

AVUKATIN İNTERNETTEKİ YERİ



www.barobirlik.org.tr



Baroport ile

- Bilgilerinizi anında güncelleyebilir,
- Ücretsiz "av.tr" uzantılı e-posta hesabı oluşturabilir,
- CMK görevlendirilmelerinizi takip edebilir,
- Sosyal yardım başvurunuzu yapabilir,
- Staj kredisi bilgilerinizi takip edebilir,
- "av.tr" alan adı başvurunuzu yapabilir,
- TBB ile hızlı iletişime geçebilirsiniz.



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BİLGİ İŞLEM MÜDÜRLÜĞÜ



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

AVUKATLIK KANUNU

İLGİLİ KANUN VE
YÖNETMELİKLER
İLE
BELGELER

EKİM 2009 / 2 . BASKI

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

YIL: 22

SAYI: 86

OCAK - ŞUBAT 2009

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

© Copyright: Türkiye Barolar Birliği
Union of Turkish Bar Associations

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

İLETİŞİM ADRESİ / COMMUNICATION ADDRESS

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Bürosu
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 06Faks: 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
31.12.2009

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 göndermemelidirler.
- 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 yayın 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	43	Başkandan
Bilgehan YEŞİLOVA	47	Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği
İlker KILIÇ/Özgür BOR	102	Sözleşmeli Tarım, Devlet ve Hukuk
İhsan BAŞTÜRK	121	Basın Kanunu'nda Kimlik Açıklama Yasağına Aykırılık Suçu
Yasin SEZER/Hüseyin BİLGİN	168	Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi
Arzu BESİRİ	188	Ötanazi ve Yaşam Hakkı
Aykut ÇOBAN	204	Türkiye'de Araştırmaya Konu Olan Embriyonun Hukuki Statüsü
Mahmut KABAKÇI	249	İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri
Serdar HIZIR	268	Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Mal Sigortalarına İlişkin Hükümlerin Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği
Mesut EROL	313	Kanada'da Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Terminatı
Hüseyin BİLGİN	339	5812 Sayılı Kanun ile Kamu İhale Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler
Ayşe KILINÇ	383	İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri
İbrahim ŞAHBAZ	405	Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı
Mehmet Akif POROY	425	Harçlar Kanunu'nun 28/A Maddesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ülger / Türkiye Kararı ve Türk Yargısının Uygulaması Işığında Değerlendirilmesi
Yargıtay Kararları	437	
Disiplin Kurulu Kararları	457	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları	469	Tavlı / Türkiye Davası Çev.: İsmail KAVAK, Elif SOYKAN
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	481	
Kitaplar - Dergiler	499	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından
Sağladığı Temel Güvenceler
Yrd. Doç. Dr. Songül ATAK

Yasal Vekalet Ücretinin Hukuki Niteliği ve
KDV Karşısındaki Durumu
Av. Serkan AĞAR / Av. M. Kağan ELLER

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

Özelleştirme Uygulamalarında Yolsuzluk ve Alınması Gereken Önlemler
Hasan DURSUN

Teselsülde Dış İlişkide Borçlunun Def'ileri
Av. Şevket GÜNAY

Özel Ceza Yasalarına Göre Mahkemelerin Görevleri
Hüsamettin UĞUR

Tarım Reformu ve Mayınlı Araziler
Av. Halil YAZGI

Adli Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler,
Örneklerle Yazı ve İmza Analizi ile Islak İmza Kavramı
Yrd. Doç. Dr. İsmail BİRİNCİOĞLU / Doç. Dr. Erdem ÖZKARA

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

İLO Sözleşmeleri ve Anayasa Düzenlemeleri Işığında
Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Değerlendirmesi
Av. Başak Oya KORAP

editör' den

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin bu sayısında, "Hukuk öğretimi ve hukukçunun eğitimi" konusu ön plana çıkmış görünmektedir. Hukuk öğretiminden önce hukukçu olabilecek kişilerin nitelikleri konusunda Başkanımız Av. Özdemir Özok'un, kısa bir süre önce yayımlanmış yazısını bulacaksınız. Haberler bölümünde ise, YÖK tarafından Erzurum'da düzenlenen "Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi Çalıştayı"nda sunulan Türkiye Barolar Birliği'nin görüşleri yer almaktadır. Başkanın yazısı ve Yönetim Kurulu'nun raporu birbirini tamamlamaktadır. Biri hukuk fakültesi öncesi eğitimi, diğeri hukuk fakültesindeki eğitimi anlatmaktadır. Bu nedenle ardı ardına okunması gerekmektedir.

Bu sayıda Av. Dr. Bilgehan Yeşilova'nın "Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği" başlıklı makalesi, yargılama sırasındaki diyalektik süreç; silahların eşitliği ilkesini, " taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve usuli hakkaniyetin tüm yargılama boyunca korunması" şeklindeki tanımı zemininde ve karşıtarların birbirlerini yok sayması ve önemsememesinin mümkün olmadığı vurgusunu yapmaktadır. Alanında ilk çalışmalardan biri olarak nitelenebilir.

Dr. İlker Kılıç ve Dr. Özgür Bor'un birlikte hazırladıkları "Sözleşmeli Tarım, Devlet ve Hukuk"; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı İhsan Baştürk'ün, "Basın Kanunu'nda Kimlik Açıklama Yasağına Aykırılık Suçu"; Doç. Dr. Yasin Sezer ve Hüseyin Bilgin'in, "Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi"; Av. Arzu Besiri, "Ötanazi ve Yaşam Hakkı"; Doç. Dr. Aykut Çoban'ın, "Türkiye'de Araştırmaya Konu Olan Embriyonun Hukuki Statüsü"; Dr. Mahmut Kabakçı'nın, "İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri"; Serdar Hızır'ın "Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Mal Sigortalarına İlişkin Hükümlerin Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği"; Mesut Erol'un, "Kanada'da Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı"; İdare Mahkemesi Hakimi Hüseyin Bilgin'in, "5812 Sayılı Kanun ile Kamu İhale Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler"; Av. Ayşe Kılınc, "İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri"; Yargıtay Ceza Dairesi Hakimi Doç. Dr. İbrahim Şahbaz'ın, "Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı"; Av. Mehmet Akif Poroy'un, "Harçlar Kanunu'nun 28/A maddesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ülger / Türkiye Kararı ve Türk Yargısının Uygulaması Işığında Değerlendirilmesi"; makalelerinin ilginizi çekiceğine inanıyorum. Bu sayımızın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları bölümünde; Av. İsmail Kavak ve Av. Elif Soykan tarafından çevirisi yapılan; "başvurucunun Sözleşmenin 8. maddesine dayanarak, eski eşinden doğan çocuğun babası olmadığına dair bilimsel delile sahip olmasına rağmen, bu durumu mahkemeye tespit ettirememesi" konulu Tavlı/Türkiye Davası ele alınmaktadır. Kararda, hem kanıtlanmış gerçekler hem de tüm ilgililerin istemleri göz önüne alınmaksızın, yasal bir karinenin biyolojik ve sosyal gerçekliğe üstün tutulduğu bir durumun, devlete bırakılan takdir hakkı göz önüne alındığında dahi, özel ve aile yaşamına etkin bir saygının sağlanması yükümlülüğü ile bağdaşmadığı gerekçesi ile başvurunun oybirliği kabul edildiği görülmektedir.

Saygılarımla.

Teoman Ergül

KARİKATÜRLERLE
İNSAN HAKLARI
ÇOCUK HAKLARI

TAN ORAL



40. yıl

HUKUK ÖĞRETİMİ İLE İLGİLİ ÇALIŞTAY ERZURUM'DA YAPILDI

Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından, Türkiye'de hukuk öğretiminin sorunları bağlamında hukuk fakültelerine öğrenci kabulü, hukuk fakültelerinin müfredatı, adalet meslek yüksekokullarının hukuk fakülteleri ile olan ilişkisi, staj ve mesleğe kabul için aranması gereken koşullar gibi konularla ilgili olarak Atatürk Üniversitesi'nin ev sahipliğinde 10-11 Aralık 2009 tarihlerinde Erzurum'da bir çalıştay düzenledi.

Türkiye Barolar Birliği, Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol Yönetim Kurulu üyeleri Av. Kadri Necati Markoç, Av. Ahmet Gürel ve TBB Hukuk İşleri Müdürü Av. Özcan Çine'den müteşekkil bir kurulda çalıştaya katıldı.

