamada böylesine önem taşıyan ve şüpheli/sanık lehine veya aleyhine ciddi bir delil teşkil eden teşhis işlemlerinin 2007 yılına kadar herhangi kanuni bir temeli olmadığını ifade etmek gerekir. Bu sebeple teşhis, uygulanma koşul ve usulü tamamen kolluğun takdirine bırakılan bir araştırma faaliyeti halini almıştır. Birimden birime değişen usuller uygulamaya yerleşmiştir. Teşhisin uygulanması konusunda bir yeknesaklık sağlanamamıştır. Nihayet 2.6.2007 tarih ve 5681 sayılı Kanun ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nda (PVSK) değişiklik yapılmış ve teşhis, Ek m. 6/9 ve devamında ilk defa ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

* Av., İzmir Barosu, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora öğrencisi.

¹ Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (YCGK), 30.5.1994 gün ve E.1994/6-134, K.1994/157 sayılı kararına konu olan olayda, sanık hakkında güvenilir olmayan bir teşhis tutanağına dayanılarak tesis edilen mahkûmiyet kararı bozulmuştur. Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

Çalışmamızın temelini de, 5681 sayılı Kanun'la değiştirilen PVSİK Ek m. 6/9 vd. hükümleri oluşturmaktadır. Bu yönde bir çalışmayı kaleme almamızda iki önemli sebep bulunmaktadır: İlki, konunun taşıdığı önemdir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, uygulamada teşhis sıkça başvurulmakta ve bu işlemler sonucu elde edilen deliller de mahkemeler nezdinde çoğu zaman ciddi bir delil olarak değerlendirilmektedir. O halde, konu tartışılmaya değerdir. İkinci olarak ise, Türk ceza ve ceza muhakemesi hukuku öğretisinde konu yeterince incelenmiş değildir. Özellikle uygulamada yaşanan sıkıntılar ve soru işaretleri bizi bu yönde bir çalışma yapmaya sevk etmiştir.

Bu amaçlar çerçevesinde, konu üç başlık altında incelenmiştir: İlk olarak teşhisin tanımı üzerinde durulmuş, benzer kavramlarla farkı ortaya konulmaya çalışılmış ve teşhisin türlerinden bahsedilmiştir. İkinci başlık altında genel olarak PVSİK Ek m. 6/9 vd. inceleme konusu yapılmıştır. Teşhisin uygulanma koşulları ve usulü üzerinde durulmuştur. Son olarak teşhis işlemleri sonucu elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusu ele alınmıştır. Bu başlık altında daha ziyade teşhis işlemi sırasında müdafinin konumu tartışılmıştır. Her ne kadar konu Türk ceza ve ceza muhakemesi hukuku öğretisinde henüz yeterince tartışılmamış olsa da, karşılaştırmalı hukukta uzun yıllardan beri tartışılmış ve üzerinde araştırmalar yapılmıştır. İşte bu sebeple, çalışmamızda elden geldiği ölçüde karşılaştırmalı hukukta yapılan bu tartışmalara ve araştırmalara da yer verilmeye çalışılmış; ayrıca az sayıda da olsa konuyla ilgili Yargıtay kararlarına yeri geldikçe değinmeye çaba gösterilmiştir.

I. TEŞHİS HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Tanım

"Kim ve ne olduğunu anlama, tanıma, seçme"² şeklinde kelime anlamı taşıyan teşhis,³ hukuki bir kavram olarak, şüphelinin kendisinin veya fotoğraflarının suç mağduruna veya tanığa gösterilmesi ve bu şekil-

² Bkz. www.tdk.gov.tr (Erişim: 01.12.2008).

³ Yargıtay bazı kararlarında "teşhis" yerine "canlı teşhis" kavramını da kullanmıştır. Bu yönde Yarg. 6. CD, 9.4.2007 gün ve E.2006/11165, K.2007/4297 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

de şüphelinin tanınması olarak ifade edilebilir.⁴ Bu çerçevede, kendisi veya fotoğrafları gösterilen şüpheliye “teşhis işlemine tâbi tutulan”, başka bir ifade ile “teşhis edilen”, bu kişinin suçu işleyen kişi olup olmadığını tespit etmesi istenilen kişiye ise “teşhiste bulunan”, diğer bir ifade ile “teşhis eden” denilmektedir. PYSK’da, “teşhis işlemine tâbi tutulan” ve “teşhiste bulunan” ifadeleri kullanılmıştır.⁵

Teşhisi tanımlama faaliyetine girişmişken, benzer kavramlarla teşhisin farklarının da ortaya konulması gerekir. Bu noktada öncelikle “teşhis” ve “yüzleştirme” kavramları arasındaki farkın belirtilmesinde fayda vardır. Uygulamada çoğu zaman aynı hukuki kavramı ifade etmek için kullanılıyor olsalar da⁶ esasen “teşhis” ve “yüzleştirme” birbirinden farklı kavramlardır. Zira yüzleştirme, tanıkların veya şüphelilerin birbirini tutmayan ifadeleri söz konusu olduğunda bu tür çelişkilerin giderilmesi, hangi ifadeye değer verileceğinin tayin edilmesi ve yeni delillerin elde edilmesi amacıyla tanıkların birbirleriyle veya şüphelilerle karşı karşıya getirilmesi işlemidir.⁷ Buna karşın teşhisteki temel amaç, gözaltına alınan kişinin suçun faili olup olmadığını belirlemek ve kimlik tespiti yapmaktır.

⁴ Yenisey, Feridun, *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, İstanbul 1987, s. 211 vd. Ayrıca bkz. Demirbaş, Timur, *Sarıgün Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İzmir 1996, s. 146; Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 312-313.

⁵ 4.7.1934 gün ve 2559 sayılı PYSK’ya 2.6.2007 gün ve 5681 sayılı Kanun ile eklenen Ek m.6/9 vd.’da yer alan hükümlere uygun olması bakımından, çalışmanın devamında “teşhise tâbi tutulan” ve “teşhiste bulunan” kavramları kullanılacaktır.

⁶ Gerçekten YCGK konuya ilişkin olarak verdiği 15.4.2008 gün ve E.2008/6-71, K.2008/85 sayılı kararında teşhis işlemi “Mağdur veya tanık ile şüphelinin yüz yüze getirilerek karşılıklı beyanlarının alınması şeklinde, dolayısıyla yüzleştirme tarzında icra edilen işlem” şeklinde bizce hatalı ve kargaşa yaratacak bir şekilde tanımlamıştır. Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası. Yine benzer yöndeki YCGK, 30.5.1994 gün ve E.1994/6-134, K. 1994/157 sayılı karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁷ Benzer yönde tanım için bkz. Yenisey, *Hazırlık Soruşturması*, s. 212; Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara 1996, s. 332; Demirbaş, s. 148; Centel/Zafer, s. 256; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Bası, Ankara 2008, s. 410. Ayrıca aynı yönde Yarg. 4. CD’nin, 12.4.2000 gün ve E.2000/659, K.2000/3149; 30.9.1998 gün ve E.1998/7667, K.1998/8450; 12.4.2000 gün ve E.2000/2587, K.2000/2841 ve 7.10.1998 gün ve E.1998/6994, K.1998/8756 sayılı kararları için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

Yine, teşhis ve yüzleştirmeye ilişkin hukuki düzenlemelerin farklı kanunlarda kaleme alındığını da ifade etmek gerekir. Teşhise ilişkin hükümler, PVSK Ek m.6/9 vd. fıkralarında düzenlenmiştir. Buna karşın yüzleştirme ise, CMK'nın "Tanıkların dinlenmesi" başlığını taşıyan 52/2 maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; "Tanıklar, kovuşturma evresine kadar ancak gecikmesinde sakınca bulunan veya kimliğin belirlenmesine ilişkin hallerde birbirleri ile ve şüpheli ile yüzleştirilebilirler."

Öte yandan, yüzleştirme bir karşı karşıya getirme işlemi olmasına karşın, teşhis sırasında teşhiste bulunan ile teşhise tâbi tutulanlar yan yana veya karşı karşıya değildir. Bu durum kanunla da açıkça düzenlenmiştir. Gerçekten de, PVSK Ek m. 6/13'e göre "Teşhiste bulunan kişi ile teşhis işlemine tabi tutulan kişilerin birbirini görmemesi gerekir."

Teşhis, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının talimatı ile kolluk tarafından yapılan bir soruşturma işlemidir. Buna karşın yüzleştirmeye, kural olarak kovuşturma evresinde hâkim tarafından, ancak istisnai olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde soruşturma evresinde savcı ve emrindeki kolluk tarafından başvurulur.

Özetle, teşhis ve yüzleştirme arasındaki farklar şu şekilde ortaya konulabilir:

- Yüzleştirme CMK m.52/2'de, buna karşın teşhis PVSK Ek m. 6/9 vd.'de düzenlenmiştir.
- Yüzleştirme, tanıklar arasında veya şüpheli/sanık ile tanık arasında yapılırken; teşhis, tanık ile şüpheli veya mağdur ile şüpheli arasında yapılır.
- Yüzleştirme sırasında yüzleşen ve yüzleştirilenin karşı karşıya bulunmasına ve birbirlerini görmelerine karşın teşhiste, teşhise tâbi tutulan kişi veya kişiler teşhiste bulunanı görmezler.
- Teşhis soruşturma evresinde, yüzleştirme ise kural olarak kovuşturma evresinde uygulanır.
- Teşhis, Cumhuriyet savcısının talimatı ile kolluk tarafından, yüzleştirme ise kovuşturma evresinde hâkim huzurunda gerçekleştirilir.⁸

⁸ Yüzleştirilen kimselerin psikolojik tesirler altında kalmaları mümkündür. Onun için bu muameleye ilişkin yetki, kural olarak bizdeki gibi, birçok ülke kanununda da hâkimlere verilmiştir. Bkz. Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Bası, İstanbul

Ayrıca teşhis işleminin kendi içerisinde değişik şekillerde icrası da söz konusu olabilir. Öğretide bu teşhislerin “*seçimlik teşhis/tekil teşhis*”, “*örtülü (gizli) teşhis/açık teşhis*” veya “*fotoğraf teşhisi*” olarak tasniflendiğinden bahsetmek gerekir.⁹

Seçimlik teşhis, aralarında gözaltına alınan şüphelinin de olduğu birden çok kişinin yan yana dizilmesi ve tanıktan failin kim olduğunun belirlenmesinin istenmesi şeklinde gerçekleştirilir. *Tekil teşhis*, teşhiste bulunan kişiye sadece şüphelinin gösterilmesidir.

Açık teşhis, teşhiste bulunanın, teşhise tâbi tutulanların huzurunda ve onların görebileceği şekilde durduğu teşhistir. Buna karşın *örtülü (gizli) teşhis* ise, teşhise tâbi tutulanlar ile teşhiste bulunacak arasında, teşhise tâbi tutulanların teşhiste bulunmasını göremeyeceği şekilde aralarında tek taraflı görüş sağlayan bir ayna veya başka bir araç bulunmak suretiyle gerçekleştirilen işlemlerdir. Örtülü teşhis, şüphelinin teşhis işlemine tâbi tutulduğunu bilmemesi suretiyle de gerçekleştirilebilir. Örneğin, tanığın tutukevine götürülmesi ve bir pencereden tutukevinin bahçesindeki çok sayıda tutuklu ve mahkûmun kendisine gösterilmesi ve bu surette failin parmakla gösterilmesi şeklinde teşhis ettirilmesiyle de gerçekleştirilebilir. Öğretide bu tip teşhislere *doğal teşhis* adı

2008, s. 708; Demirbaş, s. 148.

⁹ Alman hukukunda seçimlik teşhis için “*Wahlgegenüberstellung*”, örtülü (gizli) teşhis için “*Verdeckte Gegenüberstellung*” ve tekil teşhis için “*Einzelgegenüberstellung*” kavramları kullanılmaktadır. Bkz. Wiczorek, Eberhard, *Kriminalistik-Grundlagen der Verbrechenbekämpfung*, 6. Auflage, Stuttgart-München-Hannover 1986, s. 122; Odenthal, Hans Jörg, *Die Gegenüberstellung im Strafverfahren*, Boorberg Verlag, 3. Auflage, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar 1999, s. 3 3 vd.; Putzke, Holm/Scheinfeld, Jörg, *Strafprozessrecht*, Baden-Baden, 2005, s. 57; Beulke, Werner, *Strafprozessrecht*, 9. Auflage, Heidelberg-München-Landberg-Berlin, 2006, s. 77; Gniech, Gisela/Stadler, Michael, “Die Wahlgegenüberstellung-Methodische Probleme des kriminalistischen Wiedererkennungsexperiment”, *StV*, H.11/1981, s. 566; Nöldeke, Werner, “Zum Wiedererkennen des Tatverdächtigen bei Gegenüberstellung und Bildvorlage”, *NStZ*, H.5/1982, s. 193; Mertn, Bernhard/Schwarz, Ulrich/Walser, Werner, “Wiedererkennungsverfahren- Bericht über eine Untersuchung der Gegenüberstellung”, *Kriminalistik*, 52. Jg., 1998, s. 421 vd.; Warnecke, Volker, “Täteridentifizierung nach Sofortfahndung- Möglichkeiten und Grenzen der Wahlgegenüberstellung in praxisrelevanten Situationen”, *Kriminalistik*, 51. Jg., 1997, s. 728. Gerçekten de, teşhis işleminin dayandığı Alman Ceza Muhakemesi ve İdari Kabahatlerin Muhakemesi Hakkında Yönetmeliğin (RiStBV-Richtlinien für das Strafverfahren und Bußgeldverfahren) 18. maddesinde de “*Wahlgegenüberstellung*” kavramına yer verilmiştir.

verilmektedir.¹⁰ Örneklerden de anlaşılacağı üzere, örtülü teşhiste teşhise tâbi tutulan, kimin teşhiste bulunan olduğunu bilmemektedir. Bu sebeple örtülü teşhisin öğretilde “gizli teşhis” olarak adlandırıldığı da görülmektedir.¹¹ Son olarak *fotoğraf teşhisi* ise, teşhiste bulunana şüphelinin fotoğraflarının gösterilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Başka bir deyişle, fotoğraf teşhisinde şüpheli hazır değildir. Teşhis işlemi fotoğraf üzerinden gerçekleştirilir.

Öğretildeki bu teşhis türlerinin hepsinin hukukumuz bakımından geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Türk hukuku bakımından seçimlik teşhis mevcuttur. Gerçekten de PYSK Ek m. 6/9 vd. uyarınca teşhis işlemine sadece gözaltına alınan şüpheli katılmaz. Başka bir deyişle, teşhiste bulunana sadece şüpheli değil, teşhise tâbi tutulan diğer kişiler (alternatif kişiler) olarak ifade edilebilecek başkaları da gösterilir ve teşhiste bulunanın bu kişiler arasından bir “seçim” yapmak suretiyle teşhiste bulunması istenir. O halde, hukukumuz bakımından seçimlik teşhisin var olduğunu, tekil teşhisin geçerli olmadığını söyleyebiliriz. Ayrıca yine PYSK Ek m.6/13 gereğince, teşhiste bulunan ile teşhis işlemine tâbi tutulanların birbirini görmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla hukukumuz bakımından seçimlik teşhisin yanında örtülü teşhis usulü de geçerlidir. Buna karşın şüpheli, teşhis işlemine tâbi tutulduğunu bilmektedir. Bu anlamda Türk hukuku bakımından doğal teşhisin geçerli olduğunu söyleyemeyiz. Seçimlik ve örtülü teşhisin yanında hukukumuzda fotoğraf teşhisi de düzenlenmiştir (Ek m. 6/16). Özetle hukukumuz bakımından seçimlik/örtülü teşhis ve fotoğraf teşhisinin¹² geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

¹⁰ Örnek için bkz. Gniech/Stadler, s. 566. Bu tip teşhislerin “ekolojik” ya da “doğal teşhis” olarak adlandırılmasının sebebi, şüphelinin cezaevinin bahçesinde, süpermarkette, restoranda veya sokakta çok sayıda insan içerisindeyken, başka bir deyişle “doğal ortamındayken” teşhis ettirilmesinden ileri geldiği söylenebilir. Bkz. Odenthal, Gegenüberstellung, s. 41.

¹¹ Nöldeke, s. 193.

¹² Yarg. 6. CD, 22.5.2001 gün ve E.2001/8513, K. 2001/8551 sayılı kararında da fotoğraf teşhisinden bahsetmiştir. Karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

B. Hukuki Nitelik ve Amaç

Teşhis, şüphelinin kimliğinin tespit edilebilmesi ve/veya şüphelinin suçun gerçek faili olup olmadığını saptamak amacıyla yapılır. O halde teşhis, öncelikle kimlik tespit etme amacına yönelir. Öte yandan teşhis aynı zamanda bir delil elde etme yöntemidir. Gerçekten de, teşhis işlemleri hukuka uygun gerçekleştirildiği sürece bu işlemlere bağlı olarak düzenlenen tutanaklar da yapılan yargılamada delil niteliğini haiz olacaktır. Zira mahkemelerin gerekçeli kararlarının deliller kısmında teşhis işlemlerine sıklıkla yer verdiği de bilinmektedir.

Özellikle parmak izi, DNA örneği, iletişim tespit tutanakları gibi bilimsel nitelikli delillerin mevcut olmadığı olaylarda, teşhis işlemleri sonucu elde edilen deliller büyük önem taşımaktadır. Görgü tanığının şüpheli sıfatına sahip olan kişiyi teşhis etmesi ve bu kişinin suçu işleyen kişi olduğunu belirtmesi, şüpheli aleyhine ciddi bir durum yaratmaktadır. Aksi durumlarda ise, yani teşhiste bulunan kişinin şüpheliyi suçun faili olarak teşhis etmediği veya edemediği hallerde de bu sefer şüpheli lehine bir durum ortaya çıkmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukunda teşhisin hukuki niteliğini net bir şekilde ortaya koymak güçlük arz eder. Gerçekten de teşhis, bazı hallerde hukuki nitelik bakımından koruma tedbirlerine yaklaşır. Aşağıda da açıklayacağımız üzere, gerekli olması halinde teşhise tâbi tutulan şüphelinin dış görüntüsünde bazı değişikliklerin yapılması mümkündür. Bu çerçevede şüphelinin beden bütünlüğüne müdahale niteliği taşıyan saçın ve sakalın kesilmesi gibi bazı müdahalelerin yapılması söz konusu olabilir. İşte bu gibi hallerde teşhisin hukuki nitelik bakımından koruma tedbirlerine yaklaştığını ifade etmek gerekir. Ayrıca teşhis, ifade alma sürecinin devamı olarak da düşünülebilir. Bunun dışında teşhis, aslen bir gözaltı işlemidir. Zira teşhisin uygulanabilmesi için şüphelinin mutlaka gözaltına alınmış olması gerekir. Başka bir deyişle yakalanan ve fakat hakkında savcılıkça verilmiş bir gözaltı kararı olmayan veya yapılan çağrı üzerine kollukta ifade vermeye gelen şüphelinin teşhise tâbi tutulması mümkün değildir. Bizce bu açıklamalar çerçevesinde, teşhis ile ilgili doğacak hukuki boşluklar söz konusu olduğunda, genel olarak gözaltı ve ifade almaya ilişkin hükümlerin, teşhisin koruma tedbiri niteliği ağır bastığı ölçüde de koruma tedbirlerine ilişkin hükümlerin burada da kıyasen uygulanması gerekir.

II. TEŞHİSİN UYGULANMASI

A. Genel Açıklama

Soruşturma evresinde kişi lehine veya aleyhine ortaya çıkabilecek en önemli delillerden biri de teşhis işlemleri sonucunda elde edilen delillerdir. Zira bu deliller suçun görgü tanıklarının bilgisine dayalı olarak elde edilmektedir. Yargılama bakımından böylesine önem arz eden bir delil toplama işi olan teşhis işlemlerinin belirli bir usul çerçevesinde yapılması, söz konusu delillerin güvenilirliği bakımından da son derece önemlidir. Zira kanunda belirtilen usule uygun olarak gerçekleştirilen teşhis, hatalı deliller elde edilmesi ve bu hatalı delillere dayalı olarak hüküm tesis edilmesini engeller.

Günümüz uygulamaları göz önünde bulundurulduğunda, teşhis işlemlerinin PYSK Ek m. 6/9 ile kabul edilen hükümlere oldukça uzak bir görünüm kazanmış olduğu dikkat çekmektedir. Gerçekten de, kollukta gerçekleştirilen teşhis işlemlerine yeknesaklık kazandırılabilmiş değildir. Başka bir deyişle, söz konusu bu işlemler gelişigüzel ve birimden birime değişir bir nitelik arz etmektedir.

Oysa teşhis işlemlerinin kanundaki koşullara ve usule uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Zira teşhis, teşhiste bulunanın görgüsüne dayanmaktadır. Olayın gerçekleştiği mekân ve fiziksel koşullar, teşhiste bulunan kişinin olayı algılaması ve aradan uzun bir zaman geçmiş olması gibi hususlar, teşhis işlemleri sonucunda elde edilen delillerin güvenilirliğini etkileyebilir.¹³ Gerçekten de, 1990'lı yıllarda Amerika'da yapılan araştırmalar sonucunda, görgü tanıklarının

¹³ Görgü tanıklığının güvenilirliğini etkileyen pek çok faktörden bahsetmek gerekir. Örneğin teşhis işlemi sırasında kolluk tarafından teşhiste bulunan kişiye yönlendirici mahiyette soru sorulması, teşhiste bulunanın cinsiyeti, yaşı gibi faktörler teşhisin güvenilirliğini azaltabilir ve aslında suçlu olmayan kişinin teşhiste bulunan tarafından suçlu olarak algılanarak teşhis edilmesine sebebiyet verebilir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekin, Serra/Özaşçılar, Mine/Ziyalar, Neylan, "Görgü Tanıklığının Güvenilirliği", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2007, s. 50 vd.; Schenk, Angela, Gegenüberstellung im Strafverfahren-Unter besonderer Berücksichtigung der psychologischen Forschung und des englischen Strafprozesses, Hamburg 2002, s. 74 vd.; Steinke, Wolfgang, "Die Problematik der Wahlgegenüberstellung", *Kriminalistik*, H.11/1978, s. 505. Suç tarihi ile teşhis arasında geçen uzun sürenin, yapılacak teşhise olumsuz yönde etkisi hakkında bilgi için bkz. Peters, Karl, Strafprozess-Ein Lehrbuch, Heidelberg 1985, s. 380; Schenk, s. 93; Odenthal, Hans Jörg, "Die Gegenüberstellung zum Zwecke des Wiedererkennens", *NStZ*, H.10/1985, s. 436; Demirbaş, s. 147.

teşhis ettiği kişilerin %75'inin "suçsuz" olduğu anlaşılmıştır. Bu yıllarda DNA incelemeleri de geliştiği için teşhis işlemleri sonucu suçlu bulunan ve cezalandırılan kişilerin DNA analizleri yapıldığında aslında suçlu olmadıkları ve "hatalı teşhis işlemlerinin kurbanı" oldukları ortaya çıkmıştır.¹⁴ O halde konu basite indirgenemeyecek ve gelişigüzel uygulamalara yer verilemeyecek derecede önem taşımaktadır.

Uygulamada şüpheli/sanık lehine veya aleyhine böylesine önemli bir delil niteliği kazanabilen teşhis işlemlerinin kanuni bir usule tâbi olmasının gerekliliği ve yerindeliliği son derece açıktır.

Buna karşın ifade etmek gerekir ki, teşhise ilişkin kanuni düzenleme ilk defa PVSK'da değişiklik yapan 2.6.2007 tarih ve 5681 sayılı Kanun ile olmuştur. Başka bir ifade ile 2.6.2007 öncesinde, kollukça gerçekleştirilen teşhis işlemleri herhangi bir yasal zemine dayanmamaktaydı. Bununla beraber uygulamada teşhis işlemlerine sıklıkla yer verilmekteydi. Ancak herhangi bir kanuni düzenleme olmadığı için teşhis, uygulamada doğmuş ve gelişmiş bir soruşturma işlemi halini almıştı. Değişiklik kanunu ile PVSK Ek m. 6'ya getirilen ayrıntılı düzenlemeler, teşhis işlemlerinin uygulama şart ve usulünü belirlemiştir. Teşhis, kişinin görüntüsü üzerinde sahip olduğu ve özel hayatı kapsamında Anayasa'da koruma altına alınan bir hak olduğundan, Yasa ile sınırlandırılması yerinde olmuştur¹⁵. Çalışma konumuzun esasını teşkil eden PVSK Ek m. 6/9 vd.'da yer alan düzenlemeler aşağıda ele alınacaktır.

B. Teşhisin Uygulanma Koşulları

1. Teşhise Tâbi Tutulmanın Gözaltında Olması

PVSK Ek m.6/9'a göre teşhis, gözaltına alınan kişinin olayın faili ile aynı kişi olup olmadığını tespit etmek amacı ile icra edilir. Madde "gözaltına alınan şüpheli" hakkında teşhis işlemi yapılabileceği belirtildiğine göre, şüpheli hakkında yetkili merci tarafından gözaltı kararı verilmiş olmalıdır. Gerçekten madde metninde "yakalanmış" olmaktan

¹⁴ Tekin/Özaşçılar/Ziyalar, s. 50. Ayrıca 1973 yılında İngiltere ve Galler'de yapılan bir araştırmaya göre, 2116 teşhis işleminin %45'inde şüpheli teşhis edilmiş, %46'sında hiç kimse teşhis edilememiş, %9'unda ise yanlış kişi teşhis edilmiştir. Bkz. Gniech/Stadler, s. 567.

¹⁵ Centel/Zafer, s. 313.

değil, “gözültına alınmış olmak”tan bahsedilmiştir. Yakalama ve gözültına alma birbirinden farklı kavramlar olup farklı hukuki süreçleri ve durumları ifade etmektedir. Aslen gözültına alma, yakalamadan sonraki hukuki durumu ifade etmektedir.¹⁶ CMK m. 91 uyarınca “Yakalanan kişi Cumhuriyet savcılığınca bırakılmazsa soruşturmanın tamamlanması için gözültına alınmasına karar verilebilir.” Yakalanan kişi otomatik olarak gözültına alınmaz. Şüpheli önce yakalanır ve soruşturma yönünden zorunlu olması ve kişinin suçu işlediğini düşündürecek emarelerin varlığı halinde Cumhuriyet savcısının vereceği “ayrı” bir kararla gözültına alınır.¹⁷

O halde, teşhis işlemi yakalanan ve bu suretle ilgili emniyet biriminde bulunan şüpheliyi teşhise tâbi tutabilmek için, Cumhuriyet savcısının şüpheli hakkında ayrı bir gözültı kararı vermiş olması gerekir. Zira kanun maddesinde Cumhuriyet savcısı tarafından gözültına alınmış olmak gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

2. Zorunluluk Bulunması

PVSK Ek m.6/9’da teşhise ancak zorunlu olması halinde başvurulması düzenlenmiştir. Görgüye dayalı tanık ifadeleri ceza muhakemesinde önemini hala korumakla birlikte, günümüzde bilimin de gelişmesi sonucu DNA testi, parmak izi, genetik incelemeler gibi yöntemlerle ceza muhakemesinde çok daha sağlam ve güvenilir deliller elde edilmeye başlanmıştır. Gerçekten de tanık, mağdur veya suçtan zarar gören, çeşitli sebeplerle yalan tanıklık yapabilir, gerçeğe aykırı beyanda bulunabilir. Buna karşın bilimsel deliller somuttur ve yanılma payı çok daha düşüktür. Bugün DNA incelemesi ve parmak izi araştırmaları gibi yöntemler sayesinde şüpheli veya sanığın suçun gerçek faili olup olmadığını tespit etmek mümkündür. Dolayısıyla somut olay bakımından bilimsel yöntemlere dayanılarak delil elde etme olanağı bulunuyorsa teşhise gidilmemesi gerekir. Somut olay bakımından başka-

¹⁶ Centel/ Zafer, s. 337. Yurtcan ise gözültına almayı yakalamanın bir sonucu olarak değerlendirmektedir. Bkz. Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 2007, s. 340.

¹⁷ Bkz. Öztürk/ Erdem, s. 550; Özbek, Veli Özer, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı*, Ankara 2005, s. 327 vd.; Yokuş Sevük, Handan, “5271 Sayılı CMK’da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözültı”, *HPD*, S. 3, Nisan 2005, s. 63-64; Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2007, s. 204.

ca veya yeterli delil bulunmaması halinde teşhis işleminin uygulanması gerekir. Başka bir anlatımla, somut olay bakımından teşhis yapılmasının zorunlu olması gerekir.

3. Teşhise Karar Vermeye ve Uygulamaya Yetkili Makam

Teşhis, Cumhuriyet savcısının talimatı ile kolluk tarafından icra edilir.¹⁸ Kolluk, Cumhuriyet savcısının talimatı olmaksızın kendiliğinden teşhis işlemi yapamaz. Söz konusu talimat, uygulamada Cumhuriyet savcısı tarafından kolluğa bir emirler listesi verilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Matbu olarak düzenlenen ve “*Cumhuriyet savcısı ile yapılan görüşme, alınan emirler ve onay tutanağı*” başlığını taşıyan bu listede Cumhuriyet savcısı tarafından verilen emirler yer almakta ve yapılması gereken işler ve verilen onaylara ilişkin maddelerin yanına işaret konulmaktadır. Uygulamada teşhise ilişkin talimatın da belirtilen şekilde verildiğini ifade etmek gerekir.

Jandarmanın görev ve sorumluluk alanı içinde olan yerlerde teşhis işlemlerinin jandarma tarafından gerçekleştirilmesi de mümkündür.¹⁹ Ancak burada da Cumhuriyet savcısının talimatı mevcut olmalıdır.

Öte yandan, çocuklar hakkında yapılan tüm soruşturma işlemlerinin ÇKK m.15/1 uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından bizzat yapılacağı öngörüldüğünden bahisle, öğretide çocuk şüpheliler hakkında yapılacak teşhis işlemlerinin bizzat Cumhuriyet savcısı huzurunda yapılması önerilmektedir.²⁰

¹⁸ Teşhis, maddi gerçeğin araştırılması çerçevesinde büyük önem taşımakla birlikte aynı zamanda ciddi bir tehlike de oluşturabilir. Zira teşhiste bulunan kişinin tesir altında kalması ve hataya düşmesi mümkündür. Bu sebeple bazı hukuk sistemlerinde teşhis işleminin de yüzleştirmede olduğu gibi hâkim huzurunda gerçekleştirilmesi gerektiği savunulmakta ve hatta bu yönde kanuni düzenlemelere yer verilmektedir. Örneğin İngiliz Adli Delil Kanunu’nda (PACE) düzenleme bu yöndedir. Konu hakkında bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2008, s. 705. Ayrıca bkz. Demirbaş, s. 147.

¹⁹ 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu m. 10/1 uyarınca, jandarmanın genel olarak görev ve sorumluluk alanı; polis görev sahası dışı olup, bu alanlar ile ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir.

²⁰ Bkz. Centel/Zafer, s. 315.

C. Teşhisin Uygulanma Usulü

1. Faili Tarif Eden Beyanın Tutanağa Bağlanması

Örneğin teşhis işlemine başlamadan önce, teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden beyanının, başka bir deyişle eşkâl tanımlamasının alınması gerekir (Ek m. 6/11). Teşhiste bulunacak kişi failin cinsiyet, boy, kilo, yaş, giyim tarzı gibi fiziksel özelliklerini görgüsü dâhilinde edindiği bilgiler çerçevesinde beyan etmeli ve bu beyan kolluk tarafından tutanağa bağlanmalı, söz konusu tutanak teşhiste bulunacak kişi tarafından imzalanmalıdır. Teşhiste bulunacak kişinin faili tarif eden bu yönde beyanının alınması ve tutanağa bağlanması, teşhise tâbi tutulacak diğer kişilerin seçilmesi bakımından önem taşır. Zira aşağıda da açıklayacağımız üzere, teşhise tâbi tutulacak diğer kişilerin seçimi yapılırken bu beyanlara itibar edilmesi ve bu beyanlara uyan kişilerin seçilmesi gerekir.²¹ Bu sayede teşhiste bulunan kişinin ne derece sağlıklı bir teşhis yaptığı denetlenebilecektir.²²

Ayrıca suçun işlenmesinden sonra failin dış görünüşünde değişiklikler meydana gelmiş de olabilir. Örneğin fail suçu işledikten sonra sakalını kesmiş, saç modelini veya giyiniş tarzını değiştirmiş olabilir. Fail, suçtan sonra değişmiş haliyle teşhiste bulunana gösterilecek olursa sağlıklı ve güvenilir bir teşhis işlemi gerçekleştirilemeyebilir. Bu sebeple suçun işlendiği tarih ile teşhis tarihi itibarıyla failin dış görüntüsünde değişiklik söz konusu ise, failde suçun işlendiği tarihteki görünüşünü sağlamaya yönelik değişikliklerin yapılması da gerekebilir.²³ İşte hem failin dış görünüşünde yapılması muhtemel bu değişiklikler hem de teşhiste bulunana gösterilecek kişilerin seçilmesi bakımından bu beyanın önemi büyüktür. Zira teşhiste bulunanın faili tarif eden beyanları alınacak ve bu tarife uyan kişiler seçilecek ve gerekli olması halinde failde de bu yönde değişiklikler yapılacaktır. Doğru bir teşhisin gerçekleştirilmesi için teşhisten önce faili tarif eden beyanların alınması, bu sebepten ötürü büyük önem taşımaktadır. Ancak teşhiste bulunanın faili tarif eden beyanı alınırken kolluk tarafından da yönlendirici soru ve söylemlerde bulunulmaması gerekir. Örneğin *“kısa boylu*

²¹ Odenthal, Gegenüberstellung, s. 36; Köhnken, Günter, “Gegenüberstellungen-Fehlerquellen bei der Identifizierung durch Augenzeugen”, Kriminalistik, 47. Jg., 1993, s. 231.

²² Centel/Zafer, s. 314.

²³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2008, s. 704, dnpn. 60.

muydu?" veya "sakalı olabilir mi?" gibi şüpheliyi tarif eden yönlendirici mahiyette soruların sorulmaması gerekir. Kolluğun burada görevi, teşhiste bulunanın anlatımlarına hiçbir müdahalede bulunmaksızın ve tamamen özgür iradesine bağlı olarak fail hakkında mümkün olduğu ölçüde detaylı bilgiyi edinmektir.²⁴

2. Birden Çok Teşhise Tâbi Tutulmanın Bulunması

a. Sayı Bakımından

PVSK Ek m. 6/12'de açıkça gösterildiği üzere teşhis işlemi, sadece gözaltına alınan şüpheli ve teşhiste bulunan arasında gerçekleşmez. Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birden ziyade olması gerekir. Başka bir ifade ile Cumhuriyet savcısı tarafından hakkında teşhis talimatı verilen ve hâlihazırda gözaltında bulunan şüpheli, yanında başkası ya da başkaları da bulundurulmak suretiyle teşhis işlemine tâbi tutulur. Yani teşhise tâbi olanlar birden çok olmalıdır. Ancak kanunda teşhise tâbi tutulması gereken kişi sayısına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Acaba şüpheli ile birlikte toplam kaç kişi teşhise tâbi tutulmalıdır? Bu konu Alman öğretisinde de tartışılmış ve hatta konu üzerine bazı istatistikler de çıkarılmıştır. Yapılan araştırmalar göstermiştir ki, teşhise tâbi tutulmaların sayısı azaldıkça, yanlış ve hatalı teşhis işlemlerinin de

²⁴ Eisenberg, Ulrich, "Visuelle und auditive Gegenüberstellung im Strafverfahren", Kriminallistik, 49. Jg., 1995, s. 460; Putzke/Scheinfeld, s. 57; Mertn/Schwarz/Walser, s. 421; Warnecke, s. 728 vd.; Demirbaş, s. 147; Güneş, İsmail, "Eşkal Tanımlaması ve Suçun Aydınlatılması", CHD, Y. 2, S. 1, Nisan 2007, s. 185; Tekin/Özaşçıllar/Ziyalar, s. 51. Özellikle çocukların teşhiste bulunan sıfatına sahip olduğu hallerde kollukça yapılacak bu yönde müdahaleler çok daha tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Zira çocuklarda tanıma, hatırlama ve ayırt etme yeteneği çok daha az gelişmiştir. Çocuğun faili tarif eden ifadesi tutanağa bağlanırken kolluk tarafından yönlendirici açıklamalarda bulunulması, failin dış görünüşü ile ilgili yönlendirici soru sorulması veya hatırlatma çabasına girilmesi daha sonra yapılacak teşhis işleminin hatalı sonuç vermesine sebep olabilir. Bkz. Odenthal, Gegenüberstellung, s. 37; Schenk, s. 84-85. Teşhis işlemi öncesinde teşhiste bulunanın şüpheliyi, örneğin emniyetin koridorlarında gezerken -hele ki kelepçeli bir şekilde-, görmesi yapılacak teşhisin güvenilirliğini yitirmesine sebep olabilir. Bkz. Schweling, D., "Das Wiedererkennen des Täters- Beweiswert und Revisibilität", MDR, 23. Jg., H.3/1969, s. 177. Ayrıca teşhis işlemi öncesinde şüphelinin fotoğraflarının basında yayınlanmasının ve teşhiste bulunan tarafından bu fotoğrafların teşhis işleminden önce görülmesinin de hatalı teşhise sebebiyet verebileceğine işaret edilmektedir. Bkz. Eisenberg, s. 460; Wiczorek, s. 126; Köhnken, s. 231; Odenthal, NSTz, s. 436.

oranı artmaktadır.²⁵ Başka bir deyişle, teşhise tâbi tutulanların sayısı ile teşhis işleminin güvenilirliği arasında doğru orantı bulunmaktadır.

Bu çerçevede bazı yazarlar, teşhis işleminde yapılacak hata oranının %5'lere indirilebilmesi amacıyla yirmi kişinin teşhise tâbi tutulması gerektiğini dahi ifade etmiş ve savunmuşlardır.²⁶ Ancak bu fikrin uygulamaya geçirilebilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira dış görünüş anlamında birbirine benzeyen yirmi kişinin aynı anda bir araya getirilmesi pratik olarak mümkün olmaz.²⁷ O halde, teşhis işlemlerinin güvenilirliğini arttırmak amacıyla teşhise tâbi tutulanların sayısını arttırmak, maddeyi uygulanamaz hale getirecektir.

Buna karşın şüpheli de dâhil olmak üzere iki kişinin teşhise tâbi tutulması da doğru değildir. Öğretide genel olarak, altı ila sekiz kişinin teşhise tâbi tutulması kabul edilmektedir.²⁸ Bizce bu sayının kanun ile belirlenmesi gerekir, aksi takdirde farklı birimlerde farklı yönde uygulamalar söz konusu olacak ve yeknesaklık yine sağlanamayacaktır.²⁹

b. Dış Görünüşe İlişkin Özellikler Bakımından

Teşhiste bulunanın teşhis öncesi faili tarif eden beyanları doğrultusunda, bazı kişiler teşhis işlemi için seçilir. Bu kişilerin cinsiyet, yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi dış görünüşe yönelik olarak benzer özellikler göstermesi gerekir. Örneğin teşhiste bulunan, önceki beyanında failin "yaklaşık 1.80 cm uzunluğunda, kısa siyah saçlı, esmer ve yapılı bir erkek" olduğunu açıklamışsa, teşhise tâbi tutulacakların da bu tarife uyması gerekir. Teşhise tâbi tutulacaklar arasında kadın olamaz. Yine 1.60 cm boylarında, sarışın veya çelimsiz biri teşhise tâbi tutulanlar arasına

²⁵ Odenthal, Gegenüberstellung, s. 43; Köhnken, s. 233; Schenk, s. 28-29. Tekli teşhisin de bazı durumlarda uygulanması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Artkämper, Heiko, "Sofortfahndung und Wiedererkennen", Kriminalistik, 51. Jg., 1997, s. 505 vd.

²⁶ Köhnken, s. 233.

²⁷ Odenthal, Gegenüberstellung, s. 44.

²⁸ Schweling, s. 177, dpn. 4; Eisenberg, s. 463; Wiczorek, s. 125; Gniech/Stadler, s. 566; Mertn/Schwarz/Walser, s. 426. Bu yönde ileri sürülen sayılar için ayrıca bkz. Odenthal, Gegenüberstellung, s. 44; Schenk, s. 273.

²⁹ İngiliz hukukunda seçimlik teşhisin düzenlendiği PACE Code of Practice Annex Ac8'de şüpheliyle birlikte teşhise tâbi tutulanların toplam sayısının "sekiz" olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir.

alınmaz. O halde, teşhise tâbi tutulanların aynı cins, yaklaşık olarak aynı boy ve aynı yaşlarda olmaları gerekir. Başka bir deyişle, kadınla erkek, zayıfla şişman, yaşlı ile genç, kısa ile uzun aynı teşhise tâbi tutulamazlar.

Burada failin önceki beyanlarının objektif veya sübjektif nitelikli oluşundan ötürü bazı sorunlarla karşılaşılabilir. Teşhiste bulunanın faili tarif eden önceki beyanlarında “uzun boylu”, “kısa saçlı”, “yeşil gözlü” gibi objektif tariflerin olması halinde bu tarife uyan kişilerin teşhise tâbi tutulması konusunda büyük bir sorun yaşanmayacaktır. Buna karşın teşhiste bulunanın faili tarif eden önceki beyanlarında “yakışıklı”, “şık”, “güzel gözlü” gibi sübjektif tariflerin bulunması halinde, bu sübjektif tariflere uyan kişilerin seçimi çok daha sorunlu olacaktır. Zira bu beyanlar kişiden kişiye göre değişebilir. Kime göre güzel, kime göre şık sorusu gündeme gelir. Bu sebeplerle, teşhiste bulunanın faili tarif eden beyanı alınırken sübjektif tariflerden ziyade mümkün olduğunca objektif bir tarife ulaşılmaya çalışılmalıdır³⁰. Sadece sübjektif tariflere dayanarak bir seçim yapmak zor olduğu gibi, bu tariflere göre seçilecek kişilerin olduğu bir teşhis işlemi sonucu elde edilecek delillerin de güvenilirliğinden bahsedilemeyecektir.

Öte yandan, giyiniş tarzı olarak birbirine tamamen ters olan kişiler de aynı teşhis işleminde teşhise tâbi tutulamazlar. Keza kanunda da açıkça teşhise tâbi tutulanları giyiniş tarzı gibi dış görünüme ilişkin konularda da benzerlik taşıması gerektiğinden bahsedilmiştir (Ek m.6/12). Bu sebeple, eğer gerekli ise, şüphelinin giyimi ile ilgili bazı değişikliklerin yapılması da söz konusu olabilir. Örneğin teşhiste bulunan, faili tarif eden önceki beyanında failin üzerindeki bir kıyafetten bahsetmiş olabilir. Fail, bu kıyafetiyle teşhiste bulunacak kişinin aklında kalmış olabilir. Kısacası bu kıyafet teşhiste bulunanın zihninde faille ilişkin adeta “kimliksel bir unsur” olarak yerleşmiş olabilir.³¹ Bu gibi

³⁰ Odenthal, Gegenüberstellung, s. 40. Schenk, s. 39. Teşhise tâbi tutulanların seçimi sırasında objektif tariflerin yanı sıra bu yöndeki sübjektif tariflere de uyulması gerektiği yönünde görüş için bkz. Köhnken, s. 235.

³¹ Hatırlanmalıdır ki, 19.1.2007 tarihinde işlenen Hrant Dink cinayetinin faili akıllarda “beyaz bereli” olarak kalmıştır. Çünkü fail güvenlik kameralarına beyaz bereli olarak yansımış, yüzünden ve fiziksel özelliklerinden ziyade beyaz beresi akıllarda kalmıştır. Ayrıca YCGK’nın 30.5.1994 gün ve E.1994/6-134, K.1994/157 sayılı kararında da şikâyetçinin şüpheliyi montu sebebiyle tanıdığına dikkat çekilmiştir. Yine benzer konuya ilişkin Yarg. 6. CD’nin 28.5.2008 gün ve E.2008/810, K.2008/11766 sayılı karar için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

durumlarda, teşhis işlemi için şüpheliye bu kıyafet giydirilebilir. Ancak unutmamak gerek ki, teşhis işlemine tâbi tutulan diğer kişilerin de mutlaka aynı şekilde giydirilmesi gerekmektedir.³²

Bazı hallerde şüpheli üzerinde dış görünüşe ilişkin olarak birtakım değişikliklerin yapılması gerekebilir.³³ Özellikle suç tarihinin üzerinden bir süre geçtikten sonra şüphelinin dış görünüşünde değişiklikler meydana gelmiş olabilir veya şüpheli iradi olarak bizzat dış görünüşünü değiştirmiş olabilir. Böyle bir durumda teşhiste bulunan faili tarif eden önceki beyanları çerçevesinde şüphelinin suç tarihindeki dış görünüşüne benzetilmesi mümkün müdür? Belirtmek gerekir ki, PVSK Ek m. 6/12, teşhis için gerekli olması halinde şüphelinin dış görünüşü ile ilgili gerekli değişikliklerin yapılabileceğini belirtmiştir. Acaba teşhis için şüphelinin dış görünüşüne ilişkin her türlü değişikliğin şüphelinin rızası hilafına yapılması mümkün müdür? Örneğin teşhiste bulunan önceki beyanında, failin kısa saçlı olduğunu söylemişse şüphelinin saçı kesilecek midir? Belirtmek gerekir ki, bu tip müdahaleler vücut bütünlüğüne yapılan müdahalelerdir.³⁴ Bizce, vü-

³² Odenthal, Gegenüberstellung, s. 42-43. Köhnken, eserinde bu yönde yapılan bir araştırmaya değinmiştir. Hırsızlık suçuna tanık olan 392 denek üzerinde gerçekleştirilen bu araştırma uyarınca, teşhise tâbi tutulana sadece şüpheliye suç sırasındaki kıyafet giydirilmiş ve teşhise tâbi tutulan diğer kişiler farklı kıyafetler giymiştir. Bu şartlarda yapılan teşhislerde hata oranı %38 olmuştur. Daha sonra şüpheli de dâhil olmak üzere teşhise tâbi tutulanların tümü farklı kıyafetler giymiş ve teşhis işlemi yapılmıştır. Neticede %21 oranında hatalı teşhis gerçekleşmiştir. Son olarak şüpheli de dâhil olmak üzere teşhise tâbi tutulanların hepsi, şüphelinin suçu işlerken giydiği kıyafete benzer şekilde giyinmişlerdir. Bu şekilde yapılan teşhis ise %10 oranında hatalı olarak gerçekleşmiştir. O halde, teşhiste hata oranının indirgenebilmesi için, teşhise tâbi tutulanları hepsinin benzer şekilde giyimesi gerekir. Bkz. Köhnken, s. 236.

³³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2008, s. 704. Ancak bir görüşe göre, şüphelinin dış görünüşünün olay günündeki dış görüntüsüne uygun hale getirmesi amacıyla yapılan bu yöndeki değişiklikler artık teşhis işlemine hizmet etmekten çıkmakta ve daha ziyade şüphelinin eşkâl tanımına uygun hale getirilmesi halini almaktadır. Bkz. Odenthal, Gegenüberstellung, s. 42.

³⁴ Vücut bütünlüğüne yapılan bu tür müdahaleler ile CMK m.75 ve devamında düzenlenen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını birbirinden ayırmak gerekir. Zira beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, bu muayene veya örnek alma sonucu elde edilen kişisel verilerin şüpheli veya sanığa ait olup olmadığının bilimsel metotlarla belirlenmesi amacını taşır. Oysa şüphelinin dış görünüşünde değişiklik yapılması münhasıran teşhise hazırlık için yapılır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnci, Zekiye Özen, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alın-

cut bütünlüğüne yapılan bu yönde müdahalelerin kolluğun takdirine bırakılması doğru değildir. Teşhise hazırlık için şüphelinin vücuduna müdahale edilmek suretiyle dış görünüşünde değişiklik yapılmasının hâkim kararına bağlanması ve ağır bazı suçlar için ve teşhisin başka türlü gerçekleştirilemeyecek olması halleriyle sınırlı olarak uygulanması gerekir.³⁵ Öte yandan dış görünüşte yapılacak değişikliklerin belirli bir noktada sınırlandırılması da icap eder. Bu da şüphesiz ki “ölçülülük ilkesi”dir. Aksi takdirde vücuda yönelik yapılacak her türlü müdahaleye imkân tanınmış olur ki bu, insan hakları bakımından ağır ihlallerle sonuçlanabilir. İşte teşhis işlemleri bu noktada hukuki nitelik bakımından koruma tedbirlerine yaklaşır.

Ayrı bir tartışma konusu da, şüphelinin yanında teşhise tâbi tutulan diğer kişilerin kim olması gerektiğidir. Uygulamada genellikle polis memurlarının teşhise tâbi tutulan diğer kişiler arasına alındığı bilinmektedir.³⁶ Acaba seçimlik kişiler olarak polis memurlarının teşhise tâbi tutulanlar arasında yer alması sorun teşkil eder mi? Öğretide polis memurlarının teşhise tâbi tutulan seçimlik kişiler olmasının sakıncalı olduğu ifade edilmektedir. Zira polis memurları gerek mimikleri gerekse vücut dili anlamında dışa yansıyan hal ve tavırları ile farklılık taşıyabilmekte, dikkat çekici olabilmektedir. Örneğin polis memurları çok daha kendine güvenen bir hal ve duruş içerisindeyken, şüpheli heyecanlı ve tedirgin bir görünüm taşıyabilecek ve hatta zaman zaman yüzü dahi kızarabilecektir. İşte şüpheli ve polis memurları arasındaki bu gibi dışa yansıyan farklılıklar teşhiste bulunan taraftan fark edildiği takdirde onun şüpheliyi ayırt ettiğini sanmasına ve psikolojik olarak suçun faili olduğunu düşünmesine sebebiyet verebilecektir.³⁷

ması”, *İzBD*, Y. 72, S. 1, Ocak 2007, s. 131 vd.; Kızılarıslan, Hakan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma*, Ankara 2007.

³⁵ Odenthal, *Gegenüberstellung*, s. 97. Dış görünüşün değiştirilmesi amacıyla yapılan vücuda yönelik müdahalelerin kişilik haklarına müdahale olduğuna ilişkin görüş için bkz. Grünwald, Gerald, “Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung”, *JZ*, 1981, s. 427 vd.

³⁶ Almanya’da bulunan Villingen-Schwenningen Polis Meslek Yüksek Okulu tarafından 6346 ayrı olay üzerinde yapılan incelemeler sonucunda bu olayların %54’ünde, yani yarısından çoğunda, teşhis işlemine tâbi tutulanların polis memurları arasından seçildiği belirlenmiştir. Bkz. Odenthal, *Gegenüberstellung*, s. 44. Ayrıca bkz. Gniech/Stadler, s. 566; Mertn/Schwarz/Walser, s. 426.

³⁷ Odenthal, *Gegenüberstellung*, s. 40 vd.; Schenk, s. 47; Wiczorek, s. 124; Gniech/

Peki, teşhise tâbi tutulacak kişiler nereden bulunacak, nasıl temin edilecektir? Bu durum bizce, uygulamada teşhise ilişkin en büyük problemlerden biridir. Öğretide bu konuya ilişkin bazı önerileri sürülmüştür. Örneğin, şüphelinin etnik bir gruba ait olması halinde, teşhise tâbi tutulacak kişilerin göçmen bürolarından temin edilebileceği, yine şüphelinin genç olması halinde üniversitelerden veya yerine göre iş bulma kurumlarından teşhise tâbi tutulacak diğer kişilerin temin edilebileceği ya da gönüllülük esası çerçevesinde vatandaşlar arasından bu kişilerin seçilebileceği ifade edilmektedir.³⁸ Ancak bu yönde önerilerin, sorunun çözümünde kalıcı ve kesin bir çözüm sağlayabilecek nitelikte olmadığı ortadadır. Ayrıca İngiliz hukukunda şüpheli müdafinin, teşhise tâbi tutulacak diğer kişileri bulma ve temin etme şeklinde bir hakkının olduğundan da bahsedilmektedir.³⁹ Ancak hemen belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunun dâhil olduğu Anglo-Sakson hukuk sisteminde taraf yargılaması esastır. Buna göre davanın tarafları olan savcı ve müdafî delilleri kendileri toplar ve yargılama makamına sunarlar. Oysa ülkemiz Kara Avrupası hukuk sistemine dâhil olup, savcı yargılamada bir taraf sıfatına sahip değildir. Hal böyle olunca yukarıda bahsi geçen yönde bir uygulamanın bizim hukuk sistemimiz bakımından güçlüklerle karşılaşılacağını ifade etmek gerekir.

Özetle Ek m. 6/12'de düzenlenen, teşhise tâbi tutulanların birden fazla ve aynı cinsten olması; aralarında yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi dış görünüşe ilişkin hususlarda benzerlik bulunması gerektiği yönünde düzenleme sayesinde teşhiste bulunan, birbirine benzeyen farklı se-

Stadler, s. 566; Merten/Schwarz/Walser, s. 426. Öte yandan özellikle toplu olarak işlenen bazı suçlar söz konusu olduğunda, tüm şüphelilerin aynı teşhis işlemine teşhise tâbi tutulanlar arasına alındığı bilinmektedir. Teşhise tâbi tutulanların hepsinin şüphelilerden oluştuğu teşhis işlemlerinde hata oranı çok yüksek olacağından, bu şekilde icra edilen teşhis işlemleri sonucu elde edilen bilgilerin delil değeri olamaz. Bu yönde görüş için bkz. Köhnken, s. 234. Aksi yönde görüş için bkz. Mannigel, Klaus/Bodlée, Joachim, "Wiedererkennungstatistiken-Unübliche Wege bei der Gegenüberstellung", 39. Jg., 1985, s. 282-283; Merten/Schwarz/Walser, s. 425. Konuya ilişkin olarak İngiliz hukukunda aynı teşhis işlemine benzer dış görünüşe sahip olan en fazla iki şüphelinin katılabileceği, böyle bir durumda ise teşhis işlemine toplam sekiz değil, on iki kişinin tâbi tutulması gerektiği düzenlenmiştir. Bkz. PACE Annex Ac8.

³⁸ Schenk, s. 237.

³⁹ Bu yönde İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin "Gaynor Davası" hakkındaki kararı için bkz. Schenk, s. 268.

çenekler arasından olayın gerçek failini bulup çıkarmak zorunda kalır. Gerçekten de, olayın failini şişman ve kısa boylu olarak hatırlayan teşhiste bulunana tek bir şişman ve kısa boylu kişi gösterilirse teşhiste bulunan bu kişinin gördüğü kişiye çok benzediğini düşünerek tam emin olmasa da onu teşhis edebilir. Buna karşın teşhiste bulunana birden çok şişman ve kısa boylu kişi gösterildiğinde; teşhiste bulunan, gerçek faili tam ve net hatırlamıyorsa tereddüde düşer ve kesin bir teşhis işlemi yapamaz. İşte bu sayede teşhise tâbi tutulunun ayırt edilebilirliği sağlanmış ve teşhis işleminin güvenilirliği arttırılmış olur. Unutulmamalıdır ki teşhiste amaç, her ne pahasına olursa olsun bir suçlu yaratmak değil, ceza muhakemesinde ana gaye olan maddi gerçeğe ulaşmaktır.

3. Teşhiste Bulunan ve Teşhise Tâbi Tutuluların Birbirini Görmemesi

Teşhiste bulunan kişi ile teşhis işlemine tâbi tutulan şüpheli ve diğer kişilerin birbirini görmemesi gerekir (Ek m.6/13). Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, söz konusu düzenleme teşhis işlemiyle yüzleştirme işleminden ayıran başlıca özelliktir.

^{PVSK} Ek m.6/13’de belirtilen “birbirini görmeme” ifadesinin, teşhiste tâbi tutuluların teşhiste bulunana görmemesi olarak anlaşılması gerekir. Zira teşhiste bulunanın teşhis işlemi sırasında teşhise tâbi tutulana görmemesi düşünülemez. Burada kastedilen, tek taraflı bir görüşün sağlanmasıdır. Örneğin, teşhiste bulunan ile teşhise tâbi tutulular arasında tek taraflı görüş sağlayan bir cam bulunması gibi. Alman öğretisinde “*Venedik Aynası*” olarak adlandırılan bu cam sayesinde, teşhis işlemine tâbi tutulan tarafından bakıldığında teşhiste bulunan görünmemekte, sadece teşhiste bulunan tarafından görüş olanağı söz konusu olmaktadır.⁴⁰ Bu şekilde yapılacak teşhisin bazı durumlarda faydalı olacağını da ifade etmek gerekir. Örneğin, teşhiste bulunan mağdurun çocuk olduğu bir cinsel istismar suçunda, teşhiste bulunan mağdur ile teşhise tâbi tutulan şüphelinin yüz yüze getirilmesi çocu-

⁴⁰ Schweling, s. 178; Odenthal, Gegenüberstellung, s. 52; Grünwald, s. 423; Gniech/Stadler, s. 566; Merten/Schwarz/Walser, s. 424; Göder, Silke, Identifizierung von Tatverdächtigen durch Augenzeugen, 2002, s. 6, www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/6189.html (Erişim:09.02.2009).

ğun psikolojisi bakımından son derece sakıncalı sonuçlar doğurabilir.

Bizce, Ek m. 6/13'de yer alan "birbirini görmeme" ifadesinden aynı zamanda, tarafların teşhis işlemi öncesinde de karşılaştırılmaması gerektiği anlaşılmalıdır. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, teşhis işlemi öncesinde teşhiste bulunanın şüpheliyi emniyet koridorlarında, bileğinde kelepçe ile görmesi gibi uygulamada sıkça yaşanan durumlarda sağlıklı ve güvenilir bir teşhis işleminden bahsetmek mümkün olmaz. Teşhiste bulunan, şüpheliyi emniyet koridorlarında değil, suç sırasında sahip olduğu görgüye dayalı olarak teşhis etmelidir.

4. Teşhisin İcrası, Tekrarlanması ve Kayda Alınması

Teşhis genellikle, şüpheli ile birlikte teşhise tâbi tutulanların yan yana sıraya dizilmesi suretiyle gerçekleştirilir. Teşhise tâbi tutulanların her birine birer numara verilir (Ek m.6/12-3.cümle). Ancak teşhiste bulunanın çocuk olması halinde, numara yerine çocuğun anlayabileceği şekilde başka semboller verilmesi de mümkündür.⁴¹ Teşhiste bulunan, faili tanımuşsa numara veya sembolü belirtmek suretiyle teşhiste bulunur.

Yapılan teşhis işleminin mutlaka kayda alınması gerekir. Kayda alma, yazılı ve görsel olmak üzere iki yönlüdür. Yazılı kayda alma teşhis işleminin tutanağa bağlanması şeklinde gerçekleşir. Teşhise tâbi tutulanların, teşhiste bulunanın, ayrıca teşhise katılan polis memurlarının ve yine varsa şüpheli müdafininin kimlikleri, teşhisin gerçekleştirildiği yer ve zaman, teşhiste bulunanın teşhise tâbi tutulanlardan herhangi birini teşhis edip etmediği, şayet ettiyse kimi teşhis ettiği, bu kişinin hangi numara veya sembol ile teşhis işlemine katıldığı gibi hususlar açıkça yazılmalıdır. Ayrıca bazı durumlarda teşhiste bulunan kararından emin olmayabilir. Bu gibi hallerde "teşhis edildi" veya "teşhis edilmedi" gibi kesin ifadelerin kullanılması teşhiste bulunanın gerçek iradesini ortaya koymayacaktır. Bu sebeple, böyle bir durum söz konusu olduğunda "kesin olarak teşhis edilemedi" gibi ifadelerin de yazılı kayıta yer alması önerilmektedir.⁴² Görsel kayda alma ise, teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin, bu işlem sırasında birlikte fotoğrafları-

⁴¹ Wiczorek, s. 124; Odenthal, Gegenüberstellung, s. 46.

⁴² Odenthal, Gegenüberstellung, s. 46; Köhnken, s. 236; Schenk, s. 86.

nın çekilerek veya görüntülerinin kayda alınarak soruşturma dosyasına konmasıdır (Ek m. 6/15). Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, artık teşhis işlemlerinin icrasında teşhise tâbi tutulananların dış görünüşüne ilişkin özellikler büyük önem taşımaktadır. Teşhise tâbi tutulananlar aynı cinsten olacak ve yaş boy, ağırlık, dış görünüş itibarıyla birbirlerine benzeyeceklerdir. İşte icra edilen teşhis işlemlerinin ileride bu yönden denetiminin sağlanabilmesi bakımından teşhis işlemine tâbi tutulananların tümünün fotoğrafının çekilmesi veya video kaydı yapılarak görüntülerinin görsel anlamda kayıt altına alınması gerekir. Teşhis işlemi ardından tutulan yazılı ve görsel kayıtların mutlaka soruşturma dosyasına konulması gerekir. Bu şekilde gerçekleştirilen teşhis en az iki defa tekrarlanmalıdır (Ek m. 6/14).

Teşhis işlemleri ile şüpheli lehine veya aleyhine önemli deliller elde edilebilmekte ve bu işlemler sonucu düzenlenen tutanaklar mahkeme nezdinde önemli bir delil olarak kabul edilmektedir. Yargılama için böylesine önem taşıyan delillerin kanunda belirtilmiş olan kurallara ve usule uygun olarak elde edilmesinin denetlenebilmesi bakımından ve ileride olası hukuka aykırılıklarının ileri sürülebilmesinin de bertaraf edilmesi amacıyla teşhis işlemlerinin tutanağa bağlanmasında ve teşhise tâbi tutulananların görüntülerinin soruşturma dosyasına eklenmesinde büyük fayda bulunmaktadır.⁴³

D. Teşhiste Bulunmaya Zorlanamayacak Kişiler

PVSK'da bazı kişilerin teşhiste bulunmaya zorlanmayacağı ifade edilmektedir. Gerçekten de Ek m. 6/10 uyarınca, *"Tanıklıktan çekinebilecek olanlar, teşhiste bulunmaya zorlanamaz."* O halde, CMK m.45/1 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı olanlar, teşhis işleminde bulunmaya da zorlanamazlar. Buna göre, şüphelinin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ile arasında evlatlık bağı bulunan kişiler teşhiste bulunmaya zorlanamazlar. *"Zorlanamaz"* ifadesinin, bu kişilerin iradi olarak teşhiste bulunmalarına bir engel olunamayacağı şeklinde anlaşılması gerekir. Ancak yine de teşhisten önce bu kişilere çekinme hakları mutlaka hatırlatılmalıdır.

⁴³ Odenthal, NStZ, s. 434; Schenk, s. 73.

Belirtmek gerekir ki, CMK m.46'da bazı meslek grubuna tâbi kişilerin "meslekleri" ve "sürekli uğraşları" sebebiyle öğrendikleri birtakım bilgiler ile ilgili olarak tanıklıktan çekinme hakları düzenlenmiştir.⁴⁴

CMK m. 46'da belirtilen kişilerin de teşhis işleminden çekinme hakları mevcut mudur? Öncelikle ifade etmek gerekir ki, maddede belirtilen çekinme hakkı nispi bir özellik taşımaktadır. Buna göre, belirtilen kişilerin meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle herhangi bir bilgiye sahip olmaları halinde tanıklıktan çekinebilecekleri, ancak bunun dışındaki haller bakımından tanıklıktan çekinme hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir.⁴⁵ O halde teşhise konu suç, mesleki faaliyet veya sürekli uğraşı sebebiyle öğrenilmiş ise, teşhiste bulunanın tanıklıktan çekinme hakkının olduğu, başka bir deyişle teşhise zorlanamayacağı söylenebilir. Örneğin, tedavi ettiği hastasının sürekli olarak birini öldürmek istediğinden bahsetmesi ve daha sonra da öldürmesi üzerine psikiyatriste şüpheliyi teşhis etmesi konusunda zorlama yapılmamalıdır. Zira konu psikiyatristin mesleği gereği öğrendiği bir bilgi olduğu için burada CMK m.46 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı vardır. Buna karşın aynı psikiyatrist, şüpheliyi tedavi etmeksizin işlenen suça haricen tanık olmuşsa, şüphesiz ki burada CMK m.46 gereğince psikiyatristin tanıklıktan ve dolayısıyla teşhisten çekinme hakkı olduğundan bahsedilemeyecek, PVSK Ek m.6/10'da yer alan düzenleme böyle bir olayda söz konusu olmayacaktır.

E. Fotoğraf Teşhisi

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan "fotoğraf teşhisi", teşhiste bulu-

⁴⁴ CMK m.46/1: Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:

a) Avukatlar ve stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yükledikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.

b) Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.

c) Mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.

⁴⁵ Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2008, s. 670 vd.; Öztürk/Erdem, s. 398 vd.; Özbek, s. 176; Centel/Zafer, s. 245 vd.; Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2007, s. 431 vd.; Yurtcan, s. 274-275; Turhan, Faruk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 169 vd. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Feyzioğlu, s. 158 vd.

nan kişiye teşhise tâbi tutulan kişinin bizzat kendisinin değil, fotoğraflarının gösterilmesidir.⁴⁶ Fotoğraf teşhisine ilişkin olarak PVSK Ek m. 6/16'da düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, nasıl ki teşhis işlemi sadece şüphelinin gösterilmesi suretiyle yapılamıyorsa, fotoğraf teşhisi sırasında da tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları gösterilemez. Fotoğraf teşhisinde teşhiste bulunana, farklı kişilere ait birden çok fotoğraf gösterilir ve faile ait olanının teşhis edilmesi istenir. Gösterilecek olan fotoğraflardaki kişilerin birbirine benzeyen kişiler olması gerekir.⁴⁷ Ayrıca yine bu fotoğraflar, şüphelinin bir şekilde ayırt edilmesini sağlayacak işaret ve anlamlar da taşımamalıdır.⁴⁸ Zira bu teşhis işlemlerine ilişkin genel bir kuraldır. Başka bir ifade ile yukarıda da bahsettiğimiz gibi teşhiste bulunanın, farklı kişilere ait birbirine benzeyen ve birden çok fotoğraf arasında gerçek faili bulup çıkarılması istenerek teşhis işleminin güvenilirliği arttırılmış olur.

Kanunda fotoğraftan bahsedilmiş olmasına karşın, el ile çizilmiş resimden veya video filminden bahsedilmiş değildir. Ancak öğretilde, el ile çizilmiş resim veya video görüntüsünden teşhis yapılmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁴⁹

Seçimlik teşhisin şüpheli ve teşhise tâbi tutulan diğer kişilerin yer aldığı bir video filmi vasıtasıyla gerçekleştirilmesi anlamına gelen video teşhisi,⁵⁰ bazı durumlarda özel bir öneme ve avantaja sahip olabilir. Örneğin görgü tanığının fazla olduğu bir suç hakkında teşhis işleminin yapılması gerektiğinde, her bir görgü tanığının ayrı ayrı teşhiste bulunması, teşhis işleminin gerçekleştirilmesinde aksamaların doğma-

⁴⁶ Özellikle şüphelinin kaçak olduğu ve tanık sayısının fazla olduğu haller bakımından fotoğraf teşhisi daha büyük bir önem taşımaktadır. Bkz. Peters, s. 380; Odenthal, NStZ, s. 435. Buna karşın fotoğraf teşhisinin de şüphelinin bir anlık görüntüsüne dayanması, teşhiste bulunanın şüphelinin hareketlerini ve mimiklerini gözlemlememesi gibi dezavantajlar taşıdığına ilişkin görüş için bkz. Steinke, s. 505.

⁴⁷ Yenisey, Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş Delil", *CHD*, Y. 2, S. 4, Ağustos 2007, s. 25; Odenthal, NStZ, s. 435; Kühne, Hans Heiner, *Strafprozessrecht*, 7. Auflage, Heidelberg-München-Landsberg-Berlin 2007, s. 276-277.

⁴⁸ Wiczorek, s. 127; Köhnken, s. 236.

⁴⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 706; Wiczorek, s. 123; Odenthal, *Gegenüberstellung*, s. 62 vd.; Eisenberg, s. 458 vd.; Göring, Helmut, "Täteridentifizierung per Video-Gegenüberstellung", *Kriminalistik*, 39. Jg., 1985, s. 58 vd.; Merten/Schwarz/Walser, s. 421.

⁵⁰ Tanım için bkz. Schenk, s. 251.

sına sebebiyet verebilir. Böyle bir durumda, tüm teşhis işlemlerinin bir gün içinde bitirilmesi zorlaşır ve şüpheli ve teşhise tâbi tutulan kişiler günlerce bir arada bulundurmamak da mümkün olmayacağından teşhis işlemi gerçekleştirilemeyebilir. Öte yandan, özellikle teşhiste bulunanın suçun mağduru olduğu cinsel suçlarda, şüphelinin mağdur ile aynı ortamda bulunması ve karşı karşıya gelmesi mağdur bakımından travmatik bazı sonuçlar doğurabilir.⁵¹ Uygulamada bu yönde avantajları olan video teşhisinin, bizce fotoğraf teşhisinin düzenlendiği fıkra ya eklenmesi faydalı olacaktır.

III. TEŞHİS SONUCU ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Teşhis İşlemi Sırasında Müdafinin Konumu

Teşhis işlemleri sırasında şüpheli müdafinin de hazır bulunması gerekir mi? Ya da şüpheli müdafinin hazır bulunmadığı teşhis sonucu elde edilen delillerin hukuka uygun olduğundan ve hükme esas teşkil edeceğinden bahsedilebilir mi? Öncelikle belirtmek gerekir ki, PYSK Ek m. 6'da müdafinin konumuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Ancak teşhis işlemleri sırasında şüpheli müdafinin hazır olup olmaması gerektiği konusunda uygulamada soru işaretleri mevcuttur.

Öncelikle mevcut kanuni düzenlemeler çerçevesinde ifade etmek gerekir ki, teşhis işlemine müdafinin katılması engellenemez. Zira CMK m.149/1'e göre, "*Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafinin yardımından yararlanabilir.*" Yine CMK m.149/3 uyarınca, "*Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli ve sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez.*" O halde belirtmek gerekir ki, şüphelinin soruşturmanın ve kovuşturmanın her aşamasında müdafinin yardımından faydalanma hakkı mevcuttur. Dolayısıyla bir soruşturma işlemi olan teşhis sırasında da müdafinin katılımı engellenemez.⁵² Yine teşhis esnasında şüpheliye müdafiden yararlanma hakkı hatırlatılmalıdır.⁵³

⁵¹ Schenk, s. 251 vd.

⁵² Aynı yönde görüş için bkz. Schenk, s. 267 vd.

⁵³ Centel/Zafer, s. 314.

Buna karşın teşhis sırasında müdafinin katılımının zorunlu olup olmadığı konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır.

YCGK çok yakın tarihli bir kararında konuya değinmiş⁵⁴ ve teşhis işlemi sırasında müdafinin hazır bulunmasının zorunlu olmadığına karar vermiştir. Gerekçe olarak, PVSK Ek m. 6'da bu yönde bir zorunluluğa işaret edilmemesi, teşhis işleminin şüphelinin pasif katılımı ile yapılacak bir soruşturma işlemi olması, teşhis sırasında şüphelinin herhangi bir beyanın alınmaması, teşhiste aktif rol alan kişinin şüpheli değil, mağdur veya tanık olması gösterilmiştir. Aksi bir uygulamanın kabulü halinde ise, gözaltı giriş ve çıkış raporlarının alınması gibi soruşturma aşamasındaki bütün işlemlerde müdafinin hazır bulunmasının gerekebileceğine hatta başından sonuna kadar gözaltı süresince müdafinin, şüphelinin sürekli yanında bulundurulması gerekebileceğine işaret edilmiştir.

Ancak söz konusu karar oyçokluğu ile verilmiştir. Kararın karşı oy gerekçesinde ise, gerek ulusal hukukumuzda ve gerekse uluslararası hukukta savunma hakkına verilen önemden bahsedilmiş, teşhis işlemleri sırasında müdafinin konumuna ilişkin bir düzenlemeye PVSK Ek m. 6'da yer verilmemesinin büyük bir eksiklik olduğuna dikkat çekilmiştir. Bu boşluğun kıyas ve yorum yoluyla doldurulmasının gerektiği ifade edilmiştir. Teşhis işleminin yargılama bakımından önemi ve müdafinin hukuki yardımından yararlanmanın soruşturmayı zora sokacak ya da soruşturma mercilerinin çalışmasını zafiyete uğratacak hiçbir etkinliği bulunmaması sebebiyle teşhis işlemi sırasında müdafinin hazır bulunmasının zorunlu olduğu yönünde görüş bildirilmiştir.

⁵⁴ YCGK, 15.4.2008 gün ve E.2008/6-71, K.2008/85 sayılı kararına konu olayda, sanığın kollukta teşhis işlemine tâbi tutulduğu sırada şüpheli müdafinin hazır edilmemesi, müdafii tarafından temyiz sebebi yapılmıştır. Karar özel daire tarafından düzeltilerek onanmış bunun üzerine sanık müdafinin başvurusu üzerine Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından "...teşhis işlemi yapılırken şüpheliyi aydınlatma yükümlülüğü ile müdafii yardımından yararlandırma zorunluluğu ihlal edilmiştir. Suç şüphesi altına alınmalarından itibaren bütün şüphelilere müdafii yardımından yararlanma haklarının her işlemde hatırlatılması gerekir. Ayrıca dosyamızda sanıklara atılı suçun gerektirdiği ceza itibariyle istemeseler dahi müdafii görevlendirilmesi şarttır. Bu zorunluluk sanıkların şüpheli olarak yakalanmalarından itibaren başlamış olup, soruşturma evresinin bir işlemi olan teşhis için de ayrıca geçerlidir..." şeklinde görüş bildirilerek özel dairesinin kararına itiraz edilmiştir. Karar için bkz. YKD, C:34, S.11, Kasım 2008, s. 2248-2255.

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi teşhis, soruşturma evresinin en önemli işlemlerinden biri halini alabilmektedir. Örneğin, şüphelinin susma hakkını kullandığı bir soruşturmada, mağdur veya tanık tarafından şüphelinin kesin olarak teşhis edilmesi onun aleyhine ciddi bir delil doğurmakta ve uygulamada bazen sırf teşhise dayanılarak tutuklama yapıldığı, hatta mahkûmiyet kararı dahi verilebileceği bilinmektedir. Nitekim teşhis işlemi zaman zaman ifadeden daha büyük bir önem dahi taşıyabilmektedir. O halde, ifade alma bakımından gösterilen hassasiyetin teşhis için de gösterilmesi gerekir. Bu sebeple CMK m. 148/4'ün teşhis işlemleri bakımından da kıyasen uygulanması gerekir.

Öte yandan, bizce teşhis işlemi şüphelinin pasif olarak katıldığı bir soruşturma işlemi haline indirgemek doğru değildir. Zira teşhis sırasında şüphelinin ifadesinin alınmıyor olması, onun bu işlem sırasında pasif olduğu anlamına gelmez. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, teşhis işlemi için gerekli olması halinde şüphelinin dış görünüşünde değişiklik dahi yapılabilir. O halde, şüpheliye aktif olarak yapılan bir müdahale söz konusudur. Bu müdahaleler sırasında şüphelinin hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi ihtimali de mevcuttur. Şüphelinin hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi ihtimalinin olduğu bir ortamda müdafii hazır bulunmasında sayısız hukuki yarar bulunmaktadır.

Ayrıca teşhis, PVSK Ek m.6'da belirli şart ve usule bağlanmıştır. Artık gelişigüzel uygulamalarla teşhis işlemi yaptırılması mümkün değildir. Kanunda belirtilen usule uygun davranılmalıdır. Teşhis işlemi sırasında müdafii hazır olmasının bu usul işlemlerine uygunluğun denetlenebilmesi bakımından da büyük önem taşıdığına işaret etmek gerekir.⁵⁵ Gerçekten de şüpheli, teşhise ilişkin usulü bilmeyebilir ve bu konuda yapılacak hukuka aykırılıklara zamanında ve doğru olarak itiraz da edemeyebilir. Bu anlamda, hâkim, savcı gibi başka hiçbir hukukçunun bulunmadığı bir ortamda hukuka uygunluğun denetiminin yapılabilmesi bakımından en azından müdafii bulundurulması büyük önem taşımaktadır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, teşhis işlemi sırasında müdafii, teşhiste bulunana soru soracak veya herhangi bir aktif katkıda bulunacak değildir. Müdafii görevi olayı izlemektir. Diğer bir ifade ile

⁵⁵ Aynı yönde görüş için bkz. Schenk, s. 271.

müdafî burada “gözlemci” statüsüne sahip olacak, ancak herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu olduğunda bunu tutanağa geçirecektir.⁵⁶ Alman öğretisinde müdafîin bu konumu için “kanun bekçisi” ifadesi kullanılmıştır.⁵⁷ Gerçekten de, müdafîin buradaki yegâne görevi, kanunun esas ve usule uygun olarak uygulanmasını sağlamak ve hukuka aykırılık halini tutanağa geçirtmekten ibarettir.

Kısacası, teşhis işlemi sırasında müdafî zorunluluğuna ilişkin tartışmalara YCGK noktayı koymuş ve bu yönde bir zorunluluk bulunmadığı yönünde karar vermiştir. Ancak bize göre bu karar, yukarıda açıkladığımız gerekçelere de bağlı olarak yerinde değildir. Kararın oy çokluğu ile verilmiş olması ve öğretinin aksi yöndeki görüşü⁵⁸ de göz önünde bulundurulduğunda, ilerleyen zamanda Yargıtay’ın söz konusu içtihadını değiştirmesi gündeme gelebilir. Umarız ki öyle olur.

Kaldı ki, sorunun çözümünü içtihatlarla bırakmamak gerekir. Teşhis işleminde müdafîin konumuna ilişkin bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir. PYSK Ek m. 6’nın en önemli eksiklerinden biri de budur⁵⁹. Bizce teşhis işlemi sırasında müdafîin konumu, PYSK Ek m. 6’da düzenlenmelidir. Aksi takdirde önemli bir delil toplama yöntemi olan teşhis işlemi sırasında şüpheli yapayalnız kalmış olacak ve özellikle uygulamada hiç bir yeknesaklığı olmayan teşhis işlemlerinin usule aykırı yapılması sonucu hukuka aykırı olarak şüpheli aleyhine ciddi deliller ortaya çıkabilecektir.

B. Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Teşhis

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, teşhise ilişkin olarak yapılan işlemlerin hukuka uygunluğunu, 2.6.2007 tarihinden öncesi ve sonrası olarak ele almak gerekir. Zira 2.6.2007 tarih ve 5681 sayılı Kanun önce-

⁵⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2008, s. 705; Demirbaş, s. 148; Centel/Zafer, 314-315; Köhnken, s. 235.

⁵⁷ Odenthal, Gegenüberstellung, s. 91.

⁵⁸ Teşhis sırasında müdafîin zorunlu olması gerektiği yönünde görüş için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2008, s. 705; Demirbaş, s. 147-148. Eisenberg, teşhis sırasında müdafîin de hazır bulunmasını adil yargılanma hakkının bir gereği olarak ifade etmiştir. Bkz. Eisenberg, s. 462. Konuyla ilgili ayrıca bkz. Schenk, s. 273. Öte yandan İngiliz hukukunda müdafîin teşhis işlemine katılma hakkı açıkça düzenlenmiştir. Bkz. Pace Code of Practice D Annex A.

⁵⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2008, s. 705.

sinde, teşhise ilişkin olarak ulusal mevzuatımızda herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu sebeple, öğretime teşhisin baştan itibaren hukuka aykırı olduğu ileri sürülmekteydi.⁶⁰

Ancak teşhisin kanunda düzenlenmiş olmasının ardından, bu düzenlemelere uygun olarak gerçekleştirilen teşhis işlemleri sonucu elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılabilmesi ve hükme esas teşkil etmesi, işlemin belirtilen şartlara ve usule uyularak gerçekleştirilmesini gerektirir. Aksi takdirde hukuka aykırı elde edilmiş bir delil söz konusu olacak ve bu işlemler sonucu elde edilen deliller de CMK m. 217/2' de yer alan "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." ve Anayasa m. 38/6' da yer alan " Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez." hükümleri kapsamında yasak delil olarak değerlendirilerek ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

SONUÇ

Teşhis, öteden beri kollukta uygulanan bir araştırma ve delil elde etme faaliyetidir. Ancak 2.6.2007 öncesinde teşhisin hangi kurallar çerçevesinde ve hangi usule bağlı olarak yapılacağına ilişkin kanuni bir dayanak bulunmamaktaydı. Bu durum da uygulamada soru işaretlerinin yaşanmasına ve uygulama birliğinin sağlanamamasına yol açmaktaydı. Zira teşhisin uygulanma kural ve usulüne ilişkin uygulamacıya yol gösterecek bir metin yoktu. Nihayet teşhis, 2.6.2007 gün ve 5681 sayılı Kanun ile değiştirilen 2259 sayılı PYSK Ek m. 6/9 vd. ile düzenlenmiştir. Yeri geldiğinde şüpheli/sanık lehine veya aleyhine son derece önemli bir delil niteliği kazanabilen teşhise kanunilik kazandırılması yerinde olmuştur.

Söz konusu düzenlemelere ilişkin yapılması gereken öncelikli eleştiri, ceza muhakemesinin soruşturma evresine ait bir delil toplama işlemi olan teşhisin PYSK' da değil, ilgili kanun olan CMK' da düzenlenmesi gerektiğidir. Teşhis, gözaltı sürecinde gerçekleştirilen bir so-

⁶⁰ Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2006, s. 713 vd. Buna karşın Demirbaş, CMUK dönemindeki 156'ncı madde uyarınca savcının kolluğu araştırmayla görevlendirdiğine ve teşhisin de kanunla yasaklanmadığına dikkat çekmiş ve bu anlamda teşhisin yapılmasının hukuka aykırı olmadığını ifade etmiştir. Bkz. Demirbaş, s. 146. Ayrıca bkz. Centel/Zafer, s. 313 d.pn.259.

ruşturma işlemidir ve bu çerçevede CMK'da düzenlenmesi daha doğru olacaktır.

Mevcut düzenlemeler çerçevesinde hukukumuz bakımından seçimlik/örtülü teşhisin ve fotoğraf teşhisinin geçerli olduğunu söylemek gerekir. Teşhisin bu özelliklerinden bazı sonuçlar çıkarılabilir. Buna göre, hukukumuz bakımından şüphelinin tek başına teşhis işlemine tâbi tutulması söz konusu değildir. Bu şekilde yapılmış teşhis sonucu elde edilen deliller hukuka aykırı sayılacak ve CMK m. 217/2 uyarınca hükme esas alınamayacaktır. Seçimlik teşhisin bir gereği olarak şüpheli; cinsiyet, yaş, boy, kilo ve dış görünüşe ilişkin olarak kendisine benzeyen kişilerle birlikte teşhis işlemine tâbi tutulmalıdır. Ancak burada kaç kişinin olması gerektiği hususu açıklığa kavuşturulmuş değildir. Sayısal tartışmaların uygulamaya bırakılması doğru değildir. Aksi takdirde teşhis işlemine tâbi tutulananların sayısı iki de olabilir on iki de. Bu durum uygulama birliğini örseler. Bu sebeple, şüpheli ile birlikte teşhise tâbi tutulacak kişi sayısı hakkında açık bir düzenleme yapılmasında fayda bulunmaktadır.

Teşhiste bulunan, teşhis işlemine tâbi tutulacak diğer kişilerin seçiminin yapılabilmesi bakımından, teşhis işlemi öncesinde faili tarif etmelidir. Ancak bu faaliyet sırasında, özellikle teşhiste bulunana etkileyici ve yönlendirici mahiyette soru sorulmamalıdır.

Uygulamada teşhise tâbi diğer kişiler olarak genellikle polis memurları görevlendirilmektedir. Oysa bu durum sakıncalı sonuçlara yol açabilmektedir. Zira polis memurlarının kendilerine duydukları güven duygusu ve şüphelinin onların yanında yaşadığı sıkıntı hali, teşhiste bulunanın dikkatini çekecek yoğunluğa ulaşabilir. Böylece teşhiste bulunanın algıları bu farklılığı otomatik olarak seçerek, emin olmasa bile şüpheliyi teşhis etmesine sebep olabilir. Ancak teşhise tâbi tutulacak diğer kişilerin (alternatif kişilerin) ne şekilde temin edileceği uygulamada sıkıntı yaşatacak mahiyettedir.

Gerekmesi halinde teşhis işlemi öncesi şüphelinin dış görünüşünde değişiklik yapılabileceği kanunla düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile şüpheliyi suç tarihindeki görüntüsüne kavuşturmak suretiyle tanıma işlemine sağlık kazandırmak hedeflenmiştir. Ancak dış görünüşün değiştirilmesi hiçbir zaman vücuda müdahale boyutuna ulaşmamalıdır. İfade etmek gerekir ki, bu konu Alman öğretisinde oldukça tartışılmış ve bazı yazarlarca şüphelinin saçının veya sakalının kesilmesi gibi iş-

lemlerin vücuda müdahale teşkil edeceği ileri sürülmüştür. Bizce kanunun taşıdığı önemli eksikliklerden biri, bu konuyu yeterince aydınlatmamış olmasıdır. Bu nedenle dış görünüşte yapılacak değişikliklerin sınırının ne olması gerektiğinin açık bir biçimde belirtilmesi gerekir. Burada teşhisin hukuki nitelik itibariyle koruma tedbirlerine yaklaştığı düşünülmeli ve dolayısıyla CMK m.75 vd.'da düzenlenen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin temel ilkelerin burada da kıyasen aranması ve uygulanması gerekir.

Yine teşhis işlemi sırasında teşhise tâbi tutulan, teşhiste bulunanı görmemelidir. Ayrıca teşhis işlemi öncesinde de şüpheli, teşhiste bulunan tarafından görülmemelidir. Kısacası teşhiste bulunan, şüpheliyi emniyet koridorlarında edindiği değil, suç sırasında sahip olduğu görüşüye dayalı olarak teşhis etmelidir. Bu çerçevede, teşhis işlemi öncesinde teşhiste bulunan ile şüphelinin karşılaşmaması konusunda hassas davranılmalıdır.

Kanunumuz fotoğraf teşhisine de yer vermiştir. Ancak fotoğraf teşhisinin tek bir fotoğraf veya aynı kişinin farklı fotoğrafları üzerinden yapılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Fotoğraf teşhisi söz konusu olduğunda farklı kişilere ait birden ziyade fotoğraf gösterilmelidir. Öte yandan fotoğraf teşhisinin yanı sıra uygulamada sağlayacağı fayda ve kolaylıklar da göz önünde bulundurularak ayrıca video filmi üzerinden teşhis yaptırılması konusunda bir düzenlemeye de aynı fıkra da yer verilmelidir.

Bizce, teşhise ilişkin en büyük eksikliklerinden biri teşhis işlemi sırasında müdafinin konumuna ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiş olmasıdır. Böylesine ciddi bir usule bağlanan, ayrıntılı kuralları içeren, şüpheli haklarına müdahale riski taşıyan ve mahkemeler nezdinde yeri geldiğinde ciddi bir delil olarak kabul edilen teşhis işlemlerine müdafinin katılımının zorunlu olması gerekir. YCGK, konuya ilişkin olarak yakın tarihte verdiği bir kararında teşhis sırasında müdafinin katılımının zorunlu olmadığını belirtmiştir. Ancak oyçokluğu ile verilen bu kararın gerekçesinde abartılı endişeler taşındığını ve bu endişelere katılmadığımızı belirtmek isteriz. Bizce öğretilerde ve YCGK kararının karşı oy gerekçesinde belirtilen hususlara ve yine yukarıda yaptığımız ayrıntılı açıklamalara bağlı olarak, teşhis işlemi sırasında müdafinin de zorunlu olması gerekir. Umarız ki ilerleyen zamanda bu yöndeki kanuni eksiklikler giderilir.

KAYNAKLAR

- Artkämper, Heiko, "Sofortfahndung und Wiedererkennen", *Kriminalistik*, 51. Jg., 1997, s.505-506.
- Beulke, Werner, *Strafprozessrecht*, 9. Auflage, Heidelberg-München-Landberg-Berlin 2006.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 2008.
- Demirbaş, Timur, *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*, İzmir 1996.
- Eisenberg, Ulrich, "Visuelle und auditive Gegenüberstellung im Strafverfahren", *Kriminalistik*, 49.Jg., 1995, s.458-465.
- Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara 1996.
- Gniech, Gisela/Stadler, Michael, "Die Wahlgegenüberstellung- Methodische Probleme des kriminalistischen Wiedererkennungsexperiment", *StV*, H.11/1981, s.565-570.
- Göder, Silke, Identifizierung von Tatverdächtigen durch Augenzeugen, 2002. www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/6189.html (Erişim:09.02.2009).
- Görling, Helmut, "Täteridentifizierung per Video-Gegenüberstellung", *Kriminalistik*, 39.Jg., 1985, s.58-60.
- Grünwald, Gerald, "Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung", *JZ*, 1981, s.423-429.
- Güneş, İsmail, "Eşkül Tanımlaması ve Suçun Aydınlatılması", *CHD*, Y.2, S.1, Nisan 2007, s.181-196.
- İnci, Zekiye Özen, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *İzBD*, Y.72, S.1, Ocak 2007, s.131-172.
- Kızıllarlan, Hakan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma*, Ankara 2007.
- Köhnken, Günter, "Gegenüberstellungen-Fehlerquellen bei der Identifizierung durch Augenzeugen", *Kriminalistik*, 47. Jg., 1993, s.231-236.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Bası, İstanbul 2008. (2008)
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, İstanbul 2006. (2006)
- Kühne, Hans Heiner, *Strafprozessrecht*, 7. Auflage, Heidelberg-München-Landsberg-Berlin, 2007.
- Mannigel, Klaus/Bodlée, Joachim, "Wiedererkennungsstatisten- Unübliche Wege bei der Gegenüberstellung", 39.Jg., 1985, s.282-283.
- Mertn, Bernhard/Schwarz, Ulrich/Walser, Werner, "Wiedererkennungsverfahren-Bericht über eine Untersuchung der Gegenüberstellung",

- Kriminalistik*, 52.Jg., 1998, s.421-428.
- Nöldeke, Werner, "Zum Wiedererkennen des Tatverdächtigen bei Gegenüberstellung und Bildvorlage", *NStZ*, H.5, 1982, s.193-195.
- Odenthal, Hans Jörg, "Die Gegenüberstellung zum Zwecke des Wiedererkennens", *NStZ*, H.10/1985, s.433-438. (NStZ)
- Odenthal, Hans Jörg, *Die Gegenüberstellung im Strafverfahren*, Boorberg Verlag, 3. Auflage, Stuttgart-München,-Hannover-Berlin-Weimar 1999. (Gegenüberstellung)
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanunununun Anlamı*, Ankara 2005.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Bası Ankara 2008.
- Peters, Karl, *Strafprozess- Ein Lehrbuch*, Heidelberg 1985.
- Putzke, Holm/ Scheinfeld, Jörg, *Strafprozessrecht*, Baden-Baden 2005.
- Schenk, Angela, *Gegenüberstellung im Strafverfahren-Unter besonderer Berücksichtigung der psychologischen Forschung und des englischen Strafprozesses*, Hamburg 2002.
- Schweling, D., "Das Wiedererkennen des Täters- Beweiswert und Revisibilität", *MDR*, 23.Jg., H.3/1969, s.177-179.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2007.
- Steinke, Wolfgang, "Die Problematik der Wahlgegenüberstellung", *Kriminalistik*, H.11/1978, s.505-507.
- Şahin, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2007.
- Tekin, Serra/Özaşçılar, Mine/Ziyalar, Neylan, "Görgü Tanıklığının Güvenilirliği", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 2007, s.50-53.
- Turhan, Faruk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006.
- Warnecke, Volker, "Täteridentifizierung nach Sofortfahndungsmöglichkeiten und Grenzen der Wahlgegenüberstellung in praxisrelevanten Situationen", *Kriminalistik*, 51.Jg., 1997, s.727-731.
- Wieczorek, Eberhard, *Kriminalistik- Grundlagen der Verbrechensbekämpfung*, 6. Auflage, Stuttgart-München-Hannover 1984.
- Yenisey, Feridun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş Delil", *CHD*, Y.2, S.4, Ağustos 2007, s.5-60. (Delil)
- Yenisey, Feridun, *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, İstanbul 1987. (Hazırlık Soruşturması)
- Yokuş Sevik, Handan, "5271 Sayılı CMK'da Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözaltı", *HPD*, S: 3, Nisan 2005, s.63-70.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 2007.

SERMAYE PİYASASI KANUNU BAĞLAMINDA İDARİ YAPTIRIMLAR

Ahu KARAKURT*

GİRİŞ

Sermaye piyasalarının istikrar ve güven içinde çalışması, ekonomik kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacı açısından bir gerekliliktir. Bu gerekliliğin yerine getirilmesi ise bir yönüyle, sermaye piyasalarında faaliyette bulunan kişi ve kurumların sermaye piyasasının istikrar ve güvenilirliğine zarar verici davranışlarda bulunmaktan kaçınmalarının sağlanmasına bağlıdır. SPK'da yer alan idari yaptırımlar bu açıdan ciddi bir fonksiyon ifade etmektedir. Bir kolluk işlemi olarak nitelendirilmesi mümkün olan idari yaptırımlar kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması esasına dayanmaktadır. Bu bakış açısıyla konuya yaklaşıldığında SPK'da yer alan idari yaptırımların, girişim özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi birçok temel hak ile ilgili olduğu söylenebilir. İfade edilen durum SPK'da öngörülen idari yaptırımların amacıyla ne derecede uyumlu olduğu sorgulamasının yapılmasını gerektirmektedir. Bu ise öncelikle SPK'da öngörülen idari yaptırımlar nelerdir, kim tarafından hangi usulle verilir, idari yaptırım kararlarının hukuki niteliği nedir, bu karara karşı yargı denetimi için nereye gidilir gibi temel soruların cevabının ortaya konulmasına bağlıdır. İşte çalışmamızın konusunun SPK bağlamında idari yaptırımlar olarak belirlenmesinin nedeni sıralanan bu sorulara cevap arama gerekliliğidir. Çalışmada bu temel sorulara yanıt bulmak amacıyla öğretileri sürülen görüşler ve yargı kararlarının irdelenmesi hedeflenmektedir.

* Ar. Gör., Dokuz Eylül Üniversitesi İİBF Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri ABD.

Çalışma beş ana başlıktan oluşmaktadır. İlk başlık altında öncelikle genel olarak kolluk, özel bir idari kolluk olan sermaye piyasası kolluğu, kolluk işlemlerinden biri olan idari yaptırım kavramı, idari yaptırımlar ile diğer kolluk tedbirlerinin farkı kısaca ortaya konmaya çalışılacaktır. Devamında SPK'da öngörülen idari yaptırımlarla idari yaptırım niteliği taşımayan kolluk işlemleri ayırt edilmeye çalışılacaktır. İkinci başlık altında Sermaye Piyasası Kurulu'nun niteliği dikkate alınarak SPK'da öngörülen idari yaptırımların uygulanmasına ilişkin kararlarının yargı kararı mı yoksa idari işlem mi olduğu sorusu incelenecektir. Üçüncü başlık altında SPK'da öngörülen idari yaptırımların uygulanmasına ilişkin kararlar idari işlemin unsurları açısından değerlendirilecektir. Dördüncü başlık *ne bis in idem* ilkesinin SPK'da öngörülen idari yaptırımlar açısından uygulanıp uygulanmayacağı sorusu ile ilgilidir. Son başlık altında ise SPK'da öngörülen idari yaptırımlar kararlarının yargı denetimiyle görevli yargı yerinin belirlenmesine çalışılacaktır.

I. SERMAYE PİYASASI KOLLUĞU VE İDARİ YAPTIRIMLAR

A. Sermaye Piyasası Kolluğu

Kolluk teriminin iki anlamı bulunmaktadır.¹ İlki, kamu makamları tarafından kamu düzeninin sağlanması amacıyla kişi özgürlüklerine konulan sınırlamalardır.² Buna fonksiyonel anlamda kolluk da denilebilir.³ Kolluk teriminin ikinci anlamı ise kolluk personelidir. Buna organik anlamda kolluk da denmesi mümkündür.⁴

¹ "Kolluk" teriminin iki anlamı bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun, *İdare Hukuku*, İstanbul 2001, s. 740; Gözübüyük, A. Şeref /Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, C. 1, Ankara 2006, s. 711. Öğretide, Özay aksi kanaatte olup, polis ifadesinin işlevi, faaliyeti, faaliyeti yürüten örgütü ve personeli aynı anda kapsayan bir terim olduğunu savunmaktadır. Kolluk ifadesinin ise yine aynı kavramları anlatmak istese bile "örgütü", "işlevi", "etkinlikleri", "personeli" gibi tamlamalarla birlikte kullanılmasının gerektiğini, aksi takdirde cümlelerin anlamsız olacağını savunmaktadır. Özay İl Han, *Günüşişinde Yönetim*, İstanbul 2002, s. 489.

² Giritli/Bilgen/ Akgüner, s. 740.

³ Bardakçı, Mehmet Akif, "Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006, s. 4.

⁴ Bardakçı, s. 5.

Kolluk teriminin fonksiyonel anlamı esas alındığında kolluğun temel iki türü bulunduğu görülmektedir. Şöyle ki; hem ceza hem de idare hukuku kuralları aslında nihai olarak toplumsal yaşamın sürdürülebilirliği açısından varlığı şart olan kamu düzenini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda adli kolluk; suç niteliği taşıyan davranışları ve bu davranışlara karşı uygulanacak cezaları konu alan ceza hukuku kurallarının uygulanmasını temin etmek için yürütülen faaliyetleri anlatır. İdari kolluk ise kamu düzenini sağlamaya, korumaya ve bozulduğunda yeniden oluşturulmaya yönelik idare hukuku kurallarının uygulamaya geçirilmesi faaliyetini ifade eder.⁵

İdari kolluk öğretide ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre kamu düzeninin “güvenlik”, “sağlık”, “dirlik ve esenlik” gibi bütün unsurları yönünden bozulmasını önlemeye, bozulduğunda da geri getirmeye yönelik etkinliklere “genel idari kolluk” denmektedir.⁶ Güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik dışındaki konularda ya da bu konulara ilişkin olmakla birlikte, özel kanuni düzenlemelerle genel idari kolluğun dışındaki örgütlerce daha değişik usullerle yürütülen, kamu düzeninin teminine yönelik faaliyetlere ise “özel idari kolluk” adı verilmektedir.⁷ Genel idari kolluktan farklı olarak bazı konularda özel idari kollukların oluşturulmasının nedeni çevre, ekonomik düzen, doğal ve kültürel zenginlikler gibi konularda kendini hissettiren özel koruma ve farklı kolluk usullerinin kullanılma ihtiyacıdır.⁸

Özel idari kolluğun bir türünü “ekonomik idari kolluk” oluşturmaktadır.⁹ Ekonomik idari kolluğun temeli, jandarma devleti anlayışının terk edilmesi ile birlikte devletin ekonomik hayata müdahalesini

⁵ İdari ve adli kolluk kavramlarının tanımı ve aralarındaki farklar için bkz. Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982, s. 248- 253.; Giritli/Bilgen/ Akgüner, s. 741-742.; Gözübüyük/Tan, s. 711., 719-723; Özay, *Günüşiğında Yönetim*, s. 492-495; Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Anlara 2003, s. 263-264; Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, C. II, Bursa 2003, s. 424-434.

⁶ Özay, *Günüşiğında Yönetim*, s. 495.

⁷ Özel ve genel idari kolluk ayırımına ilişkin tanım ve açıklamalar için bkz. Duran, s. 250, 257-258; Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 743; Özay, *Günüşiğında Yönetim*, s. 502-505; Gözübüyük/Tan, s. 723-725; Günday, s. 265-266; Gözler, s. 437-446.

⁸ Gözler, s. 441-442.

⁹ Ekonomik idari kolluk için bkz. Kutlu Gürsel, Meltem, “İdari Yargının Görev Alanı ve Borsa Uyuşmazlıkları”, *2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, <http://www.danistay.gov.tr/>, (02.05.2009); Akgül, Aydın, *Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*, İstanbul 2008, s. 116-118.

haklı ve meşru gören fikrin kabulüne dayanmaktadır. Şöyle ki; bu fikre göre ekonomik hayatın sadece kişilerin tercihlerine, kar ve zarar hesaplarına bırakılması, bazı durumlarda ekonomiyi olumsuz etkilemekte, toplumsal dengeleri bozmakta, kimi zaman toplumsal çıkarlara ters düşen sonuçların meydana gelmesine neden olmaktadır. Sıralanan sonuçlar devletin varlığına yönelik tehlikelere sebebiyet verebileceğinden devletin ekonomik alanda da görevleri bulunmaktadır.¹⁰ Ortaya koymaya çalıştığımız bu anlayışın doğal uzantısı, ekonomik kamu düzeninin kamu düzeninin bir parçası olarak görülmesidir.¹¹ Ekonomik kamu düzenini sağlamaya, korumaya ve bozulduğunda yeniden oluşturulmaya yönelik kolluk faaliyeti, ekonomik idari kolluk olarak karışımıza çıkmaktadır.

Ekonomik kamu düzeninin sağlanması ve sürdürülmesi açısından gerekliliği kabul edilen idari kolluğun çeşitli alt türleri bulunmaktadır. Bunlardan birisi de sermaye piyasası kolluğudur.¹² Sermaye piyasası kolluğu, organik açıdan, bir bağımsız otorite olan Sermaye Piyasası Kurulu'nu anlatır. Fonksiyonel açıdan ise sermaye piyasası kolluğunu SPK'nın 1. maddesinden yola çıkarak tanımlamak mümkündür. Buna göre sermaye piyasası kolluğu; iktisadi kalkınmanın etkin bir şekilde sağlanması amacıyla güven, açıklık, kararlılık ilkeleri çerçevesinde işlenmesi gereken sermaye piyasası düzeninin devamlılığını temin etmeyi amaçlayan idari kolluk faaliyetidir.

B. Genel Olarak İdari Yaptırım Kavramı

İdari yaptırımlar, kolluk faaliyetleri sırasında kamu düzeninin sağlanması amacıyla başvuru idari işlemlerden biridir. İdari yaptırım kavramı, idari ihlal¹³ nedeniyle idarenin kanunların verdiği yet-

¹⁰ Ekonomik idare hukukuna özgü ilkelere müdahaleci yaklaşımdan kaynaklanan ilkeler için bkz. Kutlu Gürsel, Meltem, *İstanbul Menkul Kıymetler Borsası İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme*, Ankara 2003, s. 48.

¹¹ Türkiye'de ekonomik kamu düzeni kavramının ilk kez 4.11.1974 tarihli Türkiye Barolar Birliği'nce düzenlenen bir raporda kullanıldığına ilişkin bkz. Aşkun, İnal Cem, *"Türkiye'de Ekonomik Kamu Düzeni Kavramına Bağlı Örgütsel Yönetimin Atatürkçü Düşünce ve Kişilik Temelinde Konumuna İlişkin Bir İnceleme"*, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/45/784/10085.pdf, (12.04.2009), s. 423.

¹² Kutlu Gürsel, Meltem, "İdare Hukuku Bağlamında Bağımsız İdari Otoritelerin Sorumluluğu SPK ve BDDK Örneği", *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2, Nisan 2004, s. 19.

¹³ İdari ihlalin "idari emir ve yasağı bozan bir fiil" biçimindeki tanımı için bkz. Gölcük-

kiye dayanarak, araya yargı kararı girmeden, idare hukukuna özgü usullere göre doğrudan doğruya bir işlemle kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırması olarak tanımlanabilir.¹⁴

İdari yaptırım uygulama yetkisinin anayasal dayanağını Anayasa'nın 38. maddesi oluşturmaktadır.¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda bu tespit şu ifadelerle ortaya konulmuştur: "*Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan "idarenin kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı"na ilişkin kuralın gerekçesinde, fıkranın kişi hürriyetinin ağır tahdidini teşkil eden hapis cezalarının yalnız mahkemelerce hükmedilebileceği, yani bunun bir "idari müeyyide" olarak (mesela disiplin cezası) idare tarafından uygulanamayacağı esasını getirdiği belirtilmektedir. Bu durumda, idareye yasayla hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında para cezası, disiplin cezası ya da belli bir haktan geçici olarak yoksun kılma gibi yaptırımlar uygulama yetkisi verilmesine Anayasal engel bulunmamaktadır."*¹⁶

İdari yaptırımların ceza yaptırımlarından farkı;¹⁷ yaptırımın uygulanmasına karar verecek makam ile uygulanacak usul ve yaptırımın

lü, Feyyaz, "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı", *SBFD*, C. 18, S. 2, 1963, s. 118, 121. İdari ihlalin "*idarenin emir ve yasaklarını bozan ve idarece cezalandırılabilen eylem*" şeklindeki tanımı için bkz. Yüce, Turhan Tufan, *Ceza Hukuku Dersleri*, C. 1, İzmir 1982, s. 26.

¹⁴ İdari yaptırım kavramına ilişkin öğretilerde yapılan diğer tanımlar için bkz. Özay, İl Han, *İdari Yaptırımlar Kurumsal Bir Deneme*, İstanbul 1985, s. 35; Zanobini, Guido, *İdari Müeyyideler*, (Çev. H. Yılmaz Günel), Ankara 1964, s. 25; Nazaroğlu, Yavuz, "Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri", *Danıştay Dergisi*, Y. 4, S. 14-15, Ankara 1974, s. 102.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda idare tarafından idari yaptırım uygulanmasını, yargı yetkisinin kullanımı olarak görmemiş, şu gerekçe ile düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır: "... *yaptırma temel olan hukuka aykırı davranış, yalnızca kolluk işleri içinde, ve uygulanan yaptırım ise, idari nitelikte bulunduğundan, yasanın böyle bir yaptırımın idarece uygulanmasını öngörmüş olması, yargı yetkisinin kullanılmasında nitelendirilemez ve bundan ötürü, Anayasa'nın yargı yetkisine ilişkin maddesine aykırılık söz konusu olamaz...*". AMK, T.06.01.1970, E.1969/46, K.1970/2, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1970/K1970-02.HTM>, (12.05.2009)

¹⁶ AMK, T. 3.5.2004, E. 2000/43, K. 2004/60, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2004/K2004-60.html>, (12.05.2009)

¹⁷ Karşılaştırmalı hukukta konuya ilişkin ileri sürülen, niteliksel ve niceliksel ayrımı esas alan teoriler için bkz. Mahmutoğlu, Fatih Selami, "Suç- Kabahat Ayrımı- İdari Ceza Hukukunun Temelleri", *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 33-36.

ağırlığı bakımındandır. Şöyle ki; idari yaptırım kararı cezaların aksine mahkemeler tarafından değil, bizzat idare tarafından alınır.¹⁸ İdari yaptırım kararı idari usullere göre verilirken, ceza ancak soruşturma ve kovuşturma evrelerinin tamamlanmasıyla biten ceza muhakemesi neticesinde verilir. İdari yaptırımlar kural olarak Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan düzenleme sebebiyle kişi özgürlüğünü sınırlandıramaz. Bu temel farklar dışında idari yaptırımlar ve cezalar büyük ölçüde benzerlik taşımaktadırlar. Çünkü her iki yaptırım türünün nihai olarak ortak amacı, caydırıcılık ve önleyicilik işlevleri sayesinde kamu düzenini sağlamaktır.¹⁹

¹⁸ Ceza ile idari yaptırım arasındaki temel farkın kararı verecek makam açısından olduğu yönündeki görüş için bkz. Zanaobini, Guido, "İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi", (Çev. H. Yılmaz Günel), *SBFD*, C. 18, S. 3, 1963, s. 316, Mahmutoğlu, s. 42. Ceza yaptırımı ile idari yaptırım arasında amaç, usul, müeyyide türü, netice, hukuki nitelik açısından fark bulunduğuna ilişkin görüş için Çağlayan Ramazan, *İdari Yaptırım Hukuku*, Ankara 2006, s. 24-47. Ceza yaptırımı ile idari yaptırım arasında amaç, usul, müeyyide türü, hukuki nitelik açısından fark bulunduğuna ilişkin görüş için bkz. Ögürlü, Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara 2001, s. 42-76.

¹⁹ Öğretide ileri sürülen ve genel olarak kabul edilen görüşe göre idari yaptırımlar ile cezalar arasında amaç bakımından bazı farklar bulunmaktadır. Bunlar şöyle sıralanabilir: -Cezalar genel olarak toplum düzenini korumayı amaçlarken idari yaptırımlar kişilere idare karşındaki borç ve yükümlülüklerini yerine getirmeyi hatırlatmayı, idari düzeni sağlamayı hedeflerler. (bkz. Günday, s. 215-216), -Cezalarda kefaret, acı çektirme, ödetme amacı bulunmak iken, idari yaptırımlar acı çektirmekten çok idari ihlalin kamu yararında neden olduğu eksilmeyi gidermeyi amaçlar. (Ögürlü, s. 38), -Cezalar kişilerin yeniden sosyalleşmesini hedeflerken idari yaptırımlar kişilerin idare hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini ve yasaklara riayet etmesini hedeflerler. Cezanın asıl amacı ihlalden sonra eylemi yapan kişiyi cezalandırmakken, idari yaptırımın amacı idari ihlallerin önlenmesidir. -İdari yaptırımların çevreyi korumak, sosyal güvenlik sisteminin sağlıklı ve düzenli işlenmesini sağlamak gibi özel amaçları bulunabilir. (bkz. Çağlayan, s. 27-28), Biz kısaca aktarmaya çalıştığımız bu görüşe katılmıyoruz. Görüşümüzün gerekçeleri şöyle sıralanabilir: Sosyal düzenin bir alt kümesi olarak tanımlanmaya çalışılan idari düzenin sınırlarının tespiti kolay değildir. Kaldı ki pek çok sayıda suç tipi rüşvet, irtikap gibi doğrudan idare düzeniyle ilgilidir. Pek çok idari yaptırım gerektiren fiil de (örneğin, sarhoşluk, gürlütlü yapmak, kumar gibi kabahatler) genel sosyal düzen ile ilgilidir. Birçok suç tipi (örneğin vergi kaçakçılık, görevi ihmal suçu) bireyin idare karşındaki borç ve yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamayı hedefler. -Bugün cezaların öncelikli amacının acı çektirmek, kişiye yaptığı haksızlığı ödetmek olduğu söylenemez. Ceza hukukun amacı yeniden sosyalleşmeyi sağlamaktır. Kamu yararındaki eksilmenin giderilmeyeceği pek çok fiil için idari yaptırım (yayın yasağı, işyeri kapatmak gibi) uygulanmaktadır. Cezaların da önleme amacı vardır. Genel önleme amacı toplumdaki diğer bireylerin suç işleminin önlenmesini, özel önleme amacı fiili gerçekleştiren kişinin yeniden suç işleminin önlenmesini anlatır.

İdari yaptırım niteliği taşımayan bazı idari kolluk tedbirleri de bulunmaktadır. Bu tedbirlerin bir kısmı cezalandırma amacı olmayan, sadece ortaya çıkması yüksek bir tehlikeyi bertaraf etmek ya da tehlikeli durumlardan korunmak için alınan idari önlemlerdir.²⁰ Bazıları ise yalnızca özel hukuka ya da ceza hukukuna özgü yaptırımların uygulanmasını sağlamaya yönelik olarak mahkemelerden karar alınmasını temin için yapılan işlemlerdir. İdari yaptırım niteliği taşımayan kolluk tedbirleri ile idari yaptırımların birbirlerinden ayırt edilmesi, uygulanacak hukuk kurallarının tespiti açısından gerekli ve önemlidir.²¹ Ayrıca bu kolluk tedbirleri açısından idari yaptırımlar için geçerli olan güvencelerden kişilerin yararlanmasının mümkün olmaması, ayırımın önemini kuvvetlendirmektedir.

Yapılması gerekliliğine dikkat çekmek istediğimiz söz konusu ayırım açısından öğretide kullanılması önerilen kriter, işlemin cezalandırıcılık fonksiyonunun bulunup bulunmadığıdır.²² Ancak belirtmek gerekir ki; ifade edilen kriter idari yaptırım niteliği taşıyan kolluk işlemleri ile bu niteliğe sahip olmayan tedbirleri birbirinden ayırt etmekte her zaman yeterli olmamaktadır.²³ Ortaya koymaya çalıştığımız bu tespitin kanımızca iki temel nedeni bulunmaktadır: İlki; bazı tedbirler açısından cezalandırma ve tehlikeyi önleme amacının iç içe geçmesidir. İkincisi ise kanunda idari yaptırım olduğu açıkça belirtilmeyen bazı kolluk işlemlerinin, düzenlemelerde yer alan ifadeler nedeniyle hem cezalandırmak, hem de sadece tehlikeyi önlemek amacıyla kullanılmasının mümkün olmasıdır. Bu bağlamda yapılması gerekliliğine işaret ettiğimiz ayırım açısından ikinci bir kriterin kullanılmasının yararlı olacağı fikrini savunmaktayız. Şöyle ki; cezalandırılması

Cezalar ile bugün pek çok farklı özel amaçlar korunmaya çalışılmaktadır. Örneğin zeytin ağacının izinsiz kesilmesi hukukumuzda bir suçtur.

²⁰ Karabulut, Mustafa, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara 2008, s. 14-15, 26.

²¹ Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, s. 26.

²² Gözübüyük/Tan, s. 743-745; Gözler, s. 488; Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, s. 14.; Öğretide Ulusoy'a göre bir işlemin salt yükümlendirici idari işlem mi yoksa idari yaptırım mı olduğuna muhatap için yeterli hukuksal koruma testi yapılarak karar verilmelidir. Bu görüşe göre eğer yükümlülük doğuran idari işlem için olağan idari usul kurallarının ve ilkelerinin uygulanması yeterli hukuksal koruma sağlıyor ise o idari işlem idari yaptırım olarak kabul edilmemelidir. Ulusoy, Ali, "İdari Ceza Hukukunun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri", *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 48.

²³ Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, s. 15.

gereken fiil sadece kusurlu olandır. Kusur yoksa ceza hukukunda faile ceza verilemez. Bu kural idari yaptırımlar açısından da geçerlidir.²⁴ Çünkü idari yaptırımlar cezalandırmak suretiyle önleme ve caydırma- yı amaçlamaktadır. İfade edilen sebeple bir kolluk tedbirinin uygulan- ması, ilgili kişinin kusurlu olması şartına bağlı değilse söz konusu ted- birin idari yaptırım olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir.

C. Sermaye Piyasası Kanunu'nda Öngörülen İdari Yaptırımlarla, İdari Yaptırım Niteliği Taşımayan Kolluk Tedbirlerinin Ayırt Edilmesi

SPK'da sermaye piyasasında ekonomik kamu düzeninin sağlan- ması amacıyla Sermaye Piyasası Kurulu'na çeşitli yetkiler verilmiştir. Bu yetkilerin bir kısmı idari yaptırım uygulama yetkisi olarak nitelen- dirilebilir. Bir kısmı ise idari yaptırım niteliği taşımayan kolluk ted- birleridir. Kanun'da yer alan düzenlemeler incelendiğinde başlangıç- ta ortaya çıkan temel sonuç, kanunun sistematığı ve kullanılan ifade- ler nedeniyle idari yaptırım niteliğine sahip olan tedbirlerle olmayan tedbirleri ayırt etmenin son derece zor olduğudur. Bu durum eleştiri- lilmeye değerdir. Öğretide yapılan çalışmalarda SPK'da yer alan idari para cezası dışındaki idari yaptırımlar nelerdir sorusunun yeni yeni ele alındığı görülmektedir.²⁵ Uygulamada ise sorunun açık biçimde tartışılmaması dikkat çekicidir.

SPK'nın "*Denetim ve Cezai Sorumluluk*" başlıklı 4. bölümünde Ser- maye Piyasası Kurulu'nun kolluk faaliyeti kapsamında değerlendirile- bilecek olan bazı yetkilerinin yer aldığı görülmektedir. Bu başlık altın- da bulunan 47/A maddesinde düzenlenen idari para cezalarının idari yaptırım niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamakta- dır. Ancak Kanun'un 46, 46/A, 46/B ve 46/C maddelerindeki düzen- lemelerde Sermaye Piyasası Kurulu'na verilen yetkilerinin idari yaptırı- m uygulama yetkisi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği so- rusu tartışılabilir niteliktedir. Bu bağlamda ilk olarak belirtmek gerekir ki; söz konusu düzenlemelerde Sermaye Piyasası Kurulu'na iptal da-

²⁴ İdari yaptırımlar açısından da kusurun şart olduğuna ancak kural olarak kusur tü- rünün önemli olmadığına ilişkin bkz. Mahmutoğlu, s. 41; SPK kapsamındaki idari yaptırımların hepsi açısından kusur şart olmadığına ilişkin görüş için bkz. Yasin, Melikşah, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, Ankara 2002, s. 216-217.

²⁵ Bkz. Yasin, s. 211 -212; Akgül, s. 218-243.

vası açma, iflas, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verilmesini yargı organından talep etme yetkisi tanıyan hükümlerin, idari yaptırım uygulama yetkisi veren düzenlemeler olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.²⁶ Çünkü idari yaptırımının ayırt edici özelliği araya yargı kararı girmeden, idarece doğrudan doğruya bir işlemle uygulanmasıdır.

İdari yaptırımların temel özelliklerinden birisi olan cezalandırma özelliği dikkate alınarak SPK'nın 46. maddesinde yer verilen tedbirlerden aşağıda sıralananlarının idari yaptırım olduğunu söyleyebiliriz:²⁷

- Kurula kayıt yükümlülüğünün yerine getirilmeden yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almak,²⁸

- Mevzuat uyarınca açıklanması gerekirken açıklanmamış bilgileri ve mevzuata aykırılıkları, masrafı ilgili anonim ortaklık, kişi, kuruluş veya sermaye piyasası kurumlarından tahsil edilmek üzere kamuoyuna duyurmak,²⁹

²⁶ Öğretide Kütükçü bunların tedbir değil, özel hukuk ilişkilerine devletin müdahalesini öngören işlemler olduğunu ileri sürmekte ve düzenlemeyi eleştirmektedir. Bkz. Kütükçü Doğan, Sermaye Piyasası Hukuku, C.II, İstanbul 2005, s. 473-474. Öğretide Akgül yukarıda ifade edilen tedbirlerin önleyici idari yaptırım olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Akgül, s. 214, 126-127.

²⁷ SPK'nın 46. maddesinde yer alan diğer bazı tedbirin de idari yaptırım olduğu öğretide ifade edilmektedir. Şöyle ki; öğretide Yasin; SPK'nın 46. maddesinde bulunan "sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine aykırı faaliyetlerinin belirlenmesi halinde, aykırılıktan sorumluluğu tespit edilen kurum görevlilerinin, haklarında kovuşturmayaya geçildikten sonra yargılama sonuçlanıncaya kadar imza yetkilerinin sınırlandırılması veya kaldırılması" tedbirlerini idari yaptırımlar kapsamında değerlendirmektedir. (bkz. Yasin, s. 211.), Akgün ise SPK'nın 46. maddesinde bulunan "sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunduğu, yetki belgeleri iptal olduğu veya faaliyetleri geçici olarak durdurulduğu halde ticaret unvanlarında, ilan ve reklamlarında sermaye piyasasında faaliyette buldukları intibamı yaratacak kelime veya ibare kullandıklarının tespiti halinde sorumlular hakkında cezai kovuşturma yapılmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Kurul'un talebi üzerine en büyük mülki amirlerce işyerlerinin geçici olarak kapatılması, ilan ve reklamların durdurulması, kanuna aykırı belgeler ile ilan ve reklamların toplatılması" tedbirlerini önleyici idari yaptırım olarak nitelendirmektedir (Bkz. Akgül, s. 127-128).

²⁸ Yasin, s. 211.

²⁹ Öğretide Yasin gerekçesini ortaya koymamakla birlikte bu hususu Sermaye Piyasası Kurulu'nun uyguladığı idari yaptırımlar kapsamında değerlendirmemektedir. Bkz. Yasin, s. 211; Akgül ise bu hususu önleyici idari yaptırım olarak nitelendirmektedir. Bkz. Akgül, s. 124-125.

• Sermaye piyasası kurumlarının mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğunun tespiti halinde; kurum görevlilerinin imza yetkilerini sınırlandırmak veya kaldırmak; verilen uygun süre içinde; bu kurumlar tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması halinde veya mali durumlarının taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olduğunun tespiti halinde gerekli tedbirleri almak, herhangi bir süre vermeksizin kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmak veya sürekli olarak durdurarak yetkilerini kaldırmak,³⁰

• Sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine aykırı faaliyetlerinin tespit edilmesi halinde aykırılıkların giderilmemesi veya giderilemeyecek aykırılıkların tespit edilmesi durumunda, gerekli her türlü tedbiri almak ve bu kurumların faaliyetlerini geçici veya sürekli olarak durdurmak ve yetkilerini kaldırmak,³¹

• Kanun'un 47. maddesinin (A) bendi hükmünde sayılan fiillere doğrudan ya da dolaylı olarak iştirak ettikleri Kurul'ca tespit edilen gerçek veya tüzel kişilerin, borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapmalarının önlenmesini teminen gerekli tedbirleri almak.³²

II. SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN İDARİ YAPTIRIMLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

İdari yaptırım kararı maddi kritere göre yargısal faaliyet olarak düşünülebilirse de,³³ organik kriter dikkate alındığında idari işlem niteliğindedir.³⁴ Çünkü idari yaptırım kararları, idare tarafından, kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatıldığı faaliyet alanı çerçevesinde hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak yapılan irade açıklamalarının bir türüdür. İdari yaptırım kararlarının idari işlem türleri açısından yeri şöyle

³⁰ Belirtilen tedbirin idari yaptırım olduğuna ilişkin bkz. Akgül, s. 128-129.

³¹ Belirtilen tedbirin idari yaptırım olduğuna ilişkin bkz. Yasin, s. 211.

³² Belirtilen tedbirin önleyici idari yaptırım olduğuna ilişkin bkz. Akgül, s. 124, 128; belirtilen tedbirin idari yaptırım olduğuna ilişkin bkz. Yasin, s. 211.

³³ Gölcüklü, s. 130-131.

³⁴ Türk hukukunda bir işlemin idari işlem olup olmadığı konusunda yapılan değerlendirmede üstünlük tanınan ölçüt organik ölçüttür. Bir işlemin yargı işlemi mi yoksa idari işlem mi olduğu konusunda maddi ölçüt yalnızca ikincil ölçüt olarak kullanılmıştır. Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 803.

ortaya konulabilir: İdari yaptırım kararı icrai nitelikte ve tek taraflıdır. Belirli bir kişiyi hedef aldığından birel işlem niteliğindedir.