Türkiye Barolar Birliği'nin tespit olunmuş görüşlerini Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol, çalıştaya anlattı. (Metnin tamamı çerçeve içinde sol sayfalarda verilmektedir.)

Toplantıdan sonra YÖK Başkan Yardımcısı Prof. Dr. İzzet Özgenç şu açıklamayı yaptı: "Bu toplantıda alınan karar, hukuk fakültesi öğrenimi sonunda yani kişiler hangi hukuk fakültesinden mezun olursa olsun genel bir hukuk sınavına tabi tutulacaktır. Bu sınav klasik sınav olacaktır. Bu karara göre sınavdan başarılı olan kişiler ancak hukuk alanında meslek icra edebilecektir. Yani kişi hakim, avukat Cumhuriyet savcısı olarak, meslek olarak staja başlamak istiyorsa bu genel sınavda başarılı olması gerekecektir. Böy-

lece Türkiye'de hukuk öğrenimine kalite kazandırmış olacağız. Bu sınav da klasik sınav olacaktır, test usulü sınav değil. Klasik sınavda da hukuk fakültesi mezunlarının dershanelere yönlendirilmesi gibi endişeler olmayacaktır."

"ATATÜRK'Ü ÇAĞDAŞ YORUMLAMA VE ANMA" TOPLANTILARININ İKİNCİSİ ÇANAKKALE'DE 8 OCAK 2010 TARİHİNDE YAPILACAK

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun "21.Yüzyılda Atatürk'ü Düşünmek" ana başlığı altında dört yıllık bir sürede düzenlemeyi planladığı etkinliklerin ikincisi "Çanakkale 1915, Mustafa Kemal Atatürk ve Modern Türkiye" başlığı altında Çanakkale'de yapılacaktır. Sempozyum, Çanakkale Savaş Alanları Gezisi; sergi ve açılış kokteyl şeklindeki program Çanakkale Barosu ve Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Atatürk ve Çanakkale Savaşları Araştırma Merkezi (AÇASAM) ile birlikte düzenlenmiştir.

Prof. Dr. Mete Tunçoku "Çanakkale 1915'e Sahip Çıkabilmek" konusunda bir konuşma yapacak; arkasından aşağıdaki konuşmacılar tebliğlerini sunacaklardır.

1. Yrd. Doç. Dr. Mithat ATABAY, "Mustafa Kemal'in Balkan Muharebeleri Esnasında Çanakkale Bölgesindeki Faaliyetleri".

2. Yrd. Doç. Dr. Burhan SAYILIR, "Çanakkale Savaşları Sırasında Mustafa Kemal".

3. Yrd. Doç. Dr. Ahmet ESENKAYA,

HUKUK ÖĞRETİMİ VE HUKUKÇUNUN EĞİTİMİ

Hukuk devleti olmanın ilk adımı; toplumda hukuk bilincinin yerleşmesi ve hukuka saygı duyulmasıdır.

İnsan temel hak ve özgürlüklerine dayanan hukuk devletin en önemli müesseselerinden biri "*Adil Yargılanma Hakkı*" dır. Doğru ve güvenli yargılanma hakkının uygulanması, korunması, geliştirilmesi ve güçlendirilmesi; bağımsız mahkemelerin, tarafsız ve nitelikli yargıçların, görev bilinç ve sorumluluğuyula davranan savcılarının varlığına bağlı olduğu kadar yaptığı işin sorumluluğunda bilgili, yürekli, cesur ve en önemlisi bağımsız avukatların varlığına da ihtiyaç göstermektedir.

O halde yargı erkinin kurucu unsurlarının temsilcileri olan hukuk uygulayıcılarının önemleri tartışmasızdır ve onların mutlaka "*nitelikli hukukçu*" olmaları gereklidir. Klasik meslekler olarak adlandırabileceğimiz "*temel hukuk uygulayıcılarının*" (hâkim-savcı-avukat-noter) uygulamalarının sonuçları, hukuk devletini doğrudan etkiler niteliktedir. Nitelikli hukukçu yetiştirilmesi ise ancak yeterli ve düzeyli bir hukuk eğitimi ve hukukçunun eğitiminden geçmektedir.

Birçok ülkede daha iyi ve daha nitelikli hukukçu yetiştirmek için hukuk eğitiminde reform çalışmaları yapılmaktadır.

Ülkemizde, hukuk öğretim ve eğitiminin yapıldığı hukuk fakültelerinin ve mezunlarının bugünkü durumuna baktığımızda, çok ciddi bir hukuk öğretim ve eğitim reformuna ihtiyaç olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır.

Ancak yapılması gereken şey, bir değişiklikten öte, hukuk öğretiminde radikal bir reformdur. Zira son on yıldır, programların dünyada kabul edilen standartlara uydurulması kapsamında yapılan dönemlik ders uygulaması, kredili, harfli ve 4'lük not sistemine geçilmesi gibi değişiklikler, sadece şekli ve geçici değişikliklerdir. Bu değişiklikler eski sisteme adeta yama gibi monte edildiğinden, eski sınav ve ders sisteminden daha kötü sonuçlar doğurmuş, eski de olsa işleyen sistemin tüm dengesini alt üst etmiştir. Sistemin bir bütün halinde ele alınıp düzenlenmesi gerekmektedir.

“Çanakkale Savaşları Sırasında Basında Mustafa Kemal”.

4. Yrd. Doç. Dr. Ömer ÇAKIR, *“Çanakkale Cephesinden Mustafa Kemal’in Gönderdiği Mektuplar”.*

5. Yrd. Doç. Dr. Muhammet ERAT, *“Atatürk’ün Cumhuriyet Döneminde Çanakkale Ziyaretleri”.*

Serginin materyalini yazar Bülent Yılmaz mazer verecek ve Yılmaz’ın sergi öncesi bir tanıtım konuşması yapacaktır.

10 ARALIK İNSAN HAKLARI GÜNÜ ETKİNLİKLERİ

Her yıl olduğu gibi bu yılda Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, 10 Aralık İnsan Hakları Günü’nü çeşitli etkinliklerle kutladı.

Öncelikle İnsan Hakları Evrensel Bildiri’nin Prof. Dr. Rona Aybay tarafından hazırlanan kitapçığı yeniden bastırıldı.

Karikatürcüler Vakfı ile ortaklaşa *“Karikatürlerle İnsan Hakları”* sergisi açıldı; serginin teması *“Çocuk Hakları”* olarak seçilmişti. Sergi kitabı da yakında ilgililere sunulacaktır.

Son olarak *“İletişim Özgürlüğüne Müdahale”* konulu panel yapıldı. Toplantının açılış konuşmasını Prof. Dr. Rona Aybay yaptı.

TBB Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler, TBB İnsan Hakları Komisyonu’nun düzenlediği *“İletişim Özgürlüğüne*

Müdahale” Panelini açış konuşmasında özetle şunları söyledi:

“10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin kabul edilmesinin 61. yılı dolayısıyla düzenlediğimiz etkinliklere onur verdiniz, hoş geldiniz.

İnsanın, yalnızca insan olmasının gereği olarak sahip olduğu “doğal haklar”, uygarlık tarihinin başlıca konusudur. Bir başka ifadeyle uygarlık, ancak insan hakları bilincinin geliştiği ölçüde yükselmiş, bu bilincin köretildiği dönemlerde karanlığa gömülmüştür.

Kuşkusuz, insan hakları ve devlet kavramları sıkı bir ilişki içindedir. Bireyin devletle ilişkisi çerçevesinde, tiranlara, imparatorlara, krallara karşı verilen insan hakları mücadelesinde nice büyük düşüncüler, işkencelerden geçmiş, nice cesur insan, hayatını yitirmiştir.

Orta çağda, dini kurumların dayattığı dogmalar, insan özgürlüğüne ve aklına, dolayısıyla bilimin ve uygarlığın gelişmesine büyük sekte vurmuş, insanlık bu karanlık çağdan yüzyıllar süren bir savaşımla, büyük kayıplar vererek çıkabilmiştir.