Aynı tespitler SPK'da öngörülen idari yaptırımlar için de geçerli midir sorusu tartışmaya değerdir. Aşağıda belirtileceği üzere bu kararları kural olarak vermeye yetkili olan makam Sermaye Piyasası Kurulu'dur. İncelemek istediğimiz konu açısından "*Sermaye Piyasası Kurulu'nun hukuki niteliği nedir, Sermaye Piyasası Kurulu bir yargı organı olarak değerlendirilebilir mi?*" soruları belirleyici olacaktır. Bu bağlamda öncelikle Sermaye Piyasası Kurulu'nun bir bağımsız idari otorite olduğunu belirtmemiz gerekir. Hukukumuzda Sermaye Piyasası Kurulu'nun bir bağımsız idari otorite olarak teşkil edilmesinin nedeni, sermaye piyasalarının siyasi nitelikteki müdahalelerden uzak tutulması gerekliliğidir. Sermaye Piyasası Kurulu'nun bir bağımsız idari otorite olarak kurulması ile sermaye piyasalarının güven ve istikrar içinde çalışabilmesi amaçlanmıştır. Öğretide ileri sürülen bir görüş, yargılama usullerini sadece mahkemelerin uygulamaması, idarenin de aynı usulleri kararlarında uygulayabildiği gerekçesiyle, bağımsız idari otoritelerin geniş anlamda mahkeme olduğunu belirtmektedir.³⁵ Aksi yöndeki görüş ise sadece bağımsız idari otoritelerin değil, örneğin disiplin soruşturması yapan idarenin de yargılama usulüne benzer yöntemler kullandığına dikkat çekmektedir. Bu bağlamda bağımsız idari otoritelerin yalnızca karar alırken kullandıkları usul sebebiyle mahkeme olarak kabul edilemeyeceğini haklı olarak belirtmektedir.³⁶ İfade edilen sonuç dikkate alındığında SPK'da öngörülen idari yaptırımların organik kritere göre idari işlem olduğu söylenebilir. Bu sebeple yukarıda idari yaptırımların hukuki niteliğine ilişkin açıklamalar SPK'da öngörülen idari yaptırımların açısından da geçerlidir.

³⁵ Başar K., *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı*, Roma 2005, s. 66'den aktaran Kutlu Gürsel, Meltem, "*Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi*", *İrfan Baştuğ Anısına Armağan*, DEÜHFD, C. 7, Özel Sayı, İzmir 2005, s. 525.

³⁶ Kutlu Gürsel, *Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi*, s. 525; Tekinsoy, M. Ayhan, "*Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı-Tartışmalar, Sorunlar*", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, S. 2, Bahar 2007, s. 122.

III. SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN İDARİ YAPTIRIMLARIN İDARİ İŞLEMİN UNSURLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda açıkladığımız üzere SPK'da öngörülen idari yaptırımların uygulanması yönünde alınan kararlar idari işlem niteliğindedir. Bu sebeple SPK'da düzenlenen idari yaptırımları, idari işlemin unsurları olan yetki, biçim, neden, konu ve amaç unsurlarına ayırarak incelemek mümkündür.

A. Yetki Unsuru

İdari yaptırımın yetki unsurunu; önceden yayınlanmış bir hukuk kuralına dayanmak şartıyla³⁷ işlemin idare adına irade açıklamasında bulunma yetkisi verilen kişi, kişiler ya da kurul tarafından kanunda belirtilen süre içinde³⁸ yapılması olarak izah etmek mümkündür. Yetki unsuru açısından yer verdiğimiz tanım dikkate alındığında söz konusu unsurun iki yönü bulunduğu görülmektedir. Bunlardan ilki kararı alma gücüne sahip olan makama, ikincisi ise süreye ilişkindir.³⁹ Aşağıda SPK'da öngörülen idari yaptırımlar açısından bu iki husus ayrı başlıklar altında incelenmeye çalışılacaktır:

1. Yetkili Makam

Kanun'un 46. ve 47/A maddesi incelendiğinde SPK'da öngörülen idari yaptırımların uygulanması yönünde karar alma yetkisinin esas olarak Sermaye Piyasası Kurulu'na verildiği görülmektedir. Ancak bununla birlikte ifade ettiğimiz kuralının istisnaları da bulunmaktadır.

İlk istisna; Kanun'un 47/A maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği'nce⁴⁰ alınan kararlara ya da birlik statüsüne uygun davranmaz-

³⁷ Özay, *İdari Yaptırım*, s. 127.

³⁸ Süreyi idari işlemin yetki unsuru içinde gören görüş için bkz. Duran, s. 405; Gözübüyük /Tan, s. 440-441; Günay, s. 127-128.

³⁹ Süre yönünden yetki bazı Danıştay kararlarında idari işlemin şekil unsuru kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. D. 10. D., T.25.09.1986, E.1986/1600, K.1986/1645, Oğurlu, s. 173.

⁴⁰ SPK'nın 40/B maddesine göre Türkiye'de sermaye piyasasında aracılık faaliyetinin-

larsa, SPK hükümleri çerçevesinde aracılık faaliyetinde bulunmaya yetkili olan kuruluşlar hakkında Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği Yönetim Kurulu'nca idari para cezası uygulanacaktır.

İkinci istisna, Kanun'un 47/A maddesi'nin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği'nce⁴¹ alınan kararlara veya birlik statüsüne uygun davranmazlarsa, gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı lisansına sahip olanlar hakkında Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Yönetim Kurulu'nca idari para cezası uygulanacaktır.

Son iki istisna ise Kabahatler Kanunu'nun 23. ve 24. maddelerinden kaynaklanmaktadır. Bu istisnaların açıklaması açısından SPK ile Kabahatler Kanunu arasındaki ilişkiyi kısaca belirtmek yararlı olacaktır. Kabahatler Kanunu'nun "Genel Kanun Niteliği" başlığını taşıyan 3. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi; Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırım kararlarına karşı kanun yollarına ilişkin hükümler dışındaki diğer genel hükümlerinin idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesini gerektiren tüm fiiller için uygulanacağını öngörmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleri, Kanun'un "Genel Hükümler" başlığını taşıyan birinci kısmının "Karar Verme Yetkisi ve Kanunyolları" başlıklı dördüncü bölümünde yer almaktadır. Bu sebeple Kabahatler Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleri, genel hüküm niteliğindedir. Söz konusu maddeler kanunyollarına ilişkin olmayıp sadece karar verme yetkisini düzenlemektedir. İfade edilen nedenden dolayı Kabahatler Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleri idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesini gerektiren tüm fiiller için uygulama alanı bulacaktır. SPK'da öngörülen idari yaptırımlardan sadece 47/A maddesinde yer alanları idari para cezası niteliğindedir. Bu sebeple SPK'da öngörülen idari yaptırımlardan yalnızca 47/A maddesi kapsamında bulunanları açısından Kabahatler Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleri uygulanmak zorundadır.

de bulunmaya yetkili kılınmış kuruluşların, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği'ne üye olması zorunludur. Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği tüzel kişiliğe haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur.

⁴¹ SPK'nın 40/D maddesine göre gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı lisansına sahip olanların tüzel kişiliğe haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği'ne üye olması zorunludur.

Kabahatler Kanunu'nun 23. maddesinin 2. ve 3. fıkrasında; *"Bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde Cumhuriyet savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir", "Soruşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı bu nedenle idarî yaptırım kararı verir. Ancak, bunun için ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idarî yaptırım kararı verilmemiş olması gerekir."* hükümleri yer almaktadır.⁴² Bu hükümler SPK açısından değerlendirildiğinde, yürüttüğü soruşturma kapsamında SPK'nın 47/A maddesine göre idari para cezası verilmesini gerektiren bir fiilin işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısı, zorunluluğu bulunmamakla birlikte idari para cezası kararını bizzat almamaya yetkilidir. Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesinde ise *"Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir."* hükmü yer almaktadır.⁴³ Bu sebeple mahkemeler, kovuşturma evresinde inceledikleri olayın aslında SPK'nın 47/A maddesi kapsamında idari para cezası verilmesini gerektirdiğini tespit ettiklerinde, Cumhuriyet savcılarının aksine bizzat idari para cezasının uygulan-

⁴² Düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürüldüyse de düzenleme Anayasa Mahkemesi'nce oy çokluğuyla hukuka uygun bulunmuştur. Kararın gerekçesi şöyledir: *"Cumhuriyet savcısının kabahat dolayısıyla idari yaptırım uygulamasının istisnai olduğu, hafif hapis ve hafif para cezasından dönüştürülenler dışında bu konuda asıl yetkinin idareye tanındığı görülmektedir. Cumhuriyet savcısına bu yetkinin tanınması nedeninin görevsizlik kararı verilerek işin uzatılması yerine süratle bitirilmesi olduğu anlaşıldığından, düzenlemelerin Anayasa'nın 123., 125. ve 128. maddelerine aykırı olmadığı gibi, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını öngören Anayasa'nın 141. maddesiyle de uyumlu olduğu kanısına varılmıştır."* AMK, T. 1.3.2006, E.2005/108, K.2006/35, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IP-TALITIRAZ/K2006/K2006-35.htm>, (12.05.2009). Öte yandan öğretilerde kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi yansıtan Kabahatler Kanunu'nun temel felsefesiyle bağdaşmadığı gerekçesi ile 23. madde eleştirilmektedir, maddenin bir kanun değişikliği ile kaldırılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Çağlayan, s. 64; Yurtcan, Erdener, *Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005, s. 38.

⁴³ Düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürüldüyse de düzenleme Anayasa Mahkemesi'nce oy çokluğuyla hukuka uygun bulunmuştur. Kararın gerekçesi olarak bir açıklama getirilmemiş, sadece Kabahatler Kanunu'nun 23. maddesi açısından belirtilen gerekçeye atıf yapılmakla yetinilmiştir. AMK, T. 1.3.2006, E.2005/108, K.2006/35, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IP-TALITIRAZ/K2006/K2006-35.htm>, (12.05.2009). Öte yandan öğretilerde 24. madde, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi yansıtan Kabahatler Kanunu'nun temel felsefesiyle bağdaşmadığı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bkz. Çağlayan, s. 64-65; Yurtcan, s. 39.

masına karar vermek zorundadır.⁴⁴ Nitekim aynı husus Yargıtay Genel Kurulu'nun 05.12.2006 tarihinde E.2006/YYB-280 ve K.2006/277 no.lu kararında da belirtilmiştir.⁴⁵

Kanımızca SPK'nın 47/A maddesi kapsamındaki idari para cezaları açısından da Kabahatler Kanunu'nun 23. ve 24. maddelerinin uygulanması zorunluluğunun bulunması, iki açıdan tartışmaya değerdir. Meselenin ilk yönü, SPK'da öngörülen idari yaptırımları uygulama kararı alma yetkisinin kural olarak bağımsız idari otorite olan Sermaye Piyasası Kurulu'na verilmesiyle ilgilidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere söz konusu yetkinin kurula verilmesinin nedeni; güven ve istikrar içinde çalışabilmesi açısından sermaye piyasalarının siyasi nitelikteki müdahalelerden uzak tutulması gerekliliğidir. Mahkemelerin bağımsız ve tarafsız oldukları dikkate alında mahkemelerin SPK'nın 47/A maddesi kapsamında idari para cezalarını bizzat uygulaması bir çelişki yaratmamaktadır. Cumhuriyet savcıları ise bağımsız olmamakla birlikte özerk olduklarından aynı tespitin onlar için de geçerli olduğu söylenebilir.

Konunun tartışılması gereken ikinci yönü, düzenlemenin Anayasa'nın başlangıç kısmında açıkça yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olup olmadığı sorusu ile ilgilidir.⁴⁶ Çünkü kuvvetler ayrılığı il-

⁴⁴ Kabahatler Kanunu'nun 23. maddesinde savcının idari para cezası kararı verebilmesi açısından, ilgili kurulca idari ceza cezası verilmesine ilişkin karar alınmamış olması şart koşulmasına rağmen 24. maddede bu yönde bir kural yer alamamaktadır. Ancak yine de ne bis in idem kuralı gereğince aynı şartın mahkemeler açısından da geçerli olduğu açıktır.

⁴⁵ "Hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma ve bankacılık zimmeti suçundan açılan kamu davalarında uyumsuzluk, somut olayda sanığa yüklenen eylemle ilgili yaptırım uygulama hususunda İstanbul 13. Asliye Ceza Mahkemesinin mi yoksa Sermaye Piyasası Kurulunun mu görevli olduğunun belirlenmesi hususunda toplanmaktadır. Somut olayda, Asliye Ceza Mahkemesi eylemin, 2499 sayılı Yasanın, idari yaptırım gerektiren 47/A-5. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, Sermaye Piyasası Kurulu ise eylemin TCK'nun genel hükümleri kapsamında kaldığını belirterek karşılıklı görevsizlik kararı vermiş işler de, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 24. maddesinde; "Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir." hükmü uyarınca atılı eylem ister adli yaptırımı gerektiren suç, isterse idari yaptırımı gerektiren kabahat oluştursun, her iki halde de kovuşturma konusu fiili değerlendirme ve takdir yetkisi görevli Asliye Ceza Mahkemesine aittir." YCGK, T.5.12.2006, E.2006/YYB-280, K.2006/277, <http://www.kazanci.com/>, (14.04.2009)

⁴⁶ Kabahatler Kanunu'nun 23 ve 24. maddelerinin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürüldüğü davada düzenlemelerin kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu tezi or-

kesi gereği yürütme yetkisinin yargı organı tarafından kullanılmaması lazımdır. Bu durum karşında iki görüş ileri sürülebilir. Bunlardan ilki; düzenlemenin yürütme tarafından yapılması gereken idari bir işlemin, yargı görevini yerine getirirken mahkeme tarafından yapılmasını sonuçladığından kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğudur. İleri sürülecek aksi görüş ise şu tespit ile gerekçelendirilebilir: Kuvvetler ayrılığı ilkesinin özü, devletin üç fonksiyonun üç ayrı erk tarafından yerine getirilmesidir. Bu sebeple idare sadece devletin yürütme fonksiyonunu yerine getirmelidir. İdari yaptırım kararı almak maddi kritere göre yargı fonksiyonuna dahildir. Bu bağlamda aslında idari ceza uygulama yetkisinin idareye verilmiş olması, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çelişmektedir. İfade edilen sebeple Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı değildir.

2. Zaman Bakımından Yetki

SPK' da öngörülen idari yaptırımlar açısından yaptırım uygulanmasına dair kararının alınabileceği bir zaman sınırlaması öngörülmemiştir. Bununla birlikte Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinde soruşturma zamanaşımı düzenlenmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere SPK' da öngörülen idari yaptırımlardan sadece 47/A maddesinde yer alan idari para cezaları açısından Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesi genel hükümler başlığını taşıyan birinci kısımda yer almaktadır. Bu sebeple SPK' da öngörülen idari yaptırımlardan sadece 47/A maddesinde yer alan idari para cezaları açısından geçerli olmak üzere Sermaye Piyasası Kurulu'nun, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Yönetim Kurulu'nun ve Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği Yönetim Kurulu'nun yaptırım kararı alma yetkisi, Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan soruşturma zamanaşımı süresiyle sınırlıdır.⁴⁷

taya konmuştur. Ancak bu görüş Anayasa Mahkemesi'nce kabul görmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kabul etmediği bu iddia açısından karşıt görüşünün gerekçesini kararda belirtmemesi dikkat çekicidir. AMK, T. 1.3.2006, E.2005/108, K.2006/35, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2006/K2006-35.htm>, (12.05.2009).

⁴⁷ Kabahatler Kanunu'nun 20. maddesi şöyledir: **1)** Soruşturma zamanaşımının dolması halinde kabahatten dolayı kişi hakkında idarî para cezasına karar verilemez. **2)** Soruşturma zamanaşımı süresi; **a)** Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para

İfade edilen tespit karşısında SPK'da öngörülen diğer idari yaptırımlar açısından karar alma yetkisi bir süre sınırına tabi midir sorusu tartışmaya değer hale gelmektedir. Soruya kanunda açık bir düzenleme bulunmaması sebebiyle olumsuz yanıt vermek bazı idari yaptırımların amacıyla bağdaşmadığı gibi adaletli de gözükmemektedir. Aksi yorumun içerdiği çelişki, ceza hukukunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezaları için bile dava zamanaşımı süresi bulunduğu düşünüldüğünde kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda kanımızca SPK'da öngörülen ve idari para cezası niteliği taşımayan diğer bazı idari yaptırım kararlarını alma konusunda idarenin yetkisi aşağıdaki sürelerle sınırlıdır:

- SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan idari yaptırım açısından idari yaptırım kararı, Kurul'a kayıt yükümlülüğünün yerine getirilmesine kadar verilebilir. Kurul kaydı gerçekleştirildiğinde, daha önceden Kurul'a kayıt yaptırmaksızın ihraç, halka arz veya satış yaptığı gerekçesiyle kuruluşun sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması mümkün değildir.

- SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde yer alan idari yaptırım açısından sermaye piyasası kurumunun mali yapısındaki ciddi zayıflama ortadan kalktıktan sonra daha önceden kurumun mali yapısının ciddi surette zayıfladığı gerekçesiyle idari yaptırım kararı verilemez.

B. Neden Unsuru

İdari işlemin neden unsuru, idari işlemde önce gelen, idareyi o işlemi yapmaya sevk eden ve nesnel olarak hukuk kurallarınca önceden belirlenmiş olan, maddi bir olay ya da olgu veya hukuki işlemdir.⁴⁸ Bu bağlamda;

cezasını gerektiren kabahatlerde beş, **b)** Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idari para cezasını gerektiren kabahatlerde dört, **c)** Yirmibin Türk Lirası veya daha fazla idari para cezasını gerektiren kabahatlerde üç, **d)** Yirmibin Türk Lirasına kadar idari para cezasını gerektiren kabahatlerde iki, yıldır. **3)** Nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır. **4)** Zamanaşımı süresi, kabahate ilişkin tanımdaki fiilin işlenmesiyle veya neticenin gerçekleşmesiyle işleme başlar. **5)** Kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturmada halinde suçla ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanır.

⁴⁸ Özay, *İdari Yaptırımlar*, s. 374-375; Günay, s. 138.

- SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde öngörülen idari yaptırımların sebep unsurunu, Sermaye Piyasası Kurulu'na kayıt yaptırmaksızın piyasada işlem yapmak,

- SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde öngörülen idari yaptırımın sebep unsurunu mevzuat uyarınca açıklanması gerekirken bilgilerin açıklanmaması ve mevzuata aykırılıkların bulunması;

- SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde öngörülen idari yaptırımların sebep unsurunu; sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine aykırı faaliyetlerinin tespit edilmesi ve aykırılıkların giderilmemesi ya da giderilemeyecek aykırılıkların tespit edilmesi,⁴⁹

- SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde öngörülen idari yaptırımların sebep unsurunu; sermaye piyasası kurumlarının, mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğunun tespit edilmesi sebebiyle kendilerine verilen süre içinde gerekli tedbirleri almaması,⁵⁰

- SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde öngörülen idari yaptırımların sebep unsurunu; 47. maddenin 1. fıkrasının A bendindeki suçlardan birisinin işlenmesi,⁵¹

⁴⁹ Danıştay bir kararında Sermaye Piyasası Kurulu'nun izin belgesinin geri alınması biçimindeki işleminin hukuka uygun olduğu sonucuna yetkide ve usulde paralellik ilkesine dayanarak ulaşmıştır. Kanımızca Danıştay'ın ulaştığı nihai sonuç doğrudur. Ancak aynı sonuca açık düzenleme olan SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinden de ulaşmak mümkündür. Danıştay'ın kararı şöyledir: "İdareye tanınan yetki, şüphesiz, yasanın "sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması amacı"yla sınırlı bulunmaktadır. Dolayısıyla, sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunulmasına izin vermek yetkisi bulunan davalı idare, gerek bu iznin verilmesi için aranılan koşulların kaybedilmesi, gerekse yasanın amacına aykırı eylemlerin belirlenmesi halinde, verdiği izni geri almak ya da izin verdiği kurumun faaliyetlerini durdurmak yetkisine de sahiptir. Bu, idare hukukunun temel ilkelerinden birisi olan "usulde paralellik" ilkesinin doğal sonucu olup: dava konusu işlemi "yetki" yönünden iptal eden temyize konu idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.", bkz. D. 10. D., T.7.12.1999, E. 1997/1438, K. 1999/6612., <http://www.kazanci.com/>, (12.04.2009)

⁵⁰ "Davacı aracı kurumun, yatırımcılara (müşterilerine) karşı olan yükümlülüklerini; kendiliğinden karşılayamaması, ancak yatırımcının bir kısım alacağından vazgeçmesi, yani yalnızca yatırımcının iradesiyle sağlanabilmesi hali, sermaye piyasası faaliyeti için aranan güçte bir mali yapıya sahip bulunmadığı anlamına gelmektedir.", bkz. D. 10. D., T. 23.12.1998, E. 1996/943, K. 1998/6950., <http://www.kazanci.com/>, (12.04.2009)

⁵¹ Bu suçlar şöyle sıralanabilir:

- Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kulla-

• SPK'nın 47/A maddesinin 1. fıkrasının öngörülen idari yaptırımların sebep unsurunu SPK' ya dayanılarak Sermaye Piyasası Kurulu'nca yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara, Kurul'ca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket edilmesi,

• SPK'nın 47/A maddesinin 2. fıkrasının öngörülen idari yaptırımların sebep unsurunu SPK'nın hükümleri çerçevesinde aracılık faaliyetinde bulunmaya yetkili olan kuruluşların Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği Kurulu'nca alınan kararlara ya da birlik statüsüne uygun davranmaması,

• SPK'nın 47/A maddesinin 3. fıkrasının öngörülen idari yaptırımların sebep unsurunu; gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı lisansına sahip olanların, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği'nce alınan kararlara veya birlik statüsüne uygun davranmaması oluşturur.

Yukarıda belirtildiği üzere SPK'nın 47/A maddesinde öngörülen idari yaptırımların neden unsurlarını belirlenen standart ve formlara uymama, Sermaye Piyasası Kurulu, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı

narak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek,

- Yapay olarak sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapmak,

- Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi vermek, haber yaymak, yorum yapmak ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamamak,

- SPK'nın 4. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına aykırı hareket etmek,

- Sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunmak veya yetki belgesi iptal olduğu ya da faaliyetleri geçici olarak durdurulduğu halde ticaret unvanlarında, ilan veya reklamlarında sermaye piyasasında faaliyette buldukları intibalarını yaratacak kelime veya ibare kullanmak ya da faaliyete devam etmek,

- Sermaye piyasası kurumlarına, SPK'nın 13/A ve 13/B maddeleri kapsamındaki teminat sorumlularına ve 38/B ve 38/C maddeleri kapsamındaki fon kuruluşuna; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için ya da teminat olarak veyahut her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi ya da teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satmak, rehnemek, her ne şekilde olursa olsun kullanmak, gizlemek veya bu amaca ulaşmak ya da bu fiillerini gizlemek için bilgisayar ortamında tutmak dahil kayıtları tahvil ve taşıyarak,

- SPK'nın 15. maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak tüzel kişilerin kârı veya malvarlığını azaltılmak,

- Karşılıksız olarak sermaye piyasası araçlarının geri alım taahhüdü ile satımını yapmak.

Kuruluşları Birliği Yönetim Kurulu'nca veya Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği'nce alınan kararlara aykırı davranmak oluşturmaktadır. Bu durum SPK'nın 47/A maddesinin kanunilik ilkesine uygunluğunu tartışmaya değer hale getirmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde bulunan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi idari yaptırımlar açısından da geçerlidir.⁵² Düzenlemenin bu ilkeye de uygun olduğu söylenebilir. Çünkü 47/A maddesinde cezalandırılan hususu belirleme yetkisi Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği Yönetim Kurulu veya Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği'ne bırakılmış değildir.⁵³ 47/A maddesinde cezalandırılan fiiller sadece sıralanan kurullarca alınmış kararlara uyulmamasıdır.

C. Biçim Unsuru

İdari işlemin biçim unsuru, işlemin yapılması sırasında izlenmesi gereken yöntem ile idari işlemin özünü oluşturan iradenin dış dünyaya yansıma şeklini anlatır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere idari işlemin biçim unsurunun kararın şekli ve kararın alınma usulü olmak üzere iki yönü bulunmaktadır.⁵⁴

SPK'da idari yaptırım kararı verilirken biçim unsuru açısından uyulması gereken kurallar açıkça düzenlenmemiştir.⁵⁵ Hukukumuzda idari usul kanunu da bulunmadığından idari işlemlerin biçim unsurunu düzenleyen genel kanun hükmü yoktur. Bu durum karşısında SPK'da öngörülen idari yaptırımlarda karar alınma usulü ve kara-

⁵² Kutlu Gürsel, *Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi*, s. 535-536.

⁵³ Kaldı ki hukukumuzda kabahat niteliği taşıyan ve Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması gereken idari ihlallerin belirlenmesi kısmen idareye bırakılabilir. Çünkü Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinde "Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçevede hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir." cümlesi yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nce geçmiş dönemlerde verilen kararlar düşünüldüğünde Kabahatler Kanunu'nun 4. maddesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu iddiasının kabul görmeyeceğini düşünmekteyiz.

⁵⁴ Özyay, *İdari Yaptırımlar*, s. 412; Günday, s. 132.

⁵⁵ SPK'da sadece 47/A maddesinin ilk fıkrasındaki idari para cezasının uygulanması yönünde verilecek kararının gerekçeli olması zorunluluğundan bahsedilmektedir. Diğer idari para cezaları ve idari para cezası dışındaki idari yaptırımlar için kanunda usul kurallarına yer verilmemesi öğretide hukuk devletiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. Akgül, s. 153.

rın şekli konusu tartışmaya değer hale gelmektedir. Aşağıda konu savunma hakkı ve gerekçeli karar zorunluluğu açısından irdelenmeye çalışılacaktır:

Kural olarak idari işlemler yapılırken ilgilinin savunmasının alınmasına gerek yoktur.⁵⁶ Bununla birlikte disiplin cezaları gibi bazı idari yaptırımlar açısından kanun koyucu yaptırım kararının alınmasından önce ilgilinin savunmasının alınması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Öte yandan kanunda açıkça belirtilmese bile içtihatlar neticesinde oluşan durum bazı idari yaptırımlarda ilgiliye savunma hakkı tanınması yönündedir.⁵⁷ Öğretinin de aynı görüşte olduğu söylenebilir.⁵⁸

SPK'da öngörülen idari yaptırım kararlarının alınmasından önce ilgiye savunma hakkı verilip verilmeyeceği kanunda düzenlenmemiştir. 23.01.2008 tarih ve 5278 sayılı Kanun'un 373. maddesi ile değiştirilmeden önce SPK'nın 47/A maddesinde idari para cezası uygulanmadan önce ilgilinin savunmasının alınacağı, savunma isteğine karşı yazının tebliğinden itibaren bir ay içinde savunma vermemesi halinde, ilgilinin savunma hakkından feragat ettiğinin kabul edileceği düzenlenmekteydi. Yapılan değişikliğin nedeni anlaşılamamaktadır. Ancak yine de kanımızca SPK'da öngörülen bazı idari yaptırım kararları açısından hukuk devletinin bir gereği olarak kişilere savunma hakkı tanınmalıdır. Bu yorum biçimi AİHM'in içtihatlarıyla da uyumludur. Şöyle ki; AİHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinde savunma hakkı da düzenlenmektedir. AİHM otonom yorum yoluyla bazı idari yaptırımlardan kaynaklanan ihlalleri iç hukukta yapılan nitelendirmeye bağlı kalmaksızın niteliği, ağırlığı ve sonuçlarını dikkate alarak kendi görev alanı içinde kabul etmektedir. Bu bağlamda AİHM kendi görev alanı kapsamında değerlendirdiği idari yaptırımlar açısından da AİHS'nin 6. maddesine uyulması gerektiğine işaret etmektedir.⁵⁹

⁵⁶ Günday, s. 134.

⁵⁷ bkz.Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, s. 42-48.

⁵⁸ Örneğin bkz. Özay, *İdari Yaptırımlar*, s. 133; Karabulut, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, s. 40; Oğurlu, s. 228-233; Sancakdar, Oğuz, "İdari Cezaların Yaptırım Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri", *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 103. Bağımsız idari otoritelerin Anayasa'nın 34. ve 129. maddeleri uyarınca idari yaptırım uygularken savunma almak zorunda olduğuna ilişkin bkz. Giritli/Bilgen/Akgüner, s. 356.

⁵⁹ AİHM'nin 1976 Engel Kararı ile Öztürk Kararı'nın değerlendirmesi için bkz. Cre-

Tüm idari işlemlerin gerekçeli olması yönünde açık bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte bazı idari işlemler açısından idareye açık biçimde gerekçe göstermek zorunluluğu yüklenmiştir. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre kanunda idarenin kararını gerekçeli olarak kaleme alması zorunluluğu açıkça belirtilmeyen durumlarda da idarenin kararını gerekçesiz olarak alabileceğini düşünmeye imkan yoktur. Çünkü İYUK 20/2 maddesine göre idare, ilgiliye değilse de dava konusu yapıldığında mahkemeye aldığı kararın gerekçesini bildirmek zorundadır. Bu görüşe göre ilgili kişinin kararın iptaline yönelik dava açmadan önce kararın gerekçesini öğrenmesinin tek yolu Bilgi Edinme Kanunu kapsamında idareye başvurmaktır.⁶⁰ Böyle bir başvurunun bulunması halinde idare gerekçeyi ilgili kişiye bildirmekle yükümlüdür. İdari yaptırımlar açısından ise öğretide genel kabul gören görüş, kanunda belirtilmese de idari yaptırım kararının muhatabına bildirilirken gerekçesinin açıklanması gerektiği yönündedir.⁶¹ Bu yorum AİHS'nin 6. maddesi ile desteklenebilir. Çünkü AİHS'nin 6. maddesi kapsamında gerekçeli karar ilkesi de vardır. Anayasa'nın 90. maddesine göre hukukumuzda usulüne göre yürürlüğe girmiş anlaşmalar kanun hükmündedir. Hatta konusu temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası anlaşmalar kanunlarla çeliştiğinde uluslararası anlaşmalar uygulanır. İfade edilen sebeplerle SPK'da öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların da gerekçesi bulunmak zorundadır.⁶²

mer, Wolfram, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Ceza Hukuku", (Çev. Serdar Nart), *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*, Ankara 2009, s. 177-183.

⁶⁰ Günday, s. 133.

⁶¹ Günday, s. 133.

⁶² Kaldı ki zaten SPK'nın 47/A maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen idari para cezasının ancak gerekçeli bir kararla verilebileceği Kanun'da belirtilmektedir. SPK'nın 47/A maddesinde yer alan diğer hükümlerde gerekçe gösterme zorunluluğuna yer verilmemesi dikkat çekicidir. Öte yandan SPK'da öngörülen idari para cezası yaptırımı için yukarıda belirttiğimiz üzere Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kabahatler Kanunu'nda her ne kadar idari yaptırım kararının açıkça gerekçesinin belirtilmesi gerektiğinden bahsedilmese de 25. maddesinde kararda fiilin ispatına yarayacak tüm delillere, kabahat niteliği taşıyan fiile ve fiile uygulanacak yaptırıma yer verilmesi zorunluluğu düzenlenmiştir. Sıralanan bu hususlar gerekçenin fonksiyonunu kısmen ifa edebilecek niteliktedir.

D. Konu Unsuru

İdari yaptırımının konu unsurunu, yaptırımının sonucu oluştur-
maktadır. SPK'da öngörülen idari yaptırımların konu unsuru değişik
görünüşlerde ortaya çıkar. Bu bağlamda;

- SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde öngörülen idari yaptırımının konu unsurunu ihraç, halka arz ve satış işlemleriy-
le, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması,⁶³

- SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde öngörülen idari yaptırımın konu unsurunu, açıklanması gerekirken açıklanma-
mış bilgilerin ve mevzuata aykırılıkların, masrafı ilgili anonim ortak-
lık, kişi, kuruluş veya sermaye piyasası kurumlarından tahsil edilmek
üzere kamuoyuna duyurulması,

- SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde öngörülen idari yaptırımın konu unsurunu, görevlilerinin imza yetkilerinin sınır-
landırılması veya kaldırılması, gerekli tedbirlerin alınması, kurumlar-
nın faaliyetlerinin geçici olarak durdurulması veya sürekli olarak dur-
durularak yetkilerini kaldırılması,

- SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde öngörülen idari yaptırımın konu unsurunu, gerekli her türlü tedbirin alınması,
kurumların faaliyetlerinin geçici veya sürekli olarak durdurulması ve
yetkilerinin kaldırılması,

⁶³ "6. İdare Mahkemesi: Sermaye Piyasası Kanununun 46/a maddesinin, kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri alma konusunda Sermaye Piyasası Kuruluna yetki verdiği, idari tedbir niteliğindeki bu yetkinin ancak sözü edilen faaliyetlerin durdurulmasına yönelik olduğu, yasa da sermaye piyasası mevzuatı hükümlerine aykırı faaliyetlerde bulunan anonim şirket ortaklarının kişisel sorumluluklarına gidilebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi sözü edilen yükümlülüğe uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 103.maddesi uyarınca ihtiyati tedbir isteminde bulunulabileceği, şirket hakkında verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı olsa dahi bu hükmün şirket kurucu ortaklarının banka hesaplarının bloke edilmesine imkan tanıyacak şekilde geniş yorumlanamayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir... Temyizen incelenen ve yukarıda özetlenen gerekçelere dayalı olarak verilen Ankara 6. İdare Mahkemesinin 20.1.1998 tarih ve E:1997/731, K:1998/19 sayılı kararı, usul ve hukuka uygun olup bozma nedeni bulunmadığı anlaşıldığından..." D.10. D., T. 2.12.1999, E. 1998/2486, K. 1999/6384. <http://www.kazanci.com/>, (12.04.2009).

• SPK'nın 47/A maddesinde öngörülen idari para cezası niteliğindeki yaptırımların konu unsurunu Kanun'da öngörülen sınır içinde para cezasının kesilmesi oluşturmaktadır.⁶⁴

SPK'da öngörülen bazı idari yaptırımların Kanun'da konu unsuru açısından düzenleniş biçimi, eleştirilmeye değerdir. Çünkü SPK'nın 46. maddesinin 1. fıkrasının (g) ve (h) bentlerinde geçen "*her türlü tedbiri almak*", "*gerekli tedbirleri almak*" biçimindeki ifadeler son derece belirsizdir. İdareye çok çeşitli yaptırımlar uygulama imkanı yaratmaktadır. Bu durumun temel nedeni olarak günümüzde hızlı biçimde değişen ekonomik işlemler gösterilebilir. Ama yine de daha önce de belirttiğimiz üzere Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi idari yaptırımlar açısından da geçerlidir. İfade edilen hükümler keyfi uygulamalara neden olabileceği gibi hukuki güvenlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.⁶⁵ Anayasa'ya aykırı olan bu düzenlemelerin 23.01.2008 tarih ve 5278 sayılı Kanun ile SPK'da değişiklik yapılırken düzeltilmemesi dikkat çekicidir. Sermaye Piyasası Kurulu, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilinceye veya kanun koyucu tarafından değiştirilinceye kadar belirttiğimiz düzenlemelere dayanarak idari yaptırım kararı verirken, idarenin kişi özgürlüğünü sınırlayıcı müeyyide koyamayacağı kuralına ve diğer tüm idari yaptırımlar açısından da geçerli olan ölçülülük ilkesine⁶⁶ riayet etmekle yükümlüdür.⁶⁷

E. Amaç Unsuru

İdari işlemin amaç unsuru, kanun koyucunun idari işlemle ulaşılmasını istediği nihaiyi sonucu anlatır. SPK'da öngörülen tüm idari yaptırımların amaç unsurunu, sermaye piyasalarında varlığı gereken

⁶⁴ Para cezasının miktarını belirlerken Sermaye Piyasası Kurulu ölçülülük ilkesine uygun davranmak zorundadır. Ayrıca SPK'nın tekerrüre ilişkin 47/A maddesinin son fıkrasını dikkate almalıdır. Bu hükme göre İdari para cezalarının verilmesini gerektiren fiillerin tekrarı halinde, verilen para cezası iki katı, ikinci ve müteakip tekrarlarda üç katı artırılarak uygulanır. Bu cezaların verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde idari para cezası verilmesini gerektiren aynı fiil işlenmediği takdirde önceki cezalar tekrarda esas alınmaz.

⁶⁵ Yasin, s. 212; Akgül, s. 154.

⁶⁶ Kurul yaptırımlarında ölçülülük ilkesinin değerlendirmesi için bkz. Akgül, s. 154156.

⁶⁷ Yasin, s. 212, 213.

ekonomik kamu düzeninin koruması ve sağlanması suretiyle kamu yararının temini oluşturmaktadır.

IV. SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA ÖNGÖRÜLEN İDARİ YAPTIRIMLARIN *NE BIS IN IDEM* İLKESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ne bis in idem ilkesi, aynı fiil ve aynı kişi hakkında daha önce verilen bir hüküm nedeniyle yeniden yargılama yapılamamasını anlatır. *Ne bis in idem* ilkesi, kesin hükmün önleme etkisini içerdiğinden huku-ki güvenlik, kişi özgürlüğü ve sosyal düzen için gerekli olan toplumsal barışa hizmet eder. Çünkü kesin hükümle çözümlenmiş bir uyumsuzluğun tekrar soruşturma konusu yapılması sosyal düzeni bozarak istikrarsızlık meydana getirir. Ayrıca ilkenin hukuk devletiyle de ilişkisi bulunmaktadır. Çünkü bir eylemden failin iki kez cezalandırılması, aşırı cezalandırma anlamına geleceği için ölçülü değildir.⁶⁸

Türk hukukunda⁶⁹ SPK'da öngörülen idari yaptırımlar açısından *ne bis in idem* ilkesi ikili bir ayırım yapılarak değerlendirilmelidir. Şöyle ki; olayda oluşan ihlallerden en az birisi SPK'nın 47/A maddesinde belirtilen bir yaptırımı gerektiriyorsa, bir başka ifade ile idari para cezası gerektirdiği için kabahat niteliğindeyse, Kabahatler Kanunu'nun içtima başlığını taşıyan 15. maddesi uygulanacaktır. Buna göre bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir. Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır. Buna karşın bir fiil ile oluşan birden çok ihlalden hiçbiri kabahat niteliği taşıyan ve idari para cezası verilmesini gerektiren ihlal niteliğinde değilse ve SPK'nın 46. maddesinde belirtti-

⁶⁸ *Ne bis in idem* ilkesi için bkz. Cihan, Erol/ Yenisey, Feridun, "Ne Bis In İdem İlkesi", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 219 vd.

⁶⁹ Fransız hukukunda bir fiilin hem idari para cezası hem de adli para cezası gerektirmesi halinde bireyselleştirilmiş cezalar toplanacaktır. Ulaşılan miktar hem adli hem de idari para cezasının en fazla hükmedilebilecek miktarını geçmemek kaydıyla uygulanacaktır. Bkz. Kutlu Gürsel, *Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi*, s. 539.

len idari ihlallerden birisi gerçekleştirildiyse ne bis in idem ilkesi uygulanmaz.

V. SERMAYE PİYASASI KANUNUNDAKİ İDARİ YAPTIRIMLARIN YARGISAL DENETİMİNDE GÖREVLİ YARGI YERİ

SPK' da yer alan düzenlemelere dayanılarak alınan idari yaptırım kararının yetki, sebep, amaç, biçim veya konu unsurlarının birisinin veya birkaçının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açılabilmesi gibi şartları varsa doğan zararın tazmini de tam yargı davasıyla istenebilir. SPK' da öngörülen tüm idari yaptırım kararlarından kaynaklanan tam yargı davaları açısından görevli yargı yeri idari yargıdır. İptal davaları açısından ise görevli yargı yerlerini belirtmeden önce kısaca Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle başlayan süreci anlatmak yararlı olacaktır. Şöyle ki:

Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmeden önce hukukumuzda kural olarak tüm idari yaptırımlara ilişkin iptal davaları idari yargıda görülmekteydi. Kabahatler Kanunu'nun kabulü ile birlikte bazı idari yaptırımlara ilişkin iptal davaları farklı bir usul ile adli yargıda görülmeye başlandı.⁷⁰ Çünkü yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi, diğer kanunlarda düzenlenen ve kabahat sayılması gereken idari yaptırımlar için Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanmasını öngörüüyordu. Kabahatin tanımı Kanun'un 2. maddesinde "kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü hak-sızlıklar" olarak yapılmıştı. İdari yaptırım ise Kanun'un 16. maddesinde idari para cezaları ve idari tedbirler olarak belirtiliyordu. İdari tedbirlerin neler olduğu yine 16. maddede mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler biçiminde tarif edilmişti. Fakat Kabahatler Kanunu'nun 19. maddesinde; "diğer kanunlarda yer alan kabahat karşılığında öngörülen, belirli bir süre için bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alın-

⁷⁰ İdari yaptırımların yargısal denetiminin adli yargıya bırakılmasının Anayasa'da düzenlenen İdari yargı düzenine aykırı olduğu görüşü için bkz. Karabulut, Mustafa, "İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı", *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 3, Kasım 2006, s. 65.

ması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alınması gibi yaptırımlara ilişkin hükümlerin, ilgili kanunlarda Kabahatler Kanunu'nu hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı olduğu" belirtiliyordu. Tüm bu aktardığımız yasal düzenlemelerin değerlendirilmesinden çıkan sonuç; hangi kanunda düzenlenirse düzenlensin, bulunduğu kanunda aksine bir hüküm olsun ya da olmasın idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesini biçimindeki tüm idari yaptırımlar için açılacak iptal davalarında Kabahatler Kanunu'nun genel hüküm başlığını taşıyan birinci kısmında yer alan 27, 28, 29, 30 ve 31. maddelerin uygulanacağıydı. Kabahatler Kanunu'nun sıraladığımız maddeleri idari yaptırım kararları aleyhine adli yargıya başvurulmasını öngörüyordu.

Konu somut norm denetimi yoluyla yapılan çok sayıda itiraz ile Anayasa Mahkemesi'nin gündemine taşındı. Her ne kadar Kabahatler Kanunu'nun 3, 23, 24, 27. maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüşse de Mahkeme sadece bu hükümlerden 3. maddeyi Anayasa'ya aykırı buldu. Oy çokluğu ile alınan kararın gerekçesi şöyleydi:

"Anayasa'nın 125 maddesinin birinci fıkrasında, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"; 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hakimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılar olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" denilmektedir. Bu kurallara göre, Anayasa'da idarî ve adlî yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir. Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı ala-

nından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.”⁷¹

Anayasa Mahkemesi iptal kararının Resmi Gazete’de yayınlanmasından başlatarak yürürlüğünü altı ay erteledi. Kanun koyucu ise söz konusu süre dolmadan 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun ile Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesini değiştirdi. 3. maddenin ilk fıkrasının (a) bendinde, Kabahatler Kanunu’nun kanun yoluna ilişkin genel hükümlerinin ancak başka kanunlarda aksine hüküm bulunmaması şartıyla uygulanacağını, (b) bendinde ise diğer genel hükümlerin, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller için uygulanacağını öngördü. Bu değişiklikten sonra Uyuşmazlık Mahkemesi de ifade ettiğimiz kuralın uygulanması gerekliliğine dikkat çeken bir karar verdi.⁷²

Kabahatler Kanunu’nda yapılan değişikliği dikkate alarak SPK’da öngörülen idari yaptırımların iptali için başvurulacak yargı yeri ikili bir ayırım yapılarak ortaya konulabilir: Şöyle ki; SPK’da idari yaptırım aleyhine gidilecek yargı yolu açısından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple SPK’da idari para cezasını gerektiren idari yaptırımlar için iptal davası açısından görevli yargı yeri adli yargıdır.⁷³ Diğer yaptırımlar için ise görevli yargı yeri bu yaptırımlar Kabahatler Kanunu’nun kapsamına girmediğinden idari yargıdır. Ortaya koymaya çalıştığımız bu sonuç, öğretide SPK’da düzenlenen yaptırımların niteliği ve Anayasa Mahkemesi kararı gerekçe gösterilerek eleştirilmektedir. Kanun koyucunun acilen SPK’ya idari yaptırım kararları için idari yargıya başvurulması gerektiğine işaret eden bir düzenleme eklemesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir.⁷⁴

Uygulamada ise Danıştay 13. Dairesi, SPK’nın 47/A maddesinde öngörülen idari yaptırımlar aleyhine adli yargıya değil, idari yargıya başvurulması gerektiği yönünde kanunla açıkça çelişen bir karar vermiştir. Oy çokluğu ile alınan kararın tam olarak gerekçesi şöyledir:

“5326 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (1) nolu fıkrasında yer alan, “ Bu

⁷¹ AMK, T. 1.3.2006, E.2005/108, K.2006/35, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2006/K2006-35.htm>, (12.05.2009).

⁷² Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü Kararı, T.04.06.2007, E.2007/148, K.2007/113, [kazanci.com.tr.](http://kazanci.com.tr), (12.04.2009)

⁷³ Akgül, s. 177.

⁷⁴ Akgül, s. 183.

Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır” kuralı, Anayasa Mahkemesi’nin 01.03.2006 günlü, E: 2005/108, K:2006/35 sayılı kararıyla; Anayasa’da idari ve adli yargının ayrılığının kabul edildiği, bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücünü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemlerinin de adli yargı denetimine tabi olacağı, buna bağlı olarak idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkı bulunmadığı, ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği, daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olabileceği, ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılmayacağı gerekçeleriyle iptal edilmiştir. Diğer yandan, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’a aykırılık nedeniyle uygulanan idari para cezasının iptali istemiyle açılan davada verilen görevsizlik kararının temyiz incelemesinde, Dairemizce 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesinin 1. bendinin birinci tümcesinde yer alan “İdari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine başvurulabilir.” hükmünün iptali için Dairemizin E:2005/9095. esasına kayıtlı dosyada 18.01.2006 günlü kararıyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, Anayasa Mahkemesi’nce 09.03.2006 tarih ve E:2006/34, K:2006/37 sayılı karar ile “5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun İkinci Kısımında “Çeşitli kabahatler” başlığı altında düzenlenen fiilleri, ağırlıklı olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 526. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan kabahatler oluşturmaktadır. Ayrıca, çeşitli yasalarda yer alan ve yaptırımı hafif hapis ya da hafif para cezası veya her ikisi olan fiillerin yaptırımı, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 7. maddesiyle idari para cezasına dönüştürülmüştür. Bunlar hakkında uygulanan yaptırımın “idari” para cezası olarak değiştirilmesinin, anılan eylemlerin ceza hukuku alanına giren suç olma niteliğini etkilemeyeceği açıktır. 5326 sayılı Yasa’nın 3. maddesi 01.03.2006 günlü ve E:2005/108, K:2006/35 sayılı kararlarla iptal edilmiş, iptal hükmünün kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur. Anılan karardaki bu maddeye ilişkin iptal gerekçesi doğrultusunda, cezai karakter-

ri ağır basan bu eylemler açısından verilen idari para cezası ve/veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına karşı başvurunun sulh ceza mahkemesince kanunda belirtilen usule göre incelenmesinde Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırılık bulunmadığı ... " gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir. 5326 sayılı Kanun'un 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararıyla iptali üzerine doğan hukuksal boşluk 06.12.2006 günlü, 5530 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle doldurulmuş; Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi " (1) Bu Kanunun; a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır." biçiminde yeniden düzenlenmiştir."Sözü edilen 3. maddede yapılan değişikliğe ilişkin 5530 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesinde; "5326 sayılı Kanunun 3. maddesi değiştirilmiştir. Kabahatler Kanununun 3. maddesinin yürürlükte olan metnine göre, bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak Kabahatler Kanununun kanun yoluna ilişkin hükümleri diğer kanunlarda yer alan idari para cezasını gerektiren bütün fiiller açısından da uygulanabilecektir. Ancak, bu uygulama, üst kurullar tarafından verilen idari para cezalarına ilişkin olarak yargı yolu bakımından bir tartışmaya neden olmuştur. Üst kurullar tarafından belli sektörlerdeki faaliyetlerin denetlenmesi bağlamında yüksek meblağlarda idari para cezaları verilebilmektedir. Bu itibarla, madde metninde özellikle üst kurullara ilişkin kanunlarda bu kurulların vereceği idari para cezalarına karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'a gidilebilmesine imkan tanıyan bir düzenleme yapıldığı ... " belirtilmiştir. 2575 sayılı Kanun'un 34/C maddesine, 5183 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile eklenen hükümle 14 bentte Danıştay 13. Dairesinin görevleri sayma suretiyle belirlenmiş, madde de yer verilen kanunlardan veya mevzuattan doğan uyuşmazlıklardan, Danıştay'ın diğer dava dairelerinin görevleri dışında kalan davaları çözümleyeceği ayrıca kurala bağlanmıştır. 5183 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi'nde; ülke ekonomisindeki yapısal değişikliklerle pek çok bağımsız idari otorite kurulması yoluna gidildiği ve bunların bir kısmının kuruluş kanunlarında, çıkacak uyuşmazlıkların ilk derecede Danıştay'da çözümlenmesinin öngörüldüğü, diğerlerinin işlemlerine karşı açılan ve idare mahkemelerinde ilk derecede görülen davalarla ilgili kararlara karşı yapılan temyiz başvurularının ise esasen Danıştay'da incelendiği, bu kuruluşlarla ilgili kanunların uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar nedeniyle açılan davaların niteliği, niceliği ve ülke ekonomisi bakımından önemi göz önüne alındığında kısa sürede sonuçlandırılması gereği-

nin, münhasıran bu davaları çözümlenmekle görevli bir ihtisas dairesinin belirlenmesi ihtiyacını ortaya çıkardığı belirtilmiştir. Dairenin görevleri arasında bulunan 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 12. maddesinde, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 21. maddesinde, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun 10. maddesinde, 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu'nun 18. maddesinde, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 105. ve 128. maddelerinde Kurul işlemlerine karşı açılan davaların hem ilk derecede Danıştay'da görüleceği, hem de acele işlerden sayılacağı öngörüldükçe; 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 25. maddesinde, milli güvenliğin gerekli kıldığı yahut kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması kuvvetle ihtimal dahilinde olan hallerde Başbakan veya görevlendireceği bakanın yayını durdurması halinde, bu konudaki icrai ve idari kararlar aleyhine doğrudan doğruya Danıştay'da dava açılacağı, Danıştay'ın bu davalara öncelikle bakacağı ve karara bağlayacağı, yürütmenin durdurulması talepleri hakkında 48 saat içerisinde karar verileceği; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55. maddesinde Kurul kararlarına karşı Danıştay'a başvurulabileceği, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 27. maddesinde, özelleştirme uygulamalarına ilişkin idari davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği hükme bağlanmış bulunmaktadır. Diğer taraftan Bakanlar Kurulu'nca 09.04.2004 tarihinde kararlaştırılan "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı" gerekçesi ile birlikte Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne gönderilmiş olup, Tasarı Plan ve Bütçe Komisyonu ile Adalet Komisyonu'nda bulunmaktadır. Tasarı'nın "Kurul kararlarına karşı yargı yolu" başlıklı 21. maddesinde, Kurulun düzenleyici ve denetleyici nitelikteki kararlarına karşı açılacak davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği, Danıştay'ın, kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayacağı öngörülmüştür. Madde Gerekçesinde ise, "Düzenleyici ve denetleyici kurumlar sektörel düzenleyici kurumlar olduğu için verdikleri kararların hemen uygulanması gerekmektedir. Aksi halde oluşacak belirsizlik hem düzenledikleri sektöre hem de ülke ekonomisine zarar verebilecektir. Yürürlükteki kanunlara göre, kurumların sektöre ilişkin olarak verdikleri kararlara karşı gidilebilecek ilk derece mahkemeler farklılık göstermektedir. Kurulların sektöre yönelik olarak vereceği kararların kısa sürede kesinleşmesini sağlayarak belirsizliği ortadan kaldırmak ve kurul kararlarına karşı gidilecek yargı yolunda yeknesaklığı temin üzere Kurulun düzenleyici ve denetleyici kararlarına karşı açılacak davaların ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülmesi hükmü getirilmektedir." denilmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na dayanılarak yapılan düzenlemelere aykırı hareket ettiği ileri sürülerek davacı adına Sermaye Piyasası Kurulu tarafından 01.12.2005 tarih ve 50/1404 sayılı kararla idari para cezası verilmiştir. Mahkemelerce uygulanan yaptırımlar kamu düzeni ve güvenliğini sağlamak amacına yönelik olduğu halde, düzenleme ve denetleme yetkisi olan üst kurullara tanınan yaptırım uygulama yetkisiyle, idarelerin kamu hizmetlerini gereği gibi, etkin ve ivedilikle yürütebilmesi amacı gözetilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 23.10.1996 tarihli ve E:1996/48, K:1996/41 sayılı kararında tanımlandığı üzere "idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlem ile uyguladığı yaptırımlarla verdiği cezalara" idari yaptırım denilmekte olup; kişilere, bu kurullar tarafından idare hukuku alanındaki düzene aykırı davranışları nedeniyle verilen idari cezalar, idari yaptırımların en önemlilerinden biridir. İdari para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, idari makamlar tarafından verilmesidir. İdari bir makam tarafından tek taraflı olarak idare hukuku alanında kamu gücünün kullanılması suretiyle tesis edilmeleri nedeniyle idari bir işlem oldukları tartışmasızdır. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler, yasa değişikliği gerekçesi, Anayasa Mahkemesi kararları, 5183 sayılı Kanunun amacı ve gerekçesi ile düzenleyici ve denetleyici kuruluşların kuruluş kanunlarında öngörülen düzenleme ile ulaşılmaya hedeflenen amaçlar birlikte değerlendirildiğinde; ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verilmesi, daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle; Kabahatler Kanununun, cezai karakteri ağır basan ve ceza hukuku alanına giren idari para cezalarına uygulanması; idare hukuku esaslarına göre tesis edilen, konunun teknik özelliği nedeniyle belli sektörlerdeki faaliyetlerin denetlenmesi bağlamında üst kurullar tarafından verilen idari para cezalarına uygulanmasının söz konusu olmadığı, bu itibarla, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesi uyarınca Sermaye Piyasası Kurulu tarafından verilen para cezalarına karşı açılacak davaların çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır.⁷⁵

Öğretide Danıştay 13. Dairesi'nin ulaştığı nihayi sonuç olması ge-

⁷⁵ D. 13. D., T.09.03.2007, E.2006/1511., K.2007/1189, kazanci.com.tr. (12.04.2009); Bu karara karşı yerel mahkeme direnme kararı (Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 07.11.2007 tarih ve E.2007/1234, K.2007/2341 sayılı kararı) verdiği bilgisi için bkz. Akgül, s. 183.

reken hukuk açısından doğru bulunmakla birlikte, kanunun açık hükmüyle çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁷⁶

SONUÇ

İdari yaptırımlar ile cezalar arasındaki fark yaptırımının ağırlığı, kararın verilmiş usulü ve kararı veren makam açısından dır. Bu kriterler dikkate alındığında idari yaptırımlar ile ceza yaptırımlarının ayırt edilmesinde büyük bir güçlük bulunmamaktadır.

İdari yaptırımlar ile idari yaptırım niteliği taşımayan kolluk tedbirlerinin ayırt edilmesi uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi açısından gerekli ve önemlidir. Öğretide bu ayırım için kullanılması önerilen kriter işlemin cezalandırma fonksiyonunun bulunup bulunmadığıdır. İdari yaptırımların cezalandırma fonksiyonu bulunduğu diğer kolluk önlemlerinin ise sadece tehlikeli bir sonucun önlenmesini hedeflediği belirtilmektedir. Önerilen kriter, kolluk tedbirlerinin bazılarının hem cezalandırma hem de tehlikeyi bertaraf etme fonksiyonunu bulunduğu, bazen kanunda her iki fonksiyonu sağlamaya müsait biçimde kolluk tedbirlerinin düzenlendiği dikkate alındığında yeterli olmamaktadır. Öğretide bu ayırım açısından kullanılması önerilen bir başka kriter ise üstün hukuksal koruma testidir. Kanımızca söz konusu ayırım açısından öğretide önerilen kriterlerin yanı sıra kusur kriterinin de dikkate alınması yararlı olacaktır. Çünkü cezalandırılması gereken fiil sadece kusurlu olandır. Kusur yoksa ceza hukukunda faile ceza verilemez. Bu kural idari yaptırımlar açısından da geçerlidir. Zira idari yaptırımlar cezalandırmak suretiyle önleme ve caydırmayı amaçlamaktadır. Bu sebeple bir kolluk tedbirinin uygulanması, ilgili kişinin kusurlu olması şartına bağlı değilse söz konusu tedbirin idari yaptırım olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir.

SPK'da yer alan düzenlemeler incelendiğinde 47/A maddesinde yer alan idari para cezalarının idari yaptırım olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Kuşku 46. maddede tedbir başlığı altında yer alan düzenlemeler açısından dır. Konun somutlaştırılması gerektiği düşüncesindeyiz.

SPK'da öngörülen idari yaptırım kararı maddi kritere göre yargı-

⁷⁶ Akgül, s. 183.

sal faaliyet olarak düşünülebilir. Öğretide ileri sürülen bir görüş, yargılama usullerini sadece mahkemelerin uygulamaması, idarenin de aynı usulleri kararlarında uygulayabildiği gerekçesiyle, bağımsız idari otoritelerin geniş anlamda mahkeme olduğunu belirtmektedir. Aksi yöndeki görüş ise yalnız bağımsız idari otoritelerin değil, örneğin disiplin soruşturması yapan idarenin de yargılama usulüne benzer yöntemler kullandığına dikkat çekmektedir. Bu bağlamda bağımsız idari otoritelerin sadece karar alırken kullandıkları usul sebebiyle mahkeme olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. İkinci görüşe katılmakta, bu görüşün doğal uzantısı olarak SPK'da öngörülen idari yaptırım kararının organik kriter dikkate alındığında idari işlem olduğunu düşünmekteyiz.

SPK'da öngörülen idari yaptırımların yetki unsuru açısından çalışmamızda ulaştığımız nihai sonuç; 47/A maddesinde düzenlenen idari para cezaları açısından Kabahatler Kanunu'nun 23 ve 24. maddelerin uygulanması zorunluluğunun bulunduğuudur. Bu durum olması gereken hukuk açısından eleştirilmeye değerdir. Biçim unsuru açısından ulaştığımız sonuçlar şöyledir: SPK'da idari yaptırım kararı verilirken biçim unsuru açısından uyulması gereken kurallar açıkça düzenlenmemiştir. Bu durum hukuk devletinin gerekleriyle bağdaşmamaktadır. 23.01.2008 tarih ve 5278 sayılı Kanun'un 373. maddesi ile değiştirilmeden önce SPK'nın 47/A maddesinde bulunan Sermaye Piyasası Kurulu'nun idari para cezası uygulanmadan önce ilgilinin savunmasının alınacağı yönündeki düzenlemeye maddenin mevcut halinde yer verilmemesi isabetsizdir. Bununla birlikte maddede belirtilmesine de SPK'da öngörülen bazı idari yaptırım kararları açısından hukuk devletinin bir gereği olarak kişilere savunma hakkı tanınmalıdır. SPK'nın 47/A maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen idari para cezasının ancak gerekçeli bir kararla verilebileceği Kanun'da belirtilmektedir. SPK'nın 47/A maddesinde yer alan diğer hükümlerde gerekçe gösterme zorunluluğuna yer verilmemesi dikkat çekicidir. Ancak yine de hukuk devleti ilkesinin anayasal bir ilke olduğu düşünüldüğünde tüm yaptırım kararlarının gerekçeli olması gerekir. Konu unsur açısından ulaştığımız temel sonuç ise 46. maddede geçen "*gerekli tedbirleri almak*", "*her türlü tedbiri almak*" ifadelerinin Anayasa'nın 38. maddesiyle bağdaştırılmasının güç olduğuudur.

SPK'da öngörülen idari yaptırımların yargı denetiminde görevli yargı yeri konusuna ilişkin olarak çalışmamızda ulaştığımız sonuçlar

şöyledir: SPK’da öngörülen tüm idari yaptırım kararlarından kaynaklanan tam yargı davaları açısından görevli yargı yeri idari yargıdır. Kabahatler Kanunu’nu dikkate alarak, SPK’da öngörülen idari yaptırımların iptali için başvurulacak yargı yeri belirlenirken ikili bir ayırım yapılmalıdır. Çünkü SPK’da idari yaptırım aleyhine gidilecek yargı yolu açısından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple SPK’da idari para cezasını gerektiren idari yaptırımlar için iptal davası açısından görevli yargı yeri (fiili durumda bu davalarda da Danıştay kendisini görevli saymakla birlikte) adli yargıdır. Diğer yaptırımlar için ise görevli yargı yeri, bu yaptırımlar Kabahatler Kanunu’nun kapsamına girmediğinden, idari yargıdır. Ortaya koymaya çalıştığımız sonuç, SPK’da düzenlenen yaptırımların niteliği ve Anayasa Mahkemesi’nin Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesi açısından verdiği iptal kararının gerekçesinde belirtilen hususlar dikkate alındığında isabetsizdir. Kanun koyucunun acilen SPK’da yer alan idari yaptırımlara ilişkin uyumsuzlukların çözümünde idari yargıya başvurulması gerektiğine işaret eden bir düzenleme eklemesi gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Akgül Aydın, *Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi*, İstanbul 2008.
- Aşkun İnal Cem, “Türkiye’de Ekonomik Kamu Düzeni Kavramına Bağlı Örgütsel Yönetimin Atatürkçü Düşünce ve Kişilik Temelinde Konumuna İlişkin Bir İnceleme”, *dergiler. ankaraedu.tr/dergiler/45/784/ 10085.pdf*, (12.04.2009)
- Bardakçı Mehmet Akif, “Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2006.
- Cihan Erol/ Yenisey Feridun, “Ne Bis İn İdem İlkesi”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul 2004.
- Cremer Wolfram, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Ceza Hukuku”, (Çev. Serdar Nart), *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*, Ankara 2009.
- Çağlayan Ramazan, *İdari Yaptırım Hukuku*, Ankara 2006.
- Duran Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul 1982
- Giritli İsmet/Bilgen Pertev/ Akgüner Tayfun, *İdare Hukuku*, İstanbul 2001.
- Gölcüklü Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, *SBFD*, C. 18, S.2, 1963.
- Gözler Kemal, *İdare Hukuku*, C.II., Bursa 2003.
- Gözübüyük A. Şeref,/Tan Turgut, *İdare Hukuku*, C.1, Ankara 2006.

- Günday Metin, *İdare Hukuku*, Anlara 2003.
- Karabulut Mustafa, "İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı", *Terazi Hukuk Dergisi*, S.3, Kasım 2006.
- Karabulut Mustafa, *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara 2008.
- Kutlu Gürsel Meltem, "İdari Yargının Görev Alanı ve Borsa Uyuşmazlıkları", *2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu*, <http://www.danistay.gov.tr/>, (02.05.2009).
- Kutlu Gürsel Meltem, *İstanbul Menkul Kıymetler Borsası İdare Hukuku Açısından Bir İnceleme*, Ankara 2003.
- Kutlu Gürsel Meltem, "Sermaye Piyasası Kurulunun Denetimi", *İrfan Baştuğ Anısına Armağan, DEÜHFD, C.7, Özel Sayı*, İzmir 2005 .
- Kutlu Gürsel Meltem, "İdare Hukuku Bağlamında Bağımsız İdari Otoritelerin Sorumluluğu SPK ve BDDK Örneği", *İzmir Barosu Dergisi*, Y.69., S.2, Nisan 2004.
- Kütükçü Doğan, *Sermaye Piyasası Hukuku, C.II*, İstanbul 2005.
- Mahmutoğlu Fatih Selami, "Suç-Kabahat Ayırımı-İdari Ceza Hukukunun Temelleri", *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*, Ankara 2009.
- Nazaroğlu Yavuz, "Genel Olarak İdari Para Cezalarının Para Cezaları İçindeki Yeri ve Nitelikleri", *Danıştay Dergisi*, Y.4, S.14-15, Ankara 1974
- Oğurlu Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara 2001.
- Özay İl Han, *Günüşiğında Yönetim*, İstanbul 2002.
- Özay İl Han, *İdari Yaptırımlar Kurumsal Bir Deneme*, İstanbul 1985.
- Sancakdar Oğuz, "İdari Cezaların Yaptırım Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri", *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*, Ankara 2009.
- Tekinsoy M. Ayhan, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı- Tartışmalar, Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 66, S. 2, Bahar 2007, s.122.
- Ulusoy Ali, "İdari Ceza Hukukunun İşlevi ve Hukuk Düzeni İçindeki Yeri", *İdari Ceza Hukuku Sempozyumu*, Ankara 2009.
- Yasin Melikşah, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, Ankara 2002.
- Yurtcan Erdener, *Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005.
- Yüce Turhan Tufan, *Ceza Hukuku Dersleri*, C.1, İzmir 1982.
- Zanobini Guido, *İdari Müeyyideler* (Çev. H. Yılmaz Günel), Ankara 1964.
- Zanaobini Guido, "İdari Ceza Hukukunda Kıstas Meselesi", (Çev. H. Yılmaz Günel), *SBFD*, C. 18, S.3, 1963.

İDARİ YAPTIRIMLAR

M. Yasin ASLAN*

GİRİŞ

Topluluk halinde yaşayan insanların, yine kendileri tarafından kabul edilen uyulması zorunlu düzen kurallarına aykırı davranılması halinde, toplumun bu ihlale karşı gösterdiği tepkiye yaptırım denilmektedir.¹ Bu olgu, hukuk düzeninin tesis edildiği ilk andan itibaren, özellikle ceza hukukunun en önemli uğraş alanını oluşturmaya devam etmiştir.

İnsan topluluklarının gelişmesiyle birlikte, birey ve toplum ilişkileri giderek artmış, karmaşık bir olgu haline gelmiştir. Bu değişiklik, yaptırım kavramının niteliğinde de bir genişlemeye yol açmış, dolayısıyla ceza hukuku alanında da önemli bir gelişmeye neden olmuştur ve halen de olmaktadır. Söz konusu gelişme, “İdari Ceza Hukuku” ve “Ticari Ceza Hukuku” gibi farklı ceza hukuku dallarının oluşmasına yol açmıştır.² Diğer yandan, yaptırım kavramı ilk bakışta, ceza hukuku kavram ve kurallarını akla getirmekte ve idari yaptırım denilince de idare hukuku ve ceza hukukunun kesiştiği bir alan düşünülmekte ise de, idari yaptırımlar yapısal ve işlevsel bakış açısı içerisinde yepyeni bir nitelik kazanmış bulunmaktadır.

İdari yaptırımlar idare hukuku alanında oldukça geniş bir alanı kapsamakla birlikte, konu ile ilgili geniş kapsamlı bir eser yok dene-

* Dr., Hakim Bnb., Genelkurmay Adli Müşavirliği, Uluslararası Hukuk İşleri Şube Müdürü. (Makalede yayımlanan görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel fikirlerini yansıtmakta, hiçbir şekilde Türk Silahlı Kuvvetleri'nin görüş ve düşüncelerini yansıtmamaktadır.)

¹ Zeki Hafızoğulları, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara 1996, s. 142.

² Nevzat Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970, s. 25-26.

cek kadar azdır.³ İdari yaptırımlar konusunda mevcut olan az sayıdaki eserler de büyük ölçüde temel yasal düzenlemeler ile yargısal kararların ışığı altında konuya yaklaşmakta, tamamen kurumsal bir deneme niteliğini taşımaktadır.

Konunun hem ceza hukuku, hem de idare hukuku yönlerini bir arada ele almak amacıyla, makalede idari yaptırımlar çeşitli özellikleri itibariyle incelenmiştir. Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır: Birinci bölümde ceza yaptırımı ve idari yaptırım kavramlarının tanımı yapılarak özellikleri ortaya konulmakta, var olan benzerlikler ve farklı yönleri anlatılmaktadır. İkinci bölümde ise, idarenin yaptırım uygulama yetkisinin kapsamı çerçevesinde, idarenin düzenleme yetkisi ve alanı ile idari yaptırımların hukuksal niteliği tartışılmakta, sonuç bölümünde de çalışmanın bir değerlendirilmesi yapılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA YAPTIRIMI VE İDARİ YAPTIRIM KAVRAMLARI

I. CEZA YAPTIRIMI KAVRAMI

"Müeyyide" de denilen, "yaptırım" kavramı, genel olarak düzenin kurallara uyulmamasına bir tepkisi olarak anlaşılmaktadır. Toplum düzenini oluşturan gelenekler, din ve ahlak kuralları gibi kurallar, ya bir şekilde yaptırımlar içermekte ya da öngörmektedirler. Fakat gelenekler, din ve ahlak kuralları gibi kurallar bütünü düzenlerini bir tarafa bırakarak, konumuzu asıl ilgilendiren hukuk düzeninin öngördüğü yaptırımlara bakılacak olursa, bunların özel isminin "yaptırım" olduğu görülmektedir.⁴

Maddi olma niteliğini taşıyan yaptırımların birçok türleri vardır. Yaptırımlar arasında en eski, en yaygın ve dolayısıyla üzerinde en fazla durulmuş olan ceza hukuku kurumu olarak yaptırımlar, başka bir deyişle "cezalar"dır.⁵ Birçok unsuru bünyesinde barındıran ceza yaptı-

³ Bu kapsamda bakınız; Ramazan Çağlayan, *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)*, Ankara 2006; Yücel Oğurlu, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara, 2000; İl Han Özay, *İdari Yaptırımlar, Kuramsal Bir Deneme*, İstanbul 1985, Guidio Zanobini, *İdari Yaptırımlar* (Çeviren H.Yılmaz Günel), Ankara 1964.

⁴ Özay, s. 14.

⁵ Çağlayan, s. 16.

rımının temel nitelikleri incelendiğinde, bunlardan en başta geleninin, verilen “cezanın” acı verici olma niteliği olduğu görülmektedir. Bu da değişik biçimlerde söz konusu olabilmektedir.⁶

Ceza yaptırımının bir diğer niteliği ise onun korkutucu olmasıdır. Bu durum cezanın önleyici olması bakımından yararlı bir nitelik taşımaktadır. Zira cezanın temel amacı suç işleyebilecek olanları cezalandırmaktır.⁷

Günümüzde ise ceza yaptırımlarına, suçun işlenmesi veya yeniden suç işlenmesine yol açan olguları ortadan kaldırma, yani bir tür “ıslah” işlevi tanınmaktadır.⁸ Bazı davranışların suç olmaktan çıkarılması, ceza yerine idari önlemler ve çeşitli yaptırımlar konulması eğilimi de anılan süreçten itibaren ulaşılmaya başlanan önemli aşamalardır.

Antolisei’ye göre, “Ceza toplum içinde külfetli bir yaptırımdır ve devleti yönetenler, başka hiçbir çare kalmamışsa bu yola başvururlar”.⁹ Yaptırımlar konusunda Anayasal planda en önemli hüküm, hiç kuşkusuz Anayasa’nın 17/3 maddesidir. Söz konusu hükme göre, “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz”. Yine suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen Anayasa’nın 38/8 maddesi gereğince “İdare, kişi hürriyetlerinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım uygulayamaz”. Özellikle bu son hüküm idari yaptırımların genel olarak ifade edilebilmelerinde en önemli formül olmaktadır.

A. Ceza Yaptırımının Genel Özellikleri

Ceza yaptırımı kavramını en geniş anlamda şu nitelikleri ile ifade edebiliriz:

1. Cezalar her şeyden önce kişisel olmalı, ayrıca işlenen suç ile orantılı bulunmalıdır.

2. Ceza yaptırımının bir diğer ve idari yaptırımdan ayrılan özelli-

⁶ Önceleri söz konusu cezalar arasında, bir çeşit “kişisel cezalandırma hakkı” dahi tanınabilmekteydi (Hafızoğulları, s. 143).

⁷ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi* (Çeviren Muhittin Gökülü), İstanbul 1964, s. 122.

⁸ Hafızoğulları, s. 202; Özay, s. 25.

⁹ Aktaran Özay, s. 26.

ği, yargılama faaliyeti neticesinde ve bir yargı kararı şeklinde, Devlet tarafından ve kanuna dayalı olarak verilmesidir.¹⁰

B. Cezaların Yasallığı İlkesi

Cezaların suç ile orantılı olması da kişisellik ilkesi ile doğrudan ilişkilidir. Özellikle tecil gibi kurumların uygulanması nedeniyle veya en az ve en çok haddi yasalarda belirlenen cezaların somut olaya göre karara bağlanmasında, olgular yanında en etken husus, suçlunun kişisel özellikleri, İtalyanca deyim ile “*virtüel suçluluk*”tur.¹¹ Bu nedenledir ki, ceza sorumluluğunun şahsiliği denilen ilkeyi cezaların kişiselliği veya bireyselliği ile suç veya suçlu ile orantılı olmaları şeklinde anlamak yerinde olacaktır.¹²

Latince ifadesi ile “*Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Et Ludicio*” olarak belirtilen, suç ve cezaların yasallığı ilkesi, ceza yaptırımının özelliklerini, bu konudaki temel ilkeleri yansıtan oldukça önemli bir ilkedir. Buna göre, ceza yaptırımı devlet tarafından, bir yargılama faaliyeti neticesinde, yasalarda düzenlendiği şekilde tatbik edilebilecektir. Görüldüğü üzere, ceza yaptırımı ancak, devlet tarafından uygulanabilmektedir. İhkak-ı hak (kendiliğinden hak alma) yasaklanmıştır. Buna göre, cezalar ve güvenlik ancak kanunla konulacak, kanunsuz ceza olamayacaktır.

C. Ne Bis In Idem Kuralı

Bu kural muhakeme hukukunun en temel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır. Öğretide genel olarak kabul edildiği şekliyle, “*ne bis in idem*” kuralı, aynı konu nedeniyle mükerrer yargılama ve cezalandırmanın mümkün olamamasına ilişkin bir ceza hukuku ilkesidir.¹³ Bu ilke ceza yaptırımının en önemli özelliğidir ve yukarıda saydığımız ceza yaptırımının özellikleri arasında kabul edilebilir niteliktedir.¹⁴

¹⁰ Hafızoğulları, s. 151.

¹¹ Özay, s. 30.

¹² Hafızoğulları, s. 152.

¹³ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt: III, İstanbul 1985, n. 1827-28.

¹⁴ Çağlayan, s. 42.

Buna karşılık, ceza yaptırımından farklı olarak, idarenin bir şahsın değişik iki sıfatı ve konumu bakımından ele alıp, aynı fiilden dolayı kendisine iki ayrı yaptırım uygulaması hukuken mümkündür. Çünkü idari yaptırımların tatbikinde, ceza hukukunun ayrı fiilden dolayı değişik esaslara dayanan birden fazla ceza verilemeyeceğine ilişkin kuralı geçerli olmamaktadır.¹⁵

II. İDARİ YAPTIRIMLAR

A. Kavram

Bazı durumlarda, özellikle yasaların açıkça yetki verdiği veyahut da yasaklamadığı hallerde, araya yargısal bir karar girmeksizin, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar, uyguladığı yaptırımlar vardır. Bunlara “*idari yaptırım*” denilmektedir.¹⁶ Bu terim Türk hukukunda geniş bir kabul görmüştür.¹⁷

İdari yaptırımların en önemli özelliği, idare tarafından ve idare hukuku usullerine göre kararlaştırılıp uygulanmalarıdır.¹⁸ İdari yaptırımlar nitelik bakımından ceza yaptırımlarından farklı niteliktedirler. Ceza hukukuna en fazla yaklaşan “*disiplin hukuku*” alanında da görüldüğü gibi, “*disiplin cezaları*” gerçekten ceza hukuku alanındaki anlamları ile birer ceza ve bu cezaları doğuran işlemler de yargısal bir işlem olarak kabul edilmektedir.¹⁹ Buna karşılık idari yaptırımlar, organik anlamda idare tarafından ve araya yargısal bir karar girmeden uygulanmaktadır.

Yargısal makamların idari nitelikteki faaliyetleri, maddi anlamda idare tarafından uygulanan yaptırımlar konusunda biraz daha açıklayıcı olmaktadır. Genel olarak adli teşkilat, yargılama makamlarına nazaran daha geniş kapsamlıdır. Çünkü adli teşkilatın bünyesinde doğrudan doğruya yargılama faaliyetini yerine getirmeksizin maddi açıdan idari işlem niteliğindeki faaliyetlerde bulunan kurumlar da mev-

¹⁵ Lütfü Duran, *İdare Hukuku Meseleleri*, Ankara 1969, s. 610.

¹⁶ Özyay, s. 35.

¹⁷ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul 1966, s. 1491.

¹⁸ Özyay, s. 36.

¹⁹ İsmet Girilti, *Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli*, İstanbul 1979, s.314. Ayrıca bkz. Çağlayan, s. 38.

cuttur. Savcılık, icra ve iflas daireleri gibi kurumların idare örgütü içinde yer almamakla birlikte, idari işlemler de yaptıklarının kabul edilmesi kuraldır.²⁰

Bilindiği üzere yargı kararları, bağımsız ve yargıç güvencesine sahip kimseler tarafından, yargısal usuller izlenerek alınan kararlardır. Bu kabul karşısında, yargısal usullere göre yapılmış olsa dahi, idare teşkilatında görevli kimselerin yaptıkları işlemlerin yargısal nitelikte olmayacağı açıktır. Zira bu gibi görevliler bağımsızlık ve yargıç güvencesine sahip değildirler. Anayasa Mahkemesi'nin kararları da bu yöndedir.²¹ O halde idari yaptırımlar, idare içinde yer alan makam ve mercilerin idari işlem niteliğindeki kararlarıdır.²² İdari nitelik taşıyor olsalar dahi, idare hukuku alanında uygulanan organik ve işlevsel ölçüte göre, idari olarak nitelendirilemeyeceklerdir. Burada yargılama fonksiyonu başlamamış olsa bile, duruşma safhasından önce yargılama faaliyeti artık harekete geçmiş bulunmaktadır.²³

İdarenin yaptırım uygulama yetkisini kullanırken göz önünde bulunduracağı en önemli kural “yasallık ilkesi”dir. Anayasa'nın 123/1 maddesine göre, “İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” İdarenin işlem tesis etme yetkisi bu ilke ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca Kabahatler Kanunu, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Umuru Belediye Müteallik Ahkamı Cezaiye Hakkında Kanun gibi, oldukça fazla sayıdaki yasal düzenlemeler doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yaptırım öngörmekte, idareye yaptırım uygulamak görev ve yetkisini vermektedirler.

İdare ile bireyler arasındaki ilişki başlıca iki grupta toplanabilir: Genel ödevler ve özel ödevler. Özel ödevler alanında idare ile bireyler arasındaki hukuki ilişki, bir tür özel ilişkidir. Bireyin idare karşısında memur, öğrenci olma, kamu kurumu niteliğindeki meslek üyesi olma ve benzeri gibi, kişisel “statüter” bir durumu vardır. İdare, bu statüter

²⁰ Özay, s. 40.

²¹ Anayasa Mahkemesi'nin 26 Aralık 1962 T. ve 1962/211-121 E. ve karar sayılı kararı. Buna benzer kararlar hakkında bir değerlendirme için bakınız; Çağlayan, s. 65.

²² Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, bu Kanununun 119. maddesi hükmü uyarınca çıkarılan kararnameleri idari işlem, dolayısıyla idari yaptırım olarak kabul etmeye imkan bulunmamaktaydı. Zira bunlar faal idare dışında, asıl görevi yargılama olan ve yargı organı içinde yer almış bulunan kimseler tarafından çıkarılmaktaydılar.

²³ Özay, s. 31.

durumun sonucu olarak yaptırımlar uygulamak olanak ve yetkilerine sahiptir. Bu da genel anlamda bir “disiplin hukuku”dur. Ceza hukukuna en fazla yaklaşan idare yaptırım türleri de söz konusu disiplin hukuku alanında görülenleridir. Disiplin hukuku ve yaptırımları, başta ilgili kanunlar olmak üzere tüzük ve yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle en ince ayrıntılarına kadar belirlenmiş bir alandır.²⁴

Anayasa'nın 129/2. maddesine göre, “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez”. Bu hüküm disiplin hukukunun temel bir ilkesini kurala bağlamış ve anayasal güvenceye kavuşturmuştur. Bununla beraber, disiplin cezaları gerçekten ceza hukukundaki anlamları ile birer “ceza” değildir.

Bir diğer önemli konu da, idare ile aralarında statüer bir ilişki bulunmayan bireyler, daha doğrusu yararlanımlar hakkında idarenin yaptırım uygulayabilmesidir. Nitekim ülke sınırları içinde yaşayıp da idare ile hiçbir surette ilişki içine girmeyecek bir birey düşünülemez. Bireyler ve idare arasında bir statüden doğan özel ilişki var olmasa bile ilişkiler bütünü mutlaka mevcuttur.²⁵

Çağdaş yaşamın gerekleri neticesinde çok değişik yaptırım biçimleri ile karşılaşmak olanaklıdır. Bunların arasında belli başlılarını şöyle sıralayabiliriz: Para ve trafik cezaları, meslek ve sanatın tatili, imar ve belediye mevzuatında öngörülen yaptırımlar, Türk parasının kıymetini koruma hakkındaki mevzuat ve diğer ekonomik yasal düzenlemelerden kaynaklanan iktisadi alandaki yaptırımlar, Milli Koruma Kanunu kapsamındaki yaptırımlar, gibi.²⁶

Yaptırımlar bir başka açıdan bireysel ve nesnel olarak da iki ayrı grupta toplanabilmektedir:

1. Bireysel Yaptırımlar

Yabancıların sınır dışı edilmesi, sürücü ehliyetinin geçici olarak geri alınması, bir iş yerinin kapatılması veya dikkatinin çekilmesi, vb.²⁷

²⁴ Giritli, s. 314.

²⁵ Özay, s. 48.

²⁶ Giritli, s. 344.

²⁷ Çağlayan, s. 62.

2. Nesnel Yaptırımlar

Hukuka aykırı davranışları nedeniyle, bireylerin mal varlıkları üzerinde etkisi olan ve onların sahip oldukları bazı şeylerden yararlanmalarının yasaklanmasıdır.²⁸ Para cezaları ve vergi cezaları, zorluluk, tartışmalı olmakla birlikte, el koyma böyledir.²⁹ Kamulaştırmanın da, bedel karşılığı olmakla birlikte, aslında idari yaptırım niteliğinde olma yönü ağır basmaktadır. Ülkemizde özellikle 1940-1946 döneminde, toprağını belirli bir süre işlemeyen çiftçilerin tarlalarının bir yaptırım olarak ellerinden alınması da ilginç idari yaptırımlardan bir tanesi olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁰ Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu ile düzenlenen bu yaptırım türünde, işlenmemekle toprağın topluma verdiği var sayılan soyut zararın giderilmesi ve onarılması amacına yönelik uyarıcı nitelikte bir önlem öngörülmektedir.

Bir ceza olarak, yaptırım, teknik anlamda, idareye tanınan bir subjektif haktır. Uygulama alanı ise idarenin görevlerinin yerine getirilmesinin teminini sağlamaktır. İdari yaptırımlar idare için bir hak teşkil etmekte ve yargıcın fonksiyonuna lüzum olmadan, doğrudan doğruya tatbik edilmektedir. İdari bir kanunun öngördüğü gibi, bir para cezası maliye veya valilik ya da kaymakamlık kanalıyla ve kendi imkanları ile tatbik edilse ve kanunlarda kabahat veya para cezası olarak adı geçse bile, genel ceza hukukuna girmemektedir. Bunlar teknik anlamda kabahat değildir, fakat idare hukuku yaptırımıdır.

Vergi cezalarının da daima bir “*idari*” ceza olduğu söylenebilir. Hatta cezai mahiyet taşıdığı durumlarda bile, polis cezası ve idari vasfı daha ön plandadır. Bunların idari karakteri daha hakimdir.³¹ Günümüzde kabahatlerin esasen cezai olma vasfı büyük çapta bertaraf edilmiş bulunmaktadır. Vergi cezalarında ceza ile tazmin vasfının ikisi bir arada bulunmaktadır. Şayet bugün mali hukuk anlayışı değiştiyse, bundan dolayı mali cezanın, ceza hukuku sahasına girdiği ve bundan dolayı, doğru yöndeki hakim anlayış içinde bulunduğu da söyleyemez. Zira mali yükümlülükler aykırılık kamu idaresi yükümlülüklerine karşı ihlalde olduğu gibi, polis görevlerine riayetsizliği teşkil et-

²⁸ Özay, s. 39.

²⁹ Buradaki “zorluluk”, ceza hukukundaki müsadere ile aynı anlama gelmemektedir (Çağlayan, s. 59-60).

³⁰ Çağlayan, s. 58.

³¹ Özay, s. 61.

mektedir. Tarihi muayyen bir devirde, polis kavramında olduğu kadar önleyici nitelikteki hemen bütün polis cezalarında görülen değişimle birlikte, bunlar da ceza yaptırımına şekline girmişlerdir.

B. İdari Yaptırımların Özellikleri

İdari yaptırımlar ceza hukukunun öngörmüş olduğu yaptırımlardan az veya çok farklı bir hukuksal nitelik taşımaktadır. İlk olarak, idare hukuku yaptırımlarının birer idari işlem olup, uygulanmalarında yargısal usuller değil de, idare hukukuna özgü usullerin geçerli olduğunu söylemek mümkündür. İdari yaptırımlar, idarenin korumakla yükümlü olduğu kamu düzeni ve güvenini, kamu sağlığını, ulusal servetleri gereği gibi koruyabilmesinin bir aracı olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda işlenen suç ile verilen ceza arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uyan bir nispet bulunması gerekiyorsa, yaptırımlar alanında da aynı ilke ve kuralların geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir.³²

İdare hukuku alanındaki yaptırımların da mutlaka önceden yayınlanmış, dolayısıyla bilindiği var sayılan kural işlemlere dayanması gerektiğinde hiçbir kuşku bulunmamaktadır. Danıştay'ın bu konudaki tutumunu çeşitli örnek kararlarından yola çıkarak ortaya koymak mümkündür.³³

“Siyasi güvenliği tehlikeye düşürücü bir eylemde bulunmayan davacının, 1951 yılındaki hükümlülüğü nedeniyle yurt dışına çıkmasının yasaklanmasında isabet bulunmamaktadır.”³⁴

“Hükümlülük tarihinden sonra emniyeti bozucu hali bulunmayan kişinin, pasaport verilmemek suretiyle seyahat hürriyetinin kısıtlanmasında tutarlılık bulunmamaktadır.”³⁵

“Kamu güvenliğini bozucu kabul edilerek toplattırılan kitapların zararının ceza mahkemesinde beraat etmiş olması, toplama işleminin iptalini gerektirmemektedir.”³⁶

³² Çağlayan, s. 103-105.

³³ Danıştay 6.D., 17 Şubat 1965 tarih ve 1962/1714-268 esas-karar sayılı Kararı. Bu gibi kararlar hakkında yapılan değerlendirme için bakınız; Çağlayan, s. 36.

³⁴ Danıştay 12. D., 11 Şubat 1971 tarih ve 1970/1630 esas, 1971/328 karar sayılı Kararı.

³⁵ Danıştay 12. D., 13 Mart 1973 tarih ve 1970/3439 esas, 1973/768 karar sayılı Kararı.

³⁶ Danıştay 8. D., 11 Temmuz 1962 tarih ve 1961/2514 esas, 1962/3378 karar sayılı

Tekrar belirtmek gerekir ki, idarenin bir şahsın değişik iki sıfatı ve konumu bakımından ele alıp, aynı fiilden dolayı kendisine iki ayrı yaptırım uygulaması hukuken mümkündür. Çünkü idari yaptırımların tatbikinde, ceza hukukunun ayrı fiilden dolayı değişik esaslara dayanan birden fazla ceza verilemeyeceğine ilişkin kuralı geçerli değildir.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARENİN YAPTIRIM UYGULAMA YETKİSİ

I. İDARENİN DÜZENLEME YETKİSİ

İdarenin yaptırım uygulamasını davet eden ve hatta gerekli kılan davranışların suç niteliğinde, daha doğrusu suç düzeyinde olmadığı kabul edilmektedir.³⁷

Bilindiği üzere hukuka aykırılık, hukuk düzeni ile bağdaşmayan, hukuk düzenini koyduğu yasa ya da emirleri çiğneyen insan fiilleri hakkında yürütülen bir değer yargısıdır. Hukuk düzeninin yapısı birbirine bağlı bir normlar yığını olduğundan, hukuka aykırı fiilin, hukuk düzeninin bir veya birkaç normuna uymayan bir davranış olduğu, bu bakımdan hukuka ayrılığı "*norma aykırılık*" olarak görmenin mümkün bulunduğu söylenebilir.³⁸

İdarenin kararlaştırıp uyguladığı yaptırımlar klasik anlamda birer ceza değildir. Bununla beraber yaptırımlar, idari karar ve işlemler içinde özel bir yeri olan, herhangi bir icrai karardan çok daha özenle ve dikkatle ele alınmaları, uygulanmalarında çok sıkı şekil ve usul koşullarını gözetme zorunluluğu olan türden işlemlerdir. Yararlanımlar üzerindeki etki ve her kolluk faaliyet ve işlemlerinde olduğu gibi, özgürlükler ile doğrudan ilişkileri, üstelik kamu hizmetlerindeki gibi bir edimin sunulması şeklinde değil de, bireylere bazı şeylerin yaptırılması veya yaptırılmamasının sağlanması biçiminde, onlara yükümler getirmesi nedeniyle, hukuki rejimleri, bu konuların en çok işlendiği alan olan ceza hukukunda doğrudan alınarak, esinlenilerek veya benzetilerek düzenlenmiştir. Bu durumda idari yaptırıma neden olan

Kararı.

³⁷ Zanolini, s. 98.

³⁸ Duran, s. 335.

temel olgunun bir suç veya haksız eylem değil, fakat hukuka aykırı bir durum olduğu sonucuna varabiliriz. Türk idare sisteminde, devlet yetkileri ve işlemleri, esas itibarıyla, bunları kullanan ve yapanların sıfatına, yani organik ve uzvi ölçüte göre değil, konularına, içeriklerine ve etkilerine, yani maddi ölçüte göre nitelendirilmektedir.³⁹ Kaldı ki, idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi sadece tüzük ve yönetmelik yapmaktan ibaret olmayıp, çok daha geniş kapsamlıdır.

Yürütme ve idare, yasamanın yetki verdiği ve münhasıran kendisine ayırmamış olduğu her konuda düzenleme yapabilmektedir. Bu konuda Anayasa'nın 13/2 maddesi kanunla düzenleme konusunda bir sınırlama koyarak, *"Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacak ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmayacaktır."* hükmünü getirmiştir. Temel hak ve hürriyetler ancak *"kanunla"* sınırlanabilecektir.

Yürütme organı ve idarenin genel nitelikteki düzenleyici işlemleri ile *"suç ihdas etmesi"* konusu, 1657 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun ile 1705 sayılı Ticarete Tağşişin Men'i ve İhracatın Murakebesi Hakkında Kanun gibi bazı özel yasaların suç oluşturacak eylem ve davranışların saptanması yetkisini, genellikle Bankalar Kurulu'na veren maddeleri, bir de mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Yetkili makamlar tarafından... verilen bir (buyruk)..."* demek suretiyle, ceza hukukunda suçun kanuni unsuru denilen hususun belirlenmesini yürütme organı veya idarenin kararlarına ya da işlemlerine bağlayan 526. maddesi gibi *"açık ceza normları"* nedeniyle de önem kazanmaktadır.⁴⁰ Söz konusu maddeler doğrudan yaptırım olarak idari yaptırım öngörmüş değillerdir. Bunlar yargı yerleri tarafından kararlaştırılan *"adli"* yaptırımlardır. Dikkati çeken husus, bu cezaları doğuran fiillerin saptanmasının yürütme organı ve idarenin gelecekteki bir tasarrufu ile belirlenmekte olmasıdır.

Bir kanuna dayanmak koşuluyla, idarenin düzenleme yetkisinin sınırsız olduğu söylenmeyecektir. İdare için temel norm ve Anayasa yanında, hukuk düzeninin getirdiği sınırlamalar da uyulması zorunlu bir nitelik taşımaktadır.

³⁹ Özay, s. 94.

⁴⁰ Ancak, günümüz koşullarında bu düşüncenin geçerli olup olmadığı tartışılmalıdır (Çağlayan, s. 26).

II. İDARİ YAPTIRIMLARIN HUKUKSAL NİTELİĞİ

Görüldüğü üzere, yaptırım uygulama alanındaki idarenin faaliyetleri, idari nitelikteki işlemler aracılığı ile yürütülmektedir. Yargı-sallık ile hiçbir ilişkisi bulunmayan disiplin kararları kimi zaman yargısal nitelikte sayılmamaktadır. Ancak, bu gibi kararları veren organ-lar, Anayasa Mahkemesinin kabul ettiği ölçüte göre, yargıç güvence-sine sahip kimselerden oluşan bağımsız yargı yerleri niteliğinde de-ğildirler. Kanaatimizce, yargılama makamı niteliğini taşısa ve yargı-lama usulleri tatbik ediliyor olsa bile,⁴¹ askeri disiplin mahkemeleri-nin kararlarını bu nedenle salt yargısal karar saymak da pek müm-kün görünmektedir.⁴² Tamamen kendine özgü bir nitelik taşıyan aske-ri disiplin mahkemelerinin kararlarının idari yaptırım niteliğinde ka-bul edilmesi de her zaman tartışmaya açık olacaktır.⁴³

A. İdari İşlemin Unsurları Yönünden İdari Yaptırımlar

Bilindiği üzere, idari işlemin konu unsuru, o işlemin doğurduğu sonuçtur. İdari ile aralarında statüler bir ilişki bulunan kamu persone-li, öğrenciler, kamusal meslek kurumları mensuplarını ilgilendiren ve genellikle disiplin konularındaki yaptırımlar ile idare ile yapılmış bir sözleşmeden kaynaklanan geniş anlamı ile yaptırımları bir yana bıra-kacak olursak, en geniş kategoriye oluşturan yaptırımların idari para cezaları olduğu görülmektedir.⁴⁴

İdari para cezalarının bu denli yaygın olmasının nedeni, bir yan-da belediye cezası denilen yaptırımların çok büyük bir çoğunluğunun bu nitelikte olması, diğer yandan, trafik ve imar konuları gibi toplum yaşamının en yoğun alanları, vergiler gibi, hemen hemen ülke üzerin-de yaşayan her gerçek ve tüzel kişiyi ilgilendiren alanlarda, üstelik Ti-carett Ceza Hukuku gibi yeni gelişen konularda da bu tür yaptırımlara başvuruluyor olmasıdır. Ayrıca, hürriyet bağlayıcı cezalar gibi, klasik yaptırımların mümkün olduğu ölçüde terkediliyor olması, suç olmak-tan çıkarılan eylem ve davranışların bir çocuğun idari yaptırım ile kar-

⁴¹ Muzaffer Yasin Aslan, *Askeri Yargıda Savcılık*, Ankara 1998, s. 91.

⁴² Ancak, Anayasa Mahkemesi aksi görüştedir. Bakınız; Anayasa Mahkemesi, 28 Ha-ziran 1966 tarih ve 1963/132 esas, 1966/29 karar sayılı Kararı.

⁴³ Özay, s. 94.

⁴⁴ Çağlayan, s. 56.

şılanma zorunluluğu ve para cezalarının etkili kılınmaları, bu yaygınlaşmada kuşkusuz çok önemli bir rol oynamaktadır.⁴⁵ Ancak bu etki günümüzde, sanıldığı kadar da fazla olmamıştır. Bu alandaki diğer yaptırımlar arasında şu örnekler verilebilir: Park yapma yasağı olan yere konulmuş bulunan bir aracın hiçbir zarar verilmeden çekilmesi, kurallara aykırı davranışları nedeniyle bazı kişi veya firmaların teşvik tedbirlerinden veya hizmetlerinden yararlandırılmamaları, kendilerine verilmiş bulunan izin ve ruhsatların süreli veya süresiz olarak kaldırılması, vb. Aslında idari yaptırımlar ile ilgili örnekler sayılamayacak kadar çoktur. İdari yaptırımların en yaygın olduğu alanlar, mahalli idareler tarafından uygulananlara ilişkin olanlardır.⁴⁶ Zira çok çeşitli mevzuat mahalli idareleri idari yaptırımlar konusunda görevli ve yetkili kılmıştır. Ruhsatsız inşaatların durdurulup mühürlenmesi, tarifelerin düşürülmesi örnek olarak sayılabilir.

İdare, konu unsuru bakımından hapis gibi hürriyeti bağlayıcı cezalar vermeye yetkili bulunmamaktadır. Söz konusu yaptırımların temel hakları ihlal edici nitelikte olması da hukuken mümkün değildir. Ceza öngörülen yasal düzenlemelerde, idareye yaptırım uygulamak hususunda açıkça yetki verildiğinden, sebep yönünden hukuka aykırılıklara nispeten az rastlanmaktadır.⁴⁷ Bu gibi konularda daha çok maksat yönünden hukuka aykırılık durumları ortaya çıkabilmektedir.⁴⁸ Bu durum takdir yetkisinin kullanılması bakımından geçerli olmayacağını kabul etmek gerekmektedir. Bu husus takdir yetkisinin çerçevesini belirleyen yargısal nitelikleri kararlarla belirlemiş bulunmaktadır.

Yaptırım türü bir işlem söz konusu olduğunda, idare genellikle kolluk alanında bir faaliyet göstermekte ve buna bağlı olarak da kolluk yetkilerini kullanmaktadır. Söz konusu yetkiler idarenin ceza yaptırımı uygulanmasının öngörüldüğü durumlarda, adli makamları harekete geçirecek karar ve işlemler bir yana, asıl kendisinin idari yaptırımları doğrudan kararlaştırıp uygulamasını öngördüğü gibi, bu olanaklardan yararlanılmadığı durumlarda veya acele hallerde ise, re'sen icra gücünü de içeren geniş kapsamlı ve etkin bir bütünü oluşturmaktadır.⁴⁹

⁴⁵ Özay, s. 107.

⁴⁶ Çağlayan, s. 61.

⁴⁷ Çağlayan, s. 102.

⁴⁸ Çağlayan, s. 106.

⁴⁹ Özay, s. 116.

Hemen belirtmek gerekir ki, zor kullanmanın söz konusu olabilmesi, yapılacak başka hiçbir şeyin bulunmadığı, daha hafif önlem ve yaptırımların etkili olamadığı veya olamayacağı çok istisnai durumlar için söz konusu olmaktadır.

“İdari kolluk ile adli kolluk arasındaki fark, birincisinin önleyici ve engelleyici, ikincisinin cezalandırıcı olması noktasında değildir... İdari kolluk karşısında adli kolluğu belirleyen husus, berikinin yalnız kanunların suç saydığı fiil ve hareketleri, vukuundan sonra soruşturup kovuşturması, ilkinin cezalandırılması öngörülme-yen fakat kamu düzenini bozan eylem ve durumlara önceden müdahale etmesidir. Hatta idari kolluk, kanunların suç olarak cezalandırdığı, fakat kamu düzenini doğrudan etkilemeyen bazı tutum ve davranışlara göz yumabilir veya bunları engellemeyebilir.”⁵⁰

Yetki unsuru yönünden konuya yaklaştığımızda, ilk önce idare hukuku alanındaki yaptırımların önceden yayınlanmış bir hukuk kuralına dayanması gerektiği sonucuna varırız. Önceden yetki verilmiş olmadıkça idare herhangi bir yaptırım uygulayamaz. Bu durum idarenin hem dışsal, hem de iç işleyişi bakımından oldukça önemlidir.⁵¹ Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 526. ve halen yürürlükte olan İl İdaresi Kanunu’nun 66. maddeleri gibi hükümler, “açık ceza normları” öngörmüşlerdir. Bu durumda hem idare kuruluşlarına ve hem de adli yargı organlarına oldukça geniş bir yetki tanınmış olduğunu ve bu yetkinin yargı kararlarının neticesinde düzenli ve tutarlı bir biçimde kullanılabilirdiği söylenebilir.⁵²

İdari işlemin şekil unsuruna gelince, şekil işlemin konu ve, ona bağlı olarak, maksat unsurunu sakatlamaya kadar varabilecek “komplikasyonları” davet etme gücünde olan bir öğesidir. İşlemin ispatı için gerekli olmasının yanı sıra, asıl önemli olan tarafı, o işlemin hangi makam veya mercii tarafından ve nasıl yapılmış olduğunu ancak şekilden anlaşılabilir olmasıdır.⁵³

Bütün işlemlerini ancak belirli kurallara ve usullere uyarak yapmak zorunda olan idare, yaptırım etkisi olan işlemlerde bunun bir kat daha zorunlu ve önemli olduğunu göz önünde tutmakla yükümlü bu-

⁵⁰ Özay, s. 123-124.

⁵¹ Çağlayan, s. 96-97.

⁵² Özay, s. 138.

⁵³ Çağlayan, s. 98-99.

lunduğundan, yasalaştırılmış olsun ya da olmasın, usul ve şeklin yaptırım nitelikli işlemlerin en önemli unsurlardan –yetki unsuru ile birlikte– ilki olduğunu söyleyebiliriz.⁵⁴ Ayrıca bir takım yargısal kararlar aracılığı ile de bazı ilkelere uyma zorunluluğunun oluştuğunu söylemek mümkündür.

B. İdari Yaptırımların Yargısal Denetimi

Bir hukuk devletinde hukuki uyumsuzlukların çözümü yargı yolu ile olmaktadır. Anayasanın hükümet tasarrufu anlayışını kabul etmeyen düzenlemeleri karşısında, idari yaptırım niteliğindeki idari işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğunu söylemek mümkündür. Hemen belirtmek gerekir ki, yargısal denetim sadece idari yargı organları bakımından söz konusu olmamaktadır. Yasaların yetkili kıldığı durumlarda, adli yargı yerleri de idari yaptırımların yargısal denetimini yapabilmektedirler.

İdare tarafından kararlaştırılan para cezası şeklindeki yaptırımlara karşı itirazlar çoğunlukla adliye mahkemelerine yapılmaktadır. Bunun nedeninin “yerindelik” düşünceleri olduğu kabul edilmektedir.⁵⁵ Ancak idari yaptırımların yargısal denetiminde kural idari yargıdır ve bunun istisnası olarak, kanunla açıkça görevlendirilmiş olduğu durumlarda, adli yargı olmaktadır.⁵⁶

SONUÇ

Buraya kadar yapılan incelemelerden ortaya çıkan sonuç, idari yaptırımların ceza yaptırımlarından tamamen farklı ve kendine özgü niteliklere sahip olduğudur. Günümüzde idari yaptırımların her yönü ile, ceza hukuku alanından ayrılarak kendine özgü bir bağımsızlığa kavuşmuş olduğunu söylemek abartılı olmayacaktır.

İdari yaptırımlar, yargısal denetim ile yakın ilişki içerisinde olmasının yanı sıra, idare hukukunun kendine özgü gelişme alanı içerisinde de yerlerini almışlardır. Günümüzde yaptırım kavramı, ceza hukuku kavram ve kurallarını akla getirmekte ve idari yaptırım denilince

⁵⁴ Özay, s. 138.

⁵⁵ Çağlayan, s. 72.

⁵⁶ Feyyaz Gölcüklü, *İdari Para Cezaları*, Ankara 1963, s. 20.

de idare hukuku ve ceza hukukunun kesiştiği bir alan düşünölmekte ise de, idari yaptırımlar yapısal ve işlevsel bakış açısı içerisinde yepyeni bir nitelik kazanmış bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

- Aslan, Muzaffer Yasin, *Askeri Yargıda Savcılık*, Ankara 1998, s. 91.
- Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Yahut Beşeriyetin Mecellesi* (Çeviren Muhittin Göklü), İstanbul 1964.
- Çağlayan, Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)*, Ankara, 2006.
- Dönmezer, Sulhi-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt: III, İstanbul 1985.
- Duran, Lütfü, *İdare Hukuku Meseleleri*, Ankara 1969.
- Giritli, İsmet, *Kamu Yönetimi Teşkilatı ve Personeli*, İstanbul 1979.
- Gölcüklü, Feyyaz, *İdari Para Cezaları*, Ankara 1963.
- Hafızoğulları, Zeki, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara 1996.
- Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Mahkemesi Hukuku*, Dokuzuncu Bası, İstanbul 1989.
- Oğurlu, Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara, 2000.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul 1966.
- Özay, İl Han, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul 1985.
- Toroslu, Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara 1970.
- Zanobini, Guidio, *İdari Yaptırımlar* (Çeviren H. Yılmaz Günal), Ankara 1964.

KABAHATLER KANUNU VE 5252 SAYILI KANUN'A GÖRE İDARİ PARA CEZASI VE YARGITAY UYGULAMASI

Hüsamettin UĞUR*

Giriş

Kabahatler Kanunu'nun "İdarî Yaptırımlar" başlıklı 3. bölümünde yaptırım türleri düzenlenmiştir. Buna göre, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir (Kab. K. m. 16). İdarî para cezası ise 17. maddede düzenlenmiştir.¹

* Yargıtay Tetkik Hakimi.

¹ "İdarî para cezası

Madde 17.- (1) İdarî para cezası, maktu veya nispi olabilir.

(2) İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.

(3) (Değişik fıkra: 06/12/2006 - 5560 SK m. 32) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idarî para cezalarının ilgili kanunlarında 1/6/2005 tarihinden sonra belirlenen oranın dışındaki kısmı ile Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından verilen idarî para cezaları Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları kendi bütçelerine gelir kaydedilir. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen idarî para cezaları ise, ilgili kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının verdiği para cezaları, kendi kanunlarındaki hükümlere tâbidir. Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde, idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.

(4) (Değişik fıkra: 06/12/2006 - 5560 SK m. 32) Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre

5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11.05.2005 tarih ve 5349 sayılı Kanun ile değişik 7. maddesiyle² "kanunlarda" yer alan ve yaptırımını hafif hapis ya da hafif para cezası veya her ikisi olan fiiller, idari para cezasına dönüştürülmüş ve bu dönüştürmenin esasları belirlenmiştir.

Bu düzenlemenin amacı, kanun koyucu tarafından yeni ceza adalet sistemi içinde suç olarak bulunmasına gerek görülmeyen 765 sayılı TCK ve özel yasalardaki çok sayıda eylemin kabahate dönüştürülmesidir. Bu madde ile de ilgili kanunlarda Kabahatler Kanunu hükümlerine

tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilir. Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kendileri tarafından tahsil olunur. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunur.

(5) İdarî para cezası tamamen tahsil edildikten itibaren en geç bir ay içinde durum, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilir.

(6) Kabahat dolayısıyla idarî para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilatını derhal kendisi gerçekleştirir. İdarî para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.

(7) İdarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirilerek uygulanır. Bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz. Bu fıkra hükmü, nispi nitelikteki idarî para cezaları açısından uygulanmaz."

² 5252 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ilk haline göre, "Özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlarda öngörülen "hafif hapis" cezaları, "hapis" cezasına; "hafif para" cezaları, "adli para" cezasına dönüştürülmüştür." Bu düzenlemenin nedeni 5237 sayılı TCK'nın Hükümet Tasarısında 765 sayılı TCK'da olduğu gibi "cürüm" ve "kabahate" aynı kanun içinde yer verilmesi ve kabahatlere dair ayrı bir kanunun düşünülmemesiydi. Ancak 11/05/2005 tarih ve 5349 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi 5326 sayılı Kanun'la kabahatler konusunda getirilen yeni sistemin, diğer kanunlardaki "hafif hapis cezası" veya "hafif para cezası" içeren hükümlere uygulanmasının daha doğru olacağı düşüncesinden hareketle, maddeyle, 5252 sayılı Kanun'un 7. maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle, söz konusu cezaların idarî para cezasına dönüştürülmesi ve bunun uygulanması hususu düzenlenmiştir. (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss898m.htm>)

rine uygun değişiklik yapılmaya kadar,³ daha önce işlenmiş eylemler hakkında ne suretle hüküm kurulacağı gösterilmiştir.

Kabahat ve Yaptırımda Kanunilik İlkesi

“Kanunilik ilkesi”nin düzenlendiği 4. maddeye göre;

“(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükümün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

(2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.”

1. fıkrada kabahat fiili açısından kanunilik ilkesi esnek tutulup kapsam ve koşulları (çerçevesi) kanunla belirlenen hükümlere bağlı olarak idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle kabahat fiilinin tanımlanabileceği öngörülmüştür. Kapsam ve koşulları belirlenen çerçeve hüküm Kabahatler Kanunu'nun *“Amaç ve kapsam”* başlıklı 1. maddesinin 1. fıkrasında ortaya konulmuştur. Buna göre, bu Kanunun amacı; toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumaktır. İdare, genel ve düzenleyici işlemleriyle kabahat ortaya koyarken ancak toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla hareket edebilir. *“Yasa koyucunun idareye getirdiği bu sınırlama yöneten-yönetilen ilişkisi içinde temel hak ve özgürlüklere saygı ile bağlantılıdır. Bu saygı, maddede açıklanan yasallık ilkesi ile temellendirilir ve ortaya çıkar.”*⁴

2. fıkrada, suçta olduğu gibi kabahatlerde de ceza ve tedbirde kanunilik ilkesi kesin bir ifadeyle dile getirilmiştir. 1. fıkrada kabahat fiili açısından kanunilik ilkesi esnek tutulup idareye, kabahat ortaya koy-

³ 8 Şubat 2008 Tarih ve 26781 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 23. 1. 2008 tarih ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile “hafif hapis” ve/veya “hafif para” cezası içeren çok sayıda yasa da kabahatler Kanunu'ndaki yaptırım sistemine uygun değişiklik yapılmışsa da, bir çok yasa da bugüne kadar uyum amaçlı değişiklik yapılmamıştır. 2918 sayılı Karayolları Trafik K., 5682 sayılı pasaport K., 2820 sayılı Siyasi Partiler K., 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu gibi...

⁴ Yurtcan, Erdener, *Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Beta Basım Yayım, İstanbul 2005, s. 5

ma yetkisi tanınmışken Kabahat karşılığı olan yaptırımlar yönünden bu yetki tanınmamıştır. Böylece idare tüzük, yönetmelik, sirküler gibi düzenleyici işlemleriyle kabahat ortaya koyarken yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği hükme bağlanmıştır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu “İdari para cezası uygulanmasını öngören Yönetmelik kuralının yasal dayanağının bulunmadığı, yasa da yer almayan bir yükümlülüğün yönetmelikle getirilemeyeceğine” karar vermiştir.⁵

İdari Para Cezasının Niteliği ve Sonuçları

Kabahatler Kanunu’nun genel gerekçesine göre;

“Bu fiiller (kabahatler) karşılığında, genellikle parasal nitelikte bir yaptırım öngörülmektedir. Ancak, bu parasal yaptırım, bir ceza hukuku yaptırımı olan “adli para cezası” değil; idarî yaptırım olarak “idarî para cezası” niteliği taşımaktadır.

Belirtmek gerekir ki, her ikisi de belli bir miktar paranın kişiden alınıp Devlet Hazinesine intikalinden ibaret gibi görünürse de; adli nitelikteki para cezası ile idarî nitelikteki para cezası arasında, karar veren merci, yaptırımın infaz sureti, yaptırıma bağlanan kanunî neticeler bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Örneğin, idarî nitelikte bir yaptırım olarak para cezasına, ceza muhakemesi süreci sonucunda mahkeme tarafından hükmedilmez; bu ceza, idarî görev yapan bir kişi veya kurul tarafından verilir. Bu cezalar, adli sicile kaydedilmez, ödenmediği takdirde hapse dönüştürülmez.

⁵ “...bir işyerinde çalıştırılan sigortalılara ait aylık bildirgelerin verilme zorunluluğunun bulunduğu ve bu bildirgenin verilmemesi veya geç verilmesi halinde de idari para cezası uygulanacağını öngörüldüğü, ancak 4 aylık bildirme verme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe uymama ile ilgili herhangi bir düzenlemenin Yasada yer almadığı, ayrıca, 506 sayılı Yasada 4 aylık bildirgenin verilmesi gerektiğini düzenleyen bir hüküm bulunmadığı için, bildirgenin hiç verilmemesi veya geç verilmesi halinde müeyyide uygulanacağı yönünde bir düzenlemenin de bulunmadığı, bu nedenle de yönetmelik hükmüyle böyle bir müeyyide getirilmesinin, yönetmeliklerin kanun ve tüzüklere aykırı olamayacağını öngören Anayasa’nın 124. maddesine aykırılık teşkil ettiği...” (23.2.2006, 2004/2733 E., 2006/54 K., <http://www.danistay.gov.tr/> Danıştay Dergisi 113. Sayı)

İdarî nitelikteki “para cezası”, bir uyarı (ikaz) fonksiyonu gördüğü gibi, kamu açısından oluşmuş olan zararın giderilmesi amacına da hizmet edebilir. Bu nedenle, idarî para cezasının mislî nitelikte olması mümkündür.”⁶

8. maddenin gerekçesinde göre de idarî para cezası, bir ceza hukuku yaptırımını niteliği taşımamakla birlikte; bir kamu hukuku yaptırımını olması dolayısıyla ve uygulanmasıyla güdülen amacın gerçekleştirilmesi için ancak hakkında uygulanan kişi üzerinde etkili olabilmelidir. Bu bakımdan, işlenen kabahat nedeniyle verilen idarî para cezası ile ilgili olarak müteselsil sorumluluk kabul edilmemiştir.

Kabahatler Kanunu kapsamında verilen *idarî para cezalarına ön ödeme uygulanamaz⁷, ertelenemez ve seçenek yaptırıma çevrilemez, ödenmemesi halinde gecikme zammı uygulanmasına karar verilemez ve hapse çevrilemez.⁸*

Tüzel Kişilerin Sorumluluğu

Anayasa'nın 38. maddesindeki “Ceza sorumluluğu şahsidir” hükmüne paralel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesine

⁶ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm>

⁷ “5349 sayılı Kanun’un 3. maddesi ile değişik 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 7. maddesi uyarınca, sanığın eylemine uygulanabilecek müeyyidenin idari para cezasına dönüştürüldüğü cihetle, sanığa ön ödeme önerisinde bulunulması yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulmasına, uygulanabilecek idari para cezasının miktarına göre 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 20/2-d maddesinde yazılı soruşturma zamaşımının dolmuş olması karşısında anılan maddenin 1. fıkrası ve CMUK’nın 322. maddesi uyarınca ilgili kişiye idari para cezası verilmesine yer olmadığına, ön ödeme önerisi sonucu ödenen paranın ilgisine iadesine,” (7. CD. 31.03.2009, 2005/18062 E., 2009/3892 K.)

⁸ “5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 34. maddesi uyarınca belirlenen 100 YTL idari para cezasının ertelenemeyeceği gözetilmeden ertelenmesine karar verilmesi nedeniyle kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden ... Sulh Ceza Mahkemesi’nin 14.06.2005 gün ve 1440-28 sayılı ek kararının 5271 sayılı CMK’nın 309 maddesinin, 4.fıkrasının c bendi uyarınca aleyhe sonuç doğurmamak ve yeniden yargılama yapılmamak üzere bozulmasına,

Sanık Y. B.’a idari para cezası tayin olunması karşısında gecikme zammı alınmasına karar verilemeyeceği gibi, 5275 sayılı Kanunda gecikme zammı alınması yönünde, bir düzenleme bulunmadığı ve bu itibarla kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden, ... Sulh Ceza Mahkemesinin 14.06.2005 gün ve 1440-28 sayılı ek kararının 5271 sayılı CMK’nın 309. maddesinin 4. fıkrasının d bendi uyarınca bozulmasına, gecikme zammı alınmasına ilişkin bölümün hükümden çıkarılmasına, hükmün diğer bölümlerinin aynen bırakılmasına,” (2. CD. 14.05.2008, 2008/10314 E., 2008/8728 K.)

göre; “(1) Ceza sorumluluğu şahsîdir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.

(2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”

Tüzel kişiler hakkında öngörülen güvenlik tedbirleri ise aynı Kanun’un 60. maddesinde “faaliyet izninin iptali ve müsadere” olarak gösterilmiştir. Bunlar da ancak kanunun açıkça belirttiği hâllerde uygulanır. Örneğin “Rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine” hükümlenir (TCK m. 253).

Ancak tüzel kişiler hakkında ceza uygulanamayacağı ilkesi Kabahat oluşturan fiiller için geçerli değildir. Kabahatler Kanunu’nun “Organ veya temsilcinin davranışından dolayı sorumluluk” başlıklı 8/1. maddesine göre, “Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir.”

Yukarıda işaret edildiği gibi madde gerekçesinde de idarî para cezasının, bir kamu hukuku yaptırımı olması dolayısıyla ve uygulanmasıyla güdülen amacın gerçekleşebilmesi için ancak hakkında uygulanan kişi üzerinde etkili olabilmesi açısından idarî para cezası ile ilgili olarak müteselsil sorumluluk kabul edilmemiştir. Zaten Kanun’un “iştirak”e ilişkin 14. maddesinde de, “Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir” hükmü mevcuttur. Ayrıca birçok özel yasada hem tüzel kişi hem de temsilciyi ayrı ayrı sorumlu tutan hükümler bulunmaktadır (5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 3/16, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun’un 5827 SK ile değişik 3. maddesi gibi).

Buna rağmen kanunda müteselsil sorumluluğu engelleyen bir kurala yer verilmediğinden özel yasa ve yönetmeliklerde yer alan düzenlemelerin geçerliliğini koruduğu (5193 sayılı Optisyenlik Hakkında Kanun’un 15, 5307 sayılı LPG ve Elektrik Piyasası Kanunu’nun 16. maddesi yollamasıyla TTK’nun 65. maddesi gibi) belirtilmiştir.⁹

⁹ Yalçın, İsmail, *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 62

Maddenin “tüzel kişi hakkında da idarî yaptırım uygulanabilir” şeklindeki ifade tarzından tüzel kişiye ceza verilmesinin mutlak olmadığı, gerçek kişinin cezalandırılması ile yetinilebileceği, bu hususun takdir yetkisi içinde kaldığı,¹⁰ tüzel kişiye ceza kesildiğinde organ veya temsilciye de ceza kesilmesi ya da organ veya temsilciye ceza kesildiğinde tüzel kişiye de ceza kesilmesini emreden bir yön bulunmadığı, burada sadece tüzel kişilerin de kabahat yönünden sorumlu tutulabilecekleri hüküm altına alınmıştır.¹¹ Örneğin, bir inşaat şirketi veya kooperatifte ücretli olarak çalışan kişinin izinsiz olarak yayaların gelip geçtiği kaldırım üzerine inşaat malzemesi yığılması nedeniyle, Kabahatler Kanunu’nun 32/2. maddesi uyarınca işgal eyleminden dolayı idarî para cezası verildiğinde, şirket veya kooperatif organı olarak yönetim kurulu üyelerine veya şirketin temsilcisi olan müdürüne de idari para cezası uygulanabilir. Ancak şirket veya Kooperatif yetkililerinin bu konuda hiçbir kusurlarının bulunmadığı (örneğin çalışanı sıkı sıkıya tembih ettikleri ve hatta iş sözleşmesinde de bu konuda hüküm bulunduğunun) sabit olması halinde tüzel kişi veya yetkilisine artık ceza verilmeyebilir.

Bazı Suçların Tüzel Kişinin Faaliyeti Çerçevesinde Onun Yararına Olarak İşlenmesi Halinde İdari Para Cezası Verilmesi (Kabahatler K. m. 43/A)

Kabahatler Kanunu’nda “içtima”yı düzenleyen 15/3. maddesine göre “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*”

Bu genel düzenlemeye önemli bir istisna 26.6.2009 tarih ve 5918 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹² ile Kabahatler Kanunu’na eklenen 43/A maddesi ile getirilmiştir. Her şeyden önce anılan Kanun ile TCK, CMK ve Kabahatler Kanunu’nda yapılan değişikliklerin hemen hepsi ülkemizin üyesi olduğu uluslararası kuruluşlar nezdinde yerine getirilmesi

¹⁰ Yurtcan, Erdener, s. 11, aynı görüşte.

¹¹ Güçlü, Yaşar, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 45

¹² 09.07.2009 tarih ve 27283 sayılı *Resmi Gazete*.

gereken yükümlülükleri adına ve “yolsuzlukla mücadele” kapsamında gerçekleştirilmiştir.¹³

Kabahatler Kanunu’na 5918 sayılı Kanun’la eklenen “Tüzel kişilerin sorumluluğu” başlıklı 43/A¹⁴ maddesine göre¹⁵ bir özel hukuk tü-

¹³ Kanun’un genel gerekçesinde “Sınır aşan suçların giderek yaygınlaştığı günümüzde, uluslararası boyutta en fazla tartışılan konulardan birini de “yolsuzlukla mücadele” oluşturmaktadır. Gerek bireysel gerek organize suç örgütleri aracılığıyla işlenen yolsuzluk eylemleri, çok çeşitli suç tiplerini bünyesinde barındırmakta; suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasından, rüşvet, özel ve kamu sektöründe yolsuzluk, tüzel kişilerin sorumluluğu gibi birbiriyle doğrudan ya da dolaylı bağlantılı muhtelif hukuki mülahazaları ilgilendirmektedir. Bu bağlamda, Avrupa Birliği (AB) ile tam üyelik müzakereleri ve Ülkemizin üyesi olduğu Avrupa Konseyi (AK) ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) gibi uluslararası kuruluşlar nezdinde yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerinin bulunduğu, ...Diğer yandan, OECD bünyesinde çalışmalarını yürüten Mali Eylem Görev Gücü (FATF) ve Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Çalışma Grubu Tavsiye Kararları ile Avrupa Konseyi bünyesindeki Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) tavsiye kararları; kara para aklama da dahil olmak üzere yolsuzlukla mücadele ile ilgili mevzuatımızda muhtelif değişiklik çalışmalarını gerektirdiği, ...Bu bağlamdaki uluslararası yükümlülüklerimizi yerine getirmek amacıyla hazırlanan tasarıyla Türk Ceza Kanunu’nda, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ve Kabahatler Kanunu’nda çeşitli değişiklikler yapıldığı” belirtilmiştir.

¹⁴ Eklenen maddenin ruhsat almaksızın kanuna göre yasak olmayan silahları park, meydan, cadde veya sokaklarda görünür bir şekilde taşıyanlara ceza öngören 43. madde ile ilgisi bulunmadığı halde 43/A olarak numaralandırılması kanun tekniği açısından uygun olmamıştır. Daha önce 11/05/2005 tarih ve 5348 sayılı Kanun’la eklenen madde “Ek Madde 1” olarak numaralandırıldığına göre 43/A madde de “Ek Madde 2” olarak numaralandırılmaydı.

¹⁵ “**Madde 43/A-** (1) Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından;

a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun;

1) 157 nci ve 158 inci maddelerinde tanımlanan dolandırıcılık suçunun,

2) 235 inci maddesinde tanımlanan ihaleye fesat karıştırma suçunun,

3) 236 ncı maddesinde tanımlanan edimin ifasına fesat karıştırma suçunun,

4) 252 nci maddesinde tanımlanan rüşvet suçunun,

5) 282 nci maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun,

b) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçunun,

c) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan kaçakçılık suçlarının,

ç) 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun Ek 5 inci maddesinde tanımlanan suçun,

zel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından maddede sayılan suçların tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye on bin Türk Lirasından iki milyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.

Burada ilk olarak anılan suçlar nedeniyle ve ancak mahkumiyetin sonucu olarak tüzel kişiye idarî para cezası verilebileceği düşünülebilirse de maddede anılan suçların tüzel kişinin yararına olarak “işlenmesi” ifadesi kullanılmıştır. Nitekim hükümetin teklif ettiği metinde yetkili mahkemeyi gösteren 2. fıkrada “hüküm kuran mahkeme yetkilidir” ifadesi kullanıldığı halde Adalet Komisyonu’nda bu ifade;

“Madde metnindeki “hükümü kuran” ibaresi, tüzel kişiye idari para cezası verilebilmesi için, mutlaka kovuşturma aşamasının tamamlanarak bir hükümlerle yargılamanın bitirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu durum ise maddede sayılan suçlardan birinin işlendiği ve işlenen suçtan dolayı tüzel kişinin bir yarar elde ettiğinin tespit edilmesine rağmen; herhangi bir nedenle kovuşturmanın başlayamaması veya başlayan kovuşturmanın mahkumiyetle sonuçlanmaması durumlarında tüzel kişiye idari para cezası verilemeyeceği gibi bir netice ortaya çıkarmaktadır. Bu duruma engel olmak amacıyla fıkrada değişiklik yapılmıştır” gerekçesiyle “yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.” şeklinde değiştirilmiştir.

Maddedeki bu değişiklik isabetli olmuştur. Zira maddede sayılan suçlardan birinin işlendiği ve işlenen suçtan dolayı tüzel kişinin bir yarar elde ettiği tespit edilmesine rağmen; suçun faili gerçek kişinin tespit edilememesi, TCK’nın 252. maddesinin ilk dört fıkrasında¹⁶ tanımlanan rüşvet suçunda etkin pişmanlık nedeniyle şahsi cezasızlık halinin varlığı gibi nedenlerle kovuşturmanın başlayamaması veya başla-

d) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8 inci maddesinde tanımlanan terörün finansmanı suçunun,

tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye on bin Türk Lirasından iki milyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.”

¹⁶ 5918 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle TCK’nın 254. maddesine eklenen fıkra ile 252. maddenin 5. fıkradaki yabancı kamu görevlilerine rüşvet verme suçunda etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır.

yan kovuşturmada CMK'nın 223. maddesi kapsamında beraat, düşme, ceza verilmesine yer olmadığına veya davanın reddine karar verilmesi mümkün olup, dava her zaman mahkumiyetle sonuçlanmayabilir.

Burada idari para cezasının maktu olan miktarına göre Kabahatler Kanunu'nun 20/2-a maddesindeki beş yıllık soruşturma zamanaşımı süresine tabi olup 43/A maddesindeki suçların zamanaşımı süresinden kısa olduğu düşünülebilirse de aynı Kanun'un 20/5. maddesine göre kabahati oluşturan fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde suça ilişkin dava zamanaşımı hükümleri uygulanacağından bu yönde bir sorun bulunmamaktadır. Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkili olduğuna göre bu kararlar hangi kanun yoluna (denetimine) tabi olacaktır? İlk olarak 5560 sayılı Kanunla Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesine 7. fıkra olarak eklenen *"Kovuşturma konusu fiilin suç değil de kabahat oluşturduğu gerekçesiyle idarî yaptırım kararı verilmesi halinde; fiilin suç oluşturmaması nedeniyle verilen beraat kararına karşı kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenir"* hükmü bize yol göstermektedir.

Buna göre anılan suçlardan açılan davada CMK'nın 223. maddesine göre beraat, düşme, davanın reddi gibi hükümlerle birlikte tüzel kişiye idarî yaptırım kararı verilmesi mümkündür. Bu hükümlere karşı (temyiz/istinaf) kanun yoluna gidildiği takdirde, idarî yaptırım kararına karşı itiraz da bu kanun yolu merciinde incelenecektir.

Maddede sayılan suçlardan birinin işlendiği ve işlenen suçtan dolayı tüzel kişinin bir yarar elde ettiğinin tespit edilmesine rağmen; herhangi bir nedenle kovuşturma yapılamamış/yapılamayacak ise sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme tarafından Kabahatler Kanunu hükümleri çerçevesinde tüzel kişiye idarî para cezası verilebilecektir. Bu halde ise Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 27/5. maddesi uyarınca *"idarî yaptırım kararının mahkeme tarafından verilmesi halinde, bu karara karşı ancak itiraz yoluna gidilebilir."*

Failin Ölümü ve Tüzel Kişiliğin Sona Ermesi

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Danıştay 13. Dairesi'nin ceza sorumluluğunun bireyselliği ilkesinin, idari para cezaları alanın-

da da geçerli olduğu ve bu cezanın mirasçılardan tahsili olanağı bulunmadığı yönündeki kararını oyçokluğuyla onamıştır.¹⁷

Kabahatler Kanunu'nun bazı maddelerinin uygulamasına ilişkin olarak Maliye Bakanlığı'nca 12 Mayıs 2007 tarih ve 26520 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanan 442 seri no.'lu Tahsilat Genel Tebliği'nde de "Ölüm halinde idari para cezaları hakkında yapılacak işlemler" konusunda buna paralel görüş bildirilmiştir.¹⁸ Anılan tebliğde tüzel kişilere yö-

¹⁷ Danıştay 13. Dairesi'nin 7.4.2006 günlü, E:2005/10067, K:2006/1660 sayılı kararıyla; olayda, davacılar murisi ...'ya verilen idari para cezasının iptali istemiyle bu davanın adı geçenin 1.11.2005 tarihinde ölümü üzerine mirasçılardan tarafından açıldığına anlaşıldığı, ceza sorumluluğunun bireyselliği ilkesinin idari para cezaları alanında da geçerli olduğu, anılan idari para cezasının mirasçılardan tahsili olanağının bulunmadığı, diğer yandan yalnız öleni ilgilendiren idari para cezasıyla ilgili işlemin iptali istemiyle davacıların dava açma ehliyetinin bulunmadığı gerekçeyle 2577 sayılı yasanın 15/1-b maddesi uyarınca davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacılar, işlemin iptalinin gerektiğini, aksi halde cezanın kesinleşeceğini; davalı idare (Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu) ise 6183 sayılı yasanın 7. maddesinin olayda uygulanabileceğini, idari para cezasının mirasçılardan tahsili olanağı bulunmadığı yönündeki gerekçenin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek kararı temyiz etmekte ve bozulmasını istemektedirler.

... Danıştay 13. Dairesi'nce verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, ...anlaşıldığından, tarafların temyiz istemlerinin reddine, Danıştay 13. Dairesi'nin 7.4.2006 günlü, E:2005/10067, K:2006/1660 sayılı kararının onanmasına, 31.5.2007 günü oyçokluğu ile karar verildi. (2006/2914 E., 2007/1316 K.)

KARŞI OY: İdari para cezasının tahakkuk ettirilmesinden sonra, anılan ceza kamu alacağı haline dönüşmüştür. Bu nedenle, mirasçılardan tahsil edilebilir nitelikteki bu cezaya karşı davacıların dava açma ehliyeti bulunmaktadır. Açıklanan nedenle, davacıların temyiz isteminin kabulü ile işin esası incelenerek bir karar verilmek üzere Daire kararının bozulması gerektiği oyuyla karara karşıyız.

¹⁸ "...6183 sayılı Kanun'da adli ve idari para cezalarının amme borçlusunun ölümü halinde terkin edilip edilmeyeceği hususunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasında "Ceza sorumluluğu şahsidir." hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın bu hükmü ile şahısların işledikleri idari veya adli suçlara istinaden gerek adli gerekse idari merciler tarafından verilen cezaların yalnızca o kişiye yönelik olarak infaz edilmesi gerektiği hüküm altına alınmaktadır.

Diğer taraftan, ...5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun; "Ceza sorumluluğunun şahsiliği" başlıklı 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "(1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz." hükmü, "Sanığın veya hükümlünün ölümü" başlıklı 64. maddesinde de "(1) Sanığın ölümü halinde kamu davasının düşürülmesine karar verilir. ..." hükmü yer almaktadır.

İdari para cezalarının düzenlendiği özel kanunlarda, cezaya muhatap olan kişilerin ölümü halinde idari para cezalarının mirası reddetmemiş mirasçılardan takip edilip edilmeyeceği yönünde ayrıca bir hüküm bulunmaması koşuluyla, Anayasanın 38 inci maddesinde yer verilen "Cezaların Şahsiliği" ilkesi gereğince, bu

nelik olarak verilen adli veya idari para cezalarının tüzel kişiliğin mal varlığından tahsil edilememiş olması nedeniyle, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre sorumlu tutulan ortaklar ve/veya kanuni temsilcilerin ölümü halinde, cezaya tüzel kişilik muhatap olması nedeniyle, mirası reddetmemiş mirasçılardan bu alacakların takibine devam edileceği belirtilmiştir. Failin ölümü halinde idari tedbirlerin uygulanıp uygulanmayacağına dair kanun ve Tahsilat Genel Tebliği'nde bir açıklık bulunmamaktadır. İdari tedbirler kamu sağlığı ve güvenliği için uygulandığından örneğin sağlığa uygun olmayan bir gıda üretim işyerinin uygun şartları sağlayana kadar kapatılması, zehirli atık saçan bir fabrika'nın filtre taktırana kadar faaliyetine son verilmesi... gibi durumlarda failin ölümü veya söz konusu işyerinin el değiştirmesi halinde bile gerekli uygunluk sağlanmamışsa idari tedbirin uygulanmasının devam etmesi gerekecektir. Ancak uygulanan yaptırım bir nevi idari ceza ise; (trafikten men edilen aracın el değiştirmesi, satış fişi vermeyen işyerinin belli bir süre kapatılması gibi...) ve bu arada işyeri sahibi yani kabahatli ölmüşse cezaların şahsiliği ilkesi gereğince uygulanan idari cezanın da sonlandırılması gerekecektir.¹⁹

İdari para cezasına muhatap tüzel kişiliğin varlığının sona ermesi halinde ne olacaktır? Bu konu da öğretilerde tartışılmış ve bunun özel kişilerin ölümü gibi değerlendirilmesinin hatalı olacağı belirtilerek, tüzel kişilerin varlıkları son bulsa bile tasfiye sonucu ortaya çıkacak bakiyeden idari para cezalarının tahsili gerektiği, aksi düşüncenin yüklü miktarda idari para cezasına muhatap olan tüzel kişilerin ortaklarının tüzel kişiliği sona erdirerek bu yaptırımları etkisizleştirmelerine kapı açacağı vurgulanmıştır.²⁰

Kabahatler Kanunu'na Göre İdarî Para Cezaları

- **İdarî para cezaları maktu (kat'î, kesin, pazarlıksız) olabilir.** Örneğin *"Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir"* (Kab. K. m. 33/1). Bu şekilde kesin olarak belirlenmiş miktar içeren ce-

idari para cezalarının tahsilinden vazgeçilmesi icap etmektedir." (Bu konuda ilk tebliğ 16/12/2005 tarih ve 26025 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 437 Seri no.'lu Tahsilat Genel Tebliği olup, 442 seri no.'lu Tebliğin yayımı ile yürürlükten kaldırılmıştır.)

¹⁹ Güçlü, Yaşar, s. 160

²⁰ Güçlü, Yaşar, s. 155

zalarda, cezayı verecek olan idarî kurul, makam veya kamu görevlisinin ceza tayininde takdir hakkı bulunmamaktadır. Maktu para cezasında uygulayıcıya takdir hakkı tanınmadığına göre idari ceza; yasal düzenlemeyi yapan kanun koyucu tarafından hukuka aykırı olan kabahat fiilinin haksızlık içeriği esas alınarak; eylemin nitelik ve niceliğine uygun, orantılılık ilkesi gözetilerek belirlenmelidir. İdari cezanın şekli, miktarı iyi tespit edilmeli; yaptırım, toplumda adalet ve idareye olan güveni sarsıcı nitelikte olmamalıdır.²¹

- **İdarî para cezaları nisbi (bir nisbete bağlanmış; belli bir orana, değere, sayıya endeksli) olabilir.** 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3/11. maddesine göre "*İthal, lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk ve yeterlilik belgesine tabi olan eşyayı, aldatıcı işlem ve davranışlarla ithal eden kişiye, eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı idari para cezası verilir. Eşyanın değersiz, artık veya atık madde olması durumunda, idarî para cezası; dökme halinde gelen eşya için ton başına beşbin Türk Lirası, ambalajlı gelmesi halinde kap başına yüz Türk Lirası olarak hesaplanır.*"

Nispi para cezalarında da cezayı verecek olan makam veya görevlinin ceza tayininde takdir hakkı bulunmamaktadır. Ancak ceza miktarı her zaman kolayca belirlenemeyebilir. Bu hallerde ceza miktarının belirlenmesi için ilgili idare veya kuruluştan cezaya esas olan miktar (örneğin asgari ücret) sorulabilir,²² gerekirse "*gümrüklenmiş değer*", "*ra-yiç değer, satış bedeli*"²³ veya "*proje bedeli*"nin²⁴ tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılabilir.

²¹ Güçlü, Yaşar, s. 72

²² 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun ek 1. maddesine göre "*İlgili idarelerce, bu fıkra hükümlerine aykırı hareket eden işveren veya vekilleri hakkında, çalıştırmadığı kişi başına ve çalıştırmadığı her ay için o yıl için tespit edilen asgari ücretin 10 katı para cezası verilir.*"

²³ 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Gelirleri Kanunu'nun 6. maddesine göre "*Bu Kanunun 1. maddesinde belirtilen cihazların bandrolsüz veya etiketsiz satışını yapan imalatçı veya ithalatçıya Kurum tarafından bandrolsüz veya etiketsiz satılan veya satışa arz edilen her cihaz için cihazın satış bedeli kadar idarî para cezası verilir. Bu cihazları bandrolsüz veya etiketsiz satın alan, devralan veya kullananlara bandrolsüz veya etiketsiz her bir cihaz için cihazın rayiç değerinin yarısı kadar idarî para cezası verilir.*"

²⁴ 2872 sayılı Çevre Kanunu m. 20/e'ye göre "*Çevresel Etki Değerlendirmesi sürecine başlamadan veya bu süreci tamamlamadan inşaata başlayan ya da faaliyete geçenlere yapılan proje bedelinin yüzde ikisi oranında idarî para cezası verilir.*"

- İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir.

Örneğin “Meydanlara veya parklara, cadde veya sokak kenarlarındaki kamuya ait duvar veya alanlara, rızası olmaksızın özel kişilere ait alanlara bez, kâğıt ve benzeri afiş ve ilân asan kişiye, yüz Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir” (Kab. K. m. 42/1). Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur (Kab. K. m. 17/2). Böylece cezanın alt ve üst sınırı gösterilen hallerde ilgili makam veya görevlinin ceza tayininde takdir hakkı bulunmakta ise de bu hak keyfi olarak kullanılamaz.²⁵ Burada “kabahatin haksızlık içeriği” ifadesinden fiilin haksızlık derecesi ve yol açtığı neticeler, “failin kusuru” ifadesinden de failin kast veya kusurunun ağırlığı anlaşılmalıdır.²⁶ Kabahatler Kanunu’nun 17/2. maddesi, bir anlamda alt ve üst sınır arasında temel cezanın belirlenmesini düzenleyen TCK’nın 61 ve takdiri indirim nedenlerine bağlı olarak cezada indirim öngören 62. maddelerine paraleldir. Ancak 17/2. maddeye göre kabahatlerde idari para cezasının miktarı belirlenirken kanunda öngörülen alt ve üst sınır arasında bir miktar belirlenebilir, alt sınırın altına inilemez.

İdarî para cezasının miktarı belirlenirken göz önüne alınacak bir unsur da failin ekonomik durumudur. Amaç failin bundan sonraki davranışlarında hukuk kurallarına uygun hareket etmesini sağlamak olmalıdır. İdarî para cezaları failin ekonomik olarak çökertilmesi amacıyla kullanılmalı, işini yürütmesini, toplum içinde yaşamasını sağlayan ekonomik koşullarını ağır derecede zorlaştıracak nitelikte “oran-

²⁵ Gökcan, Hasan Tahsin, Kabahatler Kanununa Göre İdarî Para Cezalarının Uygulanması, *Türk Hukuk*, Kasım 2005, Sayı 104, s. 18.

²⁶ Kabahatler Kanunu’nun genel gerekçesine göre “Haksızlıklar arasında bu yönde bir tasnif yapılması durumunda; bu tasnifte, hukuka aykırı olan fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği esas alınmalıdır.

Bu bakımdan, esasen hukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayırım yapılması, bir nitelik farkı oluşturmamaktadır. Söz konusu tasnif, haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır. Bu tasnif, haksızlıklar arasında sadece bir işlem farklılığı doğurmaktadır.

Örneğin, suçlar kural olarak ancak kasten işlenebilirler. Eğer kanunda açıkça belirtilmişse, taksirle işlenen fiil de istisna olarak suç oluşturabilir. Buna karşılık, Tasarıda benimsenen sisteme göre, kabahat türünden haksızlıklar kural olarak hem kasten hem de taksirle işlenebilirler. Ancak, sadece kasten veya taksirle işlenebilen fiilin kabahat oluşturabileceği konusunda kanunda hüküm bulunabilir.”

tısız" olmamalıdır.²⁷ Aksi halde Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca idarî para cezasına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulması halinde "takdir hakkı" bu ölçülere göre denetlenecek ve 5560 sayılı Kanun ile 27. maddeye 9. fıkra olarak eklenen hükme göre "İdarî para cezasının alt ve üst sınırının kanunda gösterildiği kabahatler dolayısıyla verilmiş idarî para cezasına karşı başvuruda bulunulması halinde, mahkeme idarî para cezasının miktarında değişiklik yaparak da başvurunun kabulüne" karar verebilecektir. Bu durumda mahkemece idarî para cezasının miktarında değişiklik yapılırken bizim de katıldığımız bir düşünce olarak "aleyhe bozma yasağı nedeniyle başvuranın aleyhine cezanın arttırılmaması gerektiği" ileri sürülmüştür.²⁸

Kabahatler Kanunu'nun 17/2. maddesine benzer bir düzenlemeye 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesinde yer verilmiştir.²⁹

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 146. maddesinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararıyla ve gerekçesi belirtilmek suretiyle, bu Kanun kapsamındaki kuruluşlara verilecek idarî para cezası düzenlendikten sonra anılan maddenin son fıkrasında "Kurul bu madde uyarınca verilecek cezaları bu Kanununun 68, 69 ve 70 inci maddeleri uygulanan bankalar için yüzde ellisine, 71 inci maddesi uygulanan bankalar için ise yüzde yüzüne kadar indirmeye yetkili" olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre "...mahkemelerce verilen idari yaptırım kararları bakımından yasa yararına bozma istenebileceği, buna mu-

²⁷ Gökcan, Hasan Tahsin, a.g.m., s. 19.

²⁸ Güçlü, Yaşar, s. 75. CMK'nın 307/4. maddesine göre "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262. maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz." Doğal olarak idarî yaptırım kararına karşı, bu yaptırıma muhatap kişiler Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemesine başvurmaktadır. Mahkemece idarî para cezasının miktarında başvuranın lehine değişiklik yapılarak "başvurunun kabulüne" karar vermesi halinde, ceza miktarı olarak kesin nitelikte değilse idarece bu karara karşı ağır ceza mahkemesine itiraz edilmesi üzerine, "itirazın kabulüne" veya "itirazın reddine" karar verilecektir.

²⁹ "Kurul, üçüncü fıkraya göre idarî para cezasına karar verirken, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında, ihlalin tekerrürü, süresi, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin piyasadaki gücü, ihlalin gerçekleşmesindeki belirleyici etkisi, verilen taahhütlere uyup uymaması, inceleme yardımı olup olmaması, gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel zararın ağırlığı gibi hususları dikkate alır."

kabil idari merciler tarafından verilen idari yaptırım kararına yönelik başvuru ve itiraz üzerine sullivan ve ağır ceza mahkemelerince verilecek kararların yasa yararına bozma istemine konu edilemeyeceğinin kabulü, çelişki ve eşitsizlik yaratacak; bu tür kararların Yargıtay denetimi dışında kalması sonucunu doğuracaktır. Bu yasal değişiklikler ve yeni düzenlemeler karşısında Ceza Genel Kurulunun 21.12.2004 gün ve 189-225 sayılı kararında belirtilen neden ve gerekçeler ortadan kalkmış bulunduğundan, idari yaptırımlara itiraz üzerine adlî mahkemelerce verilip kesinleşen kararlara karşı yasa yararına bozma yoluna başvurulması mümkün”dür.³⁰

Ancak CGK'nın yerleşmiş kararlarına göre kanun yararına bozma denetiminin konusu, maddi ve yargılama hukukuna ilişkin hukuka aykırılıklardır. Takdirin hatalı kullanılmasına ilişkin hususlardaki hukuka aykırılıklar, örneğin; temel ceza miktarının saptanmasında kullanılan ölçütlerin hatalı takdir edilmesi, cezada artırma ve indirme yapılırken kullanılan oranların seçimindeki isabetsizlik gibi hususlar, yasa yararına bozma konusu edilemez.³¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi de bu gerekçeyle Kabahatler Kanunu'nun 17/2. maddesine aykırı olarak idarece fazla ceza tayin edildiğine dair kanun yararına bozma talebini reddetmiştir.³²

³⁰ CGK.16.05.2006, 2006/9-23 E., 2006/141 K.

³¹ CGK. 19.02.2008, 2008/5-19 E., 2008/31 K.

³² “3213 sayılı Maden Kanunu'na aykırı davranmaktan ..Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden işleri Genel Müdürlüğünün 22.12.2005 tarih ve 46671 sayılı yazıları ile İçel Valiliği İl Özel İdare Müdürlüğüne yazılan yazıda, I (a) grubu maden işletme ruhsatlarının mevzuata uygun olarak koordinatlarının yeniden düzenlenerek gönderilmesinin istenilmesi üzerine Mersin İl Özel İdaresi'nin 09.02.2006 tarih ve 5-2/775 sayılı yazı ile R. C. isimli maden mühendisinin teknik nezaretçi olarak görevlendirilerek, I (a) grubu işletme ruhsatlarının tekrar incelenmesinin istenildiği, bu işlemlerin sonucu beklenilmeden 31.01.2006 tarihli maden ocağı inceleme raporuna dayanılarak, mahallindeki incelemenin teknik elaman olmaması sebebiyle yetersiz olduğu kabul edilmesine rağmen Mersin İl Özel İdaresi İl Encümeni'nin 15.02.2006 tarih ve 81 sayılı kararı ile 1.480.059.00 Yeni Türk lirası idari para cezasının verildiği, para cezasının belirlenmesinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17/2. maddesindeki “idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.” ilkesine uymayacak şekilde fazla ceza tayin edildiği gözetilmeden itirazın kabulü yerine, reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş ve...anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla...; ^{26.10.1932} gün ve 29/12 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı kanuna muhalefet hallerini açıklamış ve bu halleri uygulamadaki yanlışlıklar ile esas hükme etkili olan usul yanlışlıklarından ibaret olduğunu belirtmiştir.

^{Bu} itibarla tüm deliller toplanıp değerlendirilmesi yapıldıktan sonra verilen ve

Kabahatler Kanunu'nda İdari Para Cezaları İçin Alt ve Üst Sınır Tayin Edilmemiştir

5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinde veya 765 sayılı TCK'nın 19 ve 24. maddelerinde olduğu gibi Kabahatler Kanunu'nda idari para cezaları için asgari veya azami bir sınır çizilmemiş, bir başka ifadeyle alt ve üst had tayin edilmemiştir. Bu hususun kanun koyucunun gözünden kaçtığı düşünülebilirse de³³ böyle bir kanaate varmak kolay değildir. Çünkü aşağıda değinileceği gibi 5252 sayılı Kanun'la kanunlarda, "hafif hapis" veya "hafif para" cezası olarak öngörülen yaptırımlar, idari para cezasına dönüştürülürken geçiş sürecine mahsus olarak "hafif hapis" cezasının üst sınırının belirtilmediği hallerde, idari para cezasının hesaplanmasında esas alınacak gün sayısının üst sınırının, yedi yüz otuz gün olacağı, sadece "hafif para cezası"nın öngörülüp cezanın alt veya üst sınırının belirtilmediği hallerde, idari para cezasının, yüz yirmi milyon Türk Lirasından az, on sekiz milyar Türk Lirasından fazla olamayacağı şeklinde alt ve üst sınır gösterilmişken bu konuda asıl kanunda düzenleme yapılmasının unutulduğu söylenemez.

Ancak şunu söyleyebiliriz: Kabahatler Kanunu'nda "tekerrür" hükümlerine de yer verilmemiş, daha doğrusu hükümet tasarısında 22. madde³⁴ olarak yer verilip kabahatlerde tekerrür hükmüne gerek görülmediğinden Adalet Komisyonu'nda metinden çıkarılmıştır.³⁵ Bu-

Yargıtay'ca incelenmeksizin kesinleşen hükümlerde delil ve taktirde hataya düşüldüğünden bahisle kanun yararına bozma yoluna gidilemeyeceğinden, kanun yararına bozma isteminin reddine," (7. CD. 29.04.2009, 2006/13765 E., 2009/5233 K.)

³³ Ekinci, Mustafa, *Anlatımlı Gerekçeli Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005, s. 77

³⁴ "Madde 22.- (1) İdarî para cezasına ilişkin karar verildikten sonra aynı kabahatin tekrar işlenmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanır. Bir kabahati oluşturan farklı seçimlik hareketlerin işlenmesi halinde de, aynı kabahatin varlığı kabul edilir.

⁽²⁾ Tekerrür halinde, idarî para cezası yarı oranında artırılır.

⁽³⁾ İdarî para cezasının tamamen yerine getirilmesinden itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen kabahat açısından, önceki kabahat, tekerrüre esas teşkil etmez."

³⁵ Kanaatimizce "kabahatlerde tekerrür hükmüne gerek görülmemesi" ifadesi "Kabahatler Kanunu'nda..." şeklinde anlaşılması kaydıyla isabetlidir. Çünkü tekerrür uygulamasıyla "para cezasının yarı oranında artırılması" mevzuatımızdaki kabahat eylemleri ve bunlar için öngörülen diğer tedbirler gözetildiğinde yeterli olacaktır. Bu nedenle genel olarak tekerrür yerine kabahat fiilinin özelliğine, korunan hukuki yarar ve ihlal edilen değerlerin ağırlığına göre her yasanın uygun düzenleme yapılması -ki yapılan budur-daha isabetlidir.

nun gibi kabahat teşkil eden eylemler için idari para cezası öngörülürken, bu Kanun'un genel hükümlerinin idarî para cezası gerektiren diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı (Kab. K. m. 3) gözetildiğinde bağlayıcı bir sınır koymak yerine, tekerrürde olduğu gibi suçlara göre daha kazuistik düzenlemeler gerektiren, belki yüzü aşkın özel ceza yasası veya ceza içeren yasada yer alan kabahat eylemlerinin niteliği ve niceliğine göre³⁶ para cezasını belirlenmesi daha isabetli görülmüştür.³⁷

Nispi nitelikte olanlar hariç, idarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen *yeni-den değerlendirme oranında artırılarak uygulanır*. Bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz.

5252 Sayılı Kanun'un 7. Maddesi Hükümüne Göre İdari Para Cezasının Hesaplanması

5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 11.05.2005 tarih ve 5349 sayılı Kanun ile değişik 7. maddesiyle "*kanunlarda*"³⁸ yer alan ve yaptırım hafif hapis ya da ha-

³⁶ Kanun'un amacı 1. maddede "toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak" olarak tanımlanmıştır. 7. maddeye göre kabahat, icraî veya ihmali davranışla işlenebilir. 9. maddeye göre ise kabahatler, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir.

³⁷ 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinde de suçlar için adli para cezası tam gün sayısı olarak ifade edilirken, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenmiş, aksine hüküm içeren para cezalarına olarak da; örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinde nitelikli zimmet için; meydana gelen zarardan ayrı olarak ve bankanın uğradığı zararın üç katından az olmamak üzere yirmi bin güne kadar adli para cezası, aynı şekilde 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde de ithali kanun gereği yasak olan eşyayı ithal eden kişilere, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren suç oluşturmadığı takdirde ve 4. maddedeki nitelikli haller ayrı olmak üzere hapis cezası ile birlikte yirmi bin güne kadar adli para cezası gösterilebilir.

³⁸ "...Görüldüğü gibi başlangıçtaki hüküm, sadece özel ceza yasaları ile ceza içeren yasalardaki hafif hapis ve hafif para cezalarının dönüştürülmesi ile sınırlı iken, sonradan yapılan düzenlemeyle tüm yasaları kapsar hale gelmiştir. 5252 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu tüm ek ve değişiklikleri ile yürürlükten kaldıran yasa koyucu, yürürlükten kaldırdığı bir yasadaki yaptırım sisteminin değiştirilmesini başlangıçta gereksiz görmüş, ancak, 765 sayılı Kanun'un lehe yasa olması nedeniyle uygulandığı hallerde bir kısım duraksama-

fif para cezası veya her ikisi olan fiiller, idari para cezasına dönüştürülmüş ve bu dönüştürmenin esasları düzenlenmiştir. Buna göre;

“Kanunlarda, “hafif hapis” veya “hafif para” cezası olarak öngörülen yaptırımlar, idari para cezasına dönüştürülmüştür. İdari para cezasının hesaplanmasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 52 nci maddesi hükümleri uygulanır. İlgili kanunda “hafif hapis” cezasının üst sınırının belirtilmediği hallerde, idari para cezasının hesaplanmasında esas alınacak gün sayısının üst sınırı, yediyüzotuzdur.

(2) *Kanunlarda, “hafif hapis cezası” ile “hafif para cezası”nın seçimlik olarak veya birlikte öngörüldüğü hallerde, idari para cezası yaptırımının belirlenmesinde “hafif hapis cezası” esas alınır.*

(3) *Kanunlarda, sadece “hafif para cezası”nın öngörüldüğü ve cezanın alt veya üst sınırının belirtilmediği hallerde, idari para cezası, yüzyirmimilyon Türk Lirasından az, onsekizmilyar Türk Lirasından fazla olamaz.*

(4) *Bu madde hükmüne göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir.”*

Ancak 5349 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi “5326 sayılı Kanun’la kabahatler konusunda getirilen yeni sistemin diğer kanunlardaki hafif hapis veya hafif para cezası içeren hükümlere uygulanmasının daha uygun olacağına düşünüldüğü ve bundan hareketle 5252 sayılı Kanun’un 7. maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle söz konusu cezaların idari para cezasına dönüştürülmesinin düzenlendiği” belirtilse de; hafif hapis cezasının idari para cezasına nasıl, hangi hesapla dönüştürüleceği hususu açıklanmadığından madde hükmü haklı olarak öğretilmiş ve tartışılmış, ciddi sakıncalar ve tereddütler içerdiği, hatta bu konuda boşluk bulunduğu belirtilmiştir.³⁹

ların doğması üzerine, yasa koyucu 5349 sayılı Kanun ile yaptığı değişiklikle, amacın 765 sayılı kanunlardaki yaptırım sistemini dışlamak olmadığını açıkça ortaya koymuştur. Maddenin yeni düzenlemesi bu haliyle tüm yasalar için uygulanabilir hale gelmekle, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun da kapsadığı açıktır. Aksini ileri sürmek yasa koyucunun iradesiyle bağdaşmamaktadır.

Yargıtay C. Başsavcılığının, 5252 sayılı Kanun’un 7. maddesindeki düzenlemenin 765 sayılı TCK’daki hafif hapis ve hafif para cezalarını kapsamadığına ilişkin itiraz nedeni isabetli değildir.” (CGK. 11.07.2006, 2006/-2-190 E., 200/186 K.)

³⁹ “5252 sayılı Kanun’un 7. maddesi ... bizce yerinde olmamıştır; ciddi sakıncalar ve tereddütler içermektedir. 5237 sayılı TCK’nın söz konusu 52. maddesi yalnızca adli para cezalarının belirlenmesine ilişkindir. Ayrıca hem gün sayısı hem de bir gün karşılığı para tutarının belirlenmesi, detaylı araştırmayı, sanık hakkında

Gerçekten de eskiden 647 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre ağır hapis hariç, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, ... mahkemece; (Değişik bend: 28/07/1999-4421/3 m.) Kabahatlerde beher gün karşılığı bir milyon ila iki milyon lira hafif, cürümlerde iki milyon ila üç milyon lira hesabıyla ağır para cezasına çevrilip yeniden değerlendirilme oranında arttırılmakta idi. 5083 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun" ve bu kanunda değişiklik yapan 5335 sayılı Kanunla cezaların hesaplanmasında bir Yeni Türk Lirasının (1 YTL) altında kalan tutarların dikkate alınmayacağı hükmü getirildiğinden kabahatler için 647 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre hafif hapisten çevrili para cezasının alt sınırı daima 1 YTL olarak kalmaktaydı.

5252 sayılı Kanun'un 5349 sayılı yasayla değişik 7. maddesiyle atfı yapılan 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesinde *adli para cezası* düzenlenmekte ve beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanacağı, en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edileceği" belirtilip 61. maddede ise işlenen suç için kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde göz önüne alınacak unsurlar ayrıca ortaya konulmuştur.⁴⁰

Uygulamada üç farklı görüş ve hesaplama yöntemine rastlanmaktadır:

a. 765 sayılı TCK ve uyum çalışması yapılmayan kanunlarda yer alan "hafif hapis" cezaları 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen kaba-

kovuşturma (yargılama) yapmayı gerektirmektedir. En azından ön ödemeye ilgili 75. maddedeki gibi hapis cezasının paraya dönüştürülmesinin nasıl yapılacağına açıkça gösterilmesi gerekliydi. Bize göre bu konuda eksiklik ve hatta boşluk bulunmaktadır." gibi, Karagülmez, Ali, *Suç Olmaktan Çıkarma, İdari Para Cezaları, Açıklamalı Kabahatler Kanunu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 359-361

⁴⁰ "Cezanın Belirlenmesi

Madde 61 - (1) Hâkim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezaı belirler."

hatlerde günlüğü kaç liradan idari para cezasına çevrilecektir? Suç tarihine göre 647 sayılı Kanun'un 4. maddesi ve 5335 sayılı Kanun'la değişik 5083 sayılı Kanun hükümleri gözetilerek 1 YTL (TL) sonuç hafif para cezası bulunduktan sonra 5252 sayılı Kanun'un 7. maddesi yollamasıyla 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesine göre mi idari para cezasına çevrilecek?

b. 1 gün hafif hapis cezasının günlüğü 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesi uyarınca 20 YTL'den hesaplanarak örneğin 1 ay karşılığı 600 Lira idari para cezasına mı hükmedilecek?

c. “*Hafif hapis cezası*” ile “*hafif para cezası*”nın birlikte öngörüldüğü hallerde, idari para cezası yaptırımının belirlenmesinde sadece “*hafif hapis cezası*” mı esas alınacak, yoksa “*hafif hapis cezası*”, usulünce idari para cezasına dönüştürüldükten sonra hafif para cezası da ayrıca idari para cezasına çevrilip her ikisi toplandıktan sonra mı sonuç idari para cezası belirlenecektir?

Kısaca sorun, 5252 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle atıf yapılan 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesi, hafif hapis cezası idari para cezasına çevrilirken sadece yöntem olarak mı esas alınacak, yoksa bir gün hafif hapis karşılığı olarak takdir edilecek miktar da yirmi Türk Lirası olarak mı takdir edilecektir? (b) şıkkındaki ikinci görüşün benimsenmesi halinde yasadaki hafif hapis cezasının alt sınırının esas alınacağına ve günlüğünün ön ödemede olduğu gibi asgari miktar olan 20 Liradan hesaplanacağına ilişkin açık ve bağlayıcı bir hüküm bulunmadığına göre kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak hafif hapis cezasının bir günü en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirasından idari para cezasına çevrilmesi yönündeki bir uygulamayı da kabul etmek gerekecektir.⁴¹

⁴¹ Çünkü bu konuda ister 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesi, dolayısıyla da 61. maddesindeki “suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saik” göz önünde bulundursun, isterse Kabahatler Kanunu'nun 17/2. maddesindeki “idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu” göz önüne alınsın, bu böyledir. “Gün sayısı belirlenmiş olan hafif hapis cezasının bir gününe karşılık olarak 20 ile 100 lira arasında bir rakamın taksiren belirleneceği” yönünde bakınız; Gökcan, Hasan Tahsin, “Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezalarının Uygulanması”, *Türk Hukuk*, Sayı 104, Kasım 2005, s. 20. “İdari para cezası miktarının hesaplanmasında 5237 sayılı TCK'nın 52. maddesi hükümlerinin uygulanacağı”

Bu konudaki yasal düzenlemenin tereddütlere açık olması, hatta boşluk içermesi nedeniyle uygulamadaki sorun ve farklı hesaplama yöntemleri yüksek mahkeme içtihatlarıyla giderilmeye çalışılmıştır. Sanığın 12.01.2005 tarihinde işlediği kumar oynatmak suçundan dolayı yerel mahkemece 01 Haziran 2005 tarihinde 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra hüküm kurulan ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca oy çokluğuyla kabul gören uygulama aşağıdaki gibidir:

"...sanığın eylemine uyan 765 sayılı TCK'nın 567/1. maddesi uyarınca ve 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun'un 2. maddesine 5335 sayılı Kanun'la eklenen fıkra uyarınca 1 ay hafif hapis ve 116 YTL hafif para cezası ile cezalandırılmasına, tayin olunan hafif hapis cezasının beher günü 647 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince 1 YTL hesabı ile 30 YTL hafif para cezasına çevrilmesine, sanığın neticeten 146 YTL hafif para cezası ile tecziyesine, 5252 sayılı Kanununun 5349 sayılı Kanunla değişik 7. maddesi uyarınca, tayin olunan sonuç cezanın 146 YTL idari para cezasına çevrilmesine, infazın bu miktar üzerinden yapılmasına..."⁴²

Yargıtay Özel Daire kararları da, lehe sonuç doğuran CGK'nın kabul ettiği uygulama yönündedir:

"... kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname mündereca-tı yerinde görüldüğünden ... Sulh Ceza Mahkemesi'nin 07.06.2004 gün ve 2004/801-812 sayılı kararının CMK'nın 309/4-d maddesi uyarınca bozulmasına, bozma gereği yeniden uygulama yapılarak kabahatlinin 5682 sayılı yasanın 33/1. ve 5252 sayılı Yasanın değişik 7/1 ve 2.maddesi uyarınca 1 gün hafif hapis cezası ile cezalandırılmasına, tayin olunan hafif hapis cezasının günlüğü 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun'un 2.maddesine 5335 sayılı kanunla eklenen fıkra uyarınca 647 sayılı Kanun'un 4.maddesi gereğince 1 YTL hesabı ile 1 YTL hafif para cezasına çevrilmesine, 5252 sayılı Kanun'un 5349 sayılı Kanunla değişik 7.maddesi uyarınca tayin olunan sonuç cezanın 1 YTL idari para cezasına çevrilmesine ve infazın bu miktar üzerinden yapılmasına, hükmün diğer kısımlarının aynen bırakılmasına, ...oyçokluğuyla karar verildi."⁴³

yönünde bakınız; Aldemir, Hüsnü, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanununun Yorumu*, 2. Baskı, Kartal Yayınevi, Ankara, 2007, s. 809

⁴² CGK. 11.07.2006, 2006/2-190 E., 2006/186 K.

⁴³ 7. CD, 26.02.2007, 2006/6807 E., 2007/1130 K.

“Sanık S. A. B.’ye tayin olunan hafif para cezasının 5252 sayılı Kanun’un 7. maddesi uyarınca idari para cezasına çevrilmesi gerekirken hafif para cezasına hükmedilmesi nedeniyle, kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden, ... Sulh Ceza Mahkemesi’nin 14.06.2005 1440-28 sayılı ek kararın 5271 sayılı CMK’nın 309. maddesinin 4. fıkrasının d bendi uyarınca bozulmasına,

Sanığın eylemine uyan 765 sayılı TCK’nın 567/1.maddesi uyarınca ve 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun’un 2. maddesine 5335 sayılı Kanun’la eklenen fıkra uyarınca 1 ay hafif hapis ve 105 YTL hafif para cezası ile cezalandırılmasına, tayin olunan hafif hapis cezasının günlüğü 1 YTL hesabı ile 30 YTL hafif para cezasına çevrilmesine, tayin olunan aynı cins cezalar toplanarak sanığın 135 YTL hafif para cezası ile cezalandırılmasına, 5252 sayılı Kanun’un 5349 sayılı Kanun ile değişik 7. maddesi uyarınca belirlenen sonuç cezanın 135 YTL idari para cezasına dönüştürülmesine, infazın bu miktar üzerinden yapılmasına,”⁴⁴

Kararları çoğaltmak mümkündür. Ancak bu konuda 1 gün hafif hapis cezasının doğrudan günlüğü 5237 sayılı TCK’nın 52. maddesi uyarınca 20 Liradan hesaplanarak idari para cezasına çevrilmesi gerektiği yönünde düşünceler de vardır.⁴⁵

⁴⁴ 2. CD, 14.05.2008, 2008/10314 E., 2008/8728 K.

⁴⁵ Alkollü araç kullanmak suçundan sanık A. K.’nin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 48/5, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 72, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un 4. maddeleri gereğince 2.020.260.000 Türk lirası hafif para cezası ile cezalandırılmasına dair, Çorum 1. Sulh Ceza Mahkemesi’nin 08.11.2004 tarihli ve 2004/499 - 790 sayılı kararının infazı sırasında, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun lehe hükümlerinin uygulanması talebi üzerine, önceki hükmün iptaline, sanığın anılan Kanun’un 179/3, 52.maddeleri uyarınca 600,00 Yeni Türk lirası adli para cezası ile cezalandırılmasına dair aynı mahkemenin 29.07.2005 tarihli ve 2005/573-841 sayılı kararı aleyhine ... kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden Çorum 1. Sulh Ceza Mahkemesi’nin 29.7.2005 gün ve 2005/573 esas 841 karar sayılı kararının CMK’nın 309/4-d.maddesi uyarınca bozulmasına, bozma gereği yeniden uygulama yapılarak sanığın 2918 sayılı Kanun’un 48/5. maddesi uyarınca 6 ay hafif hapis ve 683 YTL hafif para cezası ile cezalandırılmasına, tayin olunan hafif hapis cezasının günlüğü 647 sayılı Kanun’un 4. maddesi uyarınca 1 YTL’den hesaplanmak suretiyle 180 YTL hafif para cezasına çevrilmesine, cezaların 765 sayılı TCK’nın 72. maddesi uyarınca toplanarak sanığın sonuç olarak 863 YTL hafif para cezası ile cezalandırılmasına, 5252 sayılı Kanun’un 7. maddesi uyarınca tayin olunan sonuç cezanın 863 YTL idari para cezasına çevrilmesine ve infazın bu miktar üzerinden yapılmasına hükmün diğer kısımlarının aynen bırakılmasına, 20.02.2007 günü oyçokluğuyla karar verildi. (7. CD. 2005-6824 E., 2007-908 K.)

İkinci bir sorun da uyum çalışması yapılmayan kanunlarda⁴⁶ yer alan “hafif hapis” cezalarının yukarıda belirtilen şekilde idari para cezasına çevrildikten sonra Kabahatler Kanunu’nun 17. maddesine göre *yeniden değerlendirme oranında artırılıp arttırılmayacağıdır?*

Bu konuda da yerel mahkemeler ve Cumhuriyet savcılıklarınca uygulama iki yönde sürdürülürken kanun yararına bozmaya konu olan dosyada Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nce, 5237 sayılı TCK’nın 52. maddesi uyarınca hafif hapis cezasının idari para cezasına çevrilmesinden sonra Kabahatler Kanunu’nun 17/7. maddesine göre yeniden değerlendirme oranında arttırılmayacağına karar verilmiştir.⁴⁷ Yargıtay CGK, özel

Muhalefet Şerhi: Her ne kadar bozma yerinde ise de; sanık yararına olan kuralın uygulanması ilkesi gereğince yasalarda kabahat türünden olan yaptırımların idari para cezasına dönüştürüldüğünü gözetmek ve bu ceza türündeki değişiklikte miktarı fazla olsa da sabıkalı olmama ve farklı infaz rejimine tabi olma hususları da dikkate alınarak, 2918 sayılı yasanın 48/5. maddesinde hafif hapis cezası ile birlikte hafif para cezasının da öngörüldüğü bu durumda yeniden hüküm kurulurken 5252 sayılı yasanın 7.maddesinin 1 ve 2.fıkraları uyarınca idari para cezasının belirlenmesinde “hafif hapis cezasının” esas alınacağı açıkça belirtildiğinden 6 ay hafif hapis cezasının günlüğü 5237 sayılı TCK’nın 52. maddesi uyarınca 20 YTL’den hesaplanarak sonuçta 1800 YTL idari para cezasına çevrilmesi ve sanığın bu miktar idari para cezası ile cezalandırılmasına hükmolunması gerekirken, hafif hapis cezasının günlüğü 1 YTL’den 180 YTL olarak hesaplanması ve buna doğrudan özel kanunda belirtilen hafif para cezasının eklenerek sonuçta 863 YTL idari para cezasına hükmedilmesinin yasaya aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

⁴⁶ 2918 sayılı Karayolları Trafik K., 5682 sayılı Pasaport Kanunu, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu gibi...

⁴⁷ “...Kabahatler Kanunu’nun 17/7. maddesinde “.....” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş ise de; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 36/3. maddesinde sürücü belgesi olmadan trafiğe çıkanlara uygulanacak müeyyideler gösterilmiş olup, anılan fıkranın 1. cümlesinde “sürücü belgesi sahibi olmadan trafiğe çıkanlara ilk tespitte bir aydan iki aya kadar, tekrarı halinde iki aydan üç aya kadar hafif hapis cezası verilir.” biçiminde bir düzenleme mevcut olduğu, görüldüğü üzere anılan maddedeki cezanın halen hafif hapis cezası olarak kanundaki yerini koruduğu, ilgili kanunda cezaların idari yaptırım olarak uygulanacağı şeklinde yasa koyucu tarafından henüz bir düzenleme yapılmadığı, ancak yukarıda belirtildiği üzere, 5252 sayılı Kanun’un 7/1. maddesi ile kanunlarda, “hafif hapis” veya “hafif para” cezası olarak öngörülen yaptırımların, idari para cezasına dönüştürüldüğü ve uygulanacak idari para cezasının hesaplanma yönteminin de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 52. maddesi uyarınca yapılacağı belirtilmiş, bu halde 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 36/3. maddesinde öngörülen 1 ay hafif hapis cezasının karşılığı olarak 5237 sayılı Kanun’un 52. maddesine göre günlüğü 20,00 Yeni Türk lirası üzerinden 600,00 Yeni Türk lirası idari para cezasına hükmedilmesi gerekeceği gözetilmeden 2006, 2007 ve 2008 yılları için öngörülen yeniden değerlendirme oranları uyarınca para cezasının artırılarak yazılı şekilde faz-

daire kararını yerinde bularak bu karara karşı C.Başsavcılığınca yapılan itirazı reddetmiştir.⁴⁸

İdari Para Cezasına Karar Verme Yetkisi (Kabahatler K. m. 22, 23, 24)

Kural olarak kamu kurum ve kuruluşunun görev alanına giren yerlerde işlenen kabahatler dolayısıyla; idarî kurul, makam veya kamu görevlileri idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir.

Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde, bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir. Ayrıca bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturma kapsamında bir kabahatin işlendiğini öğrenmesi halinde C. savcısı durumu ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirebileceği gibi, kendisi de idarî yaptırım kararı verebilir.

Bir soruşturma esnasında, fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından idarî yaptırım

la ceza tayin olunmasında isabet görülmemiş ve ...kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden Ankara 6. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 11.04.2008 gün ve 2008/780 değişik iş, 2008/778 müteferrik sayılı kararının CMK'nın 309/4-d maddesi uyarınca bozulmasına, bozma gereği yeniden uygulama yapılarak 5252 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1 ve 2. fıkraları uyarınca, 2918 sayılı yasanın 36. maddesinin 3. fıkrasındaki 1 aylık hafif hapis cezası esas alınıp, 5237 sayılı Kanun'un 57. maddesinde yazılı günlük 20 YTL hesabıyla sonuçta 600 YTL idari para cezasıyla cezalandırılmasına ve infazın bu miktar üzerinden yapılmasına, hükmün diğer kısımlarının aynen bırakılmasına," (7. CD. 16.07.2008, 2008/10320 E., 2008/16919 K.)

⁴⁸ "...5252 sayılı Kanun'un 7/1. maddesi ile yasalarda "hafif hapis" veya "hafif para" cezası olarak öngörülen yaptırımlar idari para cezasına dönüştürülmüş, uygulanacak idari para cezasının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesi uyarınca belirlenmesi esası getirilmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesindeki düzenleme ise, Yasalarda yaptırımı doğrudan idari para cezası olarak öngörülen kabahatler yönünden idari para cezasının hesaplanması yöntemini göstermektedir.

5326 sayılı Kanun'un 17/7. maddesinin bu şekilde dönüştürülen idari para cezaları bakımından uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki, somut olayda uygulama konusu yapılan 2918 sayılı Kanun'un 36. maddesinde öngörülen yaptırım halen hafif hapis cezası olarak varlığını sürdürmektedir. Özel yasalarda yer alan cezaların 5728 sayılı Kanun ile düzenlenmesi sırasında, 2918 sayılı Kanun hükümleri yasa koyucu tarafından değiştirilmemiş olduğu da gözetildiğinde anılan maddede yer alan hafif hapis cezası yönünden 5252 sayılı Kanun'un 7/1. maddesinin uygulanma zorunluluğu devam etmektedir." CGK. 14.04.2009, 2008/7-222 E., 2009/99 K.

kararı verilmemiş olması şartıyla, Cumhuriyet savcısı idarî yaptırım kararı verir.

5252 sayılı Kanun'un 7. maddenin son fıkrasına göre "Bu madde hükmüne göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkili" ise de bu düzenleme Kabahatler Kanunu'nun 23. maddesindeki "Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir" hükmüne paralel ve bu hükmeye dayanarak yapılan özel bir düzenlemedir. Dolayısıyla henüz dava konusu edilmemiş kabahat fiillerine ilişkindir. Yoksa dava konusu edilmiş kabahat fiilleri için de geçerli mutlak bir görev hükmü değildir.⁴⁹ Aksi düşüncenin kabulü, mahkemelere intikal etmiş bulunan davalarda görevsizlik kararı verilmesini gerektirir ki Yargıtay kararlarına göre de kabul edilemez bir uygulama demektir.^{50, 51, 52}

⁴⁹ Aksi görüş olarak; Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesindeki mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verileceğine dair hükmün Kabahatler Kanunu'nun yürürlük tarihinden önce açılan davalara mahsus olup, 5252 sayılı Kanun'un değişik 7/4. maddesi ile çatıştığı, bu nedenle 5252 sayılı Kanun'un genel kanun olan Kabahatler Kanunu'na göre, her durumda Cumhuriyet savcısını yetkili kılan özel nitelikte bir düzenleme olduğundan 5252 sayılı Kanun'un değişik 7. maddesi uyarınca "hafif hapis" veya "hafif para" cezasından dönüştürülecek fiiller hakkında idarî yaptırım kararı verme yetkisinin C. savcısına ait olacağı aksi halde kanun koyucunun 7/4. maddeye ihtiyaç duymayacağı savunulmuştur. (Gökcan, Hasan Tahsin, Cumhuriyet Savcısının Ceza Vermeye Yetkili Olduğu Kabahatler, *Türk Hukuk*, Aralık 2005, sayı 105, s. 16)

⁵⁰ "5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24'üncü maddesi uyarınca sanık hakkında idari yaptırım hakkında mahkemece karar verileceği düşünülmeden yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi; Yasaya aykırı ..., (7. CD. 29.01.2009, 2006/4448 E., 2009/1129 K.)

⁵¹ "Memura yalan beyanda bulunmak suçundan sanık N. E.'nin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 343/2, 81/1. maddeleri uyarınca 6 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına dair, ... Asliye Ceza Mahkemesi'nin 27.10.2004 tarihli ve 2003/444 esas, 2004/711 sayılı kararın infazı sırasında 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun lehe hükümlerinin uygulanması talebinin söz konusu suçun kabahat nevinden olup idari para cezasına dönüştürüldüğünden bahisle mahkemenin yetkisizliğine ve Cumhuriyet Savcılığına tevdiine ilişkin, aynı mahkemenin 20.07.2005 tarihli ve 2003/444 esas, 2004/711 sayılı kararının; Tüm dosya kapsamına göre, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7 ve 9. maddeleri, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7/2. maddeleri hükümleri gözetilmek suretiyle lehe kanun tespit edilerek, mahkemesince bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmesinde isabet görülmediğinden... kanun yararına bozma istemine atfen düzenlenen ihbarname içeriği yerinde bulunduğundan ... Asliye Ceza Mahkemesi'nin 20.07.2005 gün ve 2003/444 esas, 2004/711 sayılı Ek kararının CMK'nın 309. mad-

Görüldüğü gibi Kabahatler Kanunu'nun 23. maddesine göre Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkili kılınmışsa da mevcut düzenlemelere göre⁵³ bu yetki "idari para cezası" ile sınırlıdır. Çünkü kabahatler

desi uyarınca bozulmasına, gereğinin mahkemesince takdir ve ifasına," (11. CD. 25.12.2008, 2008/460 E., 2008/13853 K.)

- ⁵² Kaçakçılık suçundan sanıklar C. A. ve K. A. haklarında yapılan yargılama sırasında suçun 31/03/2007 tarihinde yürürlüğe giren 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında kaldığı ve eylemin idari para cezasını gerektirdiği, anılan Kanun'un 17/1. maddesine göre de idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısının yetkili olduğundan bahisle mahkemenin görevsizliğine dair, ...Asliye Ceza Mahkemesinin 11/04/2007 tarihli ve 2006/375 esas, 2007/227 sayılı kararına yapılan itirazın reddine dair, ... Ağır Ceza Mahkemesinin 14/06/2007 tarihli ve 2007/377 değişik iş sayılı kararı aleyhine ... Kanun Yararına Bozma istemini içeren dava dosyası Cumhuriyet Başsavcılığının ... ihbarnamesi ile daireye verilmele okundu.

Mezkur ihbarnamede;

31/03/2007 tarihli ve 26479 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17/1. maddesinde "Bu Kanun hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı, 14 üncü madde hükümlerine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesine ise Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza mahkemesi yetkilidir. Bu kararlara karşı, 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir." şeklindeki düzenlemenin, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 23/1. maddesinde yer alan "Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı vermeye yetkilidir." biçimindeki düzenlemeye paralel olarak yapılmış olduğu, Cumhuriyet savcısının idari para cezasına karar verebilmesi için açıkça bu yetkisinin ilgili kanunda gösterilmesi gerektiği, ancak anılan Kanun'un 24. maddesinde ise "Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir." şeklindeki düzenleme ile mahkemelerin idari para cezası verebilmeleri için ilgili kanunlarda açıkça bir yetkilendirme şartına ihtiyaç bulunmadığı cihetle, mahkemenin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesi uyarınca dava konusu hakkında bir karar vermesi gerektiği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 309.maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla ...Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden ...Ağır Ceza Mahkemesinin 14.6.2007 gün ve 2007/377 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309/4-a.maddesi uyarınca bozulmasına, müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yapılmasına" (7. CD. 11.03.2009, 2007/12633 E, 2009/2964 K.)

- ⁵³ 31.03.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17/1. maddesine göre, Bu Kanun hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı, 14. madde hükümlerine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesine ise Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza mahkemesi yetkilidir. 30.12.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5827 Sayılı "Türk Parasının Kıymetini

karşılığında uygulanacak olan yaptırımlar, idarî para cezası, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer idarî tedbirlerdir (Kab. K. m. 16).

Mahkeme ise, kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde idarî yaptırım kararını kendisi verecektir. Bu, 24. maddenin amir hükmü olup, eylemin idari ceza gerektirdiği gerekçeyle görevsizlik kararı verilemeyecektir. Yargıtay CGK. ve Özel Daire kararları bu yöndedir.^{54,55}

Koruma Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile 1567 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen eylemlerin yaptırımı idari para cezasına çevrilip para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcılarının yetkili kılınmıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 59/9. maddesine göre "Bu madde hükmüne göre idarî para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir."

⁵⁴ "4926 sayılı yasanın 26. maddesinde, 13 üncü maddenin birinci ve ikinci fıkrasında yazılı fiillere gümrük komisyonlarınca bakılacağı öngörülmüş ise de, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesinde "Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir" kuralı getirilmiş olup, bu yasal düzenleme karşısında idari yaptırım konusunda mahkemece bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,yasaya aykırı," (7. CD. 1.4.2009, 2006/10419 E., 2009/3817 K.)

⁵⁵ "Çözümü gereken uyuşmazlık, somut olayda sanığa yüklenen eylemle ilgili yaptırım uygulama hususunda ... Asliye Ceza Mahkemesi'nin mi yoksa Habur Gümrük Komisyonu'nun mu görevli olduğu hususunda toplanmaktadır.

Ceza Genel Kurulu'nun 10.05.2005 gün ve 51-47 sayılı kararında vurgulandığı üzere; Devlet sistemimiz içinde yer alan il ve ilçe idare kurulları, en büyük mülki amirlikler, belediye makamları, gümrük komisyonları, orman işletme şeflikleri (Kunter-Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, I. Kitap, 12. Bası, 2003, s. 871 vd., Prof. Dr. Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü Dersleri*, 1944, s. 27 vd.) gibi makamlar, yargı mercii olmadıkları halde, yaptırım uygulama bakımından kendilerine kısmen kaza yetkisi verilmiş makamlardır. Bu bakımdan, adli yargı mercii olan genel mahkemeler ile kaza yetkisini haiz bu makamlar arasında çıkabilecek görev ve yetki uyuşmazlıklarını, merci belirleme suretiyle çözme görevi, 1684 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na aittir.

Somut olayda, ... Asliye Ceza Mahkemesi eylemin idari yaptırımı gerektirdiğini, Habur Gümrük Komisyonu ise Asliye Ceza Mahkemesi'nin görevine giren suç oluşturduğunu belirterek karşılıklı görevsizlik kararı vermiş iseler de; 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun, "Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verileceğini" emreden 24. maddesi hükmü uyarınca atılı eylem ister adli yaptırımı gerektiren suç, isterse idarî yaptırımı gerektiren kabahat oluştursun, her iki halde de kovuşturma konusu fiili değerlendirme ve takdir yetkisi görevli asliye ceza mahkemesine ait bulunduğundan, uyuşmazlığın ...Asliye Ceza Mahkemesi görevsizlik kararının kaldırılması suretiyle giderilmesi gerekmektedir." (CGK. 12.02.2008, 2008/YYB-12 E., 2008/19 K.)

Mahkemelerce idarî yaptırım kararı verilmesi istisnai olup, ön ödemede olduğu gibi ancak suç vasfının değişmesi, yanlış nitelendirme ile dava açılmasına rağmen iddianamenin kabul edilmesi, veya sonradan yapılan değişiklikle eylemin kabahat olması⁵⁶ gibi hallerde söz konusudur. Ayrıca Kabahatler Kanunu'ndan önce kesinleşen hükümlerin uyarlaması ancak hükmü veren mahkemece yapılabileceğinden uyarılama sonucu idari yaptırım mahkeme tarafından uygulanacaktır.⁵⁷

⁵⁶ "Etiketsiz zeytin satmak suçundan kurulan hükme yönelik incelemede;

Hükümden sonra 5 Haziran 2004 gün ve 25483 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5179 sayılı Kanun'un 29/d maddesi ile değişik 4128 sayılı yasanın 5.maddesiyle eklenen 560 sayılı Kanun Hükümündeki Kararname'nin 18. maddesinin 18/A-f madde fıkralarında belirtilen ağır para cezaları idari para cezasına dönüştürüldüğü cihetle hükmün bozulmasına, uygulanabilecek idari para cezasının miktarına göre 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20/2-d maddesinde yazılı soruşturma zamanaşımının dolmuş olması karşısında anılan maddenin 1.fıkrası ve CMUK'nun 322. maddesi uyarınca ilgili kişiye idari para cezası verilmesine yer olmadığına, 18/A-f maddesi gereğince ön ödeme önerisine uyan sanığın ödediği 240.000.000 TL'nin iadesine," (7. CD.29.9.2005 2003/14059 E., 2005/16238 K.)

⁵⁷ "Ehliyetsiz araç kullanmak suçundan ...2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 36, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 119/6, 72, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4. maddeleri uyarınca ...hafif para cezası ile cezalandırılmasına dair, ... Sulh Ceza Mahkemesi'nin ...kararının infazı sırasında, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren kanunların lehe hükümlerinin uygulanması talebi üzerine, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7/1. maddesi uyarınca sanığın eyleminin idari para cezasına konu olduğu ve cezanın Cumhuriyet Savcılığınca verilmesi gerektiğinden bahisle, mahkemenin önceki kararının iptali ile dosyanın görevli ve yetkili ...Cumhuriyet Başsavcılığına göndermesi üzerine ...2005/89-147 sayılı ek kararı aleyhine ...kanun yararına bozma istemini içeren dava dosyası ...daireye verilmekle okundu.

... Tüm dosya kapsamına göre, hükmün kesinleşmesinden sonra 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesinin ... 1. fıkrasında, "Kanunlarda, hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımlar idari para cezasına dönüştürülmüştür.", 4. fıkrasında ise "Bu madde hükmüne göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet Savcısı yetkilidir." hükmüne yer verilmiş ise de, cezanın infazı sırasında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 98/1. maddesindeki "Mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilmeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir" hükümleri ile benzer bir olay sebebiyle Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 11.07.2005 gün, 2005/1828-12314 sayılı ilâmı ile de belirtildiği üzere, 18.05.2005 gün ve 25819 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5349 sayılı ...Kanun'un 3. maddesi ile değişik 5252 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca sanığın eylemine uygulanabilecek müeyyidenin idari para cezasına

Kabahatler Kanunu'na Göre Soruşturma ve Yerine Getirme Zamanaşımı

Kanun'un 20. maddesinde soruşturma zamaşıımı süresi,⁵⁸ para cezası esas alınarak belirlenmiştir,⁵⁹

- Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş,

- Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört,

dönüştürülmesi ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesi gereğince idari yaptırımın mahkeme tarafından uygulanacak olması karşısında, kesinleşmiş hükmünden sonra hükmü veren mahkeme tarafından görevsizlik kararı verilemeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiş, ...kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden ...Sulh Ceza Mahkemesi'nin 16.06.2005 gün ve 2005/89-147 sayılı ek kararının CMK'nın 309/4-a maddesi uyarınca bozulmasına, müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yapılmasına," (7. CD. 30. 04. 2007, 2006/12889 E., 2007/3090 K.)

⁵⁸ 5560 sayılı Kanun'la değişiklikten önceki halinde: "Soruşturma zamaşıımı süresi;

a. Yüzbin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde beş,

b. Ellibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde dört,

c. Yirmibin Türk Lirası veya daha fazla idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç,

d. Yirmibin Türk Lirasına kadar idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde iki yıldır."

⁵⁹ "1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 30.12.2008 gün 27096 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5827 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik 311. maddesi uyarınca, sanığın eylemine uygulanabilecek müeyyide idari para cezasına dönüştürülmüş ve ... uygulanabilecek idari para cezasının miktarına göre de suç tarihi olan 27.6.2004 günü itibariyle temyiz inceleme tarihinde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'un 33. maddesiyle değişik 20/2-c maddesinde yazılı üç yıllık soruşturma zamaşıımının dolmuş olması karşısında hükmün bozulmasına, anılan madde uyarınca ilgili kişiye idari para cezası verilmesine yer olmadığına," (7. CD. 19.2.2009, 2006/6582 E., 2009/2116 K.)

"Hükümden sonra 30.5.2005 gün ve 25771 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5324 sayılı Kanun'un 5/b-3 maddesi ile, sanığın eylemine uygulanabilecek ceza idari yaptırımı dönüştürüldüğü cihetle hükmün bozulmasına, uygulanabilecek idari para cezasının miktarına göre 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 20/2-b maddesinde yazılı 4 yıllık soruşturma zamaşıımının dolmuş olması karşısında anılan maddenin 1. fıkrası ve CMUK'nın 322. maddesi uyarınca ilgili kişiye idari para cezası verilmesine yer olmadığına," (7. CD. 22.5.2006, 2004/20339 E., 2006/8713 K.)

- Ellibin Türk Lirasından az idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde üç, yıldır.

- Nispî idarî para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

Böylece idari para cezası yanında mülkiyetin kamuya geçirilmesinin veya diğer bir tedbirin öngörülmüş olması sonucu değiştirmeyecektir. TCK'da olduğu gibi zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesine yer verilmemiştir.

Ancak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun⁶⁰ 102. maddesinde "*Kurumca Verilecek İdarî Para Cezaları*" asgari ücrete endekli ve bu anlamda nispi para cezası olduğu halde "*idarî para cezaları on yıllık zamanaşımı süresine tabidir*" hükmüyle bu konuda özel bir düzenleme getirilmiştir.⁶¹ Anılan maddenin son fıkrasında "*İdarî para cezaları hakkında, bu Kanun ve 16/5/2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır*" ifadesi de mevcuttur.

Yerine getirme zamanaşımının düzenlendiği 21. maddede ise para cezası esas alınarak 3 ilâ 7 yıl arasında süreler belirlenmiş, 20. maddedeki soruşturma zamanaşımından farklı olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin zamanaşımı süresi on yıl olarak belirlenmiştir.

⁶⁰ 16.06.2006 tarih ve 26200 sayılı Resmî Gazete.

⁶¹ Yalçın, İsmail, s. 126

MADDÎ AÇIDAN İDARİ İŞLEMLER

Ahmet Emrah AKYAZAN*

1. GİRİŞ

Kuvvetler ayrımı ilkesi uyarınca, yasama organı yasama faaliyetlerini, yargı organı yargı faaliyetlerini, idare organı da idari faaliyetleri ifa eder. İdare organı idari faaliyetleri ifa ederken idari işlemler gerçekleştirir. İdari işlemler, idare fonksiyonunun yerine getirilmesi için yapılan kamu hukuku işlemleridir. İdari işlemlerin en belirgin ve ayırt edici özelliği, bunların idarenin sahip olduğu üstün yetki ve ayrıcalıklar, yani kamu gücü kullanılarak yapılmasıdır.¹

İdare görevlerini yaparken ve yetkilerini kullanırken, önceden konulmuş kural ve esaslar içinde hareket eder. İdarenin sahip olduğu tüzel kişilik adına, kamu görevlileri denilen kişiler idarenin işlem ve eylemlerini yerine getirir. İdarenin işlem ve eylemleri çok ve çeşitlidir. İdarenin faaliyetleri içinde hukuksal işlemler önemli bir yer tutar. Bunlar, hukuksal nitelikleri dikkate alınarak çeşitli açılardan sınıflandırılabilir. Buna karşılık, idarenin eylemlerini aynı biçimde sınıflandırma olanağı yoktur. İdari eylemler çoğu kez idari işlemlerin uygulanması, hazırlanması, ya da bazı hizmetlerin yürütülmesi biçiminde kendisini gösterir.

İdare hukukunda en yaygın işlem türünü özellikle “*idari karar*” veya “*icrai karar*” biçiminde ortaya çıkan tek yanlı idari işlemler oluşturmaktadır.² İki yanlı ve çok yanlı idari işlemler ise, idari sözleşmeler olarak görülmekte ve tek yanlı idari işlemlere oranla çok daha

* Av., Ankara Barosu, LL.M.

¹ Günday, Metin, *İdare Hukuku*, s. 95, Dördüncü Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, Kasım 1999.

² Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt 1, Genel Esaslar, s. 404, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 200.4

az sayıda yapılmaktadır. İdare, tek yanlı irade açıklaması ile kişinin hukuki durumunu etkileyen bir hukuki tasarrufta bulunmaktadır. İdare, idari işlemi gerçekleştirirken kamu gücü unsurunu mutlak şekilde kullanma yetkisine sahiptir.

Hukuk devleti anlayışı içinde kişi haklarının gelişmeler gösterdiği günümüzde, idari işlemin çerçevesi de, kişi haklarına azami ölçüde riayet edilerek belirlenmesi gereken bir uygulama alanıdır.

2. İDARİ İŞLEMLER

I. İdari İşlem Kavramı

İdari işlem kavramını açıklayabilmek için, idari işlemle ilgili bazı tanımlara yer vermek faydalı olacaktır.

İdari işlemi, idarenin hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir irade açıklaması olarak tanımlamak mümkündür. Bu tanıma göre idari işlemin; *“irade açıklaması”* ve *“hukuki sonuç”* olmak üzere iki unsuru vardır. Bu iki unsur bir araya geldiği takdirde idari işlem kurulur.

Ancak bu tanım idari işlemi anlatmak bakımından yeterli değildir. Çünkü idarenin her işlemi idari işlem olmadığı gibi, bazen özel hukuk tüzel kişilerinin yaptığı işlemler de idari işlem niteliğinde kabul edilir. Gerçekten, idarenin bazı işlemleri özel hukuka tâbi olmaktadır. Örneğin, kamu tüzel kişisinin bir özel hukuk sözleşmesi yapması idari işlem değildir. (Üniversite yönetimi kütüphanesine kitap alımı için bir kitapçı ile sözleşme yaptıysa, bu idari bir işlem değildir.) Diğer taraftan, kendisine kamusal görevler verilen bir özel hukuk tüzel kişisi de kamu gücüne dayanarak bir idari işlem yapabilir.

Yukarıdaki tanıma eklenecek bazı unsurlarla idari işlem daha uygun şekilde belirlenebilir: idari işlem, idare hukukuna ve keza uyumsuzluk halinde idari yargıya tâbi olan ve kamu gücüne dayanan hukuki işlemdir. Yani, hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamasıdır. Bu tanımda en önemli unsur, *“kamu gücü ayrıcalıkları”* kriteridir. Bu durumda; *“kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış hukuki işlemler, idari işlemlerdir”* sonucu ortaya çıkmaktadır.³

³ Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 198, 201, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2004.

Kanunlarda idari işlem tanımı yer almamakla birlikte, İdari Usul Kanunu ön taslağında (m. 3/c) idari işlem şu şekilde tanımlanmıştır: *“Yetkili idarenin, kamu hukuku alanında kamu gücü ile hareket ederek, idari faaliyetle ilgili doğrudan hukuki sonuca yönelik, tek yanlı irade açıklamasıyla aldığı her karar ya da kamusal tedbirdir.”*

Uygulamada yargı organları, baktıkları davalarla ilgili olarak idari işlemi tanımlamaktadır. Bazen bu tanımlar arasında farklılıklar olduğu da gözlemlenmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi bir kararında⁴ idari işlemi; *“Kamu kurumu ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca verilmiş ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili olması gereken işlemdir”* şeklinde tanımlarken, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay idari işlemi; *“Kamu kurum ve kuruluşları tarafından, kamu hukuku kuralları uyarınca, tek taraflı olarak tesis edilen ve re’sen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruflardır”* diye tanımlamışlardır.

Bu tanımlardaki maddî unsur, idari işlemin, idare hukuku alanında yürütülen bir faaliyete ilişkin olmasıdır.

İdari işlemler, tek yanlı hukuki işlemlerdir. Bunlar, idarenin iradesini açıklaması ile hukuki sonuçlarını doğurur, karşı tarafın iradesini açıklamasına gerek yoktur. İdari işlem birel (bireysel) olabileceği gibi, genel nitelikte düzenleyici bir işlem de olabilir.⁵ Ancak idari işlemi, maddî anlamda *“özel bir durumu ilgilendiren somut ve kişisel işlem”* olarak gören yaklaşım, genel düzenleyici işlemleri idari işlem olarak kabul etmez.⁶

Gerek maddî idare hukukunun, gerekse idari yargılama usulü hukukunun en önemli kavramlarından olan idari işlem için, bilimsel ve yargısal içtihatla tek ve herkesçe kabul edilen bir tanımlama bulunmamaktadır. İşlemlerle ilgili olarak, *“tasarruf”, “muamele”, “karar”, “kural”, “norm”, “düzenleme”* gibi çeşitli terimler kullanılmaktadır. Çeşitliliğin sadece tanımlamada değil, kavram konusunda da yaşandığı görülmektedir.⁷

⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 976/1 – K. 976/38, 25.05.1976, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 14, s. 170.

⁵ Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, a. g. e., s. 412.

⁶ Akyılmaz, Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, s. 29, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

⁷ Akyılmaz, Bahtiyar, a. g. e., s. 23.

Egemen devlet anlayışından, demokratik devlet anlayışına geçişle birlikte, idari işleme yüklenen anlamda da değişiklik olmuştur. Günümüzde idare, temelini anayasalarda bulan demokratik ve sosyal devlet ilkeleri çerçevesinde, görevlerini kanunların gösterdiği şekilde ve devletin amaçları doğrultusunda yerine getirmekle yükümlüdür. Gerçi bu görevler, çoğunlukla tek taraflı ve kamu gücüne dayalı idari işlemlerle yerine getirilir, ancak devlet anlayışına bağlı olarak “görev” anlayışı da değiştiği için idari işlem, eski merkezi konumundan uzaklaşmıştır.⁸

II. İdari İşlemin Özellikleri

a. İdari Makamlar Tarafından Yapılması

İdari işlem sadece “*idari makamlar*” tarafından yapılır. İdari makam hem kamu gücünü hem de bu gücü kullanan organı ifade eder. Ancak idari işlemin tanımı bölümünde belirttiğimiz üzere, idari makamın yaptığı her işlem idari işlem olmadığı gibi, idare dışındaki hukuki kişiler de idari işlem yapabilirler. İdari işlemin ayırt edici özelliği “*kamu gücü*” kullanılarak yapılmasıdır.⁹

b. Tek Yanlı Olması

İdari işlem, yetkili makamın tek yanlı irade açıklaması ile yaptığı bir işlemdir. İşlemin muhatabının rızasının alınması gerekmez ve muhatabın rızasına bağlı olmaksızın hukuki sonuç doğurur. İdari işlem muhatabının bu konuda daha önce talepte bulunmuş olması veya işleme rıza göstermesi, bu idari işlemi iki yanlı işlem (sözleşme) haline sokmaz.

İdari işlemin birden fazla makam tarafından yapılması halinde de, işlemin tek yanlılık özelliği değişmez. Uygulamada bir idari işlemin yapılması ile ilgili aşamalarda görüşü alınan farklı idari makamlar olduğu bilinmektedir. Hazırlık işlemleri, danışma işlemleri gibi bazı ön işlemlerden sonra işlemin oluşum süreci tamamlanmakta ve nihaî idari işlem, yetkili idari makam tarafından ortaya konmaktadır.

⁸ Akyılmaz, Bahtiyar, *a. g. e.*, s. 31.

⁹ Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, s. 263, Sayram Yayınları, Konya, Ocak 2004.

c. İcrai Olması

İdari işlem hukuki etki yaratır. İdari işlem ile ortaya çıkan hukuki sonuçlar, idari işlemin "icrai olma" özelliğini oluşturur. "İcrai olma" kavramını, "yürütülmesi zorunlu olma" şeklinde anlamak gerekir. İdari işlemin, başka bir işlemin varlığına gerek olmaksızın üçüncü kişiler üzerinde çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle, doğrudan doğruya etkisini göstermesine, idari işlemin icrai olma özelliği yol açmaktadır.

İdari işlemle getirilen hukuki sonuçlara muhatabın karşı çıkması halinde, idareye tanınan re'sen icra ve cebren icra gibi ayrıcalıklı yetkiler de hep işlemin "icrai olma" özelliğinden kaynaklanmaktadır.¹⁰

Ancak, işlemin yürürlüğe girmesi, kesin olması, muhatabının menfaatine zarar vermesi gibi unsurlar "icrai olma" özelliği ile değil, işlemin iptal davasına konu olup olmaması ile ilgili hususlardır.¹¹

İdarenin bazı işlemleri hukuki sonuç doğurmadıkları için, "icrai olma" özellikleri de yoktur. Ön işlemler veya hazırlık işlemleri (tutanaklar, görüşler, teklifler, bilgi istemeler, değerlendirmeler, incelemeler gibi), teyit edici işlemler, iç düzen işlemleri (sirkülerler, direktifler, hizmet içi tedbirler gibi), enformel işlemler (uyarılar, duyurular, bilgilendirmeler, dilekler, basın açıklamaları gibi) hukuki sonuç doğurmadıkları için, icrai olmayan idari işlemlerdir.

d. Kamu Gücüne Dayanması

İdari işlem kamu gücü kullanılarak yapılan bir tasarruftur. İdarenin, kamu hukuku ile ilgili bir idari faaliyet içinde yaptığı idari işlem ile, özel hukuk ile ilgili bir faaliyeti sırasında yaptığı işlem, kamu gücü kullanıp kullanmadığına göre belirlenir. Buna göre, idarenin yaptığı işlem, kendisine kamu gücü kullanma yetkisi veriyorsa idari işlemdir. Yaptığı işlemde idarenin kamu gücü kullanma yetkisi yoksa bu işlem özel hukuk usullerine göre yapılan ve idari işlem kabul edilmeyen bir tasarruftur.

Kamu gücü kullanımı, idari işlem - özel hukuk işlemi ayırımın-

¹⁰ Kalabalık, Halil, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 89, Değişim Yayınları, İstanbul 2004.

¹¹ Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, s. 268.

da en temel faktördür.¹² Bir idari makam, kamu gücü kullanarak yaptığı bir idari işlemle, işlemin muhatabının hukuki durumunu doğrudan etkiler. Örneğin, idare bir idari işlem yapma talebini reddedebilir, mevcut idari işlemi kaldırabilir, değiştirebilir, geri alabilir veya geçersiz kabul edebilir. Bunların hepsinde idarenin kamu gücüne dayanarak bu idari işlemleri ortaya koyduğu görülmektedir.

e. Re'sen İcra Edilebilir Olması

İdare re'sen icra yetkisine sahiptir. İdare kendi aldığı kararı yine kendisi icra edebilir, yani bu kararın hukuk alanında doğurduğu değişiklikleri maddi alana uygulayabilir. Örneğin, işten çıkarma ile ilgili idari işlemi (kararı) idare re'sen icra eder: bu kişiye maaş ödemez. Ancak bazen idarenin idari işlemin gereğini re'sen icra edebilmesi için yasal yetkiye ihtiyacı vardır, bu hallerde idarenin adli yargıya başvurusu gerekir. Örneğin, bir idari kararın kamulaştırılan bir gayrimenkulün tapuda idare adına tescili için, mal sahibinin rızası yoksa, Asliye Hukuk Mahkemesi kararı gerekir.

f. Hukuka Uygunluk Karinesinden Yararlanması

İdari işlemin hukuka uygun olduğu varsayılır. Bu nedenle, bir idari işlemin mahkeme kararıyla iptal edilinceye kadar, hukuka uygun olduğu varsayılır ve uygulanmasına devam edilir.

Hukuka uygunluk karinesinin 4 sonucu vardır:

- İdari işlem hukuki sonuçlarını, hâkim kararına ihtiyaç olmaksızın derhal ve kendiliğinden doğurur. Aynı şekilde idari işlemin muhatabı da derhal haklara sahip olur veya yükümlülük altına girer.
- Bir idari işlem nedeniyle bir uyuşmazlık çıkarsa, dava açması gereken taraf idare değil, işlemin muhatabı olan kişidir.
- İdari işlemlerle ilgili davalarda ispat yükü idareye değil, bu işlemin hukuka aykırı olduğunu iddia eden kişiye aittir.
- İdari işleme karşı dava açılması, kural olarak bu işlemin uygulanmasını durdurmaz. Bu ilkeye, "iptal davasının yürütmeyi durdurma-

¹² Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, s. 266.

ması özelliği" denir. Ancak bu özelliğin bazı istisnaları vardır. Bu istisnaların ilki kanunla öngörülen istisnalardır.¹³ İkinci istisna ise, idare mahkemelerinin davacının istemi üzerine işlem hakkında verebilecekleri "yürütmeyi durdurma kararı"dır.

g. Hukuki Sonuç Doğurması

Bir idari işlemin hukuki sonuç doğurmaya yönelik bir düzenleme ihtiva etmesi, idari işleme "hukuki işlem" niteliğini veren ve onu idari eylemden ayıran özelliğidir.

İdari işlemin hukuki sonucu, işlemdeki emir cümlesi ile belirtilen düzenlemedir. Düzenleme kavramı bir yönüyle idari işlemi ortaya çıkarma faaliyetini, diğer yönüyle de bu faaliyetin sonucunu kapsar.

İdari işlemin içerdiği düzenleme, muhatabına bir yasaklama getirebilir, olumlu bir davranış talebinde bulunabilir, izin, ruhsat gibi bir hakka bağlı hukuki durumunu garantiye alabilir veya muhatabına bir hukuki teminat verilmesini öngörebilir.

İdari işlemin unsurunu oluşturan bir düzenlemeden bahsedebilmek için, düzenlemenin tamamlanmış olması zorunludur. Zira tamamlanmamış bir düzenleme içeren işlemin, hukuki etki yaratması mümkün olmayacaktır. Henüz tamamlanmamış, idari usul sürecinde devam eden, kendi başına hukuki sonuç doğurma yeteneğine sahip olmayan usulî işlemler, düzenleyicilik unsuru gerçekleşmediğinden, hukuki sonuç doğuran işlem olarak kabul edilmez.¹⁴

h. Yazılı Olması

İdari işlemin yazılı olması hukukun genel ilkelerinden değildir. İçtihatlarla ortaya konularak benimsenmiş bir ilkedir. Anayasa'nın "Yargı Yolu" başlıklı 125. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan; "İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar" kura-

¹³ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27/3 maddesi gereğince, vergi mahkemelerinde vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümlülüklerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur. Bkz. Gözler, Kemal, a. g. e., s. 219

¹⁴ Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, s. 264-265.

lı ile idari işlemde “yazılı olma” özelliği vurgulanmaktadır.¹⁵

1. Geriye Yürümemesi

İdare hukukunda kabul edilen genel ilke, idari işlemin yürürlüğe girişinin, işlemin duyurulması veya bildiriminden geriye yürütülemezdir. Danıştay 10. Dairesi'nin 26.05.1992 tarihli bir kararında,¹⁶ “Bakanlar Kurulu kararı idari bir tasarruf olup, idare hukukunun genel ilkeleri uyarınca yayımından itibaren hüküm ifade etmesi gerektiğinden, geriye yürür hüküm ve sonuç getirmesi hukuka aykırıdır” görüşlerine yer vermiştir.

Ancak geriye yürümezlik ilkesinde bazı istisnalar mevcuttur. İlk önemli istisna kanunun açık izin vermesi şartıyla işlemin geriye yürütülmesidir. Bir diğer istisna ise, işlemin niteliğinden kaynaklanan uygulamalardır. Örneğin, herhangi bir idari tasarrufu düzeltici bir idari işlem de, daha önceki dönemle ilgili bir düzenlemeye yer vermektedir. Üçüncü bir istisna ise, iptal kararının uygulanması amacıyla yapılan idari işlemidir. Bu işlem, iptal edilen işlemi yapıldığı tarihten itibaren ortadan kaldırdığı için, geriye dönük düzenleme yapmış olacaktır.

Belirtilmesi gereken diğer bir önemli husus da, geriye yürümezlik ilkesinin, düzenleyici işlemlerin yürürlüğe girmeleri ile beraber uygulanmaya başlamalarına engel olmamasıdır. Zira düzenleyici işlemler yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren, devam eden, yani hukuken kesinleşmiş durumlara uygulanırlar.¹⁷

¹⁵ Kalabalık, Halil, *a. g. e.*, s. 97.

¹⁶ Danıştay 10. Dairesi'nin 26.05.1992 tarih, 991/4571 E. - 992/2237 K. sayılı kararı.

¹⁷ Danıştay 8. Dairesi'nin 17.06.1997 tarih, 996/3847 E. - 997/2153 K. sayılı kararı: “... Kamu idareleri, kendi görev alanlarını ilgilendiren konularda yönetmelikler çıkarma yetkisine sahip oldukları gibi bunları günün koşullarına, mevzuata ve kamu hizmetinin özelliklerine göre yeniden düzenlemek ve değiştirmek yetkisine de sahiptirler. Genel ve soyut nitelikteki düzenleyici işlemler (kural tasarruflar) yine genel düzenleyici işlemlerle değiştirilebilir veya kaldırılabilir. Objektif hukuk dünyasında meydana gelecek bu değişikliğin, daha önceki kural tasarrufların doğurmuş olduğu objektif ve genel hukuki durumlara da tesir edeceği ve mevcut durumlara da uygulanacağı açıktır. Soyut ve genel hukuki durumların (hukuki statülerin) en önemli özelliği bunların daima değişebilmesi ve bu değişikliğin de herkese karşı geçerli olmasıdır. Objektif hukuk dünyasında meydana gelen ve hukuki statüde değişiklik yapan bu düzenlemelerin eski düzenleme uyarınca statü kazanmış ve statüsü devam eden bireyleri de kapsayacağı açıktır...” Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *a. g. e.*, s. 471.

III. İdari İşlemin Unsurları

İdari işlemin, yetki, şekil, usul, sebep, konu ve amaç olarak altı unsuru bulunmaktadır.

a. Yetki Unsuru

Yetki, bir idari makamın belli bir işlemi yapabilme ehliyeti olarak tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle, idari makamı temsil eden kişilerin, kamu tüzel kişisi adına hukuki işlemler yapabilme ehliyetidir.

İdare adına bu ehliyete sahip olan, yani idare adına irade açıklamaya yetkili kişiler, bu yetkilerini anayasa ve kanunlardan alırlar. Bu yetkiler, sübjektif hak olarak değil, görev olarak tanınmış yetkililerdir, dolayısıyla kanunun öngördüğü koşulların oluşması durumunda, idari makam bu yetkisini kullanmak zorundadır. Aynı şekilde, idari makamlar, sahip oldukları yetkilerden kendi istekleriyle vazgeçemezler ve kanunun açık izni olmaksızın başkalarına devredemezler.

Bir diğer önemli husus ise, yetkisiz makamın yaptığı bir idari işlemin sonradan yetkili makam tarafından onaylanması halinde bile bu işlemin yetki yönünden sakatlığının ortadan kalkmamasıdır.

b. Şekil Unsuru

İdari işlemin içinde yer aldığı belgeye şekil denir. İdari işlem kural olarak yazılı şekle tabidir. Yetkili makamın imzasını taşıyan bir metindir. Bu metin, uluslar arası ilişkiler hariç, Türkçe olarak yazılmış olmalıdır.

İstisnai hallerde yazılı şekilde olmayan idari işlem yapılabilmesi için kanunda açıkça izin verilmiş olması veya durumun aciliyetinin bunu gerektirmesi lâzımdır. Örneğin, kolluk alanında "sözlü karar" alınabilmesine imkân tanınmaktadır. Trafik yöneten polisin el-kol ile yaptığı hareketlerle de, irade açıklaması mümkündür. Trafik işaretleri ve geçme üstünlüğü olan kamu araçlarının sirenleri ise, idarenin işaretlerle ve sesle de irade açıklamaları yaptığını gösteren uygulamalardır.

Şekil konusunda bir diğer uygulama, "zımnî karar"dır. İdare, kendisine yapılan bir başvuru konusunda 60 gün boyunca yazılı veya sözlü hiçbir irade açıklamasında bulunmazsa, yani susarsa, bu durum o

başvurunun reddedildiği anlamına gelir. Burada bir ret kararı vardır, ama idarenin hiçbir irade açıklaması yoktur. Bunu idarenin “*zımnî irade açıklaması*” olarak tanımlamak mümkündür.

c. Usul Unsuru

Usul, idari işlemin yapılmasında izlenen yollar demektir. Bazı durumlarda idari işlemin özünü oluşturan irade tek kişi tarafından derhal açıklanır. Burada uyulması gereken fazla usul unsuru yoktur. Ancak bazı hallerde idari işlemin özünü oluşturan iradenin açıklanması için izlenmesi gereken bir usul vardır, önce bir hazırlık sürecinden geçer, olgunlaşır ve belli şartlar dahilinde tespit edilip açıklanır.

Çeşitli idari işlemler bakımından teklif usulü, danışma usulü, çelişme usulü gibi genel idari usuller vardır.

d. Sebep Unsuru

Sebep, idareyi bir işlem yapmaya sevk eden hukuki veya fiili etkenlerdir. Bu etkenler, idari işlemde önce gelirler. Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu’nun 8. maddesinin “A” bendinde, kumar oynatılan umumî veya umuma açık yerlerin kapatılacağı belirtilmiştir. Burada, kapatma işleminin sebebi “*kumar oynatma*” fiilidir. Diğer taraftan, Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 35. maddesine göre, Türk vatandaşlığından çıkarılan kişilerin Türkiye’de bulunan malları Hazine’ce tasfiye olunur. Tasfiye ile ilgili idari işlemin nedeni “*vatandaşlıktan çıkarılma*”dır, “*vatandaşlıktan çıkarılma*” ise hukuki sebep niteliğindedir.

e. Konu Unsuru

İdari işlemin konusu, doğrudan işlemin içeriği, işlemin kendisidir. Örneğin, memur atama işleminin konusu, bir kişinin memurluk statüsüne sokulması, kamulaştırma işleminin konusu, gayrimenkulün mülkiyetinin idareye geçmesi, emekliye sevk işleminin konusu ise kişinin memur durumundan çıkarılıp emeklilik durumuna sokulmasıdır.

Konu unsurunda sakatlık halleri bulunmamalıdır. Konunun imkânsız olması ve konunun kanuna aykırı olması, konuda sakatlığa neden olur. Örneğin, memur olarak atanan kişi daha önce ölmüş-

se, atama işlemi konu unsuru bakımından hukuka aykırıdır. Bu sebeple iptal edilir. Bir kamu tüzel kişinin diğer bir kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunan bir gayrimenkul hakkında kamulaştırma kararı alması ile ilgili idari işlemde ise, konu bakımından kanuna aykırılık hali vardır.

f. Amaç Unsuru

Amaç, idari işlem ile ulaşılmak istenen nihaî sonuçtur ve idari işlemin sübjektif unsurunu teşkil eder.

İdari işlemde, amaç unsuru bakımından başlıca iki çeşit hukuka aykırılık hali ortaya çıkabilir. Birincisinde idare kamu yararı amacının tamamıyla dışında kalan bir amaçla hareket eder. İkincisinde ise idare, kamu yararı genel amacı içinde kalan bir amaçla hareket eder, ama bu amaç kanunun öngördüğü amaç değildir.

Birinci durumda, *“kamu yararı amacı dışında bir amaçla yapılan işlemler”* söz konusudur. Bunlara örnek olarak, özel çıkar sağlama veya siyasal amaçla yapılan idari işlemler gösterilebilir.

İkinci durumda ise, *“özel amacı aşan işlemler”* söz konusudur.¹⁸ Örneğin, asıl amacı trafiği düzenlemek olan trafik polislerinin, sadece idareye gelir sağlamak için ceza kesebilmek amacıyla, trafik ihlâli yapılabilecek bir yerde pusuda bekleyerek araçlara yoğun şekilde trafik cezaları¹⁹ düzenlemeleri.

3. MADDÎ AÇIDAN İDARİ İŞLEM

İdari işlem ya özel, somut, bir kere uygulanmakla tükenen kişisel bir düzenlemedir, ya da genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı irade açıklamasıdır. Bir idari düzenlemenin (işlemin) özel, somut bir düzenleme mi, yoksa genel, soyut bir düzenleme mi olduğunun belirlenmesinde iki bakış açısı dikkate alınır; düzenlenen hukuki durum ve düzenlemenin muhatabının tespiti.

¹⁸ Bkz. Gözler, Kemal, *a. g. e.*, s. 302 vd.

¹⁹ Trafik kuralı ihlâli nedeniyle kesilen trafik cezası idari bir cezadır. İdari para cezası da kanunda gösterilen şartlar varsa, yine kanunda gösterilen sınırlar içinde idare tarafından verilir. Bkz. Akyazan, Ahmet Emrah, Trafik Ceza Tutanağı Düzenlenmesinde Yaratılan Ayrıcalıklı Durum, *Güncel Hukuk Dergisi*, Sayı: 21, Eylül 2005, s. 54.

Düzenlenen hukuki durum, zaman, kişi, yer ve diğer unsurlar açısından belli ya da belirlenebilir nitelikteyse, “somut”tur. Somut düzenlemeler, temel nitelikleri gereği bir kere uygulanmakla tükenirler. Buna karşılık, düzenlenen hukuki durum, kavramsal nitelikteyse, bir varsayıma veya şarta dayanıyorsa “soyut”tur ve sürekli bir düzenlemedir.

Muhatabının tespiti bakımından ise bir düzenleme, belli ya da belirlenebilir sayıda kişiye yönelmişse “kişisel” düzenlemedir. Buna karşılık, bir düzenleme sayıları belli olmayan kişilere ve özellikle de düzenleme alanına girecek herkese yönelikse, “kişilik dışı”, genel düzenleyici işlemdir.

İdari işlemi belirlerken dikkat edilmesi gereken diğer hususlar ise; yer bakımından geçerlilik, içerik farklılaşmasının etkisi, işlemin gerekliliği ve yürütülebilir olmasıdır.

I. Birel (Bireysel) İşlem

Birel veya bireysel işlem, belli bir kişi ya da nesneye yönelen, münferit bir durumla ilgili somut ve özel bir düzenleme içerir. Birel işlem kişisel bir düzenlemedir ve bir kere uygulanmakla tükenir.

Birel işlemlerin hepsi özel niteliktedir, belli bir kişiye, nesneye ya da olaya uygulanması sonucu yalnız bunlar için geçerli bir durum yaratırlar. Birel işlemler özel durumlara ilişkin düzenlemelerdir.

Birel işlemler prensip olarak ilgililere tebliğ yoluyla duyurulurlar. Ancak ilgililerin fazla sayıda olması halinde ilân yoluyla da duyurulabilir (Örneğin, sınav sonuçlarının öğrencilere duyurulması). İdari işlemin ilgililerinin idare tarafından bilinemediği durumlarda da işlem ilân yoluyla duyurulabilir.

Birel işlemler kendi içinde iki kümede toplanabilir. Bunlardan biri “şart işlem” diğeri ise “sübjektif işlem”dir.

a. Şart İşlem (Durum İşlem)

Şart işlem bir kişi, nesne ya da olaya ilişkin olarak yapılan, genel bir hukuksal durumdan bir diğerine girme veya ondan çıkma sonucunu doğuran işlemdir. Şart işleme, “durum işlem” de denir.

Şart işlemin içeriği daha önceden belirlenmiş kurallara bağlıdır. Şart işlemi yapan idare işlemin içeriğini düzenlemekte serbest değildir, sadece bu işlemi yapıp yapmamakta serbesttir. Örneğin, bir şart işlemle memur atanan kişi, memuriyet için önceden konulmuş kurallara tâbi olur. Şart işlemi yapan idare, memuriyetin kurallarını düzenleyemez, sadece bu kişiyi memur olarak atayıp, atamama konusunda karar verir. Şart işlemle kişiler önceden düzenlenmiş bir hukuki duruma sokulur. Memurun “emekliye sevk edilmesi”, bir öğrencinin öğretim kurumuna “kaydı”, “diploma” alması, tarihi bir binanın “eski eser olarak tes-cili”, inşaat için “ruhsat” verilmesi gibi işlemler şart işleme²⁰ örnektir.

Şart işlemde işlemin içeriği statü olarak daha önce belirlenmiştir, yani önceden kişilik dışı ve objektif olarak belirlenmiştir.

Nesnelere ilişkin şart işleme örnek olarak, idarenin özel mülkiyetinde bulunan bir gayrimenkulü, kamu malı statüsüne sokan “*tahsis kararı*”nı gösterebiliriz.

Lehine şart işlem yapılan kişiler bir takım hak ve ayrıcalıklardan yararlanabilir. Örneğin, memur olarak atanan kişi maaş alır, vatandaşlığa alınan bir yabancı, vatandaşların sahip olduğu haklardan yararlanır, okula kaydını yaptıran öğrenci dersleri izleme, öğrenci kimliği alma gibi bazı hak ve ayrıcalıklardan yararlanır. Ancak bunlar sübjektif hak niteliğinde değildir. Bu kişilerin şahsına verilmiş haklar değildir, bu haklar onların içinde bulunduğu statüden kaynaklanan haklarıdır.²¹

b. Sübjektif İşlem (Öznel İşlem)

Sübjektif işlemler belli bir kişiyi ya da nesneyi, kapsamını da kendilerinin belirledikleri hukuki duruma sokan işlemlerdir. Sübjektif işlem yeni bir hukuki durumun doğmasına sebep olur veya bireysel hukuki durumda değişiklik yaratır. Bu işlem kişiden kişiye değişir. Bir vergi mükellefine vergi tarh edilmesi sübjektif bir işlemdir. Çünkü her vergi mükellefi, gelir vergisi kanununda öngörülen şartlar nedeniyle gelirini farklı kriterlere göre beyan edecek ve vergi dairesi gerekli kontrolleri yaptıktan sonra o kişi için kanuna uygun gelir vergisi mat-

²⁰ Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, s. 272.

²¹ Gözler, Kemal, *a. g. e.*, s. 222.

rahını belirleyecektir. Dolayısıyla her mükellefin vergisi farklı olabilecektir.

Sübjektif işlemin içeriği yine önceden konulmuş kurallara göre saptanmaktadır. Ancak bu kurallar karşısında, hakkında işlem yapılan kişinin içinde bulunduğu özel koşullar işlemin içeriğini etkileyecektir.

İdari uygulamalarda çok yaygın olan sübjektif işlemler, “öznel işlem” olarak da nitelendirilmektedir.

II. Genel Düzenleyici İşlem

İdare, Anayasa'nın ve kanunların verdiği yetkiye dayanarak düzenleyici işlemler yapabilmektedir. Hatta toplum ve hizmet yararına bir konunun düzenlenmesi söz konusu olduğunda, yetki tanıyan kanun ya da tüzük gibi bir metin olmaksızın da, istisnai olarak, idare, düzenlemeler yapabilmektedir.²²

Genel düzenleyici işlemler genel ve kişilik dışı nitelikte olan tek yanlı idari işlemlerdir. “Kural işlemler” olarak da ifade edilirler. İdare bu işlemlerle kurallar koyar.

İdarenin düzenleme yetkisi Anayasa ve kanunlardan kaynaklanır. Ancak bunların dışında, idare şartların gereğine uygun şekilde, “idarenin iyi işlemesi”, “kamu düzeninin sağlanması” gibi ihtiyaçlar nedeniyle de düzenleme yetkisine sahiptir. Böylece idare,²³ kamu hizmetinin iyi işlemesi ve kamu düzeninin sağlanması ile takdir yetkisinin objektifleştirilmesi için düzenleyici işlemler yapabilmektedir.²⁴

Kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik genel düzenleyici işlemlerdir. Ayrıca karar, tebliğ, genelge, yönerge, sirküler gibi genel düzenleyici işlemler de mevcuttur.

Genel düzenleyici işlemlerin hem kanuna uygun olması hem de kanuna dayanması gerekir. Kanuna uygun olma niteliği Anayasa'nın 8. maddesinde; “Yürütme yetkisi ve görevi Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” kuralı ile belirtilmiştir.

²² Akyazan, Ahmet Emrah, a. g. m., s. 54.

²³ Akyazan, Ahmet Emrah, a. g. m., s. 54.

²⁴ Son zamanlarda böyle bir düzenleyici işlemin trafik hukuku alanında yürürlüğe girdiği görülmektedir. Bilgi için bkz. Akyazan, Ahmet Emrah, a. g. m. s. 54.

Kanuna dayanma niteliği genel kural olmakla birlikte, kanun koyucunun her şeyi düzenleme imkânının bulunmaması nedeniyle, kamu hizmetinin iyi işlemesi ve kamu düzeninin sağlanması gibi nedenlerle idare kanunla yetki verilmeyen hallerde de gerekli alanlarda özerk nitelikte düzenlemeler yapılabilir.²⁵

III. Birel (Bireysel) İşlemlerle Düzenleyici İşlemler Arasındaki Farklılıklar

Bu farklılıklar aşağıdaki şekilde belirtilebilir:²⁶

- Birel idari işlem her idari makam tarafından yapılabilir. Düzenleyici işlem ise Anayasa ve kanunlarda belirtilen organ ve makamlar tarafından yapılabilir.
- Birel işlem ilgisine tebliğ yolu ile duyurulur. Düzenleyici işlem yayın veya ilân ile duyurulur.
- Birel işlemin kaldırılması ve geri alınması bazı şartlara bağlanmıştır. Düzenleyici işlem ise her zaman değiştirilip, kaldırılabilir.
- Birel işleme karşı dava belirli bir süre ile sınırlıdır. Düzenleyici işleme karşı her zaman hukuka aykırılık itirazında bulunulabilir.
- Adli yargıda görülen davalar sırasında yorumlama ve geçerliliklerinin saptanması, işlemin birel veya düzenleyici olmasına göre değişmektedir.

IV. Genel Karar

Genel karar “genel” unsurlar içeren bir düzenlemedir, fakat belirli ya da belirlenebilir sayıda kişi veya nesneye yöneliktir. Genel karar, “genel” unsurlar içeren bir düzenleme olarak genel düzenleyici işlemlere, belirli sayıda kişi veya nesneye yönelik olması itibarıyla da birel işlemlere benzerlik gösterir.

Alman İdari Usul Kanunu’nun 35. maddesine göre; “Genel karar, ortak özellikleri tanımlanmış ya da tanımlanabilir bir grup insana yöneltilen,

²⁵ Gözler, Kemal, *a. g. e.*, s. 353.

²⁶ Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *a. g. e.*, s. 406.

ya da bir şeyin²⁷ kamusal niteliği ile ya da o şeyin kamuca kullanılması ile ilgili bir idari işlemdir.”

Türk idare hukukunda “genel karar”ın, henüz üzerinde görüş birliğine varılan bir “ismi” konulamamıştır.²⁸ Bazı görüşler, “düzenleyici” nitelikte olmayan “genel karar”ın belirgin özelliğinin “sürelî” olması olduğunu öne sürerek kavrama, “genel nitelikli geçici karar” ismini vermektedirler.²⁹ Örneğin, uluslar arası bir toplantı nedeniyle, toplantı süresince bazı yolların trafiğe kapatılmasına ilişkin valilik kararı bu niteliktedir.

Ancak bu tür işlemlerin hepsinin sürelî nitelikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim şimdi vereceğimiz örnekteki kararın hukuki sonucu, uygulanmakla sona ermektedir: 2265 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu’nun 3. maddesine göre, kamu ve özel kuruluşların çevresindeki “güvenlik bölgeleri” Genel Kurmay Başkanlığı’nın lüzum göstermesi üzerine, Bakanlar Kurulu’na kurulmakta ve kaldırılmaktadır. Bu karar ile bölge içindeki kişilerin malları kamulaştırılabilmekte, bölgenin yakın çevresinde yangın ve patlama tehlikesi taşıyan maddelerin imali, depolanması ve satış yerlerinin açılması yasaklanabilmektedir.

Danıştay bu tür bir Bakanlar Kurulu kararının yayınlanmasının zorunlu olmadığını kabul etmektedir.³⁰ Şu halde alınan bu karar düzenleyici bir işlem değildir, düzenleyici bir işlem olsaydı, kararın yayımlanması gerekirdi. Diğer taraftan bu karar ilgisine tebliğ de edilmediğine göre, bireysel bir işlem de değildir.³¹

Alman İdari Usul Kanunu’nun 35. maddesindeki tanımdan hareketle “genel karar”ın iki şekilde ortaya çıkması mümkündür; kişisel haklarla ilgili olarak ve aynı haklarla ilgili olarak.

²⁷ Bir hakka konu olabilen, bir ihtiyaca cevap veren, maddî ve/veya manevî varlığa sahip eşya.

²⁸ Genel karar kavramı için öğretide birbirinden farklı birçok terim kullanılmaktadır. Bilgi için bkz. Akyılmaz, Bahtiyar, *a. g. e.*, s. 48 vd.

²⁹ Bilgi için bkz. Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *a. g. e.*, s. 405-406.

³⁰ Bkz. Danıştay 10. D. 22.12.1997, E. 994/90 - K. 997/6041 sayılı karar.

³¹ Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *a. g. e.*, s. 406.

a. Kişisel Haklarla İlgili Genel Karar

İdarenin, “süreklilik” özelliği olmamakla beraber, “genel” nitelikteki bir şeye uyulması, ya da bir şeyden kaçınılması yolundaki emri, kararın duyulduğu anda çok sayıda kişiye yöneliktir. Örneğin, Bakanlar Kurulu’nun grev erteleme kararı, belli bir hukuki sonuca yönelik olarak, sayıları belirli ya da belirlenebilir kişileri somut bir durumda, belli bir davranışa yöneltmek istemektedir.

b. Aynî Haklarla İlgili Genel Karar

Alman İdari Usul Kanunu’nun tanımına göre, aynî haklarla ilgili genel karar ya somut bir nesne ile ilgili olarak hukuki sonuç doğurur, ya da bu somut nesnenin kamusal özelliklerini düzenler. Bu suretle, bir şeyin kamusal niteliği ile ya da bu şeyin kamuca kullanılması ile ilgili genel karar, kişisel haklarla ilgili genel karardan ayrılmaktadır.

Ancak bu ayırım uygulamada çok önemli değildir. Zira bir “şeyin” özelliklerinin düzenlenmesi ile kullanımının düzenlenmesi birbiriyle yakından ilgili olup, çoğu kez bu iki husus aynı anda ve bir arada düzenlenmektedir.

Üzerinde durulması gereken önemli nokta, Alman İdari Usul Kanunu’nun bu konuyu ayrıntılı şekilde düzenlemek suretiyle, gerek kişisel, gerekse aynî haklarla ilgili genel kararlar bakımından kişilere bu anlamda bir hukuki koruma getirmekte oluşudur.³²

aa. Bir Şeyin (Nesnenin) Kamusal Özelliklerinin Düzenlenmesi

Bir şeyin (nesnenin) kamusal özelliklerini düzenleyen bir genel karar ile idare bu şeyi kamu yararına tahsis eder. Aşağıdaki genel kararlar bu tür genel kararlara örnek teşkil eder:

- Su koruma alanlarının tayin ve tespiti,
- Caddelere isimlerini gösteren levhaların konulması,
- Karayolu inşaatı sırasında trafiğin aksamadan devam edebilmesi için talî bir yolun geçirileceği sahanın tahsisi.

³² Akyılmaz, Bahtiyar, *a. g. e.*, s. 50-51.

İdarenin kamu yararına olarak yaptığı bu alan tespiti, levha konulması ve saha tahsisi ile ilgili genel kararlarını kaldırması veya değiştirilmesi ile ilgili işlemleri de genel karar olarak kabul edilmektedir.

bb. Bir Şeyin (Nesnenin) Kullanımının Düzenlenmesi

Toplumun kullanımı için bir şeyde yapılan düzenlemeye ilişkin işlemler, genel kararları oluştururlar. Belediye tarafından otobüs duraklarının yerlerini belirleyen, otobüslerin şehir içindeki duraklar arasında seyrini belirleyen çizelgeyi tespit eden idari düzenlemeler genel karar örnekleridir.

“Trafik işaretleri”nin hukuki niteliği ile ilgili farklı görüşler vardır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 3. maddesinde trafik işaretleri; “Trafiki düzenleme amacı ile kullanılan işaret levhaları, ışıklı ve sesli işaretler, yer işaretlemeleri ile trafik zabıtası veya diğer yetkililerin trafiği yönetmek için yaptıkları hareketlerdir”, ışıklı ve sesli işaretler; “Trafiki düzenlemede kullanılan ışıklı ve sesli, sabit veya taşınabilir, elle kumanda edilebilen veya otomatik çalışan, üzerinde çeşitli renk, şekil, sembol, yazı bulunan ve belirli yanma süresi olan, ışık veya sesle özel bir talimatın aktarılmasını sağlayan trafik tertibatıdır” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanımlamanın ışığında, ışıklı ve sesli trafik işaretleri ile trafik polisinin işaretlerinin *“genel karar”* olduğu kabul gören görüştür. Zira bu işaretler, genel bir düzenleme içermekle birlikte, sadece bu işaretlerin cereyan ettiği sırada, o anda trafikte bulunan belirli ya da belirlenebilir sayıdaki kişilere yönelen ve bir defa uygulanmakla tükenen bir emir öngörmektedirler.

2918 sayılı Kanun’un 3. maddesinde yer verilen ve trafik işaretlerini gösteren levhalar ise, sadece belirli bir anda değil, trafiğe çeşitli zamanlarda çıkacak kişiler için sürekli bir emir öngörmektedirler. Dolayısıyla herkes için devam eden bir hukuki etki yaratmaktadırlar. Bu nedenle trafik levhaları zaman zaman *“genel karar”* zaman zaman da *“genel düzenleyici işlem”* olarak kabul edilmektedir.

Kanunun 3. maddesinde yer alan hüküm, trafik işaretleri ile trafik levhaları arasında hukuki nitelik açısından bir fark öngörmediği izlenimini vermektedir. Hukukumuzda bu tür işlemler genellikle iptal davasının konusunu oluşturup oluşturmadıkları açısından incelenmiş ve

trafik polisinin işaretleri ile trafik ışıkları “yapılmakla tükenen işlemler” oldukları için, iptal davasının konusu olarak görülmemiştir.³³

4. İDARİ İŞLEM VE İDARİ EYLEM

Anayasa'nın 125. maddesinde “Yargı Yolu” başlığı altında yer alan; “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü ile idarenin eylem ve işlemlerinin bir bütün olarak dikkate alındığı görülmektedir. İdare ister eylemlerde bulunsun, ister işlem yapsın bunların hepsinin hukuka uygun olması gerekir. İdarenin hukuka aykırı işlemi iptal edilebileceği gibi, idare hukuka aykırı eyleminden de sorumlu tutulabilir.

Danıştay'a göre idari eylem, idarenin faaliyetleri sırasında bir hareketini, bir olayı, bir tutumu anlatır, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalardır.³⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ise bir kararında; “İdari eylem, kamu idare ve kurumlarının kamu görevine ilişkin, idare hukuku temel ve gereklerine göre yaptığı olumlu veya olumsuz davranış (fiil) tir. İdari işlem ise, idari kanunlara dayanılarak yapılan muamelelere denilmektedir”³⁵ görüşüne yer vermiştir.

İdari eylem, kamu hukuku rejimine tâbi bulunan kamu hizmetleri alanında, idarenin kanunilik temelinde bağlı bulunan ve kamu görevlileri aracılığı ile gerçekleştirdiği fiziksel ve maddî sonuçlar doğuran davranışları ifade eder. İdari eylemlerin ya bir idari işleme, ya da doğrudan bir kanuna dayanması gerekmektedir. Bir idari işleme dayalı ol-

³³ Alman hukukunda trafik levhaları daha önceleri “genel düzenleyici işlem” olarak kabul edilirken, 1970'lerden itibaren yargı kararlarında bunların “genel karar” olduğu görüşüne yer verilmiştir. Ancak trafik levhalarının bir “şey”in özelliklerini ya da kullanılmasını düzenleyen genel kararlarla aynı özellikleri taşıdığını söylemek mümkün değildir. Trafik levhaları sayıları belli ya da belirlenebilir kişiler için somut bir olay ya da durumu düzenlememekte, trafik levhaları ile karşılaşan trafikteki herkes için bir emir veya yasak içermektedir. Bu emir veya yasak bir kere uygulanmakla tükenmemekte, benzer bütün durumlarda uygulanmaya devam etmektedir. Bu özellikleri dikkate alındığında, trafik levhaları genel karardan çok genel düzenleyici işlem niteliğinde görünmektedir.

³⁴ Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, s. 259.

³⁵ Y. 4. HD, E. 1973/11399 - K. 1975/903, 22.01.1975 tarihli karar. Bilgi için bkz. Aya-noğlu, Taner, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, s. 48, Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti., Ağustos 2004.

ması gereken eylemlerin arkasında bir idari işlemin bulunmaması halinde, bu eylemler idarenin haksız fiili³⁶ sayılmaktadır.

İdari işlem, idare adına irade açıklamaya yetkili olanlar tarafından yapıldığı halde, idari eylem herhangi bir kamu görevlisi tarafından da yapılabilir. İdari eylemler çoğu kez idari işlemlerin hazırlanması, uygulanması, ya da bazı hizmetlerin yürütülmesi biçiminde kendisini gösterir. Ancak temelinde bir idari karar veya işlem olmadan fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar da idari eylemleri oluşturmaktadır. Hukuk alanında değişiklik yapmayan idari eylemler sadece ilgililerin hak ve yetkilerini kullanmaları halinde hukuki sonuçlar doğurabilir.

İdari işlem ve idari eylem kavramları çoğunlukla birlikte kullanılmalarına rağmen, hukuki açıdan idari işlem idari eylemden daha önemlidir. İdarenin eylemi, bir idari işlemin uygulamaya geçirilmesi amacıyla yapılabildiği gibi, herhangi bir işleme dayanmayan idari eylemler de vardır.

5. SONUÇ

Türk idare hukukunda idari işlemin yasal bir tanımı bulunmamaktadır. Doktrinde ve yargı kararlarında ortaya konan idari işlem tanımlarında ise, tam bir görüş birliğinin sağlanamadığı görülmektedir. İdari Usul Kanunu yürürlüğe girdiği takdirde, idari işlem için de yasal bir tanımlama ortaya konmuş olacaktır.

Uygulamada, idarenin çok çeşitli işlemleri, yargının idari işlemlerle ilgili kararları ve doktrinde geliştirilen görüşler, idari işlem konusunda zengin bir bilgi kaynağı meydana getirmektedir. Demokratik devlet anlayışındaki gelişme ile de, idari işleme yüklenen anlamda daha ılımlı ve daha demokrat yaklaşımlar benimsenmektedir.

İdari işlemin özellikleri, unsurları gibi konular, doktrinde ve yargıda giderek daha geniş bir mutabakat zemini bulmaktadır. Bunun yanında, idari işlemlerin çeşitli kriterlere göre sınıflandırılmasında, bazı kriterler açısından genel bir mutabakat olduğu halde, "*Maddî Açıdan İdari İşlem*" sınıflandırmasında, doktrinde farklı yaklaşımlar görülmektedir. Bu grupta yer verilen idari işlem çeşitlerinden "*Genel Karar*" ko-

³⁶ Ayanoğlu, Taner, *a. g. e.*, s. 323.

nusu ise, hem Türk idare hukuku alanında hem de bazı Avrupa ülkelerinin idare hukuklarında, yaygın bir görüş birliğine konu olamamıştır. Özellikle Alman idare hukukunda, Alman İdari Usul Kanunu'nun düzenlemeleri ve doktrindeki teoriler arasında yaklaşım ayrılıkları devam etmektedir. Ayrıca, Türk idare hukukunda "Genel Karar" için henüz üzerinde görüş birliğine varılan bir "isim" bulunamamıştır.

Günlük hayatın getirdiği tüm yeni unsur ve olaylara göre farklı boyutlar kazanan idari işlem kavramı, bu boyutların ortaya koyduğu alanlarda giderek daha geniş uygulama çeşitliliği kazanmaktadır. Buna bağlı olarak doktrin de, paralel teori ve yaklaşımlar geliştirmek durumundadır. Hiç kuşkusuz, çeşitlilik gösteren idari işlem ihtilâflarından yola çıkacak olan yargı kararları ve yasal bazda getirilecek düzenleme (İdari Usul Kanunu'nun çıkarılması) de doktrin çalışmalarına yararlı olacak yeni unsurları beraberinde getirecektir.

Esasen, doktrindeki görüş farklılıklarının, ilgili bilim dalının etkinliğini oluşturan ve ortaya konacak senteze zenginlik katacak unsurlar olduğunu da unutmamak gerekir.

KAYNAKLAR

- Akyazan, Ahmet Emrah, Trafik Ceza Tutanağı Düzenlenmesinde Yaratılan Ayrıcalıklı Durum, *Güncel Hukuk Dergisi*, Sayı: 21, Eylül 2005.
- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya, Ocak 2004.
- Akyılmaz, Bahtiyar, *İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Ayanoğlu, Taner, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti., Ağustos 2004.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Dersleri*, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2004.
- Gözübüyük, A. Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt 1, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, Dördüncü Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, Kasım 1999.
- Kalabalık, Halil, *İdare Hukuku Dersleri*, Değişim Yayınları, 2004 İstanbul *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı: 14.

RİSK İLKESİNİN İDAREYE YÜKLEDİĞİ KÜLFETLER VE GÜNCEL YARGI KARARLARI

Mustafa KÖKSAL*

I. GENEL OLARAK SORUMLULUK

Sorumluluk kavramından, çok geniş anlamıyla, bir kişinin başkasına verdiği zararı giderim yükümlülüğü anlaşılır.¹ Diğer bir ifadeyle sorumluluk, çeşidi ne olursa olsun normlara uyulmasını sağlama-yı amaçlayan yaptırım güçleridir. Bu nedenle norm çeşitleri kadar sorumluluk türleri vardır denilebilir.²

Hukukta sorumluluk; siyasi sorumluluk, cezai sorumluluk ve hukuki sorumluluk olmak üzere değişik anlamlarda kullanılmaktadır. Sorumluluk türleri arasında saydığımız “hukuki sorumluluk”, daha doğru bir ifadeyle “malvarlığı sorumluluğu” (mali sorumluluk), en geniş anlamıyla, bir kişinin diğer kişiye verdiği zararın, zarar verenin malvarlığına devlet aracılığıyla cebren el konularak tazmin edilmesi demektir. Bu sorumluluğun müeyyidesi, bir kişinin malvarlığından bazı değerlerin diğer kişinin malvarlığına geçmesidir ki bu çoğunlukla ay-nen teslim veya tazminat şeklinde ortaya çıkar.³

İdarenin, siyasi sorumluluğu veya cezai sorumluluğu değil, sadece mali sorumluluğu, yani malvarlığı sorumluluğu olabilir. Zira bakanlar hariç, idarenin diğer makamlarının siyasi sorumluluğu yoktur.

* Van 2. İdare Mahkemesi Hakimi.

¹ Atay, E. Ethem / Odabaşı, Hasan / Gökcan, Hasan Tahsin, *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Ankara 2003, s. 29.

² Çağlayan, Ramazan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayınları, Ankara 2007, s. 9; İnan, Atilla, “Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarında Devlet ve Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu”, DD, Ankara 1981, S. 42-43, s. 20.

³ Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003, C. II, s. 931.

İdarenin cezai sorumluluğu da yoktur. Çünkü idare denilen şey bir tüzel kişidir ve ceza sorumluluğu şahsidir, tüzel kişilerin cezai sorumlulukları olmaz. Mali sorumluluk, bir malvarlığı sorumluluğu olduğuna göre, idari sorumluluk şöyle tanımlanabilir. *İdari sorumluluk*; idarenin bir kişiye verdiği zararın, idarenin malvarlığından bazı değerlerin zarar gören kişinin malvarlığına cebri olarak aktarılmasıyla tazmin edilmesi demektir. İdare, normalde kendi verdiği zararı, kendi malvarlığındaki bir değeri zarar gören kişinin malvarlığına geçirerek, kendi rızasıyla tazmin eder. Ancak, zarar veren idarenin verdiği zararı kendi rızasıyla tazmin etmemesi durumunda, bu tazmin, idari yargı organlarının verdikleri kararlarla sağlanır. İşte idarenin verdiği zararın idari yargı kararıyla tazminine *idari sorumluluk* denmektedir.⁴

II. İDARENİN SORUMLULUĞUN TÜRLERİ

İdarenin sorumluluğu genel olarak iki ana kategoride incelenmektedir. Bunlardan ilki ve öncelikli olarak uygulananı "*idarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğudur*". Diğer sorumluluk türü ise, istisnai ve ikincil nitelikte olan "*idarenin kusursuz sorumluluğudur*".

Kamu hizmeti yapmakla görevli idare bu hizmetin örgütlenmesinden, yürütümü için gerekli araç, gereç ve personelin sağlanmasından, personelin yetiştirilmesinden ve hizmetin gereği gibi yürütülmesinden sorumludur. İdarenin tüzel kişiliklerden oluşan bir cihaz olması dolayısıyla idare adına işlem tesis eden kişi veya kişilerin kusuru bu sorumluluğun temelini oluşturmaktadır.⁵

Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bir bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir. Hizmet kusurundaki "*hizmet*" deyimini ise sadece idari faaliyetlerinin belli bir türü olan kamu hizmetini değil ve fakat genel olarak herhangi bir idari görevi veya faaliyeti belirtmektedir. Bu anlamda, kamu hizmetlerinden başka bir idari faaliyet türü olan kolluk faaliyetlerinin veya bir başka tür idari faaliyetin kuruluş, işleyiş ve düzenlenişindeki aksaklık veya bozukluk da hizmet kusuru olarak kabul edilmektedir.⁶

⁴ Gözler, s. 935.

⁵ Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 55 vd.

⁶ Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2003, s. 320.

Genel olarak, hizmetin kötü işlemesi, hizmetin geç işlemesi ya da hizmetin hiç işlememesi durumlarında hizmet kusurunun varlığı kabul edilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, kamu görevlisinin hizmeti dışında yaptığı suç niteliğindeki davranışları, kötü niyetli hareketleri, ağır kusuru ya da yargı kararlarına uymaması sonucunda ortaya bir zarar çıkarsa, bu zarardan idare değil kamu görevlisinin bizzat kendisi sorumlu olacaktır. Zira bu davranışlar kamu görevlisinin hizmeti ile ilgili olmayıp, tamamen kişisel faaliyetleri sonucunda ortaya çıkmaktadır.

Kusur ilkesi, XX. yüzyıl başlarına kadar idare hukukunda sorumluluğun tek kaynağı olmuştur. XIX. yüzyıldan itibaren tazminat hukukunun dokusu “sosyal” bir nitelik kazanmaya başlamış; hukuk devletin sosyal devlete doğru gelişim göstermesi ile idarenin sorumluluğu anlayışında da zarar görenler yararına bir yaygınlaşma olmuştur.⁷ Muasır devletin hareket ve faaliyet alanının genişlemesi, tacirlikten, orman koruculuğundan başlayarak diplomatik münasebetlere, harp ilanına, ittifak ve sulh akdine kadar bin bir çeşit iş ihtiva etmesi;⁸ bu faaliyetlerde kullanılan teknolojinin ilerlemesi, araçların çoğalması, idari teşkilatın karmaşıklaşması, hürriyetçi ortamda toplumsal ilişkilerin artması, zarar veren olay ile idarenin kusuru arasında bağlantı kurulmasını veya bunun kanıtlanmasını güçleştirmiştir. Öte yandan belli kişilerin belirgin zararlarla karşılaşmaları halinde bu zararları onların üzerinde bırakmamak gerektiği yolundaki sosyal adalet anlayışı da gelişmiştir.⁹ İşte, tüm bu gelişmelerin ardından kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmeye ve uygulanmaya başlanmıştır.