1215 tarihli Magna Charta Sözleşmesi, birey hakları karşısında kralın yetkilerini kısıtlayan ilk belge olarak kabul edilirken; 18 ve 19. yüzyıllar, temel insan haklarının anayasalarda yer alması mücadelelerine sahne olmuştur. 20. yüzyılda ulusal düzeyde sürdürülen insan hakları mücadeleleri, milyonlarca kişinin yaşamını yitirdiği ve insan onurunun büyük darbe aldığı 2. Dünya Savaşı dramından

Diğer yandan yargı örgütünün ve avukatlık mesleğinin bugün içinde bulunduğu duruma baktığımızda, hukuk lisans eğitimi sonrasında ve meslek adaylığı evresinde de aynı şekilde ciddi bir staj eğitim reformuna ihtiyaç olduğu görülmektedir.

I. HUKUK FAKÜLTELERİNE ÖĞRENCİ KABULÜ

Üniversite öncesi eğitimde, bu gün gelinen noktada orta öğretimin gerekli eğitim ve öğretimi vermekten uzak, öğrencilerin bilgi ve bilgiyi yorumlama düzeylerinin olması gerekenden çok düşük olduğu, bu nedenle dershanelerin giderek liselerin yerini aldığı, burada verilenin ise sadece nasıl daha süratli biçimde test sorularını yanıtlamaya yönelik olup, öğrenme, okuma, araştırma alışkanlığı, düşünme, analiz ve sentez yapma, sorgulama, sözlü ve yazılı anlatım yeteneklerini kazandırmadığı görülmekte, orta öğretim programlarının yetersizliği bilinmektedir.

Bunlarla birlikte bitirme sınavının da (bakalorya-abitur,vb) olmaması da üniversiteye devam edecek öğrenci niteliğini olumsuz yönde etkilemektedir. Ülkemizde hukuk eğitimi, lise sonrası lisans düzeyinde yapılmaktadır. Hukuk fakültelerinin eğitim süresi 4 yıldır. Hukuk fakültelerine kabul ise ÖSYM tarafından ülke genelinde yapılan ÖSS sınavı ile olmaktadır.

Devlet ve vakıf üniversiteleri bünyesinde faaliyet gösteren, kurulup da henüz öğrenci kabul etmeyenlerle birlikte hukuk fakültelerinin sayısı 50'yi geçmiş bulunmaktadır. Bu fakültelerin bir kısmına, özellikle vakıf üniversiteler bünyesinde bulunan hukuk fakültelerine, ekonomik nedenlerle düşük taban puanlarla öğrenci kabul edilmektedir. Bu durum daha başlangıçta hukuk öğrencileri arasında eşitsiz bir dağılımı ortaya çıkarmaktadır.

Üç yıldan dört yıla çıkarılmış olsa da yetersiz bir orta eğitim sonrası üniversite hukuk lisans eğitimi adayı olan öğrenciler ile ÖSYM başarı dereceleri birbirinden farklı öğrencilerin oluşturduğu bir hukuk öğrenci portföyü daha başlangıçta üniversite hukuk lisans eğitiminin handikabını oluşturmaktadır.

Bu bağlamda öncelikle hukuk fakültelerine öğrenci kabulünün ele alınıp yeni bir düzenlemeye gidilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

sonra evrensel boyutta ele alınabilmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun, 10 Aralık 1948 tarihinde, Paris'te yaptığı toplantıda, Türkiye'nin de içinde bulunduğu 48 ülkenin oy çokluğuyla kabul edilen 'İnsan Hakları Evrensel Bildirisi' bu açıdan önemli bir dönüm noktasıdır.

İnsan hakları konusunun devletlerin iç hukuk sorunu olmaktan çıkıp evrensel koruma altına alınmasıyla, 'devletlerarasındaki ilişkileri düzenlemekle yetinen geleneksel uluslararası hukuk anlayışı' da yeniden şekillenmiştir.

Bildiriyi takiben, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi çerçevesinde hazırlanan sözleşmeler ve diğer hukuki belgelerle evrensel hukuk inşa edilmiştir.

İnsan haklarını esas alan evrensel hukukun öngördüğü çoğulcu demokratik sistemler sözleşmelere taraf olan devletlere bireyin hak ve özgürlüklerini güvence altına almak ve bu hakkın kullanımı için gerekli koşulları sağlamak yükümlülüğünü getirirken, siyasal iktidarların insan haklarını ihlal eden uygulamalarını da denetim altına almıştır.

Ne var ki bütün bu çabalara rağmen, dünya üzerinde yaşayan altı buçuk milyarı aşkın insandan ne kadarının en temel insan haklarını kullanabildiği sorusu bile vicdanları sızlatmaya yetecektir.

Gelişmiş demokrasilerde, hukuk devletinin varlığı ve sivil baskı gruplarının etkinliklerine paralel olarak kısmen koru-

nabilen insan hak ve özgürlükleri; otoriter ve totaliter yönetimlerin baskısı altında yaşayan toplumlarda hayata geçememektedir.

İnsan haklarının temelinde insan onuru vardır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, insan onuruna vurgu yaparak başlar. Bildiri, temel hakları sıralarken de insan onurunu esas alır.

Öyleyse;

İnsanlık onurunu kıran işkence ve cezaların neden sürdüğünü, Dünyanın özgürlük, adalet ve barış temeline neden oturmadığını, İnsanlığın korkudan ve yoksulluktan neden kurtulamadığını, Kadın erkek eşitliğinin neden sağlanmadığını, Eğitim ve sağlık haklarından bireylerin eşit olarak neden yararlanmadığını, İfade özgürlüğünün neden yeterli ölçüde kullanılmadığını, Huzur ve güvenin neden tesis edilemediğini

Ve benzer soruları bıkip usanmadan gündeme getirmek, insan haklarını ihlal edenleri sorgulamak, evrensel hukukun yaygınlaşması için mücadele etmek ve bu hakların sadece metinlerde kalmasını değil, uygulamaya geçmesini hedeflemek hem hakkımız, hem de görevimizdir.

İnsan hakları mücadelesi her şeyden önce vatandaşlık bilinciyle yapılır. Ulusal bağımsızlığımızın temeli olan Cumhuriyetimiz, bilinen engellemelere rağmen, ülkemizde, vatandaşlık bilincini oluşturmada büyük bir yol kat etmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisini kabul eden ülkeler arasında yer alan Tür-

II. HUKUK FAKÜLTELERİNE ÖĞRENCİ KABULÜ KONUSUNDA ÖNERİLER

• Lise eğitimi yeniden yapılandırılmalı, merkezi lise bitirme sınavları yeniden konulmalıdır (Fransa/Bakalorya, Almanya/Abitur, Avusturya ve İsviçre/ Matura gibi).

• Hali hazırda ÖSYM tarafından gerçekleştirilen Üniversite giriş sınavı tümünden kaldırılmalı, her fakülte kendi sınavını yaparak öğrenci kabul etmelidir. Bu bağlamda hukuk fakültelerine giriş sınavlarının ayrı bir sınavla, bir hukukçuda bulunması gereken anlatım ve yazım yeteneği, genel kültürü, analiz ve sentez yapma sorun çözme yeteneklerini ölçecek ve değerlendirecek biçimde sağlanmalıdır.

• Dünya standartlarına göre yeterli eğitim kadrolarına ve maddi olanaklara sahip fakülteler kurulmalı ve hali hazırda kurulu fakülteler de bu standartlara uygun hale getirilmelidir.

III. HUKUK FAKÜLTELERİNDE ÖĞRETİM (MÜFREDAT)

Kaliteli hukuk eğitim ve öğretimi, ancak iyi yetişmiş, son derece donanımlı öğretim elemanlarının varlığı ile mümkündür. Oysa ülkemiz gerek nicelik ve gerekse nitelik olarak yeterli ölçüde öğretim üyesinden yoksundur. Bu yetersizliğe giderek artan sayıda alt yapı ve donanım eksikliği taşıyan hukuk fakülteleri ile artan sayıdaki öğrenci kapasitesi eklendiğinde hukuk eğitim ve öğretimi tıkanma noktasına gelmiş, uygulanan müfredatta yaşanan sıkıntılar ve bu müfredat ile lisans eğitimi süresi arasındaki uyumsuzluklar sonucunda lisans kademesinde “*nitelikli hukukçu*” yetiştirilmesi olanaksız hale gelmiştir. Bu olumsuzluklar elbette lisansüstü eğitimi de yetersiz hale getirmekte, öğretim üyesi açığı fazlaşarak kısır döngüye dönüşmektedir.

Gerek devlet üniversiteleri hukuk fakültelerinde gerekse vakıf üniversiteleri hukuk fakültelerinde uygulanan ders programlarının öğretim üyesi ağırlıklı olduğu, öğrencinin bilgi alıcısı durumunda kaldığı, kalabalık sınıflarla öğrencilerin derse katılımlarının mümkün olamadığı, vakıf üniversiteleri hukuk fakültelerinde öğrencilerin daha sınırlı sayıda olması nedeniyle az da olsa derse katılımlarının sağlandığı, pratik çalışmalara yeterince yer verilemediği, bunlar yapılmak is-

kiye Cumhuriyeti Devleti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dahil olmak üzere evrensel hukukun ürünü olan sözleşmelerin de tarafıdır.

Anayasamızın, Cumhuriyetin niteliklerini belirten ve değiştirilemez 2'inci maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'ni; başlangıç kısmında yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan; toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlar.

Ne var ki, yaşanan son olaylar; insan haklarının güvencesi olan hukuk devletini sarsacak uygulamaların yanı sıra, temel insan haklarından olan iletişim özgürlüğünü de ortadan kaldırmaya yönelik gelişmeler göstermektedir.

Kuruluşundan bu yana, insan hak ve özgürlüklerini; barışı ve kardeşliği, hukuk devletini ve hukukun üstünlüğünü savunan Türkiye Barolar Birliği; Avukatlık Kanunu'nun kendisine yüklediği görev sorumluluğuyla; insan haklarına dayalı demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin bütün kurum ve kurallarına işlerlik kazandırmak yolundaki mücadelesine bugün olduğu gibi bundan sonra da devam etme kararlılığındadır."

Ankara Barosu Başkanı Vedat Ahsen Coşar'ın yönettiği panelde Prof.Dr. Fazıl Sağlam, Yargıtay 8.Ceza Dairesi Üyesi, Hamdi Yaver Aktan, Doç Dr. Murat Önok ve Av. Serkan Cengiz ilgi ile izlenen konuşmalar yapıldı.

KOCAELİ BAROSU HİZMET BÜROLARI VE EĞİTİM MERKEZİ AÇILDI

Kocaeli Barosu'nun "Hizmet Binası ve Eğitim Merkezi" 17 Kasım 2009 tarihinde törenle açıldı. Törene katılan Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol aşağıdaki konuşmayı yaptı:

"Kurulduğu günden bu yana cumhuriyetimizin kazanımlarını koruyan ve demokratik laik sosyal hukuk devletinin savunuculuğunu yapan, saygın üyeleriyle, aydınlık ve çağdaş Türkiye'nin en güçlü teminatlarından olan Kocaeli Baromuzun, kuruluşunun 71.yılıni kutladığı bu günlerde hizmet büroları ve eğitim merkezinin açılışı nedeniyle sizlerle bir arada olmaktan büyük onur ve mutluluk duyduğumu ifade etmek isterim.

Bu tesislerin meslektaşlarımıza ve özellikle de mesleğimize yeni adım atan stajyer arkadaşlarımıza eğitim ve diğer hizmetleri sunacak olmaları nedeniyle taşıdıkları önem açıktır. Bunun yanı sıra bu tesisler aynı zamanda mesleğimizin saygınlığını dışa yansıtan vitrinler olarak da önemli bir işleve sahiptirler.

Bugün her zamandan çok saygın, donanımlı, güçlü, etkin ve hiçbir iktidara boyun eğmeyen bağımsız avukatlara ve onların bağımsız örgütleri olan barolara ihtiyaç bulunmaktadır. Bu tesislerin böyle bir meslek ve örgüt yaratmada büyük katkıları olacağına inanıyorum.

Bu nedenlerle mesleğimizin onur ve saygınlığına yakışır bu tesisleri kazandıran başta Baro Başkanımız Sayın Av.

tense de özellikle devlet üniversitelerinde hukuk fakültelerinde pratik çalışmalar için öğretim üyesi sayısının yeterli olmadığı, uygulamadan örneklerin verilemediği, davranış biçimlerinin öğretilmediği, karar tahlillerinin yaptırılmadığı saptanmıştır. Bu kısa değerlendirme örneği bile hukuk fakültelerinde eğitimin yeterli düzeyde yapılmadığını göstermeye yeterlidir.

IV. HUKUK ÖĞRETİM MÜFREDATI İLE İLGİLİ ÖNERİLER

- Özel hukuk alanında kanunların temel mantığının ve çözüm yollarının kavranabilmesi için Roma Hukukunun eğitim ve öğretimi bir zorunluluk olmasına rağmen özellikle son günlerde Roma Hukukunun eğitim programlarından çıkarılma ve seçimlik ders haline getirme çalışmalarının yapıldığı gözlenmektedir. Roma Hukuku bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminin temel öğretilerinden birisi olup hukuku dogmalardan ayırarak akıl temeline dayandırmaktadır. Bu özelliği ile laik hukuk sistemine ulaşan köprü işlevini de görmektedir. Bu güne kadar olduğu gibi Roma Hukukunun zorunlu ders olarak okutulmasında sayısız yarar vardır.

- Mezunlarının yaklaşık %80 inin avukat olduğu hukuk fakültelerinin bir kısmında avukatlık hukuku seçimlik ders olarak okutulmakta bir kısmının ise programında hiç yer almamaktadır. Avukatlık Hukuku sadece avukatlığı meslek olarak yapacak olanları ilgilendirmemektedir. Tez-antitez-sentez diyalektiğinde yargının sav ve karar organlarında yer alan savcı ve yargıçları da doğrudan ilgilendirmektedir. Yargısal faaliyeti gerçekleştiren bu üçlünün birbirlerinin hak yetki ve sorumluluklarını bilmesi zorunludur. Kaldı ki çoğu kez yargıçlık ve savcılık mesleğini yapanlar en geç yargıçlık ve savcılık mesleklerini sonlandırdıktan sonra avukatlık yapmaktadırlar.

- Hukuk öğreniminde ülkede öğrenilen hukuk sistemi yanında karşılaştırmalı, hukuk sistemleri de hukuk kültürünün gelişmesi bakımından öğretilmelidir.

- Bu kabullere göre müfredat üç bölümden oluşmaktadır. Bunlar; temel dersler, yardımcı dersler ve seçimlik derslerdir. Temel ve yardımcı derslerin tüm fakültelerde okutulması zorunlu olmalıdır.

Cumhur Arıkan ve baro yönetim kurulu olmak üzere tesislerin yapımında emeği geçen herkese önce meslektaşınız bir avukat olarak şahsım ve sonra da kurum adına sonsuz teşekkürler sunarım.

Tesislerin mesleğimize ve meslektaşlarımızı hayırlı olmasını dileriz.”

TBB, ADALET BAKANLIĞI'NIN BİR HAKİM VE BİR SAVCININ İHRAÇ İSTEMİNE KARŞI ÇIKTI

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu, Adalet Bakanlığı'nın Sincan Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı Osman Kaçmaz ile Yargıtay Başsavcı yardımcısı ve Yarsav eski Başkanı Ömer Faruk Eminağaoğlu'nun meslekten ihracı konusundaki girişimlerinin basına intikal etmesi üzerine aşağıdaki bildiri yayımladı:

“Siyasi iktidarın yargıya müdahalesinin tipik bir örneğini daha yaşıyoruz. Anayasa'nın 2. maddesinde de yazılı bulunan Cumhuriyetimizin temel nitelikleri arasında sayılan, hukuk devletinin en önemli özelliklerinden olan yargı bağımsızlığı önemli ölçüde bir yara daha alıyor.

Anayasamızda teminat altına almış olan yargıç ve savcı güvencesi sarsıntıya uğruyor ve bütün bunlar ülkemizde onarılmaz toplumsal sıkıntıya yol açıyor. Kuvvetler ayrılığına dayalı demokratik rejimin ve onun olmazsa olmazı bağımsız yargıyı içine sindiremeyen siyasal iktidarların yargıyı hırpalamak, baskı altına almak ve onu kendilerine ram etmek çabaları dünyada ve ülkemizde de örnekle-

ri görüldüğü gibi hep hüsrarla sonuçlanmıştır.