Kişilerin idarenin faaliyetleri veya hareketsiz kalması dolayısıyla uğradıkları zararları, her zaman idarenin kusurlu faaliyetine dayandırmak olanakları ise yoktur. İşte, idarenin kendisi ile ilgili görülen bir zarardan kusursuz da olsa sorumlu tutulmasına *kusursuz sorumluluk* denmektedir.¹⁰ İdarenin kusursuz sorumluluğunda kusur şartı

⁷ Yaman, Murat, “Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları”, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2003, S. 18, s. 91.

⁸ Başgil, A. Fuat, “Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti”, *Adalet Dergisi*, Ankara 1940, S. 32, s. 597.

⁹ Yaman, s. 91; Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku I*, 2. Baskı, İstanbul 1990, s. 151.

¹⁰ Yaman, s. 91; Kayışoğlu, Bahattin, “İdari Eylemlere İlişkin Sorumluluk Sebepleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1976, S. 2, Y. 33, s.178.

aranmadığından, zarar ile idarenin eylem veya işlemi arasındaki illiyet bağı (neden sonuç ilişkisi) ön plana çıkmaktadır. Zira bu sorumlulukta zarar ile eylem-işlem arasındaki illiyet bağının varlığı idarenin sorumlu olması için yeterli sayılmaktadır.

Kusursuz sorumluluk, idarenin sorumluluğu hususunda kural değil, istisnadır. Bu özelliği, kusursuz sorumluluğun "*tamamlayıcı (ikincil) nitelikte*" bir sorumluluk olduğunun da bir göstergesidir. Bir zarar, şayet, kusurlu sorumluluk ilkesi kapsamında tazmin edilebiliyorsa, idarenin kusursuz sorumluluğuna başvurulamaz.¹¹

Türk hukukunda kusursuz sorumluluğun çeşitleriyle ilgili bir fikir birlikteliği bulunmamaktadır. Doktrinde tehlike ilkesi, sebepsiz ikhtisap ilkesi, hasar teorisi, hukuki eşitlik teorisi gibi muhtelif teoriler savunulmaktadır. Bu savlar incelendiğinde zaman zaman farklı kavramların aynı anlama gelecek şekillerde anlatıldığı da görülmektedir. Ancak en çok kullanılan çeşitleri "*risk sorumluluğu ilkesi*" ve "*kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi*" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kusursuz sorumluluk ilkesinin çeşitlerinden olan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi en genel anlamıyla; devletin kamusal faaliyetleri sırasında bir bireye ya da bazı bireyler topluluğuna, diğer kimselere göre, somut bir zarar ika etmesi ve bunun sonucu olarak da diğer bireylerden daha ağır bir fedakarlığın doğmasına yol açmasıdır.¹²

İdare, risk söz konusu olmaksızın kamu yararını gerçekleştirebilmek amacıyla bir hizmet yürütmüş ya da bir faaliyette bulunmuştur. İdarenin bu hizmet ya da faaliyetinden tüm toplum yararlanacakken, belli kişi ya da kişiler bir külfet altına sokulmuştur. İşte bu şekilde bo-

¹¹ Danıştay 10. Dairesi, 21.05.2001 Tarih ve E. 1999/1706, K. 2001/1897 sayılı Karar, (yayımlanmamıştır.) "...Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas olduğundan, olayın oluşumu ve zararın niteliğinin irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelelerinin ya da daha ayrı bir anlayış ve amaçtan kaynaklanan sosyal risk ilkesinin uygulanıp, uygulanmayacağı belirlenmesi, tazminata hükmedilirken de herhalde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Uyuşmazlıkta tazmini istenilen zarar, davacının ... Mağazası önüne konulan bombanın patlaması sonucu yaralanmasından ve sakat kalmasından doğmuştur..."

¹² Uluşan, İlhan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi*, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, C. 32, s. 22.

zulan kamu külfetinin dağılmasındaki dengenin bir denkleştirme ile yeniden kurulması gerekir.¹³

Kusursuz sorumluluk ilkesinin diğer türü ise idarenin risk ilkesi gereğince sorumluluğu ilkesidir. Şimdi makalemizin asıl konusu olan bu konuyu ayrı bir başlık altında ve güncel yargı kararları ışığında ayrıntılı olarak inceleyelim.

III. İDARENİN RİSK İLKESİ GEREĞİNCE SORUMLULUĞU

“Risk sorumluluğu” terimi yerine Türkçe’de yaygın olarak “tehlike sorumluluğu” terimi kullanılıyorsa da sayın Gözler’e göre; bu kavram “risk sorumluluğu” kavramını tam olarak karşılamaktan uzaktır. “Tehlike” kelimesinin kullanılacağı yerler ayrı, “risk” kelimesinin kullanılacağı yerler ayrıdır. Bu tür sorumluluğu nitelendirmek için kullanılması gereken kelime “tehlike” değil, “risk” kelimesidir. Tehlike bu tür sorumlulukla tazmin edilen zararlara yol açan şey, faaliyet, yöntem ve durumları nitelendirmek için kullanılabilir.¹⁴

Kusursuz sorumluluğun risk (hasar) ilkesine dayandırılması daha çok özel hukuktan gelmektedir. Bilindiği gibi herhangi bir teşebbüsün sağlayacağı yararlar nasıl müteşebbise ait ise, teşebbüsten doğan zarar ve hasarlar da müteşebbise ait olmalıdır. Bu ilke *Mecelle*’de şu biçimde anlatılmıştır; “*Mazarrat menfaat mukabelesindedir.*” Yani, “*bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına mütehammil olur.*”¹⁵

Bu ilke “*her nimetin bir külfeti vardır*” düşüncesine dayanmakta ve tehlikeli işlerle uğraşanların, herhangi bir kusurları olmasa dahi, ortaya çıkan zararlı sonuçlardan sorumlu tutulmalarını öngörmektedir.¹⁶

¹³ AYİM 2. Dairesi, 03.10.2007 Tarih ve E.2006/875, K.2007/789 Sayılı Karar, *AYİM Dergisi*, S. 23.; “...İdareye yüklenebilir kusur bulunmamaktadır. Ancak olayın hizmetin ifası sırasında meydana gelmiş olması sebebiyle olay ile hizmet arasında nedensellik bağı bulunduğundan, meydana gelen zararın, kusursuz sorumluluk ilkesine göre, zararın zarar gören üzerinde bırakılmayarak topluma yayılmasının, adalet, eşitlik ve hakkaniyet kurallarına uygun düşeceğinden, davacının zararlarının karşılanması gerektiği sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır...”

¹⁴ Gözler, s. 1076.

¹⁵ Gözübüyük, A. Şeref; Turgut, Tan, *İdare Hukuku Cilt 2. İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş Baskı, Ankara 2003. s. 686; Berki, A. H., *Mecelle*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1959, s. 15, md. 87.

¹⁶ AYİM 2. Dairesi, 20.12.2006 Tarih ve E.2004/377, K.2006/1297 Sayılı Karar, *AYİM*

Esas itibariyle özel hukukta uygulanan ilke, idarenin tehlike taşıyan bir faaliyet yürütmesi ya da tehlikeli araç gereç kullanması söz konusu olduğunda idare hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır.¹⁷

Kuram başlangıçta bayındırlık yapıtlarının ve faaliyetlerinin özel mülklere verdiği zararları, idarenin ya da idari ajanın kusuruna bağlamadan topluma paylaştırılmasını amaçlamıştır. Zaman içinde uygulama alanının genişlemesi sonucu tehlikeli olan tüm kamu hizmetleri alanında uygulama kabiliyeti bulmuştur. Bu gelişiminin sonucu olarak önceleri sadece mala ilişkin zararların tazmini amacının dışında, kişilere verilen cismani zararların karşılanmasını içerir bir hale gelmiştir.¹⁸

Risk ilkesi, genel olarak bazı faaliyetlerin, bünyesinde taşıdığı tehlikeler dolayısıyla kişilere zarar vermiş olması halinde; bu faaliyet sahiplerinin kusurlarına bakılmaksızın, zararın tazmin edilmesi düşüncesine dayanır.¹⁹ Faaliyet ile gerçekleşen zarar arasında illiyet bağı yeterli olup, ayrıca kusura bakılmaz.²⁰ Ancak hemen belirtmek gerekir ki, idarenin kusurlu olduğunun ispatına gerek olmaması, risk sorumluluğunda idarenin mutlaka kusursuz olması gerektiği anlamına gelmemektedir. Risk sorumluluğunun uygulandığı bazı durumlarda idarenin, gerekli tedbirleri almama gibi kusurları bulunabilir. Ancak ida-

Dergisi, S.22, s. 267.; "...Olayda, hizmetin kurulması ve işletilmesinden doğan idareye atfı kabil bir hizmet kusurunun varlığı söz konusu değil ise de; davacının bir kamu hizmeti olduğunda şüphe bulunmayan askerlik görevi sırasında muhafızlık yapmak üzere görevlendirildiği bir anda askeri araçtan indikten sonra yerlerin mevsim ve doğa şartları nedeni ile buzlu olması nedeni ile kayarak düşmesi ile meydana gelen kolunun kırılması olayında, zarar ile eylem arasında illiyet bağının bulunduğu, söz konusu zararın kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır..." Nakleden, Günday, s. 330.

¹⁷ Günday, s. 330.

¹⁸ Esin, Yüksel, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Baskı, Ankara 1976. s. 130.

¹⁹ AYİM 2. Dairesi, 10.01.1996 Tarih ve E.1995/532, K.1996/9 Sayılı Karar, *AYİM Dergisi*, S. 11, s. 938; "... Uçak kazalarına idare ve kullanılan araçtan her türlü tedbir alınsa bile rastlanılmaktadır. Kullanılan aracın hareket kabiliyetinin çok seri olması, elektronik aygıtların çeşitliliği ve görülen fonksiyonun niteliği nedeniyle pilotluk mesleği riskli bir kamu hizmetidir. Aynı zamanda görülen faaliyetlerin bünyesinde mevcut bir tehlikelilik taşıdığından da bahsetmek mümkündür. Bu nedenle idarenin herhangi bir kusuru bulunmasa da bu faaliyet esnasında doğan zararları gidermesi hakkaniyet icabıdır."

²⁰ Özgüldür, Serdar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara 1966., s. 86; Ulusan, İlhan, "Tehlike Sorumluluğu Üstüne", *Mukayeseli Hukuk Dergisi*, İstanbul 1970, Y. 4, S. 6, s. 55.

renin bu kusurunun ispatı için uğraşılmamakta, tehlikeli faaliyet ya da kullanılan araç nedeniyle idare kusurlu varsayılmakta, idarenin kusursuzluğunu ispatlamasına da imkan tanınmamaktadır.²¹

Bu ilkeye göre sorumluluk için kusurun belirlenmesi ve kusurun ispatı zorunlu olmadığı gibi hakkın ihlal edilmesi koşulu da aranmamaktadır. Sadece hizmet nedeniyle bir zarar verilip verilmediği sorusuna cevap aramak gerekir.²²

Risk sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, meydana gelen zararın olağanüstü nitelikte olması gerekmektedir. Bununla birlikte sorumluluğa yol açan riskin de, olağan, herkesin karşılaştığı cinsten değil, “*istisnai bir risk*” niteliğinde olması gerekmektedir.²³ Yine, bu sorumluluk ikincil (tamamlayıcı) özelliktedir. Yani, ancak kusur sorumluluğu yoksa risk sorumluluğuna gidilebilmektedir.

Şimdi sırasıyla risk sorumluluğu kapsamında yer alan halleri inceleyelim:

A. Tehlikeli Şeyler

İdarenin bazı etkinliklerinin, sahip olduğu araç, gereç ve malzemelerin ya da kuruluşlarının doğasında tehlike, risk unsuru bulunabilir.²⁴

²¹ Gözler, s. 1077; Çağlayan, *a. g. e.*, s. 258.

²² Bereket Baş, Zuhal, “Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğu”, İstanbul 2002 (yayımlanmamış doktora tezi), s. 150; Başgil, s. 9.

²³ Çağlayan, s. 257; Gözler, s. 1076.

²⁴ AYİM 2. Dairesi, 27.10.2004 Tarih ve E. 2002/783, K.2004/809 sayılı Karar, *AYİM Dergisi*, S.20;; “...Dosyada mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesinden; davacıların yakını ...’ün, ...Komutanlığı emrinde askerlik hizmetini yapmaktayken 10 Şubat 2002 tarihinde Tabur Komutanı Bnb. ...’ın şifai emri ile 3 no’lu tank atış alanı ile ilgili çalışma yapıldığı, tabur nöbetçi subayının emri ile 3 no’lu Tank atış alanı bölgesinde personelin toplandıkları, davacıların yakınının görevli olduğu ... Bölüğü’nün emir komutasının bölük nöbetçi çavuşu ...’da olduğu, kazık çakılarak belirlenen bölgede mevcut taşların temizlenmesinin emredildiği, daha önce roketatar atışı yapmış olan ...’nın 3 arkadaşı ile birlikte diğer bölük personelinin ayrılarak 89 mm. roketatar atış alanı hedef bölgesine gittikleri, hedef bölgesine ilk varan P. Onb. ... ve P. Onb. ...’nın hangi noktadan buldukları belirlenemeyen bir adet roketatar mühimmatı incelemeye başladıkları, bir süre sonra tabur komutanı aracının gelmekte olduğunu görünce mühimmatı gizleyerek görev bölgelerine döndükleri, saat ...’e kadar çalışma yaptıktan sonra verilen istirahat sırasında P. Onb. ... ve P. Onb. ...’nın arkadaşlarından tırnak makası istedikleri, tırnak makası-

İdare bu etkinliklerini ifa etmek veya bu tür şeylere sahip olmak zorundadır. Bu anlamda bir hukuka aykırılık söz konusu olmayıp bilakis, idarenin varlık sebebinin bir bölümü bu tür etkinliklerde bulunmayı veya tehlike ya da risk unsurunu taşıyan şeylere sahip olmayı zorunlu kılar.²⁵ Diğer bir deyişle, idarenin genel refah ve mutluluğu sağlamak amacı ile gerçekleştirmeye çalıştığı bir kısım kamu hizmet ve faaliyetleri, bulundurması gereken eşyanın tehlikeli olması nedeniyle zarar doğurmaya elverişlidir.²⁶

Askeri birliklerin harbe hazırlık bağlamında sulh zamanında yaptıkları manevra ve atışları sırasında arzulamadığı halde üçüncü kişilerin ekili arazilerine, eşyasına hatta vücut bütünlüklerine zarar vermemeleri söz konusu olabilmektedir. Silahlı Kuvvetler’de personel eğitimi, mevcut harp araç ve gereçlerinin en iyi şekilde kullanımı yeterli düzeyde manevra ve atışların yapılmasıyla mümkün olabilir.²⁷ Bu bağlamda idare, çeşitli silahlar, gemiler, uçaklar kullanmak, cephanelikler ve mayınlı yerler bulundurmak zorundadır.²⁸ İşte çoğu kez nedenleri bilinmediği veya kestirilmediği için idarenin önleyemeyeceği ve zarara uğrayanların da korunamayacağı bu olumsuz sonuçları, yarar sağlayan kamuya yüklemek gereği benimsenmiştir.²⁹

Söz konusu şeyler ve etkinliklerden kişilerin özel ve olağandışı bir zarar görmesi halinde bunların tazmini gerekir. Bu ilkenin geçerli bir şekilde uygulanması gereken durumlarda idarenin davranışı ile zararlı sonucun arasında nedensellik bağının varolması yeterlidir. İdarenin

nı aldıktan sonra buldukları ve gizledikleri mühimmatın bulunduğu hedef bölgesine gittikleri, yaklaşık 2-3 dakika sonra patlamanın meydana geldiği, patlamanın etkisiyle P. Onb. ... ile davacılar yakını P. Onb. ...'nın vefat ettikleri,...anlaşılmaktadır. Meydana gelen ölüm olayında idareye atfı kabil bir hizmet kusuru bulunmasa dahi, ölüm olayının askerlik görevinin ifası sırasında, hizmet esnasında meydana geldiği, hizmetle ölüm arasında illiyet bağı bulunduğu dikkate alınarak ... meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca karışılmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır..."

²⁵ Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 136.

²⁶ Bereket Baş, s. 261; Duran, Lütfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, TODAİE Yayınları, Ankara 1974, s. 51.

²⁷ Şahin, Ergün, "Kuramda ve Uygulamada İdarenin Tehlike İlkesi Uyarınca Sorumluluğu", <http://www.yayin.adalet.gov.tr/8sayi.htm>.

²⁸ Yaman s. 93; Armağan, Tuncay, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara 1997. s. 113.

²⁹ Şahin, http://www.yayin.adalet.gov.tr/8_sayi.htm.

kusursuz sorumluluğunda genel kural olan kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamama bu ilkenin uygulanmasında da geçerliliğini korur.³⁰

1. Patlayıcı Maddeler, Tehlikeli Aletler ve Ateşli Silahlar

Patlayıcı maddeler, bünyesinde tehlike barındırmaktadır. Bu nedenle idarenin kullandığı patlayıcı maddeler nedeniyle bir zarar meydana geldiğinde, idare hiçbir kusuru olmasa da bu zararlardan sorumlu olur. Örneğin, cephaneliğin patlaması, bir zırhlının patlaması, havai fişekler için yapılan füzelerin ateşlenmesi, uçaksavar mermisinin havada patlamayarak bir taşınmazın üzerine düşerek patlaması, bomba imhası sırasında bombanın patlaması neticesinde ortaya çıkan zararlardan idare kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince sorumlu tutulmaktadır.³¹

İdarenin kullandığı ateşli silahlar gibi tehlike arz eden aletler nedeniyle meydana gelen zararlardan da idarenin kusursuz olarak sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, ormanlık bir alanda şüpheli bir şahsa dur emri verilmesine rağmen kaçmaya başlayan bir kişiye güvenlik görevlisi tarafından ateş açılması sonucunda kurşunun ileride yoldan geçen otobüse isabet ederek yolcuların yaralanmasında, sıkıyönetim makamlarınca gözetim altına alınan kişinin, yemekhanede otururken, bir subayın silahının teknik bir arıza sebebiyle ateş alması sonucu yaranmasında, İki grup arasında çıkan çatışmaya müdahale eden kolluk güçlerinin ateşi sonucunda, olayla ilgisi olmayan bir kişinin ölmesinde, güvenlik güçleri ile teröristler arasında çıkan çatışmada kişinin evinin zarar görmesinde idare kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince sorumlu tutulmaktadır.³²

Ancak, ateşli silahlar ve tehlikeli aygıtlardan doğan zararlardan dolayı kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanabilmesi için, zarara yol açan silahın “ateşli silah” olması gerekir. Bıçak, cop vs. ile verilmiş zararlar bu tür sorumluluğun kapsamına girmez. Ancak ateşli silahın türü önemli değildir. Basit bir tabancadan makineli tüfeğe kadar her şey ateşle silah kapsamına girer. Ayrıca, ateşli silahlardan kaynakla-

³⁰ Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 137.

³¹ Gözler, s. 1078 vd; Çağlayan, s. 258.

³² Çağlayan, s. 261 vd.

nan zararlardan dolayı kusursuz sorumluluktan herkes yararlanamaz. Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, sadece polis operasyonu ile ilgisi bulunmayan üçüncü kişiler yararlanabilir. Polis operasyonunun hedefi olan kişiye ateşli silahlarla verilen zararlarda risk sorumluluğu değil, kusurlu sorumluluk esasları geçerlidir. Diğer yandan, zarar gören kişinin polisin silahından çıkan kurşun ile yaralanması gerekir. Zira risk sorumluluğunda da idarenin sorumluluğu için illiyet bağı gerekir. Ancak bazı durumlarda merminin mutlaka polisin silahından çıkmasına gerek yoktur. Polisin bir taraf olduğu bir silahlı çatışmada karşı tarafın açtığı ateş sonucunda operasyonla ilgisi olmayan bir kişinin yaralanması durumunda bu kişinin zararının da devlet tarafından tazmin edilmesi gerektiği söylenebilir. Zira böyle bir durumda zarara yol açan şey, bir silahtan kurşun çıkması değil, silahların kullanıldığı bir operasyon düzenlenmesidir.³³

Patlayıcı maddeler, tehlikeli aletler ve ateşli silahlardan kaynaklanmış olan idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin yargı kararlarından örnekler:

“...Davacıların kardeşinin, bölücü terör örgütü mensuplarına karşı icra edilen asayiş görevi esnasında, üzerinde bulunan el bombasının teknik bir hata ihtimaliyle patlaması sonucu ölümü olayında, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmadığı gibi, davacılar yakınının da herhangi bir kusuru bulunmamaktadır. Ancak, zararlı sonucu doğuran olay ile hizmet arasında illiyet bağı bulunduğundan, ... davacıların, kardeşlerinin ölümü nedeniyle uğradıkları zararının kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davalı idare tarafından karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır...”³⁴

“...Dava, ... bölücü terör örgütüne mensup teröristlerle güvenlik görevlileri arasında çıkan çatışma sırasında eş ... 'nın yaşamını yitirmesi nedeniyle davacının uğradığı zarara karşılık ... zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılmıştır... Olayda, bölücü terör örgütüne mensup teröristlerle güvenlik görevlileri arasında çıkan çatışmanın, evinin damında yatmakta olan şahsın ölümüne sebep olduğu ve idarenin hizmet kusuru saptanamamakla birlikte, ölüm nedeniyle oluşan zarar ile idari eylem arasında nedensel-

³³ Gözler, s. 1080 vd; Çağlayan, s. 261 vd.

³⁴ AYİM 2. Dairesi, 23.05.2007 Tarih ve E. 2006/1286, K. 2007/477 sayılı Karar, AYİM Dergisi, S. 23.

lik bağı bulunduğu açık olduğundan, açılan tam yargı davasında mahkemece, kusursuz sorumluluk ilkesine göre hüküm kurulması gerekirken...³⁵

“...Dava dosyasında bulunan belge ve bilgilerin incelenmesinden; davacının K.lığı emrinde J. Er olarak askerlik hizmetini yaparken ... tarihinde ... kursiyerlerin yetiştirilmesi amacıyla icra edilen genel tatbikatta üs bölgesine sızma faaliyeti sırasında yaklaştığı mevziye gösteri el bombası attığı, havanın karanlık olması sebebiyle el bombasının önce ağaç dallarına çarpıp sonra yağmurdan korunmak maksadıyla mevziye gerilmiş bulunan pançonun üzerine düşerek sekmesi nedeniyle el bombasının önüne düşüp patlaması sebebiyle sağ gözünden ve yüzünden yaralandığı, ... anlaşılmıştır. ... olayda idareye yüklenebilecek bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez ise de; bir kamu hizmeti olan askerlik hizmetinin ifası sırasında meydana gelen zarar ile hizmet arasında illiyet bağı bulunduğu anlaşıldığından, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davacının uğradığı zararın idare tarafından karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır...³⁶

“... İlçesinde davacıların ikamet ettikleri evin yanında bulunan karakolda jandarma erinin silahının patlaması sonucu... ölümü ve ... yaralanması olayından dolayı ... zararın tazmini istemiyle dava açılmıştır. Van İdare Mahkemesi; kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kişilere verilen zararların eylem ve zararlı sonuç arasında nedensellik bağıının bulunması koşuluyla ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmet sahibi idarelerce tazmin edilmesinin genel hukuk kuralı olduğu, dosyanın incelenmesinden, ... Komlutanlığı eğitim alanında silahını temizleyen jandarma eri ... silahının tetiğini düşürmesi sonucu silahtan çıkan merminin 20 metre ileride bulunan davacılar a ait evden içeri girerek...ölümüne, ... yaralanmasına yol açtığı, bu olay nedeniyle ölenin anne ve babasının maddi ve manevi tazminat istemiyle, ölenin kardeşlerinin manevi tazminat istemiyle ve yaralananın ise kendisi için maddi ve manevi tazminat istemiyle dava açtığı anlaşıldığı, ancak davanın devamı sırasında ölen çocuğun babası olan...ölmesi nedeniyle bu şahsa ait davanın mirasçıları tarafından devam ettirildiği, meydana gelen maddi zararın tespiti için yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu ... zararının ... TL olduğunun belirlendiği, ... sonuçta toplam ... tazminat isteminin kabulü, ... yolunda verilen 11.1.1995 tarih ve 1995/12 sayılı kararın ... temyizden incele-

³⁵ Danıştay 10. Dairesi, 29.01.2007 Tarih ve E. 2004/7285, K. 2007/212 sayılı Karar (yayımlanmamıştır.)

³⁶ AYİM 2. Dairesi, 03.12.2003 Tarih ve E. 2001/858, K. 2003/872 sayılı Karar, AYİM Dergisi, S. 19.

nip bozulması istenilmektedir. ... bozulması istenen kararın onanmasına karar verildi..."³⁷

2. Tehlikeli Bayındırlık Eserleri

Su, gaz, elektrik gibi bayındırlık tesislerinden, bayındırlık eserlerinden kaynaklanan, kullanıcıların ve üçüncü kişilerin maruz kaldığı istisnai zararlar bakımından idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmektedir.³⁸

Bayındırlık işleri ve tesisleri bizatihi tehlikeli ameliye ve tesisattan ise bunlar aynı zamanda risk kuramı çerçevesine girdiğinden,³⁹ bu tür çalışmalardan kaynaklanan, kullanıcıların ve üçüncü kişilerin maruz kaldığı istisnai zararlar bakımından idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmektedir.^{40,41}

Kullanıcı, hizmetten doğrudan yararlanan kişidir. Örneğin, yolun üstünde yürüyen, otomobile giden yolun kullanıcıdır, yolun kenarındaki tarla sahibi ise üçüncü kişidir. Lojmanda oturan kişi kullanıcı, ancak onun evindeki misafirler üçüncü kişi konumundadırlar. Yine, okul binası karşısında öğrenciler kullanıcı, öğretmenler üçüncü kişidir.⁴²

Bu konuda hizmetten yararlananlar ile üçüncü kişiler arasında bir ayırım yapılmaktadır. Üçüncü kişiler söz konusu hizmetler bakımından anormal bir zarara maruz kaldıklarında, zarar ile hizmet arasında illiyet bağının bulunması koşuluyla, idarenin kusursuz sorumluluğu

³⁷ Danıştay 10. Dairesi, 15.11.1997 Tarih ve E. 1995/2598, K. 1997/5629 sayılı Karar, DD, S. 91.

³⁸ Çağlayan, s. 266.

³⁹ Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 131.

⁴⁰ Çağlayan, s. 266.

⁴¹ AYİM 2. Dairesi, 27.10.2004 Tarih ve E.2003/836, K.2004/799 sayılı Karar, AYİM Dergisi, S. 20.; "...6. Jandarma Sınır Tabur Komutanlığı emrinde görevini ifa eden davacının, ... birlik içindeki elektrik direklerinde bulunan kablolar ile direk arasına lastik parçalar yerleştirmek isterken elektrik akımına kapılarak yaralanması olayında idareye atfı kabil bir hizmet kusurundan söz edilemez ise de, kamu görevinin ifası sırasında meydana gelen zarar ile hizmet arasında illiyet bağı bulunduğu anlaşıldığından, kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davacının uğradığı zararın idare tarafından karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır..."

⁴² Gözler, s. 1115.

söz konusudur. Hizmetten doğrudan yararlananlara gelince, bu konuda belli bir sınırlandırmaya gidilmektedir. Bu halde “normal bakım hatası” olup olmadığına bakılır. Eğer idare yapması gereken normal bakım işlerini yapmamış ise kusur sorumluluğuna, şayet gereken bütün bakım ve onarımları yapmış ise kusursuz sorumluluğa gidilir.⁴³

Kopan elektrik telinin bir kişinin ölümüne sebebiyet vermesi olayında; fırtınalı bir gecede yolda yürüyen vatandaşların, sokak lambalarının yanmaması nedeniyle vatandaşlardan birisinin yere düşmesi, onu kaldırmaya çalışan diğer vatandaşın kopmuş elektrik telini tutarak ölmesi olayında; belediyeye ait bir elektrik telinin kısa devre sonucu koparak davacının hayvanının ölümüne sebep olması olayında; havagazı sevk deposundaki arızanın giderilmesi sırasında zehirlenen işçilerin kurtarılması çalışmalarında zehirlenerek, sakat kalan polis memurunun yaşadığı olayda;⁴⁴ yine idarenin yaptığı yol sonucunda, kişinin evinin altında heyelanlı bir alan meydana gelmesi ve kişinin bunu önlemek için istinat duvarı yapmak zorunda kalması olayında Danıştay idarenin kusursuz sorumluluğuna karar vermiştir.⁴⁵

Danıştay’ın, bayındırlık eser ve işlerinden dolayı yerleşmiş bir ihtihadı olmadığını da belirtmek gerekir. Danıştay genel olarak risk ilkesi gereği kusursuz sorumluluğa dayanarak idareyi tazminata mah-

⁴³ Çağlayan, s. 267.

⁴⁴ Danıştay 10. Dairesi, 24.11.1982 Tarih ve E. 1982/469, K. 1982/2357 sayılı Karar, Nakleden, Çağlayan, s. 267 vd.; “...Dava, havagazı sevk deposundaki arızanın giderilmesi sırasında zehirlenen işçi ekibinin kurtarılması çalışmalarında görevlendirilen bir polis memurunun olay sırasında havagazından zehirlenerek maruz kaldığı beyin sendromu nedeniyle sakat kalması sonucu ...lira manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle açılmıştır. ... kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında bir görevle ilgili olarak genel külfetler dışında fertlere ve ferdi mülkiyete verilen zararların eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla objektif sorumluluk esaslarına göre ayrıca idarenin kusuru aranmadan hizmetin sahibi idarelerce tazmin edilmesi de hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir. Aksi halde bu hizmetlerin yürütülmesi sırasında oluşan zararların bir veya bir kaç kişiye yükletilmesi söz konusu olur ki, buna ne eşitlik ne de hakkaniyet ve nesafet kuralları izin verir. Bu hale göre yukarıda oluş şekli açıklanan ve kamu hizmetinin ifası sırasında meydana geldiği ihtilafsız olan olay sonucunda maruz kalınan ... nedeniyle davacının uğradığı zararın idarece tazmini gerekeceğinden, davacının katlandığı ve katlanacağı mahrumiyet, üzüntü ve ıstıraplarını karşılamak üzere bir tazminata hükmedilmesi gerekmektedir...”

⁴⁵ Bunlar ve benzeri diğer karar örnekleri için bkz. Çağlayan, s. 261 vd.; Gözler, s. 1084 vd.

kum etmekle beraber, benzer olaylarda kimi zaman hizmet kusuruna da gittiği görülmektedir:

Örneğin; yol yapımı sırasında davalı idarece kullanılan dinamitler sonucu davacının uğradığı ileri sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada İdare Mahkemesince; “...Kamu idarelerinin yürüttükleri hizmetler sırasında hizmetin kötü işlemesi sonucu kişilere verdikleri zararı hizmet kusuru ilkesine göre tazmin etmeleri gerektiği, ... davalı idarece yol yapımı sırasında gerekli önlemleri almadan dinamit kullanılması sonucu davacının evinin yıkıldığıının ve bahçesindeki ağaçların zarar gördüğü...” belirtilerek davanın kabulü yolunda verilen kararı Danıştay davalı idarenin temyiz istemini reddetmek suretiyle onamıştır.⁴⁶

Ülkemizde, bayındırlık işleri ve tesisleri yapımı ile ilgili sözleşmeler, özel hukuk ilişkilerinden sayılmaktadır. Bayındırlık yapıtlarının yapımı ile ilgili uyuşmazlıklara adli yargıda, bunların varlığından ya da işletilmesinden doğan davalara ise idari yargıda bakılmaktadır.⁴⁷

3. Sağlık Hizmetleri

Fransız Danıştay’ı kan ürünlerinin aktarımı nedeniyle kendilerine hastalık (özellikle AIDS) bulaşan kişilerin uğradıkları zararlarından idaren risk sorumluluğu esaslarına göre sorumlu olduğuna karar vermiştir.⁴⁸

Ülkemizde, hastanelerin hastalıkların tedavisi sırasında ortaya çıkan zararları nedeniyle sorumluluğu son yıllarda büyük artış göstermiştir.⁴⁹ Ancak, Türk hukukunda, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlar sebebiyle idarenin sorumluluğu daha çok hizmet kusuru ve buna bağlı olarak kişisel kusur açısından ele alınmıştır.⁵⁰ Danıştay’ın kararları da bu açıklama doğrultusundadır.⁵¹ Fakat hemen

⁴⁶ Danıştay 10. Dairesi, 08.05.2005 Tarih ve E. 1994/4711, K. 1995/5058 sayılı Karar, (yayımlanmamıştır).

⁴⁷ Gözübüyük/ Tan, s. 697.

⁴⁸ Gözler, s. 1087.

⁴⁹ Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991, s. 91.

⁵⁰ Ayan, s. 173 vd; Güran, Sait, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *DD*, Ankara 1982, S. 46-47, s. 16-22; Çağlayan, s. 272.

⁵¹ Danıştay 10. Dairesi, 20.10.2006 Tarih ve E. 2003/3146, K. 2006/5850 sayılı Karar, *DD*, S. 114, s. 296.; “...Davacılar yakını...’den doğum sonrası alınan kan örne-

belirtmek isterim ki, özünde risk taşıyan sağlık hizmetlerinden dolayı uğranılan zararlar sebebiyle idarenin risk ilkesi gereğince sorumlu tutulması gerekmektedir. Örneğin, organ nakilleriyle ilgili operasyonlarda idarenin ajanının hiçbir kusuru olmasa bile zarar ile yapılan operasyon arasında illiyet bağının mevcut olması durumunda tazminata hükmedilmelidir. Bu tür faaliyetlerde kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması durumunun sosyal devlet ilkesiyle de örtüşeceği kanaatini taşımaktayım.

4. Tehlikeli Taşıtlar

İdarenin kara, deniz, hava ve demir yolu taşıtlarının yol açtığı zararlardan dolayı idarenin risk ilkesi esasına göre kusursuz sorumluluğu kabul edilmektedir. Zira bu tür taşıtlar da taşıdıkları yüksek riskler nedeniyle “tehlükeli araçlar” kapsamı içerisinde yer alırlar.⁵² İdarenin aracı olan uçağın düşmesi, arabasının kaza yapması, treninin raydan çıkması gibi olaylar neticesinde, bu hizmetten yararlananlar, idarenin personeli veya üçüncü kişiler zarar görebilir. Bu zararların risk ilkesi gereğince kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmesi gerekir.⁵³

ğinin ilgili sağlık birimine ulaştırılması ve tahlili aşamalarındaki aksaklık veya ihmal sonucu...hastalığının teşhis edilemediğinden bahisle uğranıldığı ileri sürülen toplam ... TL zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonucunda; Sivas İdare Mahkemesince, davacılar yakınının doğumundan iki ay sonra kan örneğinin alınarak ilgili tanı merkezine gönderilmesine rağmen hastalığın o aşamada teşhis edilemediği, hastalığa ilişkin kan örneklerinin alınması, bu örneklerin toplanması ve tanı merkezlerinde incelenmesi aşamalarında, her bir örnek açısından detaylı bir kayıt örneğinin uygulanmadığı, örneklerin öznel hale getirilmediği; dolayısıyla, erken ve sınırlı bir zaman diliminde teşhis edilip tedavisine başlanması gereken “fenilketonüri” hastalığının mücadele biçimine ilişkin kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle davacıların uğradığı zararın davalı idarece tazmini gerektiği gerekçesiyle, mahkemelerince yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan ve hükme esas alınacak nitelikte görülen rapor doğrultusunda ... TL tazminatın...kabulü...yolunda verilen kararın, kabule ilişkin kısmının davalı idarece temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir. Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile Sivas İdare Mahkemesi'nin ... sayılı kararının onanmasına 20.10.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi...”

⁵² Gözler, s. 1087; Çağlayan, s. 276.

⁵³ Çağlayan, s. 276.

Yargı yerleri, idareye ait uçağın bir evin bahçesine düşerek bir çocuğun ölümüne sebep olması olayında; uçuş sırasında motorlardan birisine kuş girmesi sonucu uçağın düşmesi sonucu, uçakta bulunan kişinin ölmesi olayında; bir helikopterin havada patlayarak içinde bulunanların ölümüne sebep vermesi olayında; iki adet avcı uçağının havada çarpışarak davacının evi üzerine düşmesi olayında; iskeleye bağlı bir hücumbotunun bilinmeyen bir sebeple patlaması sonucu gayrimenkulün camlarının kırılması olayında; askeri çıkarma gemisinin kötü hava koşulları nedeniyle batması sonucu 38 askerin şehit olması olayında; askeriye ait Meltem Hücumbotu ile SSCB silahlı kuvvetlerine ait okul gemisinin çarpışması sonucu askeri personelin şehit düşmesi olayında; lokomotiften dökülen ateşin rüzgarla yayılması sonucu demiryolu kenarındaki bir harmanın yanması olayında; lokomotifin bacasından çıkan kıvılcımların, demiryolu kenarındaki otları tutuşturması ve çıkan yangın neticesinde bir miktar ormanın yanması olayında; lokomotifin arızalanması sonucu, tamir maksadıyla lokomotifin üzerine çıkan makinistin, trene ait yüksek gerilim hattına kapılarak hayatını kaybetmesi olayında; operasyona giderken devrilen askeri araçta bulunan erin ölmesi olayında; görev sırasında buzlu yolda kayarak devrilen askeri araçta bulunan astsubayın ölmesi olayında; seyir halindeki askeri aracın lastiğinin patlaması sonucu devrilen araçtaki askeri personelin sakat kalması olayında meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin edilmesine karar vermişlerdir.⁵⁴

Konuya ilişkin yargı kararlarından örnekler:

“...Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinde; davacılar yakını P. Yb. ...’ın 3. Or. Dent. ve Değ. Bşk.lığı emrinde görevli iken ... bölgesinde konuşlu birliklerin denetlenmesi görevine denetleme heyeti ile birlikte askeri helikopterle intikalleri esnasında, Sansa Boğazı olarak isimlendirilen vadi de helikopter pilotlarının alçaktan uçuş yaptıkları sırada, karşıdan gelen güneş ışığının da etkisi ile elektrik iletim tellerini (yüksek gerilim) fark edememelerinin de etkisi ile helikopterin pervanesinin tellere çarptığı ve helikopterin düştüğü, P. Yb. ...’ın kazanın etkisi ile şehit olduğu ... anlaşılmıştır. Davacıların yakını olan P. Yb. ...’ın ölümü olayında, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmamaktadır. Müteveffanın da herhangi bir kusurunun bulunmadığı anlaşılmıştır. Ancak olayın bir kamu hizmeti sırasında meydana geldiği dikkate alındığında, hizmetle doğrudan doğruya ilgili olduğu, hiz-

⁵⁴ Bu örneklerle ilgili yargı kararları için bkz. Çağlayan, s. 276 vd.

metle zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerek öğretide gerekse yargı kararlarında kabul edildiği üzere, özellikle Silahlı Kuvvetler tarafından yerine getirilen bazı hizmetlerle, hizmetin ifasında kullanılan uçak, helikopter, gibi araç ve gereçler yapıları gereği hem ilgililer hem de üçüncü kişiler için tehlike arz ederler. ...risk ilkesinin bir gereği olarak davacıların uğradığı zararların, hizmetin sahibi olan idare tarafından kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca karşılanmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır...”⁵⁵

“...Olayının meydana gelmesinde hizmetin kurulması ve işletilmesinden doğan idareye atfedilebilecek bir hizmet kusurunun varlığı söz konusu değil ise de; davacının bir kamu hizmeti olduğunda şüphe bulunmayan görevi sırasında aynı birlikte görevli Ullş. Astsb.Çvş. ...'nın yardımcısı olarak onunla birlikte arızalanan bir aracın çekilmesi görevini yerine getirirken Ullş. Astsb. ...'nın davacının aracın önündeki vincin kancasının sıkıştığı yerden çıkarmaya çalıştığını fark etmeyerek vinci çalıştırması sonucu sol elinin halata sıkışarak yaralandığı, olayda davacının kusurunun bulunmadığı, zarar ile hizmet arasında illiyet bağının bulunduğu, söz konusu zararın kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davalı idare tarafından karşılanmasının gerektiği sonucuna varılmıştır...”⁵⁶

“...Dosyanın incelenmesinden, davacının Ankara Emniyet Müdürlüğü Çevik Kuvvet Şube Müdürlüğü emrinde polis memuru olarak görev yapmaktaki iken, Ankara Valiliği'nin onayı ile deprem nedeniyle Düzce ilinde görev yapmak üzere diğer personelle birlikte Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne ait otobüslerle gitmek üzere görevlendirildiği, aynı gün görevlendirildiği bölgeye giderken. ... arkadaki otobüsün içinde bulunduğu otobüse çarpması suretiyle meydana gelen kazada yaralandığı, yapılan tedavi sonunda Adli Tıp Kurumu tarafından 5 gün iş kaybı olduğuna dair rapor verildiği ...anlaşılmaktadır. Bu durumda, görevlendirildiği olay mahalline gitmekte iken meydana gelen trafik kazasında yaralandığı açık olan davacının uğradığı zararın karşılanması gerekmektedir...”⁵⁷

⁵⁵ AYİM 2. Dairesi, 03.10.2007 Tarih ve E.2007/353, K.2007/780 sayılı Karar, AYİM Dergisi, S. 23.

⁵⁶ AYİM 2. Dairesi, 17.01.2007 Tarih ve E.2006/129, K.200739 sayılı Karar, AYİM Dergisi, S. 23.

⁵⁷ Danıştay 10. Dairesi, 06.02.2003 Tarih ve E. 2001/5299, K. 2003/490 sayılı Karar, (yayımlanmamıştır.)

“...Komutanlığı emrinde askerlik hizmetini ifa ederken, istirahatçı vardiyada olduğu 09 Aralık 1999 tarihinde, mesai görev yeri olan kış tulumba dairesinin temizliğini icra etmek üzere görevlendirildiği, Dz. Elk. Er. ... ile birlikte temizlik yaparken, TCG Yıldırım Gemisi'nin Karadeniz Ereğli'si açıklarında 10 mil süratle ilerlediği sırada midesinin bulandığını söyleyerek kış tulumba dairesinden ayrıldığı ve ... bilahare helikopter platformuna gittiği ve bilinmeyen bir sebeple denize düştüğü, durumun köprü üzerindeki personelle fark edilmesi üzerine “denize adam düştü” alarmı verilerek kurtarma çalışmalarına başlandığı, ancak yüzmeye bilmeyen Dz. Elk. Er. ...'ya ulaşamadığı ... anlaşılmaktadır. Olayımızda ... zararın hizmetin içinden doğduğu dikkate alındığında davacı yakınlarının uğradıkları zararların kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davalı idare tarafından karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır...”⁵⁸

“... Dosyada mevcut bilgi ve belgelerden; davacı ...'nın ... İlçe J. K. emrinde J. Uzm. Çvş. olarak görevli iken, İlçe J. K.lığına tahsisli kömürün taşınmasında nezaret ile görevlendirildiği, ... tarihinde kömür taşıma işinde kullanılan ve ...'nın sevk ve idaresinde olan ... plakalı kamyon ile ... İlçesinden hareket ettikleri, ... ilçesi sınırlarında bulunan D-400 karayolu üzerinde seyir halinde iken, ...'nın kontrolsüz şekilde karayoluna çıkması ile karşıdan gelen ...'nın telaşa kapılarak şoförü olduğu tankerin kontrolünü kaybettiği ve davalının da bulunduğu ... plakalı kamyon ile çarpıştığı, kazada ağır derecede yaralanan davalının tedavisi sonucu ... raporu ile ... kararı verildiği ... anlaşılmıştır. Davacının içinde bulunduğu ... plaka numaralı araç şoförü müteveffa ...'nın da herhangi bir kusurunun bulunmadığı ancak zararın hizmetin içinden meydana geldiği, meydana gelen zarar ile eylem arasındaki nedensellik bağının kesilmediği, davalının zararlarının kusursuz sorumluluk kuram ve ilkeleri gereğince davalı idarece karşılanması gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır...”⁵⁹

B. Tehlikeli Yöntemler

Fransız Danıştay'ı 1956'dan itibaren bazı yöntemlerin tehlikeli niteliğinden dolayı ortaya çıkan zararların tazmininde kusursuz sorum-

⁵⁸ AYİM 2. Dairesi, 29.01.2003 Tarih ve E.2002/730, K.2003/95 sayılı Karar, AYİM Dergisi, S. 18

⁵⁹ AYİM 2. Dairesi, 03.10.2007 Tarih ve E.2006/676, K.2007/769 sayılı Karar, AYİM Dergisi, S. 23.

luluk esaslarını uygulamaya başlamıştır.⁶⁰

Tehlikeli yöntem olarak kabul edilen durumlardan birisi, genç suçluların eğitimi sırasında ortaya çıkan zararlardan doğan sorumlulukla ilgilidir. Fransa’da 1956 yılı öncesinde genç suçlular sıkı bir gözetime tabii cezaevlerine konularak burada belirli bir süre geçtikten sonra serbest bırakılmakta idi. Kırk seneyi aşkın bir süreden beri bu konuya ilişkin metotlar daha modern bir hal almıştır. Buna göre söz konusu gençler, özel merkezlere yerleştirilmeye başlanmışlardır. Bu merkezler izole edilmiş bir durumda ise söz konusu gençler kilit altında tutulmamakta ve minimum nitelikli bir bağımsızlığa da sahip kılınılmaktadırlar. Genel hatlarıyla bu uygulama iyi neticeler vermektedir. Ancak, bazen bu durumdan yararlanarak suçlu gençler, söz konusu merkezlerden kaçarak suç işleyebilmektedirler. İşte bu tür bir merkezden gizlice kaçan suçlu bir gencin işlediği bir suç dolayısıyla üçüncü bir kişi zarara uğramışsa, bu kişi kusur hususunu dile getirmeksizin, risk alanında kalarak devletin sorumluluğunu gündeme getirerek dava açabilecektir. Bu anlamda sorumluluk için serbest bırakma olayı ile zarar arasında bir illiyet bağının varlığı şarttır. Ayrıca, devletin sorumluluğunun olabilmesi için, söz konusu kişilerin kaçma anı ile suç işledikleri an arasında uzunca bir zaman geçmiş olmaması da gerekmektedir.⁶¹

17.12.2004 tarihli *Resmi Gazete*’de yayınlanarak yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 109. maddesiyle daha önce bu kanunda yer almayan bir kurum eklendi. “*Adli kontrol*” dediğimiz bu kurumla üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınabileceği hükme bağlandı. Adli kontrol hükümlerine, yurt dışına çıkamamak veya hakim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak gibi örnekler verebiliriz. Demek ki artık tutuklanması gereken bir kişiye koşullar oluşmuşsa özgürlüklerini ihlal etmeden değişik yaptırımlar uygulanabilecektir. Ancak kişi bu uygulamaya tabi tutulduğunda, tıpkı Fransa’da olduğu gibi, üçüncü kişilere zarar verebilir. İşte bu noktada Fransa’daki gibi devletin oluşan zararları karşılayıp karşılamayacağını

⁶⁰ Satı, S. “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, <http://www.turkhukukstesi.com/makale-744.htm>.

⁶¹ Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 141 vd.

ya da hangi esasa göre karşılayacağını uygulama bize gösterecektir.⁶²

Risk konusuna ilişkin içtihat psikolojik hastaların deneme çıkışlarında veya gözetimci aileler yanına yerleştirilmesi olaylarına da uygulanmaktadır. Bir akıl hastasının tedavi amacıyla bir ailenin yanına yerleştirilmesi ve hastanın çiftlikteki işlerin yapımına karışması sırasında, hastalığından kaynaklanan bir cinnet sebebiyle verdiği zararların, kusur aranmaksızın tazmin edilmesi gerekir. Buna karşılık tımarhane-den kesin çıkış halinde zararlar ancak, belki kusur sorumluluğu esasları çerçevesinde tazmin edilebilir. Gerçekten de, bu tür bir çıkış halinde hastanın iyileştiği veya en azından üçüncü kişiler için bir tehlike arz etmediği varsayımı kabul edilir.⁶³

Tehlikeli yöntem olarak kabul edilen durumlardan biri de mahkumlara verilen çıkma izinleridir. Mahkumlara, sosyal yaşama tekrar kazandırmak amacıyla çıkma izinleri verilmektedir. Fransız Danıştay'ı bu izinden yararlanarak dışarı çıkan mahkumların yeni suçlar işlemesiyle ortaya çıkan zararlardan idarenin kusursuz olarak sorumlu olacağına hükmetmiştir. Fransız idari yargısı bu içtihadını daha da genişleterek kusursuz sorumluluk esaslarının "*şartlı salıverme*" ve "*yarı özgürlük konumuna bırakılan mahkumlar*" açısından da kusursuz sorumluluk esaslarının kabulüne karar vermiştir.⁶⁴

C. Tehlikeli Durumlar

Burada söz konusu edilen tehlikeli durum, bir kamu görevlisinin üstlendiği riskli bir görev nedeniyle, kamu görevlisinin yakınının (örneğin eşinin, çocuğunun) veya mallarının maruz kaldığı zararları ifade etmektedir.⁶⁵

Bulaşıcı nitelikte olan kırım kongo kanamalı ateşli hastalığı teşhisiyle tedavi olan hastanın, bu hastalığını kendisini tedavi eden doktora bulaştırması ve doktorun da bu virüsü evinde eşine bulaştırması olayında, doktorun eşinin bu nedenle uğradığı zarardan idare risk ilkesi gereğince sorumludur. Kamu görevlisi olan doktorun bizzat kendisi-

⁶² Satı, <http://www.turkhukusitesi.com/makale-744.htm>

⁶³ Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 142.

⁶⁴ Çağlayan, s. 283-284

⁶⁵ Gözler, s. 1096-1097; Çağlayan, s. 285.

nin uğradığı zararlar ise, tehlikeli durumlar kapsamında değil mesleki risk kapsamında uğranılan zararlardır. Bu ise sonraki başlıklarda ayrıca işlenecektir.

Tehlikeli durumlar kapsamında değerlendirilen zararlar, sadece kamu görevlisinin üstlendiği riskli bir görev nedeniyle, yakınının veya mallarının maruz kaldığı zararlardır.

D. Mesleki Riskler; Kamu Personelinin Görevleri Sırasında Uğradığı Zararlar

Kamu hizmetlerinde çalışan bir memur ya da kamu görevlisinin görevi sırasında ya da görevi nedeniyle bir zarara uğraması halinde, bu zarar hizmetin bir gereği olarak kabul edilirse, mesleki risk ilkesi gereği idarenin sorumluluğuna gidilebilir.⁶⁶ Zira kamu görevlisi hizmeti nedeniyle bir zarara uğrarken, toplumun tümü ya da bir kısmı bu hizmetten yararlanmaktadır. Bu zararın kamu görevlisinin üzerinde bırakılmaması gerekir.⁶⁷ Ortaya çıkan zarar, görevin usulüne uygun olarak yapılmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.⁶⁸

Bu konudaki içtihat, Fransız Danıştay'ın 21 Haziran 1895 tarihli Cames kararıyla oluşturulmuştur. Bu karara konu teşkil eden olayda bir cephan fabrikasında işçi olarak çalışan bay Cames, makineli bir çekiç ile bir demir parçasını döverken demirden kopan bir parça sol eline isabet etmiştir. Bu iş kazası sonucunda bay Cames sol elini kullanamaz hale gelmiştir. Bay Cames uğradığı zararın tazmini istemiyle Danıştay'da dava açmıştır. Danıştay, bu olayda idareye atfedilebilir bir kusur olmadığını tespit etmesine rağmen, davayı reddetmemiş, tersine kazanın meydana geldiği koşulları dikkate alarak idareyi bay Cames'e tazminat ödemeye mahkum etmiştir.⁶⁹

Ancak, mesleki risklerden doğan zararları tazmin etmek için izleyen yıllarda çeşitli kanunlarla çeşitli güvenlik sistemleri kurulmuştur. Bugün gerek işçi statüsünde, gerekse memur statüsünde olsun bü-

⁶⁶ Satı, <http://www.turkhukuksitsi.com/makale-744.htm>; Kalabalık, Halil, *İdari Yargılama Hukuku*, İstanbul 2003. s. 251.

⁶⁷ Esin, s. 148 .

⁶⁸ Şahin, http://www.yayin.adalet.gov.tr/8_sayi.htm.

⁶⁹ Gözler, s. 1098.

tün kamu personeli iş kazalarına ve meslek hastalıklarına karşı sosyal sigorta sistemiyle güvence altına alınmıştır. İş kazasına uğrayan veya meslek hastalığına yakalanan kişinin tedavi giderleri sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanmaya başlanmıştır.⁷⁰

Türk hukuk uygulamasına bakıldığında ise, bu ilkenin kamu hizmetine resmi bir sıfatı nedeniyle katılan kişilere yönelik olarak uygulandığı görülmektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesine resmi sıfatları nedeniyle katılan ve görevli olan kişilerin uğradıkları olağanüstü, anormal ve özel zararların Danıştay tarafından kusursuz sorumluluk ilkesine göre tazmin edildiğini görmekteyiz.⁷¹

Türkiye’de bazı meslekler açısından taşıdıkları risk nedeniyle çalışanların görevleri nedeniyle uğradıkları zararların tazmini açısından özel yasal düzenlemeler yapılmıştır.⁷² Örneğin, kolluk görevlilerinin mesleki risk nedeniyle uğradıkları zararların idarece tazmin edilmesi yasal bir düzenleme ile öngörülmüştür. 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, kamu düzeninin korunması veya kaçakçılığın men, takip ve tahkiki konularında görevlendirilen kamu görevlilerinin, bu görevlerinden dolayı veya görevleri sona ermiş olsa bile yaptıkları görev nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma veya hastalık sonucu ölmeleri veya sakat kalmaları halinde, kendilerine ya da yakınlarına ödenecek olan tazminatın esas ve usullerini düzenlemiştir. Görüldüğü üzere 2330 sayılı Kanun, mesleki risk nedeniyle kolluk personelinin uğrayacakları zararların, bu zararların meydana gelmesinde herhangi bir kusuru olmamasına rağmen, idarece tazmin edilmesini öngörmektedir.⁷³

Ülkemizde, Danıştay; söz konusu zararlar, kanunla öngörülen sosyal güvenlik tazminatları ile karşılanmış olsa bile, açılan tazminat davalarına bakılması gerektiğine, açılan bu davalarda, tespit edilen tazminat miktarından, kamu görevlisine çeşitli kanunlarca öngörülen sosyal güvenlik yardım ve ödeneklerinin düşülmesi gerektiğine, şayet sosyal yardımlar zararın tamamını karşılıyorsa, ancak o za-

⁷⁰ Satı, <http://www.turkhukuk sitesi.com/makale-744.htm>.

⁷¹ Bereket Baş, s. 262.

⁷² Çağlayan, s. 296.

⁷³ Günday, s. 331.

man davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermektedir.⁷⁴ Danıştay bu kararlarında gerekçelerini, ilgililerin zararını emeklilik veya sosyal güvenlik yolu ile yapılacak ödemelerle karşılamaktan uzak oluşuna dayandırmaktadır.⁷⁵

İdarenin mesleki risklerden kaynaklanan kusursuz sorumluluğuna ilişkin yargı kararlarından örnekler;

“...İdare mahkemesince; davacının maluliyet oranının, sağlık kurulu raporuyla %15 olarak tespit edildiği, kamu görevlisinin kamu hizmeti sırasında uğradığı özel ve olağandışı zararının kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazmini gerektiğine, ... karar verilmiştir. Temyiz edilen kararın maddi tazminata ilişkin temyiz istemine gelince, dava dosyasının incelenmesinden; polis memuru olan davacının, ... görevli time ait arızalı aracın ...'ya getirilmesi için görevlendirildiği, ... tarihinde ... seyir halindeyken ... elektrik direğine çarptığı, bu aracın içinde olan davacının yaralandığı, ... tarihinde davacı hakkında düzenlenen sağlık kurulu raporunda aktif polislik görevinden idari polislik görevine kaydırılmasının uygun olacağı belirtilmesi sonrasında...emekliye ayrıldığı, ... davacının uğradığı zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, idare mahkemesince ... zarar miktarından nakdi tazminat miktarı düşülmek suretiyle uğranılan zararın...davacıya ödenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır. ... Prim ödenmek suretiyle bulunan sosyal güvenlik sisteminin doğal bir sonucu olarak ilgililere bağlanan aylıklar, idarenin tazmin sorumluluğunu doğuran olaylar nedeniyle sağlanan yarar niteliğinde bulunmamakta ve bu nedenle 5434 sayılı Kanun'da öngörülen koşulların varlığı halinde bağlanan aylıkların idarece ödenmesi gereken tazminat tutarından indirilmemesi gerekmekte ise de; görevin neden ve etkisinden doğan olaylarda vazife malullüğü ile adi malullük aylığı arasında ortaya çıkan fark ödenen primler dışında olay nedeniyle sağlanan yarar niteliğini taşıdığından, belirtilen farkın peşin sermaye değerinin maddi zarar tutarından indirilmek suretiyle idarece ödenecek tazminat tutarının hesaplanması gerekmektedir ...”⁷⁶

“...Birlik çamaşırhanesinde görevlendirilen davacının çarşafın yıkanması esnasında meydana gelen elektrik kesintisinde çamaşır sıkma makinesinin kapağını açıp pedalı ile motorunu yavaşlatmaya çalışırken makinenin üstünün ıslak olması sebebiyle sağ kolunun kayarak makinenin içerisine girme-

⁷⁴ Çağlayan, s. 291.

⁷⁵ Duran, s. 66.

⁷⁶ Danıştay 10. Dairesi, 18.03.2008 Tarih ve E. 2007/8532, K. 2008/1231 sayılı Karar, (yayımlanmamıştır).

si sonucunda yaralanması nedeniyle uğradığı zararın, bir kamu hizmeti olduğunda şüphe bulunmayan ... hizmetini yürütürken yapmakta olduğu görevin ifası sırasında meydana geldiği, zararlar hizmet arasında sıkı bir illiyet bağının bulunduğu ... anlaşıldığından, zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca davalı idarece karşılanmasının gerektiği sonucuna varılmıştır...⁷⁷

“...Dosyanın incelenmesinden, ... Emniyet Müdürlüğü kadrosunda polis memuru olarak görev yapan davacılar murisinin, sürücüsü olarak idaresindeki resmi araçla verilen görevi ifa için ... karayolunda seyir halinde iken, karşıdan gelen araç sürücüsünün kusuru nedeniyle hayatını kaybettiği, olay nedeniyle 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ve bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan Yönetmelik gereğince, davacılara nakdi tazminat ödendiği, ... anlaşılmaktadır. Bu durumda, idare, kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında hizmetin işleyişinde ve düzenlenişinde kusuru olmasa bile kamu ajanının kendi kişisel kusurundan doğmamış olmak koşuluyla ajanın ölümü nedeniyle ortaya çıkan zararın, yarar zarar denkleştirilmesi yapılarak giderilmeyen kısmının aynı davalı idarece kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmini gerektiğinden, idare mahkemesince davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır. Öte yandan, davacıların destekten yoksun kalma tazminatı araştırılırken, 2330 sayılı Yasa uyarınca davacılara ödenen nakdi tazminatın düşürülmesi ve 5434 sayılı Yasa uyarınca davacılara vazife malullüğü aylığı bağlanmış ise bu durumun da dikkate alınması gerekmektedir...⁷⁸

“...Dosyadaki mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesinde; ... Hava Meydan K.lığı emrinde ... iken ... günü verilen görev gereği davacının ... plaka nolu Magirus top çeker aracının patlak lastiğinin (şamrel) tamirini yaptığı, şamrel havuzunda kontrolünü yaptıktan sonra janta taktığı, inik halde olan lastiği, oto bakım atölyesinin dışındaki lastik şişirme kafesine yuvarlayarak götürmeden önce lastiğin içindeki şamrelin yuvarlanmadan dolayı zarar göreceğini düşünerek bir miktar hava basıp götürmek istediği, ancak hava basma esnasında jant çemberinin tırnaklı olan kısmının kurtularak davacının karın bölgesine ağırlıklı olmak üzere vücuduna çarptığı, dudak ve burunda da yaralanma olduğu, iç kanama endişesi ile ... Devlet Hastanesi'ne sevk edildiği, ... anlaşılmıştır. ... Olayımızda idareye atfi kabil bir hizmet kusurundan söz

⁷⁷ AYİM 2. Dairesi, 09.11.2005 Tarih ve E.2004/489, K.2005/785 Sayılı Karar, AYİM Dergisi, S. 21.

⁷⁸ Danıştay 10. Dairesi, 16.09.2002 Tarih ve E. 2000/6171, K. 2002/2822 sayılı Karar, (yayımlanmamıştır).

edilemez ise de; bir kamu görevinin ifası sırasında meydana gelen zarar ile görevden neşet eden eylem arasında sıkı bir illiyet bağı bulunduğundan kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davacının uğradığı zararın davalı idare tarafından karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır... ”⁷⁹

E. İdarenin Arızı İşbirlikçilerinin Uğradığı Zararlar

Kamu hizmetlerinin yürütülmesine bazen kamu personeli dışındaki kişiler de katılabilir.⁸⁰ Bu katılım, kamu hizmetinin yürütümü, kamu görevlileri tarafından yapılan ve emredici nitelikte olmayan bu nedenle de yükümlülükten ayrılan istek üzerine olabileceği gibi, herhangi bir istek olmadan tamamen gönüllü yardımcının kendi istek ve iradesiyle de olabilir.⁸¹ İşte bunlara “geçici görevliler (arızı işbirlikçiler)” denir.⁸² Bir yangının söndürülmesi çalışmalarında görevliler tarafından etraftakilerden yardım istenilmesi üzerine bu çalışmalara katılanların durumu ilk olasılığa, bu çalışmalara herhangi bir istek olmasına karşın kendiliğinden katılanların durumu ise ikinci olasılığa örnektir.⁸³

Kamu görevlilerine, kamu görevlerini yürütmelerinden dolayı emekli, dul ve yetim aylığı gibi sosyal haklar tanınmaktadır. Buna karşılık kamu hizmetlerinin yürütülmesine geçici olarak katılanlar için böyle bir olanak bulunmamaktadır.⁸⁴ Peki, bu durumda olanlar zararlarını nasıl giderecektir?

Burada idarenin hizmet kusuruna gidilemeyeceğine göre arızı işbirlikçilerinin zararını idare kusursuz sorumluluk esasına göre tazmin edecektir. Burada eylem ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının bulunması arızı işbirlikçilerinin uğradıkları özel ve olağandışı zararın tazmini için gerekli ve yeterlidir.⁸⁵

⁷⁹ AYİM 2. Dairesi, 20.12.2006 Tarih ve E.2004/919, K.2006/1292 sayılı Karar, *AYİM Dergisi*, S. 22.

⁸⁰ Gözler, s. 1106.

⁸¹ Candan, Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2006. s. 183.

⁸² Çağlayan, s. 299; Gözler, s. 1106.

⁸³ Candan, s. 183.

⁸⁴ Gözübüyük/ Tan, s. 701.

⁸⁵ Satı, <http://www.turkhukuk sitesi.com/makale-744.htm>.; Armağan, s. 142.

Fransız Danıştay'ı kamu hizmetine arızı olarak katılanların uğradıkları zararlar dolayısıyla idareyi kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak tazminata mahkum etmektedir.⁸⁶ Bu suretle dışarıdan herhangi bir şekilde olursa olsun bir amme hizmetinin ifasına karıştığı sırada, bu yüzden, zarara uğrayanlara, idarenin kusurlu olup olmadığını aramaksızın uğradıkları zararların tazmini lüzumu kabul edilmiş bulunmaktadır.⁸⁷

Yukarıda bahsedilen bu kişilerin yardımları dolayısıyla uğradıkları zararların idare tarafından kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazmin edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bir kere ortada bir kamu hizmeti olmalıdır. Bununla birlikte, zarar gören kişi bu kamu hizmetinin yürütülmesine bizzat ve bilfiil katılmalıdır. Bu işbirliği talep sonucunda veya kendiliğinden yapılmış olabilir. Zarara yol açan işbirliği arızı olmak şartıyla bedava yani bir "gönüllü işbirliği", bir "hayri işbirliği" şeklinde olabileceği gibi ücretli de olabilir. Örneğin, bilirkişiler adalet yardımcıları olarak idare ile ücretli olarak işbirliği yaparlar. Bu konudaki diğer bir şart, idarenin hiçbir talebi olmaksızın kendiliğinden işbirliği halinde, bu işbirliği acil ihtiyaç nedeniyle gerekli bir işbirliği olmalıdır. Ayrıca bu tür zararlardan sorumlu tutulacak idare, hizmetin sahibi olan yani yürütülmesine iştirak edilen hizmet yürüten idare olmalıdır.⁸⁸

Ülkemizde, Danıştay, kamu hizmetlerine görevli olmadıkları halde bu tür hizmetlerin ifasına kendiliklerinden katılanların uğradıkları zararın tazmini konusunda ilke olarak hizmet kusuru esasına dayanmaktadır. Ancak bu tür durumlarda kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanması daha isabetli ve hukuk sistemimizin genel yapısıyla daha uyumlu olacağı da bir gerçektir.⁸⁹

Tüm araştırmalarımıza rağmen 1967 tarihli bir Danıştay kararı dışında konuya ilişkin bir yargı kararı bulamadık.⁹⁰

⁸⁶ Gözübüyük/ Tan, s. 703.

⁸⁷ Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1966. C. 1, s. 1744.

⁸⁸ Çağlayan, s. 300 vd; Gözler, s. 1108 vd.

⁸⁹ Atay/Odabaşı/Gökcan, s. 136.

⁹⁰ Danıştay 12. Dairesi, E.1965/4111, K.1967/1591 sayılı Karar için bkz. Çağlayan, s. 303; Gözler, s. 1113; Gözübüyük/ Tan, s. 703.

F. Sosyal (Toplumsal) Olaylarda Sorumluluk

Çağımızın toplum hayatı, özellikle hürriyetçi demokratik ortamda, kamu düzenine ve bu düzen içinde yaşayanlara yönelik bazı tehlikeler içermektedir. Demokratik hukuk düzeninin idaresi de, düzeni, hürriyetleri yok etmeksizin korumak zorunda olduğundan, bazen meydana gelen toplumsal olayları önlemekte gecikebilmektedir. Böyle bir olay sebebiyle, kişilere zarar verilirse idare bundan sorumlu tutulmalıdır. Çünkü kamu düzenini korumak için teşkilatlanan, para, mal ve hizmet edinen idaredir. Burada tehlike idarenin faaliyetinde ya da araç gerecinde değil dışındadır.⁹¹

Kitle hareketlerinden meydana gelen zararlar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağı bulunmadığından, bu alanda idarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Fransız hukukunda, 1983 ve 1986 tarihli kanunlarla bu konu düzenlenmiş olup, küçük belediyelerin büyük zararları karşılayamaması ve ulusal dayanışma ilkesi göz önüne alınarak, söz konusu zararların devlet tüzel kişisi tarafından sosyal risk ilkesi uyarınca karşılanması ve çıkan uyuşmazlıkların da idari yargıda görülmesi öngörülmüştür.⁹²

Fransız hukukunda yukarıda söz edilen kanunlar uyarınca, kitle hareketlerinden kaynaklanan zararlar bakımından devlet tüzel kişisinin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için şu şartların bulunması gerekmektedir: Kusursuz sorumluluk esasınca tazmin edilmesi gereken zarar, bir toplantı veya bir gösteri şeklindeki kitle hareketinden doğmuş olması gerekir. Yani davranış, kolektif bir nitelik taşımalıdır. Söz konusu kitle hareketinin amacı ve konusu önemli değildir. Siyasi, kültürel, mesleki, sportif veya dini olabilir. Toplanılan yerin de kamuya açık veya özel bir yer olmasının da önemi bulunmamaktadır. Toplu davranışın kurulu düzene karşı bir başkaldırı yahut isyan şeklinde olması da gerekmemektedir. Toplantı veya gösteri yapanların davranışının, "suç" teşkil eden şiddet eylemi niteliğinde olması gerekir. Suç teşkil etmeyen eylemler bu kanunun kapsamı dışındadır. Örneğin, liseli öğrencilerin sınav çıkışı yol üzerine oturmak üzere gelmeleri ve bu arada bir yolcuyla itip kakarak yere düşürmeleri olayı, daha sonra da polisin gelmesiyle dağılması olayı suç teşkil eden

⁹¹ Satı, <http://www.turkhukuk sitesi.com/makale-744.htm>.; Yayla, s. 145.

⁹² Çağlayan, s. 309.

bir davranış olarak kabul edilmemiştir. Ayrıca, tazmini gereken zarar, kitle hareketinin doğrudan ve açık bir sonucu olmalıdır.⁹³

Yukarıda da ifade edildiği gibi, kitle hareketlerinden idarenin sorumlu tutulabilmesi için, yasal bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Türk hukukunda, kitle hareketlerinden devletin sorumluluğunu düzenleyen genel bir kanun bulunmamaktadır. Türkiye’de toplantı ve gösteri yürüyüşleri gibi kitle hareketlerinden kaynaklanan zararların devlet tarafından tazmin edilmesine yönelik bilinen tek yasal düzenleme, 6-7 Eylül 1955 tarihinde İstanbul ve İzmir’de meydana gelen sosyal olaylar nedeniyle kişilerin uğradığı zararların tazminine yönelik 28 Şubat 1956 tarih ve 6684 sayılı Kanundur.⁹⁴ Şuan genel bir yasal düzenleme bulunmadığı için de, sorunun çözümü içtihatlarla kalmaktadır. Danıştay’ın bu konuya ilişkin içtihadında ise belli bir sitemleştirme ve tutarlılık bulunmamaktadır. Bu tür kitle hareketlerinden kaynaklanan zararların tazmininde, bazen kusursuz sorumluluk,⁹⁵ bazen kusura dayanan sorumluluk esaslarına dayandığı gibi,⁹⁶ bazen de bu

⁹³ Çağlayan, s. 308 vd.

⁹⁴ Özgüldür, s. 92; Akyılmaz, Bahtiyar, “Sosyal Risk ve Uygulama Alanı”, GÜHFD, Ankara 2005, C. IX, S. 1-2, s. 186; Armağan, s. 165; Çağlayan, s. 311; Gözler, s. 1118; Azrak, A.Ülkü, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 143.

⁹⁵ Danıştay 12. Dairesi, 18.03.1998 Tarih ve E.1969/211, K.1971/2478 sayılı Karar, nakleden, Çağlayan, s. 319; “...Olayların gelişmesinde idareye atfı kabil herhangi bir kusurun bulunup bulunmadığı, davanın niteliği bakımından haizi ehemmiyet görülmemiştir. Can ve mal güvenliğinin sağlanması devletin başta gelen görevlerinden olduğuna göre, bu olaylarla hiçbir ilgisi bulunmayan davacının uğradığı zararın idarece tazmin edilmesi hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir...”

⁹⁶ Danıştay 10. Dairesi, 2.10.1996 Tarih ve E. 1996/211, K. 1996/5755 sayılı Karar, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (Danıştay Bilgi Bankası) “...2.7.1993 tarihinde Sivas İlinde yapılmakta olan 4. Pir Sultan Abdal Kültür Etkinlikleri sırasında meydana gelen, Madımak Oteli’nin yakılması ve 37 kişinin ölümü ile sonuçlanan olaylarda, davacılarından ... ile ...’in oğlu, diğerlerinin kardeşi olan ...’in yaşamını yitirmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen zararın giderilebilmesi amacıyla, ... dava açılmıştır. Sivas İdare Mahkemesi 13.7.1995 tarih ve 1995/609 sayılı kararıyla; ...idarenin, yasalarla kendi yetki ve sorumluluğuna bırakılan kamu hizmetini yasal yetkileri içinde ve gereği gibi yürütmek amacıyla önceden gerekli örgütü kurmak ve bu örgütün ve hizmetin iyi bir şekilde yürütülmesi için gerekli tüm özeni göstermekle yükümlü olduğu, hizmetin iyi işlememesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi yüzünden kişilerin zarara uğramaları durumunda, idarenin hukuksal sorumluluğunun söz konusu olacağı ve uğranılan zararın, hizmeti yürütmekle görevli idarece tazmini gerekeceği, idarelerin hizmet kusurun-

tür zararlardan idarenin sorumlu olmayacağına,⁹⁷ karar vermektedir.⁹⁸

dan doğan zararları karşılamakla yükümlü olmalarının, idare hukukunun yerleşik ilkelerinin olduğu, bu konunun Anayasa'nın 125. maddesi ile de güvenceye alındığı;...dava dosyası ve aynı olaylardan dolayı maddi ve manevi tazminat istemiy-le açılan dava dosyalarında bulunan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilme-sinden; 1-4 Temmuz 1993 tarihleri arasında Kültür Bakanlığı'nın katkılarıyla dü-zenlenen 4. Pir Sultan Abdal Kültür Etkinliği'nin 2. günü olan 2 Temmuz 1993'de saat 13.30 sıralarında küçük bir topluluğun ... arasında sloganlar atarak eylem yap-tıkları, Kültür Merkezi binasını taşladıkları, valiliğin izniyle, Kültür Merkezi önü-ne dikilen anıt heykelin söküldüğü, Sivas Valiliği önünde Vali'nin protesto edil-diği ve Cumhuriyet rejimi aleyhine slogan atıldığı, zaman geçtikçe kalabalıklaşan bu topluluğun çalışma saati bitiminde çok daha kalabalıklaştığı, Sivas Valiliği'nce saat 14.05'den itibaren çevre illerden polis ve ildeki Tugay Komutanlığı'ndan yar-dım istenildiği, Tugay komutanlığından askeri birliğin 19.45 sularında gönderil-diği, çevre illerden gelen polis gücünün de yetersiz kaldığı, Kültür ve Sanat Şen-liğine katılmak üzere diğer şehirlerden gelen sanatçı ve vatandaşların konakladığı Madımak Oteli önünde toplanan kalabalığın uzunca bir süre oteli taşıdığı, saat 19.45 sularında kolluk gücünün oluşturduğu kordonu yaran kalabalığın, önce ote-lin önünde bulunan araçları, daha sonra da oteli, benzin dökmek suretiyle yaktık-ları, davaya konu zararın doğumuna neden olan ölümlerin, otelin yakılması sonu-cu oluştuğunun anlaşıldığı; bu durumda, eylemin başlamasından otelin yakılma-sına kadar geçen yedi saate yakın bir süre, başlangıçta az sayıda eylemciden olu-şan kalabalığı dağıtmaya veya başka şekilde etkisiz hale getirmeye yönelik çalış-maların yetersizliği, ya da dağıtılması halinde başka olaylar çıkabileceği endişesi-yile dağıtmak istemeyen idarenin, hizmetin kötü işlenmesi, hatta bir süre hiç işleme-mesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu gerekçesiyle, davacıların maddi zar-arının belirlenmesi amacıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan rap-or esas alınmak suretiyle, ... TL tazminatın davalı idareden alınarak davacılara verilmesine, ... karar vermiştir. Davalı idare, ...anılan kararın temyizden incelenerek bozulmasını istemektedir. Açıklanan nedenlerle ... Sivas İdare Mahkemesi'nin ... sayılı kararında, ...bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından kararının onanmasına karar verildi..."

⁹⁷ Danıştay 12. Dairesi, 16.10.1980 Tarih ve E.1980/3750, K.1980/3750 Sayılı Karar, Nakleden, Çağlayan, s. 313.; "... Bakılan davada zarar, doğrudan doğruya bir idari ajanın fiilinden doğmamıştır. Zararın, idarenin polis Vazife ve Selahiyetleri Kanu-nu ile ve diğer yasalarla kendisine verilen emniyet ve asayiş sağlama görevini ge-reği gibi yerine getirmemesinden ve zamanında gerekli önlemleri almamasından doğduğunu kabul etmek mümkün değildir. ... Olayda genel nitelikte önlemler-le yetinmiş bulunması da idarenin tazminle yükümlü tutulmasına gerektirmez... Davacı kuruluşa ait otobüsün ... günü Ankara ... Meydanı'nda saat ... sıraların-da kimliği belirsiz bazı kişilerin oluşturduğu bir gurubun taşlı saldırısına uğrama-sına ilişkin olayda yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmemesi karşısında da-valı idarenin sosyal hasar kuramına göre tazminatla yükümlü tutulmasına da ola-nak bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle doğan maddi zarar ile kolluk hizme-ti arasında nedensellik bağı bulunmadığından ve ayrıca olayın niteliği sosyal has-sar kuramının uygulanmasına da elverişli görülmediğinden tazminata ilişkin da-vanın reddine..."

⁹⁸ Çağlayan, s. 312; Gözler, s. 1118; Özgüldür, s. 92 vd; Armağan, s. 165.

G. Sosyal Risk; Terör Olaylarında Sorumluluk

Sosyal risk tanımı ve sosyal risk ilkesi gereğince terör nedeniyle idari yargıda açılan davalar, başlı başına bir konu olması ve Danıştay'ın son yıllardaki yeni içtihatları dolayısıyla ayrıca incelenmesi gerektiğinden burada bu konuya değinilmemiştir.

IV. SONUÇ

Birey karşısında güçlü olan idarenin, toplum içerisindeki görevlerinin her geçen gün arttığı yadsınamaz bir gerçektir. Bu gerçek karşısında, idarenin işlem ve faaliyetleri sonucunda zarar gören bireyin zararlarının giderilmesi gerektiği hususu da sosyal ve hukuk devletinin bir gereğidir.

Sosyal devlet olma yolunda atılan adımlar, beraberinde kusursuz sorumluluk ilkesini de getirerek, idarenin sorumluluk alanını olabildiğine genişletmiştir. Öyle ki, kural olarak önlenemez ve öngörülemez olan deprem gibi bazı doğa hareketlerinde bile teknolojik gelişmelere bağlı olarak idarelerin sorumlu olabileceği, idarelerin bu tür mücbir hallerde bile sorumluluktan kurtulamayacağı düşüncesi her geçen gün yaygınlaşmaktadır.

Risk ilkesi, her ne kadar, birey lehine olumlu gelişmeler getirmekteyse de, yine de, özellikle sağlık alanıyla ilgili idarenin sorumluluğu konusunda yetersiz kalmaktadır. Sağlık alanında organ nakli gibi bünyesinde risk taşıyan bazı müdahalelerde zarar ile müdahale arasında illiyet bağının mevcut olması durumunda kusuru olmasa bile risk ilkesi gereğince idare sorumlu tutulabilmelidir.

İdarenin kusuru olmasa da sorumlu olması gerektiği kuralına ilişkin olarak ortaya çıkan risk ilkesi, bireye bazı güvenceler sağlamaktadır. Ancak, konuya ilişkin doğrudan bir düzenlemenin bulunmaması Sosyal Devlet ilkesini bu konuda tartışılır hale getirmektedir.

Ülkemizde, içtihatlarla geliştirilen risk ilkesinin belirli hale getirilmesi gerekmektedir. Zira çerçevesi net olarak tespit edilemeyen bu tür ilkelerin varlığı halinde, sorumluluk konusunda takdir hakkı çok geniş olan idari yargı mercilerince verilen kararlar da tartışılır hale gelecek, üstelik aynı olay karşısında bugün sorumlu olan idare yarın sorumluluktan kurtulabilecektir. Bunun önlenmesi için objektif bazı kri-

terlerin düzenleme haline getirilerek uygulama birliğinin sağlanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, içtihatlarla geliştirilen risk ilkesi ülkemiz için varlığı kaçınılmaz ve tartışılmaz bir ilkedir. Ancak, sosyal ve hukuk devleti olan ülkemizde, gerek birey, gerekse idare, ortaya çıkan zararı nasıl, hangi durumlarda ve hangi ilkeler çerçevesinde tazmin etmesi gerektiğini bilebilmelidir. Bunun yolu da yasama organınca çıkarılacak düzenlemelere bağlıdır. Risk ilkesinin, pozitif hukuk kurallarıyla belirli hale getirilmesi herkes için bir gerekliliktir.

KAYNAKLAR

- Akyılmaz, Bahtiyar, "Sosyal Risk ve Uygulama Alanı", *GÜHFD*, Ankara 2005, C. IX, S. 1-2.
- Armağan, Tuncay, *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara 1997.
- Atay, E. Ethem / Odabaşı, Hasan / Gökcan, Hasan Tahsin, *İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Ankara 2003.
- Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991.
- Azrak, A. Ülkü, "İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu", *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980.
- Başgil, A. Fuat, "Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti", *Adalet Dergisi*, Ankara 1940, S. 32.
- Bereket Baş, Zuhale, "Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğu", İstanbul 2002 (yayımlanmamış doktora tezi).
- Berki, A. H., *Mecelle*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 1959.
- Candan, Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Çağlayan, Ramazan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayınları, Ankara 2007.
- Duran, Lütfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, TODAİE Yayınları, Ankara 1974.

- Esin, Yüksel, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Baskı, Ankara 1976.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003, C. II.
- Gözübüyük, A. Şeref; Turgut, Tan, *İdare Hukuku Cilt 2. İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş Baskı, Ankara 2003.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2003.
- Güran, Sait, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", *DD*, Ankara 1982, S. 46-47.
- İnan, Atilla, "Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarında Devlet ve Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu", *DD*, Ankara 1981, S. 42-43.
- Kalabalık, Halil, *İdari Yargılama Hukuku*, İstanbul 2003.
- Kayısoğlu, Bahattin, "İdari Eylemlere İlişkin Sorumluluk Sebepleri", *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1976, S. 2, Y. 33.
- Onar, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İsmail Akgün Matbaası, 3. Baskı, İstanbul 1966. C. 1.
- Özgüldür, Serdar, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Ankara 1966.
- Satı, S. "İdarenin Kusursuz Sorumluluğu", <http://www.turkhukuksitei.com/makale-744.htm>.
- Şahin, Ergün, "Kuramda ve Uygulamada İdarenin Tehlike İlkesi Uyarınca Sorumluluğu", <http://www.yayin.adalet.gov.tr/8sayi.htm>.
- Uluslan, İlhan, *Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi*, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, C. 32.
- Uluslan, İlhan, "Tehlike Sorumluluğu Üstüne", *Mukayeseli Hukuk Dergisi*, İstanbul 1970, Y. 4, S. 6.
- Yaman, Murat, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında İdare Hukukunda Sorumluluk, Hizmet Kusuru ve Kusursuz Sorumluluk Kavramları", *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2003, S. 18.
- Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku I*, 2. Baskı, İstanbul 1990.

3713 SAYILI TERÖRLE MÜCADELE KANUNU'NUN

6. MADDESİNDE DÜZENLENEN

AÇIKLAMA VE YAYINLAMA YASAĞI SUÇU

Mehmet TAŞTAN*

GİRİŞ

Uzun yıllardır mücadele ettiğimiz terör, bugün ulusal güvenliğimiz, hukuk devleti ve demokratik sistemimiz karşısındaki en büyük tehlike durumuna gelmiştir. Terör artık günümüzde sadece ülkemizi değil, bütün dünya ülkelerini de tehdit eden bir boyut kazanmıştır. Bu haliyle terör dünya barışı, ulusların ve bireylerin güvenliğini tehdit etmektedir. Bu kapsamda hem Birleşmiş Milletler hem de ülkeler terörle mücadele edilmesi amacıyla sözleşmeler, kanunlar hazırlamakta ve konuyla ilgili belirlenen kavramların içerisini doldurmaya gayret etmektedirler. Bu çalışmayla, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen basın yayın organları aracılığıyla, terörle mücadelede görev almış kamu görevlileri ile kendilerine karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceği şeklinde yayın yapılan kişilerin isim ve kimlik bilgilerinin açıklanması veya bu yolla bahsi geçen şahısların hedef gösterilmesi ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandası niteliğinde içeriğe sahip yayın yapma şeklinde tanımlanan eylemler ve yaptırımlar açıklanmaya çalışılmıştır.

Terör örgütleri amaçladıkları siyasal hedeflere ulaşmak için hukukun üstünlüğü ve devlet otoritesini tanımayan, halka ve güvenlik güçlerine karşı şiddet ve tahripkâr silahlarla donanmış olarak gelişmiş taktikler kullanan, insan hayatını hiçe sayan, masum insanları dahi hedef alabilen ve hiçbir savaş kuralını tanımayan, sistematik, öldürme, kaçırma, korkutma gibi eylemleri gerçekleştiren örgütlerdir.

* Diyarbakır Hakimi (CMK'nın 250. maddesi ile görevli)

Bu nedenle kolluk mensupları ile terör örgütleri tarafından haklarında suç işlenebilecek kişilerin korunmalarını sağlayacak düzenlemeler yapılması, basın yayın organları aracılığıyla, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandası niteliğinde içeriğe sahip yayınların yapılmasını engelleme zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu maksatla yapılan düzenlemelerden bir tanesi de 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinde yer almaktadır.

MADDENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasında, terörle mücadelede görev almış kamu görevlileri ile kendilerine karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceği şeklinde yayın yapılan kişilerin isim ve kimlik bilgilerinin açıklanması veya bu yolla bahsi geçen şahısların hedef gösterilmesi önlenmek istenmiş, maddenin ikinci fıkrası ile de terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını süreli veya süresiz yayın organlarında basanların veya yayınlayanların hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacakları belirtilmiştir.

Terörle Mücadele Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair, kanun tasarısı taslağının hazırlanmasında Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan komisyonda görev alan Prof. Dr. İzzet Özgenç'in ikinci fıkrada yer alan fiillerin terör örgütünün propagandasını oluşturduğu ve Kanun'un 7. maddesi ile yaptırım altına alındığı ve bu nedenle söz konusu fıkranın yürürlükten kaldırılması gerektiğine ilişkin görüşü komisyon çalışmaları sırasında kabul görmemiştir.¹ Bizce de bu fıkranın kanun metninden çıkarılması gerekmektedir. Zira 6. maddenin 2. fıkrasında "*terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanların veya yayınlayanların*" sorumlulukları düzenlenmiş, aynı husus Kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasında da belirtilerek "*terör örgütünün propagandasını yapanların*" cezalandırılacakları ifade edilmiştir. Ayrıca söz konusu fıkranın devamında da suçun basın yayın yolu ile işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı hükümlenmiştir. Görüldüğü üzere hem suçun unsurları yönünden hem de suçun yaptırımını açısından 7. maddenin ikinci fıkrası, 6. maddenin ikinci fıkrasını kapsar mahiyettedir.

¹ Özgenç, İzzet, *Terörle Mücadele Kanunu*, s. 43, 44.

Maddenin üçüncü fıkrasında, Terörle Mücadele Kanunu'nu kapsamına giren suçlar ile faillerini ihbar edenlerin kimliklerinin rızaları olmadan açıklanmayacağı ve bu hususta yayın yapılamayacağı, aksine davranışın hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Muhbirin rıza göstermesi veya ihbarın mahiyeti itibari ile ihbar eden şahıs için hakkında suç teşkil etmesi halinde yapılacak yayınlar suç teşkil etmeyecektir.

Maddenin ilk üç fıkrasında 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle yapılan değişiklik sonucu suçun yaptırımını arttırılarak hapis cezası getirilmiş ise de; suçların maddi unsurlarında her hangi bir değişiklik öngörülmemiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, önceki metinde yer alan nispi nitelikteki ağır para cezası, yeni Ceza Kanunu sistemine uydurularak gün para cezasına dönüştürülmüştür. Bu fıkra ile, önceki fıkralarda tanımlanan suçların işlenmesinden dolayı basın ve yayın organlarının sahiplerinin sorumluluk rejimi düzenlenmiş, basın ve yayın organı sahiplerine maddenin bir ila üçüncü fıkralarında yaptırım altına alınan açıklama ve yayma yasağı ile ilgili olarak dikkat ve özen yükümlülüğü yüklemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre bu sorumluluk; *"basın ve yayın organı sahiplerinin, yükümlü oldukları özeni göstererek yasak eylemin işlenmesine engel olmamaktan"* doğmaktadır.² Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere; dördüncü fıkrada, bu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış ceza yaptırımını altına alınmıştır. Şayet basın ve yayın organının sahibi, maddenin bir ila üçüncü fıkralarında tanımlanan suçların işlenişine iştirak etmişse, artık dördüncü fıkra hükmüne göre değil, söz konusu bir ila üçüncü fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı Türk Ceza Kanunu'nun suça iştirake ilişkin hükümlerine göre cezalandırmak gerekir. Keza, söz konusu hüküm, kusura dayalı olmayan, objektif sorumluluğun kabul edildiği bir hüküm değildir. Anayasa'nın 38. maddesinde ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralı benimsendiğine göre, kusura dayalı sorumluluğu da içeren bu kuralın doğal sonucu olarak; kişinin hukuka aykırı bir durumun meydana gelmesinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için en azından taksi-re dayalı kusurunun bulunması gerekir. Aynı değerlendirmeler, basın ve yayın organının sorumlu müdürleri açısından da geçerlidir.

² Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.1992 gün ve 1991/18 E. 1992/20 K. sayılı kararı

Ayrıca, söz konusu dördüncü fıkra metni kapsamında sadece Basın Kanunu hükümlerine göre süreli yayınlar göz önünde bulundurulmuş iken, 5532 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda yazılı, görsel, işitsel ve elektronik bütün basın ve yayın organları bu kapsama alınmıştır.

Basın ve yayın organının sahibinin tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmünün uygulanamayacağı açıktır. Bu durumda, Kanun'a eklenen 8/b maddesi gereğince tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. Ayrıca, bu fıkra hükmüne göre sorumlu tutulacak kişiler arasında yayın sorumluları da dahil edilmiştir. "Yayın sorumlusu" kavramı ile "sorumlu müdür" kavramı özdeş değildir. "Sorumlu müdür", sadece süreli yayınlar bakımından Basın Kanunu hükümlerine göre belirlenen yayın sorumlusunu ifade etmektedir. Keza, sorumlu müdürün, yanı sıra süreli yayınlarda yayın politikalarını belirleme hususunda yetkili olmak üzere, çeşitli isimler altında, başka kişiler de istihdam edilebilmektedir. Ayrıca, diğer basın yayın organlarının yayın sorumlularını da kapsamı bakımından, fıkra metninde "sorumlu müdür" ibaresi yerine "yayın sorumlusu" ibaresi kullanılmıştır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddenin 4. fıkrasıyla, basın yayın organları aracılığıyla işlenen suçlardan dolayı cezai sorumluluk konusunda genel kural öngören 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesinde belirlenen sistemden uzaklaşmıştır. Basın Kanunu'nun 11. maddesine göre süreli yayın sahibi, ancak sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen rızasına aykırı olarak yayınlattığı yazı, haber, resim, karikatür gibi yayınlardan dolayı sorumlu iken, incelemeye konu edilen 3713 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 4. fıkrasında böyle bir koşul aranmamış, yayın sahibinin madde metninde belirtilen yayınlar nedeni ile doğrudan sorumlu olduğu kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere, maddenin dördüncü fıkrasıyla, maddenin ilk üç fıkrasında tanımlanan suçlarla ilgili olarak basın ve yayın organlarının sahiplerinin kusura dayalı olmayan objektif sorumluluğunu gerektiren bir hükme yer verilmiştir. Bu nedenle, 5532 sayılı Kanun'a ilişkin tasarı taslağının hazırlanmasına ilişkin olarak Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan komisyonda, söz konusu fıkranın Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesine aykırı

olduğu³ ve bu nedenle yürürlükten kaldırılması gerektiğine ilişkin görüşlerde⁴ bulunulmasına karşılık söz konusu hükmün iptali için açılan bir davada Anayasa Mahkemesi'nin bu hükmü Anayasaya aykırı bulmadığı⁵ gerekçesi ile belirtilen görüşlere itibar edilmemiştir. Bunun üzerine maddenin dördüncü fıkrasının hiç olmazsa taksire dayalı sorumluluk rejimine uygun olarak tanımlanması sağlanmış ve söz konusu fıkra, basın ve yayın organlarının sahibi olan gerçek kişilerle yayın sorumlularının, bir ila üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların işlenişine iştirak etmemekle birlikte, bu suçların işleniş bakımından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları mevcut ise, cezai sorumlulukları cihetine gidilebilmesine imkân veren bir düzenleme yapılmıştır.⁶

Gerçekten de “ceza sorumluluğunun şahsiliği” kuralı kişinin kendisine ait kusurlu fiilinden sorumlu tutulması yani kişinin kendi iradi hareketi ile meydana getirdiği sonuçtan sorumlu tutulması anlamına gelmektedir. Cezanın şahsa değil, fiile göre tertibi, “ceza sorumluluğunun şahsiliği” kuralının doğal sonucudur. Bu ilke ile suçu kim işlemişse cezanın yalnız ona hükmedilip uygulanması, başkalarının cezalandırılmaması amaçlanmaktadır.

Söz konusu fıkra ile üçüncü şahsın fiilinden sorumluluk öngörüldüğü, belirtilen sorumluluk sisteminin, genel olarak “ceza sorumluluğu” politikasıyla, kişinin kendi kusurlu fiilinden sorumlu tutulması ve fiilin ağırlığı ile sorumluluk arasında denge bulunması gerektiği ilkeleri ile çeliştiği ve bu çelişkinin, “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesi-

³ Bu husus 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla dönemin ana muhalefet partisince 1991 yılında Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davası dilekçesinde “Mevkute sahibinin ‘suç faili’ olarak kabulü, ‘ceza sorumluluğunun şahsiliği’ kuralına ve dolayısıyla Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır... Mevkute sahipleri, genellikle, yayıncı fiilen ilgilenmemektedir. ‘Yayın fiilini’ gerçekleştiren kişi ‘mevkute sahibi’ değildir. Belirtilen durumda, mevkute sahibinin kendisine ait kusurlu fiili mevcut bulunmamaktadır. Bu durumda, fiile iştiraki kanıtlanmamış mevkute sahibinin kendisine ait kusurlu bir fiili bulunmamasına rağmen ceza sorumluluğunu öngören 3713 sayılı Kanun'un 6. ve 7. maddeleri ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır” şeklinde belirtilmiştir. (Anayasa Mahkemesi'nin 1991/18 E. sayılı iptal davasının başvuru dilekçesi, RG'nin 27 Ocak 1993/21478 Mük. sayısı)

⁴ Özgenç, İzzet, *Terörle Mücadele Kanunu*, s. 44.

⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.1992 gün ve 1991/18 E. 1992/20 K. sayılı kararı, RG, 27 Ocak 1993/21478 Mük., s. 41.

⁶ ÖZGENÇ, İzzet, *Terörle Mücadele Kanunu*, s. 45, 46.

nin ihlali anlamına geldiği belirtilerek, basılı yayın organı sahibinin fi ile iştiraki bulunmadığı ve fiilen yayını idare etmediği halde ceza sorumluluğunu öngören cezalandırma sisteminin “ceza sorumluluğunun şahsiliği” kuralına ve dolayısıyla Anayasa’nın 38. maddesine aykırılık teşkil ettiği hususunda eleştiriler bulunmaktadır.⁷

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin istisnalarından bir tanesi de; 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 11. maddesinde⁸ sorumlu müdürün, salt gördüğü görev sebebiyle ve kusuru aranmaksızın sorumlu tutulması ve üçüncü şahısların (eser sahibinin) fiilinden dolayı kusursuz sorumluluk halinin kabul edilmesi halidir. Böyle bir sorumluluk şeklinde “objektif sorumluluk” halinin düzenlendiği doktrinde kabul edilmektedir. Objektif sorumluluk sisteminde kusur aranmadığı için bu durum, “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesine aykırı olduğu, bu ilkenin sadece maddi fiilin o faile ait olması gerektiği anlamına geldiği ve ayrıca failin kusurunun da bulunmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir. Nitekim 5237 sayılı TCK’nın 20. maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğu, hiçbir kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağı ve tüzel kişilerin suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklı olmak kaydıyla

⁷ Ana muhalefet partisi Sosyal Demokrat Halkçı Parti’nin Anayasa Mahkemesi’ne söz konusu hükmün iptali için yaptığı iptal başvuru gerekçesi (*Resmi Gazete*, 27.01.1993, 21478 Mük. sayı).

⁸ 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 11. maddesi “Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur. Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.

Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayım yönetmeni, genel yayım yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.

Yukarıdaki hükümler, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanun’da aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.” şeklindedir.

haklarında ceza yaptırımı uygulanamayacağını hükme bağlanmıştır. Bu ifade şeklinden de anlaşılacağı üzere, ceza hukukunda objektif sorumluluk hali kabul edilmemiştir (Dönmezer-Erman, II, 214-228). Basın yoluyla işlenen suçlarda ise, sorumlu yazı işleri müdürünün “kusuru” aranmadığı ve eseri kendisi yazmadığı halde, cezai sorumluluk hali getirilmesi “ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine” aykırılık teşkil etmektedir (Özek Ç., *Türk Basın Hukuku*, İstanbul 1978, 620-629). Sorumlu yazı işleri müdürünün “objektif sorumluluk” durumunu “anormal sorumluluk” olarak görüp, sorumluluğu bir ölçüde subjektif temele oturtmaya çalışan cezacılar, salt bu “anormal sorumluluk” biçimini yumuşatmak amacındadırlar. Bu nedenle, sorumlu müdürün, yazı işlerini idare etmesi açısından, hukuka aykırı netice ile nedensellik bağı içinde kalan “fili”nin var olduğunu, nedensellik bağının ise “taksir” derecesinde kusuru ifade ettiğini belirtmektedirler. Bu görüşte olanlar dahi, bu sorumluluk şeklini “objektif sorumluluk” olarak nitelemekte ve eleştirmektedirler.

Hal böyle olmakla birlikte, kanaatimizce 5532 sayılı Kanun’la değişik 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 6. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen basın ve yayın organı sahiplerinin cezai sorumluluklarının Anayasa’da öngörülen “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır. Zira madde gerekçesinde, bu fıkra hükmüne göre sorumluluğun ancak taksire dayalı bir sorumluluk olabileceği açık bir şekilde belirtilmiş ve ayrıca basın ve yayın organı sahibi konumundaki gerçek kişiler ile tüzel kişilerin yöneticisi konumundaki gerçek kişiler açısından bu maddede tanımlanan suçun işlenmesini önlemek konusunda dikkat ve özen yükümlülüğü ihdas edilmiştir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi’nin 31.03.1992 gün ve 1991/18 E. 1992/20 K. sayılı kararı da bu yöndedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre; “...iptali istenen kuralda öznel (subjektif) sorumluluk yerine nesnel sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 21.9.1966 günlü, 1966/36 sayılı kararında da (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 4, s. 250) belirtildiği gibi, söz konusu hallerde sorumluluk, basın ve yayın organının sahiplerinin yükümlü olduğu özeni göstererek yasak eylemin işlenmesine engel olmamaktan doğmaktadır. Bu durumda meokute ve eser sahibinin sorumluluğu konusunda bir kimsenin eyleminden dolayı diğer bir kimseye ceza sorumluluğu yükleniyor gibi görünmekte ise de, gerçekte, sorumluluğun hukuksal nedeni sorumlu tutulanların kendi kusuruna dayanmaktadır. Bu kusur, yükümlü olduğu özeni göstererek yasak eylemin işlenme-

sine engel olmamaktan doğmakta ve böylece sorumlu tutulan kimsenin davranışı ile meydana gelen sonuç arasında nedensellik (illiyet) bağı kurulmaktadır. Günümüzde basın, temsil ettiği teknolojik düzey ve sermaye gücüyle endüstriyel ve ticari bir sektördür. Başta yazı işleri müdürü olmak üzere gazete de çalışan basın mensuplarının özenle seçilmelerini sağlamak gazete sahibinin görevidir. Terörü önleme konusunda getirilen kuralların eksiksiz uygulanması gereği ve bir bütünlük taşıması toplum yararına kamu düzeni için genel kurallara ayrıklık oluşturan hükümler konulması zorunluluğunu getirmektedir. Bu nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 38. maddesindeki cezaların kişiselliği ilkesine aykırı değildir." denilmek suretiyle ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

Aynı şekilde dönemin Cumhurbaşkanı aayın Ahmet Necdet Sezer 6. maddenin dördüncü fıkrası hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açmıştır.⁹

Sayın Cumhurbaşkanı dava dilekçesinde; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5532 sayılı Kanun'la değişik hem 6. ve hem de 7. maddesindeki suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda, suçun işlenişine iştirak etmemiş olsa da, basın ve yayın organlarının sahipleri ve yayın sorumlularının cezalandırılmasını Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesine aykırı görmüş, suçu kim işlemişse cezanın yalnız ona hükmedilip uygulanmasını, suç ve ceza sorumluluğunun "kusura" dayalı olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Anayasa'nın basın özgürlüğüne ilişkin 28. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtildiği üzere; ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesine uygun olarak, sorumluluğun suç oluşturan haber ya da yazıyı yazan, bastıran, basan ya da başkasına verende olduğunu, bu durumda suçun işlenişine iştirak etmemiş olan basın ve yayın organlarının sahipleri ve yayın sorumlularının başkasının eylemi nedeniyle ceza sorumluluğu altına sokulmasının ceza sorumluluğunun kişiselliği ilkesiyle bağdaşmayacağını ifade etmiştir. Yine başvuru dilekçesinde; suçun işlenişine iştirak etmeyen basın ve yayın organları sahip ve yayın sorumlularına getirilen adli para cezalarının tutarlarının çok yüksek olduğunu, suç ve cezada; eylem ve önlem arasında adil bir dengenin kurulmadığını ve amaç ile araç orantısının gözetilmediğini belirtmiştir. Ayrıca değiştirilen maddelerde öngörülen para

⁹ Cumhurbaşkanlığı'nın, 03.08.2006 gün ve B.01.0.KKB.01-18/B-3-2006/572 sayılı dilekçesi.

cezalarının; "Anayasa'nın 26. maddesindeki haber alma özgürlüğü ile 28. maddesindeki basın özgürlüğüne aykırı" düştüğünü ve Anayasa'nın 13. maddesindeki demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığını da ileri sürerek 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'ndaki ilgili düzenlemelerin iptalini talep etmiştir.

Sayın Cumhurbaşkanı'nın iptal davası üzerine Anayasa Mahkemesi başvurunun esastan görüşülmesine karar vermiş olup yazının hazırlandığı tarih itibariyle henüz dava ile ilgili olarak Yüksek Mahkeme nihai kararını vermemiştir. Ancak konu ile ilgisi olması nedeni ile Anayasa Mahkemesi, Kanun'un 6. maddesinin dördüncü fıkrasının değişiklikten önceki düzenlemesi ile ilgili olarak açılan iptal davasında vermiş olduğu karar yukarıda açıklanmıştır.¹⁰

Maddenin beşinci fıkrası, Anayasa'nın 28. maddesinin beşinci fıkrası göz önünde bulundurularak 5532 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle yeni bir fıkra olarak madde metnine eklenmiştir. Anayasa'nın 28. maddesinin beşinci fıkrasında belirli nitelikteki suçlar için basılmış eserin dağıtımının (yayının) önlenmesi bir koruma tedbiri müessesesi olarak düzenlenmiştir. Söz konusu maddede;

"Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar veya bastırıcılar veya aynı amaçla basanlar, başkasına verener, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar. Tedbir yolu ile dağıtım Hakim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenabilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci, bu kararı en geç yirmidört saat içinde yetkili Hakime bildirir. Yetkili Hakim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararı hükümsüz sayılır."

26.06.2004 tarih ve 25504 sayılı *Remi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 25. maddesinde de basılmış eserlere el koymaya ilişkin hükümlere yer vermiştir. Bahse konu edilen maddede;

¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.1992 gün ve 1991/18 E. 1992/20 K. sayılı kararı, RG, 27 Ocak 1993/21478 Mük., s. 41.

“Soruşturma için sübut vasıtası olarak her türlü basılmış eserin en fazla üç adedine Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kolluk el koyabilir.

Soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla 25.07.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, Anayasanın 17’ üncü maddesinde yer alan inkılap kanunlarında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146.maddesinin ikinci fıkrasında, 15. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında, 155.maddesinde, 311. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, 312. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında, 312/a maddesinde ve 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olarak basılmış eserlerin tamamına hakim kararıyla el konulabilir.

Hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin ikinci fıkrada belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması halinde, bunların Türkiye’de dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine Sulh Ceza Hakiminin kararı ile yasaklanabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı yeterlidir. Bu karar en geç yirmidört saat içinde Hakimın onayına sunulur. Kırksekiz saat içinde Hakim tarafından onaylanmaması halinde Cumhuriyet Başsavcılığının kararı hükümsüz kalır.

Yukarıdaki fıkra uyarınca yasaklanmış yayın veya gazeteleri bilerek dağıtanlar veya satışa sunanlar bu yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi gibi sorumludurlar”

5187 sayılı Basın Kanunu’nun 2. maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre basılmış eserin “yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını” b bendine göre de yayımın “Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasını” ifade ettiği ve bu tanımlardan da anlaşıldığı üzere Basın Kanunu’nun düzenlemesine göre basılmış eserlere el koymanın ancak eserlerin yayımlanmasından sonra yani yayımın gerçekleşip eserin kamuya sunulmasından sonra mümkün olduğu anlaşıldığından terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçluları övme veya terör örgütünün propagandasını içeren yayınlarla ilgili olarak el koyma kararı verilmesinin pratikte hiçbir faydası kalmamaktadır. Zira dağıtım gerçekleştiği için bu kararı uygulama imkanı artık ortadan kalkmaktadır. Ay-

rıca yayın, bu el koyma kararının uygulamaya konulduğu anda amacına ulaşmış olmaktadır. Dolayısıyla, verilen elkoyma kararının önleyici hiçbir etkisi kalmamaktadır.¹¹ Bu nedenle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda süreli yayın organlarının yayınlarının belirli bir süre (onbeşgünden bir aya kadar) ile durdurulması koruma tedbirine başvurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunun hazırlanması aşamasında Adalet Komisyonu çalışmalarına katılan Prof. Dr. İzzet Özgenç, kanunlaşan metinle ilgili olarak bazı eleştirilerde bulunmuştur. Bunları aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür:

1. Yapılan düzenleme ile söz konusu koruma tedbirinin sadece süreli yayınlarla ilgili olarak uygulanabilmesine imkân tanınmış, örneğin internet üzerinden yapılan yayınları durdurma bakımından mevzuatımızdaki boşluk daha belirgin bir hal almıştır. Bu nedenle yazılı, görsel, işitsel ve elektronik bütün basın ve yayın organlarının yukarıda belirtilen içeriğe sahip yayınlarla ilgili olarak yayın durdurma koruma tedbirinin uygulanması gerekmektedir.

2. Bir basın ve yayın faaliyetinin bütün olarak değil, sadece “*terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandası niteliğinde içeriğe sahip*” yayımla sınırlı olarak yani belirtilen kısımla ilgili olarak durdurma kararı verilmesi gerekirken, söz konusu düzenleme ile süreli yayın organının yayımlanması yani faaliyeti bütünüyle durdurulmuştur.

3. Bir yaptırım olarak düzenlenmeyen yayımın durdurulması tedbiri hakkında, kanunda asgari ve azami sınırlarını belirtecek mahiyette bir süre öngörülmemelidir. Bu durum koruma tedbirinin mahiyeti gereğidir. Yapılan düzenleme sonucunda, bu husus dikkate alınmadan süreli yayın organının yayımlanması bir yaptırım mahiyeti arzedecek şekilde onbeş gün ile bir ay arasında belirlenen bir süre zarfında durdurulabilecektir. Ayrıca bu konu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine açtığı iptal davasında, sayın Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin beşinci fıkrası hükmünün Anayasa'nın 28. maddesinde öngörülen tedbir

¹¹ Prof. Dr. Özgenç, İzzet, *Terörle Mücadele Kanunu*, s. 50.

veya yaptırımlarla bağdaşmadığı yönündeki iddiasının yerinde olduğunu belirtmiştir.¹²

Tüm bu eleştirilere rağmen maddenin beşinci fıkrasıyla, süreli yayınların suç teşkil eden içerikleri nedeniyle yayınlarının durdurulması hüküm altına alınmıştır. Buna göre, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçluları övme veya terör örgütünün propagandası niteliğinde olan içeriğe sahip süreli yayınların basım ve dağıtımını tedbir olarak durdurulabilecektir. Böylece 3713 sayılı Kanun'da özel bir koruma tedbirine yer verilmiştir. Bu fıkra yazılı suçun oluşabilmesi için;

- Yapılan yayının süreli yayın olması¹³
- Yapılan yayının terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilmesi
- Yayının suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içerecek mahiyette olması gerekmektedir.

Bu koruma tedbirine karar vermeye kural olarak hakim yetkilidir. Ancak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da söz konusu içeriğe sahip süreli yayınların basım ve dağıtımının durdurulmasını emredebilecektir. Ancak, Cumhuriyet savcısı, bu kararını en geç yirmi dört saat içinde Hakime bildirecek; hakim kırksekiz saat içinde onaylamazsa, durdurma kararı hükümsüz sayılacaktır.

SONUÇ

Çağımızın en önemli sorunlarından biri olan terörizmden ülkemiz de etkilenmektedir. Terör nedeni ile bu güne kadar binlerce masum yurttaşımız hayatını kaybetmiş, yüzlerce güvenlik görevlimiz şehit olmuştur. Ayrıca terör, her yıl milli gelirin önemli bir oranının istek dışı olarak zorunlu harcanmasına da sebebiyet vermektedir.

Terörizm gelişen ve değişen dünya koşulları ile birlikte, değişik-

¹² Cumhurbaşkanlığı'nın 03.08.2006 gün ve B.01.0.KKB.01-18/B-3-2006-572 sayılı dava dilekçesi.

¹³ 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde süreli yayının, "Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınları" olarak tanımlanmıştır.

lik göstermekte, teknolojiye bağlı olarak elde ettiği yeni imkân ve kabiliyetler ile etkisini ve gücünü her geçen gün artırmaktadır. Demokratikleşme alanında adımlar atılmasına ve terörizmin alt yapısı yok edilmeye çalışılmasına rağmen kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması, terör odaklarının basın yayın organlarını daha yaygın olarak kullanmaları, terör örgütlerinin ve kullandıkları eylem yöntemlerinin etkinliğini arttırmaktadır.

Bu denli önemli bir kavram olan terör; 4928 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile değişik 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde *"cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgütte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemler"* olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca Anayasa'nın 5. maddesine göre devlet; *"Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmakla"* görevlidir. Söz konusu hükme göre devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü ve devamlılığını her koşulda savunmak ve korumak bir zorunluluktur. Terör ile mücadelede, askeri, siyasi, ekonomik ve sosyal tedbirlerin yanında, hatta belki de yanında, özellikle medyaya çok önemli görevler düşmektedir. Çünkü terör ile mücadelenin kaçınılmaz ön koşulu, mücadelenin topyekûn yapılmasıdır. Meydana getirdiği psikolojik ortam ve kamuoyu nedeniyle basın yayın organlarının gücü ve rolü, kuşkusuz burada en büyük payı almaktadır. Zira terör örgütleri kamuoyuna seslerini duyurabilmek için propaganda peşindedirler. Örgütsel faaliyetlerini gündeme getirebilecek, kendilerinin ve düşüncelerinin canlı kalmasını sağlayacak yayınlara ihtiyaç duymaktadırlar.

Bu hususta basın yayın kuruluşlarına önemli görevler düşmekte; kamu güvenliği, kamu yararı ilkelerini her zaman gözetmeleri ve özellikle kamu düzeninin bozulmasına neden olan ve terör örgütlerinin yaşam kaynağı olan şiddeti, şiddet yöntemlerine başvurmayı özendirerek, halkı korkutup yıldırarak, infial yaratacak yayınlardan kaçınmaları gerekmektedir. Son yıllarda görsel, işitsel ve yazılı basın yayın organlarında önemli sayılabilecek yoğunlukta teröre ve terörizme isteyerek ya da istemeyerek büyük ölçüde destek verildiği gözlemlenmektedir. Bu nedenle basın yayın organlarının ve sahiplerinin üzerlerine aldıkları sorumluluğu yüksek bir bilinçle yerine getirmeleri ve toplumun gelişme ve yönlendirilmesinde olumlu katkı sağlamaları gerekmektedir.

Ülkemizde son dönemlerde meydana gelen, kamu düzeni ve güvenliğini sarsan, hür demokratik rejimi, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden ve yurt düzeyinde can ve mal güvenliğini, eğitim ve öğrenim özgürlüğünü tehlikeye sokan terör ve şiddet eylemleri karşısında, basın ve yayın organları tarafından gerçekleştirilen yayınların denetlenmesi, maddede belirtilen açıklama ve yayınlama yasağına aykırı bir şekilde gerçekleştirilen yayınlarla demokratik hukuk devleti kuralları içinde etkili bir şekilde mücadele edebilmek maksadıyla, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesi düzenlenmiştir. Ayrıca söz konusu hüküm, 29.06.2006 tarihinde kabul edilip 18.07.2006 gün ve 26232 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 5532 sayılı Kanun'la değiştirilerek belirtilen suçların ve yaptırımlarının etkinleştirilmesi sağlanmıştır.

KAYNAKLAR

Prof. Dr. Özgenç, İzzet, *Terörle Mücadele Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Anamuhalefet partisi Sosyal Demokrat Halkçı Parti'nin Anayasa Mahkemesi'ne söz konusu hükmün iptali için yaptığı iptal başvurusu gerekçesi, (*Resmî Gazete*, 27.01.1993, 21478 Mük. sayı).

Anayasa Mahkemesi'nin 31.03.1992 gün ve 1991/18 E. 1992/20 K. sayılı kararı (*RG*, 27 Ocak 1993/21478 Mük. s. 41).

Cumhurbaşkanlığı'nın 03.08.2006 gün ve B.01.0.KKB.01-18/ B-3-2006-572 sayılı dava dilekçesi.

ANAYASAL İLKELER VE ETİK KURALLARI ÇERÇEVESİNDE SAVCININ SORUŞTURMA VE DAVADAN REDDİ İLE ÇEKİNMESİ

Uğur YİĞİT*

I. GİRİŞ

Bazı ezberlerimiz vardır; söyler geçer, üzerinde fazla düşünmeyiz. Bunlardan birisi de hâkimin reddi ve çekinmesinin mümkün olduğu savcı için bunun asla düşünülemeyeceğidir. Ancak olayı somutlaştırdığımızda, önceki ezberlerimizi tekrar gözden geçirip, doğruluğunu sorgulamaya başlarız. Örneğin usul yasalarımıza göre adam öldürmekten yargılanan bir şüphelinin babası hâkim ise o davaya bakamaz, çekinmek zorundadır. Çünkü hâkim de bir insandır ve sahip olduğu duyguları devreye girebilir ve yürütmekte olduğu yargı hizmetinin tarafsızlığına zarar verebilir. Ancak aynı şüphelinin babası savcı ise, usul kanunları savcı babaya bu hakkı vermez. Bekli de usul yasaları ironik bir ifade ile savcıların duygusuz olarak gördüğünden onların soruşturmadan çekinmesine izin vermez. Aynı şekilde eğer bir şüpheli hâkimin evine girip onun maddi ve manevi değeri olan eşyaları çalmışsa, hâkim suçtan zarar gördüğü için, şüpheli hâkimi reddedebilir. Çünkü hâkimin de her insan gibi hakları ve menfaatleri vardır. Bunlara bir saldırı olduğu zaman işine duyguları karışabilir. Ancak savcı için çıkarları, duyguları, aile ilişkileri, düşünce ve inançları ile hukuk kurallarını uygulama arasında seçim yapmak zorunda kaldığından hakimler gibi bir risk taşımadıklarından(!!!) ret ve çekinmelerinden bahsedilemez.

Çarpıcı olması ve okuyucunun varsa önkoşullu düşüncelerini sorgulamaya yöneltme amacıyla verdiğimiz örnekte belirttiğimiz üzere usul yasalarında hâkimin reddi ve çekinmesine¹ ilişkin hükümlere ay-

* Dr., Hakim, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı.

¹ Bazı kanunlarda “çekilme” olarak geçmektedir.

rıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Ancak Cumhuriyet savcılarının soruşturmadan veya görülmekte olan davadan çekinmelerine ve iddia makamını temsilden reddine ilişkin hükümler düzenlenmemiştir. Hukuk dünyasında savcının reddi ve çekinmesi kurumu, savcının yargılamanın tarafı olup olmaması temel alınarak yürütülmektedir. Savcılarında reddi ve çekinmesi yönünde hükümler bulunması gerektiği düşüncesini ileri sürenlerin büyük çoğunluğu savcının kamuyu temsil ettiği dolayısıyla taraf olarak nitelendirilemeyeceğini, karşı görüş ise savcının devletin tarafı olması nedeniyle doğası gereği tarafsızlığından söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir.

Diğer bir ifade ile bu tartışmadaki görüşler savcılarının yargı organı içerisindeki görev ve konumlarına göre ceza muhakemesi ilkeleri çerçevesinde oluşmaktadır. Ağırlıklı görüş ise; savcının, sanık gibi ceza yargılamasının tarafı olduğu, bu nedenle tarafsızlığından bahisle savcının reddedilemeyeceği şeklindedir.

Bu makalenin konusu ise; ret ve çekinme kurumunun varlık nedeni olan anayasal ilkeler ve etik kurallarından hareketle savcının reddi ve çekinmesini sorgulamaktır.

II. TARAFSIZLIĞA İLİŞKİN ANAYASAL İLKELER VE ETİK KURALLARI

Tarafsızlık sadece tarafsız olması gereken kişinin vicdanına bırakılmamış, anayasa düzeyinde kural haline getirilmiş ve bu konuda ulusal ve uluslararası düzeyde etik kodlar oluşturulmuştur.

A. Anayasal İlkeler

Anayasa tarafsızlığa büyük önem vermiş ve “Genel Esaslar” başlıklı birinci kısımda “Kanun Önünde Eşitlik” madde başlığı altında düzenlemiştir.

“X. Kanun Önünde Eşitlik

Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

Eşitliğin sağlanabilmesi demek devlet organlarının ve kamu görevlilerinin tarafsız hareket etmesi demektir. Tarafsızlığın olmadığı yerde eşitlik de olmayacağından eşitlik tarafsızlığın bir sonucudur demek de mümkündür.

Bu ilke yanında Anayasa'da doğrudan "*tarafsızlık*" ibaresinin kullanıldığı hükümler de mevcuttur. Anayasa'nın;

- Cumhurbaşkanına ilişkin hükümlerin düzenlendiği 101'nci madde başlığında,

- Cumhurbaşkanının yemine ilişkin 103'üncü madde metninde ve

- Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, radyo ve televizyon kuruluşları ve kamuyla ilişkili haber ajansları başlıklı madde metninde "*yayınlara ilişkin tarafsızlığı*" şeklinde ibareye yer verilmiştir.

Yargıya ilişkin bölümde bağımsızlık vurgulanmasına rağmen, tarafsızlığa ilişkin bir hüküm ya da ibare yoktur. Tarafsızlığa ilişkin hüküm olmaması bir eksiklik değildir. Anayasa'nın "*Genel Esaslar*" kısmında düzenlenen "*Kanun önünde eşitlik*" maddesi yargı için de geçerlidir. Nitekim bu durum Anayasa'nın "*Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü*" başlıklı 11. maddesinde² Anayasa hükümlerinin yargı organlarını bağlayan temel hukuk kuralları olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Çeşitli kanunlarda kamu görevlilerinin tarafsızlığı için getirilen hükümlerle hâkimler için getirilen ret ve çekinme müessesinin kaynağı ve dayanağı anayasanın kanun önünde eşitlik maddesidir.

² XI. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü

Madde 11 - Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

B. Etik Kuralları

Tarafsızlığa ilişkin hükümler sadece Anayasa ve kanunlarda yer almamaktadır. Bunlar yanında ulusal ve uluslararası alanda oluşturulan çeşitli etik kodlarda tarafsızlığa yer verilmiştir.

Yürütülen hizmetin niteliğine göre tarafsızlığın ağır bastığı, olmazsa olmaz denilebilecek hizmetlerde ve bu hizmetleri sunanlar için tarafsızlık bir etik kural haline getirilmiştir. Aşağıda bunlardan kamu ve yargı görevlileri için bilinen örnekler yer verilecektir. Bunların dışında etik kurallar olabileceği gibi bundan sonrada etik kurallar konulabilecektir. Burada vurgulanması gereken hangi tür kamu görevlilerinin yürüttüğü hizmetlerinin tarafsızlığı elzem kılmasıdır.

1. Kamu Görevlileri İçin Etik Kuralları

Başbakanlık Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından hazırlanan *"Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"*³ tarafsızlığa ilişkin hükümlere yer vermiştir.

Yönetmeliğin; *"Dürüstlük ve Tarafsızlık"* başlıklı 9.,⁴ *"Saygınlık*

³ RG, 13.04.2005-25785

⁴ **Dürüstlük ve Tarafsızlık**

Madde 9 - Kamu görevlileri; tüm eylem ve işlemlerinde yasallık, adalet, eşitlik ve dürüstlük ilkeleri doğrultusunda hareket ederler, görevlerini yerine getirirken ve hizmetlerden yararlandırmada dil, din, felsefi inanç, siyasi düşünce, ırk, cinsiyet ve benzeri sebeplerle ayırım yapamazlar, insan hak ve özgürlüklerine aykırı veya kısıtlayıcı muamelede ve fırsat eşitliğini engelleyici davranış ve uygulamalarda bulunamazlar.

Kamu görevlileri, takdir yetkilerini, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda, her türlü keyfilikten uzak, tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine uygun olarak kullanırlar.

Kamu görevlileri, gerçek veya tüzel kişilere öncelikli, ayrıcalıklı, taraflı ve eşitlik ilkesine aykırı muamele ve uygulama yapamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef alan bir davranışta bulunamazlar, kamu makamlarının mevzuata uygun politikalarını, kararlarını ve eylemlerini engelleyemezler.

⁵ **Saygınlık ve güven**

Madde 10 - Kamu görevlileri, kamu yönetimine güveni sağlayacak şekilde davranırlar ve görevin gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını davranışlarıyla gösterirler. Halkın kamu hizmetine güven duygusunu zedeleyen, şüphe yaratan ve adalet ilkesine zarar veren davranışlarda bulunmaktan kaçınırlar.

Kamu görevlileri, halka hizmetin kişisel veya özel her türlü menfaatin üzerinde bir görev olduğu bilinciyle hizmet gereklerine uygun hareket eder, hizmetten

ve Güven" başlıklı 10.,⁵ "Çıkar çatışmasından Kaçınma" başlıklı 13.,⁶ "Görev ve Yetkilerin Menfaat Sağlamak Amacıyla Kullanılmaması" başlıklı 14.⁷ ve "Hediye Alma ve Menfaat Sağlama Yasağı" başlıklı 15. maddesinde⁸ ta-

yararlananlara kötü davranamaz, işi savsaklayamaz, çifte standart uygulayamaz ve taraf tutamazlar.

Yönetici veya denetleyici konumunda bulunan kamu görevlileri, keyfi davranışlarda, baskı, hakaret ve tehdit edici uygulamalarda bulunamaz, açık ve kesin kanıtlara dayanmayan rapor düzenleyemez, mevzuata aykırı olarak kendileri için hizmet, imkan veya benzeri çıkarlar talep edemez ve talep olmasa dahi sunuları kabul edemezler.

6 Çıkar Çatışmasından Kaçınma

Madde 13 - Çıkar çatışması; kamu görevlilerinin görevlerini tarafsız ve objektif şekilde icra etmelerini etkileyen ya da etkiliyormuş gibi gözükten ve kendilerine, yakınlarına, arkadaşlarına ya da ilişkide bulunduğu kişi ya da kuruluşlara sağlanan her türlü menfaati ve onlarla ilgili mali ya da diğer yükümlülükleri ve benzeri şahsi çıkarlara sahip olmaları halini ifade eder.

Kamu görevlileri, çıkar çatışmasında şahsi sorumluluğa sahiptir ve çıkar çatışmasının doğabileceği durumu genellikle şahsen bilen kişiler oldukları için, herhangi bir potansiyel ya da gerçek çıkar çatışması konusunda dikkatli davranır, çıkar çatışmasından kaçınmak için gerekli adımları atar, çıkar çatışmasının farkına varır varmaz durumu üstlerine bildirir ve çıkar çatışması kapsamına giren menfaatlardan kendilerini uzak tutarlar.

7 Görev ve Yetkilerin Menfaat Sağlamak Amacıyla Kullanılmaması

Madde 14 - Kamu görevlileri; görev, unvan ve yetkilerini kullanarak kendileri, yakınları veya üçüncü kişiler lehine menfaat sağlayamaz ve aracılıkta bulunamazlar, akraba, eş, dost ve hemşehri kayırmacılığı, siyasal kayırmacılık veya herhangi bir nedenle ayrımcılık veya kayırmacılık yapamazlar.

Kamu görevlileri, görev, unvan ve yetkilerini kullanarak kendilerinin veya başkalarının kitap, dergi, kaset, cd ve benzeri ürünlerinin satışını ve dağıtımını yaptırılmaz; herhangi bir kurum, vakıf, dernek veya spor kulübüne yardım, bağış ve benzeri nitelikte menfaat sağlayamazlar.

Kamu görevlileri, görevlerinin ifası sırasında ya da bu görevlerin sonucu olarak elde ettikleri resmi veya gizli nitelikteki bilgileri, kendilerine, yakınlarına veya üçüncü kişilere doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik, siyasal veya sosyal nitelikte bir menfaat elde etmek için kullanamazlar, görevdeyken ve görevden ayrıldıktan sonra yetkili makamlar dışında hiçbir kurum, kuruluş veya kişiye açıklamazlar.

Kamu görevlileri, seçim kampanyalarında görev yaptığı kurumun kaynaklarını doğrudan veya dolaylı olarak kullanamaz ve kullandıramazlar.

8 Hediye Alma ve Menfaat Sağlama Yasağı

Madde 15 - Kamu görevlisinin tarafsızlığını, performansını, kararını veya görevini yapmasını etkileyen veya etkileme ihtimali bulunan, ekonomik değeri olan ya da olmayan, doğrudan ya da dolaylı olarak kabul edilen her türlü eşya ve menfaat hediye kapsamındadır.

Kamu görevlilerinin hediye almaması, kamu görevlisine hediye verilmemesi ve görev sebebiyle çıkar sağlanmaması temel ilkedir.

Kamu görevlileri, yürüttükleri görevle ilgili bir iş, hizmet veya menfaat ilişki-

rafsızlığa ve bunu sağlayıcı hükümlere yer verilmiştir.

2. Hâkimler İçin Etik Kuralları

Hâkimlere yönelik olarak uluslararası alanda hazırlanan etik ilkeler Bangolare Yargı Etiği İlkeleri'dir. Bangalore Yargı Etiği İlkeleri Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiştir.

Avrupa Konseyi'nin Avrupa Hâkimleri Danışma Komitesi de bu ilkeleri, 13 Kasım 2000 tarihli oturumunda Bakanlar Komitesi'ne bu konuda tavsiye kararı vazetmek üzere önermiştir.

Ülkemizde de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararıyla (tanımlar kısmı çıkartılarak) bu ilkelerin benimsenmesine karar vermiştir.

Bangolare İlkeleri'nde *"tarafsızlık"* 2 numaralı değer olarak kabul edilmiştir. Bu değer yerine getirilmesinde ilke olarak da *"tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizâtihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir."* denilmektedir.

Tarafsızlığa ilişkin hükümler *"Doğruluk ve Tutarlılık", "Dürüstlük" ve "Eşitlik"* başlıklı değerlere ilişkin uygulama maddelerinde de yer almaktadır.

3. Savcılar İçin Etik Kuralları

Savcılar için, Avrupa Konseyi Macaristan Savcılığı İşbirliği ile Avrupa Konseyi tarafından 29-30 Mayıs 2005 Budapeşte'de düzenlenen Avrupa Savcıları Konferansı 6. Oturumunda *Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları "Budapeşte İlkeleri"* 31 Mayıs 2005'de Avrupa Savcıları Konferansı'nda kabul edilmiştir.

si olan gerçek veya tüzel kişilerden kendileri, yakınları veya üçüncü kişi veya kuruluşlar için doğrudan doğruya veya aracı eliyle herhangi bir hediye alamazlar ve menfaat sağlayamazlar.

Kamu görevlileri, kamu kaynaklarını kullanarak hediye veremez, resmi gün, tören ve bayramlar dışında, hiçbir gerçek veya tüzel kişiye çelenk veya çiçek gönderemezler; görev ve hizmetle ilgisi olmayan kutlama, duyuru ve anma ilanları veremezler.

Ülkemizde de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 10.10.2006 gün ve 424 sayılı kararıyla bu ilkelerin benimsenmesine karar vermiştir.

Budapeşte İlkelerinin;

- **Temel Görevler** başlıklı birinci maddesinde savcılar her zaman ve her koşulda; görevlerini tarafsız olarak icra edecekleri,

- **Genel Olarak Meslekî Hareket Tarzları** başlıklı ikinci maddesinde savcılar görevlerini her zaman;

- Tarafsız ve tutarlı olmaya ve öyle anlaşılmaya çabalarlar,
- Adil bir biçimde, iltimas ve önyargı olmaksızın gerçekleştirirler,
- Bireysel veya belli bir kesimin çıkarlarının, kamu ve medya baskısının etkisinde kalmazlar,

• Tüm kişilerin adalet önünde eşitlik hakkına saygı duyarlar, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer düşünceler, cinsiyet tercihleri, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlık, mülkiyet, doğum, sağlık, özürlülük veya herhangi bir diğer statü ile ilişki temelinde herhangi bir kişiye karşı ayrımcılıktan sakınırlar,

• Kişisel veya mali çıkarlarının veya savcının ailevi, sosyal ya da diğer ilişkilerinin, tutumunu uygunsuz bir biçimde etkilemesine izin vermezler. Özellikle, kendilerinin, ailelerinin veya iş ortaklarının kişisel, özel ve mali çıkarları ile ilgili olan davalarda görev yapmaktan kaçınırlar.

- **Ceza Yargılaması Çerçevesinde Meslekî Davranış** başlıklı üçüncü maddesinde savcılar her zaman;

- Görevlerini adil, tarafsız, objektif olarak ve hukuk kuralları çerçevesinde bağımsız olarak icra etmek,
- Adil bir karar için mahkemeye yardım etmek,
- Tarafsız ve uygun kanıtların meslekî değerlendirmesi temelinde kararlar almak zorundadırlar.

- **Özel Davranış**

• Savcılar, özel yaşamlarındaki faaliyetlerle gerçek ve makul olarak algılanan savcılık hizmetinin dürüstlüğünü, adillliğini ve tarafsızlığını tehlikeye atmamalıdır,

- Savcılar, mesleklerine yönelik kamu güvenini muhafaza edecek ve geliştirecek şekilde hareket etmelidirler,

- Savcılar, üçüncü kişilerden, teşvik ve konukseverlik, herhangi bir hediye, ödül, menfaat kabul etmemeli, dürüstlük, adillik ve tarafsızlığını tehlikeye sokabilecek herhangi bir görevi yürütmemelidirler, şeklinde hükümlere yer verilerek tarafsızlık sağlanmaya çalışılmıştır.

HSYK'nın da benimsediği Budapeşte'de kabul edilen ilkelerden anlaşıldığı üzere tarafsızlık sadece hâkimler için geçerli bir etik ilke değildir. Savcılar tarafından yürütülen adalet hizmetinin niteliği göz önüne alındığında tarafsızlığın önemi daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır. Ancak usul kanunlarımıza bakıldığında etik ilkelerle belirlenen tarafsızlığı gerçekleştirmeye yönelik ret ve çekinmenin, savcılar yönünden geçerli olmadığı görülmektedir.

III. TARAFSIZLIK ÖLÇÜTLERİ

Tarafsızlık ilkesinin hayata geçirilmesini sağlayan ret ve çekinme kurumları için değişik kanunlarda birbirine benzer ölçütler getirilmiştir. Bunları çeşitli şekilde sınıflandırmak mümkündür. Ancak incelememizin ana amacı tarafsızlığın sağlanması olduğundan bu tür tasniflere girmeyeceğiz. Kanunda sayılan ve aşağıda belirtilen nedenler, sıkça rastlanan ve ilk anda akla gelen nedenlerdir. Bu durumdan çıkan sonuç, tarafsızlığa gölge düşürecek hususların sayma yoluyla tüketilmeyeceğidir. En son maddede görüleceği üzere tarafsızlığını şüpheye düşürecek her sebep, ret ve çekinme sebebi olabilecektir.

Yasalarda ret ve çekinme olarak düzenlenen sebeplerin belli başlıcaları şunlardır:

- Karar verecek veya işlem yapacak kişinin kendisine ait veya kendisini ilgilendirmesi, (zarar görmüş olması veya menfaati bulunması gibi)

- Karar veya işlemin konusunu oluşturan olayın sahibi veya tarafı ile ilgili ilişkinin bulunması,

Evlilik (sona ermiş olsa da) ve nişanlılık ilişkisi, üstsoy veya altsoyundan biri ise, kan veya kayın hısımlığı, vesayet ilişkisi, kayyımlık ilişkisi, evlâtlık ilişkisi, hizmet ilişkisi (yanında çalışan kâtip, hizmetli vb) düşmanlık ilişkisi varsa

- Karar, işlem veya davada daha önce farklı sıfatlarla görev almış olması

Cumhuriyet savcılığı, adlî kolluk görevi, avukatlık, kanuni temsilcilik, hakemlik, tanıklık, bilirkişilik, hâkimlik, raportörlük,

- Karar verecek veya işlem yapacağı kişinin bağlı olduğu kurumla ihale, alım, satım ve benzeri hukuki ilişkilere taraf olması,

- İhsası reyde bulunulması,

- Tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerin bulunması.

IV. TARAFSIZLIĞA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Anayasa'nın devlete yüklediği en önemli görev kamu hizmetlerini sunarken tarafsız olmasıdır. Yasama organı yasama faaliyetlerini yerine getirirken; yürütme organı sağlık, eğitim, güvenlik vb. kamu hizmetini sunarken; yargı organı ise adalet hizmetini yerine getirirken tarafsızlık ilkesine uygun hareket etmek zorundadır.

Tarafsızlık sadece kamu görevlileri için geçerli bir ilke değildir. Kamu görevlisi olmasa bile kamu hizmeti ifa eden kişilerin de uyması gereken bir ilkedir. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları görevlileri, (Noterler, oda, borsa ve birlik üyeleri vb.) kamu hizmeti yürüten kişiler ve kamu düzeninin gerektirdiği iş ve işlemlerde bulunan kişilerin de (tanık, tercüman, bilirkişi, kooperatif ortakları vb.) tarafsız olması gerekir.

A. Kamu Görevlilerine İlişkin Tarafsızlık Kuralları

Yukarıda belirttiğimiz üzere tarafsızlık yalnızca hâkimlere özgü değildir. Bazı kamu hizmetlerinin sunumunda tarafsızlık özel bir önem taşır. İşte bu durumu dikkate alan yasa koyucu belirli kamu hizmetlerinin sunumunda görev alan kişilerle ilgili tarafsızlığı sağlamaya yönelik özel hükümlere yer vermiştir.

Mevzuatın taraması sonucu, tarafsızlığa ilişkin hükümler bulunan kamu görevlileri anayasal düzenlemeye uygun şekilde sıralanmıştır.

1. Merkezi İdare

a. Devlet İhale Kanunu uyarınca ihaleyi yapan idarenin; ita amirleri ile ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve denetlemekle görevli olanların eşleri ve ikinci dereceye kadar (ikinci derece dâhil) kan ve sıhrî hısımları, ortakları doğrudan veya dolaylı olarak ihalelere katılamazlar (2886 s. Devlet İhale Kanunu m. 6) .

b. Satış komisyonu reis ve azasıyla, bilirkişiler: kendilerine nişanlılarına ve boşanmış olsalar bile eşlerine; kan veya sıhrî usul ve furuuna, evlatlığına veya kendisini evlat edinene yahut kan hısımlığında üçüncü (bu derece dâhil), sıhrî hısımlıkta bu hısımlığı meydana getiren evlenme ortadan kalkmış olsa bile üçüncü (bu derece dâhil) dereceye kadar olan civar hısımlarına; kanuni temsilcisi veya vekili buldukları kimselere; ait işlerin takdir muamelelerine ve bu işler hakkında verilecek kararlara iştirak edemezler (6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, m. 109).

c. Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar; vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler; vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler; kendilerine, nişanlılarına ve boşanmış olsalar bile eşlerine; kan veya sıhrî usul ve furuuna, evlatlığına veya kendisini evlat edinene yahut kan hısımlığında üçüncü (bu derece dâhil), sıhrî hısımlıkta, bu hısımlığı meydana getiren evlenme ortadan kalkmış olsa bile, üçüncü (bu derece dahil) dereceye kadar olan civar hısımlarına; kanuni temsilcisi veya vekili buldukları kimselere; ait vergi inceleme ve takdir işleriyle uğraşamazlar (213 sayılı Vergi Usul Kanunu, m. 6).

2. Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar

a. Kamu İhale Kurulu üyeleri, kendilerini ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıklarını ilgilendiren kararlarla ilgili toplantı ve oylamaya katılamaz, (4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, m. 53/g)

b. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu başkan ve üyeleri, kendisi, eşi, evlatlıkları ve üçüncü derece dahil kan ve ikinci derece dahil kayın hısımlarıyla ilgili konularda müzakere ve oylamaya katılamazlar (5411 sayılı Bankacılık Kanunu, m. 87/6).

c. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu başkan ve üyeleri kendisi, eşi, evlatlığı ve üçüncü derece dâhil kan ve ikinci derece dâhil kayın hısımlarıyla ilgili konularda müzakere ve oylamaya katılamazlar (5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 116 /6).

d. Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu üyeleri, kendileri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhri hısımlarıyla ilgili olaylarda müzakere ve oylamaya katılamaz (4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, m. 8/1-a).

e. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu üyeleri; radyo ve televizyon hizmetleri alanında Üst Kurulun görev ve yetki alanına giren konularda herhangi bir yüklenme işine giremez, özel radyo ve televizyon şirketlerinde ve bu şirketlerin doğrudan veya dolaylı ortaklık bağı bulunan şirketlerde ortak veya yönetici olamazlar, üyelikleri süresince resmî veya özel başkaca hiçbir görev alamaz, özel veya kamu yayın kuruluşlarının görev ve yetki alanına giren konularda doğrudan veya dolaylı olarak taraf olamaz ve bu konularda hiçbir menfaat sağlayamaz, siyasî partiye üye olamazlar, kendileri veya üçüncü derece dahil üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımlarıyla ilgili konularda müzakere ve oylamaya katılamaz. Yukarıdaki esaslara aykırı davranışlar görevlerinden çekilmiş sayılır (3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, m. 9).

f. Rekabet Kurulu üyeleri kendileri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar sıhri hısımlarıyla ilgili olaylarda müzakere ve oylamaya katılamaz (4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, m. 28/3).

g. Sermaye Piyasası Kurulu Başkan ve üyeleri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 245 nci maddesinin 3 üncü bendinde yazılı derecelerde karabeti bulunan kimselerle ilgili konulardaki müzakerelelere iştirak edemez ve oylamaya katılamazlar (2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, m. 23/2).

3. Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları

a. Türk Tabipleri Birliği ve odaları haysiyet divanı azalarından: İncelenen mesele ile alakası bulunanlar; hakkında inceleme yapılan kimisenin usul veya fûruundan olanlar; ana baba bir veya baba bir yahut ana bir kardeşler, amca, dayı, hala ve teyzeler; evlilik zail olmuş olsa

bile karı ile koca ve bunların; usul ve fûruu, evlatlık ile evlat edinenler, heyete katılamazlar (6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu, m. 37).

b. Türk Veteriner Hekimleri Birliği ve odaları haysiyet divanı azaları: Tetkik edilen mesele ile alakası bulunduğu; Hakkında tetkikat yapılan kimsenin usul ve firuundan olduğu, (Baba oğul, ana baba bir veya baba yahut ana bir kardeş, amca, teyze, dayı, hala, karı koca veya evlilik zail olsa dahi karı ile koca ve bunların usul ve firuu gibi.); Evlatlık ile evlatlık edinme gibi hallerde divan toplantısına iştirak edemezler (6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun, m. 40).

c. Türkiye Eczacılar Birliği ve odaları haysiyet divanı reis ve azalarından: İncelenilen mesele ile alakası bulunan; Hakkında inceleme yapılan kimsenin usul veya fûruu, üçüncü dereceye kadar olan civar hısımları (bu derece dahil) kardeş, amca, dayı, hala, teyze ve yeğenler; Evlilik rabitası mürtefi olsa dahi karı ve koca ile bunların usul ve fûru; Evlatlık ile evlat edinenler, heyete katılamazlar (6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu).

d. Oda, borsa ve birlik üyeleri, organ seçimleri hariç olmak üzere, kendilerini, eşlerini ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci derece dahil ikinci dereceye kadar sıhrî hısımları ile evlatlıklarını ilgilendiren işlere ilişkin toplantılara katılamaz ve oy kullanamaz. Bu durumda toplantı ve karar yeter sayılarının sağlanamaması halinde, yedek üyeler çağrılır (5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, m. 96/5).

4. Mahalli idareler

a. İl genel meclisi başkanı ve üyeleri, münhasıran kendileriyle veya ikinci derece dahil kan, kayın hısımları ve evlatlıkları ile ilgili işlerin görüşüldüğü meclis toplantılarına katılamazlar (5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu m. 19).

b. Belediye başkanı ve meclis üyeleri, belediye encümeni başkan ve üyeleri, münhasıran kendileri, ikinci derece dâhil kan ve kayın hısımları ve evlatlıkları ile ilgili işlerin görüşüldüğü meclis toplantılarına katılamazlar (5393 sayılı Belediye Kanunu, m. 27).

c. Belediye encümeni başkan ve üyeleri, münhasıran kendileri, ikinci derece dâhil kan ve kayın hısımları ve evlatlıkları ile ilgili işlerin görüşüldüğü encümen toplantılarına katılamazlar (5393 sayılı Belediye Kanunu, m. 27).

B. Kamu Hizmetlerine İlişkin Tarafsızlık Kuralları

Bir takım kamu hizmetlerinin sunumunda kamu görevlileri dışında kişilerin görev alması tarafsızlığı sağlama yönünde bir engel değildir. Yasa koyucu burada kamu hizmeti niteliğini temel alarak bu hizmetlerinin ifasında görev alan kişilerle ilgili düzenlemeler yapmıştır. Kanunda belirtilen hallerde bulunan söz konusu kişilerin belirli iş ve işlemleri yapmalarını yasaklanmıştır.

a. Noterler, Kendisi bizzat ilgili ise veya bir ilgili onun vekili olarak hareket ediyorsa; Aralarında evlilik birliği kalmamış olsa bile ilgililerden birinin karı veya kocası ise; İlgililerden biri ile aralarında sıhri dahi olsa usul veya fûru veya kan hısımlığında üçüncü, sıhri hısımlıkta ikinci derecede (Bu dereceler dahil) civar hısımlığı veyahut evlat edinme ilişkisi varsa; İlgililerden biri noterin katip veya hizmetlisi ise; İlgililerden biri aralarında iki, üç ve dördüncü numaralarda yazılı ilişki bulunan bir şahsın vekili olarak hareket ediyorsa; Noterlik işlemi, kendi yararına veya aralarında iki, üç ve dördüncü numaralarda yazılı ilişkiler bulunan bir kimse yararına bir tasarrufu kapsıyorsa noterlik işlemine katılamazlar (1512 sayılı Noterlik Kanunu. M. 76).

b. Kamulaştırmayı yapan idarede görevli olanlar, kamulaştırılan taşınmaz malın sahipleri ve bunların usul ve fûruu, karı-koca, üçüncü derece dahil, kan ve sıhri hısımları ve mal sahipleri ile menfaat ortaklığı olanlar bilirkişi seçilemezler (2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, m. 15/6).

c. İzleme kurullarına seçilemeyecek olanlar: ceza infaz kurumları ve tutukevleri ile ilgili ihale, alım, satım ve benzeri hukukî ilişkilere taraf olanlar, görev yapacakları ceza infaz kurumları veya tutukevlerinde bulunan; hükümlü ve tutuklulardan birisinin işlediği suçtan kendileri veya ikinci derece dahil hısımları zarar görenler, hükümlü ve tutuklulardan biri ile aralarında evlilik, vesayet veya ikinci derece dahil hısımlık ilişkisi bulunanlar (4681 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu, m. 4).

d. Yeminli mali müşavirler, eşi (boşanmış dahi olsa) usul ve furuundan biri ve 3 üncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımlarının veya bunların ortak oldukları firmaların işlerine bakamazlar, yukarıda sayılan yakınlıktaki akrabaları olan (...) serbest muhasebeci mali müşavirlerin baktığı işleri tasdik edemezler (3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu).

e. Tanık, tercüman ve bilirkişiler maddede belirtilen hallerde noterlik işlemine katılamazlar (1512 sayılı Noterlik Kanunu, m. 76).

C. Kamu Düzenine İlişkin Tarafsızlık Kuralları

Kamu düzenine ilişkin alanlarda, tarafsızlığı sağlamaya yönelik olarak aşağıda verilen örneklerde görüleceği üzere kanunda sayılan nitelikteki kişilerin belirli iş ve işlemleri yapmaları yasaklanmıştır.

a. Miras bırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri, resmî vasiyetnamenin düzenlenmesine memur veya tanık olarak katılamazlar (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, m. 536).

b. Kooperatif işlemlerinin görülmesine katılmış olanlar Yönetim Kurulunun ibrasına ait kararlarda oylamaya katılamazlar (5174 sayılı Kooperatifler Kanunu, m. 50)

c. Anonim şirketlerin idare meclisi azalarının usul ve furuundan biriyle eşi ve üçüncü dereceye kadar (Bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları murakıplığa seçilemezler (6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, m. 349)

D. Yargı Mensupları İçin Tarafsızlık Kuralları

Tarih boyunca yargılama ve tarafsızlık bir arada anılmıştır. Bu nedenle tarafsızlık ilkesi yargı açısından özel bir önem taşımaktadır. Yargı mensupları için tarafsızlık; sadece yargılama sırasında değil seçim işlerinde ve idari görevleri sırasında da vazgeçilmez bir ilkedir. Bu nedenle değişik konulardaki yargı mensuplarının tarafsızlığını sağlamaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

1. Anayasa Mahkemesi Başkan ve Üyeleri

Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin bakamayacağı dava ve işler 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 46. maddesinde⁹ düzenlenmiştir.

2. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkan ve Üyeleri ile Yedek Üyeleri

2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 14. maddesinde¹⁰ HSYK Başkan ve üyeleri ile yedek üyelerinin işe bakamayacağı haller düzenlenmiştir.

3. Yüksek Seçim Kurulu Başkanı ve Üyeleri

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 17/son maddesinde Yüksek Seçim Kurulu Başkanı ve üyeleri, eşleri ve ikinci dereceye ka-

⁹ Dava ve işlere bakmanın caiz olmadığı haller

Madde 46 - Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri:

1. Kendilerine ait olan veya kendilerini ilgilendiren dava ve işlere;

2. Aralarında evlilik bağı kalkmış olsa bile eşinin, kan veya sıhriyet yönünden usul ve furuunun, dördüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan yönünden ve sıhriyeti doğuran evlilik kalkmış olsa bile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) sıhriyet yönünden civar hısımlarının veya aralarında evlatlık bağı bulunan kimsele-
rinin dava ve işlerine;

3. Dava ve iş sahiplerinin vekili, vasisi veya kayyımı sıfatıyla hareket ettiği dava ve işlere;

4. Hakim, savcı, hakem sıfatıyla bakmış veya tanık ya da bilirkişi olarak beyanda bulunmuş olduğu dava ve işlere;

5. İstisari mütalaa ve kanaat beyan etmiş olduğu dava ve işlere;
Bakamazlar.

¹⁰ İşe bakamama:

Madde 14 - Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkan ve Üyeleri ile yedek üyeleri :

1. İş kendisi ile ilgili ise,

2. İlgilinin, evlilik bağı kalmasa bile karı veya kocası, nesepten veya sebepten usul veya furuu veya onunla evlat edinme bağı veyahut ilgili ile aralarında ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) sebepten veya evlilik sona erse dahi ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) sebepten civar hısımlığı olursa,

3. Aynı işte tanık olarak dinlenmiş, bilirkişilik, hakimlik veya savcılık yapmış ya da daha önce işin soruşturulması ile görevlendirilmiş ise,

4. İlgili ile aralarında bakılan işe esas olan olaydan önce açılmış bir dava varsa, Kurula katılamazlar ve herhangi bir şekilde işe bakamazlar.

dar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları hakkındaki işlemlerde kurul toplantılarına katılamazlar.

4. Hakim ve Savcılar

a. 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda hakim ve savcılar arasında bir ayırım yapmaksızın bunların tarafsızlığını sağlamaya yönelik kurallar öngörülmüştür.

2802 sayılı Kanun'un 46. maddesi uyarınca; *"Buldukları yerde kendi kusurları olmaksızın; herhangi bir nedenle hakimlik ve savcılık mesleğinin gerekli kıldığı şeref veya tarafsızlıkla görev yapamayacakları... soruşturma veya belgelerle anlaşılanlar, isteklerine bakılmaksızın buldukları bölge içinde başka bir yere atanırlar"*.

Aynı Kanun'un 68/b maddesi uyarınca *"Yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandıran hakim ve savcılara yer değiştirme cezası"* verilir.

Diğer bir hüküm ise müfettişlerce verilecek hal kâğıtları ile ilgidir. Adalet müfettişleri, hakim ve savcılar hakkında Adalet Bakanlığı Tefiş Kurulu Yönetmeliği'ne Ek-5, 6, 7, 8 ve 9'daki hâl kâğıdını doldururlar. Hâl kâğıdının *Kişisel ve Sosyal Özellikleri* bölümünün 4'nolu bölümü hakim ve savcılarının *dürüstlük ve tarafsızlığı ile mesleğin vakar ve hay-siyetini korumasına* ilişkindir.

Dürüstlük ve tarafsızlık yönünden doldurulan hal kâğıtları ilgilinin gizli sicil dosyasına konulmak üzere Teftiş Kurulu Başkanlığı'na gönderilir. Daha sonra 2802 sayılı Kanun'un 21/c maddesi uyarınca derece yükselmesinde, birinci sınıfa ayrılma incelemesinde, birinci sınıf hâkim ve savcılarının çalışmalarının değerlendirilmesinde ve atamalar öncelikle dikkate alınır.

Hâkim, bir şekilde ilişkisi olduğu bir davada tarafsız kalamayacağını hissettiğinde davadan çekilebilecek, duyguları, inançları ve düşünceleri ile hukuk kuralları arasında seçim yapmak gibi ağır bir yükün altına girmeyecektir. Buna karşın savcı tarafsız kalamayacağını hissettiği bir soruşturma ve kovuşturmada istese de çekinemeyecek, hâkimin üstlenmediği bir riski üstlenecek dolayısıyla hakkında ciddi disiplin cezasını gerektirebilecek bir durumla karşı karşıya kalacak,

bu durumun hal kâğıdına yansımaları durumunda yükselme ve ataması konusunda sıkıntılar yaşayacaktır. Diğer bir ifade ile insani, ahlaki ve mesleki açıdan hâkimden farklı olarak savcı, ciddi bir riske katlanmak zorundadır.

b. 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu

2939 sayılı Kanunu'nun 17/3 maddesinde; il ve ilçe seçim kurullarında görevlendirilen hâkimler görevli buldukları seçim çevrelerinde, eşleri ve ikinci dereceye kadar (bu derece dâhil) kan ve sıhrî hısımları adaylıklarını koydukları veya aday gösterildikleri takdirde, bu hâkimler seçim kurullarındaki görevlerinden çekilmek ve durumu derhal yetkili merciine bildirmek zorundadırlar.

c. 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu

213 sayılı Kanun'un 6/son maddesinde; vergi muameleleri ve incelemeleri ile vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'da görevli olanlar, mükelleflerin vergi kanunlarının uygulanması ile ilgili hesap, yazı ve sair özel işlerini ücretsiz de olsa yapamayacakları ilişkin kurallara yer verilmiştir.

d. 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu

2004 sayılı Kanun'un 11'inci maddesi uyarınca tetkik vazifesini gören hakimler dairelerince takip edilmekte olan bir alacak veya satılmakta bulunan bir şey hakkında kiminle olursa olsun kendileri veya başkaları hesaplarına bir akit yapamazlar.

IV. RET VE ÇEKİNME

Tarafsızlık ilkesini gerçekleştirilmeye yarayan araç ret ve çekinme kurumudur. Yargı mensupları dışındaki, kamu görevlileri ile kamu hizmetini yürüten kişiler için de ret ve çekinme kurumu getirilmiştir.

Konuya yargı açısından baktığımızda, her ne kadar usul hukukunda ret ve çekinme sadece hakim ve zabıt katibi için öngörülmüş gibi görünse de, istisnaları bulunmaktadır. Örneğin ilgili usul kanu-

nunda askeri savcıların çekinmesi düzenlenmiştir. Yine yargılama dışında idari nitelikte işlemler yapan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanı, üyeleri ve yedek üyeleri için ilgili kanunda ret ve çekinme sebepleri düzenlenmiştir.

A. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanı, Üyeleri ve Yedek Üyelerinin Ret ve Çekinme Sebepleri

2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 15'inci maddesinde¹¹ HSYK başkan ve üyeleri ile yedek üyeleri ile icra ve iflas işlerine bakan memur ve müstahdemler için de çekilme ve reddi düzenlenmiştir.

B. Hakimlerin Red ve Çekinme Sebepleri

Hakimlerin davadan reddi ve çekinmelerine ilişkin yasal düzenlemeler usul kanunların ile mahkemelerin işleyişine ilişkin kanunlarda düzenlenmiştir. Hukukumuzda ret ve çekinme sebeplerinin düzenlendiği kanunlar şunlardır.

- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, (madde 22)¹²

¹¹ Çekilme ve ret:

Madde 15 – Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanı, üyeleri ve yedek üyeleri işe bakamama hallerinde ve ilgili ile arasında bir husumet veya tarafsızlıklarını şüpheye düşürecek önemli bir halin mevcut olması durumunda, kendiliklerinden işi görmekten çekilebilecekleri gibi ilgili tarafından da ret olunabilirler.

Reddin, inceleme başlamadan veya ret sebebi daha sonra meydana gelmiş ise, öğrenilmesinden başlayarak onbeş gün içinde ve her halde karar verilmeden önce yapılması lazımdır.

Ret isteği, reddi istenen üye yerine yedeğinin kurula katılmasıyla incelenerek sonuçlandırılır.

Kurulun toplanmasına engel olacak sayıda üye reddine ilişkin istekte bulunamaz.

Ret isteği üzerine Kurulun verdiği kararlara karşı esasla birlikte, itirazları inceleme Kuruluna itiraz olunabilir.

¹² Hâkimin davaya bakamayacağı hâller

Madde 22 – (1) Hâkim;

a) Suçtan kendisi zarar görmüşse,

b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesalet veya kayıymlık ilişkisi bulunmuşsa,

c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyundan biri ise,

- 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, (madde 28)
- 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu, (madde 32)
- 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, (madde 31'de HUMK'ya atıf yapılmıştır)
- 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, (madde 46)
- 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun, (madde 7)

C. Savcıların Ret ve Çekinme Sebepleri

Hukukumuzda savcıların reddi düzenlenmemiştir. Bununla beraber Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesinde askeri savcıların davadan çekilebilecekleri düzenlenmiştir.

"Askeri savcılarının reddi:

Madde 46 - Askeri savcılar reddedilemez. Ancak bu kanununun 37 ve 39 uncu maddelerinde yazılı sebeplerden biri bulunursa davadan çekilirler."

D. Zabıt Katiplerinin Ret ve Çekinme Sebepleri

Zabıt kâtibinin reddi veya çekinmesine ilişkin hükümler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 32. ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 37. maddesinde¹³ düzenlenmiştir. Bunlara göre haki-

-
- d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlât edinme bağlantısı varsa,
 - e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa,
 - f) Evlilik sona ermiş olsa bile, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa,
 - g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,
 - h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse, Hâkimlik görevini yapamaz.

¹³ **Madde 37 - Reddi hakim esbabına müsteniden davanın zabıt katibi de reddolunabilir. İşbu ret talebi katibin ifayı vazife eylediği mahkeme tarafından tetkik olunur. Bu konuda verilecek kararlar kesindir.**

min reddi ve çekinmesine ilişkin hükümler zabıt katipleri hakkında da uygulanır.

E. İcra ve İflas İşlerine Bakan Memur ve Müstahdemler

İcra ve iflas işlerine bakan memur ve müstahdemlerin çekinmelerine ilişkin düzenleme 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre icra ve iflas işlerine bakan memur ve müstahdemler

- Kendisinin,

- Karı veya kocasının, nişanlısının yahut kan ve sıhri usul ve furuunun veya üçüncü derece dahil olmak üzere bu dereceye kadar olan kan ve sıhri civar hısımlarının,

- Kanuni mümessili veya vekili yahut müstahdemi bulunduğu bir şahsın,

Menfaati olan işleri göremeyip derhal icra mahkemesine haber vermeye mecburdur. İcra mahkemesi müracaatı yerinde görürse o işi diğer bir memura, bulunmayan yerlerde katiplerinden birine verir.

IV. SAVCILARIN GÖREVLERİ

Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere ister adalet hizmeti ister bir başka kamu hizmeti olsun, hizmetin sunumunda tarafsızlık önemli bir unsur ise yasa koyucu; kamu görevlisi olsun ya da olmasın bu tür hizmetleri yerine getirenlerin işlem yapmasını yasaklamıştır.

Bu açıdan bakıldığında savcının kamuyu temsil ederken görev ve yetkilerin neler olduğunun, bu hizmeti yürütürken, yetkileri kullanırken tarafsızlığın önemli olup olmadığının anlaşılabilmesi için bunlara kuşbakışı bir göz atacağız.

Savcının diğer görevleri ve yetkileri saklı kalmak kaydıyla konuya sadece soruşturma aşamasıyla sınırlı bakılsa bile tarafsızlığın vazgeçilmez bir ilke olduğu ortaya çıkmaktadır. Çünkü yargılama, soruşturma ve kovuşturma aşamasından oluşan bir süreçtir. Tarafsızlığı sağlamaya yönelik ret ve çekinme kurumunun olmadığı bir soruşturma aşamasından geçerek toplanan veya toplanmayan delillerden sonra tarafsızlığı sağlayacak mekanizmalarla donatılmış kovuşturma sonunda

adil bir yargılama yapılacağını ummak, ancak bir iyimserliktir.

A. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu'ndaki Görev ve Yetkileri

1. Cumhuriyet Başsavcısının Görevleri

- Cumhuriyet başsavcılığını temsil etmek,
- Başsavcılığın verimli, uyumlu ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamak, iş bölümünü yapmak,
- Gerekğinde adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak,
- Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının; ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde görevli Cumhuriyet başsavcıları, Cumhuriyet başsavcı vekilleri, Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır.

Asliye ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının o yer yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır.

2. Cumhuriyet Savcısının Görevleri

- Adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak,
- Cumhuriyet başsavcısı tarafından verilen adli ve idari görevleri yerine getirmek,
- Gerekğinde Cumhuriyet başsavcısına vekâlet etmek,
- Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Aynı yerde görev yapan Cumhuriyet başsavcı vekili bulunmadığında, Cumhuriyet başsavcısına vekâlet edecek olanı Cumhuriyet başsavcısı belirler.

3. Duruşmalarda Cumhuriyet Başsavcılığını Temsil

Kanunlarda Cumhuriyet savcılığının görev yapacağı belirtilen mahkemelerdeki duruşmalara, Cumhuriyet başsavcısı, görevlendireceği Cumhuriyet başsavcı vekili veya Cumhuriyet savcısı katılır. Gerektiğinde duruşmalara birden çok Cumhuriyet savcısı katılabilir.

4. Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısının Görevleri

- Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığını temsil etmek,
- Cumhuriyet başsavcılığının verimli, uyumlu ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamak,
- Bölge adliye mahkemesinin genel yönetim işlerini yürütmek,
- Bölge adliye mahkemesine gelen ceza davalarına ilişkin hüküm ve kararlara ait dosyaların incelenerek yazılı düşünce ile birlikte ilgili daireye gönderilmelerini ve duruşmalara katılmayı sağlamak,
- Ceza dairelerinin kararlarına karşı gerektiğinde kanun yollarına başvurmak,
- Dairelerin benzer olaylarda kesin olarak verdikleri kararlar arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi için başkanlar kuruluna başvurmak,
- Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcılarının ilerleme belgelerini düzenlemek,
- Bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet savcıları üzerinde gözetim ve denetim yetkisini kullanmak,
- Cumhuriyet başsavcılığı müdürlüklerini ve personelini denetlemek veya denetletmek,
- Cumhuriyet başsavcılığında görevli personel hakkında ilgili kanunda belirtilen disiplin cezalarını uygulamak,
- Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

5. Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcılarının Görevleri

- Bölge adliye mahkemesine gelen ceza davalarına ilişkin hüküm ve kararlara ait dosyalardan kendilerine verilenleri inceleyerek yazılı düşüncesiyle birlikte ilgili daireye göndermek ve duruşmalara katılmak,

- Ceza daireleri kararlarına karşı gerektiğinde kanun yollarına başvurmak,

- Cumhuriyet başsavcısının vereceği diğer görevleri yapmak,
- Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

B. Yargıtay Kanunu'ndaki Görev ve Yetkiler

- Cumhuriyet Başsavcılığını temsil etmek,
- Anayasa Mahkemesinde Cumhuriyet Savcılığı görevini yapmak,
- Ceza Genel Kurulunda görülen davaların duruşmalarına katılmak,

- Bizzat veya Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı, Cumhuriyet Başsavcı yardımcılarını marifetiyle siyasi partilerin tüzük ve programlarını ve kurucularının hukuki durumlarının Anayasa ve kanun hükümlerine uygunluğunu, kuruluşlarını takiben ve öncelikle denetlemek, faaliyetlerini takip etmek, gerektiğinde siyasi parti, siyasi parti üyesi veya kuruluşu hakkında mahallinde denetleme, inceleme ve soruşturma yapmak, yaptırmak,

- Siyasi partilerin kapatılması hakkında dava açmak,

- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının verimli ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamak ve bu yolda uygun göreceği her türlü tedbiri almak,

- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ve yardımcılarının görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atanmalarında yetkili mercie görüş bildirmek,

- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı yardımcılarının yükselme ve ilerleme fişlerini düzenlemek,

- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bürolarını ve personelini denetim ve gözetim altında bulundurmak veya bu denetim ve gözetimi tensip edeceği yardımcılardan birine yaptırmak,
- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bürolarına naklen atanacak personelin inhalarını yapmak,
- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında görevli personel hakkında ilgili kanunla belirtilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme disiplin cezalarını uygulamak,
- Yargıtay Büyük Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurulundaki içtihatların birleştirilmesi müzakere ve kararlarına katılıp oyunu kullanmak,
- Siyasi partiler ve diğer kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek.

C. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Görev ve Yetkiler

1. Soruşturma Aşamasındaki Görevleri

- Soruşturma yapma,
- Koruma tedbirlerine başvurabilme, (Cumhuriyet savcısının başvurabileceği koruma tedbirleri kısaca şöyle incelenebilir: Yakalama, gözaltına alma, tutuklama isteminde bulunma, arama, elkoyma, adli kontrol isteminde bulunma, iletişimin dinlenmesi, şüphelinin bilgisayar kayıtlarının incelenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlarla izleme)
- Uzlaşma ile ilgili görevleri,
- Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar verme,
- Kamu davasının açılmasını erteleme,
- Kamu davası açma.

2. Kovuşturma Aşamasındaki Görevleri

- Açmış olduğu kamu davasını yürütmek, Kanun yollarına başvurmak,

D. 5275 Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'daki Görev ve Yetkileri

Hapis cezaları ve güvenlik tedbirlerinin infazı, cezanın infazının ertelenmesi, hükümlülerin ceza infaz kurumlarına kabul işlemleri, hükümlülerin sınıflandırılması, diğer görevler.

E. İdari Görevleri

Yazışma yapma görevi, adli personelle ilgili görevleri, noterleri denetleme, icra dairelerini denetleme, mali görevler.

F. Özel Hukuktaki Görevleri

Yaş, isim ve kayıt düzeltme davaları, dernek ve vakıfların feshini talep etme, soy bağının kurulmasına itiraz, evliliğin butlanı davası açma,

IV. SONUÇ

Anayasa devleti, hukuk devleti olarak tanımlamış, herkesin kanun önünde eşit olduğunun altını özellikle çizmiştir. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde, kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek, tarafsız olmak zorundadırlar. Tarafsızlık ilkesi hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkesinin bir sonucudur.

Kamu görevlileri sağlık, eğitim, güvenlik vb. kamu hizmetini sunarken, hakim ve savcılar da adalet hizmetini yerine getirirken tarafsızlık ilkesine uygun hareket etmek zorundadır.

Tarafsızlık sadece kamu görevlileri için geçerli bir ilke olmayıp kamu hizmeti ifa eden kişilerin de uyması gereken bir ilkedir. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları görevlileri, (Noterler, oda, borsa ve birlik üyeleri vb.) kamu hizmeti yürüten kişiler ve kamu düzeninin gerektirdiği iş ve işlemlerde bulunan kişilerin de (tanık, tercüman, bilirkişi, kooperatif ortakları vb.) tarafsız olması gerekir.

Yasa koyucu kaynağını anayasadan alan yetkileri kullananların insan olması dolayısıyla belirli durumlarda duygularının, kişisel ve ailevi ilişkilerin, çıkar ve siyasi düşüncelerinin etkisinde kalabileceğini

gerçeğini de kabul etmiştir. Bu nedenle tarafsızlık ilkesinin anayasal kurallar ve toplum düzeni için ağırlık kazandığı durumlarda kamu görevlileri ile kamu hizmetini sunan kişilere yönelik bir takım kurallar öngörmüştür. Anayasa yanında ulusal ve uluslararası alanda oluşturulan çeşitli etik kodlarda (hakim ve savcılar için Bangalore ve Budapeşte İlkeleri) tarafsızlığa yer verilmiştir. Bu kişilerin belirli nedenlerle hukuka uygun hareket etmeme olasılığının yüksek olduğu durumlarda, görev yapmasını engellemek üzere getirilen bu kurum usul hukukunda ret ve çekinme olarak adlandırılmaktadır. Başka bir deyişle ret ve çekinme, anayasada düzenlenen tarafsızlığı sağlamaya yönelik olarak getirilmiş bir kurumdur.

Yargı açısından bakıldığında tarafsızlığın ayrı bir önemi vardır. Tarih boyunca yargılama ve tarafsızlık bir arada anılmıştır. Bu nedenle usul hukuku yanında Hakimler ve Savcılar Kanununda da tarafsızlığı sağlamaya yönelik özel hükümlere yer verilmiştir.

Özel kanununda idari işlem yürüten HSYK başkan ve üyelerinin, usul yasalarında hakimler yanında zabıt katiplerinin, İİK'da icra ve iflas işlerine bakan memur ve müstahdemlerin ret ve çekinmesi düzenlenmiştir. Buna karşın yargılamada kamuyu temsilen önemli kamu yetkilerini kullanan savcı için –askeri savcıların çekilebilmesi dışında– ret ve çekinme düzenlenmemiştir.

Hukuk dünyasının geneli, savcılar yönünden ret ve çekinme konusundaki tartışmayı anayasa ve etik kurallar dışında sadece ceza usul hukuku çerçevesinde savcının yargılamanın tarafı olup olmaması temelinde yürütmektedir. Çoğunluk görüşü; savcının, yargılamada devletin tarafı olduğu, dolayısıyla işin doğası gereği tarafsızlığından söz edilemeyeceğini yönündedir.

Bize göre tartışmanın, ceza usul hukuku zemininden ziyade anayasa ve etik kurallar gibi daha genel ilkeler üzerinden yürütülmesi gereklidir. Böyle yapılmadığı takdirde girişte verdiğimiz örnekte olduğu gibi; adam öldürmekten yargılanan bir şüphelinin babası hâkim ise o davaya bakamayacak, ancak aynı kişinin babası savcı olması olasılığında, yargılamanın bir tarafını teşkil eden baba diğer tarafını oluşturan oğlu hakkındaki delilleri toplayarak veya toplamayarak soruşturmayı yürütecektir. Usul kanunlarındaki ilgili hükümleri mefhumu muhalifinden hareketle yorumlayacak olursak; hakimin, insani duygularını işine karıştırma ve dolayısıyla taraflı davranma olasılığı ol-

duğu, savcının ise bu duygularını soruşturma görevine ve yetkilerine yansıtmayacağı, tarafsız davranacağı yönünde bir ön kabulünün olduğu gibi bir sonuca ulaşabiliriz. Bir başka yorumu ise savcının yaptığı görev ve kullandığı yetkiler itibarıyla tarafsızlık ilkesinin ağır basmadığı şeklinde yapabiliriz.

Oysa bilindiğı üzere yargılama, soruşturma ve kovuşturma aşamasından oluşan bir süreçtir. Tarafsızlığın önemsenmediğı bunu sağlamaya yönelik ret ve çekinme kurumunun olmadığı bir soruşturma aşamasından geçerek toplanan veya toplanmayan delillerden sonra tarafsızlığı sağlayacak mekanizmalarla donatılmış kovuşturma sonunda adil bir yargılama yapılacağını ummak yargılamanın amacı ile bağdaşmaz. Ayrıca günümüzde insan haklarının kazandığı önem dikkate alındığında savcılarının sahip olduğu yetkilerin kullanımında tarafsızlığın hayati bir öneme sahip olduğu ortadadır.

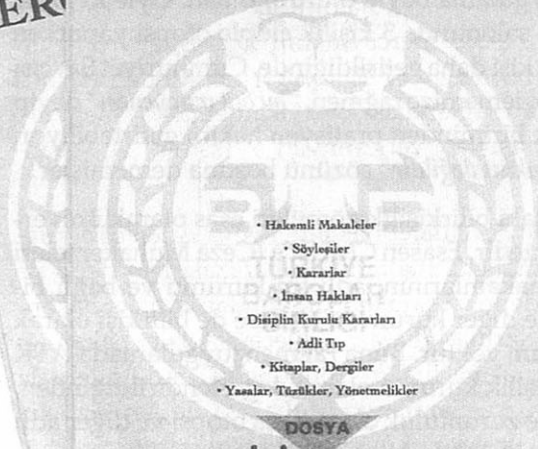
Bunun dışında 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu hükümleri uyarınca savcılarının atama, yükselme ve disiplin işlemlerinde tarafsızlık büyük önem taşımaktadır. Hâkim, bir şekilde ilişkisi olduğu bir davada tarafsız kalamayacağını hissettiğinde davadan çekilebilecek, duyguları, inançları ve düşünceleri ile hukuk kuralları arasında seçim yapmak gibi ağır bir yükün altına girmeyecektir. Buna karşın savcı tarafsız kalamayacağını hissettiğı bir soruşturma ve kovuşturmada istese de çekinemeyecek, hâkimin üstlenmediğı bir riski üstlenecek dolaısıyla hakkında ciddi disiplin cezasını gerektirebilecek bir durumla karşı karşıya kalacak, bu durumun hal kâğıdına yansımaları durumunda yükselme ve ataması konusunda sıkıntılar yaşayacaktır. Diğer bir ifade ile insani, ahlaki ve mesleki açıdan hâkimden farklı olarak savcı ciddi bir riske katlanmak zorundadır.

Sonuç olarak anayasa, ulusal ve uluslararası etik kuralları ve yasalar gereğı savcılar yürüttükleri görevleri tarafsızlıkla yerine getirmek zorundadır. Bu nedenle tarafsızlığı sağlayacak kurum olan ret ve çekinmenin savcılar yönünden de uygulama konulması bir zorunluluk olarak gözükmektedir.

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

01.05.2003

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

TÜRK VE AVUSTURYA HUKUKUNDA ELEKTRONİK TEBLİGAT

Cengiz TANRIKULU*

1. GENEL OLARAK

Bilişim Sistemleri günlük hayatımızda gün geçtikçe daha fazla yer almakta, insanlar ve tüm bilim dalları onsuz yapamamakta, günlük iş ve işlemlerin yapılması onun sayesinde olmakta, önemli gelişme ve keşifler ancak onun vasıtasıyla yapılır hale gelmektedir.

Örneğin bankacılık sektöründe, bilişim sistemleri olmadan bir iş hayatı düşünülemez hale gelmiştir. Vatandaşlar tarafından bu alandaki hizmetleri kullanmayan nerede ise bulunmamaktadır. Buna benzer fiziki ortamda icra edilen hizmetler elektronik hizmetler olarak sunulduğunda giderek daha yoğun talep edilir olmaktadır.¹ Aynı zamanda bilişim sistemleri, tüm meslek sahipleri bakımından giderek daha fazla kullandıkları bir araç ve hizmetlerin görülmesi sırasında en büyük yardımcı olmaya başlamıştır. Hatta günlük hayatta artık “*Bunu bir de Google’a soralım*” demek adetten olmuştur.

Toplumlarda en muhafazakâr bilinen hukukçular bile artık meslekleriyle ilgili iş ve işlemleri bilişim sistemleri vasıtasıyla yapmaktadırlar. Islak imza yerini, yavaş bir ivme ile de olsa, giderek elektronik veya mobil imzaya bırakmakta, elektronik belgeler adliyeler ara-

* Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı.

¹ “Türkiye Bankalar Birliği (TBB), Ekim-Aralık 2008 döneminde 4 milyon 613 bin 670 bireysel müşteri tarafından en az bir kez İnternet bankacılığı işlemi yapıldığını bildirdi. TBB tarafından yayımlanan, birliğe üye 45 bankadan internet bankacılığı hizmeti veren 26’sından 25’inin bilgilerinden oluşan internet bankacılığı istatistikleri raporuna göre, internet bankacılığı yapmak üzere sistemde kayıtlı olan ve en az bir kez log in olmuş (giriş yapmış) toplam bireysel müşterilerin sayısı Aralık 2008 itibarıyla: 11 milyon 222 bin 126 olarak belirlendi.” <http://www.telekomedia.com/read.asp?id=754> (Erişim Tarihi: 04.02.2009)

sı dolaşmakta, elektronik ortamda akan yazıların ayrıca kâğıt ortamında çıktısının alınarak saklanmasına gerek duyulmamaya başlanmıştır. Örneğin Almanya'da 2004 yılında yapılan bir araştırmada, Alman avukatlarının %80'i İnterneti bilgi edinmek için kullandığı ortaya çıkmış, yine aynı çalışmaya göre 138.000 Alman avukat servis sağlayıcılardan ücret karşılığı çeşitli online elektronik hizmetleri satın aldıkları tespit edilmiştir.² Bütün bunlar da göstermektedir ki; yakın bir gelecekte gerek dünyada, gerekse ülkemizde, hukuksal iş ve işlemlerin yapıldığı yer bağlamında, diğer tüm alanlarda olduğu gibi, fiziki ortam yerini büyük oranda elektronik ortama terk edecek gibi gözükmektedir.³

2. E-TEBLİGAT KONUSUNDA GELİŞMELER

2.0.1. Uluslararası Alanda E-Tebligat Konusunda Gelişmeler

Tüm alanlarda olduğu gibi, adalet hizmetleri ile ilgili iş ve işlemler de elektronik ortama aktarılmakta ve adalet hizmetleri süratle dijitalleştirilmektedir. Hatta ülkelerin dışında AB gibi uluslar üstü kuruluş ve birlikler de bu konuda inisiyatif almakta ve sayısal adaleti desteklemektedir.⁴ E-adalet alanındaki bu gelişmeler aynı zamanda adalet hizmetleri alanında yapılan iş ve işlemlerin tamamına yakını elektronik ortamda yapılabilecek hale getirmeyi gerekli ve aynı zamanda ulaşılması hedeflenen bir amaç haline dönüştürmektedir. Getirmektedir zira yapılan iş ve işlemler zincirinde bazı aşamalar sürgit alışılmış yöntemlerle yapılmaya devam edildiği takdirde, bilişim sistemlerinin kullanılmasından umulan fayda da oldukça azalmaktadır. Bu nedenle

² Noack, Ulrich/Kremer, Sascha, Professionelle-Dienste für Juristen; Neue Juristische Wochenschrift (NJW); Sayı: 46; 2006; s, 3313.

³ Bu dönüşüm bazen o kadar hızlı ve ilginç sonuçlar ortaya çıkarmaktadır ki; mesela "Second Life" denilen, İnternette sanal ortamda oluşturulan sanal hayatta, kişiler yeni arkadaşlar, sevgililer ve mekânlar edinmekte ve yine sanal ortamda yaşanan bu olay ve ilişkiler, gerçek ortamda dramatik sonuçlara sebep olmaktadır. "Sanal ihanete gerçek boşanma" <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/465867.asp> (Erişim Tarihi: 04.06.2009).

⁴ <http://www.ejustice.eu.com/> (Erişim Tarihi: 04.06.2009); <http://www.eu2009.cz/event/1/272/> (Erişim Tarihi: 04.06.2009); <http://209.85.129.132/search?q=cache:http://palbers.wordpress.com/2008/06/04/e-justice-conference-portoroz-slovenia/> (Erişim Tarihi: 04.06.2009).

günümüzdeki e-adalet alanında eksikliği hissedilen zincirin eksik halkalarından önemli bir parçası da e-tebligat konusudur.

Elektronik ortamda açılan takip ve davalarda, taraflara elektronik ortamda eğer hukuken geçerli bir tebligat yapılamaz ve elektronik ortamda yapılan iş ve işlemlere ara verilerek, tebligatın alışılmış klasik yöntemlerle yapılmasına devam edilmesi halinde, ne kadar diğer süreçler dijitalleştirilirse dijitalleştirilsin, elektronik ortama taşınan iş ve işlemler uzun süreler almaya devam edecektir. İşte bunu fark eden ülkeler ve devletler üstü kuruluşlar, adli hizmetlerin önemli bir kısmını oluşturan tebligat hizmetlerini de hukuken geçerli olacak şekilde elektronik ortama taşımaya karar vermişler ve bu konuda çözümler aramaya başlamışlardır.

Bu anlamda AB de kurumsal olarak çalışmalar başlatmış ve sonuç olarak Kasım 2008’de elektronik ortamda karşılıklı belge değişimini de içerecek şekilde, elektronik ortamda yapılacak olan tebligatların nasıl yapılacağına cevap veren, “*kayıtlı elektronik posta sistemi*” konusunda kurallar içeren bir standardın ilk versiyonunu yayınlamıştır.⁵ Bu standartta kayıtlı elektronik posta sistemi⁶ (KEP) en temel anlamda; kullanıcılara genel e-posta hizmetlerine ilaveten, e-postaların gönderilip gönderilmediğine, alıcı tarafından kabul edilip edilmediğine veya erişilip erişilmediğine ilişkin teyitleri kayıt altına alacak ve delil teşkil edecek şekilde muhafaza edecek sistem şeklinde tarif edildi-

⁵ Burada belirtilen standart AB Komisyonu ve Avrupa Standartlar İdaresi tarafından resmi olarak tanınan bir kuruluş olan Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsü (The European Telecommunications Standards Institute) (ETSI) tarafından yayınlanmıştır. ETSI dünya çapında bilişim alanında uygulanabilir standartlar üreten bir kuruluş olarak bilinmektedir. ETSI TS 102 640 sayılı Standart üç ana bölümden oluşmakta olup, ETSI TS 102 640-1 numaralı bölüm kayıtlı elektronik postanın mimarisini, kullanılacak formatları ve genel politikaları düzenlemektedir. ETSI TS 102 640-2 numaralı kısım ise kayıtlı elektronik postanın delil niteliğini haiz bir şekilde imzalanması için gerekli olan veri çeşitlerini ve formatlarını belirlemektedir. ETSI TS 102 640-3 numaralı kısım ise kayıtlı elektronik posta sistemi için gerekli olan bilgi güvenliği yönetim modelini tanımlamakta ve gerekli şartları sıralamaktadır.

http://portal.etsi.org/docbox/Workshop/2009/200901_SECURITYWORKSHOP/TBESI_Genghini_ElectronicSignatureActivities_cornerstoneForInteroperabilityofDigitalDocumentsinEurope.pdf (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

⁶ “Kayıtlı elektronik posta sistemi” terimi “elektronik tebligat”ı da kapsayan üst bir kavramdır. KEP elektronik tebligatın yanı sıra, elektronik ortamda hukuken geçerli olacak şekilde, delillendirilmiş kurumlar veya kişiler arası yapılacak olan doküman alış verişini de kapsamaktadır.

ğini görmekteyiz. Bu tariftten hareketle kayıtlı elektronik posta hizmetinin amacının; kullanıcılara klasik e-posta hizmetlerinin yanı sıra bir e-postanın ilgili kişiye gönderilip gönderilmediği, gönderilmişse ulaşıp ulaşmadığı, gönderilen e-postaya erişilip erişilmediği gibi konularda hukuken geçerli bir delil seti oluşturmak olduğu söylenebilir.⁷ Bunun için kayıtlı elektronik posta hizmeti sunanlar delillendirme için gerekli olan sistem kayıtlarını hukuken geçerli bir şekilde tutacak ve bu konuda istenildiği takdirde ilgili makamlara ve mercilere bu kayıtları delil olarak gönderecektir.

Aslında AB ölçeğinde, ETSI tarafından yapılan çalışmalardan önce değişik ülkelerde e-tebligatı da içerecek şekilde kayıtlı elektronik posta ile ilgili değişik projelerin hayata geçirildiğini söylemek gerekmektedir. Ancak tahmin edilebileceği gibi bu çalışmalar ülkeden ülkeye farklılık gösteren, belirli bir standart çerçevesinde geliştirilmemiş sistemlerdir. Bu ülkelerden bazılarında, örneğin; İtalya, Belçika, Fransa'da kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcıları için özel bir yasal düzenlemeye gidilmiştir. Bazı ülkelerde ise bu hizmet kamu idareleri tarafından, noterlik fonksiyonunu da içerecek şekilde sunulmaktadır; bu hizmetin sunulması için özel bir yasa bulunmamaktadır, İsveç, İspanya'da olduğu gibi.⁸

İtalya'da 28 Ocak 2005 tarihinde kayıtlı elektronik posta hizmetini düzenleyen Kanun Hükmünde kararname kabul edilmiştir. 11 Şubat 2005 tarihinde ise İtalyan Cumhurbaşkanlığının yayınladığı 68 numaralı karar ile bu kararname doğrultusunda kamuda elektronik ortamda doküman gönderilmesinin kayıtlı elektronik posta sistemi kullanılarak yapılabileceği ve bu şekilde gönderilen yazıların, fiziki ortamda postayla yapılan tebligata eşdeğer olduğu ve aynı hukuki sonuçları doğuracağı belirtilmiştir. Benzer bir yasa tasarısının Belçika'da da hazırlandığı⁹ ve bu amaçla Certipost isimli Belçika Posta ve Telekom İdaresi'nin kurmuş olduğu bir şirketin faaliyete geçtiği ve 60.000 kadar şirkete ve 520.000 müşteriye bu hizmetin verildiği bilinmektedir.¹⁰

⁷ ETSI TS 102 640-1 V1.1.1 (2008-10); s. 5.

⁸ TR 102 605 - V1.1.1 - Electronic Signatures and Infrastructures (ESI); Registered E-Mail; 2007-9; Teknik Rapor; s. 20 (Bundan sonra "TR 102 605 - V1.1.1; Teknik Rapor" olarak alıntı yapılacaktır).

⁹ TR 102 605 - V1.1.1; Teknik Rapor; s. 20.

¹⁰ <http://oreneta.com/kalebeul/2004/01/30/curse-of-the-snail-registered-email->

Fransa'da 2000/31/AB sayılı e-Ticaret Direktifinin¹¹ iç hukuka uyarlanması bağlamında çıkardığı 17 Haziran 2005 tarihli bir yasal düzenleme ile kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcısı için özel bir yasa çıkarılmıştır.¹²

İspanya'da kayıtlı elektronik posta hizmetlerini iki ayrı kurum vermektedir. Bunlardan birincisi Güvenli Bilişim Tebligat Hizmetleri Sistemi,¹³ diğeri ise adalet alanında kullanılan Lexnet isimli sistemi işletmektedir.¹⁴ Bu her iki altyapı için özel yasal düzenlemeler yapılmış olup, yasal düzenlemelerde iletinin gönderilmesi, tebliğ edilen zaman ve tarihi ve aynı zamanda elektronik ortamda gönderilen tebligatın delillendirilmesi hususları yer almaktadır.¹⁵

Chamber Sign İsveç, İsveç Ticaret Odaları Birliği'ne bağlı, kar amacı gütmeyen, İsveç'te elektronik ortamda kayıtlı elektronik posta hizmeti veren bir kuruluş olarak faaliyette bulunmaktadır. Burada önkilerden farklı olarak kayıtlı elektronik posta hizmeti, diğer hizmetlerin yanı sıra, onlarla birlikte bir alt hizmet olarak verilmektedir. Bu sistemde kayıtlı elektronik postaya ilişkin yasal düzenlemelerin Kamu İhale Kanunu içinde düzenlendiği belirtilmektedir. Sistem daha çok deniz aşırı yapılan ihalelerde kullanılmakta ve Chamber Sign İsveç, güvenilir üçüncü taraf olarak e-postalara ilişkin delilleri toplamakta ve saklamaktadır.¹⁶

Nihayet bu makale kapsamında son ülke örneği olarak Almanya'da yapılan düzenleme hazırlıklarından bahsetmek yerinde olacaktır. Almanya'da Federal Bakanlar Kurulu, "*Vatandaş Portalı Kanun Tasarısı*"nı onaylayarak elektronik ortamda tebligat hizmetlerine ve kamu arasında doküman değişimine imkân verecek Vatandaş Portalı Kanun Tasarısı'nı kabul etmiş bulunmaktadır. Tasarı'ya göre Alman

in-belgium/ (Erişim Tarihi: 07.06.2009); Daha fazla bilgi için bakınız; <http://www.certipost.be/welcome/index.php?lang=en> (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

¹¹ Direktifin Türkçe çevirisi için bakınız.

http://www.e-ticaret.gov.tr/hukuk/ABdirekt_tic.htm (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

¹² TR 102 605 - V1.1.1; Teknik Rapor; s. 21.

¹³ <http://www.cert.fnmt.es/legsoporte/RealDecreto209.PDF> (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

¹⁴ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd84-2007.html (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

¹⁵ TR 102 605 - V1.1.1 Teknik Rapor; s. 22.

¹⁶ TR 102 605 - V1.1.1; Teknik Rapor; s. 22.

Vatandaşları akredite olmuş servis sağlayıcılardan kimliklerini belgeyerek, elektronik tebligat amacıyla kullanmak üzere “De-Mail” isimli kayıtlı elektronik posta hesabı alacaklardır. Bu e-posta adresi ile güvenli ve şifreli olarak e-posta gönderilebilecek ve kabul edilebilecektir. Gönderici De-Mail sistemi ile hukuken geçerli gönderi onaylama kaydı alacaktır. Servis sağlayıcı bu gönderi onay kaydını güvenli elektronik imza ile sağlamak zorunda olacaktır. Böylece resmi kurumlarda iş emirlerinin ve yazışmaların elektronik ortamda emniyetli, güvenilir ve bağlayıcı bir şekilde gönderilmesi sağlanmış olacaktır. İçişlerinin hesaplamalarına göre De-Mail Sistemi işleme alındığında senelik 1 Milyar ile 1,5 Milyar Avro arasında tasarruf sağlayacaktır.¹⁷

2.0.2. Türkiye’de E-Tebligat Konusunda Gelişmeler

Ulusal Yargı Ağı Projesinin (UYAP) tüm Türkiye’de faaliyette bulunan adli ve idari mahkemelerde ve Cumhuriyet savcılıklarında yaygınlaşması ve giderek daha fazla kullanılması, aynı zamanda yargılama sürecindeki tüm iş ve işlemlerin de elektronik ortama taşınması, elektronik ortamda tebligat ihtiyacını da kaçınılmaz olarak ortaya çıkarmıştır. Bu zorunluluğun ülkemizde fark edilmeye başlaması aslında Avrupa ülkelerinden çok geç olmamıştır. 2004 yılında İzmir’de yapılan bilişim temalı 4. Türkiye İktisat Kongresi’nde,¹⁸ Adalet Bakanlığı yetkilileri tarafından konu gündeme taşınmıştı. Bu ihtiyacı o tarihte olmasa da, 2008 yılında fark eden PTT İdaresi, kayıtlı elektronik posta alt yapısının kurulması yönünde harekete geçmiş bulunmaktadır.¹⁹

Diğer taraftan Adalet Bakanlığı tarafından Tebligat Kanunu’na, elektronik tebligat müessesinin dâhil edilmesi amacıyla bir çalışma başlatıldığı bilinmektedir.²⁰ Bu çalışma daha sonra sonuçlandırılmış ve hazırlanan Tasarı Başbakanlığa sevk edilmiştir.²¹ Tasarı Tebligat Ka-

¹⁷ <http://www.heise.de/security/Bundeskabinett-verabschiedet-Buergerportalgesetz--/news/meldung/126886> (Erişim Tarihi: 07.06.2009) Federal İçişleri Bakanlığı tarafından hazırlanan “Vatandaş Portalının Kurulması ve İşletilmesine İlişkin Kanun Tasarısı” Bakanlar Kurulu’nca benimsendi 04.02.2009.

¹⁸ <http://www.tumgazeteler.com/?a=252906> (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

¹⁹ <http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=22649> (07.06.2009).

²⁰ <http://www.haberturk.com/haber.asp?id=98948&cat=110&dt=2008/09/22> (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

²¹ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/basbakanlik/tblgkantas.pdf> (Erişim Tarihi:

nununa “7a” maddesi ekleyerek, sadece e-tebligatı mümkün hale getirmekte ve bu işi kimin yapacağını belirlemektedir. Ancak elektronik tebligatın nasıl yapılacağı, nasıl bir teknik ve hukuki alt yapı kurulacağı konularını yönetmeliğe bırakmıştır.

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan ve halen TBMM Genel Kurulu’nun gündeminde bulunan e-tebligatı düzenleyen bir başka Kanun Tasarısı da, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’dır. Tasarı’nın 18. maddesinin 3. fıkrasında; tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe veya sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbar ve ihtarlar, noter aracılığı ile veya mektubun veya telgrafın yanı sıra güvenli elektronik imza ile de yapılabileceğini düzenlemektedir.²² Tasarı’da sadece elektronik ortamda tebligata imkân veren bir düzenleme yapılmış ve fakat diğer düzenlemelerde olduğu gibi ayrıntıya girilmemiştir. Bunun için tasarının son kısmının görüşülmesi sırasında verilecek bir önerge ile e-tebligatın nasıl yapılacağı konusunun ikincil düzenlemeye havale edilmesi beklenmektedir.

Bu gelişmelerin dışında aslında yapılan değişikliklerle bazı kurumlar yasal mevzuatlarına, icra ettikleri bazı özel bazı iş ve işlemler için elektronik tebligatı hukuken geçerli olacak şekilde ilave etmiş bulunmaktadır. Bu meyanda Kamu İhale Kanunu’nda yapılan değişiklik örnek olarak verilebilir. 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun’un 25. maddesi ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanun’un 65. maddesinde yapılan değişiklikle elektronik ortam vasıtasıyla yapılacak olan tebligatın geçerli olduğu belirtilmiştir.²³

Ayrıca Kamu İhale Kanunu’nun 65. maddesinin “c” bendinde elektronik haberleşmede kullanılacak araçlar ile bunların teknik özellikleri, yaygın olarak kullanılan haberleşme ve bilgi teknolojisi ürünleri ile uyumlu ve kolay erişilebilir olması ve eşit muamele ilkesini sağlaması şartının aranacağı hükme bağlanmıştır. Yine aynı maddenin son fıkrasında Kamu İhale Kanunu’nda hüküm bulunmayan hallerde yapılacak tebliğler hakkında Tebligat Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu fıkraya yakın gelecekte çok ihtiyaç duyulacağı kanaatindeyiz. Zira Kanun’da elektronik ortamda tebligat yapılabile-

08.06.2009).

²² <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (Erişim Tarihi: 08.06.2009).

²³ <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1166.html> (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

ceği hükme bağlanmakla birlikte, elektronik ortamda hukuken geçerli nasıl bir tebligat alt yapısı öngörülmüş olduğu noktasında ciddi eksiklikler olduğu düşünmekteyiz. Kanun koyucu bu noktada uygulamacılara gerekli yasal çerçeveyi vermekten uzak görünmektedir.

Yine gündemde olan, bir başka elektronik tebligatı mümkün hale getirmeyi amaçlayan yasal düzenleme ise Maliye Bakanlığı'nın hazırlanmış olduğu bir yasa tasarısında karşımıza çıkmaktadır. Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan yasa tasarısına göre 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 77. maddesinin sonuna şu fıkra eklenmiştir;²⁴ *“Resmi sicile kayıtlı olan menkul malların haczi, sicillerine işlenmek üzere sicilin tutulduğu daireye tebliğ edilmek suretiyle de yapılır. Tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri, alacaklı tahsil dairelerince ya da alacaklı amme idaresi vasıtasıyla, posta yerine elektronik ortamda tebliğ edilebilir ve bu tebligata elektronik ortamda cevap verilebilir. Elektronik ortamda yapılacak tebliğe ve cevapların elektronik ortamda verilebilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”* Yine Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 88. maddesinin birinci fıkrasının sonuna ise şu cümleler ilave edilmiştir; *“Tahsil dairelerince düzenlenen haciz bildirimleri, alacaklı tahsil dairelerince ya da alacaklı amme idaresi vasıtasıyla, posta yerine elektronik ortamda tebliğ edilebilir ve bu tebligatlara elektronik ortamda cevap verilebilir. Elektronik ortamda yapılacak tebliğe ve cevapların elektronik ortamda verilebilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”*

Görüldüğü üzere bu yasal düzenlemede de, yasal çerçeve sadece şu ana kadar posta yoluyla yapılan tebligatların bundan böyle elektronik ortamda yapılabileceğini belirtmekte ve fakat elektronik ortamda yapılacak tebligatın nasıl yapılacağı, teknik ve güvenliğe ilişkin alt yapının nasıl olması gerektiği gibi konulara temas edilmemektedir. Bu konu değişiklik yapan madde metninden de anlaşılacağı üzere Maliye Bakanlığı'nın yapacağı ikincil düzenlemeye bırakılmıştır. Kanaati-

²⁴ “Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı”; Tasarı 22.04.2009 tarihinde Başbakanlığa sevk edilmiştir. (Erişim Tarihi: 07.06.2009). <http://www.basbakanlik.gov.tr/sour.ce/index.asp?wpg=9260FB83-A81D-4F1C-B0DE-C03A5D88E82A&spg=2>

TBMM'de İhtisas Komisyonu konuyu görüşerek 25.05.2009 tarihli Raporunu vermiştir.

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss385.pdf> (Erişim Tarihi: 09.06.2009).

mizce hem kamu İhale Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve hem de Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu'nda yapılması düşünölen değişiklikler, aşağıda değinmeye çalışacağımız sebeplerden dolayı önemli bazı sakıncaları içinde barındırmaktadır. Bu değişiklikler bir taraftan adil yargılanma hakkı bağlamında ve diğer taraftan temel hak ve hürriyetler bağlamında, elektronik ortamda tebligat yapılması için kurulacak sistemlere yönelik bazı önemli müdahale tehlikelerini gündeme getirecek gibi gözökmektedir.

3. AVUSTURYA'DA E-TEBLİGAT HİZMETLERİ

3.1. Genel Olarak

Avusturya, e-devlet alanında Avrupa'nın en önde gelen birkaç ölkesinden biri olarak bilinmektedir.²⁵ Bu nedenle Avusturya birçok alanda fiziki ortamda verilerini elektronik ortama aktarmakta ve bu alanda önemli hamleler yapmakta ve yeni projeler ve stratejiler geliştirmektedir.²⁶ Avusturya'nın geliştirdiği önemli e-devlet projelerinden birisi de kurumlar arası evrak değişimi ve bununla paralel olarak da e-tebligat projesidir. Avusturya'da bu nedenle bilginin elektronik tebligat yoluyla iletimi, hukuki olarak geçerli hale getirilmiş ve bazı kanunlarda değişiklik yapılmış veya yeni kanunlar ihdas edilmiştir. Bu Kanunların en başta geleni kuşkusuz Avusturya e-devlet Kanunudur.²⁷ Bu Kanunla Avusturya Hükümeti genel olarak e-devlet projelerinin genel çerçevesini çizmiş ve daha sonra bu temelden hareketle daha detay konular olan e-tebligat ve e-ödeme gibi projelere ve konulara girişmişlerdir.

Avusturya e-tebligat projesini hayata geçirirken hizmet odaklı

²⁵ <http://www.nomensa.com/news/industry-news/2005/3/uk-improves-e-government-ranking.html>; (Erişim Tarihi: 07.06.2009) ; http://members.magnet.at/intosai/Level6/6_18_VN_INT_Seminar/Oesterreich_E.pdf (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

²⁶ <http://help.gv.at/Content.Node/281/Seite.2811000.html> (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

²⁷ 01 Mart 2004 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanun genel olarak; Kamu alanında kullanılan bilişim sistemlerinde kimlik doğrulama ve yetkilendirme konularının nasıl yapılması gerektiğini, vatandaşlık kartının kullanım şartlarını, elektronik verilerin geçerlilik şartlarını, elektronik kayıtların sürekliliğinin sağlanmasını ve arşivlenmesi gibi konuları ayrıntılı olarak düzenlemiştir. http://www.a-sit.at/pdfs/e-govg_engl.pdf (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

modern idareyi kendisine hedef olarak seçmiş bulunması anlamlıdır. Bu amacın gerçekleşmesi için de Avusturya'da her bir vatandaş için bir kerelik e-tebligat servis sağlayıcısına ücretsiz kayıt yaptırma zorunluluğu bulunmaktadır.²⁸ Böylece bu kayıttan sonra resmi yazılar zaman ve yerden bağımsız olarak İnternet vasıtasıyla vatandaş veya tüzel kişi tarafından elektronik ortamdan alınabilmektedir. Bunun için delil niteliğindeki e-tebligat alıcısının nitelikli bir kimlik doğrulamasına ve yetkilendirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Tebligatı elektronik ortamda almak isteyen alıcı, ihtiyaç duyulan yetkilendirme ve kimlik doğrulama işlemlerini kendisine devlet tarafından verilen vatandaş kartı ile sağlamak zorundadır. Güvenli elektronik imza sahibi olan tebligatı alan vatandaş, vatandaşlık kartı ile e-tebligatın alındı belgesini imzalar ve ilgili kuruma bu alındı belgesini tekrar elektronik yolla teyiden gönderir. Böylece güvenli bir yolla sağlanan delillendirmiş e-tebliğ amaçlı gönderilen e-posta, klasik anlamdaki kimin gönderdiğinin belirlenmesinin zor olduğu klasik e-postadan nitelik itibarıyla önemli oranda farklı bir şekilde icra edilmiş olmaktadır.

Avusturya e-tebligat sisteminde, e-tebligat yolu ile tebliğ edilen doküman, elektronik tebligat hizmeti veren hizmet sağlayıcısının sunucularında en az 14 gün, tebligatı alan kişinin emrine amade bulundurulmaktadır. Dokümanların süresiz kayıt edilmesi hususunda eğer böyle bir imkân var ise taraflar arasında bir mutabakata varılabilmektedir. Klasik tebligatta olduğu gibi tatil veya hastalık halleri gibi geçici yokluklarda, alıcı tarafından servis sağlayıcıya haber verilebilmektedir. Geçici yokluklarda alıcıya herhangi bir tebligat, e-tebligat yoluyla yapılmamaktadır. Usul kurallarına göre bu dönemde süreler işlemekte ve bu yerine getirme elektronik ortamda yapılabileceği gibi, tercih edilirse aynı tebligat bir kez de kâğıt ortamında yapılabilmektedir.

Sistem, alıcının bilgisayarında sorun olması durumunda bile tebligatın ulaşmasını garanti edecek bir şekilde kurulmuştur. Alıcı herhangi bir teknik arıza ile karşılaşması halinde tebligat teslim hizmeti fiziki ortamda gerçekleştirilir ve tebligatı alıcıya CD, disket veya mümkünse kâğıt ortamında ulaştırılması sağlanır. Ancak alıcının bilgisayarındaki sorun nedeniyle ortaya çıkan fiziki teslim hizmetinin ulaştırma masrafları alıcı tarafında karşılanır.

²⁸ E-tebligat portalına kayıt için <http://www.bka.gv.at/zustelldienste> adresi kullanılmaktadır.

Hâlihazırda Avusturya'da iki adet elektronik ortamda tebligat sunma hizmeti vermek üzere kurulmuş, servis sağlayıcı bulunmaktadır. Bunlardan biri devlet şirketi olan Bundesrechenzentrum²⁹ şirketi diğeri ise özel bir şirket olan Raiffeisen Informatik³⁰ şirkettir.

Avusturya tebligat hizmetlerini elektronik ortamda verebilmek için bunun hukuki alt yapısının da en az teknik alt yapı kadar gerekli ve işin olmazsa olmazı olarak görmüş ve geniş bir yelpazede hukuksal düzenlemelere gitmiş olduğunu görmekteyiz.³¹ Yukarıda kısmen bahsettiğimiz, E-devlet Kanunu, Elektronik İmza Kanunu, Genel İdare Kanunu yanı sıra özellikle Tebligat Kanunu'na elektronik ortamda tebligat yapılabilmesi için ayrıntılı bir değişiklikle, yeni düzenlemelere gidilmiştir. Bunun yanı sıra ikincil düzenlemeler bağlamında da bazı mevzuat hükümleri yürürlüğe koyulmuş veya değiştirilmiştir. Bunların başlıkları kısaca; Tebligat Nitelikleri Hakkında Yönetmelik, Tebligat Servis Sağlayıcı Yönetmeliği,³² Tebligat Formları Yönetmeliği³³ gibi yönetmeliklerdir. Belirten hukuki düzenlemelerin yanı sıra elektronik tebligatın Avusturya'da teknik alt yapısı ile ilgili olarak da kapsamlı teknik dokümanlar da üretilmekte ve bu belgeler sürekli güncel halde tutulmakta ve yayınlanmaktadır.³⁴

²⁹ E-tebligat servis sağlayıcılığı hizmetine başlama tarihi 03.03.2009 tarihidir; <http://www.brz.gv.at/Portal.Node/brz/public> (Erişim Tarihi: 08.06.2009).

³⁰ E-tebligat servis sağlayıcılığı hizmetine başlama tarihi 9.9.2008 tarihidir; <http://www.raiffeiseninformatik.at/riint/start> (Erişim Tarihi: 08.06.2009).

³¹ <http://www.digitales.oesterreich.gv.at/site/5238/default.aspx> (Erişim Tarihi: 08.06.2009).

³² <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=25708> (Erişim Tarihi: 08.06.2009).

³³ <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=9896> (Erişim Tarihi: 08.06.2009).

³⁴ Bu teknik dokümanlar kısaca şunlardır; 1.) ZUSEMSG (Uygulamalar ve servis sağlayıcılar arasında iletilerin ve gönderilerin tesliminin delillendirilmesine ilişkin hususları düzenleyen belge), 2.) ZUSELDAP (über das LDAP-Schema [Lightweight Directory Access Protocol-Schema] e-tebligat hizmet sağlayıcısının sunucuları üzerinde çalışan dizin servislerini sorgulama ve değiştirme amacıyla kullanılan uygulama katmanı protokolü hakkında belge), 3) ZUSEMOD (e-tebligatın süreç modelleri ve temel kurallar hakkında belge), 4) ZUSESPEC (e-tebligat sunucuları arasında yaşanan süreçlere ilişkin belge), 5) ZUSERECH (e-tebligat hizmetlerinin faturalanmasının temel ilkeleri, süreç modelleri ve organizasyonu hakkında belge), 6) ZUSEPUSH (über die Abläufe innerhalb eines Zustellservers in Bezug auf den Zustellkopf) und e-tebligat serverları arasındaki tebliğ başlıkları ile ilgili süreçler hakkında belge), 7) ZUSEKOPF (über die Schnittstelle zwischen Zustellserver und Zustellkopf), soweit darin die Erbringung der Leistung gemäß § 29 Abs. 1 Z 2 ZustG beschrieben ist. E-tebligat sunucuları ile tebliğ başlıkları arasında kulla-

3.2. Avusturya Tebligat Kanunu'nda (ATK) Elektronik Tebligat³⁵

Avusturya Tebligat Kanunu üç bölümden oluşmakta olup, birinci bölümde tebligat hukukunda geçerli olan genel hükümler düzenlenmiştir. İkinci kısımda ise alışılmış klasik tebligat ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Üçüncü bölüm tamamen elektronik ortamda yapılan tebligatlara ayrılmış ve dördüncü ve son bölümde ise son hükümler yer almaktadır. Burada dikkati çeken husus Tebligat Kanunu'nda klasik anlamda yapılan tebligat 15 maddede düzenlenirken, elektronik ortamda yapılan tebligatlar hakkında buna yakın sayıda, 10 ayrı maddede ayrıntılı bir düzenleme yapılmış olmasıdır.

ATK'nın 3. maddesi, usulün başka türlü emretmediği durumlarda tebligatın, tebligat hizmet sağlayıcı veya kurum çalışanı veya amaca uygunluk, kolaylık ve hızlık adına daha uygun ise belediye organları vasıtasıyla yapılacağını belirterek, elektronik tebligatı da hukuken geçerli şekilde tebligat yapılabilecek vasıtalardan birisi olarak saymıştır.

ATK'nın 28. maddesi usul bakımından yürürlükte olan hükümlere göre aksi düzenlenmedikçe e-tebligat konusunda Tebligat Kanunu'nun elektronik tebligatı düzenleyen İkinci Bölüm'deki hükümlerinin uygulanacağını amirdir. Burada istisna olarak aynı maddenin ikinci fıkrasında sayılan Mahkemeler Organizasyon Kanunu'nu 89a ve devamı maddelerine göre, mahkemelerde uygulanacak elektronik tebligat bakımından bir istisna getirilmiştir. Mahkemelerde tebligatın ötesinde evrak akışını düzenleyen ve bizdeki UYAP benzeri bir sistemin yasal alt yapısını oluşturan Mahkemeler Organizasyon Kanunu'nun 89a ve devamı maddeleri hakkındaki açıklamalarımızı başka bir makaleye bırakacağız. Bu makalede ise daha çok genel kamu kurumlarında uygulanan ve daha çok yaygınlaşan elektronik tebligat konusundaki düzenlemelerinin neler içerdiğini özet olarak açıklamaya çalışacağız.

ATK'nın 29. maddesinde elektronik tebligat konusunda hizmet sunacak kurum ve kuruluşların, hangi yükümlülükleri yerine getirmeleri gerektiği hüküm altına alınmıştır. ATK m. 30 e-tebligat servis sağlayıcıların hizmet verebilmek için hangi kabul şartları yerine getir-

nılan ara yüz hakkında belge.

³⁵ <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10005522> (Erişim Tarihi: 07.06.2009).

meleri gerektiği belirtilmiş ve şartların yerine getirilip getirilmediğinin tespitini ve ruhsat verilmesi görevini Başbakanlığa bırakılmıştır. ATK m. 31 ise ruhsat alarak faaliyette bulunan hizmet sağlayıcıların Başbakanlığın denetimi altında çalışacaklarını düzenlemektedir. ATK m. 32 ise bu hizmetlere talip olan şirket veya kuruluşların hangi ihale yöntemi ile belirleneceğini tespit etmektedir.

ATK 32. ve 33. maddelerinde kişilerin e-tebligat servis sağlayıcılara nasıl başvuracaklarını ve istekleri halinde nasıl ayrılacaklarını düzenlemekte ve başvurma sırasında istek sahiplerinden neler talep edilmesi gerektiğini ayrıntılı ve tek tek sayarak belirlemektedir. Bu bağlamda elektronik tebligat servis sağlayıcı ancak Kanun'da sayılan bilgileri toplayabilecek, bunun dışında gereksiz ve fazladan kişisel veri toplayamayacaktır. Bu maddede yapılan düzenleme, son yıllarda giderek farkındalığı artan, yasal düzenlemelerde kendisine yer bulan, temel hak ve hürriyetlere elektronik ortamlarda toplanan kişisel verilere müdahale yoluyla yapılması muhtemel ihlalleri önlemeye yönelik, çerçevesi iyi çizilmiş, önemli ve hukuk devletlerinde olması gerekli bir yasal koruma olarak karışımıza çıkmaktadır.

ATK m. 34 e-tebligat servis sağlayıcısının araştırılması ve tebliğ için tebligat dokümanlarının gönderilmesi için yapılması gerekli olan iş ve işlemleri düzenlemektedir. Maddeye göre, resmi bir kurum bir tebligat servis hizmet sağlayıcısı vasıtasıyla tebligat yapmak durumunda ise tebligat ve soruşturma hizmet sağlayıcısından bazı hususları teyit etmek zorundadır. Bu teyit edilmesi gerekli olan hususlardan birincisi; alıcının bir tebligat servis sağlayıcısına başvuruda bulunup bulunmadığını, yani daha önce belirtilen e-tebligat hizmet sağlayıcısından e-tebligat yapmaya yarar e-posta adresi alıp almadığının tespiti hususudur. Eğer alıcının geçerli bir e-tebligat almaya elverişli e-tebligat adresi varsa, ikinci olarak tebligat için alıcı tarafından elektronik yoldan tebligatın kabul edilmeyeceği zaman dilimi tespit edilip edilmediği konusu açıklığa kavuşturulacaktır. Bu şartların bulunması halinde ATK m. 33 1. fıkra, bent 6 ve 7 deki bilgiler ve servis sağlayıcının İnternet adresi kuruma bildirilir. Aksi takdirde kuruma şartların bulunmadığı ifade edilir. Alıcı tarafından kabul edileceği daha önceden bildirilen formatın bulunması halinde tebliğ edilecek doküman bu formatta, gerekiyorsa da şifrelenerek tebligat servis sağlayıcıya gönderilir.

ATK m. 35 tebligat hizmet sağlayıcı tarafından tebligatın nasıl delillendirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Tebligat servis sağlayıcı alıcıya vakit geçirmeksizin dokümanın teslimine hazır olduğunu bildirmek zorundadır. Bu bildirim elektronik haber verme tebligat hizmet sağlayıcı tarafından ilan edilen/duyurulan alıcının elektronik adresine yapılmalıdır. Eğer alıcı tebligat hizmet sunucusuna birden fazla bu adreslerden bildirmişse elektronik bildirim bütün bu adreslere tebliğ edilmek zorundadır. 2. fıkranın birinci cümlesi anlamında tebligat süresinin hesaplanmasında en erken gönderilen esas alınacaktır. Maddeye göre elektronik bildirim her halde şu haberleri içermek zorundadır; **1.** Gönderinin tarihi, **2.** Tebliğ edilecek dokümanın teslimine hazır tutulduğu Internet adresi, **3.** Dokümanın alınabileceği, indirilebileceği zamanın süresini, yani dilimi, **4.** Dokümanın alınması sırasında elektronik imza kullanılması gerekliliğini izah eden bir açıklama, **5.** Tebliğin ne zaman yapılmış sayılacağı hakkında açıklama.

Tebligat hizmet sağlayıcı tarafından elektronik ortamda yapılan tebligatın teslim edilememesi hali ATK'nun 35. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Elektronik ortamda tebliğ edilecek doküman 48 saat içinde alıcı tarafından alınmazsa, alıcıya ikinci kez bir bildirim daha yapılacaktır. Eğer doküman ikinci bildirimden sonra 24 saat içinde yine alınmazsa ve alıcı tebligat hizmet sağlayıcıya fiziki teslim adresi vermişse, cumartesiler hariç en geç bir gün sonra bu adrese bildirim yeniden gönderilecektir. 35. maddenin 4. fıkrasına göre ise; tebligat hizmet sağlayıcısı, tebliğ edilecek dokümanı iki hafta boyunca elektronik ortamda teslim alınmak üzere hazır bulundurmakla yükümlüdür. Bu süre zarfında doküman alınmazsa silinir. Maddenin 5. fıkrasına göre, teslim alınmak üzere elektronik ortamda hazır bekletilen doküman en geç teslim alınması ile teslim edilmiş sayılacaktır. ATK m. 35 6. fıkraya göre de, eğer alıcı hizmet sağlayıcıya herhangi bir teslim adresi (fiziki) bildirmemişse o takdirde tebligat, ikinci bildirim gönderildiği tarihten bir çalışma günü sonra yapılmış sayılır. Eğer ilk elektronik bildirim, ikinci bildirim gönderildiği sırada alıcıya henüz ulaşmamışsa o takdirde hükmü yoktur. Alıcıya iki bildirimden ulaşmasından sonra alıcının dokümanı alma süresinin bitimini (fıkra 1 bent 3) izleyen gün tebligat artık yapılmış sayılır. Bir sonraki fıkrada da, eğer alıcı servis sağlayıcıya fiziki teslim adresi bildirmişse, o takdirde tebligat bildirim teslim adresine gönderilmesinden sonraki üçüncü çalışma gününde tebliğe edilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır. Tebli-

gat, eğer alıcının elektronik bildirimden hiç haberi olmamışsa ve teslim adresinde de bulunmamasından dolayı teslim adresine gelen tebligatın gelmesinden zamanında haberdar olamamışsa yapılmış sayılmaz. Ancak bu durumda yine de tebligat bildiriminden teslim adresinden dönmesinden itibaren işlemek üzere dokümanın alınma süresinin bitimini (fıkra 1 bent 3) izleyen günde yapılmış sayılması Kanununun amir hükmüdür. Son fıkraya göre; eğer aynı elektronik bildirim birden fazla elektronik adrese veya birden fazla teslim adresine gönderilmişse bu durumda en erken gönderilen veya en erken ulaşan hüküm ifade eder. Bildirimin alıcıya ne zaman ulaştığı veya ulaşıp ulaşmadığı veya tebligatın yapılıp yapılmadığı konusunda tereddüt hasıl olursa kurum gerçeği ve ulaşma zamanını veya resmi tebligatı araştırmakla yükümlüdür.

4. SONUÇ

Elektronik ortam üzerinden geniş anlamda kurumlar, kişiler arası veya bunların kendi aralarında doküman değişimini kapsayan sistem kayıtlı elektronik posta sistemi olarak adlandırılmaktadır. Daha dar anlamda doküman değişimi sadece elektronik ortamda tebligat ile sınırlı kalabilir buna da elektronik tebligat anlamında kısaca e-tebligat demektediriz. Kayıtlı elektronik posta terimi, esasen e-tebligata göre bir üst küme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak e-tebligat kümesi, bu üst kümenin bir alt kümesi mesabesinde. İster kayıtlı elektronik posta alanını, isterse elektronik ortamda bir iletinin hukuken geçerli olacak şekilde teslim edildiğini veya gönderildiğini ispata yarayacak şekilde yapılmasına imkan vermek amacıyla bir yasal düzenlemeye gidilmesi, görüldüğünün ve sanıldığının aksine, karmaşık ve hem teknik ve hem de yasal alanda ayrıntılı çalışma gerektiren bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü konu bir kere tüm dünyada görece yeni bir konudur. Hem de hızla gelişen bilişim teknolojileri her geçen gün daha yeni ve daha güvenilir çözümler üretmektedir. Bu çözümler birçok ülkede hukuksal düzenlemelere, giderek artan oranda, bize göre daha fazla ve daha hızlı yansımaktadır.

Bu kapsamda klasik anlamda, fiziki ortamlarda yapılan iş ve işlemlerin elektronik ortama aktarılması sırasında karşımıza çıkacak olan problemler, tebligat işlemlerinin elektronik ortama aktarılması sırasında da karşımıza çıkacaktır. Bu meyanda yaşanacak problemlerin

en başında kişisel verilere yapılacak olan olası hukuka aykırı müdahaleler ve kişilere ait doküman ve bilgilere elektronik ortamda, fiziki ortama göre daha fazla kolay ulaşılabilir olması problemleri gelmektedir. Örneğin e-tebligat hizmetini almayı kabul eden bir avukatın tebliğ edilecek dokümanlarının bulunduğu sunucuya yapılacak bir haksız müdahale, birçok müvekkilin kişisel verilerinin kamuoyuna yansımaları sonucunu doğurabilecektir. Bu problemlerin çoğu anayasada yer alan, başta özel hayatın korunmasını devletlerden isteme hakkı olmak üzere, kişinin kendisini geliştirme hakkı, ifade özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin yanı sıra adil yargılanma haklarını doğrudan ilgilendirmektedir.

Bu noktadan hareketle gelişmiş birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin ancak kanunla yapılması benimsenmiştir. Hatta bazı ülke Anayasa Mahkeme kararlarında bu kural geliştirilerek kurumsallaştırılmaktadır.³⁶ Bu kararlar “*Esaslılık Teorisi*”³⁷ sine dayandırılmakta ve bu teoriye göre, devletin temel haklara müdahalede bulunduğu yasal düzenlemelerde, mutlaka müdahalenin esaslarını yasada göstermek zorunda olduğu belirtilmektedir.³⁸ Teoriye göre, artık eskiden olduğu gibi yasa koyucu yasal düzenleme yaparken temel haklara sadece müdahale edebilir şeklinde genel bir düzenleme yapamayacak, temel haklara öngörülen müdahalenin esaslarını da yasal düzenlemede yer verecektir. Bu durum Almanya’da yasa koyucu için artık bir mükellefiyet haline gelmiş bulunmaktadır.³⁹

Ülkemizde de Anayasa Mahkemesi’nin 20.03.2008 tarihli ve 2006/167 Esas ve 2008/86 sayılı kararında⁴⁰ konu ele alınmıştır. Kararda Anayasa’nın 20. maddesinde herkesin özel hayatına ve aile yaşayışına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu hüküm altına alındığına vurgu yapılmıştır. Anayasa’nın 20. maddesinin gerekçesinde, özel hayatın korunmasının her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin

³⁶ <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv034165.html> (Erişim Tarihi: 04.03.2009).

³⁷ “*Wesentlichkeitstheorie*”.

³⁸ http://de.wikipedia.org/wiki/Praeter_legem (Erişim Tarihi: 21.01.09).

³⁹ Rudolphi, Hans-Joachim; *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, (SK-StPO)*; C, 2; München; 2007; s. 10.

⁴⁰ <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/k-2008-86.htm> (Erişim Tarihi: 08.06.2009).

korunması, resmi makamların özel hayata müdahale edememesi anlamına geldiği belirtilmiştir. Bu hükmün doğal sonucu olarak bireyler, Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan güvence doğrultusunda, kişilerle ilgili bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme tekeli olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmamalıdır. Bu amaçla veri toplamanın sınırlarına, idare tarafından temel hakka yapılacak yasal müdahalenin başlıca unsurlarına, Anayasa'nın 13. maddesinin amir hükmü doğrultusunda, yasal düzenlemelerde yer verilmelidir. Söz konusu adil yargılanma hakkını doğrudan ilgilendiren tebligat gibi hassas bir konu olunca yasal korumanın önemi ve boyutu daha da artmaktadır.

Sonuç olarak genelde kayıtlı elektronik posta, özelde ise e-tebligat hizmetlerinin yasal ve teknik zemine kavuşturulmasına yönelik ülkemizde devam eden çalışmaları özünde takdir edilmesi ve desteklenmesi gerekli olan çalışmalar olarak görülmelidir kanaatindeyiz. Ancak yukarıda ülkemizde gerçekleştirilen ve kısaca bahsettiğimiz düzenlemelerin tamamı bir Avusturya veya İtalya örneklerine bakıldığında oldukça kısa ve sadece elektronik ortamda tebligata veya doküman değişimine izin veren, genel hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır. İşin nasıl yapılacağı istisnasız ikincil düzenlemele- re, yani idarenin inisiyatifine bırakılmaktadır. Oysa kayıtlı elektronik posta veya e-tebligatla ilgili hususların gerek Anayasa'nın 13. maddesi ve gerekse özel hayatın dokunulmazlığı başta olmak üzere, adil yargılanma hakkı ve diğer bazı temel hak ve hürriyetlere müdahale imkânı verecek konular olması nedeniyle, yapılan yasal düzenlemelerde esas çerçevesinin iyi çizilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan bugüne kadar değişik yasalarda ve yasa tasarılarında yapılan kayıtlı elektronik posta sistemleri ve e-tebligat ile ilgili düzenlemelerde değişik kurum ve kuruluşlara ikincil mevzuat yapma görevi verilmiş ve konuya bütüncül bir yaklaşımla yaklaşılmamıştır. Bu sebeplerle bugüne kadar yapılan konuyla ilgili yasal düzenlemelerin yeniden gözden geçirilmesine ve gerekli değişikliklerin acilen yapılmasına, konunun teknik boyutuyla regülasyonlarını yapmak üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na görevlendirilmesine, hukuki boyut açısından da koordinasyonu sağlayacak tek ve üst bir kurum belirlenmesine özellikle ve acilen ihtiyaç vardır düşüncesindeyiz.

BİLİŞİM HUKUKU

ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLAR

Ş. Cankat TAŞKIN*

GİRİŞ

Bilişim hukuku, niteliği gereği pek çok hukuk dalıyla bağlantılıdır.¹ Örneğin yazılımların korunması, kullanılması, bunlara ilişkin sözleşmeler ve ihlaller fikri mülkiyet hukukunun konusuna girerken; bilişim aracılığıyla işlenen suçlar, özel hayatın gizliliği, kişisel verilere karşı işlenen suçlar, banka veya kredi kartları aracılığıyla işlenen suçlar gibi konular ceza hukukunun; kamu kurum ve kuruluşlarında bilgisayarların kullanılmasına ilişkin sorunlar idare hukukunun; verilerin uluslararası kullanımından doğan sorunlar devletler hukukunun ve bilişim hukukundaki soruşturma, kovuşturma ve yargılama yöntemleri ise medeni usul hukuku ile ceza muhakemesi hukukunun kapsamına girmektedir.²

Bu çalışmamızda, kapsamı bu kadar geniş olan bir dalın yalnızca ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile bağlantılı olan bölümünü incelemiştir. Diğer hukuk dallarına, ise, yeri geldikçe yalnızca fikir vermesi anlamında kısaca değinilmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde hukukumuzdaki bilişim suçları, karşılaştırmalı hukuka ve bu hukuk sistemlerindeki örnek yargı kararlarına da değinerek incelenmiştir. Son bölümde ise, bilişim suçlarının soruşturma ve kovuşturma yöntemleriyle, alınabilecek önlemler; 5651 Sayılı Kanun'la getirilen düzenlemeler, bunlara ilişkin görüş ve öneriler sunularak ders notları tamamlanmıştır.

* Av., Bursa Barosu.

¹ Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, *Bilgisayar Suçları*, İstanbul, Alfa Yayınevi, Ekim 1997, s. 50.

² Taşkın, Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, İstanbul, Beta Yayıncılık, Kasım 2008, s. 1.

BİLİŞİM HUKUKU İLE İLGİLİ KAVRAMLAR

Bilişim suçunun ne olduğunun anlaşılabilmesi için, bilişim sisteminin ne olduğuna kısaca değinilmelidir. Öncelikle belirtmemiz gerekir ki bilişim suçu ile ilgili çok farklı tanımlar bulunmaktadır.³ Bu tanımların ortak bir özelliğinin bulunmayışı, bilişim suçunun tanımlanmasında ciddi güçlükler yol açmaktadır. Ancak kısaca, bilişim suçlarını iki grupta inceleyebiliriz.

Birinci grupta bilişim sistemlerine karşı işlenen suçlar yer alır. Örneğin, biraz aşağıda inceleyeceğimiz TCK'nın 10. Bölümünde yer alan ve TCK m. 243-TCK 244 ve TCK 245'te düzenlenmiş olan suçlar bu kapsamdadır.

İkinci grupta ise bilişim sistemleri aracılığı ile işlenen suçlar yer almaktadır. Bu suçlarda, suç doğrudan doğruya bilişim sistemine karşı işlenmez ancak bilişim sistemi araç olarak kullanılır. Sözelimi, TCK m. 142/2.e'de hırsızlık suçunun bilişim sistemleri aracılığı ile işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Burada, bilişim sistemi, hırsızlık suçunda bir araç konumundadır.

Peki bilişim sistemi nedir? Bu konuda öğretilerdeki değişik görüşlerden⁴ ve yargı kararlarından yola çıkılarak şu temel ölçütlere göre karar verilecektir.

- Bir sistem eğer bilgisayar temelli çalışıyorsa bilişim sistemidir. Bir başka deyişle, bilgisayar olmadan o sistem olamayacaksa, sistemi bilişim sistemi olarak adlandırmak gerekir. Bu durumda, bilgisayar olmadan o sistem çalışmaz. (*Bilgisayar, o sistemin olmazsa olmazı konumundadır. (sine qua non!)*). Yargıtay kararlarından da yola çıkılarak, otomatik para çekme makineleri (ATM) bilişim sistemi sayılacaktır.

- İkinci ölçüt ise, 765 Sayılı (eski) TCK dönemindeki yasal terimden yola çıkılarak ortaya atılmıştır. Buna göre, bir sistem eğer bilgileri otomatik olarak işleme koyabiliyor ve işleyebiliyorsa, o sistemi bilişim sistemi olarak kabul etmek gerekir. Bilgileri otomatik işleme koyabilmekten kasıt, sistemin veri gönderip alabilmesi, manyetik olmasıdır

³ Geniş bilgi ve tanımlar için bkz Taşkın, *Bilişim Suçları*, s.10 vd.

⁴ Geniş bilgi, görüşler ve yargı kararları için bkz Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 6 vd ile s.182.

- Sistemin belli bir amaç için özgülmemesi ve genel amaçlı olarak programlanabilmesi de o sistemi bilişim sistemi olarak kabul etmimize yol açar.

Öyleyse, yukarıdaki ölçütlerden yola çıkılarak, bilişim sistemi olan ve olmayan sistemlere şunlar örnek gösterilebilecektir.

Bilişim sistemi sayılan sistemler: Bilgisayar, ATM'ler,

Bilişim sistemi sayılmayan sistemler: Cep telefonları, takograf cihazları, dekoderler (Dekoderin kaçak kullanımı özel hukuk gereğince tazminat konusudur. -Yargıtay)

Yukarıdaki tüm ölçütlere rağmen, duraksama yaşanırsa, Yargıtay kararları gereğince, sistemin bilişim sistemi olup olmadığı bilirkişi incelemesi ile belirlenecektir.

I. BÖLÜM

HUKUKUMUZDA BİLİŞİM SUÇLARI

Çalışmamızın bu bölümünde, TCK'nın 10. Bölümünde düzenlenen bilişim suçları, TCK'da bilişim suçu kapsamında kabul edilebilecek veya bilişim sistemleri aracılığı ile işlenebilecek diğer suçları inceleyeceğiz.

I. TCK'DAKİ BİLİŞİM SUÇLARI

Bu bölümde, TCK 243-244-245 ve 246. maddeleri incelenmiştir. Yeri geldikçe, TCK'daki diğer bilişim suçlarına ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerle, Yargıtay kararlarına da değinilmiştir.

1. Bilişim Sistemine Girme Suçu

Bu kısımda 243. maddede, bir bilişim sisteminin tümüne veya bir kısmına hukuka aykırı olarak girme ve girdikten sonra hukuka aykırı olarak çıkmama eylemi suç olarak tanımlanmıştır. Burada suçun oluşması bakımından önemli olan bilişim sistemine girmek ve sistemde bir süre kalmaktır. Yalnızca sisteme girmek hukukumuzda suç değildir. Sistemde bir süre kalınmasının aranması, suçun cezalandırılmasını güçleştirmektedir.

Ancak, henüz tarafı olmadığımız Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi (AK-SSS) 2. maddesinde ise, sisteme erişim başlı başına suç olarak kabul edilmiştir.⁵ Benzeri düzenlemeler Avustralya, Belçika, Şili, Çin Fransa, İsviçre, İngiltere, Singapur, İrlanda,⁶ ABD, Yunanistan, İsrail, Malta, Hollanda, Finlandiya, Kanada ve Malezya hukuklarında da mevcuttur. Bizdeki düzenlemenin o düzenlemelerden farkı, sisteme girmenin yanı sıra, sistemde belli süre kalmayı arıyor olusudur.

Sistemde kalma süresinin ne kadar olduğunu somut olaya göre yargıç takdir edecektir. Sürenin, sistemdeki bilgileri elde etmeye yetecek kadar olması temel koşul olarak aranacaktır.

Bu suçun yasaya konması ile hem bilişim sisteminin güvenilirliği, hem kişilerin özel yaşamı hem de sistemi kullananların kişisel çıkarları korunmuştur.

243. maddedeki suçta herkes fail olabilir. Ancak, takdir edilmelidir ki bu suçun faili olabilmek için, iyi düzeyde (ortalamanın üzerinde) bilgisayar bilgisine sahip olmak aranmalıdır. Bu suçta, sistemine girilmek yoluyla zarara uğrayan herkes mağdur sayılır.

Suçun oluşması için sisteme ne şekilde girildiği önem taşımaz. Örneğin, fail sisteme bizzat girmese ama sisteme girmeye yarayan bir casus programı e-posta yoluyla gönderse de bu suç oluşacaktır. Çünkü casusu program genellikle güvenilir ve tanıdık bir e-posta aracılığı ile sisteme ulaştırılmakta ve e-postayı açan kişi, kötü niyetli casus programın farkına varmamaktadır. Bu suçun oluşması için mutlaka sistemin tümüne girilmesi gerekmez; bir kısmına girmekle de suç oluşacaktır.

Suçun oluşmasına örnek olarak, sistemin şifresinin veya güvenlik duvarının sahibinin rızası dışında kırılması ya da kırma olmasa dahi, sistemin şifresinin bilinmesi durumunda, şifre sahibinin rızası dışında sisteme erişilmesi verilebilir. (MSN şifresini kırmak yoluyla sisteme

⁵ Sözleşme ile ilgili geniş bilgi için bkz Helvacıoğlu, Aslı Deniz, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Temel Hükümleri'nin İncelenmesi", *İnternet ve Hukuk*, Derleyen: Yeşim M. Atamer, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı İstanbul, Ocak 2004, s. 280 vd.

⁶ Hedley, Steve, *The Law of Electronic Commerce and The Internet in The UK and Ireland*, Cavendish Publishing, First Edition, London, 2006, s. 20.

girmek ve sistemde kalmak ya da şifresini bildiğiniz bir kişinin MSN adresine, ondan habersiz olarak girmek ve o sayfada kalmak).

Suçun oluşması için mağdurun bir zarara uğramış olması şart değildir. Salt sisteme girmek ve sistemde kalmak dahi suçtur. Failin, sisteme kendi adına ya da bir başkası adına girmesi de suçun oluşmasını önlemeyecektir.

Suçun oluşması için, sisteme erişimin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Sözelimi yalnızca yetkili kişilerin girmesine izin verilen ya da belli bir şifre ile girilebilen sisteme üçüncü kişi tarafından erişilmesi durumunda suç oluşacaktır. Çünkü bu durumda sistem özel bir şifre ile korunmaktadır. Ancak, sisteme erişmeye yetkili olan kimse, üçüncü kişiye şifresini vermiş ve sisteme o şekilde erişilmişse suç oluşmaz. Bunun dışında, bir mahkeme kararına dayanılarak, sözelimi, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 134 gereğince, bilgisayarda arama işlemine girilmişse, yine hukuka uygunluk nedeni var sayılmaktadır ve suç oluşmaz. Aynısını, CMK m. 135'te düzenlenmiş olan "*iletişimin tespiti tedbiri*" bakımından da söylemek mümkündür. Örneğin, CMK m. 135 gereğince, şüphelinin e-postalarının izlenmesi için bilişim sistemine girilmesi durumunda da suç oluşmayacaktır. Ayrıca, kanaatimizce, "*etik hacker*" veya "*beyaz hacker*" olarak adlandırılan ve bir kurumun sistemindeki zafiyetleri ortaya koymakla görevlendirilen kişiler de bu suçun faili olamazlar. Ancak bunun için, adı geçen kişilerin, sistemine girilmesine izin veren kuruluşa karşı bir eylemi söz konusu olmalıdır. Örneğin, Microsoft'un sistemindeki zayıflıkları ortaya çıkarmak için bu şirket tarafından görevlendirilen ve şirketin sistemine giren kişilerin durumu bu kapsamda ele alınabilir.

Bu suçun yasada öngörülen cezası bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır. Ancak, sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse ceza altı aydan iki yıla kadar hapis olarak uygulanacaktır.

2. Bilişim Sistemine Müdahale ve Bilişim Sistemi Aracılığıyla Yarar Sağlama Suçu

TCK'daki diğer düzenleme ise TCK'nın 244. maddesindedir. Buna göre, bu suç bakımından aşağıdaki ölçütlere göre değerlendirmeye gidilecektir.

TCK m. 244/4'te "yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamanın başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur." ifadesi yer almaktadır. Öyleyse, öncelikle, yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin (suçun maddi unsurunun) neler olduğunun açıklığı kavuşturulması, suçun nitelendirmesi bakımından önem taşımaktadır.

TCK m. 244/1'de bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi veya bozulması fiili yaptırıma bağlanmıştır. İşleyişin engellenmesinden kasıt, bir tanıma göre, sistemin düzgün işleyişinden ötürü elde edilecek yararın engellenmesi veya sistemin olağan işlevini yerine getiremeyecek hale getirilmesidir.⁷ Diğer bir tanım ise, işleyişin engellenmesinden, sisteme yapılan eklerle, sistemin usulüne uygun şekilde değerlendirilmesi olanağının kaldırılması, sistemin amacını yerine getiremeyecek duruma getirilmesinin anlaşılması gerektiği yönündedir.⁸

Belirtmek gerekir ki işleyişin engellenmesi her somut olayda farklı biçimde ortaya çıkabilir. Örneğin sistemi besleyen elektrik kesilebilir, sistemin çalışması için mutlaka gerekli olan bir donanım çıkarılabilir, sistemin kabloları sökülebilir, sisteme virüs veya benzeri bir zararlı yazılım yüklenebilir, sistemde olmayan bir şifre sisteme yerleştirilebilir veya sistemdeki mevcut şifre değiştirilebilir.⁹ Sistemin elektronik posta yoluyla kilitlenmesi de işleyişinin engellenmesi olarak tanımlanabilir.¹⁰

TCK m. 244/1'de tanımlanan diğer bir hareket ise sistemin işleyişini bozmaktır. Bozmak, *Türk Dil Kurumu Sözlüğü*'nde "bir şeyi kendisinden beklenen işi yapamayacak duruma getirmek" olarak tanımlanmıştır.¹¹ Buna göre, sistem bozulduğunda tamamen çalışamaz hale gelmektedir.¹²

⁷ Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları*, s. 263; aynı yönde Kurt, Levent, *Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.164.

⁸ Kardeş, Ümit, "Bilişim Dünyası ve Hukuk", *Karizma Dergisi*, Sayı 13, 01.03.2003, s. 16.

⁹ Dülger, M. Volkan, *Bilişim Suçları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2004, s. 234.

¹⁰ Kurt, *Bilişim Suçları*, s. 164.

¹¹ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=bozmak> (Erişim Tarihi: 26.01.2009)

¹² Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 45.

Çalışamaz hale gelmekten kasıt ise, sistemin çökertilmesi, program akışının değiştirilmesi, bozulması, sistemin soyut unsurlarının örneğin virüsler aracılığıyla işleyemez hale getirilmesidir.¹³ Buna göre, yazılımın kısmen veya tamamen çalışamaz hale getirilmesi durumunda ya da sistemin çalışmasına yarayan düzeneğe zarar verilmesi durumunda sistem eğer bir daha çalışmayacak hale geliyorsa, sistemin işleyişinin bozulduğu kabul edilmelidir¹⁴. Buna örnek olarak bilgisayarın hard diskini kırmak ya da fiziki bir etkiyle (örneğin baltayla parçalamak gibi) hard diske zarar vermek gösterilebilir. Çünkü hard diske bu şekilde verilen zarar sonucunda, hard diskteki verilere ulaşabilmek olanaksız olacaktır. Bunun sonucu da sistemin işleyemez hale gelmesidir. Aynısı, CD, DVD, taşınabilir bellek gibi veri taşıma araçları için de geçerlidir.

TCK 244/2’de ise suçun maddi unsuru olarak verilerin bozulması, yok edilmesi, değiştirilmesi, erişilmez kılınması, sisteme veri yerleştirilmesi, var olan verilerin başka yere gönderilmesi tanımlanmıştır. Bu fiillerin sonucunda faile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilecektir.

Veri kavramından neyin kast edildiğini tanımlamak da TCK m. 244’teki suçun anlaşılması bakımından önem taşımaktadır. Bilişim hukuku anlamında veri, “*olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum veya işlem için elverişli biçimde gösterilmesi*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁵ Örneğin, perakende satış yapan bir mağazada, bir müşterinin siparişinde yer alan kimliği, sipariş ettiği ürün, satın almak istediği ürün miktarı ve ürün fiyatı o mağaza için ham haldeki veridir.¹⁶

Somut olayımızdaki suçun tanımlamasının daha sağlıklı ortaya konabilmesi bakımından TCK m. 244/2’deki eylemleri de açıklamak gerekecektir. Verilerin bozulması, biraz yukarıda açıkladığımız sistemin işleyişinin bozulmasından çok da farklı değildir.¹⁷

¹³ Kurt, *Bilişim Suçları*, s.164.

¹⁴ Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1.Baskı, Mayıs 2005, s. 188

¹⁵ <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=veri> (Erişim Tarihi: 26.01.2009)

¹⁶ Özkul, Davut, “Bilişim Sistemi Kavramı ve Bilişim Sistemlerinin Denetimi”, *Sayıştay Dergisi*, Sayı 44-45, 01.06.2002, s.13

¹⁷ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 46

Burada, fail hakkında TCK m. 244/1'in mi yoksa m. 244/2'nin mi uygulanacağını tespiti bakımından, failin kastı ortaya koymak önem taşımaktadır. Bu konuda, öğretide iki görüş öne sürülmüştür. İlk görüşe göre,¹⁸ birinci fıkra bakımından failin kastı, hangi yolla olursa olsun sistemin işleyişini bozmak veya sisteme zarar vermektir. Oysa ikinci fıkrada fail sistemin bütününe zarar vermek yerine, yalnızca sistemdeki belli verilere ve belli uygulama yazılımlarına zarar vermek kastıyla hareket etmektedir. Bunun sonucu olarak da ikinci fıkranın yaptırımı daha hafif düzenlenmiştir.

İkinci görüşe göre ise,¹⁹ ikinci fıkradaki suçun oluşması için, failin eyleminin bilişim sisteminin işleyişini engelleyecek hale gelmemesi gerekir. Maddede tanımlanan seçimlik hareketlerden biri yoluyla sistemin işleyişi engellenmişse, artık TCK m. 244/1 uygulanacaktır.

TCK m. 244/2'de tanımlanan diğer bir eylem ise "*verileri yok etmek*"tir. Bilişim sistemindeki verilerin yok edilmesinden, verilere ulaşılmasının tamamen engellenmesi anlaşılmalıdır.²⁰ Bu durumda, bilişim sistemindeki veriler, yukarıda hard diskin kırılması örneğinde olduğunun aksine, somut olarak değil, soyut (mantıksal) olarak ortadan kaldırılmaktadır. Bu tür verilerin yeniden ortaya çıkarılması, bazen uzun uğraşlar sonucunda bazen de kolaylıkla mümkün olabilmektedir. Verilerin yok edilmesine örnek olarak, bilişim sisteminin belleğindeki verilerin geri dönüşümü olanaksız biçimde silinmesi (format edilmesi) verilebilir.

TCK m. 244/2'de tanımlanan diğer bir eylem ise, verilerin değiştirilmesidir. Bundan kasıt, bilişim sistemindeki bir verinin silinerek yerine başka bir verinin konması ya da sistemdeki veriyle başka bir verinin değiştirilmesidir.²¹ Bir başka deyişle, verilerin değiştirilmesinde verilerin orijinal halinden başka bir hale dönüştürülmesi söz konusu olmaktadır.²² Bu dönüştürmenin kısmen veya tamamen oluşu ya da dönüştürme ile çıkar sağlama ya da zarar verme kastı güdülmüş olması arasında, suçun oluşması bakımından fark yoktur. *Ancak, belirt-*

¹⁸ Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 236

¹⁹ Karagülmez, *Bilişim Suçları*, s. 190

²⁰ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 46

²¹ Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 237.

²² Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 47.

*memiz gerekir ki fail bu eylem sonucunda bir çıkar sağlamışsa ve eylem başka bir suç oluşturmuyorsa TCK 244/4 hükmü uygulanmalıdır.*²³

Nitekim Yargıtay 4. CD, 28.02.2000 tarih ve 2000/1068 E; 2000/1771 k sayılı ilamında,²⁴ sanık tarafından bilgisayar kayıtlarındaki sayaç çarpanlarının değiştirilerek eksik fatura düzenlenmesiyle 15 milyar lira eksik tahakkuk ve tahsilata neden olma eylemini 756 sayılı TCK'nın 525/b maddesi kapsamında değerlendirmiştir. *Bu tür bir eylem artık TCK 244/4 kapsamında değerlendirilecektir.*

Madde 244/2'de belirtilen diğer bir hareket ise "verilere erişilmez kılmak"tır. Verilere erişilmez kılmak kavramından neyin anlaşılması gerektiği yönünde üç farklı görüş öne sürülmektedir. İlk görüşe göre,²⁵ bu eylemden verileri kullanan ya da bu verilere malik olan kişinin dilediği zaman verilere ulaşmasının engellenmesi anlaşılmalıdır. Sözgelimi, sisteme giden elektriğin kesilmesi, verilerin bulunduğu sistemin bozulması, verilerin sistemden silinmesi, verilerin veri taşıma aygıtından silinmesi durumunda verilere erişilmez kılmak eylemi oluşacaktır. Verilerin, mutlaka bu verilerin malikine ait olması gerekmez. Suçun oluşması için önemli olan bu verilere erişme olanağının ortadan kaldırılmasıdır.

İkinci görüş ise,²⁶ verilere erişilmez kılınması eyleminden, bu verilere ulaşmaya yarayan anahtar sözcüğün değiştirilmesi yoluyla veriyi kullanmakla yetkili olan kimsenin bunları kullanamamasının anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Örneğin bir bilim sisteminin açılması için gerekli olan giriş şifresinin değiştirilmesi verilere erişilmez kılınması suçunu oluşturacaktır.

Üçüncü görüş ise,²⁷ verilere erişilmez kılınması eyleminin, sistemde şifre olmadığı halde sisteme şifre yerleştirmekle de işlenebileceğini savunmaktadır. Bu durumda, sisteme erişme yetkisi olan kimse, konulan şifre nedeniyle verilere ulaşamayacak ve verilere erişilmez kılmak suçu oluşacaktır.

²³ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 47.

²⁴ Aktaran: Kurt, *Bilişim Suçları*, s. 169.

²⁵ Dülger, *Bilişim Suçları*, s.237.

²⁶ Kurt, *Bilişim Suçları*, s. 170.

²⁷ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 48.

TCK m. 244/2’de belirtilen suçun diğer maddi unsuru ise “sisteme veri yerleştirmek”tir. Sisteme veri yerleştirmek, bilişim sistemini kullanmakla yetkili olan kimsenin (veya sistemin malikinin) bilgisi ve onayı dışında, dışarıdan herhangi bir verinin bilişim sistemine yerleştirilmesidir. Yerleştirme işlemi, kaydetme, ekleme veya yükleme şeklinde gerçekleştirilebilir. Veri yüklenirken kullanılan yöntem de bu eylemin oluşması bakımından önem taşımaz. Sözelimi, taşınabilir bellek, CD, disket ya da internet aracılığı ile de verinin yüklenebilmesi mümkündür. Failde, sisteme zarar verme kastı aranmaz. Bu kasıt olmasa da yalnızca sisteme girilerek verilerin değiştirilmesi bile başlıbaşına suçtur.²⁸

TCK m. 244/2’de belirtilen suçun diğer maddi unsurlarından biri de “verilerin başka yere gönderilmesi”dir. Veri göndermeden anlaşılması gereken, veri göndermeye ya da kopyalamaya yarayan bir araçla verilerin kopyasının çıkarılarak başka bir bilişim sistemine veri aktarılması ya da internet yoluyla (örneğin e-posta) bir sistemdeki verilerin başka bir sisteme aktarılmasıdır.²⁹ Burada da herhangi bir zarar doğmasa dahi yalnızca veri gönderme eylemi nedeniyle fail cezalandırılacaktır.³⁰ Ancak, burada veriler tamamen yok olmamıştır. Zira tamamen yok olması durumunda, biraz yukarıda incelemiş olduğumuz verileri yok etme suçu oluşacaktır.³¹

Belirtmemiz gerekir ki TCK m. 244/2’de tanımlanan suç seçimlik hareketli bir suçtur ve maddede sayılan (yukarıda incelenen) sistemin işleyişini engellemek, işleyişini bozmak, sisteme veri yerleştirmek, var olan verileri başka yere göndermek, verileri erişilmez kılmak, verileri değiştirmek veya verileri yok etmek hareketlerinden herhangi birinin gerçekleşmesi ile suç işlenmiş olacaktır.

TCK m. 244’te tanımlanan suçun banka ve kredi kurumları ya da kamu kurum ve kuruluşlarına ait bilişim sistemleri aleyhine işlenmesi suçtaki ağırlaştırıcı nedendir. TCK m. 244/1 ve 2. fıkralarındaki suçun manevi unsuru ise genel suç işleme kastıdır.