Habere konu hakim ve savcımızın eylem ve davranışlarıyla ilgili olarak iddiaları ve dosyaları inceleyerek karar verme yetkisi, çoğunluğu bağımsız yüksek yargıçlardan oluşan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nin görev ve sorumluluğundadır. Yüksek Kurul'un kendi meslektaşları ile ilgili olarak en doğru, gerçekçi ve en adil kararı vereceklerine yürekten inanıyoruz.

Tarihi deneyimler göstermiştir ki; demokratik, laik, sosyal hukuk devleti ancak baskıcı iktidarlara karşı direnen yürekli ve yüksek vicdanlı hakimlerin sırtlarında yükselmiştir.

Türkiye Barolar Birliği, Cumhuriyetimizin kazanımlarının ve Hukuk Devletinin sarsılmaz tarafı ve bekçisidir.

Türkiye Barolar Birliği; ülkemizde her şeyin hukuk düzeni içinde ve hukuk kurallarına uygun olarak yaşama geçirilmesini ve yürütmenin yargıya müdahalelerinin artık son bulmasını isteyerek görüşlerini değerli meslektaşlarına ve kamuoyuna saygı ile duyurur.”

“YARGI REFORMU STRATEJİSİ” KONUSUNDAKİ TOPLANTI KAYSERİ'DE TARTIŞILDI

“Yargı Reformu Stratejisi ve Avukatlık Meslek Sorunları” konulu toplantı Kayseri Barosu Başkanlığı'nın ev sahipliğinde 12-13 Aralık 2009 tarihinde Nevşehir'in Kozaklı İlçesi'nde düzenlendi.

A. Temel Dersler

Anayasa Hukuku-İnsan Hakları Hukuku; Medeni Hukuk (Şahıs Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku); Borçlar Hukuku (Genel Hükümler, Tazminat Hukuku, Sözleşmeler Hukuku); İdare ve İdari Yargılama Hukuku; Ceza Hukuku (Genel-Özel); Ceza Usul Hukuku; Hukuk Usulü ve İcra İflas Hukuku.

B.Yardımcı Dersler

Hukuka Giriş; Ticaret Hukuku; İş Hukuku-Sosyal Hukuk; Avukatlık Hukuku; Hukuk Tarihi; Roma Hukuku; Devletler Hukuku (Genel-Özel); Ekonomi; Maliye-Vergi Hukuku; Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi; Adli Tıp-Adalet Psikolojisi; Karşılaştırmalı Hukuk.

C. Seçimlik Dersler

Yabancı Hukuk Dili; Bilişim Hukuku; AB Hukuku; İmar Hukuku; Hukuk Metodolojisi; Uluslararası Ceza Hukuku; Kriminoloji; Sağlık Hukuku; Patent Hukuku; Rekabet Hukuku; Tebligat Hukuku; Spor Hukuku (ve ihtiyaca göre konulacak diğer dersler).

V. HUKUK ÖĞRETİM VE EĞİTİMİNDE ESAS ALINACAK YOL VE YÖNTEMLER:

A. Lisans Eğitimi

Hukuk fakültelerinde pratik çalışmalara yer verilmeli geleceğin hukukçularına “olayların tespitinde isabet, karar verme, yorum yapabilme, hukuki konularda fikir yürütebilme, karşılıklı tartışma, iddiasını iyi ifade edebilme” yeteneklerinin gelişmesi ve daha önemlisi kendilerine olan güven duygularının pekişmesi sağlanmalıdır.

- Hukuk fakülteleri yüksek lise olmaktan çıkarılmalı, tek öğretim üyesi, tek kitap usulü terk edilmeli, fakülteler sadece eğitim kurumları olarak değil, akademik çalışmaların yapıldığı, akademisyenlerin yetiştirilip bilimsel araştırmaların yapıldığı kurumlar olarak yeniden örgütlenmelidir.

- Sınavlar yazılı ve sözlü olmalıdır.

Toplantıya Adalet Bakanı Sadullah Ergin, TBB Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler ve TBB Genel Sekreteri Av. Cengiz Tuğral ve Yönetim Kurulu üyeleri Av. Asude Şenol ve Av. M. Turgay Bilge'nin yanı sıra 58 baronun başkan ve temsilcileriyle Adalet Bakanlığı bürokratları katıldılar.

Toplantının başından itibaren avukatlık mesleğinin sorunlarının çözümü ve yargı reformu çalışmalarında Türkiye Barolar Birliği'yle irtibatlı çalışma isteğini dile getiren Adalet Bakanı Sadullah Ergin, Atatürk'ün "tam demokrasi", "dünya medeniyeti ailesinden kopma" ve "çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma" hedeflerini yakalayabilmek için de adalet sisteminin sürekli gelişmesi gerektiğini ifade eden Bakan Ergin, "Elbette ki bu değişim ve gelişimin eksenini, ülkemizin ihtiyaçları, halkımızın talepleri, modern dünyanın kabul ettiği demokrasi ve insan hakları anlayışı oluşturacaktır. Bu değişim ve gelişim politikamız ile güven veren bir adalet sisteminin oluşturulması suretiyle insan haklarına dayalı, çağdaş ve eksiksiz demokrasinin tesisini amaçlamaktayız. Bakanlığımızca ortaya konulan ve benimsenen söz konusu vizyonun gerçekleştirilmesine yönelik olarak yaptığımız önemli çalışmalardan biri de yargı reformu stratejisi ve eylem plânıdır." dedi.

Yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi için HSYK'nın yeniden yapılandırılması gerektiğini dile getiren Ergin konuşmasını şöyle sürdürdü: Yeniden yapılandırma kapsamında Türkiye Barolar Birliği ve üyesi avukatların da HSYK'da temsil edil-

mesinin HSYK'nın temsil gücünü ve meşruiyetini daha da artıracığına, diğer yandan mesleki iletişimi güçlendireceğine inanmaktayız.

Bakan Ergin, söz konusu stratejinin adalet sisteminin tüm yönlerini kapsayacak bir bakış açısıyla oluşturulduğunu dile getirerek, "Adalet sistemine ilişkin sorunlu alanlar belirlenerek bunların giderilmesi için öncelikle amaçlar tespit edilmiştir. Bu amaçlara ulaşılabilmesi için yürütülecek faaliyetler belirlenmiş ve atılacak adımlardan sorumlu kurumlar, süre ve bütçeyi öngören eylem planı hazırlanmıştır. Yargı reformu strateji ile yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının güçlendirilmesi, yargının verimlilik ve etkinliğinin artırılması, yargıda mesleki yetkinliğin artırılması." ifadelerini kullandı.

Yargı reformu konusunun belki de ilk kez bu derece kapsamlı ve bütüncül bakış açısı ile ele alındığını söyleyen Adalet Bakanı, eylem plânı dikkatle incelendiğinde Adalet Bakanlığı'nın bugün kendisinde olan pek çok yetkisinden yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının güçlendirilmesi adına vazgeçtiğinin görüleceğini vurguladı.

Yargı reformunu bugünü değil, geleceği plânlayarak yaptıklarını aktaran Ergin, konulara sadece kendi açılarından değil yargının sağlıklı işlemesini düşünerek baktıklarını bildirdi.

Adalet Bakanı Sadullah Ergin, demokratik hukuk devletinin gereklerinden birinin de kuvvetler ayrılığı olduğunu ifade ederek şunları kaydetti: "Bu ilkenin gereği olarak Anayasamızda egemenliğin

- Test usulü sınav mutlaka kaldırılmalıdır.
- Kredi sistemi öğretim bütünlüğünü bozduğundan mutlaka terk edilmeli, not sistemine geçilmelidir.
- Yıl sistemi yerine yarıyıl uygulaması (sömestr) sistemine geçilmeli, her sömestr sonunda sınavlar yapılmalıdır. Temel derslerin genel bölümleri yılın birinci, özel bölümleri ise ikinci sömestr döneminde okutulmasında yarar bulunmaktadır. Ancak, gerekli görülen bazı zorunlu dersler bir yarıyıl verilebilir. Seçimlik dersler ise sadece yarım dönem okutulmalıdır.
- Bir çok fakülte ve yüksek okulda olduğu gibi hukuk fakültelerinde de eğitim döneminde staj uygulamasına geçilmelidir. Özellikle öğrencilerin eğitim sürecinde tercih edecekleri iki yaz tatilinde birer aylık mahkeme ve/veya avukat yanında staj benimsenebilir. Bu konuda barolar ve Adalet Bakanlığı ile işbirliği yapılmalıdır.
- Hukuk eğitiminin sonunda elde edilecek temel meslekler olan hakim, savcı, avukat, noter olabilmek için mutlaka merkezi bir devlet sınavının konulması elzemdir. Bunun nedeni, yargı diyalektiği içinde yer alan meslek guruplarının aynı hukuki formasyona sahip olmaları ve bir meslekten diğer bir mesleğe geçişte kolaylık ve sorun yaşanmamasıdır.

B. Lisansüstü Eğitim

- Ülkemizde halen hukuk lisansüstü eğitimi, sosyal bilimler enstitüleri aracılığıyla yapılmaktadır. Bürokratik bir yoğunluk da yaratan lisans üstü eğitimin enstitüler aracılığıyla yapılması uygulamasına son verilerek, lisans üstü eğitim yetkisi fakültelere bırakılmalıdır. Böylelikle lisans üstü eğitim hem daha sağlıklı yapılabilecek, hem enstitülerden kaynaklanan bürokratik işlemler son bulacak, hem de LL.M (Hukuk Mastırı) ve hukuk doktorası verilebilecektir.
- Hukuk fakültelerimiz, yerleşik uygulamalarında olduğu gibi sadece hukuk mezunu vermekle kalmamalı, nitelikli hukukçu yetiştirmeyi de amaçlayarak öğretim, eğitim ile birlikte yapılmalı ve nitelikli hukukçuların temelleri Hukuk fakültelerinde atılmalıdır.

kayıtsız ve şartsız millete ait olduğu ve milletin, egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanacağı belirtilmiştir. Esasen devlette gerçek kuvvet tektir ve o da millet yani milli iradedir. Egemenliğin kaynağı olan millet, aynı zamanda bütün kuvvetlerin dayanağını oluşturmaktadır.” dedi.

Hukukun üstünlüğünün ‘hukukçunun üstünlüğü’ anlamına gelmediğinin unutulmaması gerektiğini dile getiren Bakan Sadullah Ergin, “Üstün hukuk kuralları hukukçular için de bağlayıcıdır. Daha önce de ifade ettiğim gibi kamuoyunun yargıya güveni, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurudur. Bu güveni sağlamak için, sadece kanunları uygulamak yetmez, aynı zamanda adaletli görünmek de gerekir. Adaletli görünmenin en önemli şartı ise, yargısal görevin yerine getirilmesinde bir tarafın lehine davranmamak veya ön yargılı olmamak şeklinde tarif edilen ‘Tarafsızlık’tır. Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve tarafları tatmin edecek şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu ilke sadece karar için değil, aynı zamanda kararın oluşturulduğu yargısal süreç açısından da geçerlidir.” ifadelerini kullandı.

Çağdaş yargı sistemini tesis etmeye çalışırken, savunmanın da oldukça önem taşıdığından akıllardan çıkartılmaması gerektiğini ifade eden Bakan Ergin, “Adalet hizmetlerinin, hukukun üstünlüğü temelinde, adil, etkili ve verimli bir şekilde yerine getirilmesini sağlayacak çağdaş bir yargı sistemi tesis etmeye çalışırken, bağımsız yargının ayrılmaz bir par-

çası ve kurucu unsurlarından olan savunmayı, yargının diğer paydaşlarından ayrı düşünmemiz söz konusu olamaz.” şeklinde konuştu.

TBB Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler de Bakan’ın katılımından duyduğu memnuniyeti belirtti ve toplantıyı düzenleyen Kayseri Barosu’na teşekkürlerini ilettili.

Mesleğin sorunları ve yargının düzgün işleyişi açısından Adalet Bakanlığı’yla işbirliği içinde olmaktan her zaman memnun olacaklarını, bu vesileyle Adalet Bakanı’nı TBB’ne de beklediklerini söyleyerek, konuşma süresinden baro başkanlarının kullanmaları için feragat ettiğini bildirdi.

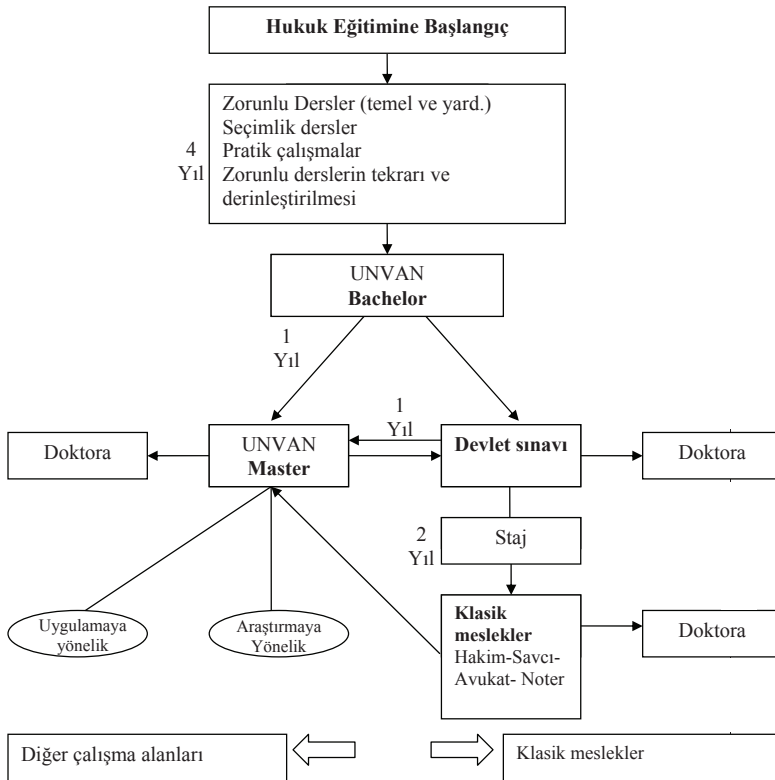
Adalet Bakanı Sadullah Ergin de “Bir birimize saygı duymalı ve birbirimizle konuşabilmeliyiz. TBB’yle temas kurmakta gecikmiş olabiliriz ancak bundan sonra her çalışmada bir adım daha atmak üzere, mesleğin konumunu güçlendirmek üzere birlikte olmaya devam edeceğiz” sözleriyle cevap verdi.

Bakanlık, TBB ve baroların karşılıklı iyi niyet ve birlikte çalışma isteklerinin açıklanmasından sonra, özellikle avukatlık mesleğinin sorunlarına ilişkin çalışmaların birlikte yürütülmesi için bu toplantıların üç aylık dönemlerle sürdürülmesi, bundan sonraki ilk toplantının da TBB’nin evsahipliğinde gerçekleştirilmesi kararlaştırıldı. TBB Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler de bu karardan ve evsahipliği yapacak olmaktan memnuniyetini dile getirdi.

VI. EĞİTİM MODELİ

Bu öğretim süreci hangi modelde daha iyi bir şekilde gerçekleştirilebilecek sorusuna gelince

Türkiye, hukuk eğitiminde Bologna kriterlerini bir şekilde dikkate almak zorunda olsa da, kendine özgü modeli de mutlaka geliştirmelidir. Bilindiği gibi bu konuda değişik sistemler mevcuttur.(Bakalorya, master sistemlerinin 3+2, 4+1 modelleri mevcuttur)



Modelde de görüldüğü gibi asgari dört (4) yıllık lisans eğitiminden sonra bachelor unvanı kazanılmaktadır. Bu unvanı kazananların iki olanağı bulunmaktadır. Eğer bu kişiler hukukun klasik meslekleri olan hakim, savcı, avukat ya da noter olmak isti-

Toplantının ilerleyen bölümünde söz alan baro başkanları ve baro temsilcileri genel ülke gündemine değerlendirmeler yanında, CMK zorunlu müdafilik uygulama ve ücret sorunları, kamu avukatlarının sorunları, avukatlık staj koşullarının iyileştirilmesi ve sınavının yapılması zorunluluğu, bazı pilot adliyelerde uygulanan Mahkeme Yönetimine Destek Projesi'nin yarattığı ve yaratacağı sorunlar, Adalet Bakanlığı'nın avukatların disiplin işlerine yaklaşımında değişiklik ihtiyacı, yargılamada silahların eşitliği ve savunmanın konumunun güçlenmesi, baroların adalet komisyonlarında temsil edilmesi, avukatların emeklilik koşullarının iyileştirilmesi, mesleki sorumluluk sigortasının gerçekleşmesi ve diğer konularda eleştiri, açıklama ve önerilerde bulundular.