Sanıklar hakkında, TCK m. 244/4’teki bilişim sistemleri aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlanması suçunun oluşması ancak yukarıda

²⁸ Geniş açıklama için bkz Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 48 vd.

²⁹ Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 238.

³⁰ Kurt, *Bilişim Suçları*, s. 170.

³¹ Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 238.

ayrıntılı olarak açıklanan hareketlerden birinin işlenmesi ile oluşacaktır. *Bir başka deyişle, bir sanığın TCK 244/4'ten cezalandırılabilmesi için "bir bilişim sisteminin işleyişinin engellenmesi, sistemdeki verilerin bozulması, sisteme veri yerleştirilmesi, sistemdeki verilerin başka yere gönderilmesi, verilere erişilmez kılınması, verilerin değiştirilmesi veya yok edilmesi yoluyla kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız çıkar sağlanması" gerekmektedir. (Buradaki haksız çıkardan maddi bir çıkar anlamak gerekir kanısında-yız). Bu yetmemekte, bu şekilde sağlanan haksız çıkarın da başka bir suç oluşturmaması gerekmektedir. Eğer bu haksız çıkar başka bir suç oluşturuyorsa, TCK 244/4'ten hüküm kurma olanağı da olmayacaktır.* Böyle bir durumda, somut olaya göre, hırsızlık, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve zimmet gibi bir başka düzenlemeden hüküm kurulması gerekecektir.³² Ancak madde gerekçesinde "*fülin daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerekir*" şeklinde bir ifade yer almaktadır. Gerekçe, ceza hukuku uygulamasında, yargıca yol gösterici olarak kabul edildiğinden, gerekçeye göre hüküm kurmak yanıltıcı olacaktır.

TCK m. 244/4'te tanımlanan suç bakımından, failde *özel kast* aranmalıdır. Bu kasıt, yukarıdaki fıkralarda tanımlanan hareketler yoluyla, kendisine veya bir başkasına maddi bir çıkar sağlama kastı olarak anlaşılmalıdır.³³

AK-SSS'nin 4. ve 5. maddelerinde, TCK m. 244'teki düzenlemelere koşut düzenlemeler mevcuttur. Sözleşme'nin 4. maddesinde "*verilere müdahale*"; 5. maddesinde ise "*sistem engellemeleri*" eylemleri tanımlanarak yaptırıma bağlanmıştır. Bu bağlamda, TCK m. 244 ile AK-SSS arasında bir koşutluk olduğunu söyleyebiliriz.

Sözleşme'nin 4. maddesindeki suçun oluşması için verilerin silinmesi, bozulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması gerekir. Ayrıca, failde kasıtlı olarak sisteme müdahale etme kastı olmalıdır. Suçtaki eylemler, seçimlik hareketlerdir. Taraf devletleri suçu "*tehlike suçu*" olarak belirleme konusunda takdir hakkına sahiptirler.

Sözleşme'nin 5. maddesindeki suçun oluşması içinse sistemin çalışmasını zorlaştıracak şekilde sisteme veri yüklenmesi, verilerin silinmesi, bozulması, değiştirilmesi, sistemden dışarıya veri aktarılması gerekir. Suçun oluşması için, failde genel kastın varlığı yeterlidir. Söz-

³² Geniş açıklama için bkz Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 57 vd.

³³ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 59.

leşmedeki hareketlerin sınırlı sayıda olmadığını da belirtmemiz gerekmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta ise, bilişim sistemin de yer alan verilerin veya programların kısmen veya tamamen tahrip edilmesi, değiştirilmesi, işlevleriyle oynanması, olağan işleyişlerinin engellenmesi, erişiminin kısıtlanması eylemleri genel olarak bilişim sistemlerine karşı mala zarar verme suçu biçiminde tanımlanmıştır. Fransa, Almanya, Danimarka, Finlandiya, Avusturya, İtalya, İsveç Ceza Kanunları buna örnektir. Bu eylemleri ayrı kanun şeklinde düzenleyen ülkeler de mevcuttur. İngiltere ve İrlanda bunlara örnek gösterilebilir.

Son olarak belirtilmelidir ki TCK m. 244, 765 sayılı TCK'nın 525/b.1 maddesinin karşılığını oluşturmaktadır.

BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇU

TCK 245. maddesinde düzenlenen "*Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması*" suçu bakımından da bir değerlendirmeye gitmek gerekecektir.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki TCK'nın 245. maddesi, 765 sayılı TCK'nın 525/b.2 maddesinin karşılığını oluşturmaktadır ve o dönemde verilen Yargıtay kararları da bu bağlamda yol gösterici olarak kabul edilebilecektir. Ancak o dönemdeki çelişkili Yargıtay kararları ve bunun sonucunda ortaya çıkan tartışmaların sonlandırılması için TCK 245 yeniden kaleme alınmış ve Yargıtay CGK'nın o dönemdeki tartışmaları sonlandırmak için verdiği 10.04.2001 tarih ve 2001/76-30 E; 2001/757 K sayılı kararı da göz önünde bulundurulmuştur.³⁴ Yargıtay'ın adı geçen kararında özetle, "*sanığın haksız olarak ele geçirdiği başkasına ait kart ve şifre ile bankanın ATM makinelerinden para çekilmesi eylemi TCK'nın 525/b.2'deki "bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistemi kullanarak kendisine hukuka aykırı yarar sağlama suçu"nu (bilişim suçu) oluşturur.*" denmiştir.

Ayrıca, TCK 245. maddenin gerekçesinde de "*Aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratio legis'lerinin tümünü de içeren bu fiillerin, duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek*

³⁴ Yargıtay Kararları Dergisi, Haziran 2001, s. 913-915.

amacıyla, bağımsız suç haline getirilmesi uygun görülmüştür." şeklindeki ifadede de banka veya kredi kartı yoluyla elde edilen her türlü çıkarın TCK m. 245 anlamında değerlendirileceği anlatılmak istenmiştir.

TCK'nın 245. maddesinde üç ayrı suç düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, başkasına ait bir banka veya kredi kartını, bu kartı ne şekilde ele geçirmiş olursa olsun, elinde bulunduran kimsenin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın kullanarak veya kullandırarak kendisinin ya da bir başkasının adına çıkar sağlaması suç olarak düzenlenmiştir.

İkinci fıkrada ise, başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretilmesi, satın alınması, satılması, devredilmesi, kabul edilmesi suç olarak düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkrada, sahte olarak üretilmiş olan ya da üzerinde sahtecilik yapılan bir kredi kartını kullanmak yoluyla kendisine veya bir başkasına yarar sağlama fiili suç olarak düzenlenmiştir.

TCK m. 245/1'deki suçu kısaca "*başkasının kartıyla yarar sağlama suçu*" olarak tanımlayabiliriz.³⁵ Bu suçun oluşması için, failin kartı ne şekilde elde ettiği önem taşımaz. Buluntu, çalıntı (ya da hatta belki de rızaen teslim) yoluyla kart elde edilmiş olsa da suç oluşacaktır. Kartın ne şekilde elde edildiğinin önem taşımaması, maddedeki "*her ne surette olursa olsun*" deyiminden yola çıkılarak söylenebilir.

Suçun oluşumu için önemli olan en temel nokta, kartı kullanan kimsenin, *bir başkasına ait kredi kartını kullanarak* kendisinin veya bir başkasının adına bir çıkar elde etmesidir. Bu çıkar, kartın bizatihi kullanılması yoluyla ya da kart bilgilerinin veri iletim ağlarında (internet) kullanılması yoluyla ya da karttan alışveriş yapılması yoluyla olabilir.

Suçun oluşması için gereken ikinci koşul, maddedeki deyişle, "*kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın*" kartın üçüncü kişi tarafından kullanılmış olmasıdır.

Suçta korunan hukuki yarar konusunda değişik görüşler öne sürülmüş olmakla birlikte, maddenin gerekçesinden de yola çıkılarak, kanımızca korunan hukuki yararın karma bir nitelik taşıdığı belirtilebilir.³⁶ Ancak, yine de en baskın olan hukuki yarar kişinin malvarlığıdır. Zira

³⁵ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 66.

³⁶ Geniş bilgi ve açıklamalar için Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 63.

söz konusu suçun işlenmesi ile kişinin malvarlığında ciddi kayıplar oluşmaktadır.

Suçta herkes fail ve mağdur olabilir. Ancak, suçun işlenmesi için gerekli olan banka ve kredi kartlarının kopyalanmasında gereken teknik donanıma sahip olunması ve bu donanımın nasıl kullanıldığına bilinmesi fail bakımından bir özellik olarak düşünülebilir. Suçun mağduru, malvarlığında azalma olan kimsedir. Banka veya kredi kurumu ise ancak suçtan zarar gören sıfatını taşıyabilir.³⁷

Suçun oluşumu için failde genel kastın mı özel kastın mı aranması gerektiği tartışmalı olmakla birlikte, kanımızca madde metninde yer alan “yarar sağlamak” ifadesi de gözetildiğinde, bu yararın “hukuka aykırı yarar” olduğu belirtilmeli ve bu durumda failde özel kastın varlığı aranmalıdır.³⁸

TCK m. 245/4’te özel bir cezasızlık sebebi düzenlenmiştir. Buna göre, bu maddenin ilk fıkrasındaki suçun haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birine, üstsoy veya altsoya veya bu derecedeki kayın hısımlarından birine ya da evlat edinene veya evlatlığa; aynı konutta yaşayan kardeşlerden birine karşı işlenmesi durumunda ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Burada, ceza verme konusunda yargıcın bir takdir hakkı yoktur. Yargıç, cezayı veremeyecektir.

245. madde benzeri düzenlemelere karşılaştırmalı hukukta da rastlanmaktadır. Örneğin ABD’de³⁹ 1986 tarihli “Elektronik Haberleşme Gizliliği Kanunu” (*Electronic Communication Privacy Act*) ve “Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanımı Kanunu” (*Computer Fraud and Abuse Act*) ile “Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi Kanunu” (*Credit Card Fraud Act*); Hollanda’da 1 Mart 1993 tarihli Ceza Kanunu değişikliği,⁴⁰ İsviçre’de 01.01.1995 tarihli Ceza Kanunu değişikliği, Almanya’da⁴¹ Ceza Kanunu’nun 226.b maddesi bu tür suçları düzenleyen değişik kanunlara örnektir.

³⁷ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 64.

³⁸ Aynı yönde Karagülmez, *Bilişim Suçları*, s. 216.

³⁹ Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları*, s. 191; Karagülmez, *Bilişim Suçları*, s.197.

⁴⁰ Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları*, s. 174.

⁴¹ Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması*, Analiz Basım Yayın, İstanbul, 2002, s. 254.

TCK'nın 246. maddesinde ise, tüzel kişilerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, bilişim suçu faili tüzel kişilikse, tüzel kişiliğe ceza verilmeyecek ancak TCK m. 20/2 anlamında, tüzel kişilik hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

5237 SAYILI TCK'DAKİ DİĞER BİLİŞİM SUÇLARI

Yukarıda incelediğimiz suçların yanı sıra, diğer bazı suçlar da bilişim alanında suçlar başlığında düzenlenmemiş olmasına rağmen, bilişim sistemleri aracılığıyla işlenebilecektir.

Bu suçları da iki başlık altında incelemek mümkündür. İlk başlıkta, kişilerin özel hayatına karşı işlenen suçlar olan ve TCK m. 132'deki "*Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu*", TCK m. 135'teki "*Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*"; TCK m. 136'da düzenlenmiş olan "*Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme*" suçu ile TCK m. 138'de düzenlenen "*Verilerin Yok Edilmemesi*" suçları ile TCK m. 226. maddesinde düzenlenen "*Müstehcenlik*" suçlarıdır.

İkinci başlıktaki suçlar ise, kişilerin özel yaşamının korunması ile doğrudan doğruya bağlantılı olmamakla birlikte, bilişim sistemleri aracılığı ile de işlenebilen TCK m. 106'daki tehdit, TCK m. 124'teki "*Haberleşmenin Engellenmesi*"; TCK m. 125'teki "*Hakaret*"; TCK m. 142/2.e'deki "*Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Yoluyla Hırsızlık*" ile TCK m. 158/1.f'deki "*Bilişim Sistemlerinin Kullanılması Yoluyla Dolandırıcılık*" suçlarıdır.

Bunlardan en yaygın olarak görülenleri hakaret, tehdit ve hırsızlıktır. Dolayısıyla, bu suçlara kısaca değinilecektir.

Hakaret suçu, TCK m. 125'te düzenlenmiştir ve bilişim suçu bakımından maddenin ikinci fıkrası önem taşımaktadır. Buna göre, mağduru hedef alan sesli, yazılı veya görüntülü bir ileti suçun oluşması için yeterli olacaktır. Örneğin, mağdura yönelik hakaret ya da sövme içeren bir e-posta gönderilmesi sonucunda suç oluşacaktır. TCK m. 106'daki tehdit suçu bakımından da aynısını söylemek mümkündür.

TCK 142.2'e'de hırsızlık suçunun bilişim sistemleri aracılığı ile işlenmesi nitelikli hırsızlık olarak kabul edilmiş ve bu fiil basit hırsızlığa göre daha ağır bir yaptırıma bağlanmıştır. Bu suça örnek olarak, uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve "*internet hırsızlığı*" olarak da adlandırılır.

lan suç verilebilir. Bu durumda, bir başkasının hesabına girilerek o hesaptaki paraları kendi hesabına aktaran fail, aslında mağdur olan kimsenin parasını çalmaktadır. Bir başka şekilde belirtilecek olursa, bu eylem nedeniyle, fail bir başkasının malvarlığına zarar vermektedir. Ortada, somut banknot / madeni para şeklinde bir para olmasa da bir başkasına ait malvarlığının hukuka aykırı olarak elde edilmesi söz konusu olduğundan, hırsızlık suçunun TCK m. 141’de tanımlanan maddi unsurunun da oluştuğu kabul edilmelidir.

Öğretide Tezcan-Erdem-Önok tarafından,⁴² TCK 141. maddesinde, hırsızlığın basit halinin tanımlandığı, bu maddede somut nesnelere çalınmasının yaptırma bağlandığı, bunun istisnası olarak ise elektrik enerjisinin belirtildiğini, ancak bilişim sistemlerinin kullanılması yoluyla hırsızlık suçunun ne somut nesnelere yönelik ne de elektrik enerjisine yönelik olduğunu, bu nedenle de maddenin tartışmalara yol açacak uygulamaların önünü açacağı, hatta m. 142/2.e’deki düzenlemenin uygulanmasının çok zor olduğu yönünde bir görüş öne sürülmüştür.

Ancak bu görüş, kanaatimizce doğru değildir.⁴³ Zira her şeyden önce, yasa koyucu TCK m. 142/2.e düzenlemesini ihdas etmişse, bunun bir anlamı olmalıdır. Çünkü “yasa koyucu abesle iştigal etmez!”. Şu halde, TCK m. 142/2.e’nin uygulaması nasıl olmalıdır?

Bir başkasının hesabına girilerek o hesaptaki paraları kendi hesabına aktaran fail, aslında mağdur olan kimsenin parasını çalmaktadır. Bir başka şekilde belirtilecek olursa, bu eylem nedeniyle, fail bir başkasının malvarlığına zarar vermektedir. Ortada, somut banknot / madeni para şeklinde bir para olmasa da bir başkasına ait malvarlığının hukuka aykırı olarak elde edilmesi söz konusu olduğundan, hırsızlık suçunun TCK m. 141’de tanımlanan maddi unsurunun da oluştuğu kabul edilmelidir.

Kanaatimizce, bankadan para çekip çantasına koyan mağdurun çantasından bu parayı almakla, kişinin banka hesabına bilişim korsanlığı yoluyla girilerek failin kendi hesabına para aktarması arasında hiç-

⁴² Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 5560 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 506.

⁴³ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 116, 117.

bir fark yoktur.⁴⁴ Her iki durumda da mağdurun hesabında, failin yararına bir artış (mağdurun zararına azalma) söz konusu olmakta ve her iki eylem de mağdurun rızasına aykırı olarak gerçekleşmektedir. Burada, bilişim sisteminin varlığı yanıltıcı olmamalıdır. Bilişim sistemi, hırsızlık suçunda yalnızca bir araç konumundadır. Dolayısıyla, bilişim sistemi aracılığı ile hırsızlık suçunun varlığı kabul edilmelidir.

Nitekim Yargıtay 11. CD 24.10.2002 tarih ve 2002-5711 E. 2000/8416 K. sayılı kararında⁴⁵ şu ifadelerle konuya ışık tutmuştur:

"E... Bankası İzmir Otomasyon Bölge Merkezi'nde şef olarak görev yapan sanığın, yakınlık kurduğu banka personelinin bilgisayarının başında bulunmadığı bir sırada personelin şifresiyle H.Ö adınan sıfır bakiyeli vadeli hesap açarak aynı gün şube mudilerinden İ.A'nın hesabını 8 milyar lira düşürüp H.Ö adına açtığı hesabı, aynı miktarda yükseltmek suretiyle gerçekleştirdiği eylemi 765 sayılı TCK m. 525/b.2'de (TCK m. 244/4) belirtilen eylem kapsamında değerlendirilmesi gerekirken..."

Buna göre, eğer yalnızca hesaplar arasında para aktarma söz konusu ise fail TCK m. 142/2.e'deki nitelikli hırsızlıktan; ancak para aktarmanın yanı sıra, hesapları dengeleyici bir tarzda, bir hesabın bakiyesinin (verilerinin) artırılarak diğer hesabın bakiyesinin (verilerinin) düşürülmesi söz konusu ise failin TCK m. 244/4'ten cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Diğer yandan, TCK m. 244/4'ün mü yoksa 142/2.e'nin mi uygulanacağına tespitinde, failin sisteme şifre kırma yoluyla mı yoksa mağdurun şifresini öğrenmek suretiyle mi girdiği de önem taşımaktadır. Zira fail eğer şifre kırma yoluyla bilişim sistemine erişmiş ve bu şekilde verileri göndermek suretiyle kendisi yararına bir çıkar elde etmişse TCK m. 244/4, şifreyi gizlice öğrenmek suretiyle verileri elde etmişse TCK m. 142/2.e'nin uygulanması söz konusu olacaktır.

TCK 158/1.f'de dolandırıcılığın nitelikli hali düzenlenmiştir. Dolandırıcılık suçunun maddi unsuru, failin hileli hareketlerle bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına yarar sağlamasıdır. (TCK m. 157)

Kanaatimizce, dolandırıcılığın nitelikli hali olan ve TCK m. 158/1.f'de tanımlanan bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle ger-

⁴⁴ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 117.

⁴⁵ Aktaran, Kurt, *Bilişim Suçları*, s.169.

çekleştirilen dolandırıcılık eylemi şu anda bilinen bilişim suçlarının hiçbirinde uygulama alanına sahip değildir.⁴⁶ Zira bir eylemin dolandırıcılık olarak değerlendirilmesinin en temel koşulu, hileli hareketlerin bireye karşı yapılması gerekmektedir.⁴⁷ Oysa TCK m. 158/1.f' de bireye karşı olan bir hileli hareket söz konusu değildir. Bu nedenle, somut olayda dolandırıcılık suçunun varlığı kabul edilemez.

MÜSTEHCENLİK SUÇU

TCK m. 226/3'te müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişinin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bu noktadan hareketle, öncelikle bu tür ürünlerin üretiminin ne anlamda yorumlanması gerektiği, suçun oluşumu bakımından önem taşıyacaktır.

Üretim, bir hammaddeyi veya yan ürünü işleyerek, bir sanayi ürünü veya bir mal üretme işlemi olarak tanımlanabilir.⁴⁸ Buna göre, müstehcen görüntülerin oluşturulmasında çocukların kullanılması da üretim sayılacak ve TCK 226/3'teki suç oluşacaktır.

TCK m. 226/3.c.2'de müstehcen görüntülerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, *depolanması*, ihraç edilmesi, *bulundurulması*, ya da başkalarının kullanımına sunulması suç olarak kabul edilmiştir. Bir başka deyişle, müstehcenlik suçunun maddi unsuru bu sayılan eylemlerden herhangi biridir.

Görüldüğü gibi, bulundurma eylemi de maddeye göre suç sayılmaktadır. *Ancak, salt lafzi yorumla yola çıkılarak, kanundaki "bulundurma" eyleminin başlı başına suç sayılması birtakım ciddi hukuki sorunlara yol açabilecektir.* Öncelikle belirtmemiz gerekmektedir ki TCK m. 226 yorumlanırken, tüm internet kullanıcılarının neredeyse yarısının internetteki pornografinin "*tüketicisi*" olduğu da düşünülmesi ve *müstehcenlik kavramının olabildiğince dar yorumlanması* doğabilecek olası mağduriyetleri baştan önleyebilecektir.⁴⁹

⁴⁶ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 81.

⁴⁷ Aynı yönde bkz Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel, s. 556; Dönmezer, Sulh, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayıncılık, 16. Baskıdan Tıpkı 17. Baskı, İstanbul, Ekim 2004, s. 449.

⁴⁸ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Üretim> (Erişim Tarihi: 19.01.2009)

⁴⁹ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 123.

TCK'nın 226. maddesi açık ve net biçimde kaleme alınmamıştır. Bu yönden de yoruma açıktır. Oysa ceza hukukunda temel kural, normların yoruma açık olmaması ve kafalarda herhangi bir kuşku uyandırmamasıdır. Ancak, maddedeki anlatımın kötü olması nedeniyle, TCK m. 226/3.c.2'de kanaatimizce yalnızca çocuklara ilişkin müstehcenlik değil; tüm müstehcen görüntüler yaptırıma bağlanmıştır.

Bu durumda, kanımızca, herhangi bir müstehcen görüntünün ülkeye sokulması, dağıtılması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması veya başkalarının kullanımına sunulması fiilleri TCK m. 226/3.c.2'deki suçu oluşturacaktır. Bulundurma, sanığın bilgisayarında veya veri taşıma aygıtında yer almasıdır. Depolamaktan kasıt ise, müstehcen içerikli görüntülerin, bilgisayarda, veri taşıma aygıtında yer alması ancak, bu verilerin sayısının bulundurmaya göre daha fazla olmasıdır. Sözelimi, tek bir görüntünün yer alması bulundurmak olarak tanımlanırken, birden çok görüntünün bir veri taşıma aygıtında ya da bilgisayara da yer alması depolama olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca, bulundurmada amaç "tüketmek" olarak yorumlanabilir. Zira sanığın veri taşıma aygıtında bir veya birkaç görüntü yer almakta ve sanık bu görüntülerden kendisi yararlanmaktadır. Ancak depolamada ise, görüntü sayısı çok olduğundan, sanığın bu görüntüleri satma, dağıtma gibi bir amacı olabilir.

Tam bu noktada, TCK m. 226. maddenin müstehcen içerikli herhangi bir görüntüyü bulundurmanın ya da depolamanın suç sayılmasının laik devlette kabul edilebilir bir uygulama olmadığını da belirtmemiz gerekmektedir.⁵⁰ Zira bir laik devlette ve hukuk devletinde, devlet vatandaşının "kişisel bilgisayarında" hangi görüntüleri bulundurduğu ile veya depoladığı ile ilgilenmemelidir. Aksi halde, tabiri yerindeyse, devlet "namus bekçiliği"ne soyunmuş olacaktır ki bu tür bir yaklaşımın kişilerin özel yaşamına aykırı olduğu da açıktır.⁵¹

Bu açıklamalardan yola çıkılarak denilebilir ki TCK m. 226/3.c.2 dar yorumlanmalı⁵² ve yetişkinlere ilişkin müstehcen görüntülerin bulundurul-

⁵⁰ Taşkın, *Bilişim Şuçları*, s. 126.

⁵¹ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 6.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 464.

⁵² Nebil Sarp, Füsün, "İnternet Sitelerinin Filtrelendirilmesi" konulu sunum, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, 8 Ocak-11 Ocak 2008, Bilişim ve Hukuk, Cilt 2, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 41.

ması veya depolanması suç olarak kabul edilmemelidir. Ancak, çocuklara ilişkin müstehcen görüntülerin ise bulundurulması ya da depolanması ise suç sayılmalıdır.

Nitekim Yargıtay 5. CD.27.03.1995 tarih ve 1991-749 E; 1670 K sayılı ilamında⁵³ “Sanıkların müstehcenlik içeren bir kaseti yalnızca izlemek amacıyla birbirlerine vermeleri şeklindeki eylemde, sanıklarda ticaret ve teşhir kastı olmadığı için fiilin alenen müstehcen hareket sayılabilmesinin olanaksız olduğu gözetilmeden mahkumiyet hükmü verilmesi BOZMAYI gerektirmiştir.” diyerek, müstehcenlik suçunun oluşması için failde ticaret ve teşhir kastının varlığını aramıştır.

Yine Yargıtay 5. CD, 28.03.1991 tarih ve 1991-685 E; 1991-1719 K sayılı bir başka kararında⁵⁴ yetişkinlere ilişkin müstehcenlikle ilgili şu kararı vermiştir: “Kahvehanede yalnızca video kaset bulunduraktan ibaret olan sanığın fiilinin umuma teşhir edilmiş müstehcen hareket sayılamayacağı yönünde hüküm kurulması gerekirken, mahkumiyet kararı verilmesi Bozmayı gerektirmiştir.”

Ancak, çocuklara ilişkin müstehcenlik bakımından Yargıtay 5.CD, 01.10.2007 tarih ve 2007-9856 E; 2007-6957 K. sayılı son kararlarından birinde⁵⁵ özetle “...Çocuk pornografisi ve hayvanlarla yapılan cinsel davranışlara ilişkin çok sayıda resim ve video kaydını bilgisayar sistemi vasıtasıyla temin edip bilgisayarda sistematik bir şekilde depolama ve bulundurma fiili kişisel amaçlı dahi olsa 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesi yollamasıyla 226/3. maddesindeki suçu oluşturur.” demiştir. Karara konu olan olayda, sanığın bilgisayarında çocuk pornosu içerikli 23.000 den fazla fotoğrafa ve 550'nin üzerinde video kaydına rastlanmış, ayrıca, çocuk ve yetişkin birinin hayvanlarla cinsel ilişkisini gösterir fotoğraflar da bulunmuştur.

Yargıtay'ın bu yaklaşımının yanı sıra, biraz aşağıda, konunun daha iyi anlaşılması için müstehcenlik suçunun karşılaştırmalı hukuktaki ve uluslararası sözleşmelerdeki düzenlemelerini de kısaca incelemekte yarar görmekteyiz.

Henüz tarafı olmadığımız Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nin (AK-SSS) 9. Maddesinde,⁵⁶ çocuk pornografisine ilişkin mater-

⁵³ Aktaran: Soyaslan, Özel Hükümler, s. 465.

⁵⁴ Aktaran: Soyaslan; Özel Hükümler, s. 465.

⁵⁵ Yargıtay Kararları Dergisi, Şubat 2008, s. 337.

⁵⁶ Geniş bilgi için bkz Helvacıoğlu, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi”; İnternet

yalın elektronik olarak üretimi, dağıtımı ve bu materyale sahip olunması eylemlerinin cezalandırıldığı görülmektedir. Ancak, burada ilk dikkatimizi çeken konu, AK-SSS'nin yalnızca çocuklara ilişkin müstehcen görüntülere sahip olunmasını (veya bu görüntülerin ticaretinin yapılmasının; depolanmasının ya da yayılmasının) suç sayıyor oluşudur. Yetişkinlere ilişkin müstehcen görüntülerin bulundurulması veya depolanması bu Sözleşme'ye göre suç değildir.

Yine AK-SSS'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında, çocuk pornografisi tanımlanmış ve bu eylemlerin kapsamında cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit olmayan kişinin katılımını; cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit görünmeyen bir kişinin katılımını; cinsel anlamda müstehcen bir eyleme reşit görünmeyen bir kişinin katılımını gösteren görüntüler çocuk pornografisi kapsamında ele alınmıştır.

Yine AK-SSS m. 9/3 gereğince, "reşit olmayan kişi" terimi 18 yaşından küçük olan kişileri ifade etmektedir. Ancak, Sözleşme'ye taraf olan devletlerden herhangi biri, 18 yaş olan bu sınırı daha küçük bir yaş olarak da belirleyebilecektir. Bu yaş sınırı hiçbir şekilde 16 yaşından aşağı belirlenemeyecektir.

ABD'de *Çocukların Online Yayınlardan Korunması Yasası (Child Online Prevention Act)*; *Çocuk Pornografisinin Önlenmesi Yasası, (Child Pornography Prevention Act)* ile çocuklara ilişkin zarar verici içeriğin yayınlanması durumunda ticari kazanç sağlanmışsa, fail 6 aya kadar hapis ve 50.000 USD'ye kadar para cezasına çarptırılacaktır. Hatta bilimsel amaçla bile olsa, çocuk pornosuna ilişkin araştırma yapılması suç sayılmaktadır.⁵⁷ Fransa'da⁵⁸ küçüklere yönelik olmadığı sürece pornografi suç sayılmamıştır. Ancak, pornografik ve şiddet içerikli yayınlara (internet de dahil), küçükler tarafından erişilebilir kılınması suç olarak

ve Hukuk, s. 287; ayrıca bkz Dülger, M. Volkan; "Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 78, Sayı 2004/4, s.1488-1493; Erbaşı, Aslıhan Ayşe; "Çocuk Pornografisi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 81, Sayı 2007/4, s.1609-1647.

⁵⁷ Geniş bilgi için bkz Akdeniz, Yaman, "Controlling illegal and harmful content on the internet", *Crime and The Internet*, Edited by David S.Wall, First Published 2001, by Routledge, London, s.117; Smith, Russel/ Grabosky, Peter/ Urbas, Gregor, *Cyber Criminals on Trial*, First Published by Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s. 75-76).

⁵⁸ Sınar, Hasan, *İnternet ve Ceza Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1.Baskı, Temmuz 2001, s. 98.

kabul edilmiştir. (Fransız Ceza Kanunu m. 227-24). Keza İngiltere’de çocuklara karşı internet üzerinden işlenen suçlar “*tehlike suçu*” olarak kabul edilmektedir.⁵⁹ Çocuk pornografisinin suç olduğu ülkelere örnek olarak Rusya Federasyonu, İsveç, Danimarka, Polonya, İrlanda, Japonya ve Malezya da gösterilebilir.⁶⁰ Ayrıca, belirtmemiz gerekir ki Avusturya’nın Victoria Eyaleti Ceza Yasası’nda (*Crimes Act 1958*, m. 67/A) 16 yaşından küçüklerle (ya da 16 yaşından küçük görünenlerle) ilgili her türlü film, fotoğraf, bilgisayar oyunu, animasyon ya da yayınlarda çocukla cinsel ilişkiye girildiğini gösteren sahneler, cinsel içerikli tavırlar ve bu her türlü hareket suç sayılmaktadır.⁶¹

Yine ülkemizin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin (BM-ÇHS) 1. maddesinde “*Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.*” tanımı yer almaktadır. Buna göre, 18 yaşını doldurmamış olan herkes çocuktur. Aynı Sözleşme’nin 34. maddesine göre çocukların cinsel istismardan ve pornografiden korunması için taraf devletlerin her türlü önlemi alma yükümlülüğü bulunmaktadır. 34. madde şöyledir:

“Taraf Devletler, çocuğu her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suiistimale karşı koruma güvencesi verirler. Bu amaçla taraf devletler özellikle:

a. Çocuğun yasadışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını;

b. Çocukların, fuhuş, ya da diğer yasadışı cinsel faaliyette bulundurularak sömürülmesini;

c. Çocukların, pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemedeki kullanılarak sömürülmesini; önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi alırlar.”

Çocuk tanımı bakımından, iç hukukumuzdaki duruma kısaca göz atacak olursak, TCK’ya göre çocuk deyiminden henüz 18 yaşını doldurmamış olan kişi anlaşılır (TCK m. 6/1.b). Keza, 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu’na göre de çocuk daha erken yaşta olsa bile; 18 yaşını doldurmamış

⁵⁹ Hedley, *Electronic Commerce*, s. 151.

⁶⁰ Kurt, Levent, *Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005,s. 99-113.

⁶¹ Smith/Grabosky/Urbas, *Cyber Criminals*, s. 69.

olan kişiyi ifade eder. (ÇKK m. 3/1-a). Buna göre, TCK m. 226/3'teki suçun oluşması için müstehcen görüntüleri içeren ürünlerin üretiminde 18 yaşından küçüklerin kullanılması gerekecektir. Aynı şekilde, üretiminde 18 yaşından küçüklerin yer aldığı müstehcen içerikli ürünleri ülkeye sokmak, çoğaltmak, satışa arz etmek, satmak, nakletmek, depolamak, ihraç etmek, bulundurmak ya da başkalarının kullanımına sunmak suç sayılacaktır.

Sonuç olarak ve kısaca denilebilecektir ki müstehcenlik suçunun yorumlanmasında çok dikkatli olmak, doğabilecek ciddi sakıncaların önlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

5651 Sayılı Kanunla Getirilen Düzenleme

1.1. Genel Olarak

23.05.2007 gün ve 26530 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 14 maddeden ve bir geçici maddeden oluşan 5651 sayılı Kanun (İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun) ile Türk Hukuku'nda ilk kez internete erişim yasağı getirilmiş; internet öznelerinin (süjeler) cezai sorumluluğu düzenlenmiştir.

Aşağıda, 5651 sayılı Kanun'un ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan 30.11.2007 tarih, 26716 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" in (kısaca Yönetmelik olarak adlandıracağız) çalışmamızla ilgili olan düzenlemeleri incelenecektir. İncelememizde internet öznelerinin cezai⁶² ve hukuki⁶³ sorumluluğuna, çalışmamızın kapsamını genişletmemek için girilmeyecektir. Bu bölümde yalnızca, erişimin engellenmesi kararı ile internet üzerinden cevap ve düzeltme hakkı da incelenecektir.

⁶² Cezai sorumluluk hakkında geniş bilgi için Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 149.

⁶³ Hukuki sorumluluk hakkında geniş bilgi için Soysal, Tamer, "İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 61, Kasım-Aralık 2005, s. 304-309.

2.2. Erişimin Engellenmesi Kararı

5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinde, erişimin engellenmesi kararının verilmesine yönelik usul düzenlenmiştir. Buna göre, erişimin engellenmesi kararı ancak birinci fıkrada sınırlı sayıda sayılmış olan (katalog) suçlar hakkında verilebilecektir. Bu suçlar, intihara yönlendirme (TCK m. 84), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103/1); uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırma (TCK m. 190); sağlık için tehlikeli madde temini (TCK m. 194); müstehcenlik (TCK m. 226); fuhuş (TCK m. 227); kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (TCK m. 228) suçlarıyla 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da yer alan suçlardır.

5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereğince, erişimin engellenmesine karar verilebilmesi için, katalog halinde belirtilmiş olan suçların yanı sıra, bu suçların işlendiğine ilişkin "*yeterli şüphe*" sebebinin oluşmuş olması da aranacaktır.

Erişimin engellenmesi kararı ancak soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilecektir. Soruşturma evresinde, gecikmede sakınca varsa, Cumhuriyet Savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Ancak bu durumda, savcı, bu yöndeki kararını yirmi dört saat içerisinde yargıcın onayına sunar. Yargıç da kararın kendisine sunulmasından itibaren yirmi dört saat içerisinde savcının kararının hukuka uygun olup olmadığına ilişkin kararını verir. Yargıcın bu kararı onaylamaması durumunda, Cumhuriyet Savcısının tedbire derhal son vermesi gerekecektir. Karara karşı 5271 sayılı CMK m. 267 vd. hükümlerine göre itiraz edilebilecektir.

Kararın bir örneği, gereğinin ifası için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (Başkanlık) gönderilir. İlgililerin, kararın kendilerine ulaşmasından itibaren 24 saat içerisinde gereğini yerine getirmesi ve erişimi engelleme gerekmektedir. Kararın gereğinin yerine getirmeyen sorumlular hakkında, fiil başka bir suç oluşturuyorsa, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilecektir.

İdari tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi durumunda, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından, erişim sağlayıcıya on bin YTL'den yüz bin YTL'ye kadar para cezası verilebilecek; bu karardan itibaren 24 saat içerisinde de tedbirin yerine getirilmemesi durumunda ise, Başkanlığın istemi üye-

rine, erişim sağlayıcının yetkilendirmesi iptal edilebilecektir. Bu karara karşı da 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilecektir.

Erişimin engellenmesi tedbirine hükmedilmesine rağmen, şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına veya kovuşturma aşamasında beraat kararı verilirse tedbir kendiliğinden kalkacaktır. Bu durumda, kovuşturmaya yer olmadığına ya da beraate ilişkin kararın bir örneği Başkanlık'a gönderilecektir.

Ayrıca, hakkında erişimin engellenmesine karar verilen şüpheli, internet sayfasından, hakkındaki soruşturmaya ya da kovuşturmaya neden olan içeriği kaldırınca erişimin engellenmesi kararı da soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılacaktır.

Maddede katalog şeklinde belirtilen suçların içerik veya yer sağlayıcısı yurt dışında bulunuyorsa ya da içerik veya yer sağlayıcı yurt içinde bulunmasına rağmen, içeriği çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103) veya müstehcenlik (TCK m. 226) suçlarına ilişkin verilerden oluşan web sitesine erişim Başkanlık tarafından re'sen verilecek ve erişim sağlayıcıya bildirilerek gereğinin yapılması istenecektir.

Erişimin engellenmesine ilişkin düzenleme ciddi eksiklikler içermektedir. Bunlardan en önemlisi, katalog halinde suç sayımıdır. Bu demektir ki ancak sayılan suçlarla ilgili olarak erişim engellenebilecektir. Oysa çok tartışmalı olan kumar oynamak için yer sağlama suçu ile müstehcenlik suçu yasanın kapsamındayken terör suçları ya da ırkçılık propagandası bu kapsamda değildir. Örneğin TCK m. 314/1, 316/1 veya 318'deki suçların işlenmesi yönünde propaganda amaçlı kurulan bir internet sitesine erişim yasağı konabilmesi bu kanuna göre mümkün olmayacaktır. Şu halde çözüm ya katalog suçları yöntemine son vermek ya da katalog suçlarının kapsamını genişletmektir.

Diğer önemli bir eksiklik ise, erişimin engellenmesi kararının ne kadar süreyle uygulanacağı yönündedir. Bir başka deyişle, yasaklanan site 1 ay mı 3 ay mı 1 yıl mı ne kadar süreyle kapalı kalacaktır? Bu durum ciddi bir eksikliktir ve *Youtube* sitesinin yaklaşık 1 yıldır kapalı olması da bu sakıncayı çarpıcı biçimde ortaya koymaktadır. Bunun çözümü, CMK m. 135'te olduğu gibi, iletişimin denetlenmesi tedbirinde öngörülen 3 aylık sürenin uygulanmasıdır. Kanımızca, buradaki süre-

nin erişimin engellenmesi tedbirini bakımından uygulanmasına da bir engel yoktur. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca, sanığın/şüphelinin lehine olmak kaydıyla kıyas mümkündür.

Diğer önemli eksiklik ise, bir veri nedeniyle tüm siteye erişimin engellenmesidir. Bu durum, aynı zamanda kişinin haberleşme özgürlüğüne de engel oluşturmaktadır. Dolayısıyla, teknik olarak mümkün olması durumunda, verilecek olan erişimin engellenmesi kararında sitenin tümüne erişimin engellenmesi yerine yalnızca suç oluşturan içeriğe erişimin engellenmesi ve bu tedbirin de yasada belirtilmesi doğru bir yaklaşım olacaktır.⁶⁴

Bu karara, CMK m. 267 vd hükümlerine göre itiraz edilebilecektir. Erişimin engellenmesi kararından, erişim engellendiği için bundan zarar gördüğünü kanıtlayan herkesin itiraz olanağı bulunmalıdır. Bu durumda, sitenin erişime kapatılması nedeniyle, bu siteye ulaşamayan herkesin mağdur sayılması ve bu nedenle de herkese itiraz olanağının tanınması uygun olacaktır.⁶⁵ Ancak CMK m. 260 ve 237 vd. düzenlemeleri, bu yoruma ne yazık ki engeldir.

Düzenlemedeki diğer bir sakınca, 8. maddenin 5. fıkrasında, içeriği yurt dışında olan veya yurt içinde olmakla birlikte, çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103) veya müstehcenlik (TCK m. 226) içerikli veriler içeren sitelere erişimin Başkanlık tarafından re'sen engellenmesidir. Bu kararın Başkanlık tarafından verilmesi yürütmeye bağlı olan bir kurumun yargı yetkisini kullanması anlamına gelmektedir ki bu durum erkler ayrılığı ilkesini kabul etmiş bir hukuk devleti olan Türkiye'de kabul edilebilir bir yaklaşım değildir. Kaldı ki Başkanlık "*Başkanlık, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı; Çocuk, Kadın ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanlığı ile Kurum ve ihtiyaç duyulan diğer bakanlık, kamu kurum ve kuruluşları ile internet servis sağlayıcıları ve ilgili sivil toplum kuruluşları arasından seçilecek bir temsilcinin katılımı suretiyle teşkil edilecek*" bir kurum olması sebebiyle de siyasi bir kurumdur. Dolayısıyla, Başkanlık'ın görevi m. 8/5'e ilişkin bir durumla karşılaştığında bu durumu Cumhuriyet Savcılığı'na ihbar etmekle sınırlı olmalıdır.

⁶⁴ Kayral, Kürşat; "İnternet Sitelerinin Filtrelendirilmesi" konulu sunum, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 8 Ocak-11 Ocak 2008, *Bilişim ve Hukuk*, Cilt 2, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 49.

⁶⁵ Taşkın, *Bilişim Suçları*, s. 159.

Belirttiğimiz sakınca Yönetmelik'in 14. maddesiyle, biraz olsun giderilmiştir. Buna göre, Başkanlık'ın verdiği karar, TCK m. 103/1 veya TCK 226.madde kapsamındaysa ve bunlara ilişkin içerik veya yer sağlayıcı yurt içindeyse, 24 saat içerisinde yargıcın onayına sunulacak; yargıç da kararını 24 saat içerisinde verecektir. Bu süre içerisinde tedbirin onaylanmaması halinde tedbir Başkanlık tarafından derhal kaldırılacaktır. Ancak bu düzenleme de konuyla ilgili eleştirilerimiz ve kaygılarımızı tam olarak gidermemiştir. Her şeyden önce kararı Başkanlık'ın vermesi, bir siyasi oluşum olması nedeniyle, yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle Anayasa'ya aykırıdır. Yine de önemle belirtmek gerekir ki Başkanlık tarafından verilecek olan kararın, içerik veya yer sağlayıcının yurt içinde bulunması durumunda yargıç denetimine tabi tutulması olumlu bir gelişmedir. Ancak aynı düzenlemenin içerik veya yer sağlayıcının yurt dışında olması durumunda Başkanlık tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanması gerektiği kanısındayız.

Başkanlığın re'sen vereceği karara karşı nereye itiraz edileceğinin düzenlenmemiş olması da ayrı bir eksikliklerdir. CMK m. 267 vd. hükümlerinin Başkanlık'ın verdiği kararlar için uygulanabilmesi olanaksızdır. Başkanlık kararıyla erişimin engellenmesi durumunda, bu karar nedeniyle menfaati ihlal olan kişi ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu hükümlerine göre Başkanlık kararının iptali ve yürütmesinin durdurulmasını isteyebilecektir.

3.3. İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Cevap Hakkı

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde internet sayfasındaki içerik nedeniyle haklarının ihlal edildiğini düşünen kimseye, içeriğin kaldırılmasını ve düzeltme metninin yayınlanmasını isteme hakkı tanınmaktadır. Buna göre, hakkının ihlal edildiğini düşünen kimse önce içerik sağlayıcısına (web sitesinin içeriğini oluşturan kişiye) veya buna ulaşamıyorsa yer sağlayıcısına (Süperonline, Telekom gibi) başvurarak kendisiyle ilgili içeriğin yayından kaldırılmasını ve yayının kapsamından fazla olmamak ve en çok bir hafta ile sınırlı olmak kaydıyla, hazırladığı içeriğin internette yayınlanmasını isteyebilir. Bu istemin, içerik ya da yer sağlayıcı tarafından, kendilerine ulaştığı andan itibaren iki gün içerisinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu süre içerisinde istem yerine getirilmezse reddolunmuş sayılır.

İstemi reddolunan kimse, ret tarihinden itibaren on beş gün içerisinde, isteminin yerine getirilmesi için sulh ceza yargıcından bu konuda bir karar vermesini isteyebilecektir. İstemin kapsamı, içerik veya yer sağlayıcıdan istenen istemle aynı olacaktır. İstemi alan sulh ceza yargıcı, üç gün içerisinde dosya üzerinden karar verir; bu karara karşı CMK hükümlerine göre hem kişi, hem de içerik veya yer sağlayıcı tarafından itiraz edilebilir.

Sulh ceza yargıcı istemi yerinde bulur ve karar da kesinleşirse, içerik veya yer sağlayıcı, kararın kendilerine tebliğinden itibaren iki gün içerisinde içeriği yayından çıkarıp gerekli yanıtı yayınlarlar. Mahkemenin kararına uymayan sorumlu hakkında, altı aydan iki yıla dek hapis cezası verilir. Sorumlu, eğer tüzel kişilikse, tüzel kişinin yayın sorumlusu hakkında aynı cezai yaptırım uygulanacaktır.

Düzenleme benzeri bir düzenleme Basın Kanunu md 14'te de mevcuttur; ancak Basın Kanunu ile konan düzenlemeye yöneltilen eleştiriler bertaraf edilmek istendiği için bu konu 5651 sayılı Kanun'la düzenlenmiştir. Bu yönüyle düzenlemenin doğru olduğunu ve basın kanunu hükümlerinin internet hakkında uygulanıp uygulanamayacağı yönündeki öğreti tartışmalarına son verdiğini düşünüyoruz.⁶⁶

Son olarak, internet haberleşmesinin kısıtlanmasına ya da denetim altına alınmasına yönelik benzeri tedbirlere, bazı devletlerin gerek politik gerekse güvenlik kaygularıyla başvurduğunu da belirtmeliyiz.⁶⁷ Örneğin Çin Halk Cumhuriyeti'ndeki "sanal polis"⁶⁸ uygulaması buna benzer bir önlemdir. 5651 sayılı Kanun uygulanırken bu tür aşırı kısıtlamalara yol açmayacak şekilde uygulanmalıdır; yorumlar özgürlükler ekseninde yapılmalıdır.

⁶⁶ Konuyla ilgili geniş bilgi, eleştiri ve görüşler için bkz. Sınar, Hasan, İnternet ve Ceza Hukuku, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Temmuz 2001, s. 145-149.

⁶⁷ Benzeri kısıtlamaların Çin Halk Cumhuriyeti, Vietnam, İran, Özbekistan, Tunus, Vietnam hukuk sistemlerinde de var olduğu bilinmektedir. Ancak bu kısıtlamaların önemli bir bölümü, bizdekinin aksine, internet erişimine yasak koymak; bazı siyasi içerikli sayfalara erişimin engellenmesi amacıyla yapılmaktadır. (<http://www.ntvmsnbc.com/news/402066.asp> (22.10.2007). Beyaz Rusya, Burma, Kuzey Kore, Küba, Libya, Azerbaycan ve Orta Asya Cumhuriyetleri, Sierra Leone, Suriye, Sudan, Suudi Arabistan da internete yasak koyan ülkeler arasında gösterilebilir (Sınar, İnternet ve Ceza Hukuku, s. 105-110).

⁶⁸ Buna göre, kullanıcıların ekranlarında beliren bir motosikletli sanal polis, kullanıcıları yasak sitelere girmemeleri yönünde uyarılmaktadır. <http://www.ntv.com.tr/news/418268.asp-03.09.2007> tarihli haber)-22.10.2007

Bilişim Özel Hukuku ve İnternet Bankacılığında Doğan Hukuki Sorumluluk

Bankalar güven ilişkisine dayanan kurumlardır. Bireyler, mevduatlarını bankalarına duydukları güven nedeniyle bankalarına emanet etmektedirler. Bu nedenle bankaların, müşterinin kendilerine olan güvenini korumaları ve bu güvene yakışır biçimde müşterilerinin zarar görmelerini önlemek yönünde çalışmaları, sistemlerini buna göre uyarlamaları gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay 11. HD'nin 22.06.2006 tarih ve 2005-4748 E; 2006/7341 K. sayılı ilamında da özetle *"Bir güven kurumu olarak faaliyet gösteren bankaların objektif özen yükümlüğünün yerine getirilmemesinden kaynaklanan hafif kusurlarından dahi sorumlu oldukları"* dile getirilmiş ve *"müşterisinin hesabında bulunan paranın, müşterinin haberi olmadan bilgisayar korsanlığı yoluyla başka bir hesaba aktarılmasının önlenmesi konusunda ek güvenlik tedbirleri almayan bankanın hafif kusurundan dahi sorumlu olduğu dikkate alınarak, müşterisinin zararını önlemek zorunda olduğu sonucuna varılmalıdır."* denilmekte ve yerel mahkemenin tamamen bankayı kusurlu bulan, davacıya müterafik kusur yüklemeyen kararı onanmaktadır. Bu karara karşı davalı vekilince yapılan karar düzeltme itirazı da 24.11.2006 tarihinde aynı daire tarafından 2006/11943E; 2006/12226 K. sayılı kararla reddedilmiştir.

Aynı yöndeki bir kararın Antalya Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verildiği görülmüştür.⁶⁹ Bu karara konu olan olayda, bir iş adamının bilgisayarına virüs gönderilerek şifreleri kırılmış ve hesaptan değişik hesaplara 30.000 YTL havale/ EFT yoluyla para aktarılmış; aktarılan hesaplardan şebeke olarak çalışan üçüncü kişiler tarafından para çekilmiş, bunun üzerine zarara uğrayan davacı banka aleyhine dava açmış ve mahkeme davalı bankayı kusurlu bularak, davalıyı tazminata mahkum etmiştir.

Bu kararların da ışığında belirtmek gerekir ki bir ticari işletme olan bankaların Türk Ticaret Kanunu'na (TTK m. 20/2) *"basiretli tacir"* gibi davranması da ticaret hukukunun temel ilkelerindedir.

Basiretli tacir ilkesinden anlaşılması gereken, geniş anlamda bir edimin yerine getirilmesindeki bütün önlemleri almak ve herhangi bir

⁶⁹ www.bilisimsuclari.com/2007707/13/internet-bankaciligi-zararini-banka-oduyor/ (Erişim Tarihi: 29.02.2008).

akdi yükümlülük altında bulunulmuyor olursa dahi basiretli tacir olmanın gereklilikleridir. Basiretli tacir ölçütü değerlendirilirken, tacirin kişisel durum ve yeteneğine göre (öznel=subjektif ölçüt) değil, nesnel (objektif) ölçüte göre yoruma başvurmak ve kendisiyle aynı sınıfa dahil, tedbirli ve muktedir bir tacirin aynı durumda göstereceği özen ölçütünden hareket etmek gerekir.⁷⁰

Bu belirlemeler ışığında, internet bankacılığında, bireylere ve bankalara düşen ödevlerle, tarafların hukuki sorumluluğuna değinmek gerekmektedir.

a. Bir Bankanın, kısa aralıklarla ve yüksek meblağlı havale işlemlerini fark etmesine rağmen (hizmeti banka verdiği ve sistemi banka yönettiği için sistemdeki hareketten haberdar olmaması düşünülemez) müşterisinin hesabından bir başka hesaba havale/EFT yapıldığı anda SMS/ mail (ya da her ikisi birden) ile müşterisine uyarı iletisi gönderdiğine yönelik bir uygulaması ya da bankanın müşterisini telefonla arayarak hesap hareketleri konusunda müşterisini uyardığı, hesap hareketleri hakkında müşterisinin haberinin olup olmadığının onayını aldığı yönünde bir uygulaması yoksa, tazminat hukuku ilkeleri gereğince sorumluluğuna gitmek gerekir kanısındayız.

Ancak bu noktada şunu da belirtmekte yarar vardır ki kendisine internet bankacılığı hesabı açılan bir kişinin günlük EFT/havale işlem limiti ne kadardır? Bu limit konusunda banka hesap açarken müşterisinden günlük EFT/havale limitini sormuş mudur? Müşterisinin bu yöndeki beyanını almış mıdır? Ayrıca her ne kadar bankanın tüm müşterilerinin günlük hesap hareketlerinin sıklığını düzenli olarak denetlemesi, günlük internet bankacılığı işlem hacmi bakımından pek olası görünmese de, belli bir müşterisinin genellikle yaptığı işlem sayısı ve EFT/havale gönderdiği rakamların değerine göre, eğer hesabında olağanın üzerinde bir hareketlilik yaşanmakta ise, o müşterisini bu olağanüstü hesap hareketi konusunda uyarması hatta gerekirse hesaba bloke koyması gerekir.⁷¹ Bu konuya dikkat etmeyen bir banka da basiretli davranmış sayılamayacaktır.

⁷⁰ İmregün, Oğuz, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, 8. Bası, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1987, s. 36.

⁷¹ Atamer, M. Yeşim, "İnternet Bankacılığının Üçüncü Kişiler Tarafından Kullanımı Nedeniyle Doğan Zararı Kim Taşır?", *Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, 8 Haziran 2007, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın-

Banka bu konuda şöyle basit bir önleme başvurabilir: Sözgelimi, bankanın 500 TL veya üzeri olan havale/EFT emirlerinde/ işlemlerinde kullanıcısının cep telefonuna kısa mesajla ve mail hesabına iletilenle “...numaralı hesabınızdan 500 YTL havale/EFT emri verilmiştir. Bilgi için 444 ... numarayı arayınız.” (Bu tür bir uygulamaya bazı bankalar başvurmaktadır. Kaldı ki bu uygulama bankaya çok fazla ek maliyet getirmez ve bankada zaten müşterisinin bilgileri mevcuttur.)

Bankanın, öncelikle bu türden bir hizmeti kullanıcıya sunmuş olması ve kullanıcıya bu yönde bir uyarı mesajı için limit belirleme olanağı tanınması (bu, günlük EFT/havale limiti belirleme işleminden farklıdır; ek bir güvenlik önlemidir) hatta kanaatimizce, kullanıcının takdirine bağlı olmaksızın, sözgelimi 1000 TL ve üzeri emirler için bu yönde bir uyarı iletisi veya mesajını kullanıcıya, kullanıcının istemi olmaksızın göndermesi gerekmektedir. Bankanın bu yönde bir güvenlik önlemi alması gerekirken, almaması özensiz davrandığını ve bankanın ağır ihmali ortaya koyacaktır.

Bankaların pek çoğu tarafından havale veya EFT işlemlerini internet üzerinden ayrı bir parola ile yaptırabilme olanağı sunması önemli bir güvenlik önlemi olmakla birlikte, yeterli güvenliği sağlamaktan uzaktır. Zira bilişim sistemine giren bir fail, eğer bu işlemi şifre kırma (*cracking*) yoluyla yapmışsa, şifre kırma bakımından yetenekli olduğu kabul edilir ve eft veya havale için öngörülen şifreyi de kırabilmesi olanak dahilindedir. Zira şifre kırma konusunda yeteneği olan bir failin, bilişim konusunda ortalamanın üzerinde bilgisi olduğunu kabul etmemek için bir neden yoktur. Dolayısıyla, bankanın EFT/havale işlemleri için müşterisinden ayrıca bir şifre istemesi, bilişim korsanlarını önlemek bakımından yeterli bir güvenlik önlemi sayılamaz. Sisteme girebilen üçüncü kişiler bu şifreyi de rahatlıkla değiştirebileceklerdir. Aynı belirlemeler internet şubesi üzerinden EFT/havale limitinin artırılması için de geçerlidir. O halde, limit belirleme işi müşteriye bırakılmamalı, bunu banka kendiliğinden yapmalıdır.

Öte yandan, bir bankanın ayrı bir şifre istiyor olsa da EFT/havale limitini arttırma işlemini internet şubesinden gerçekleştirmesine izin vermesi de özensiz davrandığını göstermektedir. İnternet üzerinden limit azaltılabilmeli ancak, arttırılmamalıdır. Arttırılması için, banka-

ları (T. İş Bankası AŞ Vakfı), Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2007, s. 49.

nun müşterisinden, limit artırımı yönünde “yazılı muvaffakat” alması gerekir.

b. Bir banka, internet üzerinden verilecek olan bir emirle vadeli döviz hesabının TL’ye çevrilmesine izin vermişse ve bu işlemin yapılması için müşterisinin de yazılı onayını almamışsa ağır ihmalinden söz edilmelidir. Zira uygulamada pek çok bankanın internet üzerinden vadeli döviz hesabını TL hesabına çevirtmek veya vadeyi bozdurmak için müşterisinin yazılı beyanını aldıkları bilinmektedir. Bu beyan olmadığı takdirde, bankalar, kullanıcıları internet üzerinden bu yönde bir talimat vermiş olsa dahi istenen işlemi güvenlik gerekçesiyle yapmamaktadır. Bu yaklaşım, doğru bir yaklaşımdır.

c. Bir banka internet bankacılığı hesabı açarken, hesap açılışı sırasında kendiliğinden bir limit koymayıp, limit belirlemeyi kullanıcının takdirine bırakmıyorsa, kullanıcı dilerse uygun gördüğü limiti (sıfır bakiyeli olarak da) belirleyebilecektir. Bundan çıkan sonuç, kullanıcının ayrıca ve aksi yönde bir talimatı olmadıkça internet bankacılığında bankanın kendi günlük işlem üst limitlerinin uygulanabildiğidir.

Başka bir deyişle, sözcülemi, kullanıcıya internet bankacılığı hesabı açarken, bankanın kendiliğinden 1000 TL’lik EFT ve havale limiti koyması, bu limiti ancak kullanıcısının ayrıca ve açıkça yazılı talimatı olursa, onun belirlediği rakama çıkarması, internet üzerinden kullanıcılara EFT/havale limitlerini arttırma seçeneği sunmaması (ancak azaltma olanağı sunması mümkün olabilir) güvenlik açısından alınabilecek diğer basit önlemlerdendir ve uygulamada pek çok bankanın bu yöntemi izlediği bilinmektedir. Bu şekildeki basit bir önleme başvurmayan bankanın da ağır ihmalinin olduğu söylenebilecektir.

d. Bankaların, internet şubesi kullanıcılarına, “akıllı SMS, akıllı anahtar, şifrematik”⁷² güvenlik sisteminden yararlanma olanağı tanımalarına rağmen kullanıcının bu olanaktan yararlanmaması durumunun da değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda, bankanın, kullanıcılarına bu olanağı tanıması özenlice davrandığını göstermektedir ancak bu olanağı kullanıcılarının “takdirine” bırakması bankanın yeterli özeni göstermediği yönünde bir karinedir.

⁷² Geniş bilgi için bkz www.garanti.com.tr/subesiz/internet_bankaciligi/guvenlik/sifrematik/ (Erişim Tarihi: 02.01.2009)

Her cep telefonunun “java” uyumlu bir program olan kullan-at ve benzeri bir programla uyumlu olması ya da kullanıcının bu programı telefonuna yüklemesi (ya da buna uyumlu bir telefon satın alması) kullanıcıdan beklenemeyeceği için, bu programla uyumlu olmayan ya da uyumlu olmasına rağmen bu programı kullanmayan veya kullanmak istemeyen müşterilere hitaben bankaların, müşteriler bakımından ortalama 20 TL civarında maliyeti olan ve bir anahtarlık gibi de kullanılabilen “şifrematik” tarzı küçük anahtarlık boyutunda ve her seferde ayrı bir şifre üreten cihazlardan yararlanma olanağını müşterisine sunması gerekir.

Hatta kanaatimizce, internet bankacılığında yararlanmak isteyen kullanıcılarına “akıllı SMS, akıllı anahtar, şifrematik,” gibi uygulamalardan birini, diğer güvenlik önlemlerinin yanı sıra, güvenlik açısından zorunlu tutması banka açısından basiretli bir tacirden beklenen bir yaklaşım olmalıdır.

Bankanın bu olanağı vermiş olmasına rağmen davacının bu olanağından yararlanmamış olması durumunda bile, kanımızca kullanıcıya atfedilecek bir kusur yoktur. Bankanın ağır ihmali söz konusudur. Zira kullanıcıya internet bankacılığı hizmetinden yararlanma olanağı veren bankanın hafif ihmaliyle dahi sorumlu olduğu⁷³ düşünüldüğünde, müşterisinin zarar görmemesi için gerekli olan önlemleri almak ve bunları gerektiğinde zorunlu tutmak bankanın ödevidir. Başka bir deyişle, müşterilerin şifrelerinin üçüncü kişilerin eline geçmemesi konusunda koruma önlemleri geliştirmek bankaların görevidir.⁷⁴

Türkiye’deki bankacılık uygulamasında, şifrenin çalınmasını güçleştirecek PIN-TAN gibi güvenlik uygulamaları bulunmamaktadır. Bu önlem, Alman Bankacılık uygulamasında oldukça yaygındır. Buna göre, banka tarafından kullanıcıya bir internet bankacılığı şifresi (PIN) atanır (veya kullanıcı bunu belirler) ve ayrıca banka müşterisinin bildirdiği adresine TAN (tek kullanımlık şifre) gönderir. Sistem ancak bu iki şifrenin bir araya getirilmesiyle açılabilir. Bir başka deyişle, bilişim hırsızlarının sisteme girebilmeleri için hem bu PIN kodunu öğrenme-

⁷³ Reisoğlu, Seza, “Tartışmalar”; Sempozyum, s.45; Atamer, “İnternet Bankacılığı”, Sempozyum, s. 46; aynı yönde Özdamar, Naci, “İnternet Bankacılığı ve Banka Kartları” konulu sunum, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, 8 Ocak-11 Ocak 2008, Bilişim ve Hukuk, Cilt 2, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 70.

⁷⁴ Atamer, “İnternet Bankacılığı”, Sempozyum, s. 24.

leri hem de kullanıcının adresine giderek TAN numaralarını içeren bu belgeyi çalmaları gerekir ki bu da oldukça küçük bir olasılıktır. Ancak, bu (veya benzeri) önlemi almak banka açısından oldukça kolaydır.⁷⁵

e. Çoğu müşteri veya internet kullanıcısı, internetteki tehlikelerin farkında değildir. Bu türden bir uyarıya ulaşmak da müşterinin aktif bir davranışını (o linke tıklamasını) gerektirdiğinden, çoğu müşterinin bu linke tıklamadan işlem yaptığı görülmektedir.⁷⁶ Dolayısıyla, bir bankanın internet sitesinde kullanıcının aktif davranışı ile internet bankacılığında doğan tehlikeler hakkında ekran açılıyorsa, bankanın kusurunun varlığı kabul edilmelidir. Zira, böyle bir durumda banka, aydınlatma yükümlülüğünü yeterince yerine getirmemiş sayılır. Olması gereken, tehlikelere ilişkin uyarının internet bankacılığı ekranı açıldığında, kendiliğinden kullanıcının ekranında belirmesi ve kullanıcıyı kapatmadığı sürece de açık kalmasıdır.

Eğer kullanıcı bu uyarıya rağmen umuma açık bir bilgisayardan internet şubesine girmişse ve bunun sonucunda hesabına girilmesine neden olmuşsa, hükmedilecek tazminatta indirimde gidilmesi Yargıtay'ın da kararlarının gereğidir. Nitekim Yargıtay 11. HD 12.09.2003 tarih ve 2003-8280 Es/ 2003-7705 K. sayılı ilamında, "Banka tarafından verilen internet şifresinin özenle saklanma yükümlülüğününün, internet hizmet sözleşmesi gereğince, kullanıcıya ait olduğu, şifrenin başkası tarafından kullanılarak hesaptan para havale edilmesi durumunda bankanın hukuki sorumluluğuna gidilemeyeceği" belirtilmiştir.⁷⁷

Ancak kullanıcı umuma açık bir yerden internet şubesini kullanmış dahi olsa, bankanın yukarıda açıkladığımız "akıllı anahtar, akıllı SMS, akıllı cep, şifrematik.." gibi güvenli bir yolu müşterisinin zorunlu kullanımına sunmuş olması durumunda zararın oluşmasının büyük ölçüde önüne geçilebilecektir. Zira bu tür bir sistem kullanıldığında, müşterinin internet bankacılığı şifrelerine ulaşmak (sisteme kor-san giriş) olanaksız olmasa da oldukça güçtür. Fakat buna rağmen, bir müşterinin umuma açık bir bilgisayardan internet bankacılığı hesabına girmesi başlı başına kendisine kusur atfedilmesi için yeterli bir gerekçe olmamalıdır. Zira hiçbir internet bankacılığı kullanıcısına "mut-

⁷⁵ Atamer, "İnternet Bankacılığı", Sempozyum, s. 25.

⁷⁶ Atamer, "İnternet Bankacılığı", Sempozyum, s. 26.

⁷⁷ www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 16.04.2008).

laka kendi bilgisayarından hesabına erişmiş'' diye bir yaklaşım günümüz yaşamının gerçekleriyle de bağdaşmamaktadır.

İkinci olasılık ise kullanıcının umuma açık olmayan bir bilgisayardan internet şubesine erişim sağlamasıdır. Eğer davacı, sürekli olarak kendi bilgisayarından internet şubesine erişim sağlamışsa ve sisteminde de Truva atı⁷⁸ gibi casus programları ortaya çıkaran güvenlik duvarları yüklü değilse, davacının bilişim sistemine girilmiş ve bu yolla şifreleri ele geçirilmiş demektir. Casus programları ortaya çıkaran güvenlik yazılımları sistemde yüklü olsa dahi bilişim korsanlarının şifreleri kırması mümkün olabilmektedir. Bu durumda da *''akıllı SMS''* gibi yazılımların önemi ortaya çıkmaktadır. Bu tür programlar, bilişim suçu faillerinin sisteme sızmalarını büyük ölçüde önlemektedir. Böyle bir durumda, bankanın bu programdan yararlanmayı *''tercihe''* bırakması onun ağır ihmali göstermektedir.

Bu başlıkta (biraz yukarıda) belirttiğimiz Yargıtay kararının geçerli olduğu olaylara örnek olarak, *internet bankacılığı kullanıcısının şifresini herkesin rahatlıkla ulaşabileceği şekilde, uluorta bir yerde özensizce saklanması (sözgelimi bir kağıda yazıp kağıdı ortalıkta bırakması ya da çok kişinin kullandığı bilgisayara kaydetmesi, ya da şahsi bilgisayarında ve şifre koymadan bir klasöre şifresini kaydetmesi gibi) gibi bir durumun varlığı gerekir.* Böyle bir durumda da hiç kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesi yürürlüğe girer ve tazminata hükmedilecekse de bundan indirimde gidilebilir veya tazminat verilmeyebilir.

Olayın daha sağlıklı değerlendirilmesi bakımından, şöyle bir örnek vermek uygun olacaktır: *''Nasıl ki kişinin kendi evinden parasının çalınması durumunda, kusurlu olup olmadığı tartışması-sigortalı olduğu halter dışında -yapılmazsa, bankanın malvarlığına dahil olan paranın çalınması halinde de bu tartışma yapılmaz. Dolayısıyla bankanın, müşterinin hesabına*

⁷⁸ Truva atı gibi programlar, güvenilir kişiden gelmiş gibi görünen bir elektronik iletinin arkasına saklanır ve sisteme o şekilde sızarlar. Kullanıcı, gelen iletiyi, ileti tanıdığı kişiden geldiği için kuşkulandıktan açar ve sistemine kurar. Ancak, sisteme kurulan ve masum gibi görünen yazılım sinsice kendisini bilgisayara saklar ve kullanıcının şifrelerini ele geçirip, casus programı gönderen kişinin bilgisayarına bu şifreleri gönderir. (Truva atı ve diğer korsanlık yöntemleri için bkz Dülger, M. Volkan, *Bilişim Suçları*, Seçkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, Kasım 2004, s. 69; Yazıcıoğlu, *Bilgisayar Suçları*, s. 153; Kurt, *Bilişim Suçları*, s. 63).

bu meblağı borç kaydetme imkanı, kural olarak, yoktur...⁷⁹ Hırsız gerçi bankanın "evine" girmiştir. Ama hırsızın bunu yapabilmesi için "anahtarı" ona müşteri sağlamış veya ihmalin sonucunda "pencereyi açık bırakmışsa" bankanın ona karşı bir tazminat istemi olacağı açıktır. Doğaldır ki müşteri sadece kusuru ile orantılı bir tazminat yükümlülüğü altında olabilir. Yani, bankanın evine hırsız girmesinin rizikosunu tümünden müşteriye aktarması imkanı yoktur."⁸⁰

Bu bilimsel görüşün ışığında denilebilecektir ki bir korsanlık olayında sisteme girenler "bankanın evine" girmişlerdir. Sonuçta girilmiş olan bir ev söz konusudur; evde bir hırsızlık olmuştur. Konunun temel noktası budur. Eve nasıl girildiği ise, ikincil noktadır. Ayrıca, kanımızca, bir olayda, sisteme girmede davacının kusurlu olduğunun ispatı da davalı bankaya düşer. Bunun için, bankanın öncelikle, davacının internet hizmet sözleşmesine aykırı davrandığını kanıtlaması gerekecektir. Sözleşmeye aykırı davranışın banka tarafından ispatlanması yetmez; bu davranış nedeniyle bir zarar doğduğu ve bu zararlar, zarar doğuran davranış arasında da nedensellik bulunduğunu da banka ispatlamak durumundadır.⁸¹

Ayrıca belirtmek gerekir ki Yargıtay, bankalar tarafından sunulan "sanal klavye" gibi hizmetlerin internet bankacılığından doğan zararları ve internet korsanlıklarını önlemek için yeterli olmadığına karar vermiştir. (11. HD 22.06.2006 tarih ve 2005/4748 E; 2006/7341 K sayılı kararı)⁸² Ayrıca, adı geçen kararda, internet üzerinden yapılan usulsüzlüklerde öncelikle bankanın sorumluluğunun benimsenmesi de dikkati çekmektedir.

Bilişim Suçlarının Önlenmesi ve Alınacak Önlemler

Bilişim suçlarının önlenmesi ve faile ulaşılması, bu suçların dinamik yapısı nedeniyle ciddi anlamda sorun oluşturabilmektedir. Zira bu suçlar çok hızlı bir gelişim içerisinde.

⁷⁹ Atamer, "İnternet Bankacılığı", Sempozyum, s. 18.

⁸⁰ Atamer, "İnternet Bankacılığı", Sempozyum, s. 21.

⁸¹ Aynı yönde, Atamer, "İnternet Bankacılığı", Sempozyum, s. 27.

⁸² Aktaran Çeker, Mustafa, "İnternet Bankacılığı İşlemlerindeki Usulsüzlüklerden Bankaların Sorumluluğu", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İkinci Cilt, Vedat Kitapçılık Basım Yayım, İstanbul, 2007, s. 1350.

Bilişim suçlarının aydınlatılmasında, gerek bireylere gerekse devlete önemli görevler düşmektedir. Devlete düşen görevlerden ilki, faile ulaşmanın çabuklaştırılması için öncelikle uluslar arası işbirliğine önem verilmektir. Bunu sağlamak için de ülkemizin, Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'ne bir an önce taraf olması sağlanmalıdır. Bu bağlamda, uluslar arası polis teşkilatı (İnterpol) ile de Türk polis teşkilatının işbirliği içerisinde olması önem taşımaktadır.

Uluslararası işbirliğinin diğer boyutu ise, uluslar arası bilgi paylaşımıdır. Bu bağlamda, bir suça karışan IP adresinin nerede olduğunun ve bu IP'nin servis sağlayıcısının kim olduğu ile bu IP'nin kime ait olduğu; gerekirse bu IP'ye ait web-log kayıtları da soruşturma makamları ve mahkemelerle paylaşılmalıdır.

Bireylere ve tüzel kişilere düşen önemli görevlerden en başta geleni ise, kullandıkları bilişim sisteminin güvenliğini sağlamaktır. Güvenlik artırıcı yazılımların yüklenmesi, sisteme yönelik korsan saldırıları önemli ölçüde engelleyecektir. Diğer yandan, özellikle bankalar veya büyük çaplı şirketler, bilişim suçuna maruz kalmanın kendi saygınlıklarını önemli oranda zedeleyeceğini düşünerek yetkili mercilere başvurmakta duraksama yaşamaktadırlar. Bu şekilde, çoğu suç soruşturmaya uğramamaktadır. Unutmamak gerekir ki faile ulaşmadaki en küçük bir kuşku ya da duraksama (veya devlet açısından gecikme) bilişim suçu faillerine yeni eylemler için zaman ve olanak kazandıracaktır. Durum böyle olunca, mağdur olan bireylerin veya şirketlerin soruşturma makamlarına başvurusu teşvik edilmeli, hatta devlet tarafından bilişim suçlarının ihbarı için Avrupa'da olduğu gibi "*Alo İhbar Hattı*" kurulmalıdır.

Bireylere veya tüzel kişilere düşen diğer önemli bir görev ise, özellikle internet bankacılığında doğan riskleri azaltmak için, hemen hemen her banka tarafından ücretsiz veya cüz'i ücretle sağlanan ve her işlem için, kullanıcının belirlediği sabit şifrenin yanı sıra, tek kullanım şifre atayan "*KULLAN-AT*"; "*ŞİFREMATİK*" gibi yazılımların kullanılmasıdır. Bu yazılımların kullanılması sonucunda, bir şekilde bilişim sistemine erişim sağlanarak korsanlar tarafından sabit şifreler elde edilmiş olsa da kullanıcının kendisinin belirlediği kodla açılan ve cihaza ulaşamayan korsanlar sistemdeki verilere de ulaşamayacaklardır. Korsanların internet bankacılığına girebilmesi için, bu cihaza ulaşmaları ve ayrıca bu cihazın şifre atamsı için gerekli olan ve kullanıcı tara-

fından belirlenen şifreye de ulaşmaları gerekmektedir ki bu da bilişim korsanlarının işini oldukça güçleştirmektedir.

Zararların önlenmesi için, kanaatimizce, internet bankacılığı için başvuran kullanıcılara bankaların bu tür uygulamaları zorunlu kılması, doğabilecek zararlı sonuçları en baştan önleyecektir.

Yine bireylere düşen önemli görevlerden birisi de internet üzerinden yapılan alışverişlerde her alışveriş için ayrı limit oluşturma olanağı tanıyan ve başlangıçta 0 (sıfır) limitle oluşturulan; bireyler için hiçbir ek maliyet getirmeyen “sanal kart” kullanmaktır.⁸³ Burada, müşteri sözgelimi 20 TL’lik bir alışveriş yapacaksa, yalnızca o alışveriş için 20 TL’lik bir limit belirler ve alışverişini yapar, Bu alışveriş, asıl kartın ekstresine eklenir ve bu borçla birlikte tahsil edilir. Sanal kartın ayrı bir güvenlik kodu, ayrı bir son kullanma tarihi ve ayrı bir kart numarası bulunur ancak limiti asıl kartın limiti ile sınırlıdır. Bir başka deyişle, sanal kart somut varlığı olmayan bir tür ek karttır. Her alışverişte limiti kullanıcı belirlediğinden, kart numarasının bir başkası tarafından öğrenilmesi durumunda dahi, sistem alışveriş yapmaya ve limit aşımına olanak taşımaz. Bu da internet dolandırıcılıklarının önüne geçmekte ve doğabilecek zararı azaltmaktadır.

Bilişim korsanlığına maruz kalan (sözgelimi bilgisayarına erişilerek MSN şifresi çalınan ya da internet bankacılığı şifresi ele geçirilen) kişinin, bilgisayarını ne durumdaysa o durumda bırakması önem taşımaktadır. Bunu daha açık biçimde şöyle ifade edebiliriz. Bir bilgisayarda, Windows’un sadece çalıştırılması bile bilgisayardaki dijital verilerin ve delillerin milyonlarcasının kaybolmasına yol açabilmektedir.⁸⁴ Dolayısıyla, bilişim korsanlığına maruz kalan birey, bilgisayarı açıkça açık, kapalıysa kapalı konumda bırakmalı ve verilerin yok olmasını önlemek için o bilgisayarda hiçbir işlem yapmadan derhal teknik bir kişiden destek alarak, bilgisayara yüklenen zararlı yazılımlar ve mümkünse IP adresi hakkında rapor almalıdır. Gerekliğinde bu rapor, soruşturma makamlarına ışık tutacak ve belki de faile ulaşılmasını da sağlayacaktır. Uygulamada, en çok hata bu noktada yapılmakta ve veriler kaybolmadan sığağı sığağına bilgi alınmamaktadır. Oysa bilişim

⁸³ Geniş bilgi için bkz [www.garanti.com.tr / kredi_kartlari / sanal_kredi_kartlari / sanal_kredi_kartlari_hakkinda.html](http://www.garanti.com.tr/kredi_kartlari/sanal_kredi_kartlari/sanal_kredi_kartlari_hakkinda.html) (Erişim Tarihi: 02.01.2009).

⁸⁴ Smith/ Grabosky/Urbas, *Cyber Criminals*, s. 81 (Aktaran ve çeviren : Taşkın, *Bilişim Suçları*, s.179, dipnot 720).

korsanlığının aydınlatılmasında bu yöndeki bir teknik çaba da oldukça önemlidir.

Sonuç ve Değerlendirme

İnternet, sınırsız özgürlük içeren bir yapıdır. Bu yapı üzerinde denetim kurmak oldukça güçtür. Ancak, yukarıda değindiğimiz önlemlere benzeyen basit, ucuz ve etkili önlemlerle doğacak zararlar daha en baştan engellenebilecektir. Unutulmamalıdır ki internetten yararlanırken zarar görmemek öncelikle kullanıcıların bilinçli hareket etmesiyle mümkündür.

KAYNAKLAR

Basılı Kaynaklar

- Akdeniz, Yaman, "Controlling Illegal And Harmful Content On The İnternet", *Crime and The İnternet*, Edited by David S. Wall, First Published 2001, by Routledge, London, s. 117.
- Atamer, M. Yeşim, "İnternet Bankacılığının Üçüncü Kişiler Tarafından Kullanımı Nedeniyle Doğan Zararı Kim Taşır?", *Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, 8 Haziran 2007, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (T. İş Bankası AŞ Vakfı), Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2007, s. 15-s. 50.
- Çeker, Mustafa, "İnternet Bankacılığı İşlemlerindeki Usulsüzlüklerden Bankaların Sorumluluğu", *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, İkinci Cilt, Vedat Kitapçılık Basım Yayım, İstanbul, 2007, s. 1335-1350.
- Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayıncılık, 16. Baskıdan Tıpkı 17. Baskı, İstanbul, Ekim 2004.
- Dülger, M. Volkan, "Avrupa Konseyi Ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Çocuk Pornografisinin İnternet Aracılığıyla Yayılmasına Karşı Yapılan Düzenlemeler", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 78, Sayı 2004/4, S.1488-1493.
- Dülger, M. Volkan, *Bilişim Suçları*, Seçkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, Kasım 2004.
- Erbaşı, Aslıhan Ayşe, "Çocuk Pornografisi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 81, Sayı 2007/4, s.1609-1647.

- Hedley, Steve, *The Law Of Electronic Commerce And The Internet In The Uk And Ireland*, Cavendish Publishing, First Edition, London, 2006.
- Helvacıoğlu, Aslı Deniz, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Temel Hükümleri'nin İncelenmesi", *İnternet ve Hukuk*, Derleyen: Yeşim M. Atamer, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı İstanbul, Ocak 2004, S. 280 vd.
- İmregün, Oğuz, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, 8. Bası, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1987.
- Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları Ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1. Baskı, Mayıs 2005.
- Kardaş, Ümit, "Bilişim Dünyası ve Hukuk", *Karizma Dergisi*, Sayı 13, 01.03.2003, s. 16
- Kayral, Kürşat, "İnternet Sitelerinin Filtrelendirilmesi" konulu sunum, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, 8 Ocak-11 Ocak 2008, *Bilişim ve Hukuk*, Cilt 2, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 49.
- Kurt, Levent, *Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Nebil Sarp, Füsün, "İnternet Sitelerinin Filtrelendirilmesi" konulu sunum, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, 8 Ocak-11 Ocak 2008, *Bilişim ve Hukuk*, Cilt 2, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 41.
- Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması*, Analiz Basım Yayın, İstanbul, 2002.
- Özdamar, Naci, "İnternet Bankacılığı Ve Banka Kartları" Konulu Sunum, *Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı*, 8 Ocak-11 Ocak 2008, *Bilişim ve Hukuk*, Cilt 2, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 70.
- Özkul, Davut, "Bilişim Sistemi Kavramı ve Bilişim Sistemlerinin Denetimi", *Sayıştay Dergisi*, Sayı 44-45, 01.06.2002
- Reisoğlu, Seza, "Tartışmalar"; 'İnternet Bankacılığının Üçüncü Kişiler Tarafından Kullanımı Nedeniyle Doğan Zararı Kim Taşır?', *Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, 8 Haziran 2007, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları (T. İş Bankası AŞ Vakfı), Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2007, s. 45.
- Sınar, Hasan, *İnternet ve Ceza Hukuku*, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Temmuz 2001.

Smith Russel/Grabosky, Peter/Urbas, Gregor, *Cyber Criminals On Trail*, First Published By Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2006.

Soysal, Tamer, "İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 61, Kasım-Aralık 2005, s. 304-309.

Taşkın, Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, İstanbul, Beta Yayıncılık, Kasım 2008.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 5560 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Yargıtay Kararları Dergisi

Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, *Bilgisayar Suçları*, İstanbul, Alfa Yayınevi, Ekim 1997.

İnternet Kaynakları

www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 16.04.2008)

www.garanti.com.tr/subesiz/internet_bankaciligi/guvenlik/sifrematik/ (Erişim Tarihi : 02.01.2009)

www.garanti.com.tr/kredi_kartlari/sanal_kredi_kartlari/sanal_kredi_kartlari_hakkinda.html (Erişim Tarihi: 02.01.2009).

www.bilisimsuclari.com/2007707/13/internet-bankaciligi-zararini-banka-oduyor/

(Erişim Tarihi: 29.02.2008)

<http://www.ntv.com.tr/news/418268.asp-03.09.2007> tarihli haber)-
Erişim Tarihi: 22.10.2007

(<http://www.ntvmsnbc.com/news/402066.asp>-
(Erişim Tarihi: 22.10.2007)

<http://tr.wikipedia.org/wiki/Üretim> (Erişim Tarihi: 19.01.2009)

<http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspxF6E10F8892433CFFFAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=veri> (Erişim Tarihi: 26.01.2009)

AF KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ

Hasan DURSUN*

GİRİŞ

Af olgusu, yalnızca ceza hukuku veya anayasa hukukunda düzenlenmiş bir kurum (müessese) olmayıp, bunun yanında, özel hukuk bakımından da düzenlenmiş bir kurum niteliğini taşımaktadır. Özel hukuk bakımından affı; maddi olayların işleyiş tarzından çıkarılan ve haktan vazgeçmeyi içeren bir duygu (his) açıklaması veya kişinin şahsına bağlı haklardan vazgeçmesini içeren bir irade beyanı şeklinde tanımlamak olanaklıdır.¹ Özel hukuk açısından affa çok sayıda örnek vermek olanaklıdır. Gerçekten de, 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 161. maddesinin son fıkrasında, zina eden eşini affeden tarafın boşanma davası açmaya hakkı olmadığı ifade edilmekte, 162. maddesinin son fıkrasında ise aynı durumun hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış bakımından açılacak boşanma davalarında da geçerli olduğu belirtilmektedir. Yine Türk Medeni Kanunu'nun 578. maddesinin son fıkrasında da mirastan yoksunluğun, miras bırakanın affıyla ortadan kalkacağı belirtilmektedir.

Ceza hukuku bakımından af ise bir suç işleyen kişinin takibi ve cezalandırılması suretiyle toplumsal erke ilişkin hakkın kullanılmasından adalet veya genel menfaat düşünceleriyle tamamen veya kısmen vazgeçilmesi anlamını taşır.² Çalışmanın oylumunu (hacmini) büyütmemek için biz bu incelemede daha çok ceza hukuku ile anayasa hu-

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (İdare Hukuku) doktora öğrencisi.

¹ *Türk Hukuk Lügati*, s. 6. "af" maddesi.

² *Türk Hukuk Lügati*, s. 6. "af" maddesi.

kuku bakımından affın nasıl düzenlendiği konusunu inceleyecek³ ve olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından bazı önerilerde bulunacağız. Bu çerçevede öncelikle affın leh ve aleyhinde olan öğretideki fikirleri incelemek uygun olacaktır.

I. AFFIN LEH VE ALEYHİNDE OLAN GÖRÜŞLER

Öğretide bir kısım yazarlar, af yetkisinin lehinde görüş ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre affın ahlaki değerinden başka hukuki değeri de bulunmaktadır. Bu fikri savunanlar; ceza kanunlarının genel olduğunu, genel kuralların somut bir olayda kanun koyucunun öngörmediği veya öngörülenden daha şiddetli bir sonuç vermesinin olanaklı olduğunu, bu nedenle af yetkisinin yapılan haksızlıkları giderdiğini belirtmektedirler.⁴

Diğer yandan, siyasi değerlendirmeler de af yetkisini haklı gösterebilmektedir. Gerçekten de, bir toplumda geçmiş sorunların artık unutulması, yeni ve sakin bir sosyal hayatın başlaması, “*kin duygusu*”nun kökleşmesine engel olunması gibi düşünceler ceza kanunlarının uygulanmamasını gerektirebilir. Bu olaya en çok iç savaşlardan sonra çıkarılan genel af kanunlarında rastlanılmaktadır. Siyasi değerlendirmeler, adalete yabancıdır. Kanunları uygulamakla görevli adalet makamları hükümlerinde “*siyasi değerlendirmelere*” yer veremezler. Bu bakımdan af yetkisi buhranlı zamanlar geçirmiş bir toplumda sükunete kavuşturucu bir rol ifa etmektedir.⁵

Af yetkisinin lehinde görüş savunan yazarlar, adli hataların düzeltilmesi bakımından da affa gereksinim olduğu fikrini savunmaktadır. Bu yazarlara göre adalet teşkilatı ne kadar mükemmel olursa olsun yine de “*adli hata*”ların işlenebileceği kabul etmekte ve kanunun çizdiği yollarla bu hataların düzeltilmesi olanağı mevcut değilse ilave bir

³ Af bakımından ceza hukuku ile anayasa hukuku oldukça büyük önem taşır. Çünkü af denilince akla hemen ceza hukuku bakımından af olgusu gelmekte ve ceza hukuku affı teknik ve kurumsal yönleriyle düzenlemiş bulunmaktadır. Öten yandan, anayasa hukuku affa yetkili makam veya mercii, kısacası affın kaynağını göstermek bakımından büyük önem taşımaktadır.

⁴ Fazla bilgi için bkz. Erem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, s. 413 - 414.

⁵ Bkz. Erem, *a. g. e.*, s. 414.

yolun açık bulundurulmasını ve böylece affın, adli hataların düzeltilmesinde son çare olacağını savunmaktadırlar.⁶

Buna karşılık öğretilerdeki diğer bir grup yazar, affın aleyhinde görüşleri sürmektedir. Affa karşı gelen ilk yazar, Beccaria olmuştur.⁷ Bu yüzden Beccaria'nın görüşlerinin yakından incelenmesi uygun olacaktır.

Beccaria, affın, yasanın (hükümdarlığın gerektirdiği bütün ödevlerin kimi zaman eksikliklerini giderip onları tamamlayan ve çoğu kez krallara ait bir yetki ve erdem olduğunu, ancak bu erdem, cezaların ılımlı ve yargılamanın düzenli, kurallara uygun ve çabuk olduğu yazılı bir hukuktan çıkartılıp atılması gerektiğini ifade etmektedir.⁸

Beccaria, günümüzde geçerli olan ceza dizgesindeki kargaşayı yaşayan bir insana bu görüş ve gerçeği, açıkça çok katı geleceğini, çünkü böyle bir sistemde bireylerin ve kralın af yetkilerini kullanmalarının zorunlu olduğunu, çünkü yasalarda görülen saçmalık ve densizliklerin, verilen hükümlerde yaşanan türler ürpertici acımasız cezaların, bu tür afları zorunlu kıldığını ifade etmektedir. Yazar, af yetkinin, hükümdarlık tahtına tanınan ve hükümdarlar tarafından her zaman istenilen çok güzel ayrıcalıklardan birisi olduğunu, ancak, yasanın tanıdığı bu ayrıcalığın, aslında yine yasanın kendisi tarafından örgülü olarak onaylanmadığını, çünkü, herkese mutluluk dağıtmakla görevli olan kralın, af yetkisini kullanarak eski yasayla çatıştığını ifade etmektedir.⁹

Beccaria, yasalardaki sakatlıkların da affın kabulü için mazeret oluşturmayacağı kansındadır. Daha açık bir deyişle, Beccaria, yasaların, yüzyılların önyargıları ve boş inançları, sayısız yorumcuların hacimli ve zorlayıcı bir yığın gereçlerinin, sonu gelmez biçimciliklerle ağır aksak işleyen aygıtlar ve bilgilerden çok az korkutucu ve çok sokulgan olan yarım yamalak bilmişlerin destek olmaları yüzünden yetersizliklerle sakat olduğunu, ancak, yine de yasa olduğunu ifade etmektedir.¹⁰

⁶ Bkz. Erem, *a. g. e.*, s. 414.

⁷ Selçuk'un, Beccaria'nın Suçlar ve Cezalar Hakkında'ki eserinin çevirisine s. 219'da koymuş olduğu (4) numaralı dip not.

⁸ Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, s. 217.

⁹ Beccaria, *a. g. e.*, s. 218.

¹⁰ Beccaria, *a. g. e.*, s. 218.

Beccaria, cezaların mutlak çekilmesi gerektiği görüşünü savunmakta, bu kuralın ihlali halinde onarılmaz sonuçların doğacağını ifade etmektedir. Yazar, affın, yasaları uygulayana ait değil, yasa koyucuya ait bir yetki ve erdem olduğunu, öyleyse bireyleri ilgilendiren hükümdarlık kararlarında değil, yasalarda yer alması gerektiğini, çünkü suçların affa uğrayabileceklerini ve cezanın suçların kaçınılmaz sonucu olmadığını göstermenin, suçlularda cezasız kalma umudunu ve düşünüyü kışkırtmak olacağını savlamaktadır. Yazar, ayrıca, bu durumun, aynı zamanda affedilmemiş olan kimselerin uğradıkları cezaların yarığdan, adaletten değil, daha çok zorbalığın gücünün baskısından ve şiddetinden kaynaklandığına insanları inandırmaya yol açacağını da belirtmektedir. Beccaria, kralın, bir cezayı affettiği, daha açık bir deyişle, halkın güvenlik ve esenliğini bireyin güvenlik ve esenliğine kurban ettiği zaman, kör bir iyilikseverliğin etkisi altında özel bir işlem sonucu, cezadan vazgeçmekle ilgili resmi ve genel bir kararname çıkardığının açık olduğunu da ifade etmektedir.¹¹

Beccaria, ceza yasalarının belirli niteliğe sahip olması koşuluyla affa gerek olmayacağı inancını taşımaktadır. Beccaria, yasalar ile özel ve bireysel durumlarda bu yasaları yürütenler ve uygulayanların kimşenin gözyaşına bakmaması, eğilip bükülmemesi gerektiğini, ancak, yalnızca yasa koyucunun ılımlı, hoşgörülü, bağışlayıcı ve insancıl olması gerektiğini ifade etmektedir.¹² Görüldüğü üzere, Beccaria, bu düşüncesiyle, cezanın mutlaka çekilmesi gerektiğini vurgulamakta ve yasa koyucunun ılımlı, hoşgörülü, bağışlayıcı ve insancıl bir ceza yasası koyması gerektiğini ve bunu koyduktan sonra affa gerek olmadığını savlamaktadır.

Beccaria, affın gereksizliğini renkli bir anlatımla zenginleştirerek, bilge ve usta mimarın, her insanın sevgisinin toplamı olan ak sevgi ve sevecenlik üzerine binasını yükseltmesini ve dolayısıyla her bireyin yararlarının bileşkesinin genel yararı oluşturacağını bileceğini, böyle olduğu takdirde o mimarın, her adım başı bireysel yararlarıdan kamu yararını ayırmaya yönelik özel yasalar ve dedikodularla üretilen çarelere, korku ve güvensizlik üzerine kurulan bir kamu esenliği-

¹¹ Beccaria, *a. g. e.*, s. 218-219.

¹² Beccaria, *a. g. e.*, s. 219.

nin yapaylığına yaslanmayacağını ve bunlara zorlanmayacağını ifade etmektedir.¹³

Affin aleyhinde olan yazarlardan Bentham, cezanın zorunlu olduğunu, af ile cezaların şiddetinin ortadan kaldırıldığını, halbuki cezaların şiddetinin en iyi olarak yapılacak yasal değişikliklerle ortadan kaldırılabilceğini, bu açıdan, kanunların iyi bir şekilde yapılması gerektiği fikrini savunmaktadır. Yazara göre, eğer ceza zorunlu ise affetmeli, zorunlu değilse verilmemelidir.¹⁴

Affa, pozitivist ceza okulu taraftarları da karşı gelmektedir. Pozitivistlere göre af ya tavsiye veya tazyik üzerine yahut adalet gerektirdiği için uygulanır. Birinci halde af kurumunu haklı gösterecek bir neden yoktur. İkinci halde ise adalet, af yetkisi gibi keyfi bir merhametle değil, emin, herkes için eşit usullerle uygulanmalıdır. Eğer bazı suçlar artık hukukun ihlali sayılmıyorsa genel af ilan edilmesi yerine bu fiiller hakkındaki cezalar kaldırılmalıdır. Pozitivistler, bazı kişilerin mahkumiyeti haksız görülüyorsa özel usul kuralları ile bu yanlışlığın düzeltilmesinin olanaklı olduğunu, affın cezasız kalmak ümidini artırdığını ve sonuç olarak yeni suçların işlenmesine neden olduğunu savlamaktadır. Pozitivistler, af yetkisinin istisnai olarak ancak siyasi suçlar için kullanılmasının haklı görülebileceği fikrindedir. Daha açık bir deyişle, pozitivistler, affın; siyasal-sosyal suçlar, idari veya mali sert tutumların doğurduğu suçlar için kullanılması gerektiğini, âdi suç (doğal suç) faillerini affetmek için sebebin bulunmadığını ileri sürmektedir. Pozitivistler, âdi suç failleri affedilirse toplumun savunmasına, ceza adaletinin vakarına ve gayesine zarar verilmiş olacağını ve affın kör bir merhamet haline geleceğini savlamaktadır. Pozitivist düşünürlerden Garafalo af yetkisinin haksızlığını şu düşünceyle ifade etmektedir: İşlenmiş olan fiil dün suç sayılmıştı, yarın da öyle sayılacaktır. Fakat aynı fiil bugün suç değildir!¹⁵

¹³ Beccaria, *a. g. e.*, s. 219.

¹⁴ Nak. Erem, *a. g. e.*, s. 415.

¹⁵ Bkz. Erem, *a. g. e.*, s. 415-416, Pozitivistlerin affın aleyhindeki düşünceleri hakkında fazla bilgi için bkz. Keyman, *Türk Hukukunda Af (Genel Af- Özel Af)*, s. 16 vd.

Türk hukuk öğretisine gelince, yazında¹⁶ affın lehinde¹⁷ görüş ileri sürülmektedir. Af konusunda daha Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde öğrenci iken Türk Hukuk Kurumunun 1941 yılında düzenlediği bir yarışmaya katılarak birincilik kazanmış olan Seha L. Meray affın lehinde görüş ileri sürmektedir. Meray'a göre birçok bakımlardan af zorunludur. Yazar, hiç bir zaman cezaevlerinin kapısına Dante'nin cehenneminin kapısındaki "*Buraya girenler, bütün ümitlerini ze veda ediniz*" (Lasciati ogni speranza voi che entrata) tümcesinin yazılmaması gerektiğini, cezaevlerinin her şeyden önce suçlunun psikolojik, sosyal ve hatta ekonomik bünyesini sağaltacak (tedavi edecek) kurumlar olduğunu ileri sürmektedir. Yazar, bununla birlikte, söz konusu sağaltım sırasında suçlunun maddi ve manevi acı çekeceğini de ifade etmektedir.¹⁸

Meray, affın tehlikelerinin de bulunduğunu, ancak, buna karşılık şiddetli cezai yaptırımların da tehlikelerinin bulunduğunu ifade etmektedir. Yazar, yıldırma ve sindirmenin (tedhişin) hâkim otoritenin temelini sarsacağını ve yeni misilleme hareketlerine yol açacağını, ayrıca, şair Tevfik Fikret'in

*"Kan şiddeti, şiddet kanı besler; bu muadat¹⁹
Kan ateşidir, sönmeyecek kanla, inandım"*

şeklindeki dizgesinin son derece yerinde olduğunu, eğer muhakkak bir aşırılığa (ifrata) gitmek isteniyorsa bunun af yolunda olmasının yerinde olacağını ifade etmektedir.²⁰

Meray, toplum bakımından adalet ve fayda kavramlarına uygunsa affın verilmesi gerektiğini, bu şekilde verilirse affın faydalı ve verimli olacağını ve sonu olarak affın ancak affa layık olanlara uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.²¹

¹⁶ Çalışmanın oylumunu büyütmemek için Türk öğretisinde yalnızca Meray, Keyman ve Erem'in görüşleri üzerinde durulacaktır.

¹⁷ Saptayabildiğimiz kadarıyla.

¹⁸ Meray, *Ceza Hukukunda Af*, s. 61-62.

¹⁹ Karşılıklı düşmanlık.

²⁰ Meray, *a. g. e.*, s. 62.

²¹ Meray, *a. g. e.*, s. 62.

Doktora tezini af konusunda yazan Keyman da affın her iki türüne²² de taraftar bulunmaktadır. Yazar, öncelikle genel affın lehinde ve aleyhinde olan fikirleri özetlemekte ve genel affa taraftar olan yazarların fikirlerine katılmaktadır.

Genel affın lehinde olan görüşü savunan yazarlar; dünyada birçok ülkede bazı çeşit suçların çoklukla işlendiği devreler görülebileceğini, bu açıdan genel affın, toplumların geçirdikleri siyasi krizlerden sonra ortaya çıkan ve yatıştırıcı tesirler gösteren bir kurum niteliğine kavuştuğunu ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre, iç karışıklıkların toplumları bir af ile ortadan kaldırılamayacak olursa, bunların önünü almak olanaksız hâle gelecektir. Gerçekten de tahrik edici meselelerin üzerine bir örtü çeken genel af, geçmişin unutulmasını ve istikbale dönülmesini mümkün kılmaktadır.²³

Genel affın lehinde olan yazarlar; isyan ve benzeri durumlarda hükümetin tehdit edilen otoritesini sürdürebilmek için şiddete başvurmak zorunda olduğunu, bu olayların üzerinden zaman geçip de sükunete döndükten sonra eskisi gibi hükümetin sert davranmasına gerek bulunmadığını, bundan sonra unutmak yolunu tercih etmenin siyasi bakımdan daha faydalı olacağını belirtmektedirler.²⁴

Genel affa taraftar olan yazarlar, genel affın meşruluğunu devletin suçluyu cezalandırma hakkının esası kavramına başvurarak da açıklamaktadırlar. Bu yazarlara göre toplumun içerisinde bulunduğu şartlar, failleri kim olursa olsun bazı suçların cezalandırılmamasını gerektiriyorsa bunları unutmak kamu yararı bakımından daha isabetli bir tutumdur. Bu durum da en çok ihtilal ve hükümet darbeleri sırasında kendini gösterir. Siyasi anlaşmazlıkların neden olduğu savaşım- lar (mücadeleler) sonunda, taraflardan biri başarıya ulaştınca, geçmişin kavgalarını tamamen unutmak seçilebilecek en iyi hareket tarzı olup bunun hukuki yolu da genel af çıkartmaktır.²⁵

Genel af taraftarları, söz konusu affın siyasi karışıklıklardan sonra teskin edici bir rol oynayacağını, bununla birlikte, hükümetlerin özellikle kendilerini zayıf hissettikleri anda genel af yoluna başvurmak-

²² Aşağıda görüleceği üzere genel af, özel af.

²³ Keyman, *a. g. e.*, s. 23-24.

²⁴ Keyman, *a. g. e.*, s. 24.

²⁵ Keyman, *a. g. e.*, s. 24.

tan çekinmesi gerektiğini, zira, genel affın rejimin gücünün bir kanıtı olması gerektiğini, genel affı teklif eden veya bunu kabul eden bir rejimin kendisine olan güvenini göstermiş ve bu suretle halka güven telkin edeceğini ifade etmektedir.²⁶

Keyman yukarıda genel af lehinde ileri sürülen düşünceleri paylaştıktan başka, genel affın yalnızca siyasi suçlara değil, hem âdi hem de siyasi suçlara uygulanması gerektiği görüşünü de savunmaktadır. Gerçekten de, kimi yazarlar, genel affın yalnızca siyasi suçlara uygulanması gerektiğini, nitekim uygulamada da genel affın çoğu zaman siyasi suçlara uygulandığını ileri sürmektedir. Bundan da öte, genel affın yalnızca siyasi suçlara uygulanmasını isteyen yazarlardan Başgil, siyasi mahkumların ahlaki seviyeleri itibarıyla düşük insanlar olmadığını ve siyasi suçun bir kanaat uğruna işlendiğini ileri sürmekte ve siyasi suçluyu mahkum etmenin, düşünceyi mahkum etmek olduğunu belirtmektedir. Başgil, ayrıca, o kanaatın hakikaten mahkum edilmeye layık olup olmadığı sorusunu da sormak gerektiğini belirtmektedir.²⁷

Az önce belirtildiği üzere Keyman, genel affın yalnızca siyasi suçlara uygulanmasının isabetsiz olacağını savlamaktadır. Daha açık bir deyişle, yazar, yalnızca siyasi suçlara af getiren bir kanunun amaca elverişli olmayacağını, çünkü siyasi suçun kesin, net, doğru ve açık bir tanımının yapılamayacağını, yapılsa bile bu tanımın ancak belirli bir toplumda ve belirli bir süre için geçerli olabileceğini, kısacası, siyasi suçun tanımının zamana ve mekana göre değişeceğini ifade etmektedir.²⁸

Keyman, esasında, âdi suçlarla siyasi suçlar arasında kesin bir şekilde ayırım yapmanın olanaksız olduğunu, âdi olan fakat siyasi bir suçla ilgisi dolayısıyla siyasi sayılan suç şekline nispi siyasi suç denildiğini, nispi siyasi suçun bir türünü oluşturan muhtelit suçta aslında âdi suç sayılan tek bir fiilin bulunduğunu, ancak bu fiilin özel menfaate zarar verdiği gibi siyasi nizamı da bozduğunu, aynı şekilde murtabıt suçta da âdi ve siyasi suçun birbirine karıştığını ifade etmektedir. Yazar, bu gibi siyasi suçları işleyenlerde ahlaki düşüklük olmadığını sırf

²⁶ Keyman, *a. g. e.*, s. 25.

²⁷ Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 25-26 özellikle dip not 99-104.

²⁸ Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 29-30.

siyasi suçlular kadar kesinlikle söylenemeyeceğini, ayrıca siyasi karışıklılar döneminde âdi suçların işlenebileceğini de belirtmektedir.²⁹

Bundan başka, Keyman, salt siyasi suçları affeden bir genel af kanununun uygulama güçlüklerine de yol açacağını, uygulama güçlüklerini aşabilmek için çıkarılacak af kanununda siyasi suçların madde madde sayılabileceğini, ancak bu sefer de söz konusu güçlüğün kanunun hazırlanması sırasında doğabileceğini, bu durumun ise uygulama güçlüklerinden daha fazla tehlikeli olacağını ifade etmektedir. Çünkü, yazara göre, mahkeme bir kanunu uygularken tamamen hukuki kaygılarla hareket ederken siyasi bir organ olan parlamento siyasi kaygılara üstünlük tanır. Bundan da öte yazar, bir takım âdi suçların da siyasi şartların etkisi altında işlenmiş bulunabileceğini, dolayısıyla salt siyasi suçlara af getiren bir kanunun amacını kısmen yerine getireceğini ifade etmektedir.³⁰

Genel af konusunda sonuç olarak Keyman, af yetkisinin uygulamada kötüye kullanıldığı ve ceza kanunlarının suçu genel olarak önleme özelliğini zayıflattığı gerekçe gösterilerek genel af kurumunun reddedilemeyeceğini, çünkü Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen tecil ve şartla salıverme kurumlarının da asıl gayesinden uzaklaşabileceğini, nasıl ki tecil ve şartla salıverme kurumlarının kötüye kullanılmaları veya yanlış uygulanmalarını dikkate alıp söz konusu kurumları Ceza Kanunu'ndan çıkarmıyorsak genel affin da kurum olarak muhafaza edilmesinin faydalı olacağını ifade etmektedir.³¹ Bununla birlikte, yazar, af yetkisinin kullanılmasında sorumsuz bir şekilde hareket edilmesinin hoş karşılanamayacağını, bu konuda gösterilecek en küçük bir hafifliğin dahi affa karşı olanlara hak verdireceğini, affın, ceza hukukunda ciddiyet ve dürüstlüğün bir ifadesi olduğunu, affın kötüye kullanılmasından titizlikle kaçınılmak şartı ile af yetkisinin kabul edilmesi doğru bir hareket tarzı olduğunu savlamaktadır.³²

Keyman, özel affa da taraftar bulunmaktadır. Yazar, özel affın lehinde ve aleyhinde olan görüşleri sıralayıp gerekli eleştirileri yaptık-

²⁹ Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 50.

³⁰ Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 30.

³¹ Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 28-29.

³² Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 23.

tan³³ sonra, özel af taraftarlarının özel affın ancak ceza adaletinin şiddet ve yanlışlıklarına çare oluşturacak başka araçların bulunmaması hâlinde faydalı sonuçlar verebileceği gerekçesini de eleştirmektedir. Yazara göre, günümüz ceza hukukunda özel affın yerini alabilecek daha faydalı ve teminatlı ceza hukuku kurumları (tecil, şartla salıverme ve yargılamanın yenilenmesi gibi) olmasına rağmen özel affa olan gereksinimin hala sürdüğüne işaret etmektedir. Kuşkusuz, yazar, söz konusu kurumların özel affın uygulama alanını daraltacağını kabul etmekle birlikte, yine de özel affa gerek olduğunu ifade etmektedir.³⁴

Keyman, özel affa gereksinim bulunduğu sonucunu yukarıda bahsedilen daha faydalı ve teminatlı kurumları teker teker inceleyerek desteklemektedir. Bu çerçevede, yazar, bu kurumlardan tecilin, sadece ilk defa bir ceza mahkumiyetine uğrayanlar bakımından uygulanabilir olduğunu ve uygulama alanının yasal şartlarla kısıtlanmış olduğunu, bundan başka, tecilde, sanığın hükümden önceki iyi halini göz önünde bulundurmak suretiyle cezasının bundan sonraki kısmını tecil etmenin olanaklı olmadığını ifade etmektedir. Keyman, şartla salıverme yolunun da özel affa olan gereksinimi ortadan kaldıracak kadar mükemmel olmadığını, bir taraftan bundan faydalanabilmenin her zaman için olanaklı olmaması, diğer taraftan da kimi zaman suçluya hürriyetini tam olarak iade etmek gereksiniminin bulunmasının şartla salıvermeyi yetersiz kıldığını belirtmektedir. Bundan başka, şartla salıvermenin sadece hürriyeti bağlayıcı cezalar açısından geçerli olması da başka bir dezavantajdır. Yazar, yargılamanın yenilenmesinin de faydalı bir kurum olmakla birlikte gereken sürati sağlayamadığından özel affa olan gereksinimi ortadan kaldırmadığını ifade etmektedir. Yazara göre işte tüm bu durumlar özel af yetkisini kabul etmenin faydalı olacağına somut bir kanıttır.³⁵

Bununla birlikte, Keyman, TBMM'nin özel af yetkisini kullanırken mahkemenin takdirine ilişkin hususları dikkate almaması gerektiğini, aksi durumda Anayasa'nın 138. maddesinde ifade edilen mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı davranılacağını, yine, adli hata nedeniyle özel af yoluna gittiği durumda TBMM'nin üst bir mahkeme gibi hareket ederek kesin hükmü kontrol konusu yapmaması gerektiğini,

³³ Bu görüşler ve eleştirileri hakkında bilgi için bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 31-38.

³⁴ Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 38.

³⁵ Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 38.

tersine tutumun da Anayasa'nın söz konusu maddesi ile bağdaşmayacağı belirtilmektedir.³⁶

Erem de affa taraftar bulunmaktadır. Bununla birlikte, yazar, gerçek bir ihtiyaç olmadığı halde, yersiz bir merhamet, lütuf, taraftar kazanma, cezaevleri mevcudunu azaltma gibi düşüncelerle af yetkisinin kullanılmasının toplumda adalet ve kanunlara olan güveni azaltacağını, nasıl olsa günün birinde af kanununun çıkacağı ümidinin cezaların genel önleme özelliğini zayıflatacağını ifade etmektedir. Erem, af yetkisinin gerçekten affa layık olan kimseler bakımından kullanılması gerektiğini, bu nedenle sürgit şekilde suç işleyen mükerrir suçluların affedilmesi gibi açıklanması imkansız af kanunlarının yapılmasını ve af yetkisi kullanılırken affedilenin menfaatlerinin değil, kamu yararının gözetilmesi gerektiğini savlamaktadır.³⁷

II. AFFIN TÜRLERİ VE KAYNAĞI

Bu kısımda affın türleri ve affın kaynağı kısacası, affı çıkarmaya yetkili makam veya merciler incelenecektir.

1. AFFIN TÜRLERİ

Affın iki türü bulunmaktadır. Bunlardan ilki genel af, diğeri ise özel aftır. Şimdi bu af türlerini kısaca incelemek uygun olacaktır.

a. Genel Af

Genel affın çok çeşitli tanımları yapılmaktadır. Bununla birlikte, yapılan tanımları, genel affın yalnızca teknik yönüne ilişkin özellikleri göz önüne alarak yapılan tanımlar ile söz konusu affın teknik ve siyasi özelliklerini birleştiren ve bu suretle karma nitelikteki tanımlar olmak iki farklı gruba ayırmak olanaklıdır.³⁸

Birinci gruba giren yazarlardan Braas, genel affı, yasama erkinin cezai takibatın yürütülmesini veya devamını yasaklayan ve hali ha-

³⁶ Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 40-41.

³⁷ Bkz. Erem, *a. g. e.*, s. 416.

³⁸ Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 54.

zırda verilmiş bulunan mahkumiyetleri ortadan kaldıran bir tasarrufu olarak tanımlamakta³⁹ Majno ise genel affı belirli tür fiiller hakkında ceza davasını ve mahkumiyet ile onun bütün sonuçlarını ve mahkeme masraflarının tahsili davasını ortadan kaldıran bir tasarruf olarak tanımlamaktadır.⁴⁰

26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da⁴¹ genel affı yalnızca teknik yönleriyle tanımlamaktadır. Gerçekten de, Kanun'un 65. maddesinin 1. fıkrasında; genel af hâlinde, kamu davasının düşeceği, hükmolunan cezaların bütün sonuçlarıyla ortadan kalacağı ifade edilerek yalnızca teknik nitelikte bir tanım kabul edilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere ikinci gruba giren yazarlar genel affı karma bir şekilde tanımlamaktadır. Bu gruba giren yazarlardan Haus, genel affı; bazen yapılmış veya yapılmakta olan takibatı, bazen de suç sayılan fiiller dolayısıyla verilmiş bulunan mahkumiyeti ortadan kaldırmak suretiyle muayyen bir kategori suçu unutmaya örtüsü içerisine sokan egemen kuvvet tasarrufu şeklinde tanımlamakta,⁴² Villey ise genel affı, etkisi belirli kategori cezayı gerektiren fiili ortadan kaldırmak ve unutmaya örtüsü içine sokmak olan ve sonuç olarak da, bazen takibatı durduran veya buna engel olan, bazen de mahkumiyeti ortadan kaldıran bir egemenlik tasarrufu olarak tanımlamaktadır.⁴³

Türk Hukuk Lûgatı da genel affı karma bir nitelikte tanımlamaktadır. Gerçekten de, Lûgat, genel affın, bazı suçların genel menfaat gereklerinden dolayı unutturulması amacıyla yapılan bir devlet tasarrufu olduğunu, yapılmakta veya yapılacak olan takibin veyahut hüküm altına alınan cezanın kaldırılması sonucunu vereceğini, şahsi hakka hâlel gelmemek üzere suçu, takibi ve mahkumiyeti ortadan kaldıracağını ifade ederek⁴⁴ karma nitelikli bir tanım benimsemiştir.

³⁹ Nak. Keyman, *a. g. e.*, s. 54.

⁴⁰ Nak. Keyman, *a. g. e.*, s. 54.

⁴¹ Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 97. maddesinde olduğu gibi.

⁴² Nak. Keyman, *a. g. e.*, s. 55.

⁴³ Nak. Keyman, *a. g. e.*, s. 55.

⁴⁴ *Türk Hukuk Lûgatı*, s. 6, "af" başlığı altındaki "umumi af" alt başlığı.

b. Özel Af

Lütuf (atıf) işlemlerinin bir diğer türü olan özel af, dar ve geniş olmak üzere iki anlama gelebilen “*grace*” sözcüğünün karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bu sözcük, geniş anlamı ile Roma hukukundaki “*indulgentia*” ve önceki ceza hukukçularının kullandığı “*La gracia*” ibaresini karşılamaktadır. Bu şekilde geniş anlamda kullanılan “*grace*” kavramı, günümüzde, sebep, amaç ve sonuç açısından birbirinden bütünüyle farklı olarak kabul edilen “*genel af*”, “*memnu (yasaklı) hakların iadesi*”, “*yargılamanın yenilenmesi*” ve “*özel af*” gibi benzer kurumların hepsini birden içerisine almakta ve cezanın sonuçlarına etki edebilen her türlü lütuf işlemini içerisine almaktadır.⁴⁵

Dar anlamda kullanılan “*grace*” terimi ise özel affı ifade etmektedir.⁴⁶ Nitekim 5237 sayılı Kanun’un 65. maddesinin 2. fıkrasında; özel af ile hapis cezasının⁴⁷ infaz kurumunda çektirilmesine son verilebileceği veya infaz kurumunda çektirilecek süresinin kısaltılabileceği ya da adli para cezasına çevrilebileceği ifade edilerek dar anlamda “*grace*” sözcüğüne karşılık gelen özel affa yer verilmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nda yapılan bu af tanımı öğretide yapılan özel af tanımlarıyla da örtüşmektedir. Örneğin, Meray, özel affı; mahkemeler tarafından hükmolünmüş cezaların infazını kısmen veya tamamen vazgeçilmesi olarak ifade ederek,⁴⁸ söz konusu affı “*grace*” sözcüğünün dar anlamda karşılığı olarak kullanmaktadır.

Affin türleri hakkındaki açıklamalarımıza son vermeden önce önemli bir hususa temas etmek uygun olacaktır. Bir affın genel af mı yoksa özel af mı olduğu affa uğrayan suçların veya aftan yararlanan kişilerin sayısına göre değil, affın sonuçlarına göre belirlenir.⁴⁹ Daha

⁴⁵ Keyman, *a. g. e.*, s. 66.

⁴⁶ Keyman, *a. g. e.*, s. 66.

⁴⁷ Görüldüğü üzere 5237 sayılı Kanun özel affın sadece “hapis cezaları” açısından olanaklı olduğunu kabul etmiştir. Halbuki mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 98. maddesi çerçevesinde özel af bakımından cezanın hapis veya para cezası olmasının bir önemi bulunmamaktaydı.

⁴⁸ Meray, *a. g. e.*, s. 31. Meray’ın yapmış olduğu bu tanım, *Türk Hukuk Lügati*’nin yapmış olduğu özel af tanımıyla da uyuşmaktadır. Gerçekten de söz konusu lügatta da özel af; cezanın kısmen veya tamamen infazından vazgeçilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. *Türk Hukuk Lügati*, s. 6, “af” başlığı altındaki “hususî af” alt başlığı.

⁴⁹ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s. 422.

açık bir deyişle, genel af, ceza ile birlikte suçu ve dolayısıyla ceza mahkumiyetinin bütün sonuçlarını ortadan kaldırır. Bu etkiyi gösteren af bir tek kişi için çıkarılsa bile genel af olarak sayılır. Buna karşılık, özel af, yalnızca cezayı ortadan kaldırır ancak mahkumiyetin bütün neticeleri (örneğin kişinin sabıkası) baki kalır. Bu çerçevede, yalnızca suçun cezasını ortadan kaldıran veya azaltan veya hapis cezasını adli para cezasına dönüştüren af birden çok kimse için çıkarılsa bile özel af olarak kabul edilir.⁵⁰

2. AFFIN KAYNAĞI

Affin kaynağını, bir diğer deyişle, affı çıkarmaya yetkili makam veya mercileri belirlemek oldukça kolaydır. Bu çerçevede, genel affı çıkarmaya yalnızca Türkiye Büyük Millet Meclisi yetkilidir. Nitekim Anayasa'nın 87. maddesinde; Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel af ilanına yetkili olduğu ifade edilmektedir. Meclisten başka hiç bir organ veya makam, genel af çıkarmaya yetkili değildir.

Bununla birlikte, özel af çıkarmaya iki organ yetkili bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir. Anayasa'nın yukarıda bahsedilen 87. maddesinde; Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile özel af ilanına yetkili olduğu ifade edilerek özel af konusunda TBMM'nin yetkisi somut bir şekilde ifade edilmiştir.

Ancak, TBMM'nin gerek genel af gerekse özel af çıkartma yetkisinin bulunmadığı bir durum öngörülmüştür. Daha somut bir deyişle, Anayasa'nın 169. maddesinin 3. fıkrasında; salt orman suçları için genel ve özel af çıkarılamayacağı, ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçların genel ve özel af kapsamına alınamayacağı ifade edilmiştir. Bu hükümden iki sonuç çıkartmak olanaklıdır. Bunlardan ilki, yalnızca orman suçları için bir genel veya özel af kanunu çıkarılamayacaktır. İkinci sonuç ise diğer suçlar yanında orman suçları için de af öngörülyorsa ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak suçlarının hiç bir şekilde af kapsamına alınama-

⁵⁰ Krş. Keyman, *a. g. e.*, s. 65-66 ve dip not 106.

yacaktır. Sadece söz konusu orman suçları dışındaki diğer suçlar ancak başka suçlarla birlikte af kapsamına alınabilir.⁵¹

Özel af çıkarmaya yetkili ikinci organ ise Cumhurbaşkanındır. Gerçekten de, Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanı'nın yürütme alanına ilişkin görevleri sayılırken onun "*sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak*" konusunda yetkili olduğu, kısacası Cumhurbaşkanı'nın özel af konusunda yetkili olduğu ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere özel af çıkarma konusunda hem Türkiye Büyük Millet Meclisi hem de Cumhurbaşkanı yetkili bulunmaktadır. Bununla birlikte, Türkiye Büyük Millet Meclisi özel af çıkarırken herhangi bir nedene dayanabilmesi olanaklı iken Cumhurbaşkanı yalnızca mahkumun "*sürekli hastalık, sakatlık ve kocama*" şeklindeki üç nedene dayanmak zorundadır. Kısacası, Anayasa, Cumhurbaşkanı'nın özel af konusundaki yetkisini; hastalık, engellilik ve yaşlılık şeklindeki insani nedenlere dayandırmıştır.

III. AFFIN ETKİLERİ

Çeşitli defalar belirtildiği üzere genel af, mahkumiyetin bütün sonuçlarını, bir başka deyişle, fiilin suç vasfını ortadan kaldırmasına⁵² karşılık, özel af, sadece cezaya etki etmekte, özel affa rağmen suçluluk ve mahkumiyet baki olmaktadır. Özel affın ayrıca fer'i ve mütemmim cezalara da etkisi yoktur.⁵³ Affın etkilerini genel af ve özel af bakımından ayrı ayrı olmak üzere biraz ayrıntılı bir şekilde incelemek uygun olacaktır.

1. Genel Affın Etkileri

Af türleri içerisinde en fazla etki doğuran af türü genel aftır. Bu etkileri aşağıdaki şekilde incelemek uygun olacaktır.

⁵¹ Ancak, aşağıda özel af konusunda yetkisine temas edilecek olan Cumhurbaşkanı'nın, suçlar bakımından herhangi bir sınırlama öngörülmediği için hangi orman suçundan mahkum olursa olsun bir kişi hakkında özel af yetkisine sahip olacağı açıktır.

⁵² Fazla bilgi için bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 57.

⁵³ *Türk Hukuk Lûgati*, s. 6, "af" maddesinin "hususî af" alt başlığı.

a. Davaya Etkisi

Çeşitli defalar belirtildiği üzere genel af ile fiilin suç niteliği ortadan kalkar. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesi gereği suçta ve cezada kanunilik ilkesi geçerli olduğundan, daha somut bir deyişle, bu maddenin 1. fıkrası gereği kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemeyeceğinden affa uğramış o fiil hakkında artık kamu davası açılamaz.⁵⁴

Genel affın ceza muhakemesinin evreleri bakımından etkisi farklı olacaktır. Bilindiği üzere ceza muhakemesinde soruşturma⁵⁵ ve kovuşturma⁵⁶ olmak üzere iki evre bulunmaktadır. Soruşturma evresinde genel af çıkarsa "*kovuşturmaya yer olmadığına dair karar*" verilir.⁵⁷ Çünkü 5271 sayılı Kanunun 172. maddesinin 1. fıkrasında kovuşturmaya yer olmadığına kararın verileceği hallerden birisi olarak "*kovuşturma olanağının bulunmaması*" durumu öngörülmüştür. Genel affın kovuşturmaya olanak vermeyeceği ortadadır.

Genel af kovuşturma evresinde çıkarsa düşme kararı verilir. Gerçekten de, 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin 8. fıkrasının ilk tümencesinde; Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verileceği belirtilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 65. maddesinin 1. fıkrasında genel af davayı düşüren bir sebep olarak öngörüldüğüne göre bu durumda davanın düşmesine karar verileceği açıktır.

Bununla birlikte, kovuşturma evresinde genel af çıkarsa bile kimi durumlarda "*düşme*" kararı verilmesi yerine "*beraat*" kararı verilmesi gerekir. Gerçekten de, 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin 9. fıkrasında; derhal, bir başka deyişle, başka bir araştırmaya gerek olmaksız-

⁵⁴ Erem, *a. g. e.*, s. 417.

⁵⁵ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine göre soruşturma; kanuna göre yetkili mercilerce suç kuşkusunun öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade eder.

⁵⁶ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine göre kovuşturma; iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eder.