Toplantıdan ciddi anlamda istifade ettiğini söyleyen Adalet Bakanı, Yargı'nın düzgün işleyişi için her anlamda çalıştıklarını yargı hizmet alanlarını 569 bin metrekareden 2 milyon metrekare kapalı alana çıkardıklarını açıkladı ve bir dahaki toplantıya kadar elden gelenleri yapacağını ve sorunları azaltma konusunda samimi adımlar atacaklarını belirtti.

Toplantının ikinci gününde baro başkanları ve Adalet Bakanlığı bürokratları arasında özellikle CMK zorunlu müdafiliği uygulaması konusunda görüşmeler oldu. Baroların CMK ücretlerinin gecikmesiz ödenmesi, "mutat vasıta" uygulamasının düzeltilmesi, yol giderlerinin KDV ve stopaja tabi tutulmaması için Gelir Vergisi Kanunu'nun 67/4 madde-

si kapsamında değerlendirilmesi yönündeki öneri ve taleplerine Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı Mustafa Kökçam "CMK ücretlerinin ödenmesi için Maliye Bakanlığı'yla görüşmekte olduklarını, aynı şekilde zorunlu müdafilik ücretlerinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne endekslenmesini düşündüklerini, bununla ilgili olarak da Maliye Bakanlığı'na gerekli girişimlerde bulunmakta olduklarını" söyleyerek yanıt verdi.

Evsahipliğini Kayseri Barosu'nun üstlendiği iki günlük toplantı tüm katılanların ülkenin yargı sorunları ve avukatlık mesleğinin iyileştirilmesi için birlikte çalışmaya yönelik dilekleriyle TBB'nde yeniden buluşmak üzere sonlandı.

18. BARO BAŞKANLARI TOPLANTISI

Türkiye Barolar Birliği, "ülkemizde son gelişen olaylarla ilgili çalışma" yapmak üzere, hukuk devletinin önemli özelliği olan yargı bağımsızlığı, siyasi iktidarın keyfi uygulamaları ile aldığı onarılmaz yaralar ile Anayasa ve insan hakları ihlali niteliği taşıyan "gizli telefon dinlemeleri" ve konularında Baro Toplantıda Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler bir açılış konuşması yaptı:

"Sizlere yapılan çağrı yazımızda bu günkü toplantı gündemimiz her ne kadar "ülkemizde son gelişen olaylarla ilgili çalışma" olarak belirlenmişse de; kuşkusuz görüşlerin toplanacağı ve üzerinde çalışılacak olan önemli ve öncelikli konular; Hukuk devletinin en önemli özelliği olan Yargı bağımsızlığının, siyasi iktida-

yorlarsa merkezi olarak yapılacak bir devlet sınavından geçmeleri şarttır. Uygulamaya ya da araştırmaya yönelik tercih kullanmak isteyenler ise asgari bir yıllık master programına katılarak master unvanını elde edebilirler. Hem master unvanını kazananlar hem de devlet sınavını başarıyla geçenler doktora programlarına doğrudan katılabilirler. Ayrıca devlet sınavını kazananların, bu programda birbirlerine geçişleri de modelde öngörülmüştür.

VII. ADALET MESLEK YÜKSEKOKULLARININ HUKUK FAKÜLTELERİ İLE OLAN İLİŞKİSİ

Yargının en önemli sorunlarından biri de iyi yetişmiş, donanımlı ara eleman temininde karşılaşılan güçlüklerdir.

Adalet Meslek Yüksek Okullarının (AMYO) kuruluş amacı, özellikle Adalet Bakanlığı'nın çeşitli birimlerinde ihtiyaç duyulan nitelikli ara insan gücünün yetiştirilmesi ve Bakanlık Teşkilatında görev almış personele hizmet içi eğitim sağlanmasıdır. Yüksekokulda Kamu Hukuku, Özel Hukuk ve Meslek Bilgileri gruplarında dersler verilmektedir. AMYO mezunları Adalet Bakanlığı teşkilatında mahkeme yazı işleri müdürü, zabıt katibi, icra müdürü ve cezaevi müdürü olarak görev yapmakta ya da avukat bürolarında çalışmaktadırlar

Bu durumda AMYO'nun önemi ortaya çıkmaktadır. Burada kendilerine belli bir oranda hukuk, genel kültür, bilgisayar vb gibi dersler verilmek suretiyle yetiştirilen elemanların, yargılama faaliyetinde önemli ve son derece yararlı görevler üstleneceği söylenebilir. Yargılama faaliyetinin çeşitli kademe ve dallarında görev alacak olan ara personelini yetiştirecek olan AMYO'nun eğitim ve öğretim kalitesinin yükseltilmesi zorunludur. Niteliği gereği AMYO'nun hukuk fakülteleri ile çok yakın ilişkileri bulunmaktadır. AMYO'nda kalite yükseltilmesi hukuk fakültelerinin kalitesinin yükselmesi ile doğru orantılıdır. Ayrıca AMYO'nun alt yapı, araç, gereç ve donanım olarak yeterli hale getirilmesi de zorunludur.

AMYO'yu başarıyla bitiren öğrencilerin -hukuk fakültelerine öğrenci kabulü konusunda seçilecek model ve bu modeldeki koşullara uygunluk (örneğin başarılı olma ve fark derslerin sınavını verme gibi) dikkate alınarak- hukuk fakültelerine geçişi elbet-

rın keyfi uygulamaları ile aldığı onarılmaz yaralar ile Anayasa ve insan hakları ihlali niteliği taşıyan “gizli telefon dinlemele-ri” ve konu ile ilgili hukuka aykırılıklardır.

Toplumdaki düzenin vazgeçilmez kaynağı hukuktur. Hukukun olmadığı, hukuk kurallarının doğru ve de dürüstçe uygulanmadığı bir toplumda düzen olamaz.

Bu nedenledir ki; Cumhuriyetimizin temel organlarından Yargı erkinin kurucu unsuru savunmanın temsilcisi olan biz avukatlar ve meslek örgütlerimiz Türkiye Barolar Birliği ve Barolarımız Cumhuriyetimizin niteliklerinden olan Hukuk devleti- ne çok önem veririz.

Ülkemizde Hukuk Devletin işlerlik kazanması ve yaşaması için her türlü mücadeleyi yapmak ve devam ettirmek kararlılığımızdan vazgeçmeyiz.

Hukuk devletin en önemli özelliği olan Yargı bağımsızlığının özenle, dikkatle korunmasını isteriz, örselenmesine de müsamaha gösteremeyiz. Çünkü savunmanın temsilcisi olan bizler Yargı bağımsızlığının olmazsa olmazı temel taşıyız.

İşte bu anlayışla ülkemizde hukukun doğru ve dürüstçe uygulanmasına katkı sağlarız. Bu anlayışla hukuka aykırılıkları izleriz, bu anlayışla hukuk sistemimizdeki eksiklikleri tespite çalışırız ve hiçbir ön yargıya kapılmadan ne kabul ederiz ne de reddederiz.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda belirlenen görev ve sorumluluk anlayışımızla ülkemizde hukuk bilincinin yerleşmesi-

ni sağlamaya ve hukuka aykırılıklar karşısında kamuoyunu bilgilendirmeye çalışır ve hukuk tanımayanları da hukuk zeminine gelmeye davet ederiz.

Konuşmamın başında belirttiğim ve hep birlikte üzüntü ile izlediğimiz son olaylar yargı bağımsızlığını yok etmeye yönelik uygulamalar, Anayasa ve insan hakları ihlali niteliği taşıyan eylemler, parlamenter demokratik sisteme dayalı devlet yapımızda; yürütme lehine erkler arası bozulan dengeler toplumda huzur bırakmamış, halkın yargıya güven duygularını temelinden sarsan boyutlara ulaşmıştır. Türkiye Barolar Birliği bu durum karşısında hepimizin bildiği gibi 16 Kasım 2009 tarihinde kamuoyuna bir açıklama yapmıştır. Türkiye Barolar Birliği gazetelerde ilan yolu ile yaptığı bu duyuruda yer alan her kelimenin arkasında durmaya, gerekeni de yapmaya kararlıdır.