⁵⁷ Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda "*takipsizlik*" kararı verilir.

zın beraat kararı⁵⁸ verilebilecek hâllerde düşme kararının verilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede, örneğin, duruşmada sanığın beraatine karar verilebilecek bir duruma gelindiği anda genel af çıkarsa düşme kararı değil beraat kararı verilir.⁵⁹

Görüldüğü üzere kovuşturma evresinde genel af çıkarsa düşme kararı yerine beraat kararının verileceği durum, Türk hukukunda son derece dar bir şekilde saptanmıştır. Halbuki İtalyan hukukunda söz konusu durum oldukça geniş bir şekilde saptanmıştır. Gerçekten de, İtalyan Ceza Usul Kanunu'nun 152. maddesinde; suçu düşüren bir sebebin bulunması halinde, fiilin mevcut olmadığını veya sanık tarafından işlenmediğini yahut fiilin kanunen suç olarak öngörülmüş olmadığını açıkça gösteren deliller mevcut olduğu takdirde, yargıcın bu gibi hususlara özgü formül çerçevesinde beraata karar vermek suretiyle esasa hükmedebilir şeklinde bir hüküm bulunmaktadır.⁶⁰ Görüldüğü üzere İtalyan hukukunda genel af durumunda düşme kararı verilmesi yerine beraat kararı verilebilecek haller son derece geniş bir şekilde saptanmıştır.

b. Affın Cezaya Etkisi

Kesin mahkumiyet hükmünden sonra çıkan genel affın etkisini saptayabilmek kolaydır. Kesin hükümden sonra çıkan genel af, hükmün yerine getirilmesini engeller. Bu çerçevede, hükmün infazına başlanmamış ise infaza başlanmaz, başlanmamış ise infaz kesilir.⁶¹ Eğer bütün cezalar çekildikten sonra af çıkmış ise "*mahkumiyetin neticesi*" olan ehliyetsizlikler de ortadan kalkar. Çünkü mahkumiyet kalkınca onun doğuracağı sonuçların sürmesi olanaklı değildir. Nitekim, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 65. maddesinin 1. fıkrasında, genel af halinde hükmolunan cezaların bütün "*neticeleri*" ile ortadan kalkacağı ifade edilmiştir. 5271 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 74. maddesinin 1. fık-

⁵⁸ Beraat kararının verilebileceği haller 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin 2. fıkrasında gösterilmiştir.

⁵⁹ Krş. Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 300.

⁶⁰ Nak., Keyman, *a. g. e.*, s. 139.

⁶¹ Bkz. Toroslu/Feyzioğlu, *a. g. e.*, s. 424.

rası gereği müsadere olunan şeyler veya aftan önce ödenmiş adli para cezaları iade edilmez.⁶²

c. Affın Özellik Gösteren Suçlar Üzerinde Etkileri

Genel affın özellik gösteren kimi suçlar üzerinde bir takım etkileri bulunmaktadır. Bu çerçevede ilk incelenecek olan husus, genel affın zincirleme suç⁶³ üzerindeki etkisidir. Zincirleme olarak suçlar işlenmeye devam edilirken genel af çıkarsa aftan önceki zincir fiiller genel affın kapsamına girer. Buna karşılık, genel aftan sonra işlenen fiiller ayrıca cezalandırılır.⁶⁴ Örneğin, mağdurun bir yere kapatılarak devamlı olarak hürriyetinin kısıtlandığı zincirleme bir suçun işlenmesi durumunda genel af çıkarsa bu suçu işleyen kimse hakkında takibat yapılmayacak, buna karşın, ilgili şahıs aftan sonra mağdur kişinin hürriyetini kısıtlamaya devam ederse bu fiilinden dolayı ayrıca cezalandırılacaktır.

İtiyadı suçluluk ve suçta tekerrürde⁶⁵ zincirleme suçtaki esaslar geçerlidir. İtiyadı suçlulukta, genel aftan önce işlenmiş fiiller itiyadın belirlenmesinde dikkate alınmaz.⁶⁶ Bunun gibi genel af ile ortadan kaldırılmış mahkumiyet, tekerrüre esas olmaz.⁶⁷

Fikri içtima⁶⁸ durumunda fikri içtimaya giren ihlallerden birisi genel af kanunu dolayısıyla suç olmaktan çıkarsa, diğeri hakkında kamu davasına devam edilir.⁶⁹

Bileşik suça gelince, bileşik suçu oluşturan unsur suçlardan birini veya ağırlaştırıcı nedeni oluşturan suçu kapsamına alsın bile genel af bileşik suçu bütünüyle ortadan kaldırır.⁷⁰

⁶² Krş. Erem, a.g.e, s. 417- 418.

⁶³ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesine bkz. Bu suç, mülga, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "müteselsil suç" olarak adlandırılmaktaydı.

⁶⁴ Bkz. Keyman, a. g. e., s. 113.

⁶⁵ İtiyadı suçluluk ve tekerrür konusunda 5271 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesine bkz.

⁶⁶ Toroslu, a. g. e., s. 424.

⁶⁷ Erem, a.g.e, s. 419.

⁶⁸ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesine bkz.

⁶⁹ Keyman, a. g. e., s. 109.

⁷⁰ Toroslu, a. g. e., s. 424.

ç. Affedilen Suçların Saptanması

Genel afla hangi suçların affedildiğini tayin etmek için “*genel affkanunun*” metnine bakmak gerekmektedir. Eğer affedilen suçlar kanunda hukuki adları gösterilmek suretiyle tayin edilmişse suç niteliğini (vasfını) değiştirmemiş olmak şartıyla cezayı artırıcı halleri içeren suç şekillerini de affa dahil etmek gerekir. Örneğin genel af kanununda hırsızlık suçunun affedildiği belirtiliyorsa bu suçun ağırlaştırılmış şekli olan yankesicilik de af kapsamına girer. Bununla birlikte, hırsızlık suçunun affedildiğini gösteren bir genel af, eğer af kanununda açık bir hüküm yoksa örneğin Askeri Ceza Kanunu kapsamına giren hırsızlık suçlarını affedildiğini göstermez.⁷¹

Genel af kanununun affedilen suçları madde ve fıkra numaralarıyla gösterdiği durumda sadece kanunda öngörülen madde ve fıkraya numaralarında belirtilen suçlar affedilmiş olur.⁷² Örneğin, af kanununda, Türk Ceza Kanunu’nun 146. maddesinde belirtilen “*kullanma hırsızlığı*” suçunun affedildiği belirtiliyorsa başka maddeler de (örneğin, “*hırsızlık*” suçunu düzenleyen 141. maddesi) düzenlenen hırsızlık suçları affın kapsamına giremez.⁷³ Cezanın kesinleşmiş olması halinde ise mahkumiyet hükmünde belirtilen madde numarasını esas almak suretiyle fiilin aftan faydalanıp faydalanmayacağını araştırmak gerekir.⁷⁴ Genel affın takibi şikayete bağlı suçları da kapsayacağından kuşku duyulmamalıdır.⁷⁵

Genel af kanunuyla affedilen suçlar, ceza kanunlarındaki cezalarına göre tayin edilmişlerse (mesela cezasının yukarı haddi beş seneyi geçmeyen hürriyeti bağlayıcı veya para cezasını gerektiren suçlar gibi) kişiye uygulanan cezaya değil, suçun kanundaki soyut cezasına bakmak gerekecektir. Bu itibarla olayda mevcut bulunan ve soyut cezaya etki eden ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler dikkate alınmaz.⁷⁶

⁷¹ Erem, *a. g. e.*, s. 418.

⁷² Keyman, *a. g. e.*, s. 142.

⁷³ Krş. Erem, *a. g. e.*, s. 418.

⁷⁴ Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 142.

⁷⁵ Bkz. Erem, *a. g. e.*, s. 418.

⁷⁶ Keyman, *a. g. e.*, s. 142-143, Erem, *a. g. e.*, s. 418.

d. Cezai Sonuçlara Etkisi

Çeşitli defalar belirtildiği üzere genel af ile mahkumiyetin bütün cezai sonuçları ortadan kalkmış olur. Bu nedenle, örneğin, kişi, cezai mahkumiyet yüzünden memurluktan çıkarılmışsa genel af ile bütün ehliyetsizlikler ortadan kalkacağından kişinin memurluğa geri dönmesi sağlanır.⁷⁷

Bununla birlikte, genel af ile cezai mahkumiyetin bütün cezai sonuçlarının ortadan kalkması, ehliyetsizliğin devamı sırasında doğmuş olan bütün sonuçların onarılacağı ve giderileceği anlamını taşımaz.⁷⁸ Örneğin, genel müdür olarak görev yapmakta iken bir suçtan dolayı mahkum olması nedeniyle⁷⁹ ilgili kişinin memuriyetten çıkartıldığını ve yerine bir başka kişinin atandığını düşünelim. Bu esnada bir genel af kanunu çıkarsa ilgili kişi *"ben mutlaka eski genel müdürlük görevimi istiyorum"* diyemez. Genel af ile tekrar memur olmak ehliyetini kazanmış kişiye başka bir genel müdürlük veya dengi bir görevin verilmesi gerekir.^{80, 81}

e. Hukuki Sonuçlara Etkileri

Çeşitli defalar belirtildiği üzere genel af ile suç vasfı ortadan kalkmasına rağmen fiilin kendisi ortadan kalkmaz. Bundan dolayı affa uğrayan fiilin hukuki sonuçları devam eder.⁸² Nitekim, Türk Ceza Kanunu'nun 74. maddesinin 2. fıkrasında; genel af nedeniyle kural

⁷⁷ Krş. Erem, *a. g. e.*, s. 419.

⁷⁸ Erem, *a. g. e.*, s. 419.

⁷⁹ Kişi cezai mahkumiyet nedeniyle değil de o fiili işlediği gerekçeyle memuriyetten çıkartılırsa, genel af kanununda aksine hüküm olmadığı müddetçe o kişinin memurluğa dönmesi olanaksızdır. Çünkü genel af, fiilin kendisini ortadan kaldırmaz.

⁸⁰ Doğaldır ki kişinin memuriyete dönebilmesi için memur olma niteliğini yitirmemiş olması gerekir. Örneğin cezasını çekerken kendisine genel affın uygulandığı kişi, ayrıksız durumlar dışındaki zorunlu emeklilik yaşı olan 65 yaşını doldurmuş ise o kişinin tekrar memurluğa dönebilmesi olanaksızdır. Bununla birlikte, mahkumiyet nedeniyle o kişinin, emeklilik hakkına bir engel doğmuş ise o engel ortadan kalkar.

⁸¹ Bütün bu anlatılanlar genel af kanununda aksine hüküm öngörülmediği durumlar için geçerlidir. Bir genel af kanununda, affın, memuriyete dönüş için bir hak doğurmayacağını kararlaştırmak olanaklıdır.

⁸² Erem, *a. g. e.*, s. 419.

olarak kamu davasının düşmesinin malların geri alınması ve uğrılan zararın tazmini için açılan şahsi hak davasını etkilemeyeceği, 3. (son) fıkrasında ise cezanın düşmesinin şahsi haklar, tazminat ve yargılama giderlerine ilişkin hükümleri etkilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak, mahkeme masrafları da hukuki bir sonuç olmasına rağmen, genel af halinde yargılama giderlerinin istenemeyeceği söz konusu son fıkrada belirtilmiştir.

Genel af hâlinde, suçtan doğan tazminat davaları bakımından ceza zamaşımı değil, hukuk zamaşımı uygulanır. Temyiz aşamasında iken genel af ile kamu davası düşerse şahsi haklara yönelik talepler hakkında Yargıtay'ın düşme kararı vermemesi, bu hakka ilişkin talepleri yetkili hukuk mahkemesine göndermesi gerekir.⁸³

f. Disiplin Suç ve Cezalarına Etkileri

Genel affın etkileri konusunda son olarak incelenecek husus, genel affın disiplin suç ve cezalarına etkisi olacaktır. Genel affın disiplin suç ve cezalarına kapsayıp kapsayamayacağı öğretide tartışma konusu yapılmaktadır. Bazı yazarlar genel af ile kanun koyucunun geçmişten iz kalmamasını isteyeceğinden bahisle affedilmiş bir suç hakkında disiplin cezası verilemeyeceği fikrini savunmakta, buna karşın kimi yazarlar bu görüşe karşı çıkarak; genel affın sadece fiilin suç vasfını ortadan kaldırdığını onun kendisini ortadan kaldırmadığını, disiplin hukuku ile ceza hukuku arasında nitelik farkı bulunduğunu, kanun koyucunun geçmişi tamamen silmesi hususunda fiili bir imkansızlıkla karşı karşıya olduğunu belirterek genel affın disiplin cezalarını kapsayamayacağını ifade etmektedir.⁸⁴

Bu konuda Erem'in önerdiği çözüm tarzı bize uygun gelmektedir. Buna göre, eğer özel bir kanun işlenen fiili değil de, sadece ceza mahkumiyetini dikkate alarak bir disiplin tedbirinin uygulanmasını emretmiş ise genel af ile mahkumiyetin bütün cezai sonuçları ortadan kalkacağına göre disiplin cezasının da geçmişe etkili olarak⁸⁵ ortadan kalk-

⁸³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Erem, *a. g. e.*, s. 419-420 özellikle dip not 25.

⁸⁴ Bkz. Erem, *a. g. e.*, s. 420. Bu görüşler hakkında fazla bilgi için bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 118-120.

⁸⁵ Erem, bir alttaki dip notta belirtilen yerde disiplinin cezasının geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılamayacağını belirtse de bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü geçmişe

ması gerekir. Buna karşılık yalnızca salt fiilin işlenmesinden dolayı, disiplin tedbiri uygulanmış ise genel af bu disiplin cezasını etkilemez. Bununla birlikte yasa koyucunun bu ilkelerden ayrılmasına veya disiplin cezalarını da kapsayan bir genel af kanunu çıkarmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır.⁸⁶

2. Özel Affın Etkileri

Özel affın etkilerini saptayabilmek oldukça kolaydır. Söz konusu etkileri incelemeye geçmeden önce bir hususa vurgu yapmak uygun olacaktır. Özel af yalnızca hapis cezaları açısından uygulanır. Bu çerçevede, kanunun hapis veya adli para cezası gibi seçimlik ceza öngörmüşse, özel af yönünden yargıcın hükmettiği cezaya bakılır. Yargıç hapis cezasına hükmetmişse sadece bu durumda özel af uygulanabilir.⁸⁷ Daha açık bir deyişle, hapis cezası dışındaki diğer cezalar bakımından özel af olanaklı değildir.

Çeşitli defalar belirtildiği üzere özel affın yalnızca ceza üzerinde etkisi bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle, özel af, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verebilir veya bu kurumda çektirilecek süreyi kısaltabilir ya da adli para cezasına çevirebilir. Bu yüzden özel affa rağmen kamu davasının açılması, aftan önce açılmış ise davaya devam edilmesi ve kesin hükme bağlanması gerekir.⁸⁸ Kısacası özel affın uygulanabilmesi için mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi gerekir.

Özel affın etkileri Türk Ceza Kanunu'nda da açık bir şekilde gösterilmiştir. Gerçekten de, Kanun'un 65. maddesinin 3. fıkrasında, cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarının özel affa rağmen etkisini devam ettireceği belirtilmiştir. Yine Kanun'un 74. maddesinin 1. fıkrasında, özel affın müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmeyeceği belirtilmiştir.

etkili bir şekilde eğer disiplin suçu kaldırılamazsa genel aftan beklenen "geçmişin bütünüyle unutulması" amacı gerçekleşmez.

⁸⁶ Erem, *a. g. e.*, s. 421.

⁸⁷ Bkz. Toroslu, *a. g. e.*, s. 425.

⁸⁸ Toroslu, *a. g. e.*, s. 425.

IV. ŞARTLI AF

Aftan faydalanan kişilere hiç bir yükümlülük yüklemeyen affa şartsız, belirli yükümlülük yükleyen affa ise şartlı af denilir. Affın bağlandığı şart geciktirici (taliki) olabileceği gibi bozucu (infisahı) de olabilir.⁸⁹ Gerek genel affın gerekse özel affın bir şarta bağlanması olanaklıdır.⁹⁰

Her şeyden önce genel affın şarta bağlanması olanaklıdır. Bu bağlamda, af kanunlarına geciktirici şartın konulması olanaklıdır. Af kanunun yayımlanmasından itibaren belli bir zaman dilimi içerisinde suçtan doğan şahsi hakların aftan yararlanacak kimseler tarafından tazmin edilmesi⁹¹ veya failin af kanununun yayımından itibaren belirli bir zaman dilimi içerisinde teslim olması⁹² gibi şartlar geciktirici şarta örnek olarak gösterilebilir. Aftan faydalanacak kişi kanunda saptanan zaman içerisinde bu şartı yerine getirdiğini kanıtlayamazsa genel aftan faydalanamaz.⁹³

Genel affın bozucu bir şarta bağlanması da olanaklıdır. Uygulamada en çok rastlanılan bozucu şart, af tarihinden itibaren belli bir zaman diliminde içerisinde yeniden suç işlenmesi şartıdır. Bozucu şarta bağlı olan genel afta fail derhal aftan istifade eder. Ancak, kanunda öngörülen infisahı şart gerçekleşecek olursa adeta af geri alınmış veya aftan faydalanmak ortadan kalkmış olur.⁹⁴

Yukarıda belirtildiği üzere özel affın da gerek geciktirici gerekse bozucu şarta bağlanması olanaklıdır. Örneğin, özel af kanununa, mahkumiyet hükmü kesinleşen kişinin belirli zaman dilimi içerisinde savcılığa teslimi şartı öngörülüyorsa bu şart geciktirici şarttır. Buna karşın, özel aftan faydalanan kişi belirli bir zaman diliminde suç işlerse infisahı şart konulmuş olur.⁹⁵ Geciktirici ve bozucu şartın özel aftan yararlanmaya etkisi, genel affa olduğu gibidir.⁹⁶

⁸⁹ Erem, *a. g. e.*, s. 419-420, Keyman, *a. g. e.*, s. 61.

⁹⁰ Bu konuda fazla bilgi için bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 61-63, 71-72.

⁹¹ Erem, *a. g. e.*, s. 418-419,

⁹² Keyman, *a. g. e.*, s. 63.

⁹³ Keyman, *a. g. e.*, s. 63.

⁹⁴ Keyman, *a. g. e.*, s. 63.

⁹⁵ Keyman, *a. g. e.*, s. 71-72 özellikle dip not 137-142.

⁹⁶ Fazla bilgi için bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 71-72.

V. AFFIN REDDİ

Affin reddi konusundaki tartışmalar özellikle genel af bakımından yoğunlaşmıştır. Gerçekten de öğretide neredeyse tam bir oydaşı içerisinde özel affın mecburiliği esası benimsenmiştir. Buna gerekçe olarak da özel afta sosyal bir yararın bulunduğu, onun keyfi bir merhamet işlemi olarak kabul edilmesinin olanaksız olduğu, öte yandan, cezanın infazının kamu düzeninden olduğu, hükümlünün, hakkında verilmiş olan cezayı çekmek bakımından bir müktesep (kazanılmış) hakkının bulunmadığı gösterilmiştir.⁹⁷

Yukarıda da belirtildiği üzere affı ret hakkının tanınıp tanınmaması öğretide özellikle genel af bakımından tartışılmıştır. Bununla birlikte söz konusu tartışma sadece dava devam ederken çıkan genel af bakımından yapılmıştır. Çünkü mahkumiyet hükmü kesinleştikten sonra çıkan ve cezayı yerine getirilemez hale getiren afta, bireye cezanın yerine getirilmesini istemek yetkisinin verilmesinin düşünülemeyeceği, daha açık bir deyişle, hükümlünün, hakkında verilmiş olan cezayı çekmek bakımından bir kazanılmış hakkının bulunmadığı esası benimsenmiştir.⁹⁸ Bu çerçevede, ilgili kişi bakımından mahkumiyet hükmü kesinleştikten sonra bu kişinin genel affı reddetmesi düşünülemez.

Dava devam ederken çıkan genel affın reddi konusuna gelince; bir kısım yazarlar, genel affın zorunlu olduğunu dolayısıyla reddedilemeyeceği görüşünü savunmaktadırlar. Bu yazarlardan bir grup, affın reddedilemeyeceğini kamu yararı görüşü ile açıklamaktadır. Söz konusu gruba mensup yazarlar, genel affın kamu yararı ile ilgisi bulunduğundan kamu düzeninden sayılacağını, bu itibarla ilgili kimselerin iradelerine rağmen etkisini göstereceğini, bir sanığın masumiyetini ispatlama gerekçesi ile dahi genel affı reddedemeyeceğini ifade etmektedirler. Bu yazarlar, af kanunu üzerinde pazarlığa girişilmesine ve bu suretle unutulması gereken olayların anılarının tazelenmesine izin verilirse genel affın etkilerinin oldukça azalacağına ve aslında bütün bunların, genel affın niteliğine de aykırı olduğunu belirtmektedirler.⁹⁹ Söz konusu yazarlar, ayrıca, uygulamada beraat edeceği ümidiyle affı ret

⁹⁷ Keyman, *a. g. e.*, s. 52.

⁹⁸ Toroslu, *a. g. e.*, s. 422, Keyman, *a. g. e.*, s. 46-47.

⁹⁹ Fazla bilgi için bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 47-48.

edecek cesareti gösterecek sanığa karşı adli bir husumetin meydana geleceğini de vurgulamaktadırlar.¹⁰⁰

Genel affın zorunlu olduğunu savunan diğer bir grup yazarlar buna gerekçe olarak kanunların uygulanmasının mecburi olduğu görüşü ile açıklamaktadırlar. Bu yazarlara göre genel af bir yasama tasarrufu olduğuna göre kişi bunu reddedemez tam aksine kabule zorunlu olup yasa koyucunun üstün iradesine rağmen, kişinin af kanununun uygulanmasına engel olabilmek yetkisi yoktur. Bununla birlikte, bu yazarlar, af kanununa açık bir hüküm konularak affın reddedilmesinin olanaklı olduğunu ifade etmektedirler.¹⁰¹

Buna karşın, öğretide bir grup yazar, genel affın reddinin olanaklı olduğunu ifade etmektedir. Bu yazarlara göre, adli takibat kişi hakkında bir suçluluk karinesi yaratmakta ancak, genel af, sanık bakımından bir beraat hükmünün bütün sonuçlarını doğurmamaktadır. Bu itibarla, af gibi bir lütuf işlemi kişinin rızasının aksine verilemez. Özellikle âdi suçlarda haksız şekilde zan altında bulunan bir kimsenin mahkeme kararı ile masumiyetini ispat etmesine engel olunamaz. Yine, daha sonuçlanmamış davalarda sanığın isteği üzerine takibatın devam etmesinde sakınca yoktur. Çünkü genel af, belirli bir dönem için cezalandırmayı ortadan kaldırmasına rağmen sanık yine de hakkındaki isnattan kurtulmak isteyecektir. Böyle bir durumda yargılamanın devamını kabul etmek, genel af kanununun genellik niteliğini de ihlal etmez, çünkü sanık dava sonucunda beraat etmese bile aftan faydalana- caktır ve cezadan kurtulacaktır.¹⁰²

Affı ret hakkının tanınmasına hümanist öğreti de taraftardır. Bu öğreti eğer muhafaza edilecekse¹⁰³ genel affa karşı ret hakkının tanınmasına ve hatta bunun usul kanununda bir kurum olarak düzenlenmesine taraftardır. Bu öğretiyeye göre toplumun af görüntüsü altında kişiyi manevi olarak mahkum etmesine imkan verilmemelidir. Ayrıca ceza adaleti insan şahsiyetine daha fazla değer vermeye doğru gelişmektedir. Affa yalnızca toplumun ilgisi olduğunu kabul etmek ger-

¹⁰⁰ Bkz. Erem, *a. g. e.*, s. 427.

¹⁰¹ Fazla bilgi için bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 48.

¹⁰² Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 48-49.

¹⁰³ Hümanist öğreti, yalnızca özel affa taraftardır. Çalışmanın oylumunu büyütme için bu konuda bilgi vermekten kaçınılmıştır. Konu hakkında bilgi için bkz. Erem, *a. g. e.*, s. 425 - 426.

ceklere de uygun düşmemektedir. Çünkü haksız da olsa affı kabule zorlamak uygun bir hukuk anlayışı değildir. Toplum faydası için kişiyi feda etmek insancıl bir ceza hukuku ve hukukun üstünlüğü anlayışı ile bağdaşmaz.¹⁰⁴

SONUÇ

İster genel af, isterse özel af kurumları olsun çağcıl bir hukuk düzeni affı tanımaktan kaçınmaz. Esasen Büyük Önder Gazi Mustafa Kemal'in belirttiği gibi *"Medeniyet demek, af ve müsamaha demektir. Affa, müsamahaya¹⁰⁵ dayanmayan medeniyet ceberrute¹⁰⁶ dayanan medeniyettir ki çöker. O, medeniyet değildir."*¹⁰⁷

Affın niteliğini incelemeye çalıştığımız bu çalışmadan çeşitli sonuçlar çıkartabilmek olanaklıdır. Bu sonuçları sırasıyla incelemek uygun olacaktır.

1. Çeşitli defalar belirtildiği üzere genel af mahkumiyetin bütün sonuçlarını ortadan kaldırdığından Anayasada ve yasalarda yer alan genel af hâlinde bile çeşitli hak mahrumiyeti doğuran hükümlerin atılmasıdır. Bu konuda çok sayıda örnek vermek olanaklıdır. Bu çerçevede, Anayasa'nın 76. maddesinde, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma, ideolojik veya anarşik eylemlere katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanların, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemeyeceği ifade edilmekte, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinde affa uğramış olsalar bile devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma ve devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunanların devlet memuru olamayacakla-

¹⁰⁴ Erem, a. g. e., s. 426-427.

¹⁰⁵ Hoşgörüyü.

¹⁰⁶ Zorbalığa.

¹⁰⁷ Mustafa Kemal'in bu sözü için Meray'ın eserinin başlangıç kısmına bkz.

rı ifade edilmiştir. Bu maddelerde; “*affa uğramış olsalar bile*” ibaresine yer verilmesi sonucu “*genel affa uğramış olsalar bile*” söz konusu suçlardan mahkum olanların milletvekili veya devlet memuru olamayacağı anlaşılmaktadır.

Bu tutum, yukarıda ayrıntılarıyla belirtilen genel affın niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Gerçekten de genel affın İngilizce karşılığı “*amnesty*”dir. Amnesty ibaresi “*amnesia*” sözcüğünden türetilmiştir. *Amnesia* sözcüğü; organik travma, beynin diencephalon bölgesindeki bir bozukluk, histeri ve sara sonucunda hafıza kaybı anlamına gelir.¹⁰⁸ Genel affa, geçmiş hakkında hafıza kaybına, bir başka deyişle, geçmiş unutulmak istendiğine göre söz konusu af halinde bile kişinin bir takım kısıtlayıcı hükümlere tabi tutulması vahim bir hata niteliği taşımaktadır.

2. Yukarıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere özel af konusunda iki organ yetkilidir. Bunlardan birisi, Türkiye Büyük Millet Meclisi, diğeri ise Cumhurbaşkanıdır. Özel af konusunda iki organın yetkili olması doğru değildir. Bu durum her şeyden önce yetki karmaşasına yol açmaktadır. Bu temel karmaşadan birisi; Anayasa’nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanı’nın sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebine dayanarak sahip olduğu af yetkisine TBMM’nin de aynı sebeplere dayalı olarak sahip olup olamayacağıdır.

Kuşkusuz, TBMM, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi dışındaki diğer nedenlere dayanarak özel af yetkisine sahiptir. Söz konusu diğer nedenlere dayalı olarak özel affın çıkarılması da acil bir durum arz edebilir.¹⁰⁹ Ancak TBMM’nin yavaş işlemesi ve her yıl üç ay tatil¹¹⁰ yapması nedeniyle söz konusu acil gereksinim karşılanmayabilir. Özel affın uygulanması gerektiği halde TBMM’nin ağır işlemesi veya tatilde olması nedeniyle fazladan özgürlüğü kısıtlanan kişiye Karun’un hazineleri verilse bile onun zararı tam olarak karşılanmış sayılmaz.

Bu çerçevede, özel af konusunda tek bir organın, daha somut bir deyişle, Cumhurbaşkanı’nın yetkili kılınması son derece yerinde ola-

¹⁰⁸ Bkz. Black’s Law Dictionary, s. 76 “*amnesia*” maddesi.

¹⁰⁹ Örneğin, adli bir hata veya özel bir durumu nedeniyle mahkum için özel af çıkarılmasında büyük bir kamu yararı görülebilir.

¹¹⁰ Anayasa’nın 93. maddesinin 2. fıkrasına bkz.

caktır. Daha açık bir deyişle, özel af konusunda TBMM'nin yetkisinin bütünüyle kaldırılması isabetli olacaktır.

3. Ülkemizde, 113 sayılı Af Kanunu dışında hiç bir af kanununda affı ret hakkı tanınmamıştır. 113 sayılı Kanun, affı kabul etmeme hakkının kullanılmasını bir süreye bağlamış, ret hakkının kullanıldığı durumlarda kovuşturmanın devam etmesini ve sanığın mahkumiyeti halinde bile aftan yararlanması esasını benimsemiştir.¹¹¹

113 sayılı Af Kanunu dışında diğer af kanunlarında¹¹² affı ret hakkının tanınmaması son derece isabetsiz olmuştur. Bu isabetsizliğin boyutlarını gösterebilmek için bir örnek verilmesi uygun olacaktır. Aynı suçtan dolayı sanık sıfatına sahip iki memurun bulunduğu ve onların söz konusu fiili işledikleri için memurluktan çıkartıldıklarını düşünelim. Sanıklardan birisinin affı ret, diğerinin ise kabul ettiğini varsayalım. Affı reddeden kişi yargılama sonucunda beraat ederse onun hukuki konumu affı kabul eden kimsenin hukuki durumundan çok daha iyi olacaktır. Çünkü affı kabul eden, affı kabul etmekle zımnen suçluluğunu kabul etmekte ve bunun sonucunda af o kişinin memurluğa dönüşünü tek başına sağlayamamaktadır. Halbuki affı ret ederek beraat eden kimse ise tek başına beraat kararı ile memurluğa dönebilmektedir.¹¹³ Bu örnek bile affı ret hakkının tanınmasının nasıl yaşamsal derecede önem taşıdığını somut bir şekilde göstermektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere İtalyan Ceza Usul Kanunu'nun 152. maddesinde; sanığın davası devam ederken af çıkması halinde eğer onun suçsuz olduğu hakkında yeterli derecede delil mevcut ise yargıcın davanın düşmesine değil, sanığın beraatına karar verebileceği ifade edilmektedir. Halbuki Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yukarıda belirtilen 253. maddesinde kamu davası devam ederken genel af çıkması durumunda kural olarak düşme kararı verileceği ifade edilmiştir. Genel af hâlinde düşme kararının verilmesi affın reddine olan devam dair hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler affı ret hakkının tanınmasına olan gereksinimi daha da artırmaktadır. Bu yüzden Türk Ceza Kanunu'na bir hüküm konularak kamu davası devam ederken

¹¹¹ Bkz. Erem, *a. g. e.*, s. 429.

¹¹² Örneğin, kamuoyunda 1974 affı olarak bilinen 1803 sayılı Af Kanunu'nda.

¹¹³ Krş. Erem, *a. g. e.*, s. 427.

çıkan genel affın reddedilebileceği şeklinde bir hükme yer verilmesi uygun olacaktır.

4. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun çeşitli defalar belirtilen 253. maddesinde genel af çıkması durumunda kural olarak düşme kararı verileceği belirtilmekte ancak mahkemenin düşme kararını nasıl uygulayacağına dair bir hüküm içermektedir. Halbuki İtalyan Ceza Usul Kanunu'nun 592. maddesinde; genel affın yargıcın kamu davası ile ilgili bütün diğer sorunları incelemek ve bu hususlarda karar vermek yetkisini ortadan kaldıracağı ancak böyle bir incelemeye kesin gereksinim olması halinde bundan ayrık olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁴

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda böyle bir hükmün bulunmaması yüzünden fiilin af kanununun kapsamına girip girmediğinin kuşkulu olması hâlinde soruşturmaya devam edilmekte ve sonuçta fiilin af kanununun kapsamına girdiği anlaşıldığında düşme kararı verilmektedir. Bu durum genel af kanununa rağmen davaya devam edilmesi gibi söz konusu affın hukuki niteliğine uymayan bir durumun ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bu nedenle, uygulamada doğan kuşkuları ortadan kaldırmak açısından İtalyan Ceza Usul Kanunu'ndaki söz konusu hükme paralel bir hükmün Ceza Muhakemesi Kanunu'na konulması yerinde olacaktır.¹¹⁵

5. Son olarak (ancak önem açısından son değil!) affa hiç bir zaman ceza infaz kurumlarını boşaltma amacıyla başvurulmaması gerekir. Kamuoyunda *Rahşan Affı* olarak bilinen 21.12.2000 tarih ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un¹¹⁶ çıkarılmasında kanımca temel erek, kapasite yetersizliği baş gösterdiği için ceza infaz kurumlarını boşaltmak olmuştur. Affa, ceza infaz kurumlarını boşaltma ereğiyle başvurulması, bir toplumun başına gelebilecek en büyük felakettir. Çünkü ceza infaz kurumlarını boşaltma ereğiyle affa başvurulması, cezasını çekmeyen kişilerin topluma gelişigü-

¹¹⁴ Bkz. Keyman, *a. g. e.*, s. 140.

¹¹⁵ Keyman, *a. g. e.*, s. 140, 151.

¹¹⁶ Bu kanunun kamuoyunda "genel af" kanunu olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Kanun mahkumiyetin bütün sonuçları ortadan kaldırılmadığından ve yalnızca hapis cezaları bakımından etki doğurduğundan kanımca Kanunu "toplu özel af kanunu" olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır.

zel dönmelerine ve onların önemli bir kısmının yeniden suç işlemele-
rine yol açar.

Esasen ceza infaz kurumlarını boşaltma ereğiyle affa başvurulması devletin varlık nedenine de aykırıdır. Çünkü devletin temel ve ilkel görevinden birisi suç işleyen kişileri cezalandırmaktır. Ceza infaz kurumlarını boşaltma ereğiyle affa başvurulması devletin bu temel ve ilkel görevini yapamaması anlamına gelir ki bu durum devletin kendisini inkar etmesinden başka bir anlam taşımaz. Kısacası, ceza infaz kurumlarını boşaltma ereğiyle af çıkartılması devletin varlık nedenine (*raison d'état*) aykırıdır.

KAYNAKLAR

- Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* (Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2004.
- Black's Law Dictionary*, Fifth Edition, West Publishing Co., USA, 1979.
- Çolak, Haluk, *Gerekçeli-Karşılaştırmalı-Notlu-İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Bilge Yayınları, Ankara, 2007.
- Demirağ, Fahrettin, *Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2007.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: II, Onikinci Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985.
- Türk Hukuk Lügati*, 4. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.
- Keyman, Selahattin, *Türk Hukukunda Af (Genel Af-Özel Af)*, AÜHFY No. 199, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1965.
- Meray Seha L., *Ceza Hukukunda Af (Konusu üzerinde Bir Deneme)*, Türk Hukuk Kurumu, Ankara, 1944.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2006.
- Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2006.

TÜRKİYE'DE YARGININ ÖRGÜTLENMESİ VE ADALET SİSTEMİNİN PROBLEMLERİ

Özlem KOÇAK SÜREN*

1.GİRİŞ

Türkiye'de yargı, yasama ve yürütme kuvvetlerinin yanında üç erkten biridir ve Anayasa'nın 9. maddesine göre Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Türk mahkemelerinin yargısal faaliyeti, maddi hukuk kurallarının bağımsız hakimler tarafından olaylara uygulanmasıdır.

Ülkemizde hukuki nitelikleri bakımından bir bütün teşkil eden işler bir yargı çeşidinde toplanır, yargı kolları oluşur ve bunlar hakkında o yargı çeşidine özgü yargılama usulü uygulanır ve Yüksek Mahkeme sıfatına haiz birden çok mahkeme bulunmaktadır.¹ Yani Türkiye'de yargı birliği yoktur ve Türk yargısının en başta gelen sorunlarından biri "yargı birliği" ilkesine aykırı bir yapılanma içinde bulunmasıdır. Bunun nedenlerinin ve çözümlerinin neler olabileceğine değinmeden önce yargı örgütünü biçimlendiren yargı birliği ve yargı ayrılığı ilkelere kısaca değinmek ve Türkiye'nin yargı örgütü hakkında bilgi vermek yerinde olacaktır.

2.YARGI BİRLİĞİ-YARGI AYRILIĞI KAVRAMLARI

Hukuk devleti ilkesinin en önemli unsuru idarenin kanuniliği ve yargısal denetime tabi olmasıdır. Çünkü idare, devletin, toplumsal ve kişisel yaşama en yoğun biçimde müdahale etmek zorunluluğunda olan işlevidir ve bu nedenle kişi hak ve özgürlükleri bakımından teh-

* Av., İstanbul Barosu, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans öğrencisi.

¹ B. Kuru/R. Arslan/E. Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2002, s. 56.

likeli sayılabilecek yetkileri de içermektedir. Bu olgu, idarenin hukuk kurallarıyla sınırlanması ve bu sınırlara uyup uymadığının da yargı yoluyla denetlenmesi zorunluluğunu birlikte getirmiştir ki, idare hukukunun temel konusunu da bu husus oluşturmaktadır. Günümüzde gerek Kara Avrupası, gerekse Anglo-Sakson ülkelerinde olduğu gibi, idarenin eylem ve işlemlerinden “*menfaati ihlal edilen*” ya da “*hak kaybına uğrayan*” kimse, yetkili yargı yerine başvurarak idari işlemin iptalini ya da karşılaştığı haksızlığın giderilmesini isteyebilir. İşte idarenin yargı yoluyla denetimi, yargı birliği ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde “*adli mahkemeler*”, yargı ayrılığı ilkesinin geçerli olduğu sistemlerde ise bağımsız “*idari mahkemeler*” eliyle yapılmaktadır.

Yargı birliği sisteminde bir ülkede sadece bir tane yüksek mahkeme vardır ve bu mahkeme anayasa yargısını da, idari yargıyı da, adli yargıyı da tek başına temsil etmektedir.² Yargı birliği ilkesi, Anglo-Sakson hukukunun hakim olduğu ABD, Birleşik Krallık, Kanada ve Avustralya gibi ülkelerde benimsenmiştir. Bu ülkelerde toplum, çoğulcu olduğu için iktidar da tek değil, parçalıdır. Çoğulculuk kurumsal parçalanmayı, iş bölümünü yaratmış, toplum kendi hukukunu kendi üretmeye başlamıştır. Toplumun ürünü olduğu için egemen güç hukuktur ve devlet ikinci plandadır. Hukuk, yaşanarak öğrenildiği, esnek olduğu ve devletten bağımsız olduğu için genellikle yazılı bir anayasaya gerek duyulmamıştır. Örneğin Birleşik Krallık'taki mahkemelerin teşkilatlanması en yüksek yargı organından alt mahkemeye kadar hiyerarşik bir sırayla şu şekilde olmaktadır; Lordlar Kamarası (*The House of Lords*), Temyiz Mahkemesi (*The Court of Appeal*), Londra Yüksek Mahkemesi (*The High Court of Justice*), Krallık Mahkemesi (*The Crown Court*), Sulh Mahkemesi (*Magistrates' Court*) ve Yerel Mahkeme (*Country Court*).³ Görüldüğü gibi idari-adli yargı ayrımı yoktur, mahkemeler arası sadece hiyerarşik bir yapılanma vardır.

Yargı ayrılığı sisteminde ise yüksek mahkeme olarak birden fazla mahkeme mevcuttur ve idari yargı ile adli yargı ayrılmıştır. Özellikle Kara Avrupası'nda (Fransa, Almanya, İtalya ve Türkiye gibi ülkelerde) toplum devletçi kurallara bağlı, içine kapalıdır. İktidar tektir ve

² Hüseyin Yörük, “Yargı Birliği Sağlanmalıdır”, 18.11.2006, <http://www.hukukcular.org.tr>.

³ Neval, Okan, “İngiliz Hukuk Sistemi İçinde Ticari Yargı Sistemi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, İzmir 2005, s. 38.

yargı da bundan payını almıştır, yargı birliği ve yargıyı bağımsız kılma tamamen sağlanamamıştır.⁴

3. TÜRKİYE'DE YARGININ ÖRGÜTLENMESİ

Osmanlı İmparatorluğu'nda Tanzimat Dönemi'nde 1837'de kurulmuş olan Meclisi Valayı Ahkam-ı Adliye günümüzdeki Yargıtay ve Danıştay'ın görevini yapmaktaydı, yani bu dönemde yargı birliği ilkesi uygulanmaktaydı. Ancak 1868'de Fransa model alınarak bu sistem değiştirilmiş Meclisi Valayı Ahkam-ı Adliye, Şurayı Devlet (bugünkü Danıştay) ve Divanı Ahkam-ı Adliye (bugünkü Yargıtay) olarak ikiye ayrılmış, böylece yargı birliği ilkesi terk edilmiştir.⁵ Yani Türkiye'de 138 yıldır yargı ayrılığı ilkesi uygulanmaktadır. 1982 TC Anayasası'nın "Yargı" başlıklı üçüncü bölümünde "Yüksek Mahkemeler" alt başlığında düzenlenmiş olan 146. ve devamı maddelerine göre Türkiye'de, Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi olmak üzere altı adet Yüksek Mahkeme bulunmaktadır. Bunlara ek olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Yüksek Seçim Kurulu ve Sayıştay da yargı sistemi içerisinde yer almaktadır. Bu kurumların her biri kendi alanında bağımsız olup, birbirlerinin alanlarına karışmamaktadırlar.

Türk yargı sistemi Anayasa yargısı, idari yargı, askeri ceza yargısı ve adli yargı olarak dört kola ayrılmıştır. Türkiye'deki yargı kollarının örgütlenmesini ve Yüksek Mahkemeleri kısaca inceleyecek olursak:

3.1. Anayasa Yargısı

Anayasa yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Mahkemesi sıfatıyla baktığı işler ile Yüce Divan sıfatıyla baktığı işlerin bütünüdür. Anayasa Mahkemesi, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunu'nda düzenlenmiş olan özel yargılama usulüne tabidir. Bakacağı yargı işleri sınırlı sayıda olarak belirlenmiş olan Anayasa Mahkemesi'nin temel görevi bir kanun hük-

⁴ Sami Selçuk, Yargıtay Başkanı, 1999-2000 Adli Yılı Açış Konuşması, <http://www.yargitay.gov.tr>.

⁵ Bilal Kartal, Yargıtay 4. HD Başkanı, *Yargı Reformu ve Yargı Sorunları Sempozyumu*, İstanbul Barosu Yayınları, s. 87 vd.

münün Anayasa'ya aykırılığını incelemektir. Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün, Anayasa'ya şekil ve esas bakımından aykırılığı iddiasıyla Cumhurbaşkanını, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeler Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkına sahiptir. Anayasa Yüksek Mahkeme'nin, bu temel görev ve yetkisinin dışında Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Askeri Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyeleri gibi yüksek devlet görevlilerini, görevleri ile ilgili işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılamak gibi ek görev ve yetkileri de bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri ile inceleme ve yargılama usulleri, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da düzenlenmektedir.

3.2. İdari Yargı

İdari yargı, idari makamların kamu hukuku alanındaki faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkları kapsar. Türk yargı sisteminde idari yargı da kendi arasında ikiye ayrılır: Askeri İdari Yargı ve Genel İdari Yargı. Asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkları çözüme konusunda ilk ve son derece mahkemesi olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi görevlidir. Askeri idari yargının görevi dışında kalan idari davalar, genel idari yargının görevine girer. Genel idari yargı organları, ilk derece yargı organı olarak bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemeleeri, istisnai olarak bazı davalarda ilk olmakla beraber kural olarak son inceleme merci olarak Danıştay'dır. Davalarda uygulanacak yargılama usulleri, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi için Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, Danıştay için 2575 sayılı Danıştay Kanunu, bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri için 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile belirlenmiştir.

3.3. Askeri Ceza Yargısı

Askeri ceza yargısı, askeri mahkemelerin askeri ceza hukuku alanındaki yargısal faaliyetlerini düzenler. Askeri mahkemeler, asker kişilerin, askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler. Askeri yargı da iki derecedir. İlk derece askeri mahkemelerini disiplin mahkemeleri ile askeri mahkemeler oluşturmaktadır. Askeri ceza mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii Askeri Yargıtay'dır.

3.4. Adli Yargı

Adli yargı, diğer yargı kolları dışında kalan tüm yargısal faaliyetleri kapsar ve en yüksek mahkemesi Yargıtay'dır. Adli yargı da kendi arasında ceza yargısı ve medeni yargı olarak ikiye ayrılır. Ceza yargısı alanındaki genel mahkemeler ağır ceza, asliye ceza ve sulh ceza mahkemeleridir. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kanun yolu olarak bölge adliye mahkemeleri adı altında istinaf mahkemelerinin kurulacağı bildirilmiş ancak bu mahkemeler henüz kurulamamıştır. Bu alandaki son derece mahkemesi Yargıtay ceza daireleridir. Medeni yargı alanındaki genel mahkemeler de sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleridir. Medeni yargıdaki son derece mahkemesi de Yargıtay hukuk daireleridir. Bunların yanında özel mahkemeler de mevcuttur (asliye ticaret mahkemesi, iş mahkemeleri, aile mahkemeleri, çocuk mahkemeleri, tüketici mahkemeleri ve deniz ihtisas mahkemeleri gibi). Bu özel mahkemeler hukukta uzmanlaşma açısından gereklidir ve yargı birliği ilkesine aykırı değildir.

3.5. Sayıştay

Sayıştay, 1982 Anayasası'nın 160. maddesine göre, genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetleyen ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlayan ve kanunlarla kendisine verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapan bir kuruluş olarak görevini sürdürmektedir. 1920-1923 arasında Sayıştay'ca yürütülen kimi görevler TBMM üyeleri arasından seçilen bütçe denetimi ile görevli ge-

çici bir komisyon eliyle yürütülmüştür. Cumhuriyetin ilânıyla birlikte 24 Kasım 1923 tarih ve 374 sayılı “*Divan-ı Muhasebatın Sureti İntihabına Dair Kanun*” çıkarılarak Cumhuriyet döneminde Sayıştay kurulmuş ve 1924 Anayasası’nın 100. maddesinde yer alarak anayasal kimliğine kavuşmuştur. Bu Anayasa maddesiyle Sayıştay’ın Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne bağlı olduğu ve devletin bütün gelir ve giderlerini denetlemekle görevlendirildiği açıkça belirtilmiştir. Sayıştay’ın görevleri; genel ve katma bütçeli dairelerin gelir, gider ve mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak, kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne kesin hesap kanun tasarıları hakkında uygunluk bildirimini sunmaktır.⁶

3.6. Uyuşmazlık Mahkemesi

Türkiye’de birden çok yargı kolu bulunduğu için, bu yargı kolları arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş olan bir yüksek mahkeme de uyuşmazlık mahkemesidir. 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun ile kurulmuş olan “*Uyuşmazlık Mahkemesi*”, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkilidir.

3.7. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

Bu kurul, Türkiye Cumhuriyeti’nde adli ve idari hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama, nakletme, geçici yetki verme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme veya görevden uzaklaştırma işlemlerini yapan kurumdur ve başkanı Adalet Bakanı’dır. Bu kurulun kararları kesindir.

3.8. Yüksek Seçim Kurulu

Türkiye’de seçimlere ilişkin şikayetleri ve itirazları karara bağlamakla görevli il ve ilçe seçim kurulları ile bu kurullarını kararlarını kesin olarak incelemekle görevli Yüksek Seçim Kurulu’nun oluşturdu-

⁶ <http://www.sayistay.gov.tr>

ğu bir seçim yargısı da mevcuttur.⁷ Yüksek Seçim Kurulu, 5545 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu'yla kurulmuş, 26 Nisan 1961 tarih ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da da yer almıştır. 5545 sayılı Kanun'la getirilen esaslar, bu kanunla da korunmuş, kanunun 9. ve 10. maddesi; 5545 sayılı Kanun'un 57. ve 58. maddeleriyle aynı içerikte düzenlenmiştir.⁸

3.8.Devlet Güvenlik Mahkemeleri

Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile kurulan ve düzenlenmiş olan "*Devlet Güvenlik Mahkemeleri*" (DGM), ilk kez 1983 yılında 2845 sayılı Kanun ile kurulmuştur. Bu yasa 16.6.2004 tarihli ve 5190 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olup, ayrıca DGM'lere kaynaklık eden ve DGM'lerin kuruluşuna dair hükümler içeren Anayasa'nın 143. maddesi, 22.5.2004 tarih ve 25469 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe giren Anayasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. Böylece, "*Devlet Güvenlik Mahkemeleri*"nin anayasal dayanağı da ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. Ancak, anayasadaki bu değişikliğe ve anayasal dayanağın kaldırılmış olmasına rağmen, DGM'nin işlevini ve görevini üstlenecek, aynı nitelikte, özel statü ve yetkiyle donatılmış yeni bir mahkemenin kuruluşuna dair yasal çalışmalar sürdürülmektedir.⁹ DGM'ler, doğal yargıç ilkesine aykırı bir yapılanma içerisindeydi, mahkeme heyetinde bulunan üç üyeden biri askeri yargıç olduğu gibi iki yedek üyeden biri de askeri yargıçtı, ancak Avrupa Birliği uyum sürecinde askeri yargıçlar kaldırılmıştır.

4. TÜRKİYE'DE YARGI ÖRGÜTÜNÜN SORUNLARI

Çalışmanın giriş kısmında da belirtildiği gibi Türkiye'de yargı, yargı birliğine aykırı bir örgütlenme içerisinde. Yargı ayrılığının Türkiye'de hukuk devletine uygun olmayan uygulamalarına ve yargı örgütünün sorunlarına teker teker, kısaca değinecek olursak:

⁷ <http://www.investinturkey.gov.tr/cms/index.php?a=139>

⁸ <http://www.ysk.gov.tr>

⁹ <http://www.ihd.org.tr/iskence/dgm.htm>

Yargı örgütünün öncelikli sorunu, Türkiye’de Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin varlığıdır. Bu mahkemeler birer üst mahkeme sıfatıyla hareket etmekte böylece altıya çıkan üst mahkeme sayısı asker-sivil yaklaşımı ve içtihat farklılaşmalarıyla birlikte yeni bir karmaşayı ortaya çıkarmaktadır. Zaten mahkemelerin kuruluşu ve yargılama usulleri de adil yargılanma hakkına uygun değildir.

Diğer önemli bir sorun da idarenin işlem ve eylemleri adli yargıda rahatlıkla ve daha adil bir şekilde çözümlenebilecek iken, yargı, bir daha bölünerek, idare mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemelere hakim olarak atanan kişilerin çoğu hukuk öğretimi veren hukuk fakültesi mezunu değildirler. Ayrıca idare mahkemelerinde yazılı delil esas alındığından şahit dinlenememektedir. Uygulamada, idarenin kamu gücüne dayanarak oluşan eylemlerinden zararın tamamının, hangi yargı yerinde giderileceği sorunu zaman zaman duraksamaya sebep olmaktadır.¹⁰

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun kararlarına karşı yargı yolu açık değildir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Adalet Bakanlığı’na bağlı bir kuruldur. Bu da bağımsız olması gereken, adalet dağıtan hakim ve savcılarının maruz kaldığı adaletsiz bir düzenlemedir.

Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa’nın 148. maddesine göre “Yüce Divan” sıfatıyla Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcısı Vekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay, başkan ve üyelerini görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yargılama yetkisi vardır. Anayasa Mahkemesi’ne verilmiş olan bu yetki tamamen ceza yargılaması yetkisidir ve anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamı hukukçu olmadığı gibi ceza yargılaması konusunda uzman değillerdir.¹¹

Hukuk devletini ve eşitlik ilkesini ihlal edecek şekilde olağan üstü bir yargı kurumu olan DGM’ler halen varlıklarını sürdürmektedir. DGM’lerin görev alanına giren suçlar da ihtisası gerektiren suçlar olmayıp, ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlardan devlet aleyhine olanların ayrılmasından ibarettir. Askeri hakim ve

¹⁰ Bilal Kartal, *a. g. e.*, s. 86 vd.

¹¹ Tuncer Özyavuz, “Anayasa Mahkemesi ve Yüce Divan”, *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı: 44, Ağustos 2006, s. 2356 vd.

savcılarının DGM'ler bünyesinden çıkarılması bu mahkemelerin niteliğini değiştirmemiştir. DGM kararları yüzünden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan şikayetler sebebiyle, Türkiye trilyonlarca lira tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Adalet Bakanlığı verilerine göre, Mart 2000'den bu yana, Türkiye'nin 1 milyon İsviçre Sterlini, 900 bin dolar, 4 milyon Fransız Fransı ve 9 trilyon lira tazminata mahkûm olmuştur. Bu davaların büyük bölümü, DGM'lerin aldığı kararlar neticesinde açılan davalardır.¹²

5. ÖNERİLER VE SONUÇ

Yargı birliğine aykırı olan bu yapılanma, mevcut yargı sistemini çalışamaz hale getirmiştir, ayrıca Yargıtay, Danıştay ve Askeri Yüksek Mahkemeleri hem aşırı iş yükü altında ezilmekte, hem de olması gereken fonksiyonlarını yerine getirememektedirler. Yargıda ciddi bir karmaşa söz konusudur. Özellikle askeri mahkemeler ivedilikle kaldırılmalı, askeri-sivil ve adli-idari yargı ikilemelerine son verilmelidir.

Yüksek Askeri Şûra ve Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararlarına karşı yargı yolu açılmalıdır. Bir hukuk devletinde verilmiş kararın yargının denetimine tabi tutulmaması mümkün olmamalıdır. Ayrıca Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nda Adalet Bakanı ve Adalet Bakanı Müsteşarının yer almaması gerekir, bunun için Anayasa'nın 159. maddesi ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nda değişiklik yapılması gerekmektedir. Çünkü yargı bağımsızlığının gerçek anlamda sağlanması için yargının yürütmenin denetiminden tamamen çıkarılması gerekir.

Yargı birliğinin sağlanması bakımından yüksek mahkemelelerin denkliği ilkesinden de kesinlikle ayrılınmaması, Yüksek Seçim Kurulu'nun yetkileri ve niteliği nazara alınarak anayasal konumunun yeniden değerlendirilmesi gereklidir.¹³ Ayrıca en azından Yüksek Seçim Kurulu kararları kesin olmaktan çıkarılmalı, yargı denetimine açılmalıdır.

¹² Hüseyin Yörük, *a. g. e.*

¹³ Mater Kaban, Yargıtay Onursal 1. Başkanvekili, 2004-2005 Adli Yıl Açış Konuşması, <http://www.yargitay.gov.tr>

İdarî yargı-adli yargı ayrımı kaldırılmalı, genellikle yargı birliği sisteminin uygulandığı ülkelerde kurumsallaşmış olan *Ombudsman* sistemi model alınmalıdır. İskandinav ülkelerinde doğmuş ve Anglo-sakson ülkelerinde de kullanılmaya başlanmış olan bu sistemin örnekleri, İsveç, Finlandiya, Norveç, Danimarka ve İngiltere’de farklı konu ve yetkilerle görülmektedir, ayrıca Fransa’da da yargı birliği olmadığı halde, “*arabulucu*” adıyla kullanılmaya başlanmıştır. *Ombudsman* müessesesinin konuları, işlev ve işleyişi gereği, çoğunlukla kamuya açık konular olmasına rağmen; tasarıyla, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu’na verilen görevin kapsamı, “*Devlet sırrına ilişkin bilgi ve belgeler*” ile “*Devletin ekonomik menfaatlerine ilişkin bilgi ve belgeleri*”dir.¹⁴

Yargı birliği ilkesini benimseme, konusunda uzman mahkeme kurulamayacağı anlamına gelmez. Hatta ceza ve hukuk mahkemelerine ek olarak şimdi de var olan özel mahkemeler de kurularak uzmanlaşma daha da iyi sağlanmalıdır (tüketici mahkemeleri, iş mahkemeleri, aile mahkemeleri, deniz ihtisas mahkemeleri gibi). Ancak önemli olan nokta, tüm bu mahkemelerin Yüksek Mahkeme’nin aynı olması ve tüm bu mahkemelerin yargı yetkisinin herkesi kapsamasıdır. İdare-asker-sivil ayrımı yapılmamasıdır. Tüm bu temenniler hakimlerin kürsü güvencesiyle de pekiştirilmelidir. Yani hakimler, mesleğin başından sonuna kadar aynı özel mahkemede çalışmalı, şimdiki sistemde olduğu gibi ceza mahkemelerinde çalıştıktan sonra hukuk mahkemelerine atanmamalıdır. Hakimler de insandır ve her alanda bilgi ve birikim sahibi olamazlar. Hukukta uzmanlaşma, adil, hızlı ve doğru bir yargı için kaçınılmazdır.

Sonuç olarak söylenebilir ki, yargı birliği hukuk devletinin bir gereğidir, yargıdaki karmaşa ancak bu yolla çözülebilir ve hukukta eşitlik ancak bu yolla sağlanabilir. Bunun da sağlanabilmesi için yüksek mahkemelerin tek çatı altında toplanması gerekmektedir.

¹⁴ <http://www.tbmm.gov.tr>

KAYNAKLAR

- Baki-Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2002.
- Bilal Kartal, Yargıtay 4. HD Başkanı, *Yargı Reformu ve Yargı Sorunları Sempozyumu*, İstanbul Barosu Yayınları, s. 87 vd.
- Hüseyin Yörük, “*Yargı Birliği Sağlanmalıdır*”, 18.11.2006, <http://www.hukukcular.org.tr>
- Mater Kaban, Yargıtay Onursal 1. Başkanvekili, 2004-2005 Adli Yıl Açış Konuşması, <http://www.yargitay.gov.tr>
- Neval Okan, “*İngiliz Hukuk Sistemi İçinde Ticari Yargı Sistemi*”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, İzmir 2005.
- Sami Selçuk, Yargıtay Başkanı, 1999-2000 adli yılı açış konuşması, <http://www.yargitay.gov.tr>
- Tuncer Özyavuz, “*Anayasa Mahkemesi ve Yüce Divan*”, *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı: 44, Ağustos 2006.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <http://www.hukukcular.org.tr>
- <http://www.yargitay.gov.tr>
- <http://www.tbmm.gov.tr>
- <http://www.ysk.gov.tr>
- <http://www.ihd.org.tr/iskence/dgm.htm>
- <http://www.sayistay.gov.tr>
- <http://www.investinturkey.gov.tr/cms/index.php?a=139>

YALNIZ ANKARA RUHUyla

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

Şafak UĞURLU*

GİRİŞ

“Türk savcıları,

*Meriç kıyılarında çalışan küçük Türk köylüsünün,
kaybolan sapanından tutunuz da vatanda yaşayanların
uğrayacağı en ufak bir haksızlıktan, hatta Bingöl dağları-
nın ıssız kuytularında bekleyen öksüzlerin gözyaşlarından
siz mesulsünüz.”*

Mahmut Esat Bozkurt

Türk Milleti'nin bir kağınyla çıktığı kurtuluş ve uygarlık yolu, milletin ve bir liderin akılcı-bilimsel tutumu sayesinde, otomobil ve uçak fabrikaları ile devam etmiştir. Osmanlı Devleti'nin küllerinden yeniden inşa edilen yeni devlet ve yeni kurumlar ile Türk Milleti, tarihin Anka kuşu olduğunu tekrar kanıtlamıştır. Yeni devlet ve bu yeni devletin yeni müesseseleri Türk Hukuk Devrimi ile kurumlaşmıştır. Belki de bu nedenle 23 Nisan 1920'de TBMM'nin (yeni devletin) kurulduğu o binaya, meclisimizden sonra, en çok yakışan kurum Ankara Hukuk Fakültesi'dir.¹

Tarihteki tüm devrim liderleri içerisinde belki de en zor koşullara sahip olan Mustafa Kemal Atatürk'tür. “*Türk Devrimi*”nin maddi imkânsızlığı ancak Mustafa Kemal Atatürk liderliği ile dengelenebilmiştir. Mustafa Kemal Atatürk'ün, Türk Devrimi'nin başarılmasında-

* Stj. Av., Ankara Barosu.

¹ Ergun, s. 2.

ki rolü göz önüne alınırsa, Türk Devrimi'ne Atatürk Devrimi, dolayısı ile Türk Hukuk Devrimi'ne de Atatürk Hukuk Devrimi demek mümkündür.

Türk Devrimi ile Anadolu'nun tüm sosyal ve ekonomik şartları değişim sürecine girmiştir. İşte Türk Hukuk Devrimi'nin bu denli köklü ve hızlı olmasının nedeni, Türk Devrimi ile girilen değişim sürecidir. Hukuk, bir toplumsal alt yapı sistemi olduğu için, sosyal ve ekonomik gelişime ayak uydurmuş ve toplumla bağlarını koparmadan, toplumdan bir adım önde konumlanmıştır.

Türk Hukuk Devrimi'nin büyüklüğünü gösterebilmek açısından İsviçreli hukukçu Sauser-Hall'un şu satırlarını aktarmalıyım: *"Türkiye'de yapılmış olan reformlar bütün olarak ele alındıklarında şaşırma- mak olanaksızdır. İslam devletlerinin en güçlüsü, bin yıl geçmişe varan töreleri, altı aylık bir sürede yürürlükten kaldırılıyor. Tarih hiçbir ülkede bu kadar köklü ve ani bir değişikliği örnek gösteremez. Bir ülkede ve bir toplum üzerinde yapılmış bundan daha cesur bir deneyim yoktur."*²

Ünlü tarihçi Toynbee, Türk Hukuk Devrimi'ni Rönesans, Reform, Fransız Devrimi ve Endüstri Devrimi çapında önemli bir hareket olarak görmektedir. Toynbee Türk Hukuk Devrimi'nin farkını şöyle belirtmektedir: *"Bu devrim, bir insanın yaşamı süresinde gerçekleştirilmiştir."*³

Mustafa Kemal Atatürk, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmak hedefinin önünde yüzyıllardır engel teşkil eden unsurun eski hukuk sistemi olduğunu tespit etmiştir. Rönesans ve reform hareketlerini, Fransız Devrimi'ni ve Sanayi Devrimi'ni yaşayamamış bir toplumu eski hukukun zincirlerinden kurtarmakla devrimlerin hız kazanacağını görmüştür.⁴ Eski hukuk demek, mutlaka eski devletin pozitif hukuku demek değildir. Eski hukuk, hukukçuların dünyaya ve insan yaşamına nasıl baktığı ile zihniyeti ile ilgili bir kavramdır. Eski devletin pozitif hukuku bu bakışın, bu zihniyetin yalnızca bir ürünüdür. Eski pozitif hukuk kaldırılrsa da hukuk devrimi başarılmış olmaz; zihniyet ve bakış, devrimin ruhuna uygun olarak yenilenirse hukuk devrimi

² Ahmet Mumcu, *Tarih Açısından Türk Devriminin Temelleri ve Gelişimi*, Ankara 1971, AÜHF Yayınları No: 298, s.113.

³ Gülnihal Bozkurt, "Atatürk'ün Hukuk Alanında Getirdikleri", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, C. 8, Sayı 22, s. 52.

⁴ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2002, Yetkin Yayınları, s. 487.

başarılabilir.⁵ Bu açıdan Atatürk devrimlerinin lokomotifleri olarak hukuk devrimi gösterilebilir.

Türk Devrimi'nin ideologlarından Mahmut Esat Bozkurt; "*Devrimler insanlığı mutluluğa götüren araçlardır*" demektedir.⁶ Atatürk ise, devrimlerin yalnızca başladığı; devrimlerin bitmesinin söz konusu olamayacağı kanaatinde. İşte Türk Hukuk Devrimi'nin gecikmesi, Mustafa Kemal Atatürk'ten önceki fikir ve çabaların devrimci olmasından yani reform niteliğinde düşünülmesinden kaynaklanmıştır. Mustafa Kemal Atatürk ise sınırları yeniden tespit edilmiş bir vatan üzerinde Türk Milleti ile birlikte yeni bir siyasal organizasyona yönelmiş, yeni bir devlet kurmuştur.

Tanzimat Fermanı'ndan sonra gerçekleştirilen hukuk reformlarına rağmen hukuk sistemi istenilen derecede düzeltilenmemiştir. Bu, "*hukuk reformu*" yolunun mevcut sorunlar karşısında etkili olamayacak bir yöntem olmasından kaynaklanır. Arzulanan düzenlemelerin başarılı olması, teokratik devlette mümkün olamamıştır. Bu nedenle Mustafa Kemal Atatürk önce teokratik devlet kalıntılarını bertaraf etmeye yönelmiştir: 3 Mart 1924'te Hilafet kaldırılmış, Tevhid-i Tedrisat Kanunu ile eğitimde bütünlük sağlanmış, Şer'îye Vekaleti kaldırılmış, 8 Nisan 1924'te Şer'iye Mahkemeleri kaldırılmıştır. Bu yöndeki devrimler Hukuk Devrimi ile paralel devam etmiştir. Ankara Hukuk Mektebi'nin açılmasından 25 gün sonra yani 30 Kasım 1925'te tarikatlar yasaklanmıştır. 10 Nisan 1928'de, 1924 Anayasası'nın 2. maddesindeki "*İslam dini*" ibaresi çıkartılmıştır. Bu atılımlar, hukuk devrimi için bir hazırlık; bir alan açma hareketidir. Eski yapı yıkılmadan ve yapı alanı temizlenmeden nasıl yeni bir yapı kurulabilir? İşte Türk Hukuk Devrimi, Türk Devrimi'nin ilerlemesinin bir koşulu olduğundan, devrimle birlikte gelişmiştir. Denilebilir ki, Türk Hukuk Devrimi ve Türk Devrimi, ürettikleri enerji ile birbirlerini besleyen iki devridaim makinedir.

Bu çalışmada, Türk Hukuk Devrimi'nden önceki hukuk sistemi anlatılarak neden yeni bir hukuk sistemine ihtiyaç olduğu ortaya konmaya, hukuk devriminin hazırlıkları ve gelişimi açıklanarak bu dev-

⁵ Server Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, C.III, İstanbul 2003, Adam Yayınları, s. 90.

⁶ Max Beer, *Sosyalizmin ve Sosyal Mücadelelerin Tarihi*, Ankara 1941, May Yayınları, s. 320, 321.

rimde Ankara Hukuk Fakültesi'nin yeri ve görevi saptanmaya çalışılacaktır.

1. Türk Hukuk Devrimi ve Nedenleri

Mustafa Kemal Atatürk, ilk gençlik yıllarından itibaren, Türk aydınlanması için çalışmalar yapmıştır. Büyük bir kararlılıkla yaptığı inceleme ve araştırmalar sayesinde ülkenin kurtuluşu ve aydınlanması için hayati değeri olan bir strateji hazırlamıştır. Erzurum Kongresi'nin bittiği, Sivas Kongresi'nin hazırlığının başladığı, Atatürk'ün askerlikten ayrılmasının üzerinden bir ay geçtiği 9 Ağustos 1919'da Mazhar Müfit Kansu Bey'e Atatürk'ün yazdırdığı programı Mazhar Bey şöyle aktarıyor:

"- Zaferden sonra hükümet şekli cumhuriyet olacaktır. Bunu size daha önce de bir sorunuz dolayısı ile söylemiştim. Bu bir.

İki: Padişah ve hanedan hakkında zaman gelince gerekli işlem yapılacaktır.

Üç: Tesettür (kadınların sıkı sıkıya kapalı giyinmesi ve erkeklerden kaçması) kalkacaktır.

Dört: Fes kalkacak, uygar uluslar gibi şapka giyilecektir.

Bu anda elimden kalem düştü. Yüzüne baktım. O da benim yüzüme baktı. Bu, gözlerin bir takılıştı birbirine çok şey anlatan konuşmasıydı. Paşa ile zaman zaman senli benli konuşmaktan çekinmezdim.

- Neden durakladın?

Deyince,

- Darılma ama Paşam, sizin de hayalci yanlarınız var.

Dedim. Gülerek:

- Bunu zaman belirtir, sen yaz...

Dedi ve yazmaya devam ettim:

- Beş: Latin harfleri kabul edilecek.

- Paşam yeter, yeter.

Dedim ve biraz da hayal ile uğraşmaktan bıkmış bir insan edası ile:

- Cumhuriyetin ilanını başaralım da, üst yanı yeter.

Diyerek defteri kapattım..."⁷

⁷ Tanilli, s. 90.

Mazhar Bey'in not aldığı devrimlerden daha fazlası gerçekleştirilmiştir.

Mustafa Kemal Atatürk'ün planladığı devrimler arasında, en kapsamlısı ve en önemlisi olarak hukuk devrimi, genel hatları ile yer almıştır. Atatürk, yeni devletin en zaruri ihtiyaçlarından birinin hukuk devrimi olduğunu, 5 Kasım 1925'teki tarihi konuşmasında incelemeleri, araştırmaları ve tecrübeleri ile açıklamıştır: *"Bütün bir Dünya'ya karşı İstanbul'u sonsuzluğa değin Türk topluluğuna kazandırmış olan güç ve kudret, aşağı yukarı aynı yıllarda bulunmuş olan matbaayı Türkiye'ye kabul için hukukçuların (erbab-ı hukukun) uğursuz direncini kırmayı başaramamışlardır"*. Aynı nutkunda: *"Fakat bilesiniz ki TBMM'nin kuruluş anlarında onun bugünkü nitelik ve durumunu hukuk esaslarına ve bilim esaslarına aykırı sayanların başında ünlü hukuk bilginleri bulunuyordu. Büyük Meclis'te egemenliğin kayıtsız-koşulsuz ulusta olduğunu belirten kanunu önerdiğim zaman, bu esasa Osmanlı Anayasası'na aykırılığından dolayı karşı çıkanların başında yine eski ve bilimsel hünerleri ile ulusu aldatan hukuk bilginleri bulunuyordu"* demektedir.⁸

A. Yeni Türk Devleti ve Eski Hukuk Sistemi

*"Türk hukuk devrimi ile Türk toplumu, Türk hukuk tarihinde ikinci kez tüm olarak eski hukukunu bırakarak yeni bir hukuk sistemini benimsemiştir."*⁹ Değişmeyen tek şeyin, değişimin kendisi olduğu gerçeği hayatın her alanında geçerlidir. Türk toplumu İslamı benimserken toplum düzeni de buna göre değişmiştir. Hukuk, en temel tanımı ile *"Toplumda kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ve devlet gücüyle kendisine uyulması, yaptırma bağlı kılınmış kurallar bütünüdür."*¹⁰ Yani topyekûn bir toplumsal dönüşüm (devrim) yaşanıyorsa, hukukun buna ayak uydurması yalnızca *"hukuk devrimi"* ile mümkün olabilir. Nitekim hukukun, toplumla bağlarını koparmadan, daima toplumdan bir adım ilerde olması gerekir. Çünkü hukukun, toplumun gerisinde kalması demek, toplumun uygarlık koşusunda geride kalması ve hatta ayaklarına ağırlık bağlanması demektir.

⁸ Beer, s. 319.

⁹ 16. yüzyılda köylülerin gerçekleşmesini istedikleri 12 maddelik program için bkz. Beer, s. 332-338.

¹⁰ Arsel, s. II.

Yeni Türk Devleti ile çok uluslu imparatorluktan ulus devlet modeline, monarşiden ulus egemenliğine ve teokratik devlet düzeninden laik devlet düzenine geçilmiştir.

Bu değişimlerin en doğal sonucu, hukuk sisteminin, benzeri az görülür biçimde tamamı ile değişmesidir.

“Ulusal egemenlik” ideali ancak laik devlet düzeninde gerçekleşebilir. Laiklik ilkesi ile egemenlik Tanrısal olmaktan çıkmıştır. Aksi durumda ulus egemenliğine “kayıt ve şart” konmuş olunacak, padişah ve hilafet kurumları ulus egemenliğini tehdit edebilecektir. Hukuk, laik düzende hiçbir dogma ile bağlı olmaksızın oluşturulur. Toplumsal yaşantıyı düzenleme iddiasındaki dinsel hukuk, laik hukuk karşısında bertaraf edilir ve vicdanlarda yerini alır. Aksi halde toplum yaşantısını düzenleyen iki ayrı hukuk sistemi söz konusu olur ki, bu hal toplumsal yaşamda kargaşaya neden olur.

Çağdaş uygarlık seviyesine ulaşmak için ulus egemenliğinin sağlanması gerekir. Çağdaş uygarlık düzeyi ise, ulusa, kalkınmış ve aydınlanmış bir ülke sağlayacaktır. Laik hukuk sistemi bu zincirin kırılmaması açısından önemlidir. Bu noktada laikliğin iktisadi boyutu olduğunu da belirtmeliyiz. En basit bakış açısıyla laiklik sayesinde toplum bir bütün olarak iktisadi üretim sürecine dâhil olma olanağına sahip olur. Yani kadınların üretim sürecine etkin katılma olanağı sağlanır.¹¹

Öte yandan laiklik ilkesinin (laisizm) doğduğu Fransız İhtilali’nde de esas gerekçe ekonomiktir. Burjuva sınıfı ile kilise arasındaki çekişme, kilisenin reform hareketleri sonucunda saf dışı bırakılması ile burjuvalar lehine sonuçlanmıştır. Bir çağdaşlaşma ve ilerleme ilkesi de olan laikliğin bu boyutu gözden kaçmaktadır. Reform hareketlerin başladığı XVI. yüzyılda Avrupa’daki toplumsal güçler; burjuvalar, soylular ve halk kitleleridir. Her üç gücün de Kilise ile uzlaşmayan çıkarları vardı. En büyük uzlaşmazlık toprak konusundaydı: “... Katolik Kilisesi, öte yandan, Avrupa’nın en büyük toprak mülkiyetine sahipti; haksızlıkları, bütün toplumsal sınıfların çıkarlarına zarar veriyordu...”¹²

¹¹ Bozkurt, “Atatürk’ün Hukuk Alanında Getirdikleri”, s. 47.

¹² Mehmet Akzambak, *Atatürk’ün Devrimci Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt*, İstanbul 2005, Kastaş Yayınevi s.169.

Burjuvazinin Kilise ile sorunu ekonomik bir nitelik taşımakla birlikte, temel sorun tarihsel ilerlemenin bir sonucu olarak doğan burjuvazinin mevcut toplumsal ve ekonomik düzeni kendine göre değiştirmek istemesidir: *“Burjuva ise Hıristiyanlığın, yani ekonominin çıkarlarına ve bundan doğan bireyci ahlâkın gereklerine uygun bir hale getirilmesini ve ulusal bir kilisenin kurulmasını istiyordu. Burjuvazi, kâr etmekten başka bir amacı olmayan bir yaşama biçiminin, tefeciliğin, ürünlerin tekele alınmasının ve başkasının emeğinin sömürülmesinin ilkel Hıristiyanlık gelenekleri ile taban tabana zıt olduğunu iyice biliyordu. Ama yeni ortaya çıkan ekonomik kuvvetler karşısında, Hıristiyan ahlâkına uygun bir şekilde yaşamasının ve yaptığı işlerle ruhunu kurtarmasının mümkün olmadığını da hissediyordu. Burjuva gerçekten sıkıntılı bir durumdaydı. Ekonomik buhranlar ve toplumsal kargaşalıklar olduğu zaman, kilisenin ve manastırların kendisine karşı girişmiş oldukları rekabete kızıyor ve Papalığın her yıl ülkeden aldığı haraca sınırlenerek, toplumsal felaketlerin bunlardan doğduğunu ileri sürüyordu...”*¹³

*“Katoliklik, yükselen burjuvaziye mutlak olarak uygun değildi: tersine felce uğrattıyordu onu. Burjuvazi, istediği gibi davranmakta serbest kalıp, karışanı edeni olmasın istiyordu. Oysa bir malın maliyet fiyatını akla uygun artırmakla yetinilmesini isteyen Katolikliğin ‘adil değer’ kuramı, kazançları –hissedilir biçimde– kırıp azaltıyordu...”*¹⁴

16. yüzyılda kilisenin hakim olduğu ekonomik düzen köylülere çok kötü bir yaşam sunuyordu. Ağır vergiler, küçük gelirli köylüleri eziyordu. Köylülerin asla toprak sahibi olma imkanı yoktu. Tam aksine ellerindeki toprakları kaybediyorlardı: *“Kilise de her fırsatta vergi koymaktan çekinmiyordu; vaftizler, evlenmeler, ölümler ve günah çıkarmak için vergi ödemek gerekiyordu...”*¹⁵

“Madde 11- Ölüm durumu diye adlandırılan olayla ilgili bütün hükümlerin kaldırılmasını istiyoruz. Dul kadınların ve yetimlerin, bir çok kez görüldüğü gibi, ellerindeki mal mülkün... alınmasını kabul edemeyiz. Kutsal kitaplardan deliller getirilerek ispatlanmış olsun, kabul edemeyiz ve boyun eğemeyiz...”

Alman köylülerinin bu on iki maddesi büyük bir ustalıkla yazılmıştı... Onlar, kilisenin demokratik bir şekilde yönetilmesini, din adamlarının key-

¹³ Mumcu, (1971), s.155.

¹⁴ *Söylev ve Demeçler*, C. 1., 1945, s. 351.

¹⁵ Mumcu, (1977), s.34.

fi davranışlarına son verilmesini, İncil'e dayanmayan bütün vergilerin ortadan kaldırılmasını, toprak köleliğinin lağvedilmesini, sular ve ormanlar üzerinde köy topluluklarının kullanım hakkının tanınmasını, derebeylik haklarının eski çağlardaki ölçülere göre belirlenmesini istiyorlardı. Bundan başka taşınmaz mallarla ilgili makul bir verginin tarhedilmesini, keyfi bütün cezalandırmalarının kaldırılmasını, tarafsız bir yargı müessesesinin kurulmasını ve nihayet asillerin haksız yere gasp ettikleri toprakların köy topluluklarına geri verilmesini talep ediyorlardı.”¹⁶

Öte yandan insanların deney-araştırma yöntemini kullanarak, bir akıl-mantık süzgeci oluşturması; böylece bilimde, sanatta, felsefede, hukukta ve birçok alanda üretime geçebilmesi laiklik sayesinde olabilir. Yani iktisadi kalkınmanın da, sosyal kalkınmanın da unsurları arasında laik düşünme kabiliyeti vardır. Hastalıklara çare; köylere yol, köprü; sanatın, edebiyatın gelişmesi; insan hayatının refahı, çilelere son ancak bilimsel, teknolojik ve ekonomik gelişme ile mümkün olabilir. Böyle bir gelişme, özgür ve yaratıcı düşünmenin olmadığı beyinlerde gerçekleşemez. Laikliğin işlevi budur. Nitekim Atatürk 29 Ekim 1929 tarihli bir konuşmasında toplumun refahı ile laikliği bağdaştırmaktadır: *“Menşelerimizi hatırlayınız. Tarihimizin en mutlu dönemi, hükümdarlarımızın halife olmadıkları zamanlardır.”¹⁷* Bu açıklamadan çıkan sonuç yalnızca din işleri ile devlet-dünya işlerinin ayrılması değil, tek tek her bireyin hayatın her alanında laik düşünebilmesidir.¹⁸ Aksi durumda *“laik”* olarak nitelediğimiz birçok Avrupa ülkesinin parlamentosunda bulunan Hıristiyan partilerin varlığını açıklayamayız.

Bu açıklamalardan sonra eski hukuk sisteminin statik, çelişkili yapısını birkaç maddeyle anlatırsak:

I. Dinsel nitelikteki Türk hukuku, değişime ve ilerlemeye kapalı bir yapıya sıkışmıştır. Başlıca kaynakları Kuran, sünnet, İcma ve kıyas olan İslam hukukunda, Hicri III. yüzyılda içtihat kapısının kapatılmasıyla durgunluk yaşanmıştır.¹⁹

¹⁶ Mustafa Kemal Atatürk'ün, 5 Kasım 1925'te Ankara Hukuk Mektebi'nin açılışındaki konuşmasından.

¹⁷ Hirsch, s. 228.

¹⁸ H. Cahit Oğuzoğlu, *Ankara Hukuk Fakültesi'nin Kuruluş ve İlk Yılları*, Ankara 1966, s. 4.

¹⁹ Turan Tanyer, *Ankara Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşu ve Eski Binaları*, *TBB Dergisi*, sayı 51, Mart/Nisan 2004, s. 156.

II. Farklı mezheplerin aynı duruma, farklı kurallar öngörmesi kodifikasyonu daha da zorlaştırmıştır. Hatta bazen aynı mezhep içinde dahi farklı görüşler bulunmaktadır.²⁰

III. Eski hukuk sistemi, aile hukuku, miras hukuku, ceza hukuku gibi alanlarda kadın ve erkek açısından farklı düzenlemeler içermekte idi. Bu nedenle kadın-erkek eşitliğinin dinsel hukuk sistemi ile mümkün olamayacağı anlaşılmıştır.²¹

IV. 19. yüzyılda yapılan hukuk reformları ile hukukun farklı alanlarında yasalar alınıp, İslam hukuku ile birlikte, üstelik bu reformlara ayak uydurabilecek hâkim, savcı olmaksızın uygulanmasıyla adalet sistemi daha sorunlu bir hale gelmiştir.²²

V. Dünya uygarlığının ulaştığı gelişim düzeyinde ve ülkenin bu düzeye ulaşma hedefi karşısında, İslam Hukuku birçok alanda yeterli ve sistemli olarak toplum hayatını düzenleyemez duruma gelmiştir.²³

VI. Özel hukuk alanında gayrimüslimlere, kendi dini hukuk kurallarının uygulanması ve bu alanda kendi mahkemelerinin yetkili olması hukukta ve yargıda iki başlılık yaratmıştır. Kapitülasyonlarla oluşan konsolosluk mahkemeleri de yargıdaki çok başlılığı pekiştirmiştir.²⁴

Atatürk, ulus devlet modelinin gereği olarak iç ve dış egemenliği sağlama amacındaydı. Bu her alanda tam bir bağımsızlık ile sağlanabilirdi.

Tam bağımsızlığın bir yönü de yargının bağımsızlığıdır. Ancak Osmanlı Devleti yargı bağımsızlığını kaybetmişti. *“Gücünü yüzyıllar içinde yitirmiş Osmanlı Devleti, çeşitli barış anlaşmaları ve kapitülasyonlarla büyük devletlere karşı siyasal ve ekonomik açıdan olduğu gibi yargısal açıdan da yarı bağımlı bir hale düşmüştü. Osmanlı Devleti, topraklarında yaşayan yabancılar üzerinde mali ve hukuksal denetim kuramıyordu. Yabancılar suç işlediklerinde tutuklanamıyor, evleri aranamıyordu. Bir devletin egemen-*

²⁰ Berkes'ten naklen, Özturanlı, s. 135.

²¹ Şevket Süreyya Aydemir, *Tek Adam*, C. 3, Remzi Kitabevi, İstanbul 1969, 3. Baskı, s. 255-257. (*Mecelle* 1868-1876 yılları arasında yapılmış olup 1851 maddeden oluşmaktadır.)

²² Hirsch, s. 226.

²³ Aydemir,(1969), s. 255.

²⁴ C. Üçok/A. Mumcu/G. Bozkurt, s. 294, 295, 377, 378.

liğinin en belirleyici güçlerinden olan yargı gücünü kullanamayışının sakıncasının yanı sıra, bu durum hukuki suiistimallere de yol açıyordu..."²⁵ Nitekim İsmet İnönü "Lozan Konferansı'nda en çok zahmeti adliyemiz için çektim. En çok kritikler adliyemize tevcih oluyordu"²⁶ demiştir.

Tüm bunların yanında devlet mekanizmasının her yanına yayılmış "rüşvetçilik" yargı sistemine de bulaşmıştı; "Tek yargıç (kadı), mahkemenin adeta kralı idi. Onları denetleyecek ciddi örgütler yoktu. En önemli delil tanık idi. Bu nedenle, parası olan, böylece kadıyı kazanan veya yalancı tanıklar tutabilen herkes, haksız olsa da haklı çıkabilirdi. Bir Osmanlı devlet adamı Defterdar Sarı Mehmet Paşa (ölümü: 1717) şöyle diyor: 'Yargıçların çoğu rüşvetin adını gelir koydular. Hangi taraf rüşveti verirse, onu haklı çıkartırlar; isterlerse borçluyu alacaklı ve iflas eden kişileri milyoner yaparlar.' Yüzlerce düşünür bu derde ilaç aramış ama bulamamıştı. Adalet örgütünün böylesine rüşvetçi olması, halkı huzursuz ve güvensiz yapıyordu."²⁷

Osmanlı Devleti'nde yargı, teorik olarak bağımsız olmakla birlikte uygulamada, Osmanlı Devlet yapısı ve padişah karşısında tamamen bağımsız olamayacağı açıktır. Bir kadının, padişahın ve de Osmanlı bürokrasisinin emir ve telkinlerine karşı gelerek karar verebilmesi kolay değildir. Çöküşün hızlandığı 18. ve 19. yüzyıllarda İmparatorluğun merkezindeki kadılar daha da bağımlı hale gelmişlerdir. Bu nedenle Osmanlı tarihinde, özellikle 18. ve 19. yüzyıllarda bağımsız ve adil karar verebilen kadılar azınlıktadır.²⁸ 1876 Anayasası'nın "mehakim" başlığı altındaki, 81-91 maddelerinde, "Hakimlerin azledilemeyeceği, muhakemelerin alenen yapılacağı, herkesin mahkeme huzurunda hakkını korumak için lüzum gördüğü meşru araçları kullanabileceği, her davanın ait olduğu mahkemede görüleceği ve bir mahkemenin vazifesi dahilinde"

²⁵ Bozkurt, *Atatürk'ün Hukuk Alanında Getirdikleri*, s. 47.

²⁶ Mehmet Akzambak, *Atatürk'ün Devrimci Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt*, İstanbul 2005, Kastaş Yayınevi s.169.

²⁷ Mumcu, (1971), s. 155.

²⁸ - Bursa Kadısı Mevlana Şemsuddın-i Fenari, Yıldırım Bayezid'in tanıklığını kabul etmemiştir.

- İstanbul Kadısı Hızır Bey Çelebi, Fatih Sultan Mehmed aleyhine karar vermiştir.

- Abdüllatif Suphi Paşa, meşhur İstibdat Dönemi'nin Sultanı Abdülhamid'e karşı gelerek, Namık Kemal için beraat kararı vermiştir. Kendisine "Hünkardan korkmuyor musun?" diye sorulduğunda, Suphi Paşa şu yanıtı vermiştir: "Bir yargıç vardır ki, yarın huzuruna Hünkar da, ben de birlikte çıkacağız. Ben ancak o yargıçtan korkarım." M. İskender Özturanlı, *Büyük Hukukçular*, İstanbul 2004, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, s. 9.

de olan davayı görmekten imtina edemeyeceği, şahıslar ile hükümet arasındaki davaların umumi mahkemelerde görüleceği (bu hükümle idare mahkemelerinin gelişimi durdurulmuştur), mahkemelerin her türlü müdahaleden uzak olduğu, davaların şeri ve nizamiye mahkemelerinde görüleceği, ceza davalarında amme hukukunu korumaya memur müddei umumilerin bulunacağı ve bunların görevlerinin kanunla belirleneceği" yazılıdır.²⁹ Padişaha birçok yetki veren 1876 Anayasası'na göre, padişah istediği zaman Heyet-i Mebusan-ı feshetme yetkisine sahipti ve II. Abdülhamit bu yetkiye dayanarak 1878'de Mebusan Meclisini dağıtmış ve Anayasa'yı uygulamadan kaldırmıştır.³⁰ Böylelikle mahkemelere ilişkin bu hükümler de askıya alınmış oldu.

B. Türk Hukuk Devriminin Gelişimi

*"Adliyemizin güvendiğimiz yüksek gücüyledir ki, Cumhuriyet, yazgısı olan olgunlaşmayı izleyebilecek ve her türlü biçim ve kılıktaki saldırılara karşı yurttaşın haklarını ve ülkenin düzenini dokunulmaz tutacaktır."*³¹

Mustafa Kemal Atatürk

Ülkemizde dini hukuk sisteminin tasfiye edilmesi süreci Tanzimat döneminde başlamıştır:

- 1850'de, 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu, Kanunname-i Ticaret adıyla tercüme edilmiştir. Fransız Ticaret Kanunu'nun 1. ve 3. kitapları 1850'de, İflas Kanunnamesi adıyla 2. kitabı 1855'de yayınlanmıştır. Ticaret Kanunu ile ticari teamül kurallarının uygulanmasının yaratmış olduğu keyfiliğe son verilmiştir.³²

- 1858'de, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu tercüme edilerek Ceza Kanunname-i Hümayunu hazırlanmıştır.³³

- 1860'da Ticaret Kanunnamesi'ne bir ek ile ticaret mahkemele-

²⁹ Bozkurt, (1996), s.126.

³⁰ Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 7. baskı, Ankara 2002, Yetkin Yayınları, s. 26.

³¹ Söylev ve Demeçler, C. 1., 1945, s. 351.

³² Bozkurt, (1996), s. 151.

³³ Bozkurt, (1996), s. 100.

ri teşkilatı düzenlenmiştir. Bu düzenleme de Fransız örneğine uygun olarak yapılmıştır. Buna göre geniş yetkili, tüm tüccarı ve tüm ticari davaları kapsayan muntazam ticaret mahkemeleri kurulmuştur.³⁴

- 1870'li yılında nizamiye mahkemeleri teşkilatı tamamlanarak, Batı modeli bir yargı örgütü kurulmuştur. Bu değişiklikle Fransa'daki adli teşkilat nizamiye mahkemeleri için model olarak, aynen kabul edilmiştir.

1875 yılında açılan Mekteb-i Hukuk'un 22 Zilhicce 1292 tarihli Nizamname avukatlık mesleğini ancak hukuk mektebi mezunlarının yapabileceğini belirtmiştir. Fransız Ticaret Usul Kanunu'nun aynen alınması ile Osmanlı hukuk sistemine 1861'de giren Ticaret Usul Nizamnamesi'nde mevcut avukatlıkla ilgili hükümler, Fransa'dan örnek alınarak hazırlanan bu Nizamname ile tamamlanmıştır. 1878'de Fransa'dan örnek alınarak hazırlanan Mukavelat Muharrirleri Nizamnamesi ile noterlik kurumu Osmanlı hukukuna girmiştir.³⁵

- 1879'da, 1807 tarihli Fransız Hukuk Yargılama Kanunu'na dayanılarak, Usul-ü Muhakeme-i Hukukiye Kanun-u Muvakkat'ı çıkarılmıştır. Aynı yıl 1808 Fransız Ceza Kanunu tercüme edilerek Ceza Muhakemeleri Kanunu da kabul edilmiştir.³⁶

- 1916 yılında İttihat ve Terakki Kongresi, Şer'iyeye Mahkemeleri dâhil, tüm mahkemeleri Adalet Bakanlığına bağlamıştır. Bu karar Şeyhülislam Hayri Ürgüplü'nün istifasına rağmen uygulanmıştır. Dönemin Adalet Bakanı Halil Mentеше, amacın Şer'iyeye Mahkemeleri'nin kaldırılması ve "hukukun laikleştirilmesi" olduğunu açıklamıştır.³⁷

- 1917'de Hukuk-ı Aile Kararnamesi çıkarılmıştır. Bu Kararname ile cemaat mahkemelerinin elinden yargılama yetkisi alınarak gayrimüslimlerin evlenme, boşanma, nafaka davalarına bakma yetkisi şeriyeye mahkemelerine verilmiştir. Ayrıca Kararname kadını koruyan, boşanmasını kolaylaştıran, çok kadınla evliliği zorlaştıran, zorla evlendirmeyi yasaklayan, akıl hastalarının evlenmesini engelleyen, kadın

³⁴ Bozkurt, (1996), s. 157.

³⁵ Bozkurt, (1996), s. 125, s. 127.

³⁶ Bozkurt, (1996), s. 103-105.

³⁷ Doğan Avcioğlu, Milli Kurtuluş Tarihi, C.4, Tekin Yayınevi, İstanbul 1983, s.1350-1351.

ve erkeğe evlenebilmek için bir yaş sınırı koyan hükümler getirmiştir.³⁸

Tüm bu reformların gerçekleştirilmesine rağmen kadı yetiştiren okulların ders programlarında 1908 yılına kadar bir değişiklik yapılmamıştır. Bu nedenle nizamiye mahkemelerinde görevlendirilen kadılar, eğitimini almadıkları yeni bir hukuk sistemini, diğer Müslüman olan ve olmayan, halktan seçilmiş üyelerin de yardımıyla uyguladılar. 1875'te açılan Mekteb-i Hukuk-i Sultani ve bu okulun bir devamı olan, 1878'de açılan Mekteb-i Hukuk'ta İslam ve Batı hukukuna ilişkin dersler bir arada okutulmuştur. Mekteb-i Hukuk'tan yetişen hakimler, zamanla nizamiye mahkemelerinde hakim açığını kapatmışlardır. Kadı yetiştirilen okullardan yetişen kadılar ise şeriye mahkemelerinde görev yapmışlardır.³⁹

Batı hukukun alınmasıyla bu hukuku uygulayacak hakim yetiştirilmesi sorunu Türk Devrimi'nden sonra da gündeme gelmiştir. Ankara Hukuk Fakültesi bu sorunun çözümüdür.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ilk profesörlerinden Şevket Memedali Bilgişin şöyle bir anısını aktarmaktadır:

"...Türk hukukunda yapılması gereken inkılâbın şekilleri münakaşa edilirken, ortaya konulan türlü mütalaaalar arasında, Mahmut Esat, kestirme yolun Avrupa Medeni Kanunlarından birisinin tercüme edilip süratle tatbik meokiine konulması icabedeceğini öne sürmüştü. Bu mütalaa karşısında Atatürk kendisine diyor ki:

- 'Çocuğum; istediğini yaparsak tercüme ettireceğimiz bu kanunları memleketimizde tatbik edecek elemanlarımız var mıdır?'

Mahmut Esad da cevaben:

³⁸ Bozkurt, (1996), s. 172-173.

³⁹ Namık Kemal 5 Ocak 1881 tarihli mektubunda: "İlme ve ülke ahvaline uymadığı pek çok ve ağır tecrübelerle sabit olan eski nizamnameler düzeltilmeye başlandı. Ancak mahkeme üyeleri ahaliye seçtiriliyor. Bu hiçbir kaideye bağlı değil. Halbuki hakimlik için herkesin güvenini kazanmış olmak yeterli olmayıp, bu sanatın ön şartı, kanun ahkâmına vukuf, o ise bir mektepten ve meslekten yetişmeye bağlı olduğundan, mahkeme üyelerinin gafleti nedeniyle adliyede mey3dana gelen karışıklıklar, halkın ve yabancıların çok fazla şikayetlerine yol açmaktadır. Adliyenin ıslahı için ihtiyar meclislerine hiç olmazsa nahiye meclisleri kadar bir salahiyet vermek ve mahkeme üyelerinin tayininde seçim yerine 'haketme (istihkak)' aranılmaya muhtaç gözüktüyor" demiştir. (İ. H. Uzunçarşılı, "N. Kemal Bey'in Abdülhamid'e Takdim Ettiği Arzalarla Ebuzziya Tefvik Bey'e Yolladığı Bazı Mektuplar") ileten Bozkurt, (1996), s.125-126.

- 'Paşam; bir gün Avrupa'da çok mükemmel yeni bir silah icat edildiğini işitseniz, memleketimizde bunu kullanmasını bilen askerimiz yoktur diye o silahu almakta tereddüt mü edersiniz? Elbette ki hayır... Silahu alır ve onu kullanabilecek askerleri de yetiştirirsiniz.'"⁴⁰

Hukuk devriminin yaratacağı laik hukuk sistemini, ancak bu sisteme uygun biçimde eğitilmiş hukukçular ile uygulamak mümkündür. Ülkenin dört yanında yeni kanunları "Ankara zihniyetiyle (ruhuy-la)" uygulayabilecek "hukukçu ordusuna" ihtiyaç vardır...

2. Yalnız Ankara Ruhuyla

Göğün altında bir gök daha kuruluyor; memlekete münevver hukukçular yetiştirmek için.

16 Mayıs 1337 (1921) tarihinde Abdülkadir Kemali (Öğütçü) Bey (yazar Orhan Kemal'in babasıdır) Birinci Büyük Millet Meclisi'ne bir yasa önerisi sundu. Genç hukukçuların büyük bölümü I. Dünya Savaşı'nda cephelelerde şehit düşmüştü. Sağ kalanlar ise, öğrenimlerini tamamlayacak okul bulamamıştı. Bu da yeni bir hukuk okuluna ihtiyaç olduğu anlamına geliyordu.

Dünya tarihinde eşine az rastlanır bir hukuk devrimi karşısında, Avrupa hukuk düşüncesinden uzak eğitilmiş ve mevcut yargı sisteminde dahi sayıca yeterli olmayan bir hukukçu topluluğu mevcuttu.

Yeni kanunları uygulayabilecek, devrimin koruyucusu olarak genç hukukçulara ihtiyaç vardı. Nitekim Atatürk şöyle diyor:

"...Ulusun ateşli devrim atılımları sırasında sinmek zorunda kalan eski kanun hükümleri, eski hukukçular, iyilik yolunda gidenlerin etkisi ve ateşi yavaşlamaya başlar başlamaz derhal canlanarak devrim esaslarını ve onun içten izleyicilerini ve onların değerli ülkülerini mahkûm etmek için fırsat beklerler. Bu fırsat, eski kanunların varlığı ve eski hukuk esaslarının yürürlüğü ile ve eski anlayışını içten ve yüreğinde olarak korumada inatçılıkla direnen yargıçların ve avukatların varlığı ile sağlanır."⁴¹

⁴⁰ Mumcu, (1977), s.34.

⁴¹ Mustafa Kemal Atatürk'ün, 5 Kasım 1925'te Ankara Hukuk Mektebi'nin açılışındaki konuşmasından.

Mevcut hukukçu sayısı ihtiyaca cevap vermekten çok uzaktı. Ülke daha fazla sayıda hâkim ve avukata muhtaç idi.

Bu esaslı gereksinimler karşısında yeni bir hukuk okulu açmak için ciddi engelleri aşmak gerekiyordu; okul için öğretmen, öğrenci, bina ve tabii ki para bulunmalıydı. Bunlar 1920’li yılların Türkiye’si için ciddi engellerdi. Bu noktada neden mevcut bir hukuk fakültesinin modernize edilmesi yoluna gidilmediğini, Ankara’da yeni hukuk fakültesi açmaktan vazgeçilmediğini açıklamalıyım:

a. Ankara Hukuk Fakültesi, yalnızca ülkenin hukukçu ihtiyacına cevap verebilmek için değil, devrim hukukunu ülkenin dört bir yanında uygulayacak ve devrimi savunacak hukukçular yetiştirmek için de kurulacaktı. Ancak İstanbul Hukuk Fakültesi’nde önce eski zihniyeti değiştirmek sonra devrimin getirdiği “Ankara zihniyetini (ruhunu)” yerleştirmek gerekliydi. Onlarca yıldır şeriat hukuku dersleri vermiş profesörlerin bulunduğu İstanbul Hukuk Fakültesi’nde istenilen amaca ulaşmak ciddi bir çaba ve zaman işiydi. Aydın hukukçular, laik düşüncüyü sindirebilmiş profesörlerce yetiştirilebilirdi.

Bu konuda Ernst E. Hirsch’in⁴² gözlemi şöyledir: “İstanbul’daki

⁴² İkinci Dünya Savaşı sırasında Türkiye’ye sığınan Musevi mültecilerin pasaportlarında büyük harflerle “Haymatlos” yazıyordu. Mustafa Kemal Atatürk’ün daveti üzerine takriben 800 bilim adamı, sanatçı ve siyasetçi Türkiye’ye gelmişti. Ernst E. Hirsch de bu mültecilerden biridir. 1943-1952 yılları arasında Ankara Hukuk Fakültesi’nde davetli öğretim üyesi olarak çalışmıştır. Hirsch kısa sürede Türkçe öğrenerek derslerini Türkçe olarak vermiştir. Hukukla ilgilenen herkesin yakından tanıdığı Prof. Hirsch Türk Hukuk Lügati, Üniversiteler Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve Marka, Patent, Sınai ve Faydalı Modeller Kanunu’nun taslaklarını da hazırlamıştır. “Kitaplığı olmayan bir üniversite, cephaneliği olmayan bir kışlaya benzer. Demek ki yapılacak ilk iş, Türk kanunlarının hazırlanmasında örnek alınmış Avrupa ülkelerinin hukukları ile ilgili kanun ve dergi koleksiyonlarından oluşacak bir kitaplık kurmaktır” diyerek Ankara Hukuk Mektebinin kütüphanesini düzenlemeye koyulmuştur. Fakültemizin kütüphanesinin ilk kataloglaması Hirsch tarafından yapılmıştır. Ernst E. Hirsch, *Anılamam*, Ankara 2005, TÜBİTAK Yay., s.187-193, 239-245, 369-380.

İstanbul’lu gazeteci Ahmed Emin Yalman, 1958 yılının Aralık ayında Berlin’de ziyaret ettiği Hirsch hakkında “Vatan” gazetesinde şunları yazdı: “Profesör Hirsch, Türkiye’de geçirmiş olduğu yirmi yıldan sonra tamamen bizden biri olmuştur. Herhalde iyi bir Alman’dır, ama hiç şüphesiz, aynı derecede de iyi bir Türk’tür.” Hirsch, s. 390.

Prof. Hirsch, anılarının bir yerinde kendisinin de çağrıldığı “29 Ekim Cumhuriyet Bayramı” davetinden şu sözlerle bahseder: “Ve işte ben, kendi Alman vatanında Yahudi olduğu için hor görülen, (aşşağılık) ırka mensup olduğu için işgal et-

*eski hukuk fakültesinin pek çok öğretim üyesinin yeni kanunlara karşı, zaten Ankara'da yeni bir hukuk okulu açma konusundaki tartışmalarda da kendini belli eden tutumu, o günkü Eğitim Bakanı Dr. Reşit Galip'in 01.08.1933'de yapmış olduğu, resmi açıklamada da sergilenmektedir. Bakan, Türkiye'de büyük politik ve sosyal devrimler gerçekleşirken İstanbul Darülfünunu'nun bunlara tarafsız bir gözle seyirci kaldığını da söylemişti. Hukuk Fakültesi, sadece yeni kanunları müfredat programına almakla yetinmişti."*⁴³

b. Yüzyılların başkenti İstanbul karşısında Ankara küçük bir kasabaydı. Ancak devlet merkezi olarak seçilmiş olan Ankara'nın hukuk alanında önderlik edecek olan ve devrimin müeyyidesi olacak bir kuruma ev sahipliği yapması, şehri geliştirecek, başkenti sağlamlaştıracak ve güçlendirecekti. Nitekim Mustafa Kemal Atatürk'ün 2 Temmuz 1927'ye dek İstanbul'a gitmemesi, başkent olarak Ankara'nın durumunu sağlamlaştırmak amacından da kaynaklanmıştır.

c. Ankara Hukuk Fakültesi'nin Anadolu'nun ortasında bulunması sebebiyledir ki, Anadolu'nun uzak köşelerine dek ulaşımı İstanbul'a nazaran kolaydır. Bu, 1920'li yıllar için Türkiye'nin dört bir yanından her öğrenciye önemli bir kolaylık olmuştur.

d. Ankara merkezli bir hukuk eğitimi, yine Ankara'da bulunan bir lokomotif hukuk fakültesi ile daha etkili olabilirdi. Gerçekleşen her devrim Ankara'da büyük bir kuvvetle doğmakta ve ülkenin her köşesine ulaşmaktaydı. Doğaldır ki Ankara, bu devrimlerin en iyi kavranacağı yerdir. Bu da devrimin hukukçularının, devrimi en iyi şekilde idrak edebilmeleri için Ankara'da eğitim almaları kararını doğurular.

e) Yeni Türk Devleti'nin önderleri ve hukukçu aydınları, kurulacak hukuk fakültesinin bir hukuk bilimi merkezi olmasını istiyor; fakülteyi buna göre yapılandırmak istiyordu. Nitekim Süheyp Derbil'in kuruluş aşamasındaki Ankara Hukuk Fakültesi'nin (mektebinin) ihtiyaçlarını tartışmak için toplanan komisyondaki gözlemleri bunu des-

tiği mevkilerden kovulan, evini yurdunu terkedip, yabancı ülkelere kaçmak zorunda bırakılan ben, dünyanın bir ucundaki Türkiye'de, nice billurlarla, mermerleri, somaki taşı, paha biçilmez kakma işlerinin ihtişamıyla parıldayan, nice değerli mobilyayla, resimle süslü, bir zamanların taht salonu olan bu mekanda, ülkenin bin seçkininden sayılan, saygıdeğer bir Alman profesörü sıfatıyla bulunmaktaydım." Hirsch, s. 208.

Hocamız Hirsch eşine az rastlanır derecede ilkeli, üretken ve idealist bir yaşam sürmüştür.

⁴³ Hirsch, s. 228.

tekler: "...bu müesseseye başlangıçta 'Hukuk Fakültesi' demeyip 'Hukuk Mektebi' adına vermemizin başka bir sebebi daha vardı: Bu müessese ile hukukçuluk âlemimizde başka, yeni bir çığır açmak istiyorduk... Nasıl bir 'Harvard Mektebi' bir 'Lousanne Mektebi' bir 'Bordeaux Mektebi' varsa; bu irfan merkezlerinde açılan çığırılar böyle bir unvanla anılıyorsa; bir 'Ankara Mektebi' de olsun; açacağımız yeni çığır 'Ankara Mektebi' diye anılsın diyorduk".⁴⁴

Bu somut gerekçelere rağmen Ankara Hukuk Mektebi'nin açılması hakkındaki oylamada dört oyluk bir çoğunluk sağlanabilmiştir. Mecliste ciddi bir çoğunluk, liderlerin planladıkları hukuk devrimini ve bu devrimin gereklerini tam idrak edememişti. Buna rağmen Ankara Hukuk Fakültesi'nin kurulabilmiş olmasını Hüseyin Cahit Oğuzoğlu şöyle açıklıyor: "O gün Mahmut Esat'tan başka biri Adalet Bakanı olsa idi, bu kuruluş kim bilir kaç yıl daha gecikmiş olurdu."⁴⁵

Ankara Hukuk Fakültesi, Ahmet Ağaoğlu Bey'in vurguladığı biçimde Ankara zihniyetiyle,⁴⁶ yani aydınlanmacı ve devrimci zihniyetle hareket etmiş ve bunu hukuk alanına yansıtmayı başarmıştır. Müfredata Türk Hukuk Tarihi dersleri eklenerek öğrencilere, hukukun sürekli bir evrim ve devrim ile değişim halinde olduğu gösterilmeye başlanmıştır. Bu, Türkiye'de, eğitim tarihimizde bir ilktir. Müfredata ulusal hukuk tarihi dersi yanında "İhtilaller tarihi" ile "Siyasal tarih" dersleri de eklenmiştir. Cemil Bilsel Bey konuyla ilgili olarak şöyle diyor: "Talebenin tarih malumatı umumiyetle eksikti. Hukuk ise her şeyden evvel tarihe dayandığına göre bu dersler çok faydalı olacaktır."

Cumhuriyetimizin ilk laik eğitim veren kurum olarak Ankara Hukuk Fakültesi, İslam hukuku ile bağını hukuk tarihi dersi ile sınırlandırmıştır. Yine Cumhuriyetimizin ilk yüksek öğrenim kurumu sıfatıyla, bilimsel yöntemin vazgeçilmez öğelerinden araştırma ve eleştirme metodu, Ankara Hukuk Fakültesi'nin temel nitelikleri olarak kabul edilmiştir.⁴⁷

Ülkemizde öğretim üyelerine "Müderris" yerine "Profesör" denmesi de ilk kez Ankara Hukuk Fakültesi'nde karara bağlanmıştır.

⁴⁴ Mumcu, (1977), s. 60-61.

⁴⁵ H. Cahit Oğuzoğlu, *Ankara Hukuk Fakültesi'nin Kuruluş ve İlk Yılları*, Ankara 1966, s. 4.

⁴⁶ Mumcu, (1977), s. 52-53.

⁴⁷ Mumcu, (1977), s. 68.

Tüm bunlar ülkenin merkezi Ankara'da, fakültemizi, hukuk devriminin merkezine koymuştur. Öyle ki, Türk Hukuk Devrimi ile fakültemizin gelişimi paraleldir. Atatürk'ün: *"Bu fakültemizin kuruluşu milli tarihimizde ayrı bir ehemmiyeti haizdir. Bu ehemmiyet, Ankara Hukukunun, Cumhuriyetin yüksek bilgi müessesesi olarak ilk eseri olmasından ibaret değildir. Onun asıl şerefi, memlekette yeni hukuk rejiminin başlangıcı olmasıdır"*⁴⁸ şeklindeki sözüne dayanılarak, 5 Kasım 1925, Türk Hukuk Devrimi için başlangıç tarihi olarak gösterilebilir diye düşünüyorum. 19 Mayıs 1919-5 Kasım 1925 dönemini ise Türk Hukuk Devrimi'nin hazırlık dönemi olarak kabul etmeliyiz.

Ankara Hukuk Fakültesi'nin ilköğretim üyeleri çoğunlukla, hukuk eğitimini Avrupa'da tamamlamış profesörlerden oluşmaktadır. Bu durum Mahmut Esat'ın çabasından kaynaklanmıştır. Türk Hukuk Devrimi'nin planlayıcıları, hukuka Avrupa hukuk düşüncesinin ege-men olmasını ve geleneksel dini hukukla bağların tamamen ortadan kaldırılmasını istemişlerdir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması üzerine hukuk alanında yeni düzenlemeler yapılması için, Adalet Bakanlığı'na kurulan komisyonlar arasında medeni hukuk komisyonu da vardır. Yani medeni hukukun ve borçlar hukukunun kanunlaştırılmasında başta iktibas yöntemi benimsenmemiştir. Bu komisyonlar toplumumuzun yapısını ve ihtiyaçlarını dikkate alarak kanunları hazırlayacaklardı. Ancak komisyonlar çok yavaş çalışmışlar ve din kurallarına (şeriata) bağlı kalarak kanunlar hazırlamışlardır. Ayrıca ülkede uygulanan, mevcut olan (ancak uygulanmayan) kanunları da tekrar düzenleme yoluna gitmişlerdir. Komisyonların bu yapıları ve çalışma biçimleri yeni devletin çağdaşlaşma hedefine uymadığı için iktibas yöntemi düşünülmüş ve tercih edilmiştir. Bu konuda Niyazi Berkes şu saptamaları yapmaktadır: *"Türk hukuk kültürüne uygun diye Hanefi, Şafii ve bir kısım Maliki fıkıh okullarının karması bir taslak hazırlandı. Bazı hükümleri Cevdet Paşa'nın Mecellesinden de gerideydi. Çok karılı evliliği kaldırmadığı gibi onu dolaylı yoldan pekiştiriyordu. O zaman Atatürk, bu kültür kavramının⁴⁹ ardında uluslaşmaya aykırı bir şeyler olduğunu sezindi. Ve bu ça-*

⁴⁸ Turan Tanyer, Ankara Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşu ve Eski Binaları, *TBB Dergisi*, Sayı 51, Mart/Nisan 2004, s. 156.

⁴⁹ "Türk Devrimi'nin ilk yıllarında uygarlık ve kültür kavramlarının sınırları belirlenmemiştir. Türkçüler "bu kültür meselesidir, değiştirilemez. Sonra milli varlığı-

lışmayı (komisyonların çalışması) derhal durdurdu. İsviçre Medeni Kanunu örneğine döndü. Dava, yalnız uygarlık davası değil, aynı zamanda bir kültür davasıydı. Atatürk'ten önce hiç kimse bu gerçeği görebilmiş ve gösterebilmiş değildir.”⁵⁰

Türk Hukuk Devrimi'nin karakterini ortaya koyması açısından 1926 tarihli Medeni Kanunun gerekçesi oldukça önemlidir: *“Türkiye Cumhuriyeti'nin müdevven (derlenmiş) bir medeni kanunu yoktur. 1851 tarihli Mecelle'nin, bugünkü ihtiyaçlara uyan ancak 300 maddesi vardır. Mecelle'nin kaidesi ve ana hatları dindir. Kanunları dine dayanan devletler, kısa bir zaman sonra memleketin ve milletin isteklerini tatmin edemezler. Çünkü dinler, layetegayyer (değişmez) hükümler ifade ederler. Din kanunları, yürüyen ve değişen hayatın karşısında, şekilden ve ölü kelimelerden fazla bir kıymet, bir mana ifade etmezler. Değişmemek, dinler için bir zarurettir. Bu sebeple dinlerin sadece, bir vicdan işi olarak kalması, çağdaş medeniyetin esaslarından ve eski medeniyetle yeni medeniyetin en mühim farikalarından (ayırıcılarından) biridir. Esaslarını dinlerden alan kanunlar, tatbik edilmekte oldukları camiaları (toplumları) nazil oldukları (gökten indikleri, yahut ortaya atıldıkları) iptidai devirlere bağlarlar ve terakkilere belli başlı müessir ve amiller (etkenler) arasında bulunurlar. Türk Milleti mukadderatını bu asırda dahi ortaçağ hükümlerine ve kaidelerine bağlamak, dinin layetegayyer (değişmez) hükümlerinden ilham alan ve uluhiyetle (tanrı ile, tanrısal kudretle) daima temas halinde bulunan kanunlarımızın en kuvvetli müessiri (etken) olduklarına şüphe edilemez. Millî hayat-ı içtimaiyenin (millî toplum hayatının) düzenleyicisi olan ve yalnız ondan ilham alması gereken müdevven (derlenmiş) bir medeni kanundan Türkiye Cumhuriyeti'nin mahrum bulunması, ne çağdaş medeniyetin icapları ile, ne de Türk İhtilalinin istihzam ettiği mana ve mevhomla (gerektirdiği anlam ve kavramla) kabil-i telif değildir...”*

“...Yaşadığımız asırda, medeniyet ailesine mensup milletlerin ihtiyaçları arasında esaslı bir fark yoktur. Medeni temaslar artık insanların medeni kitlesini bir aile haline getirmiştir. İsviçre'den alınan Medeni Kanunun Türkiye için tatbiki kabil olmadığını iddia etmek, Türk Milletinin medeni kabiliyeti olmadığını iddia etmek olur. Hem şu da var ki, çağdaş medeniyeti almak ve benimsemek maksadıyla yürüyen Türk Milleti, çağdaş medeniyeti kendisi-

mız yıkılır” iddiaları ile bazı devrimlere muhalefette bulundular. Karşı oldukları devrimlerden biri de yazı devrimiydi. Onlara göre Latin harfleri yerine Orhon yazısı getirilmeliydi. İşte bu kültür tartışmaları hukuku da konu yapmıştır. “Hukuk bir kültür işidir” denilerek iktibasa karşı çıkmıştır.” Özturanlı, s. 134.

⁵⁰ Berkes'ten naklen, Özturanlı, s. 135.

ne uydurmak değil, kendisi çağdaş medeniyete uymak zaruretindedir. Hula-
sa örf ve adete, göreneklere mutlaka bağlı kalmak davası, iptidai vaziyetinden
bir adım ileri götüremez.”⁵¹

Ankara Hukuk Fakültesi açıldıktan sonra Batı kanunlarının be-
nimlenmesi için çalışmalar hızlanmıştır. Özel hukuk alanında, dev-
rin en yeni medeni kanunu olan İsviçre Medeni Kanunu kabul edil-
miştir(17.2.1926). Bu kanun Türk toplumuna kazandırılmak istenen
modern ve laik bir hukuk sistemi arzusunu karşılayan, teknik bakımdan
da mükemmel bir kanundur. Yine İsviçre'nin Borçlar Kanunu
22.4.1926 tarihinde kabul edilmiştir. Her iki kanun 4.10.1926 tarihinde
aynı anda yürürlüğe konmuştur.⁵²

Türk Medeni Kanunu'nun kabulünden sonra 1 Mart 1926'da İtal-
yan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen Türk Ceza Kanunu, 29 Mayıs
1926'da Alman Ticaret Kanunu'ndan etkileneilerek⁵³ hazırlanan Tica-
ret Kanunu,⁵⁴ 18 Haziran 1927'de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanu-
nu (Neuchatel), 28 Mayıs 1928'de Türk Vatandaşlığı Kanunu, 9 Ni-

⁵¹ Şevket Süreyya Aydemir, *Tek Adam*, C. 3, Remzi Kitabevi, İstanbul 1969, 3. Baskı, s. 255-257.

(Mecelle 1868-1876 yılları arasında yapılmış olup 1851 maddeden oluşmaktadır.)

⁵² Bilge Öztan, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, Ankara 2002, 10. Bası, Turhan Ki-
tabevi, s.100-101.

⁵³ “Alman Elçisi Nadolny, 1 Eylül 1926'da yazdığı raporda, (A.A.R. 7858, Ankara, 651,1488) Türk Medeni Kanunu ile Borçlar Kanunu'nun İsviçre yasalarının çok az değiştirilmiş şekli olmalarına rağmen, yeni Ticaret Kanunu'nun iki yıllık komisyon çalışmasının ürünü ve üzerinde çalışılarak yaratılan tek Türk yasası olduğunu ve İÜHF Dekanı'nın komisyon çalışılarak etkileyen en önemli insan olduğunu yazmaktadır. Raporda, şimdiye kadar Roma Hukuku kökenli olan Türk Ticaret Hukuku'nun yön değiştirerek Alman Ticaret Kanunu'ndan etkilendiği de yazılıdır.” Bozkurt, (1996), s.205.

⁵⁴ “...Genel reformlar içinde kabul buyurduğunuz medeni kanun, ceza ve ticaret kanunları uygulamaya konulurken, yargıçlarımızın gösterdiği çabaları ve uygun davranışları kutlarım. Kanunların, ulusun gerçek ihtiyaçlarına ve içten gelen isteklerine ne derece uygun olduğu ortaya çıkmıştır.

Sayın baylar, Türk ulusunun gelişmesine yüzyıllardan beri karşı koyan engelleri kaldırmak ve genel yaşamımıza çağdaş uygarlığın kanunlarını ve araçlarını getirmek için harcadığımız çabaların ulusun tümünün onayını almış olduğu kesindir. Aşırı isteklerini içinde gizleyen, ulusun esenliği yolunda tatmin edilmemiş görünenlerin son çırpınma girişimleri, milli irade karşısında daima yenilgiye uğramıştır. Ve uğrayacaktır. (Sürekli alkışlar)...” (Atatürk'ün 1 Kasım 1926 tarihinde, TBMM II. Dönem 4. Yasama Yılıını Açış Konuşması), Atatürk ve Hukuk, Yargıtay Yayınları No:27, Ankara 1999, s. 150.

san 1929'da Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Almanya),²⁴ Nisan 1929'da İcra ve İflas Kanunu (İsviçre), 15 Mayıs 1929'da Deniz Ticaret Kanunu (Almanya) kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu kanunların uygulanacağı yeni mahkeme ve baroların kurulması ile Türk Hukuk Devrimi gelişimini hızlandırmıştır.

Türk Medeni Kanunu hâkimlere geniş takdir yetkisi sağlamıştır. Bunda amaç, hâkime somut olayın ve ülkemizin koşullarına bakarak hukuk kuralı yaratma imkânı vermek, bu yolla yeni kanunun toplum bünyesine uyumunu sağlamaktı. Bu olguyu Ernst E. Hirsch, eski kanunların, yeni kanunların varlığına rağmen, de facto olarak varlığını sürdürdüğünü belirterek şöyle saptamıştır: "... Türk nüfusunun büyük çoğunluğu, 1920'lerin ortalarında okuma yazma bile bilmiyordu. Bu olgu bir yana, kanunların sadece Resmi Gazete'de yayınlanma yoluyla ilanı, uygarlık bakımından en ileri gitmiş devletlerde bile halkın 'çekirdeğine' ulaşmazdı. Bu nedenle, hukuk öğretimi ve yargı aracılığıyla bu yeni kanunlara hayatiyet kazandırmak büsbütün önemli olmuştu..."⁵⁵ Bu konuda Şevket Süreyya Aydemir de şu tespitleri yapmaktadır: "...Gerçi yeni esaslar toplumun düzeninde hâlâ ve tamamen yerleşmiş değildir. Toplumun bazı tabakalarında gelenekler ve alışkanlıklarla Medeni Kanun hükümleri hâlâ mücadele halindedir. Mesela çok karı almak yerine tek karı almak düzeni, bilhassa köylerde hâlâ yerleşmemiştir. Bu hal, yerleşmemiş kanunlarla, yerleşmemiş örflerin, zaman zaman görülen bir savaşıdır ki, yeni kanunlar yerleşmiş müesseseler haline gelene kadar sürecektir."⁵⁶

Türk Hukuk Devrimi'nin mimarları Atatürk ve Mahmut Esat Bozkurt bu olguyu bildikleri için hukuk öğretiminde öncü olacak Ankara Hukuk Fakültesi'ni kurmuşlardır. Bu modele bakarak İstanbul Hukuk Fakültesi modernize edilmiştir. Meclis'te, Ankara Hukuk Fakültesi'nin açılması ile ilgili tartışmalarda, kurulması düşünülen yeni hukuk öğretim kurumunda İstanbul Hukuk Fakültesi'nin müfredatının aynısının uygulanması talep edilmiştir. Bu talep Ahmet Ağaoğlu Bey tarafından "Yalnız Ankara zihniyetiyle (ruhuyla)" şeklinde cevaplandırılmıştır. Fakat daha sonra, İstanbul Hukuk Fakültesi müfredatını, Ankara Hukuk Fakültesi'ne göre değiştirmiştir.

⁵⁵ Hirsch, s. 226.

⁵⁶ Aydemir,(1969), s. 255.

SONUÇ

“Millet ve vatan yolunda gayemiz isimlerimizin şeref haleleriyle sarılması değildir. İsmimiz bilinmesin, ismimiz unutulsun ve hatta yerlerde sürünsün, yeter ki Türkiye yükselsin.”

AÜHF 20. Yılı Mezunu Talat Aldağ

Çağdaş, laik üniversite modeline ve Avrupa hukuk düşüncesine uygun olarak kurulan Ankara Hukuk Fakültesi, hukuk devriminin başarılı olması için zaruri olan hukukçuların yetiştirilmesi gereğinin bir sonucudur. Nitekim Ankara Hukuk Fakültesi bu görevini asla unutmamış, Anadolu’da yeni hukuk fakültelerinin kurulmasına öncülük etmiştir ve etmektedir. Yeni kurulan hukuk fakültelerine burada kazanılan tecrübeler aktarılmıştır ve böylelikle devrimimizi ve Cumhuriyetimizi koruyacak hukuk fakülteleri çoğalmıştır.

Türk Hukuk Devrimi’nin başarıya ulaşmasında hâkimlerimizin rolü, kanunların tatbiki dikkate alındığında, Cumhuriyet’in ilk hâkimlerini ve daha sonraki yıllarda hâkimlerin büyük çoğunluğunu yetiştiren Ankara Hukuk Fakültesi’nin, hukuk devrimimizdeki yeri biraz daha netleşir.

1925’te, bina, öğretim üyesi ve öğrenci bulamayan⁵⁷ Ankara Hu-

⁵⁷ Ankara Hukuk Mektebi’nin ilk yıllarındaki sıkıntılar öğrenciler için bir tecrübe ve olgunlaşma kaynağı olmuştur: “...Devam eden teşebbüslerimiz neticesinde Bakanlık bir miktar yatak, battaniye ve yastık satın aldı, bunları Yahudi mahallesinde eski Müstantik Mektebi olan bir binanın tahta döşemeleri üzerine serdiler, biz de otelden eşyamızı alarak oraya taşındık, orada yatıp kalkamaya başladık, bize ayrıca 50 kuruş da yevmiye vermeye başladılar. Çok defa arkadaşlarla dışardan yiyecek bazı şeyler satın alıyor ve tahta döşemeler üstüne yer sofrası kurarak yemeğimizi bir arada yiyorduk. Samanpazarı yakın olduğu için oradaki yıkılan eski büyük kahvehaneye devam ettiğimiz gibi, Karaoğlan’da Hacı Bayram’a giderken şimdi Eczane olduğunu sandığım binada açılan Merkez Kahvehanesinde de oturu-yorduk. Birçok milletvekilleri, Ankara’nın münevverlerinden, memurlarından bir kısmı da oraya geliyordu; masalarda toplanıp sohbet edilirdi. Herkes yekdiğerine büyük bir yakınlık gösteriyordu, çok samimi bir hava mevcuttu. Milli Mücadeledeki kahramanlıklardan bahsediliyor, Türk Ordusunun sonsuz başarıları anlatılı-yordu. Bunları dinlerken büyük bir zevk ve heyecan duyuyorduk... Bakanlık on odalı bir evi, fakültenin ilk yatakhane olarak 4500 liraya kiraladı... Biz de Müs-tantik Mektebinden, yeni hazırlanan ve ayrılan yerlerimize yerleştik. Ancak ilk yılın 75 yatılı öğrencisi için yetersiz olduğundan, binanın avlusuna kerpiçten iki pav-yon yapıldı. Arkadaşlarımızın bir kısmı da biraz kışlayı andıran bu pavyonlara yerleştirildiler. Yağmur yağdığı zaman pavyonlardaki yatakların başına şemsiye-

kuk Fakültesi bugün, 115 öğretim elemanı, 2800 öğrencisi, 120.000 güncel kitabı bulunan kütüphanesi, kurgusal duruşma salonu, kendisi için yapılmış binaları, bilgisayar laboratuvarı, araştırma kitaplıkları, modernize edilmiş çalışma salonları, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü ile ülkemizin en büyük hukuk fakültesi haline gelmiştir.⁵⁸

Ankara Hukuk Fakültesi 83 yılda yetiştirdiği yaklaşık 35 bin mezunu ile devlet mekanizmasının her noktasında, cumhuriyetin müeyyidesi bir hukukçunun bulunmasını sağlamıştır. Bugün ise Mahmut Esat Bozkurt döneminin eseri ve temsilcisi olarak, Ankara Ruhuyla dimdik ayaktaadır.

KAYNAKLAR

- Akzambak, Mehmet, *Atatürk'ün Devrimci Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt*, İstanbul 2005, Kastaş Yayınevi.
- Arsel İlhan, *Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına*, İstanbul 1994.
- Atatürk Mustafa Kemal, *Söylev*, Dil Derneği, 2003.
- Atatürk ve Hukuk*, (Der.: Ender Tiftikçi, Mehmet Tiftikçi), Ankara 1999, Yargıtay Yayınları No: 27.
- Avcıoğlu, Doğan, *Milli Kurtuluş Tarihi*, C. 4., İstanbul 1983, Tekin Yayınevi.
- Aydemir, Şevket Süreyya, *Tek Adam*, C. 3, İstanbul 1969, 3. Bası, Remzi Kitabevi.
- Aydemir, Şevket Süreyya, *Suyu Arayan Adam*, İstanbul 2006, Remzi Kitabevi.
- Barkın, Ersan, "Ankara Hukuk Mektebi 79 Yaşında", *Güncel Hukuk*, Aralık 2004, Sayı: 12, 32-33.
- Beer Max, *Sosyalizmin ve Sosyal Mücadelelerin Tarihi*, Ankara 1941, May Yayınları.

ler açılır, herkes ıslanmamak için gerekli tedbirlere başvurur, buralarda yatan arkadaşların çok defa neşeli anlar geçirdiği görülürdü."

"...Öğrenci olduğumuz yıllarda İstiklal Mahkemesinin faaliyeti de devam ediyordu. Sabahleyin yataktan çıkıp da fakülte binasına giderken Ulus Meydanı'nda ve Karaoğlan'da göğsünde paftaları, sehpa da gecedan asılmış kimseleri görüyor ve içimizde bir ürperti hissediyorduk..." Oğuzoğlu, s. 7-8, 47.

⁵⁸ Ersan Barkın, "Ankara Hukuk Mektebi 79 Yaşında", *Güncel Hukuk*, Aralık 2004, Sayı: 12, s. 32-33.

- Bozkurt, Gülnihal, "Atatürk'ün Hukuk Alanında Getirdikleri", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, C. 8, Sayı: 22, s. 43-53.
- Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukukun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara 1996, Türk Tarih Kurumu Yayınları VII. Dizi- Sayı 164.
- Bozkurt, Mahmut Esat, *Atatürk İhtilali*, İstanbul 2003, Kaynak Yayınları.
- Ergun, Çağdaş Evrim, Türk Aydınlanma Hareketinde Hukuk Anlayışı, (www.mevzuatdergisi.com/yazarlar/cagdas-evrim-ergun.htm) 10.9.2006.
- Hirsch, Ernst E., *Anılarım*, TÜBİTAK Yayınları.
- Mumcu, Ahmet, *Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nden Ankara Hukuk Fakültesi'ne*, AÜHF Yayınları No: 416, AÜHF Kütüphanesi.
- Mumcu, Ahmet, *Türk Devriminin Gelişimi ve Temelleri*, Ankara 1971, AÜHF Yayınları No: 298.
- Oğuzoğlu, H. Cahit, *Ankara Hukuk Fakültesi'nin Kuruluş ve İlk Yılları*, Ankara 1966.
- Öztan, Bilge, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, Ankara 2002, 10. Bası, Turhan Kitabevi.
- Özturanlı, M. İskender, *Büyük Hukukçular*, Toplumsal Dönüşüm Yayınları.
- Üçok, C./Mumcu A./Bozkurt, G., *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara 2007.
- Tanilli, Server, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, C. III, İstanbul 2003, Adam Yayınları
- Tanyer, Turan, "Ankara Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşu ve Eski Binaları", *TBB Dergisi*, Sayı 51, Mart/Nisan 2004, s. 153-161.
- Tanyer, Turan, "Ankara Hukuk Mektebi'nde İlk Ders", *Güncel Hukuk*, Temmuz 2005, Sayı:19, s. 56-58.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 17.10.2007

E. 2007/21-664

K. 2007/745

* Maddi tazminat

* İş kazası nedeniyle iş göremezlik

* İktisadi devlet teşekküllerinin taraf olduğu işletme devir, birleştirme ve diğer intikal hallerinde pasiflerin devrinde devreden sorumluluğu

(818 sayılı BK m.141, 173, 174, 179, 180)

Taraflar arasındaki “*maddi tazminat*” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 14. İş Mahkemesi’nce davanın husumet nedeniyle reddine dair verilen 31.12.2004 gün ve 1218-1621 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 16.11.2006 gün ve 9139-12594 sayılı ilamı ile (... Dava, iş kazası sonucu sürekli iş göremezliğe maruz kalan işçinin uğramış olduğu maddi zararın giderilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili, 18.11.2003 tarihli dilekçe ile davacının davalı Türkiye Kömür İşletmeleri Genel Müdürlüğü’ne bağlı Çayırhan Linyit işletmesinde çalışırken 28.11.1993 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucu malul kaldığını beyan ederek maddi tazminatın ödetilmesini istemiştir.

Davalı Türkiye Kömür İşletmeleri Genel Müdürlüğü vekili, davanın 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmün-

de Kararname hükümlerine bağlı İktisadi Devlet Teşekkülü olduğunu, kazanın olduğu Çayırhan (Orta Anadolu Linyitleri) İşletmesi'nin Türkiye Elektrik Üretim, İletim AŞ (TEAŞ) Genel Müdürlüğü'ne bağlanmasına ilişkin Yüksek Planlama Kurulu kararı doğrultusunda TEAŞ Genel Müdürlüğü ile Türkiye Kömür İşletmeleri Genel Müdürlüğü arasında düzenlenen protokol ile Orta Anadolu Linyitleri İşletmesi Bölge Müdürlüğü'nün tüm personeli, varlıkları, hak ve vecibeleri ile TEAŞ Genel Müdürlüğü'ne 01.07.2000 tarihi itibarıyla (davadan önce) devredildiğini beyanla husumet nedeniyle davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, davadan önce işyerinin davalı tarafından 01.07.2000 tarihinde tüm aktifi ve pasifi ile birlikte TEAŞ Genel Müdürlüğü'ne devredildiği gerekçesiyle davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiştir. İktisadi Devlet Teşekkülleri 233 sayılı KHK'da saklı tutulan hususlar dışında "özel hukuk hükümlerine" tabidirler (233 sayılı KHK m. 4/2). Ne var ki, 233 sayılı KHK teşebbüs, müessese ve diğer birimlerin tasfiye ve devrini düzenlemiş, fakat sorumluluk yönünden özel bir hüküm getirmemiştir (233 sayılı KHK m. 38). Ayrıca, 233 sayılı KHK 4/2 hükmünde düzenlenen özel hukuk kurullarının uygulanması kuralı yanında iktisadi devlet teşekküllerinin taraf olduğu devir, dönüşüm ve benzeri intikal hallerinde Borçlar Kanunu'nun 179-180. maddeleri hükmünün uygulanması yargı inançları ve öğretide benimsenmiştir. Bu durum karşısında iktisadi devlet teşekküllerinin taraf olduğu devir, birleştirme ve diğer intikal hallerinde Borçlar Kanunu'nun 179-180. maddeleri hükmü uyarınca "devre konu pasifler yönünden" sorumluluğun doğacağına kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Borçlar Kanunu'nun m. 179-180 hükümleri buyurcu nitelikte olduğundan sorumluluk kaydı, sözleşme, devir statüsü veya idari bir tasarrufla hiçbir şekilde etkisiz ve uygulama dışı bırakılamaz. Bunun tamamen etkisiz bırakılması veya sınırlandırılması ancak bir yasayla mümkündür.

Gerçekten, bir mamelekin ve işletmenin devralınmasını düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine göre devir alan şirket, devir eden şirketin borçlarından ötürü sorumlu olduğu gibi iki yıl müddetle evvelki borçlu (devreden) dahi, yenisi (devralan) ile birlikte müteselsil sorumlu olur. Borçlar Kanunu'nun müteselsil borçlara ilişkin 141. maddesine göre teselsülün yasa hükmünden doğduğu halde kamu düzeni söz konusu olacağından tarafların iradeleriyle teselsülün ortadan kaldırılması hükümsüzdür. Bu nedenle söz konusu

müteselsil borç yasa hükmünden (Borçlar Kanunu m. 179'dan) doğduğundan, teselsülde kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz. Burada belirtilen sorumluluğun zamanı "*devir anıdır.*" Devrin fiilen gerçekleştiği tarihte doğmuş ve nedeni vücut bulmuş borçlar bu sorumluluğun kapsamında kalmaktadır. İşletmenin devirden önceki borcunun naklinin kural olarak alacaklıya karşı hüküm ifade etmesi Borçlar Kanunu'nun 173. ve 174. maddeleri gereğince alacaklının onanımına bağlı ise de, Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi bu kurala bir istisna getirmiş, alacaklının rızasına gerek görülmezsizin borcun devir alana intikal ettiği kabul edilmiştir.

Müteselsil borcun özelliği alacaklının müteselsil borçlulardan hepsinden veya birinden alacağın tamamını veya bir kısmını istemekte serbest oluşudur. Sözü edilen hukuki esaslara göre eski ve yeni borçlunun müteselsil sorumluluğu iki yıllık bir devre için kabul edilmiş olup, bu iki yıl (muaccel borçlar için) devrin, alacaklılara ihbarı ya da gazetelerde ilan tarihinden itibaren başlar (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.2001 gün ve E: 2001/21-1030, K:2001/1077; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 20.12.2005 gün ve E: 2005/13301, K:2005/13520 sayılı kararları).

Açıklanan bu yasal kurallar somut olayımıza uygulandığında, davacı, Türkiye Kömür işletmeleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı Çayırhan Linyit İşletmesi'nde çalışırken 28.11.1993 tarihinde iş kazası geçirmiş, Çayırhan Linyit İşletmesi 01.07.2000 tarihinde aktif ve pasifleri ile birlikte TEAŞ Genel Müdürlüğü'ne devrolmuş, söz konusu devir ilan edilmemiş ve dava 18.11.2003 tarihinde Türkiye Kömür İşletmeleri Genel Müdürlüğü aleyhine açılmıştır. Hal böyle olunca, ortada Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi hükmüne göre müteselsil bir borcun varlığı söz konusudur. Devreden Türkiye Kömür işletmeleri Genel Müdürlüğü, devralan TEAŞ Genel Müdürlüğü ile birlikte devrin ilanından itibaren iki yıl sürede müteselsilen sorumludur. Bu durumda, mahkemece, olay tarihinde işverenin Türkiye Kömür İşletmeleri Genel Müdürlüğü olduğu, tüzel kişiliğinin tamamen ortadan kalkmayıp sadece bir işletmesinin devredildiği, devrin ilanının ise yapılmadığı, davacının müteselsil borçlulardan biri veya diğeri aleyhine dava açmakta serbest olduğu gözetilerek, davalının işveren olarak sorumluluğunun irdelenmesi gerekirken, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları

kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Dava, iş kazası hukuksal nedenine dayalı maddi tazminat istemine ilişkindir. Yerel mahkemece; davalıya ait Orta Anadolu Linyitleri İşletmesinin 21.06.2000 tarihinde TEAŞ ve devamında EÜAŞ'a devredildiği, Borçlar Kanunu'nun 179. maddesi ile işletmenin devrinde devreden sorumluluğunun devirden itibaren 2 yıllık süreyle sınırlandırıldığı, bundan sonraki hak ve borçlara muhatap kılınmayacağı, bu davada artık devreden işveren konumundaki davalıdan hak talep edilmesinin mümkün olmayacağı belirtilerek, davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Yüksek Dairenin yukarıda yazılı bozma nedenlerine karşı Yerel mahkemece direnilmektedir.

Davanın yasal dayanağını oluşturan Borçlar Kanununun 179. maddesinde; malvarlığının veya işletmenin devri nedeniyle borçların kendiliğinden nakledilmiş sayılabilmesi için *"bunun alacaklılara ihbar veya ilanı"*nın gerektiği hükme bağlanmıştır.

İlan veya ihbar birlikte aranan koşullar olmayıp, herhangi birinin yerine getirilmesi ile bu koşul gerçekleşmiş olacaktır.

İhbar için yasada bir şekil öngörülmemiştir. Burada ihbarın amacı, malvarlığı ya da işletmenin devrinin ilgililere bildirilmesidir.

Kural olarak, ihbar veya ilandan itibaren iki yıl boyunca işletmeyi ya da malvarlığını devreden devralanla birlikte müteselsil borçlu olacaktır. İhbar, alacaklıya ulaşmak şartıyla hüküm ifade edecektir (Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.2001 gün ve 2001/21-1030 Esas, 1077 sayılı Kararı).

Somut uyuşmazlıkta, devrin ilan edilmediği belirgin olup, alacaklıya ihbar edildiği de kanıtlanabilmiş değildir.

Bu durumda, mahkemece, husumetin doğru yöneltildiğinin kabulü ile araştırma ve inceleme yapılması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Açıklanan nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. Maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine 17.10.2007 gününde bozmada oybirliği, sebebinde oyçokluğuyla karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 07.11.2007

E. 2007/5-805

K. 2007/826

* Kamulaştırmasız el atma
iddiasına dayalı tazminat

**"Sahiplenme amacıyla fiilen el
koyma şartı

Taraflar arasındaki "*Kamulaştırmasız el atma iddiasına dayalı tazminat*" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ümraniye Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 10.02.2006 gün ve 2003/1328 E., 2006/52 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 18.12.2006 gün ve 2006/12028-14243 sayılı ilamı ile; (...Dava, taşınmaz mala kamulaştırmasız el atma nedeniyle bedelinin alınması istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir. Dava konusu taşınmaza davalı idarece sahiplenmek kastıyla fiilen el atılmadığı kadastro parseli olan taşınmazın yapılan imar planında park ve yolda gösterilmesi nedeniyle dava açılmış olduğu, anlaşılma ile belirtilen nedenle davanın reddi yerine işin esasına girilerek kabulüne karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kamulaştırmaz el atma iddiasına dayalı tazminat isteminde ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkilinin tapuda kayden maliki bulunduğu 267 ada 1 parsel sayılı taşınmazın, imar planında kısmen otopark kısmen de park alanında gösterilmiş olması nedeniyle üzerinde inşaat yapılamadığını, taşınmaz üzerinde fiilen otopark ve çocuk parkı yapılmamasına karşın, imar durumu nedeniyle müvekkiline ait arsanın hiçbir bedel ödenmeden hukuken elinden alınmak suretiyle davalı idarece el konulduğunu ileri sürerek, dava ve ıslah dilekçelerinde toplam 62.500.00 YTL kamulaştırmaz el koyma karşılığının dava tarihinden itibaren yasal faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Ümraniye Belediye Başkanlığı vekili; dava konusu taşınmaz imar planında kısmen park ve kısmen otopark alanı olarak ayrılmış olup, taşınmaz üzerinde davalı idarece yapılan her hangi bir tesis bulunmadığını, dolayısıyla taşınmaza fiilen el konulmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, *"davalı belediyenin davacıya ait taşınmazı imar planında yol ve park alanı olarak ayırmak suretiyle davacının inşaat yapmasına ve diğer tüm tasarruflarına engel olduğu, hukuki el koyma niteliğinde bulunan bu işlemin de kamulaştırmaz el koyma niteliğinde bulunduğu"* gerekçesiyle ve kamulaştırmaz el atmanın varlığını benimsemek suretiyle verdiği *"davanın kabulüne"* dair karar, Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçeyle bozulmuş;

Yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, tapuda davacı adına kayıtlı bulunan 267 ada, 1 parsel sayılı taşınmazın olduğu gibi bırakılan kadastro parseli niteliğinde bulunduğu ve 1/1000 ölçekli Aşağı-Yukarı Dudullu İslah İmar Planına göre kısmen park kısmen de yol alanında gösterildiği; mahkemece, fiili durumu boş arsa konumunda olan dava konusu taşınmazda, imar planında belirtilen park veya yol ile ilgili herhangi bir düzenlemenin yapılmadığının keşfen tespit edildiği anlaşılmıştır.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; kadastral parsel niteliğindeki dava konusu taşınmaza davalı idarece fiilen el atılmamış olması karşısında, salt imar planında park ve yol alanı olarak ayrılmış olması nedeniyle kamulaştırmatsız el koyma olgusunun varlığının kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

16.5.1956 gün, 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği üzere, usulü dairesinde verilmiş bir kamulaştırma kararı olmadan ve bedeli ödenmeden taşınmazına el konulan kimse, ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine el atmanın önlenmesi davası açabileceği gibi, değer karşılığının verilmesini de isteyebilir.

Kamulaştırmatsız el atma halinde kamu kurumu, Kamulaştırma Kanununa uygun hareket etmeden, ferdin malını elinden almış olması sebebiyle kanunsuz bir harekette bulunmuş durumdadır. Bu bakımdan dava, mülkiyete tecavüzün önlenmesi veya haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tazmini davasıdır (1 1.2.1959 gün, E: 1958/17, K: 1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesinden).

Uyuşmazlığın sağlıklı bir çözüme kavuşturulabilmesi için bu noktada öncelikle “*Kamulaştırmatsız el koyma*” kavramının açıklanmasında yarar vardır.

Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar ve onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazı üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idare taşınmaz mala kamulaştırmatsız el koymuş sayılır (Ali Arcak, *Kamulaştırmatsız Elkoyma ve Yeni Hükümler*, Ankara, 1987, s. 23).

Dolayısıyla bir taşınmaza kamulaştırmatsız el atıldığından söz edilebilmesi için, öncelikle idarenin o taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması şarttır.

Eş söyleyişle idare; el koyma eylemini, o taşınmazı sahiplenme amaç ve kastı ile yapmış olmalıdır. Fiilen el koyma eylemi bulunan durumlarda dahi; el koyma açıklanan nitelikte değil ve sadece geçici bir kullanım söz konusu ise, kamulaştırmatsız el koyma olgusu mevcut değildir. Bundan dolayı malikin bir zararı oluşsa bile, taşınmaz bedelinin istenilmesine hukuken olanak yoktur. Böyle bir durum, sadece ve

ancak, uğranılan zararın tazminini başka hukuksal yol ve kavramlara dayalı olarak isteme olanağı verebilir.

Önemle vurgulanmalıdır ki; kamulaştırmasız el koyma hükümlerinin uygulanması, mal sahibinin kullanımına engel olma ve taşınmaz malın elinden alınması anlamını taşıdığına göre; taşınmaz, mal sahibinin elinde bulunduğu ve kullanma hakkına sahip olduğu sürece, mal sahibi idareden değer karşılığının verilmesini isteyemez.

Bu noktada; tapu kaydına kamulaştırma şerhi konulmasının veya 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu uyarınca taşınmazın ikinci derece askeri güvenlik bölgesine alınarak tapuya şerh verilmesinin ya da imar uygulaması sonucu taşınmazın yol, yeşil alan gibi kamu hizmetlerine ayrılması ve fiili imar uygulaması yapılmadan taşınmazın imar planında yol, yeşil alan olarak gösterilmesi nedeniyle üzerinde yapı yapılmasının yasaklanmasının, kamulaştırmasız el koyma niteliğinde bulunmadığı her türlü duraksamadan uzaktır.

Burada, kanun hükümleri ile taşınmazın belli şekillerde kullanılması kısıtlanmakta ise de; böyle bir sonuca ulaşılmasını gerekli kılan neden, taşınmazın halen mal sahibinin tapulu mülkü olması ve fiilen kullanma hakkına sahip bulunmasıdır. Bu haliyle, 11.2.1959 gün E: 1958/17 K:1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında ifade edilen, mülkiyete yapılmış bir tecavüz ya da haksız fiilden söz edilmesi de olanaklı değildir.

Kısaca; idare, mal sahibinin tasarrufuna sürekli engel olmadığı ve taşınmaz mala sahiplenme kastıyla fiilen el koymadığı sürece idare aleyhine bu dava açılmaz.

Bu nedenledir ki, ister uygulama görmüş imar parseli, isterse olduğu gibi bırakılan kadastro parseli olsun, idarece fiilen el atılmadan bir taşınmazın imar planında yeşil saha, oyun alanı, park yeri olarak gösterilmesi veya ortasından bir yol geçirilmiş bulunması mal sahibine dava hakkı vermez.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.4.2003 gün, E: 2003/5-281 K: 2003/284; sayılı kararında da aynı görüş benimsenmiş; özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 31.10.2007 gün ve E: 2007/5-718 K: 2007/805 sayılı kararında, imar uygulaması sonucu oluşan imar parselinin dahi, fiili el atmanın bulunmaması nedeniyle, salt

imar planında oyun alanı olarak gösterilmesinin kamulaştırmasız el koyma niteliğinde bulunmadığı kabul edilmiştir.

Tüm açıklamalar ışığında somut durum değerlendirildiğinde;

Mahkemece alınan fen bilirkişi raporunda, dava konusu 267 ada 1 parsel sayılı taşınmazın fiili durumunun boş arsa olduğu, planlarda belirtilen park veya yol ile ilgili herhangi bir düzenlemenin yapılmadığı ifade edilmiştir.

Tapuda halen davacı adına kayıtlı bulunan ve imar planında kısmen park ve kısmen yol alanında gösterilen 167 ada, 1 numaralı parselin bulunduğu alanda, davalı Belediyece ne 2981/3290/3366 sayılı Yasalara göre, ne de 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesine göre bir plan uygulamasının yapılmadığı; taşınmazın davacının elinde bulunduğu ve mevcut haliyle arsa niteliği ile kiraya verme ve başka şekillerde tasarruf edebileceği anlaşıldığından, davacının kullanımının davalı idarece sahiplenme kastıyla ve sürekli şekilde fiilen engellenmediği açıktır.

Esasen, davacıya ait tapulu yerin, salt imar planında park ve yol alanı olarak ayrılmış olması, mülkiyet hakkının sona erdiğinin kabulüne yetmez.

Bu husus, mal sahibine taşınmaz bedelini talep hakkı vermeyeceğinden, direnme kararında sözü edilen hukuki el atmanın varlığından bahisle kamulaştırmasız el koyma hükümlerinin uygulanması olanaklı değildir. Kamulaştırmasız el koyma hükümleri ancak, idarece mal sahibinin malının elinden alınması durumunda uygulanacaktır.

Şu da eklenmelidir ki, kamulaştırmasız el koymanın varlığı için, imar planında yol yeşil alan gibi kamu hizmetine ayrılan imar parseline dahi idarece fiilen el atılması ve mal sahibinin tasarrufunun fiilen engellenmesi koşulu aranmakta olup, taşınmazın salt imar durumu kamulaştırmasız el koyma olgusunun kabulü için yeterli bulunmadığına göre; olduğu gibi bırakılan kadastro parseli niteliğinde olan dava konusu taşınmaz yönünden, böyle bir durumda fiili el koymanın varlığının ve davacının tasarrufunun idarece fiilen engellenip engellenmediğine ilişkin unsurların evleviyetle bulunması gerekli ve zorunludur.

Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca; davalı idarenin, dava konusu 167 ada, 1 parsel sayılı taşınmaza fiilen el atmadığı, taşınmazı elinde bulunduran tapu maliki davacıyı tasarruftan men etmediği, imar pla-

nında park ve yol alanında gösterilmiş olsa dahi bu amaca yönelik olarak taşınmazda fiilen düzenleme yapıp kamu hizmetine tahsis etmediği, bu nedenle kamulaştırmasız el atma olgusundan söz etme olanağı bulunmadığı böylelikle bu durumun mülkiyet hakkı sahibi davacıya bir dava hakkı vermeyeceği sonucuna varılmıştır.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, kamulaştırmasız el koyma hükümlerinin uygulanması olanağı bulunmayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, aksi düşünceyle direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma ilamında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 07.11.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 28.11.2007
E. 2007/11-852
K. 2007/892

- * **Teminat mektubu nedeniyle alacak davası**
- * **İlk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektupları**
- * **Teminat mektubunda yazılı riskin yorum yoluyla değiştirilemeyeceği ve genişletilemeyeceği**
(1086 sayılı HUMK m. 118)

Taraflar arasındaki "teminat mektubu nedeniyle alacak" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul 5.Asliye Ticaret Mahkemesi'nce davanın kabulüne dair verilen 2.3.2006 gün ve 2002/6-2006/87 E K sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 13.7.2007 gün ve 5589-8345 sayılı ilamı ile (...Davacı vekili, müvekkilinin dava dışı M. Holding AŞ ile 19.03.1998 tarihinde muhtelif sözleşmeler imzaladığını ve ödediği 65.000.000 DM. tutarındaki bedel karşılığında K.'nin hisselelerinin %25,17'sini iktisap ettiğini, sözleşme hükümleri gereğince, M.

Holding AŞ'nin sözleşmelerden doğan yükümlülüklerim teminat altına almak amacıyla bir banka garantisi vermeyi taahhüt ettiğim, banka garantisinin 30.04.2001 ile 31.07.2001 tarihleri arasında talep edilebileceğini, banka garantisinin paraya çevrilmesi konusunda müvekkilince davalı bankaya gönderilen 15.05.2001 ve 17.05.2001 tarihli ihtarnamelere olumlu cevap alınmadığını, oysaki müvekkili talebinin, teminat mektup metninde öngörülen süre ve şekil şartlarına uygun olduğunu ileri sürerek, şimdilik 25.000.000 DM'nin ihtarname tarihinden itibaren faiziyle birlikte aynen, olmadığı takdirde fiili ödeme tarihindeki TL karşılığının tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili banka tarafından M. Holding AŞ lehine ve S. Holding G.'ye hitaben düzenlenen 19.03.1998 tarihli banka teminat mektubu ile M. Holding AŞ'nin K. Gıda San. ve Tic. AŞ'nin idari ve örgütsel yönetime katılması ile ilgili yükümlülüklerinin garanti edildiğini, M. Holding AŞ ile O. M. tarafından İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde 2001/916 Esas numarası ile dava konusu teminat mektubunun hükümsüzlüğünün tespiti ve iptali istemi ile açtıkları davanın derdest olduğunu, öte yandan aynı kişilerin Kadıköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nden 2001/119 D. iş numarası ile aldığı ihtiyati tedbir kararı ile teminat mektubunun nakde çevrilmesinin dava sonuna kadar ertelendiğini, tedbir kararının da müvekkili bankaya tebliğ edildiğini, tedbir kararının tebliğinden sonra davacının teminat mektubunu nakde çevrilmesi istemi ile müvekkili bankaya müracaat ettiğini, muhatabın tazmin talebinde bulunabilmesi için riskin doğmuş olması gerektiğini, garanti kapsamı dışında kalan riskten dolayı tazmin istenemeyeceğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporları ve dosya kapsamına göre, davalı banka tarafından düzenlenen 19.03.1998 tarihli davacı lehine düzenlenmiş 25.000.000 DM tutarlı teminat mektubu incelendiğinde, bankanın M. Holding AŞ ile davacı şirket arasındaki sözleşmeden bilgilendirildiği, M. Holding AŞ'nin K.'nin idari ve organizasyonel yönetimine katılım ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirme teminatı olarak mektubun verildiği, ödeme talebinin alınması üzerine ilk yazılı talep halinde 25.000.000 DM Tutarın ödenmesinin protesto veya mahkemece kararı ya da M. Holding AŞ'nin rızasına gerek olmadan şartsız ve geri dönülmez biçimde taahhüt edildiği, davacının ödeme talebinde bulunduğu 30.04.2001 tarihinden önce 27.04.2001 tarihinde Kadıköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nden verilen tedbir kararının bulun-

duğu, davalı bankanın da mahkeme kararına uymak durumunda kaldığı, ancak bankanın da taraf olduğu, teminat mektubunun iptali istemi ile açılan davanın 20.05.2002 tarihinde reddedildiği, tedbirin devamına ilişkin bir karar verilmediğinden HUMK'nın 118. maddesi gereğince tedbir kararının mürtefi olduğu, bu tarih itibariyle davalı bankanın teminat mektup bedelini ödeme yükümlülüğünün doğduğu, riskin sadece yönetim ve organizasyona şeklen katılmayı değil, taraflar arasında kararlaştırılan süre sonunda belli bir kârlılığa ulaşılamama rizikosunu da kapsadığı, nitekim Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nin 11585 numaralı kararında da *"tarafların K. hissedarlar sözleşmesinin 5 numaralı ekinde sözü geçen banka teminatını başkası ile değiştirmediği..."* denildiği, sözleşmeye ilişkin uyumsuzlukta tahkimde açılan davanın da davacı lehine sonuçlandığı gereğesiyle, 25.000.000 DM'nin aynen veya fiile ödeme tarihindeki TL. karşılığının 20.05.2002 tarihinden itibaren faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, davalı bankaca düzenlenen teminat mektubu bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Davacı ile dava dışı M. Holding AŞ ve bazı ortakları arasında K. AŞ hisse senetlerinin davacıya devri konusunda sözleşme imzalanmıştır. Sözleşme sonrasında davalı Garanti Bankası AŞ'nin Lüksemburg Şubesi 19.03.1998 tarih ve 983012 referans numarası ile *"M. Holding AŞ'nin (M. Holding) ortağı olduğu K. Gıda Sanayi ve Ticaret AŞ'nin (K.) %25,17'lik hissesini satın alarak söz konusu şirkete iştirak etmeye hazırlandığınızı ve % 60'lık kısmı size ait bir şirket kurmaya hazırlandığınızı öğrenmiş bulunmaktayız. K.'nin idaresi ve organizasyonunda rol almak üzere M. Holding'in yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin teminatı olarak banka tarafından bir garanti verilecektir. Herhangi bir protesto çekmeye veya mahkeme kararı almaya veya M. Holding'in rızasını istemeye gerek kalmaksızın K.'nin idaresi ve organizasyonunda M. Holding'in yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediğini ifade eden, tarafınıza ait ve usulüne uygun olarak imzalanmış ödeme talebinizin tarafımızdan alınması üzerine 25.000.000,00 DEM tutarına kadar bir meblağ ile yazılı talebinizde size ödemeyi gayri kabili rücu olarak ve kayıtsız şartsız kabul ederiz."* metnini içeren, muhatabı davacı olan teminat mektubunu düzenlemiştir.

Davalı banka tarafından düzenlenen teminat mektubu, ilk talepte ödeme kaydını havi nitelikte bir mektuptur. İlk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, muhatabın talebi üzeri-

ne herhangi bir itiraza mahal vermeden ve muhataptan teminat mektubuna dayanarak talepte bulunma hakkının olduğunu ispat etmesine gerek kalmadan ödeme yapmayı taahhüt etmektedir. Kural olarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, yalnızca şekli manada inceleme yapma yetkisini haiz olup, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma hak ve yetkisini haiz değildir. Bu sebeple de ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarının esas itibarıyla muhatap lehine olduğu kabul edilmektedir. Bu kuralın iki önemli istisnası bulunmaktadır. Birincisi, banka, teminat mektubu sözleşmesinin tarafı sıfatıyla kendisine ait olan defileri ileri sürerek ödemedi kaçınabilecektir. İkinci istisna da, lehdarın mahkemelerden ihtiyati tedbir kararı alarak, bankanın ilk talepte ödeme kaydını havi teminat mektuplarının ödenmesine engel olabilmesi halidir. Öte yandan, muhatapın talebinin haksız olduğunu, dürüstlük kuralı ile (MK m. 2) bağdaşmadığını kesin olarak bilen bankanın “ilk talepte” kaydına rağmen muhataba ödeme yapmaktan kaçınabilmesi gerekir. İlk talepte ödeme kaydını havi banka garantilerinde banka, lehdarın her uyarısını değil, likit delillere dayanan uyarısını dikkate almak zorundadır. Örneğin, lehtar, asıl ilişkiden doğan borcunu ödediğini ispat eden belgeleri bankaya ulaştırmış ve bankadan teminat mektubunun serbest bırakılmasını istemiş ve bu arada muhatap teminat mektubunu iade etmek yerine bankadan ödeme talebinde bulunmuş ise, banka ödemeden kaçınmalıdır. Çünkü bu halde teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmediği, dolayısıyla da yapılan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu aşikardır. Hukuk düzenleri de hakkın kötüye kullanılmasını korumazlar (Doç. Dr. Vahit Doğan, *Banka Teminat Mektupları*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2002, s. 52- 55,182-183).

Ayrıca, lehtar ile muhatap arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin de teminat mektubu bakımından bir önemi yoktur. Lehtar ile muhatap arasında bulunan sözleşmede teminat mektubunun verilmesine dair yazılı riskin, teminat mektubunda gösterilmemesi halinde banka, teminat mektubunda yazılı olmayan riskin gerçekleştiğinin ileri sürülmesi halinde ödemedi kaçınmak durumundadır. Başka bir ifade ile teminat mektubunda yazılı risk değiştirilemez ve genişletilemez.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında dava konusu olaya dönülecek olursa; Dava konusu teminat mektubunun lehdarı olan M. Holding AŞ, Kadıköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2001/1119 D. İş numara-

rası ile “*teminat mektubunun ödenmemesi*” yönünde 27.04.2001 tarihinde ihtiyati tedbir kararı almış ve mektup bedelinin ödenmesi istemli 30.04.2001 tarihli davacı başvurusuna karşı davalı bankanın olumsuz yanıt vermesi üzerine işbu dava açılmıştır. M. Holding AŞ tarafından İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi’nde 2001/916 Esas numarası ile açılan davaya verdiği 22.06.2001 ve 25.06.2001 tarihli dilekçelerle davacı vekili itiraz ederek, tedbir kararının kaldırılmasını istemiştir. İtiraz dilekçelerinde davacı vekili; teminat mektubunun, K. firmasının 1998-2000 yılları arasındaki vergi ve faiz öncesi toplam (kü-mülatif) işletme karının (“EB1T”) 66 Milyon Alman Markı seviyesine ulaşmaması halinde, M. Holding’in S. Holding’e ödeyeceği bedeli garanti etmek amacına matuf olduğu, M. Holding tarafından taahhüt edilen en az 66 Milyon Markı olması gereken işletme karının da 3.843.861 Alman Markı seviyesinde kaldığı, bu itibarla taraflar arasındaki hissedarlık sözleşmesinin (V) numaralı eki ile M. Holding tarafından taahhüt edilen kârlılık rakamlarına ulaşmadığı için teminat mektubu ile garanti altına alınan bedelin ödenmesi zorunluluğunun ortaya çıktığını iddia etmiştir. Başka bir deyişle davacı vekili, davalı banka tarafından teminat altına alınan riskin, M. Holding tarafından taahhüt edilen kâr olduğunu belirtmiş ve bu karın elde edilememesi nedeniyle riskin gerçekleştiğini ileri sürmüştür. Oysa davalı banka tarafından düzenlenen teminat mektubunda bankanın garanti altına aldığı risk, K.’nin idaresi ve organizasyonunda M. Holding’in yükümlülüklerim gereği gibi yerine getirmemesi olup, K.’nin belli bir dönemde, belli bir kârlılığa ulaşmaması değildir. Her ne kadar teminat mektubunun muhatabı olan S. Holding G., teminat mektup bedelinin ödenmesi istemi ile davalı bankaya ilk müracaatında K.’nin idaresi ve organizasyonunda M. Holding’in yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediğini ileri sürmüş ise de, yukarıda belirtilen ihtiyati tedbir kararına itiraz dilekçelerinde, gerçekleşen risk olarak, belli miktarda kârlılığa ulaşılamamasını göstermiştir. Davalı banka tarafından düzenlenen dava konusu teminat mektubunda ise, bu risk garanti altına alınmış değildir. Ayrıca, muhatap ile lehdarın taraf olduğu ancak, davalı bankanın taraf olmadığı Hakemde açılan davada verilen kararda yer alan gerekçeler de, işbu davada banka açısından bağlayıcı olamaz. Teminat mektubunda yazılı riskten dolayı değil de, mektup ile bankanın garanti altına almayı taahhüt etmediği bir riskten dolayı mektubun paraya çevrilmesi istendiği hususu, davacı muhatapın dilekçeleri ile, yani likit delil-

lerle kanıtlanmış bulunmaktadır. Mahkemece bu gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın kısmen kabulü doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yemden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; teminat mektubunda yazılı riskin yorum yoluyla değiştirilemeyeceği ve genişletilemeyeceği hususunun açık bulunmasına, teminat mektubunda daha önce lehdar ile muhatap arasında düzenlenen sözleşmeye açık yada örtülü bir atıf bulunmamasına, uyuşmazlık konusu teminat mektubunda garanti altına alınan riskin belirli bir konu ile sınırlı bulunmasına, teminat mektubunda belirtilen tarihlerin bu mektupla garanti edilen K.'nin idaresi ve organizasyonunda M. Holding'in yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmesi için tarafların takdirine göre konulmuş bir süre olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmasına, davacı tarafın gerek ihtiyati tedbirin kaldırılması talepli dosyada, gerekse görülmekte olan dosyanın değişik aşamalarında teminat mektubunun amacının ve dolayısıyla ödeme taleplerinin dayanağının umulan kâr garantisinin yerine getirilmemesi ile ilgili olduğunun açıklanması ve dolayısıyla bu hususun likit (kesin) delillerle ispatlanmış sayılmasına, bu durumda davacının teminat mektubunda ve ödeme talebinde amaçladığı riski garanti etmeyen davalı bankanın ödeme talebini reddetmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Davalı ve fer'i müdahil vekillerinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince

bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harçlarının geri verilmesine, 28.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 23.05.2007

E. 2007/11-307

K. 2007/292

* Geç taşıma nedeniyle
tazminat davası

* Kargo göndericisinin gönderinin
içeriğini bildirme zorunluluğu

* Taşıma sözleşmesinde taşıma
süresinin belirtilmemiş olması halı
(6762 sayılı TTK m. 766, 780/1,
786/2)

Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Elazığ Sulh Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 05.05.2005 gün ve 2005/144 E. 2005/970 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 10.07.2006 gün ve 2005/8110 E. 2006/819 K. sayılı ilamı ile (...Davacı vekili, müvekkilinin özel üniversitenin I ne sınıfında iken devlet üniversitesinin 2. sınıfına yatay geçiş başvuru belgelerini tamamlayarak davalı kargo şirketine 03.09.2004 günü teslim ettiğini, 3 gün yerine 25 gün sonra teslim edilmesi nedeniyle, başvuru süresi geçirildiğinden yatay geçişin gerçekleşmediğini, belgeler süresinde yetişseydi I. sırada kabul edilecek olduğunu, ertesi yıl bu hakkı kazanıp kazanamayacağını belli olmadığını, 3 yıl daha özel üniversiteye 12.690 USD ödeme yapması gerekeceğini ileri sürerek, şimdilik bir yıllık ücretin bir kısmı olan 1.612 YTL tazminatın tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, sözleşmeye ve TTK'nun 786. maddesine göre, davanın gönderinin mahiyetini bildirmesi gerektiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, dosya kapsamına ve toplanan kanıtlara göre, davanın gönderi içeriğini TTK'nun 786/2. maddesi uyarınca bildirmesi gerektiği, zararın gelecekteki masraflara göre değil, taşınan eşyanın muhtevasına göre tayin olunacağına ilişkin sözleşmede hüküm bulun-

duğu, şart ve ihtimallere bağlı zararların istenemeyeceği, sözleşmede taşıma süresi yok ise de halin icabına uygun sürede taşıma yapmayan davalının kısmen kusurlu olduğu, sözleşmeye göre, zararın, taşıma ücreti ile sınırlı olacağı, buna göre davalının 3.42 YTL ödemesi gerektiği gerekçeleriyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1. Dava, geç taşıma nedeniyle doğduğu iddia edilen zararın tazmini istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın, TTK'nın geç taşımaya ilişkin 780/1. maddesi hükmü çerçevesinde ele alınması, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, aynı Kanun'un hasar ve ziya ilişkin 786/2 ne maddesine ve aynı Kanun'un taşıyıcının sorumluluğunun kaldırılmasına ya da hafifletilmesine ilişkin şartların hükümsüzlüğünü öngören 766. maddesi hükmüne aykırı olarak düzenlenmiş bir bölüm sözleşme hükümlerine dayalı olarak uyuşmazlığın ele alınması sonucu yazılı gerekçelerle davacı tazminat isteminin kısmen kabulü eksik incelemeye dayalı olup, hükmün davacı yararına bozulması gerekmiştir.

2. Bozma neden ve şekline göre, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

3. Hüküm tarihinde yürürlükte olan Tarife'nin 12. maddesi uyarınca, mahkemece, 175.000.000- TL vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, anılan madde hükmünde yazılı sınırın altında vekalet ücretine hükmedilmesi, kabul şekli bakımından da doğru olmamıştır...) 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 görüşüldü:

Dava, geç taşıma nedeniyle doğduğu iddia edilen zararın tazmini istemine ilişkindir.

Davacı vekili; Özel bir üniversitenin birinci sınıfını başarıyla bitiren müvekkilinin, Devlet üniversitesinin ikinci sınıfına yatay geçiş için

başvuru belgelerini tamamlayarak davalı kargo şirketinin Elazığ şubesine 03.09.2004 tarihinde teslim ettiğini; davalının başvuru belgelerini 3 gün yerine 25 gün sonra teslim etmesi nedeniyle, başvuru süresi geçirilmiş olduğundan, müvekkilinin devlet üniversitesinde ikinci sınıfa yatay geçiş talebinin kabul edilmediğini; belgeler süresinde teslim edilseydi, müvekkilinin ikinci sınıfa yatay geçiş müracaatının birinci sırada kabul edileceğini; parasız devlet üniversitesine yatay geçiş hakkını davalı taşıma şirketinin kusuru nedeniyle kaybeden müvekkilinin yeniden aynı başarıyı göstererek ertesi yıl yatay geçiş hakkını kazanıp kazanmayacağını şüpheli olduğunu; özel üniversiteye 4230 USD ödemek zorunda olan müvekkilinin, davalının kusuru nedeniyle üç yıllık öğrenim gideri tutarı olan 12690 USD zarara uğradığını; ancak müvekkilinin gelecek yıl tekrar parasız bir devlet okuluna geçiş yapma imkanı halen bulunduğundan, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak koşuluyla bir yıllık ücretin bir kısmını talep ettiklerini ileri sürerek, 1.612,00 YTL tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek reeskont faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı A. Kargo Yurtiçi ve Yurtdışı Taşımacılık AŞ vekili; sözleşme gereğince davacının göndereceği kargonun mahiyetini bildirme yükümlülüğünü yerine getirmediğini, bu nedenle müvekkilinin TTK'nın 786. maddesine göre sorumluluğunun bulunmadığını, bir an için kargonun süresinde iletilmediği kabul edilse dahi, davacının özel üniversiteye ödemesi gereken üç yıllık eğitim masraflarını müvekkilinden talep edemeyeceğini savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin; *“davacının TTK'nın 786/2.maddesi uyarınca gönderi içeriğini bildirmesi gerektiği halde, bu gereği yerine getirmediği; sözleşmede zararın, gelecekteki masraflara göre değil, taşınar eşyanın muhtevasına göre tayin olunacağına dair hüküm bulunduğundan, şart ve ihtimallere bağlı zararın dava konusu yapılamayacağı; sözleşmede taşınmanın kaç günde yapılacağı kararlaştırılmamış ise de, halin icabına uygun sürede taşıma yapmayan davalının kısmen kusurlu bulunduğu; bu itibarla tazminat miktarının, taşıma ücreti ile sınırlı olduğunun anlaşıldığı”* gerekçesiyle *“davanın kısmen kabulü ile 3.42 YTL'nin davalıdan tahsiline”* dair verdiği karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'ndaki görüşmeler sırasında, dava dilekçesinde 1.612,00 YTL tazminatın davalıdan tahsili talep edilmiş olmasına karşın, davacının fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmuş olması nedeniyle, müddeabihin miktarına göre davanın Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmesi gerektiği yolunda görüş bildirilmiş ise de; davacı vekilinin, *"müvekkilinin gelecek yıl tekrar başarılı olma ve parasız bir devlet okuluna geçiş yapma imkanının halen bulunduğunu"* bildirerek, *"1 yıllık ücretin bir kısmını talep ettiklerini"* belirtmesi ve saklı tutulan miktarın da bu yöne ilişkin olması karşısında, dava konusu edilen miktarın, 5.000,00 TL'yi geçmemesi nedeniyle davaya bakma görevinin sulh hukuk mahkemesine ait olması nedeniyle, çoğunlukça bu görüş benimsenmemiş ve işin esası incelenmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; özel üniversitede okuyan davacının birinci sınıfı bitirdikten sonra, devlet üniversitesi olan Harran Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi ikinci sınıfına yatay geçiş yapmak amacıyla tamamladığı belgelere ilişkin gönderiyi, davalı şirketin Elazığ Şubesi'ne 3.9.2004 tarihinde teslim ettiği; gönderinin, 6.9.2004 başvuru tarihinden sonra, 28.9.2004 tarihinde Harran Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi'ne ulaştırılmış olması nedeniyle davacının yatay geçiş başvurusunun kabul edilmediği; fatura arkasında yazılı sözleşmede taşıma süresinin kararlaştırılmadığı ve gönderi içeriği gönderen tarafından kanıtlanamadığı takdirde tazminat miktarının taşıma ücretiyle sınırlı olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasındaki uyuşmazlık; taraflar arasındaki çekişmenin, Türk Ticaret Kanunu'nun geç taşımaya ilişkin 780/1. maddesi hükmü çerçevesinde mi, yoksa aynı Kanun'un hasar ve ziya ilişkin 786/2. maddesi ile sözleşme hükümleri çerçevesinde mi ele alınarak çözümlenmesi gerektiği; bu bağlamda davalı Şirketin, gecikmeden doğan zarar ve ziyandan mı yoksa salt taşıma ücretinden mi sorumlu tutulması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki; Türk Ticaret Kanunu'nun, *"Mesuliyetin kaldırılmasına veya hafifletilmesine ait şartların hükümsüzlüğü"* başlığını taşıyan 766. maddesinde, *"Taşıma akdinde kanunun taşıyıcıya ve hususiyetle faaliyetleri Devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mesuliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür"* denilmek suretiyle, sözleşmede taşıyıcının sorumluluğunun kaldırılması veya hafifletilmesi yasaklanmıştır.

Anılan madde, sorumluluğun kaldırılması ve hafifletilmesi bakımından buyurucu bir hükümdür. Dolayısıyla, taşıma sözleşmesinde aksine öngörülen bir şart, taraflar yönünden geçersizdir.

O halde, somut olayda, davacının davalı Şirketten aldığı fatura arkasında yazılı, "...*tazminat miktarının, her halükarda taşıma ücretiyle sınırlı olduğuna...*" ilişkin kaydın hükümsüz olduğu her türlü duraksamadan uzaktır.

Bu noktada doğru bir sonuca varılabilmesi için, somut olaya hangi hukuk kuralının uygulanacağını tespiti önemlidir.

Türk Ticaret Kanunu'nun "*Ziya ve hasarlardan dolayı mesuliyet*" ana başlığı altında düzenlenen 781. maddesinde, taşıyıcının, eşyanın kendisine teslim edildiği tarihten gönderilene teslim olunduğu tarihe kadar geçen süre içinde uğradığı ziyan ve hasardan sorumlu olacağı öngörülmüş; 786. maddesinin birinci fıkrasında, nitelik ve değerleri beyan edilmeksizin taşıyıcıya teslim olunan eşyanın ziyamdan doğacak tazminatın her olayda halin gereğine göre tayin olunacağı hükme bağlanmış; direnme kararında sözü edilen, aynı 786. maddenin ikinci fıkrasında ise, taşıyıcının, kendisine teslim olunurken beyan edilmemiş olan kıymetli eşya, para, kıymetli evrak ve diğer vesikaların hasar ve ziyamdan sorumlu bulunmadığı belirtilmiştir.

Maddede sözü edilen kıymetli eşya olarak vazo, tablo, antika eşya, altın, gümüş, mücevher ve benzeri eşyalar ile kıymetli evrak olarak pay senetleri, tahvil, hazine bonoları, poliçe, bono, çek, pul vesaire olup, diğer vesikalar ile de; harita, plan, krokilerin anlaşılması gerektiği kuşkusuzdur (Dr. Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara, 1982, s. 129 vd).

Görüldüğü gibi, Türk Ticaret Kanunu'nun 781 ve devamı maddelerinde öngörülen tazminat, taşımaya ilişkin ziya ve hasarla ilgili olup; taşıyıcının sorumluluğunun kaldırılmasına ilişkin 786. maddenin ikinci fıkrası, az yukarıda açıklanan nitelikteki yükün cins, özellik ve değerinin bildirilmemesi halinde uygulanacaktır.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, taşınan eşyada ziya ve hasar oluşmasından kaynaklanmamaktadır. Davacı taşıtan, hasar ve ziyam dışında, taşımanın geç yapılmasından dolayı uğradığı zararın tazminini talep ettiğine göre; uyuşmazlığın, ziya ve hasara ilişkin 786. maddenin ikinci fıkrası kapsamında ele alınarak çözümlenmesi olanaklı değildir.

Hemen ifade etmek gerekir ki; geç taşıma nedeniyle taşıyıcının sorumluluğu, Türk Ticaret Kanunu'nun 779 ve 780. maddelerinde düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 779. maddesi; taşıma süresinin sözleşme ile taraflarca tayin edilebileceğini, sözleşmede bu yolda hüküm bulunmayan hallerde sürenin ticari teamüle göre tespit edilmesi gerektiğini, böyle bir teamülün bulunmadığı durumlarda ise, halin icabına göre, uygun görülen bir süre içinde taşımanın yapılması gerektiğini hükme bağlayarak; taşıma süresini taşıyıcının keyfi davranışına bırakmamış ve taşıma işinin ticari hayatın gerektirdiği sürat ve uygun bir süre içinde yapılmasını öngörmüş bulunmaktadır.

Bu maddeyi izleyen 780/1. maddesinde ise, anılan maddeye yollama yapılarak gecikme halinde taşıma ücretinin oranlama yolu ile indirileceği hükme bağlandıktan sonra, sözleşme ile saptanan sürenin iki mislini aşan bir gecikme halinde ise, taşıma ücretinin tamamı düşmekle beraber, taşıyıcının bu yüzden doğan zarar ve ziyandan sorumlu tutulması gerektiği benimsenmiştir.

Burada; somut olayda olduğu gibi, taşıma süresi sözleşmede gösterilmemiş ise; taşıtanın gecikmeden doğan zarar ve zıyanını anılan madde çerçevesinde isteyip isteyemeyeceği belirlenmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 780/1. maddesinin lafzi yorumu ile taşıma süresinin sözleşme ile tayin edilmediği hallerde taşımanın geç yapılmasından kaynaklanan zararın, az yukarıda açıklanan 781. maddeye hasredilerek, sadece zarar ve zıyan halinde tazminat istenebileceği, bunun dışında oluşan zararların istenemeyeceği sonucuna varılması genel sorumluluk ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1. maddesine göre, bu Kanun, Medeni Kanun'un bir cüzüdür. Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 544. maddesinde, Borçlar Kanunu'nun, Medeni Kanun'un tamamlayıcısı olduğu açıklanmıştır.

Kısaca, herkesin kusurlu davranışı ile diğer tarafa verdiği zararı karşılamakla yükümlü olduğu, Ticaret Kanununun ayrılmaz bir parçası olan Medeni ve Borçlar Kanununun genel ilkeleri icabındandır.

O halde, TTK'nın 780/1.maddesinin de kanun vaazının gerçek amacına uygun olarak yorumlanması gerektiğinin kabulü borçlar hukukunun yukarıda açıklanan ana ilkesi ve hak ve nesafet kuralları ge-

reğidir. Nitekim, doktrinde de anılan maddenin bu şekilde yorumlanması gerektiği kabul edilmiştir (Dr. Sabih Arkan, *Eşya Taşımacılığı Sempozyumu*, Ankara 1984, s. 121, dipnot 78).

Sonuç itibariyle, sözleşmede süre gösterilmemiş olsa bile, taşımanın geç yapılması nedeniyle oluşan zararın tazminine yönelik uyuşmazlıkların, Türk Ticaret Kanunu'nun 780/1. maddesi çerçevesinde çözümlenmesi gerekir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemece, aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, davanın, geç taşımaya ilişkin Türk Ticaret Kanununun 780/1. maddesi hükmü çerçevesinde ele alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; aynı Kanun'un hasar ve ziya ilişkin 786/2. maddesine ve sözleşmede öngörülen geçersiz hükümlere dayal olarak, yanlış gerekçeyle verilen davanın kısmen kabulüne dair önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nın 429. maddesi gereğince bozulmasına, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 23.05.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 07.02.2009
E. 2008/485
K. 2009/85

* Karşılıksız çeke dayalı olarak
icra takibi ve borcun kısım
kısım ödenmiş olması

* 3167 sayılı Kanun'a
muhalefetten yapılan şikayet
sebebiyle açılan
davadan feragat edilmemiş
olmasının meslek etiğine aykırı
olmaması

(3167 sayılı K. m. 16; 1136 sayılı Av.
K. m. 58/1, 59/1-2)

Şikayetçi vekili, müvekkili S. T. hakkında şikayetlinin Kadıköy 1. İcra Müdürlüğü'nün 2003/... sayılı dosyası ile kambiyo senetlerine özgü yol ile takip yaptığını, borcun icra dosyasına kısım kısım yatırılarak 22.09.2004 tarihindeki son ödeme ile tamamen kapandığını, ancak 2 yıl sonra müvekkilinin Çek Yasası'na muhalefetten Bursa 7. Asliye Ceza Mahkemesinde görülen 2003/... Esas sayılı dava sonunda verilen karar ile mahkum olup yakalandığını, şikayetlinin telefonla aranarak bir an önce davadan feragat etmesinin istendiğini, 01.08.2006'da feragatin gönderildiğini bildirdiğini, ancak işin aciliyeti sebebiyle kendisinin Bursa'ya gelmesi istendiğinde, ameliyatlı olduğunu söyleyerek gelmediğini, para tahsil edildiği halde Çek Yasası'na muhalefet sebebiyle açılmış davadan feragat etmeyen, yasal sorumluluğunu yerine getirmeyen Avukat F.D.'nin meslek etiğine uymayan bu eylemi sebebiyle cezalandırılmasını istemiştir.

Şikayetli savunmasında, gerçekten borçlu S. T. aleyhine Kadıköy 1. İcra Müdürlüğünün 2003/... sayılı dosyası ile icra takibi açtığını, borcun kısım kısım ödendiğini, 22.09.2004 tarihindeki son ödeme ile tamamen kapatıldığını, bütün ödemelerin dosyaya bildirildiğini, ancak şikayetçi borçlu vekilinin çeki icra kasasından almadığı ve ceza mahkemesine de sunmadığı, olayın ortaya çıkmasından sonra 02.08.2006 tarihinde bedeli ödenen çekin icra kasasından alındığını, kendisine durum telefonla bildirildiğinde de borçlunun zarar görmemesi için feragat işleminin yapılacağını bildirip bu konuda Av. A.E. ile girişimde bulunulduğunu, ancak şikayetçi vekilinin kendisinin Bursa'ya gitmesini istediğini, oysa gözlerinden rahatsız olduğu için gidemeyeceğini kendisine bildirdiğini, herhangi bir ihlal ve kastının olmadığını savunmuştur.

Yürütülen disiplin kovuşturması sonunda İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun 01.07.2008 tarihli kararı ile atılı eylemin Avukatlık Yasası ve mesleğin etik kurallarına aykırılığı saptanamadığından şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikayetçi vekili Av. Y.T. tarafından itiraz edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasının konusu karşılıksız çeki dayalı olarak Kadıköy 1. İcra Müdürlüğü'nün 2003/... sayılı dosyası ile başlatılan icra takibi üzerine borcun kısım kısım ödenmiş olmasına rağmen bir yandan da 3167 sayılı Çek Yasası'na muhalefetten yapılan şikayet sebebiyle açılan davadan feragat edilmemiş olması nedeniyle meslek etiğine aykırı davranıldığı iddiasıdır.

Aynı eylem sebebiyle şikayetli hakkında C. Başsavcılığına yapılan şikayet üzerine Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 23.02.2007 tarihli oluru ile 1136 sayılı Kanun'un 58/1 maddesine göre şikayetli hakkında soruşturma izni verilmiş ve disiplin yönünden gereğinin yapılması da İstanbul Barosu'ndan istenmiştir. Daha sonra Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 26.10.2007 günlü oluru ile şikayetli hakkında iddianame düzenlenerek Yalova Ağır Ceza Mahkemesine verilmek üzere 1136 sayılı yasanın 59/1-2 maddelerine göre kovuşturma izni verilmiştir. Dosya Yalova C. Başsavcılığına gönderilmiş ve Yalova C. Başsavcılığının 2007/... sayılı ve 19.11.2007 tarihli iddianamesi ile *"yasalarda alacaklı veya vekilinin borcun ödendiğini bildirerek feragat yükümü bulunmadığı, kaldı ki 3167 sayılı yasanın 16/c*

maddesine uygun ve davanın düşmesini gerektirecek bir ödemenin yapılmadığı, yasanın öngördüğü biçimde ödeme yapıldığında borçlu veya vekilinin icra dosyasından alacakları bir yazı ile mahkeme veya C. Başsavcılığına başvurmaları yeterli iken hakkındaki soruşturma ve cezanın infazı sırasında üzerine düşen hiçbir yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle cezaevine girdiği anlaşılan şikayetçinin, Av. F.D.'nin ihmali nedeniyle mağduriyetinin söz konusu olmadığı, tam tersine onun verdiği feragat dilekçesi ile cezasının tamamını çekmekten kurtulduğu” bildirilerek son soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verilmesi iddia olunmuştur. Bu iddianame üzerine Yalova Ağır Ceza Mahkemesi’nin 25.01.2008 tarihli kararı ile şikayetli hakkında son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verildiği, karara müşteki S. T. vekili Av. Y.T. tarafından itiraz edildiği ve Koçaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/... D. İş sayılı ve 16.04.2008 tarihli kararı ile itirazın reddine karar verildiği ve hükmün 16.04.2008’de kesinleştiği anlaşılmıştır.

Şikayetçinin müvekkili hakkında 3167 sayılı yasaya muhalefetten kamu davası 14.04.2004 tarihinde açılmıştır. Borcun ise 22.09.2004 tarihinde yapılan son ödeme ile kapatıldığı bildirilmektedir. Görüldüğü üzere yapılan ödeme dava açıldıktan sonra yapılmıştır. 3167 sayılı yasanın 4814 sayılı yasa ile değişik 16/c maddesine göre dava açıldıktan sonra hüküm verilinceye kadar geçen süre içerisinde çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait %15 tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16/a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi halinde ceza davasının düşeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla şikayetçi ve vekilinin bu koşulları yerine getirerek koşulların gerçekleştiğini ceza mahkemesinde kanıtlayıp ceza davasının düşmesini kendilerinin sağlamaları gerekirdi. Bu husus savunmanın ve vekilin görevidir. Şikayetçi taraf ise bunu yapmamıştır. Bunu yapmayan şikayetçi yanın, karşı taraftan şikayetinden vazgeçmesini istemeye hakkı yoktur.

Bu hususlar göz önüne alındığında, şikayetten vazgeçmedi diye şikayetli avukatı sorumlu tutmanın yasal dayanağı bulunmamaktadır. Kaldı ki Yalova C. Başsavcılığının iddianamesinden şikayetçi yanın 3167 sayılı yasanın 16/c maddesinde davanın düşmesi için öngörülen miktarda ödeme yapmadığı, %15 miktarında değil, sadece %5 miktarında çek tazminatı ödediği, dolayısıyla davanın düşmesi koşullarının da oluşmadığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazlarının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 07.02.2009
E. 2008/498
K. 2009/88

* **Tebliğe çıkarılmadığından hükmün kesinleşmemesi**
* **Avukatın takip ettiği davayla ilgili gerekleri yerine getirmemesi**
(4721 sayılı TMK m. 166/son;
1136 sayılı Av. K. m. 34, 134;
TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetçi, şikayetli Av. İ.K.'nin Bozkır Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen 1999/... Esas sayılı boşanma davasında vekili olduğunu, davanın 22.01.2004 tarihinde ret ile sonuçlandığını, gerekli giderleri vermiş olmasına karşın şikayetli avukatın kararı tebliğe çıkarmayarak hükmün kesinleşmesini önlediğini ve 3 yıl geçmesine rağmen yeni bir dava açmadığını bildirerek görevini ihmal eden avukatının cezalandırılmasını istemiştir.

Şikayetli savunmasında davanın kaybedildiğini ve hükmü temyiz etmek gerektiğini İstanbul'da bulunan şikayetçiye telefonla bildirdiğini, şikayetçinin ise cevaben yüksek tonla davayı ve kendisini sattığını iddia ederek, güveninin kalmadığını, İstanbul'da avukatının olduğunu dosyayı göndermesini istediğini, 03.03.2004'te dosyanın fotokopisini çıkarıp şikayetçiye gönderdiğini, ondan sonra kendisine ne temyiz için bir talimat verdiğini ve ne de tebligat ve temyiz gideri göndermediğini, kendisine güveni kalmadığını bildirdiği ve temyiz masrafı da vermediği için sonrasını düşünerek kararı da tebliğe çıkaramadığını, zira temyiz etmemesi halinde suçlamalarla karşılaşmış olacağını, şikayetçinin 2007 yılı Mart ayına kadar bir daha kendisini aramadığını, o tarihte bürosuna gelip dosyanın fotokopilerini aldığını savunmuştur.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetçinin şikayetinden davanın reddine dair verilen kararı kabullendiğinin anlaşıldığını, 3 yıllık sürenin dolmasını beklediğini ve ondan sonra şikayetlinin bürosuna geldiği-

nin anlaşıldığı, şikayetçi hukukçu olmadığından 3 yıllık sürenin kesinleşme ile başlayacağını bilmesinin kendisinden beklenemeyeceğini, avukatının bu konuda kendisine yeterli bilgiyi verdiğine dair yazılı bir kanıt da bulunmadığını, vekalet ilişkisini sona erdirecek azil veya istifa da olmadığından bu durumda şikayetlinin takip ettiği davanın kararını tebliğe çıkarmayıp müvekkilinin MK'nın 166/son maddesindeki hukuki yararını engellemiş olduğu kabul edilerek Avukatlık Yasası'nın 34 ve 134, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4. maddelerine aykırılık oluşturan eylemi nedeniyle şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasının konusu, boşanma isteminin reddine ilişkin kararın davayı takip eden şikayetli tarafından tebliğe çıkarılmamak suretiyle hükmün kesinleşmesinin önlediği ve 3 yıl gibi bir süre MK'nın 166/son maddesi hükmünden yararlanma olanağının kaybolduğu iddiasına ilişkindir.

Şikayetli, müvekkilinin kendisini sattığını ileri sürerek hükmü İstanbul'daki avukatı ile temyiz edeceğini bildirip dosyayı istediğini bu bakımdan kararı tebliğe çıkarmadığını savunmuştur.

Şikayetli azledilmemiş, kendisi de davadan çekilmemiştir. Bundan sonraki işlemlerin başka avukat tarafından yürütüleceği yolundaki savunmanın da şikayetlinin beyanı dışında, hiçbir kanıtı bulunmamaktadır. Tam tersine şikayetçinin karardan 3 yıl sonra şikayetlinin bürosuna gelmesiyle ilişkilerinin devam ettiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, vekalet ilişkisi sürdüğüne göre şikayetlinin, mahkemenin davanın reddine ilişkin kararının sonuçları hakkında müvekkilini bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu bilginin verildiği kanıtlanmamıştır. Oysa davanın ve verilen kararın özelliği itibarıyla ret kararına bağlı hukuki sonuçlar bulunduğundan, şikayetli avukatın bunları müvekkiline yazılı olarak açıklaması, kararın temyizi istenmiyorsa bu hususta yazılı talimat istenmesi, ayrıca kararın tebliğe çıkarılıp kesinleştirilmesi ve hükmün temyizi için gereken giderlerin belirlenerek bunların müvekkilinden yazılı olarak istemesi, giderleri ödememesinin sonuçları hakkında kendisine bilgi vermesi gerekirdi. Bu hususlarda yazılı bildirim, ispat şartı olarak gerekli bulunmaktadır. Kovuşturmaya konu olayda, şikayetlinin takip ettiği dava ile ilgili bu gerekleri yerine

getirdiği kanıtlanmamıştır.

1136 sayılı yasanın 34. maddesi, avukatların mesleğin yürütülmesinde yüklendikleri görevin kutsallığına yakışır özeni göstermek zorunda olduklarını bildirmektedir. Aynı yasanın 134. maddesi ise, mesleki çalışmada görevlerini yapmayanlara yasada yazılı disiplin cezalarının uygulanacağını belirtmektedir.

Bu nedenlerle şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulunun değerlendirmesinde ve tayin ettiği disiplin cezasında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazlarının reddi ile Konya Barosu Disiplin Kurulunun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 07.02.2009
E. 2008/499
K. 2009/89

- * Aynı borcun, bütün borçlulara bölünerek ayrı ayrı takip yapılması
- * Avukatın mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınması yükümlülüğü
(1136 sayılı Av. K. m. 2; Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi m. 12; TBB Meslek Kuralları m. 3, 4)

Şikayetli avukat hakkında, Turgutlu Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2004/... Esas, 2006/... karar sayılı kararında hükmedilen avukatlık ücretini Turgutlu İcra Müdürlüğü'nün sekiz ayrı dosyasında, hüküm verilenlere bölerek ayrı ayrı takip yaptığı, alacağın tek ve aynı karardan doğduğu, yapılan itiraz üzerine İcra Mahkemesince dosyaların tek alacaktan olduğu kabul edilerek birleştirildiği, böylece şikayetlinin eyleminin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'na aykırı olduğu iddiası ile yapılan şikayet üzerine açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca ceza tayinine yer olmadığına karar verilmiştir.

Aynı eylem sebebiyle Adalet Bakanlığı'na yapılan şikayet üzerine 13.06.2007 tarihli olur ile soruşturma izni verilmiş, yapılan ceza soruşturması sonucunda 23.01.2008 tarihli olur ile eylemin hukuki mahiyette olduğu ve mahallinde çözülebileceği, kovuşturma izni verilmesini gerektirir nitelik ve ağırlıkta delil olmadığı belirtilerek ceza kovuşturma izni verilmemiş, disiplin yönünden gereği yapılmak üzere barosuna bildirilmiştir.

Dosyada bulunan Turgutlu Sulh Ceza Mahkemesinin 2004/... Esas, 2006/... Karar sayılı kararında, şikayetli avukatın müdahiller vekili olduğu, sekiz sanık hakkında idari para cezasına hükmedildiği, her sanık için ayrı ayrı yargılama giderlerinin belirtilip tahsiline ve *"müdahiller vekili lehine takdir edilen 200,00 TL avukatlık ücretinin sanıklardan tahsil edilerek müdahillere verilmesine"* karar verildiği görülmektedir.

Şikayetli avukatın bu miktarı sekize bölerek Turgutlu İcra Müdürlüğü'nün dosyaları ile takip konusu yaptığı anlaşılmaktadır. Borçluların şikayetleri üzerine Turgutlu İcra Mahkemesinin 2006/... Esas, 2006/... Karar sayılı ve 2006/... Esas, 2006/... Karar sayılı kararları ile *"alacaklının borcun bölünmesi sonucunu da doğuracak şekilde, her bir borçlu için ayrı ayrı takip yaparak, sanıkların sorumlu oldukları vekalet ücreti miktarını ayrı ayrı takip konusu yapmasının kötüniyetli ve yasaya aykırı olduğu kanaatine varılarak"* takip dosyalarının tek bir dosya üzerinden birleştirilmesine ve takibin birleştirilen miktar üzerinden devamına karar vermiştir. Şikayetli avukatın karara karşı temyiz başvurusu da kararın kesin olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir.

Takip konusu edilen alacak aynı karardan doğmakta ve tek bir miktar olarak hükme bağlanmış bulunmaktadır. Aynı borcun, bütün borçlulara bölünerek ayrı ayrı takip yapılması halinde asıl borç tutarı değişmemiş olsa bile, her dosya için ayrı ayrı yapılan maktu icra giderleri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 12. maddesi uyarınca, nispi avukatlık ücreti maktu ücretin altına kalamayacağı için, her icra dosyası için ayrı ayrı maktu tarife üzerinden avukatlık ücreti eklenecektir. Yapılan eylemin amacını da ancak bu biçimde değerlendirmek mümkündür. Borçluların itirazı üzerine verilen İcra Mahkemesi kararında da ayrı ayrı takip yapılmasının kötüniyetli ve yasaya aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Adalet Bakanlığı, şikayetli avukat hakkında ceza kovuşturması açılmasına izin vermemiş, Baro Disiplin Kurulu da kararını buna dayandırmıştır. Oysa disiplin kovuşturmasına sorun, şikayetli avukatın eyleminin ceza kanunu açısından suç oluşturup oluşturmadığı değil, disiplin suçu oluşturup oluşturmadığıdır.

Kurulumuzun çeşitli kararlarında da avukatın görevini yerine getirirken Avukatlık Yasası'nın 2. maddesine de uygun olarak adalete ve hakkaniyete uygun davranması, yaptığı icra takiplerinde borçluyu itiraza ve istirdada zorlamaması gerektiği açıklanmıştır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. ve 4. maddelerinde de avukatın, mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürüteceği ve mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Bu nedenlerle, şikayetlinin eylemi disiplin suçunu oluşturduğundan Baro Disiplin Kurulunda yapılan değerlendirmede hukuki isabet görülmemiş ve şikayetli hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın kaldırılarak, şikayetlinin kınama cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazının kabulü ile Manisa Barosu Disiplin Kurulunun disiplin cezası verilmesine yer olmadığına ilişkin kararının kaldırılmasına, yeniden incelemeyi gerektirir bir husus bulunmadığından şikayetli avukatın kınama cezası ile cezalandırılmasına katılanların oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.02.2009

E. 2008/508

K. 2009/93

*** Avukatın ücret alacağı için müvekkili aleyhinde başlattığı icra takibini baroya bildirmesi yükümlülüğü**

(1136 sayılı Av. K. m. 107, 157;

TBB Meslek Kuralları m. 47)

Şikayetli avukatın, müvekkili/şikayetçi aleyhinde ücret alacağı için icra takibi başlatmasına karşın baroya bildirmediği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmasında, hakkındaki şikayetlerin dayanaksız olduğunu, şikayetçinin avukatlık ücretini almasına engel olmak için şikayette bulunduğunu bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu, şikayetlinin eylemini sabit görerek şikayetlinin uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetçi ve şikayetli tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetli itirazında, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'ndan 39. maddesinin yararı kalmadığını, hakkında tayin edilen disiplin cezasının kaldırılmasını talep etmiştir.

Şikayetçi ise vekili marifetiyle yaptığı itirazında, eksik inceleme sonucu karar verildiğini, birden fazla şikayet konusu olmasına rağmen tek eylem nedeniyle ceza verilmesinin yasaya aykırı olduğunu bildirmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, disiplin kurulu kararının şikayetliye 02.07.2008 tarihinde tebliğ olduğu, 30 günlük itiraz süresinin 02.08.2008 tarihinde dolduğu, itiraz dilekçesinin ise süre dolduktan sonra 01.09.2008 tarihinde verilmiş olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle şikayetlinin itirazının reddine karar vermek gerekmiştir.

Şikayetçinin de itirazında bildirdiği gibi, şikayet dilekçesinde karar verilen konu dışında başka iddialara da yer verilmiş ise de Baro Yönetim Kurulu sadece Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 47. maddesine aykırılıktan dolayı disiplin kovuşturması açılmasına karar verdiğinden, Baro Disiplin Kurulunun da disiplin kovuşturması açılan konuda inceleme yapıp karar vermesi Avukatlık Yasası'nın 107. maddesi hükmüne uygun bulunmaktadır.

Şikayetlinin, müvekkili olan şikayetçi aleyhine Antalya 5. İcra Müdürlüğü'nün 2006/... sayılı dosyası ile 10.000,00 TL vekalet ücretinin tahsili amacıyla icra takibi başlatması, ancak icra takibi başlattığını baroya bildirmemesinden ibaret eylemi Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 47. maddesinde yazılı olan "*ücret davası açacak avukat önce baro yönetim kuruluna bilgi verir.*" düzenlemesine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin kararında hukuki isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak kararda her ne kadar Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 39. maddesine aykırılıktan bahsedilmiş ise de, olayda ey-

lem Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 47. maddesine aykırı olduğu kabul edilerek, Baro Disiplin Kurulunun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin Avukatlık Yasası'nın 157. maddesinde yazılı 30 günlük itiraz süresi geçtikten sonra verdiği itiraz dilekçesinin süre yönünden reddine, şikayetçinin itirazının reddi ile Antalya Barosu Disiplin Kurulunun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 07.02.2009
E. 2008/509
K. 2009/94

* Reklam yasağına aykırılık
* Abartılı ve reklam niteliğini taşıyacak tarzda adres değişikliği bildirimini yasağı
(1136 sayılı Av. K. m. 34, 55, 134;
TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği m. 1, 8/a-b, 11; TBB Meslek Kuralları m. 7, 8)

Şikayetli avukat hakkında Tourism Today dergisinin Temmuz 2006 tarihli 4. sayısının 92-95. sayfalarında yayınlanan haber ve röportajla Avukatlık Yasası'nın 34, 55, 134. maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 2/2, 8/1 ve 11. maddelerine aykırı davrandığı iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat 16.06.2006 tarihinde adresinde 800 metrekare alana kurulmuş ve 25 kişinin rahatça çalışabileceği açık ve kapalı ofis, muhasebe bölümü, toplantı salonu, bekleme ve VIP bekleme salonları vs. gibi unsurları taşıyan büro açtığını, amacının kurumsallığın ön plana çıktığı motivasyonun ve güven duygusu yaratacak bir ortamda avukatlık mesleğine yakışır bir hizmet sunulmasını temin olduğunu, üst düzey bürokratların da katılımı ile yapılan açılışın ilgi çekmesi sebebiyle basının ilgisini çektiğini, şahsı ve mesleğin sorunları ve olması gerekenler hakkında kısa röportaj yaptığını, mesleğin olması gerekenlerini, kurumsal yapısı, insani ilişkiler ve çalışma şartları konusunda bilgi verdiğini, amacının yasa, yönetmelik ve meslek kurallarına aykırılık olmadığını savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamında Tourism Today dergisinin Temmuz 2006 tarihli 4. sayısının 92-95 sayfalarında yayınlanan haber ve röportajda “ÇAĞDAŞ HUKUKA AÇILAN PENCERE” başlığı altında özetle “Ankara Hukuk Fakültesi mezunu deneyimli avukat A.Ö.’nün 15 yıllık mesleki tecrübesini daha da ileri taşımak amacıyla böyle bir işe imza attığı... A.Ö. avukatlık bürosunun açılışında bir araya gelen başarılı avukatlar çağdaş hukukun çağdaş bir Türkiye demek olduğunun altını çizdiler... Avukat A.Ö. Türkiye’de çağdaş hukuk sisteminin değerlerini korumanın ve hukuka sahip çıkmanın temel görev olduğuna inandığını söyledi (Bu bir ilandır)... Şehrimizin özellikle turizmden kaynaklanan dinamik bir yapısı var, ekonomik olarak güçlü ve etkin; bu sebeple de özellikle kurumsal destek ve çözümlere ihtiyaç duyuluyor... hukuki ihtilafların oluşmalarından sonra çözüm yerine, ortaya çıkmalarını engelleyecek uzman görüşü açısı ile müdahale etmek ve bu bağlanma hukuki koruma ve ihtilaflardan korunma olduğuna inanıyorum... bu anlamda hedefimiz; gelişimin işareti olan kurumsallığın hukuk alanında ülkemizde yaygınlaşmasına öncü olmak, hızlı verimli, profesyonel bir ekiple müvekkillerimize hukuki hizmet sunmak olacaktır..” gibi sözlerin yer aldığı, tam sayfa büro ve çalışan fotoğraflarının yer aldığı görülmektedir.

Disiplin kovuşturmasına konu olayla ilgili yasal düzenlemeye bakıldığında;

Avukatlık Yasası’nın 55. maddesi, “Avukatların iş elde etmek için, reklâm sayılabilecek her türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları ve tabelalarında ve basılı evrakta avukat unvanı ile akademik unvanlardan başka sıfat kullanmaları yasaktır. Bu yasa, ortak avukat bürosu ve avukatlık ortaklığı hakkında da uygulanır. Yukarıdaki yasaklara ilişkin esaslar Türkiye Barolar Birliğince düzenlenecek yönetmelikte belirtilir.”

TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin “Amaç” başlıklı 1. maddesi, “Bu yönetmeliğin amacı; bu Yönetmelik kapsamında olanların iş elde etmek için reklâm sayılabilecek her türlü girişim ve eylemde bulunmalarının önlenmesidir. Avukatların mesleklerini özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmelerini, avukatlık sıfatının gerektirdiği saygı ve güvene yakışır bir şekilde hareket etmelerini, yargılama faaliyetindeki yerlerini ve işlevlerini olumsuzlaştıracak ve yargının görünümünü bozacak davranışlardan kaçınılmasını sağlamaktır.”, 8/a maddesi, “Adres değişikliğini, büro açılışını ve altı ayı aşan ara vermeden sonra yeniden mesleğe dönüşünü; avukatlık ortaklığına girişini ve çıkışını, reklâm niteliğini taşıyamayacak şekilde, gazete ve sair yazılı basın yolu ile bir kez duyurabilirler.”, 8/b maddesi, “Yaşamları, kazançları, mes-

leki faaliyeti hakkında "reklâm niteliğinde" yayınlarda bulunamaz, halen ya da eskiden takip ettiği, devam eden veya sonuçlanmış bir dava hakkında; dava ile özdeşleşip tarafların sözcüsü gibi hareket edemez, davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına ve internete görüntü, bilgi, demeç veremez, açıklama yapamazlar." 11. maddesi, "Bu yönetmelik kapsamında olanlar salt ün kazanmaya yönelik her tür girişim ve eylemlerden kaçınmak, iş elde etmek için reklâm sayılabilecek her hangi bir girişim ve eylemde bulunmamak, üçüncü kişilerin kendileri için reklâm sayılabilecek davranışlarına izin vermemek, engel olmak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler.", Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 7. maddesi, "Avukat salt ün kazandırmaya yönelik her türlü gereksiz davranıştan titizlikle kaçınmalıdır. a) Avukat, yalnız adres değişikliğini reklâm niteliği taşımayacak biçimde ilan yolu ile duyurabilir. b) Avukatın kâğıtları, kartvizitleri, büro levhaları reklâm niteliğini taşıyabilecek aşırılıkta olamaz. c) Avukat telefon rehberinde meslekler kısmında adres yazdırabilir. Bunun dışında farklı büyüklükteki harflere ya da ilan niteliğinde yazılara yer vermez. d) Ortak büro kuran avukatlar büronun reklâm aracı olmamasına, hukuk bürosu olma niteliğini yitirmemesine dikkat ederler.", Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 8. maddesi, "Avukat kendine iş sağlama niteliğindeki her davranıştan çekinir." hükümleridir.

Maddelerin ortak özelliği avukatların adres değişikliği, bürosunun açılışını ve altı ayı aşan ara vermeden sonra yeniden mesleğe dönüşünü, avukatlık ortaklığına girişini ve çıkışını, gazete ve sair yazılı basın yolu ile bir kez duyurabilecekleridir. Ancak bu bildirim asla ve asla abartılı ve reklam niteliğini taşıyacak tarzda olmamalıdır.

Genel olarak reklam, kamunun tümünün veya bir kesiminin ilgisini çekerek yarar sağlamak amacıyla herhangi bir yoldan yapılacak tanıtmaya faaliyeti olarak ifade edilebilir. Bu sebeple reklam "serbest rekabet" kavram ve kuralları içinde yer alır. Oysa avukatlar rakip değil, adaletin gerçekleşmesinde sav, savunma ve karar üçlüsünde yargının kurucu unsuru olarak görev alan, adaletin yardımcısıdır. Nasıl ki hakim ve savcının reklama ihtiyacı yoksa avukatın da yoktur. Avukat kendisini çalışmasıyla, bilgisiyle, işlerine gösterdiği dikkat ve özenle tanıtır. Bağımsızlığı, kendine ve mesleğine olan saygısı, kendisini müşterileri aramaktan men eder. Unutulmamalıdır ki, "Avukatlık, ticaret işi değildir. Avukatın reklamını yavaş yavaş kendi fazilet ve bilgisi, kıymetli müdafaları yapar. Adliye Sarayı, liyakat kazandığı şöhreti kendisine temin eder."

Avukat Ali Haydar Özkent'in bu sözleri, 1940'ta olduğu kadar, bugün de aynen geçerlidir.

Uluslararası mevzuatta da avukatların reklam yapmaları yasaklanmıştır. Amerikan Avukatları Ahlak Yasası'nın 27. maddesi, "Avukatın sirküler veya diğer vasıtalı veya vasitasız yollarla reklam yapması yasaktır.", Uluslararası Barolar Birliği'nin 1956 Oslo toplantısının 8. no.lu kararı, "Reklama başvurmak, avukatlık vakar ve şerefi ile bağdaşmaz.", Vod Kantonu Meslek Kuralları'nın 4. maddesi, "Avukat, reklam sayılabilecek her şeyden kaçınmağa mecburdur. Mesleki faaliyetinin üstüne kamunun dikkatini çekmek için davaları hakkında yayında bulunamaz.", Paris Barosu İç Yönetmeliği'nin 37. maddesi, "Reklam niteliğindeki her davranış yasaktır.", Romanya Avukatlık Yasası'nın 88. maddesi, "Avukatın gerek sözlü ve gerek mektuplarla, sirkülerle ve sair ilan vasıtaları ile hizmet arz etmesi yasaktır."

Amaç; bir kamu hizmeti olan avukatlık mesleğini iş temini konusunda meslektaşlar arasında haksız rekabetin yaratılması, mesleğin ticarileşmesi ve avukatın iş sahipleri karşısında bağımsızlığını kaybetme tehlikesine karşı korumaktır.

Bu nedenlerle eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin hukuksal değerlendirme ve tayin olunun disiplin cezasında hukuka aykırılık görülmemiş ve itirazın reddi ile kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli Av. A.Ö.'nün itirazının reddine, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 07.02.2009
E. 2008/521
K. 2009/98

* Reklam yasağına aykırılık
* Avukatın müvekkili adına basına açıklamada bulunamaması
(1136 sayılı Av. K. m. 55;
TBB Reklam Yasağı Yönetmeliği
m. 1, 8/b-e; TBB Meslek Kuralları
m. 40)

Şikayetli avukat hakkında Bursa'da yayınlanan dört yerel gazette, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde takip ettiği dava ile ilgili olarak yaptığı açıklamalar üzerine yayınlanan haberde Avukatlık

Yasası, Reklam Yasağı Yönetmeliği ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'na aykırı davrandığı iddiası ile resen açılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli avukat savunmalarında, bir haber ajansı muhabirinin internet üzerinden müvekkili adına açtığı davada alınan sonuçtan haberdar olarak müvekkili ile irtibat kurduğunu, müvekkilinin gazeteci ile görüşmek istemediğini, avukatından bilgi alabileceğini söylediğini, bunun üzerine gazetecinin kendisi ile irtibat kurduğunu, kendisinin sonuçlanan dava ile ilgili bilgi verdiğini, aynı nitelikte dört davanın olduğunu ve onların da sonuçlandığını, müvekkilinin isminin verilmesini istememesi ve resim vermemesi sebebiyle kendisinin ön plana çıkmış gibi görüldüğünü, yine muhabirin ısrarı üzerine adliye önünde resminin çekildiğini, dört ayrı gazeteye ayrı ayrı beyanat vermediğini, haber ajansının, resim ve haberi servis etmesi üzerine dört gazetede yayımlandığını, ulusal basında yer alacağını da öğrenmesi üzerine buna engel olduğunu, reklam kastının olmadığını, açıklamalarının yasal sınırlar içerisinde kaldığını bildirmiştir.

Dosya içerisinde bulunan dört yerel gazetenin, kovuşturma ile ilgili haber kupürlerinin incelenmesinde, şikayetli avukatın müvekkilinin adının baş harfleri ile gösterilerek, sofrası bezi silkelmesi sebebiyle yapılan şikayet üzerine görevlilerden dayak yediği iddiası ile görevliler hakkında açılan kamu davasında, makul yargılama süresinin aşıldığı ve davanın ertelenmesi sebebiyle sonuca ulaşmadığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde açılan davada mahkemenin dostça çözüm olarak 13.000 Euro ödenmesine karar verdiği, davacıların bunu kabul ettikleri, davalının 07.09.2007 tarihine kadar bu teklifi kabul etmemesi halinde mahkemenin dosya üzerinden bir karar vererek daha yüksek bir tazminata hükmedebileceği açıklamalarının bulunduğu, şikayetli avukatın elinde bir dava dosyası ile adliye binası önünde çekilmiş fotoğrafının bulunduğu, bir gazetede resmin altında açtığı dört davayı da kazandığı açıklamasının bulunduğu görülmektedir.

Avukatlık Yasası'nın 55. maddesine göre, "Avukatların iş elde etmek için reklam sayılabilecek ter türlü teşebbüs ve harekette bulunmaları yasaktır." Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği'nin 8/b maddesine göre avukatlar, "halen veya eskiden takip ettiği, devam eden veya sonuçlanmış bir dava hakkında, dava ile özdeşleşip tarafların sözcüsü gibi hare-

ket edemez, davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydı ile ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına ve internete görüntü, bilgi, demeç veremez ve açıklama yapamazlar.”, 8/e maddesine göre, “Gerek mahkemede temsil görevini yerine getirirken, gerek yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçları ve internet ile ilişkisinde kendisini veya üzerinde çalışmakta olduğu hukuki işi reklam olabilecek nitelikte ön plana çıkaramazlar.”, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları’nın 40. maddesine göre, “Avukat kesin olarak zorunlu bulunmadıkça müvekkili adına basına açıklamada bulunamaz.”

Şikayetli avukatın savunması ve gösterdiği haber ajansı muhabiri tanığın beyanlarından, şikayetli avukatın müvekkilinin röportaj vermek ve gazeteci ile görüşmek istemediğini, bu sebeple avukatı ile görüşme yapıldığı ve alınan bilgilerin haber haline getirildiği anlaşılmaktadır. Haber içeriğine göre de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ndeki davada dostça çözüm için bir karar verildiği, tarafların bu teklifi kabul etmemeleri halinde davanın devam edeceği, böylece henüz davanın sonuçlanmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, devam eden dava ile ilgili olarak müvekkilinin açıklama ve röportaj vermeyi istemediği de kabul edilmektedir. Bu durumda şikayetli avukatın müvekkili adına devam eden bir davada haber yapılması için haber ajansı muhabirine dava ile ilgili açıklamalarda bulunması, benzer davalardan söz etmesi, davadaki kanaati ve muhtemel sonucundan söz etmesi için bir “zorunlu hal” veya “kesin olarak zorunluluk” bulunduğu düşünülemez.

Bu nedenlerle eylemin disiplin suçu teşkil ettiğine ilişkin Baro Disiplin Kurulu kararının kabulünde isabetsizlik görülmemiş, kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının reddi ile Bursa Barosu Disiplin Kurulunun uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının onanmasına oybirliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI

VALENZUELA CONTRERAS / İSPANYA DAVASI*

(Başvuru No: 27671/95)

Çev. Fatih BİRTEK**

30 Temmuz 1998'te Strasburg'ta, Valenzuela Contreras olayı hakkında verilen hükümde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesi (adil yargılama ve masumiyet karinesi) hükmü kapsamında duyurduğu şikâyetinin Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamında olmadığına ve dava konusu olayda Sözleşme'nin 8. maddesinin (özel yaşama saygı gösterilmesi hakkı) ihlal edildiğine oybirliği ile karar verdi. Sözleşme'nin 50. maddesi kapsamında Mahkeme, başvuranın yasal harcamaları ve masrafları için belirlenmiş olan tutarın kendisine ödenmesine karar verdi.

DAVANIN ÖNCESİ

Ana Etkenler

Başvuran, Mr. Cosme Valenzuela Contreras, İspanyol vatandaşıdır, 1952 doğmuş ve söz konusu tarihte W. Company'de personel müdür

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 30.7.1998 tarihinde HRCDD Vol. IX No. 9'da yayımlanan kararın İngilizce metninden yapılan özet çeviridir.

** Öğr. Gör., Polis Akademisi Başkanlığı Niğde Polis Meslek Yüksek Okulu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD Doktora Öğrencisi.

yardımcısıdır. Ocak ve Şubat 1985'te, bu şirketin bir çalışanı Mrs. M. ve onun nişanlısı, hakaret ve tehdit içeren isimli telefonlar ve mektuplar aldılar ve olayı soruşturmak üzere bir tetkik hâkimi atanarak başvuranın isteği üzerine telefon hatlarının gizlice dinlenmesine karar verdi.

Ayrıca tetkik hâkimi, Kasım 1985'te başvuranın özel telefon hattının da takip edilmesine karar verdi. Tetkik hâkimi aramaların birçoğunun W. Company şirketinin işyeri binasından yapıldığından ve personellerden sadece başvuranın personel dosyasına ulaşabildiğini ve baş şüphelinin O olduğundan şüphelendi. Bu kişi aynı zamanda Mrs. M. ile yakın ilişkisi olan biriydi.

Band kaydı dökümleri tetkik hâkimine teslim edildi ve davanın taraflardan her birin inceleme yapabilmelerine imkân sağlamak için mahkemedeki delil dosyasına eklendi.

Mayıs 1992'de, Madrid Temyiz Mahkemesi,¹ temyiz başvurusunda bulunanı (sanığı), Mrs. M., onun nişanlısı ve saygın ailesini dört yılı aşkın bir süredir telefon ve mektup ile tehdit temekten suçlu buldu. Mahkeme, sanığa (Mr. Cosme Valenzuela Contreras) 4 ay hapis cezasına, para cezasına ve Mrs. M.'ye tazminat ödemesine karar verdi.

Duruşmada, müracaat sahibi (temyiz başvurusunda bulunan sanık) diğerlerine ek olarak, telefon dinlemenin ilgili kanuni şartlara uygun olarak yerine getirilmediğini savundu. Dahası mahkeme, velev ki davada denge sağlanamamış olsa da, delillerden bir tanesinin dahi başvuranın suçunu ispatını sağlayacağını hükmetti.

Başvuran (sanık), hukuki açıdan bir temyiz talebinde bulundu ki bu talebi 19 Mart 1994 tarihinde Temyiz Mahkemesi² tarafından reddedildi. Temyiz Mahkemesi, telefon dinleme delili ile ispatın elde edildiğini, tek kanuni dayanağın telefon dinleme (kayıt) delili olmadığına ve her halükarda söz konusu olan tehditlerin yazılı olarak da saptandığına hükmetti.

Anayasa Mahkemesi'ne "*amparo*"³ müracaatını sundu, Anayasa

¹ Appeals Court.

² Supreme Court.

³ "Amparo Başvurusu" (*recurso de amparo*) İspanya'da Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru (Anayasa Şikayeti) yöntemidir.

Mahkemesi'nce, Temyiz Mahkemesi tarafından zikredilen aynı dayanak noktasından ve benzer gerekçelerle davası reddedildi, Temyiz Mahkemesi tarafından zikredilen gereklerin aynısı ile davayı reddetti.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonundan Önceki İşlemler

2 Mayıs 1995'te Komisyon'a yapılan başvuru için 18 Ekim 1996 tarihinde kabul edilebilirlik kararı verildi.

Dostane çözüm girişimi başarısızlıkla sonuçlandı, Komisyon 11 Nisan 1997'de, 11'e karşı 6 oy ile 8. maddenin ihlal edilmediği görüşünü ve saptadığı gerçekleri ve beyan eden bir rapor kabul etti.

Komisyon davayı 29 Mayıs 1997'de Mahkeme'ye havale etti.

KARARIN ÖZETİ

Başvuran, kendisinin masumiyet karinesine ve adil yargılanma hakkına tecavüz edildiğini ve telefon hatları dinlenerek özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale gerçekleştirildiğini şikâyet etti. Başvuran, Sözleşme'nin 6. ve 8. maddelerine dayandı.

Sözleşme'nin 6. Maddesi

Olay kapsamında Komisyon'un kabul edilebilirlik kararı ile birlikte davanın başlangıcından bu yana Mahkeme, yargı yetkisini kendisinde görmediği sonucunu yeniden belirterek kabul edilmezlik kararını açıkladı.

Sözleşme'nin 8. Maddesi

A. Uygulanabilirlik

Mahkeme, içtihat hukukunda aydınlığa kavuşan, bir kişinin evinden gerçekleştirdiği telefon aramaları Sözleşme'nin 8. maddesinde belirtilen "özel hayat" ve "haberleşme" kavramları içine girdiği hususunu göz önüne aldı. Doğrusu, bu hususa itiraz edilmedi.

B. Uyum

i. Müdahale Olup Olmadığı Konusunda

Mr. Valenzuela Contreras'ın telefon hattındaki gizli dinleme, 26 Ekim ve 20 Aralık 1985 tarihleri arasında, Sözleşme'nin 8/2. maddesi kapsamında, onun özel hayatına saygı gösterilmesi ve haberleşme hakkının kullanılmasına "*bir kamu otoritesinin müdahalesi*" olarak icra edildi.

ii. Müdahale haklı mıydı?

Müdahalenin bu şartı sağlayıp sağlamadığı, Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci paragrafının gereklerinden olup dikkatlice incelenmesi gerekmektedir.

a. Müdahale "*Hukuka Uygun*" mıydı?

İspanyol Hukuku'nda ölçülü bir tedbir için kanuni bir dayanak olduğu hususuna itiraz edilmedi. Bu yüzden mahkeme, hiçbir değerlendirme yapmayarak Tüzüğü'nün 18/3. Maddesi uyarınca kendisini sınırladı, tetkik hâkiminin, şikayetçinin (Mrs. M.) telefon hattının izlenmesi talebine istinat etmiş olması, "*Mahkeme/hakim aksine bir karar vermedikçe, haberleşmeler, özellikle posta, telgraf ve telefon haberleşmeleri gizli (mahrem) olmalı*" kuralını sağlamıştır.

"*Hukuka uygun*" deyiminden kaynaklanan ikinci şart ise, Mahkeme'den önce, hiçbir sorun olmadığı durumda dahi hukukun erişilebilir olmasıdır.

Hukuk, kabul edilebilir mertebede ve anlamı öngörülebilir olduğunda üçüncü şartın gerçekleşmesine gerek yoktur.

Mahkeme, Tüzüğü'nün 18/3. maddesi kapsamında ilk olarak, telefon iletişiminin gizliliği hakkına ilişkin sınırlandırmalarda, ancak yasal müsaade temin edildikten sonra başvuranın telefon görüşmelerinin gizlice dinlenmesi uygulamasına karar verildiğine dikkat etti. Ayrıca Mahkeme ifade etti ki, hâkimin kararını temellendirmek maksadıyla, gizli dinlemede Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 8. Kitap, 2. Bölüm içinde izin verilen ölçü de hâkim kararı ile uygulandı. Kanun, "*bir araştırma kapsamında kapalı işyerlerine girilmesi ve aranması, yazılı*

dokümanların ve defterlerin okunması ve yazılı ve telegrafik haberleşmelere müdahale edilmesi ve açılması (okunması)” na bu şekilde izin vermiştir.

Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme’de belirtilen, “kanunun” sonuçlarının öngörülebilirliğinin sağlanmasında bazı koşulların gerekmesi nedeniyle, özel hayat ve haberleşmeye saygı için teminat olan, yukarıda sözü edilen 19 Kasım 1985 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’nun şartlarının veya Tüzüğü’nün 18/3. maddesinden her hangi birisinin bu koşulları içermediğine dikkat çekti. Bu koşullara, özellikle mahkeme kararı ile telefonlarının dinlenebilmesini belirleyen koşullara ilişkin olarak; telefonları dinlenecek olan bireylerin hususiyetlerine dair belirlenen şartları, böyle bir karara neden olan suçların hususiyeti; telefon dinlemesinin bir süresinin olması gerektiğini; yargılama için tanzim edilen özet raporları, konuşmaların araya girilmek suretiyle dinlendiği, gerçekleştirilen kayıtların kullanılması ve yok edilmesini kapsamaktadır.

Mahkeme koşullarla ilgili olarak, Sözleşme’nin özünden gelen hukuki niteliği olduğunu yinelemiştir. Telefon iletişiminin izlenmesi kapsamında hukukun uygulanmasının etkilerinin öngörülebilirliği şartı ile, ayrıntıları iç hukukta düzenlenmiş olan ve otoritelerin işlemi uyguladığı andaki davranışları ve takdir yetkisinin genişliğini sınırlayan, söz konusu ölçülerin uygulanmasında hâkimlerin takdirini de bağlayan teminatlar beyan edildi. *Sonuç olarak uygulamayı gerçekleştirmiş olması gereken İspanyol “hukuku” tetkik hâkiminin, bu garantilerin kesin doğrulukta temin edilebilmesi için yeterince duyarlı davranmış olması gerekirdi. Ayrıca Mahkeme, başvuranın telefonunun dinlenmesi için karar verildiği beyan edilen anda zaten, Sözleşme’nin 8. maddesine aykırı bir karar olduğunu, “kanun vatandaşların anlaması bakımından, kamu otoriteleri tarafından bu gizli tedbirin uygulaması yoluna gidildiği anda, özel hayat ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına potansiyel müdahale tehlikesi oluştuğunda, içerdiği düzenlemeler ve şartların anlamaya imkan verecek biçimde yeterince açık olması gerektiğini”* belirtti.

Özet olarak, yazılı ve yazılı olmayan İspanyol hukuku, telefon dinleme işlemi icra edildiği söz konusu zamanda, uygulamanın biçimini, etki alanını ve otoritelerin takdir yetkisini yeterli kesinlikte belirtmedi. Mr. Valenzuela Contreras, demokratik bir hukuk toplumunda vatandaşlara tanınmış olan asgari yasal korumayı

kullanma imkânına sahip değildi. Bu sebeple Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

b. Müdahalenin Amacı ve Gerekliliği

Mahkeme kanaatini göz önünde tutarak, dava kapsamında şikâyet edilen, Sözleşme'nin 8/2. maddesindeki diğer şartların gerekli olup olmadığını dikkate almadı.

Sözleşme'nin 50. Maddesi

a. Zarar

Mahkeme, iddia edilen maddi zarar tutarlarının başvuranın gerçekleştirdiği tehditlere ilişkin mahkûmiyetinin sonucu olarak ödemiş olduğunu ve Sözleşme'nin 8. Maddesine bir aykırılık bulunması arasında sebep sonuç ilişkisi bulunmadığını dikkate aldı. Talebin bu nedenle reddedilmesi gerekmiştir.

b. Dava Masrafları ve Harcamalar

Mahkeme, yapılan dava masrafları ve harcamaların toplamı, benzer olaylardaki müracaat kriteri üzerinde adil bir prensip göz önünde tutarak, talep edilen tutarın tamamını onayladı.

Karar, isimleri belirtilen dokuz hâkimden oluşan Daire tarafından verilmiştir.

Mr. R. Bernhardt (Alman), Başkan, Mrs. E. Palm (İsveçli), Mr. A.N. Loizou (Kıbrıslı), Mr. J. M. Morenilla (İspanyol), Sir John Freeland (İngiliz), Mr. A.B. Baka (Macar), Mr. L. Wildhaber (İsviçreli), Mr. J. Casadevall (Andoralı) ve Mr. V. Butkevych (Ukraynalı)

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin iki aylık hazırlık sürecinde, Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan yasalar, tüzükler ve yönetmelikler, Resmi Gazete yayımlanma tarih ve numarası ile yayımlanmaktadır. Bunlardan yargı ile ilgili olanlarla, meslektaşlarımız için hemen gerekli olabileceğini düşündüklerimizin tam metinlerine **Ekler** bölümünde yer verilmektedir.

YASALAR

RG 18 Ağustos 2009/27323

5921 İşsizlik Sigortası Kanunu ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

TÜZÜKLER

RG 26 Ağustos 2009/27331

2009/15283 Aslında Vakıf Olan Tarihi ve Mimari Kıymeti Haiz Eserlerin Vakıflar Genel Müdürlüğüne Devrine Dair 7044 Sayılı Kanunun Uygulanma Şeklini Gösteren Tüzüğün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

YÖNETMELİKLER

RG 16 Ağustos 2009/27321

- Akdeniz Üniversitesi Tohumculuk ve Tarımsal Biyoteknoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Çukurova Üniversitesi Biyoteknoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Kırıkkale Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 17 Ağustos 2009/27322

- Dokuz Eylül Üniversitesi Elektronik Malzemeler Üretimi ve Uygulama Merkezi Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Senfonik Müzik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Dokuz Eylül Üniversitesi Ses Kayıt Stüdyosu, Akustik ve Bilişsel Müzikoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Ağustos 2009/27323

- Kırsal Kalkınma Programı Yönetim Otoritesinin Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Aydınlatma ve Işıklı Sinyal Cihazlarının Motorlu Araçlara ve Römorklarına Yerleştirilmesi ile İlgili Tıp Onayı Yönetmeliğinde (76/756/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasasında Üretim Faaliyetinde Bulunmak Üzere Su Kullanım Hakkı Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Gelişen İşletmeler Piyasası Yönetmeliği
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kapadokya Meslek Yüksekokulu Ana Yönetmeliği
- Maltepe Üniversitesi Avrasya Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 19 Ağustos 2009/27324

2009/15307 Madencilik Faaliyetleri İzin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Acıbadem Üniversitesi Yabancı Diller Hazırlık Okulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Çankaya Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinin Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çankaya Üniversitesi Sürekli Eğitim, Danışma, Araştırma ve Uygulama Merkezi (SEDAM) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziantep Üniversitesi Naci Topçuoğlu Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özyeğin Üniversitesi İngilizce Dil Hazırlık Programı Eğitim-Öğretim Yönetmeliği
- Yaşar Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Ağustos 2009/27325

- Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Piri Reis Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Uşak Üniversitesi Uzaktan Eğitim Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 21 Ağustos 2009/27326

- Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulu Yönetmeliği
- Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kıymetli Madenler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adalet Bakanlığı Burslu Öğrenci Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Adalet Meslek Lisesi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Taşınmaz Malların Sınırlandırma, Tespit ve Kontrol İşleri Hakkındaki Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kadastro Bilirkişileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolu Taşıma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Standartları Enstitüsü Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Acıbadem Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Acıbadem Üniversitesi Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Beykent Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Afrika Stratejik Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi (EKOAF) Yönetmeliği
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Liderlik ve Yönetişim Uygulama ve Araştırma Merkezi (EKOLİDER) Yönetmeliği

RG 22 Ağustos 2009/27327

- Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliği
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Ana Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Ekonomi Üniversitesi Alım-Satım Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Ağustos 2009/27328

- Gazi Üniversitesi Sanat ve Tasarım Uygulama ve Araştırma Merkezi (SANTUM) Yönetmeliği
- Marmara Üniversitesi İmmün Yetmezlik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Samsun Sağlık Yüksekokulu Uzaktan Ebelik Lisans Tamamlama Programı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Yalova Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- İstanbul Kavram Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 24 Ağustos 2009/27329

- Doğu Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Yabancı Diller Bölümü Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırklareli Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Uşak Üniversitesi Halı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Ağustos 2009/27330

- Avrupa Birliği ve Uluslararası Kuruluşların Kaynaklarından Kamu İdarelerine Proje Karşılığı Aktarılan Hibe Tutarlarının Harcanması ve Muhasebeleştirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 26 Ağustos 2009/27331

- Kıymetli Madenler Borsası Aracı Kuruluşlarının Faaliyet Esasları ile Kıymetli Madenler Aracı Kurumlarının Kuruluşu Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Reklâm Yönetmeliği
- Gaziantep Üniversitesi Diş Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 27 Ağustos 2009/27332

- Bayındırlık ve İskan Bakanlığı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kimya Mühendisleri Odası Bilirkişilik Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İnşaat Mühendisleri Odası Serbest İnşaat Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Kadın Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 28 Ağustos 2009/27333

- Acıbadem Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Gazi Üniversitesi Engelli Bireyler İçin Görsel Sanatlar Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Kimsesiz Çocuklar Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Marmara Üniversitesi Çocuk Koruma Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Uludağ Üniversitesi Üniversite-Sanayi İşbirliği Geliştirme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Devlet Konservatuvarı Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Önlisans Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Yaz Okulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 29 Ağustos 2009/27334

- Bireysel Emeklilik Aracıları Hakkında Yönetmelik
- Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirmelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Milli Eğitim Bakanlığı Kurumlarında Sözleşmeli veya Ek Ders Görevi ile Görevlendirilecek Uzman ve Usta Öğreticiler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Okul Öncesi Eğitim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Uzmanı ve Uzman Yardımcılarının Sınav, Atama, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Süsleme Sanatları ve Geleneksel El Sanatları Kursları Yönetmeliği
- Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Denetim Yönetmeliği

RG 31 Ağustos 2009/27335

- Artvin Çoruh Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Balıkesir Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bilecik Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bilecik Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Satın Alma Yönetmeliği
- Fatih Üniversitesi Endüstriyel Otomasyon Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 01 Eylül 2009/27336

- Kırsal Kalkınma Programı İzleme Komitesinin Teşekkülü ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Elektronik Haberleşme Sektöründe Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmeciler ile Bu İşletmecilere Getirilecek Yükümlülüklerin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik
- Karabük Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği

RG 02 Eylül 2009/27337

- Özelleştirme Uygulamalarında Değer Tespiti ve İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Eylül 2009/27338

- Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelik
- Türkiye İhracatçılar Meclisi ve İhracatçı Birlikleri İnsan Kaynakları Yönetmeliği
- Askeri Kantin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Taşınmazlarının Yatırımlara Tahsisine İlişkin Usul ve Esaslar
- Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Deniz ve Hava Bandı Telsiz Haberleşme Sistemlerinin Kurulması, Kullanım İzinlerinin Verilmesi, Ruhsatlandırılması ile Tarifelerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Öğrenci Yurtları Yönetmeliği
- İzmir Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Yandal Programı Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Çift Anadal Programı Yönetmeliği

RG 04 Eylül 2009/27339

- Gümrüksüz Satış Mağazaları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Askerî Müzeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tehlikeli Atıkların Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Koruma Bakım ve Rehabilitasyon Merkezleri Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 05 Eylül 2009/27340

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Süt ve Süt Ürünleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Sinop Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 06 Eylül 2009/27341

- Erzincan Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Nevşehir Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 07 Eylül 2009/27342

- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Tunceli Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Tunceli Üniversitesi Lisansüstü Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 08 Eylül 2009/27343

2009/15343 Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezi Başkanlığı İnsan Kaynakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Harp Akademileri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği
- Üniversitelerde Akademik Teşkilat Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Ön Lisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 09 Eylül 2009/27344

2009/15316 Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Çevre ve Orman Bakanlığı Döner Sermayeli İşletmeler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Eylül 2009/27345

- Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirmelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İzmir Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliği
- Namık Kemal Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Samsun Sağlık Yüksekokulu Uzaktan Ebelik Lisans Tamamlama Programı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Eylül 2009/27346

- Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 12 Eylül 2009/27347

- Bitki Koruma Ürünlerinin Ruhsatlandırılması Hakkında Yönetmelik

RG 13 Eylül 2009/27348

- Özel Teknelerin Donatımı, Kaydı ve Belgelendirilmesi ile Özel Tekneleri Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliği
- Bilecik Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği

RG 14 Eylül 2009/27349

- Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği

RG 15 Eylül 2009/27350

- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Kütüphane Hizmetleri Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Eylül 2009/27351

- Ruhsatlandırılmış veya Ruhsatlandırma Başvurusu Yapılmış Beşeri Tıbbi Ürünlerdeki Değişikliklere Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ardahan Üniversitesi Kafkasya ve Orta Asya Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İzmir Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ordu Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Selçuklu Tıp Fakültesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 17 Eylül 2009/27352

- Okul Servis Araçları Hizmet Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda Sözleşmeli Statüde İstihdam Edilen Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Dicle Üniversitesi Veteriner Fakültesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Eylül 2009/27353

- Muş Alparslan Üniversitesi Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Muş Alparslan Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Ordu Üniversitesi Yabancı Diller Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 19 Eylül 2009/27354

2009/15428 Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Fen Liseleri, Sosyal Bilimler Liseleri, Güzel Sanatlar ve Spor Liseleri ile Her Türdeki Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına Dair Yönetmelik
- Gezi Tekneleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB) Kobi Kredi Faiz Desteği Yönetmeliği
- Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB) Destekleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Naklen veya Açıktan Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Ön Lisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimlerine Devamları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Bingöl Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Yalova Üniversitesi Yabancı Dil ve Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 23 Eylül 2009/27355

- Aksaray Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Düzce Üniversitesi Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Düzce Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fatih Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi Biyoteknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sakarya Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 25 Eylül 2009/27357

- Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Avrupa Birliği İşleri Uzman Yardımcılığı Giriş ve Uzman Yeterlik Sınavı Yönetmeliği

RG 26 Eylül 2009/27358

- Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Geleneksel Güreş Dalları Müsabaka Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İstifası Kabul Edilen Federasyon Kurullarının Yönetmeliklerde Belirtilen Yetkilerinin Kullanılmasına İlişkin Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

- Yağlı Güreş Hakem Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Eylül 2009/27359

- Beykoz Lojistik Meslek Yüksekokulu Ana Yönetmeliği

RG 28 Eylül 2009/27360

- Beykoz Lojistik Meslek Yüksekokulu Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 29 Eylül 2009/27361

- Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İnönü Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 30 Eylül 2009/27362

- Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orta Doğu Teknik Üniversitesi Güneş Enerjisi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Selçuklu Tıp Fakültesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

RG 01 Ekim 2009/27363

- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dumlupınar Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Gümüşhane Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Ekim 2009/27364

- Dışişleri Bakanlığı Sınav Yönetmeliği
- Özel Teknelerin Donatımı ve Kullanacak Kişilerin Yeterlikleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bartın Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 03 Ekim 2009/27365

- Atatürk Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Siirt Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Ekim 2009/27366

- Yaşar Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Yaşar Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Ön Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 05 Ekim 2009/27367

- Ufuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 06 Ekim 2009/27368

2009/15478 Bazı Akaryakıt Türlerindeki Kükürt Oranının Azaltılmasına İlişkin Yönetmelik

- Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gaziosmanpaşa Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Kırıkkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Ekim 2009/27369

- Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Faaliyetlerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Tarihi Kırkpınar Yağlı Güreş Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Pamukkale Üniversitesi Deniz Kaplumbağaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 07 Ekim 2009/27369 (Mükerrer)

- Gümrük Yönetmeliği
- Tasfiye Yönetmeliği

RG 08 Ekim 2009/27370

- Askerî Kantin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Yer Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Süleyman Demirel Üniversitesi Uzaktan Eğitim Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 09 Ekim 2009/27371

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Botanik Bahçesi ve Herbaryum Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Dış Hekimliği Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 10 Ekim 2009/27372

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğünde Sözleşmeli Olarak Görev Yapan Sanatkar Memur, Uygulamacı Uzman Memur ve Uzman Memurlar Hakkında Sınav Yönetmeliği
- Orman, Orman Endüstri ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisleri ile Serbest Meslek Bürolarının Çalışma Alanlarına Dair Yönetmelik

RG 11 Ekim 2009/27373

- Çevre ve Orman Bakanlığı Ağaçlandırma ve Erozyon Kontrolü Hizmetlerine İlişkin Usul ve Esaslarda Değişiklik Yapılmasına Dair Usul ve Esaslar
- Afyon Kocatepe Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Ekim 2009/27374

- Ordu Üniversitesi Sert Kabuklu Meyve Türleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 13 Ekim 2009/27375

- Cumhurbaşkanlığı Kültür ve Sanat Büyük Ödülü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Amatör Spor Dalları Ceza Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Tahkim Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Gençlik ve Spor Kulüpleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü İşletme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Sporcu Belgesi Verilmesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bilecik Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bilecik Üniversitesi Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Hasan Ali Yücel Eğitim Fakültesi Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Yüksekokulu Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Ekim 2009/27376

- Bartın Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi İstatistik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İzmir Ekonomi Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet Sorunları ve Kadın Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kırıkkale Üniversitesi Tıp Fakültesi Süleyman Demirel Araştırma ve Uygulama Hastanesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Ekim 2009/27377

2009/15465 Merkezi Kayıt Kuruluşunun Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

2009/15468 VHF ve UHF Bandında Çalışan Amatör Telsiz Cihazlarının Performans Standartları Hakkında Yönetmelik (TGM-ST-008)'in Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

Alain SUPIOT
HOMO JURIDICUS
Hukukun Antropolojik
İşlevi Üzerine Bir Deneme
Çev: Bilge Açımız Ünal
Dost Yay. 2008, 224 s.

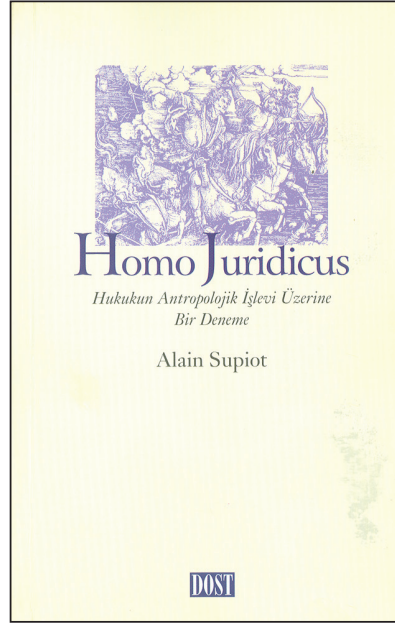
İnsanlık tarihi aynı zamanda bir hukuk tarihidir. Yaşamın hukuku/adaleti var mı? Yoksa hayat sadece *acımasız* mı? Hukuk *adalet* mi? Hukuksuz bir adalet mümkün mü? Hukuku belirleyen kim? Adalet ne? Basitten karmaşığa, günlük hayattan, işin felsefesine varıncaya dek pek çok soru sorulabilir. Çoğunlukla yaşamın kendisine ilişkin gibi görünen bu soruların çoğu "*hukuk*"un da iştiğal alanına girmekte.

Her yaşam türü bir hukuk oluşturuyor mu? Yoksa sadece insan ırkında mı, birlikte/toplumsal yaşama ilişkin sorunların çözümü için hukuk oluşuyor/oluşturuluyor?

Bu sorular ya da konular; sadece hukukçuları değil, başta felsefecileri, sosyologları olduğu kadar, toplumun tamamını ilgilendiren olgular olarak; üzerinde insanlık tarihi boyunca fikir üretilmiş, tartışılmış sorular ya da konulardır.

Dost Yayınevi "*Yasa/Siyasa*" başlıklı bir dizi kitapla, bu konuda, okurlara şimdilik 12 kitap sunmuş. Bunlardan birisi de "*Homo Juridicus*". Yazarı Alain Supiot, hukuk ve sosyoloji eğitimi yapmış. Poitier ve Nantes üniversitelerinde dersler vermiş. Toplumsal ve insani bilimlerin geliştirilmesi için değişik üniversite ve kurumlarda araştırmalarda bulunmuş.

Kitap, "*Hukuki Dogma, Kurucu İnançlarımız*", "*Hukuk Tekniği: Yorum Kaynakları*" başlıklı iki kısımdan oluşuyor.



Arka kapakta “İnsanların bir arada yaşamasının ancak geniş tabanlı ve kalıcı bir uzlaşmayla mümkün olabilmesi, insanların adalete duydukları bağlılığın antropolojik bir veri olması sonucunu doğurur. Bunu taraf olan herkesi bağlayıcı bir yasa aracılığıyla yapmaksa dogmatik bir Batı geleneği olarak bilinir. Bu arada, kurucu inançlarımızın yazılı olduğu metin olarak bilinen hukuk, ne Tanrı tarafından açıklanan bir hakikat ne de bilim tarafından keşfedilen bir olgu sayılmaktadır.” denmekte...

Hukuk, hukuk tarihi, kökeni meraklıları ile birlikte antropoloji düşkünlerinin de ilgisini çekeceğine inanıyoruz.

H. Ataseven

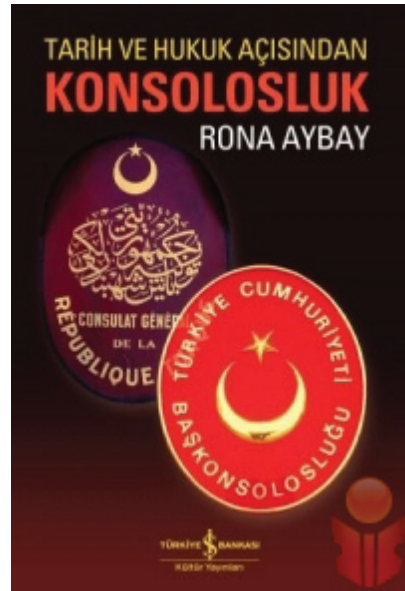
Rona AYBAY,
Tarih ve Hukuk Açısından
KONSOLOSLUK,
Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları,
İstanbul 2009

Prof. Dr. Rona Aybay'ın, “konsolosluk alanındaki tek monografik yapıt” olarak okuyucuya tanıtılan bu eserinde başlangıçta üç başlık bulunmaktadır. Başlıklar “Genel ve Temel Bilgiler”, “Tarihçe” ve Türk Konsolosluk Hukuku'nun kaynakları” şeklindedir. Tarihçe başlığında “Genel” olarak, “Osmanlılarda”, “TBMM Hükümeti dönemi” ve “Günümüzde” konsolosluk kurumu incelenmektedir.

Ayrıca eserde dört bölüm bulunmaktadır. Bölümler sırasıyla “Konsolosluk İlişkilerinin Kurulması ve Yürütülmesi”, “Konsolosluk Hizmetleri”, “Ayrıcalıklar ve Bağışlıklar” ve “Fahri Konsoloslar” başlıklarını taşımaktadırlar.

Kitapta ekler, kaynakça, kavram dizini ve madde dizini yer almaktadır.

Kitabı özellikle konsolosluk bulunan kentlerimizdeki avukat arkadaşlarımıza öneririz. Kendilerine konsolosluklarla olan ilişkilerinde fevkalade yardımcı olabileceğine inanıyoruz.





**Hasan DURSUN,
NASIL BİR YARGI
REFORMU?**

Adalet Yayınevi,
Ankara 2009

Devlet Planlama Teşkilatı Uzmanı olan hukukçu Hasan Dursun, geçen yıl "Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı" başlıklı incelemesi ile Faruk Erem Ödülü kazanmıştı. (TBB Dergisi, sayı 80)

Yazar, Giriş bölümünde "yenilik", "reform", "yargı reformu", "hukuk reformu", "adli reform" gibi kavramlar üzerinde fazlaca durmakta, bir bakıma "kafa karışıklığı" yaratmaktadır. Bunları tünü tek bir anlamda kullanmak gerektiğine inanıyorum. Ancak, yazarın kullanmadığı, sadece deşindiğı "hukuk devrimi" farklı bir şeydir. Diğerleri arasında önemli bir farklılık bulunmadığı kanısındayım. Cumhuriyet dönemin-

de yaşanan hukuk devrimi ilkelere korunarak kitabın başlığında olduğı gibi "yargı reformu" ana amaç kabul edilmelidir.

Kitap dört bölümden oluşuyor. Bölüm başlıkları "Yargının Demokrasideki Konumu ve Bağımsızlığı ile Nesneliliğinin Sağlanması Gerekliğı", "Birey-Yargı ve Devlet-Yargı İlişkileri", "İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesinde Yargıya Düşen Görev", "Küreselleşmeye ve Avrupa Birliği Normlarına yum Gereksinimi" şeklindedir.

Prof. Dr. Muammer AKSOY

Hukuk ve Siyaset,

Türk Hukuk Kurumu Yay.,
Ankara 2009

Adı iç kapakta "Hukuk ve Siyaset Makaleleri (1955-1965)" olarak belirlenen kitapta rahmetli Muammer Aksoy'un makaleleri toplanmış bulunmaktadır. Türk Hukuk Kurumu Başkanı Av. Tuncay Alemdaroğlu sunuş yazısında, "Prof. Dr. Muammer Aksoy'un Forum ve Yön dergilerinde önceden yayımlanmış ve halen güncelliğini koruyan makalelerini derleyip bir kitap halinde yayımladıklarını" belirtmiştir. Menfur bir saldırıya uğrayan Türk Hukuk Kurumu'nun bu değerli başkanını biz de rahmetle anıyor ve başkanın söylediğı gibi pek çok makalenin güncelliğini koruduğına inanıyoruz.