Gelişen olaylar karşısında; Ankara ve Çorum barolarımız basın açıklamalarıyla tepkilerini göstermişler, Bursa, Antalya Baroları kendi illerinde ve İstanbul Barosu da 46 baromuzun katılımıyla İstanbul’da yapılan yürüyüş ve basın açıklamalarıyla görüşlerini kamuoyuyla paylaşmışlardır.

Türkiye Barolar Birliği; yaşanan bu olaylar ve devam edeceği açıkça görülen hukuka aykırılıklar ve hak ihlalleri karşısında Barolarımızla dayanışma ve birlik içinde; nasıl ortak bir tavır alınması gerekeceği konusunda bu toplantıda görüşlerinizin alınmasının doğru olacağını düşünmektedir.

te mümkün olmalıdır.

VIII. STAJ VE MESLEĞE KABUL İÇİN ARANMASI GEREKEN KOŞULLAR

Ülkemizde hukukçu yetiştirilmesi Meslek Öncesi Öğretim ve Meslek Eğitimine bağlı tutulmuştur. Bu nedenledir ki yargılama faaliyetini birlikte gerçekleştiren hukuk uygulayıcıları hâkim-savcı-avukatların ayrıca meslek eğitimi olarak mesleğe hazırlanmaları, STAJ yapmaları benimsenmiştir.

Ülkemizde benimsenen mesleğe hazırlık eğitimi, nasıl yapılacağı yasa ve yönetmeliklerle belirlenen STAJ dır.

Ülkemizde Avukatlık Stajı; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 15-27.maddeleri arasında (bu maddeler dahil) ve Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 13-26. maddelerinde düzenlenmiş olup 19.12.2001 tarih ve 24615 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Staj Yönetmeliği'nde yazılı hükümler çerçevesinde yapılmaktadır.

Mevzuatımıza göre avukatlık stajının süresi bir yıldır. Bu sürenin altı ayı adliyede, takip eden altı ayı avukat nezdinde yapılmaktadır. Staj dönemi; stajyer adayının başvurduğu Baronun stajyeri kabulü ile başlayıp, Baro Yönetim Kurulu'nun staj bitimine dair verdiği kararla sonuçlanmaktadır.

Sonraki süreç avukatlık mesleğine kabul, yemin ve ruhsatname verilmesi aşamaları olup Av. Kanunu'nun 5 ila 10. maddeleri arasında düzenlenen hükümlere göre gerçekleşmektedir.

Ülkemizde ilk defa 460 sayılı kanun ile 1924 yılında düzenlenen Avukatlık stajı 3 yıl süre olarak belirlenmişken, daha sonra 1926 yılında 2 yıla indirilmiş, 1938 yılında çıkan 3499 sayılı kanun ile daha kapsamlı bir yasal düzenleme getirilerek 2 yıllık staj süresi sonunda ciddi bir sınav sistemi kabul edilmiştir.

7 Haziran 1969 tarihinde kabul edilen ve halen yürürlükte bulunan 1136 sayılı Kanun'da ise önceleri 1,5 yıl olan staj süresi daha sonra bir yıla indirilerek bu günkü haline gelmiş ve 2001 yılında tekrar getirilen sınav ise bir gece yarısı yapılan kanun değişikliği ile ve popülist düşüncelerle tekrar kaldırılmıştır.

Ülkemizdeki staj uygulamasına bakacak olursak; stajyer avu-

Barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği bağımsızlıklarının gereği olarak elbette gerekli gördükleri çalışmalarını yaparlar. Ancak Barolarımız arzu ettikleri takdirde Türkiye Barolar Birliği'nin, evvelce olduğu gibi bundan sonra da birlikte harekete hazır olduğunu bir defa daha bilginize sunmak isterim.

Ülke gündeminde yer alan toplumu korkuya sevk eden, huzuru bozan gizli telefon dinlemeleri, Yüksek yargı makamlarına, Cumhuriyet başsavcılarına, iktidarın hoşuna gitmeyen kararları alan yargıçlara, yargı alanındaki meslek örgütlerinin yöneticilerine ve halkın hak arama özgürlüğünün sesi ve Avukatlık Kanunu'nda belirlendiği üzere sır saklama yükümlülüğü içinde bulunan avukatlara kadar ulaşmıştır.

Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan ve "gizliliği esas olan haberleşme özgürlüğü, tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesinde korunan hak ve özgürlükler" elbette sınırsız değildir.

Hangi hallerde telefon dinlemelerinin yapılabileceği bellidir. Şayet bu dinlemeler Cumhuriyetin üniter yapısını ve insan haklarına dayanan laik, demokratik ve sosyal hukuk devleti niteliklerini koruma amacı ile yapılıyorsa bu duruma söylenecek herhangi bir şey olamaz. Ancak, bu dinlemeler Cumhuriyetin temel organlarında görev yapanlara yönelik ve hukuk düzenimizdeki belli usul ve esaslara uyulmadan ve hukuk kuralları göz ardı edilerek yapılıyorsa o zaman durum çok ciddi-

dir, vahimdir ve üzerinde dikkatle durulmalıdır.

Bu günkü toplantımıza konu olan olaylar hakkında gerek iç hukukumuzda gerekse evrensel hukukta yer alan hukuki düzenlemeler hakkında siz değerli başkanlarımızın bilgi birikimlerinin oldukça zengin olduğunu biliyorum.

O nedenle bu konularda hatırlatma yapmayı gerekli bulmuyorum."

Türkiye Barolar Birliği ve barolarımız cumhuriyetimizin kazanımlarının ve Hukuk Devletinin sarsılmaz tarafı ve bekçisidir. Ülkemizde her şeyin hukuk düzeni içinde ve hukuk kurallarına uygun olarak yaşama geçirilmesini ve yürütmenin yargıya müdahalelerinin artık son bulmasını bir defa daha vurgulayarak, beni dinlediğiniz için sizlere teşekkür ediyor ve saygılarımı sunuyorum.

Toplantıda çok sayıda baro başkanı söz alarak düşüncelerini paylaşmışlardır. Önceki toplantılarda olduğu gibi, toplantının kitabı yakında çıkarılacaktır.

İZMİR BAROSU "YARGI BAĞIMSIZLIĞI" KONULU BİR PANEL DÜZENLEDİ

12-13 Aralık 2009 günlerinde İzmir Barosu tarafından düzenlenen "Yargı Bağımsızlığı" konulu panele Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler ile Genel Sekreter Av. Cengiz Tuğral, Yönetim Kurulu üyeleri Av. Kadri Necati Markoç ve Av. Serhan Özbek de katıldılar.

katların bir yıllık staj sürelerinde gerek adliyelerde gerekse avukat nezdinde amacına uygun staj yaptıklarını söylemek mümkün değildir.

1136 sayılı Av. Kanunu'nun 23.maddesine dayanılarak çıkarılan, Türkiye Barolar Birliği Staj Yönetmeliği'nin 22. maddesinde; "Her Baro, kendi örgütsel oluşumu içinde, stajyerin özgür, bağımsız, meslek ilkelerine bağlı, uygulamada karşılaştığı sorunları hukuk devleti ilkelerine ve hukukun üstünlüğü kurallarına uygun olarak çözümleyebilecek, adil ve etkin bir yargılamaya ulaşmak amacıyla yargının kurucu bir ögesi olarak görev yapan avukatlar yetiştirmek için staj eğitim çalışmaları yapar bazı Barolarda kurulan Staj Eğitim Merkezlerinin bulunduğu yerlerde bu merkezlerde verilen eğitim ile gerçekleşir. Barolar, Avukatlık Kanunu ve Yönetmelik hükümleri ile kendilerine verilen staj eğitim görevinin; bilimsel ilkelere uygun ve sürekli olarak yerine getirilmesi amacıyla Staj Eğitim birimleri oluşturabilirler. Bu birimlerin kuruluşu, işleyişi, yetki ve sorumlulukları ile benzer konular her Baronun kendi genel kurulunca bu Yönetmelikteki ilkelere göre kabul edeceği iç Yönetmeliklerle belirlenir. Staj eğitim birimlerinde stajyerlere verilecek eğitim, avukat yanında yapılan staj süresinden sayılır ve stajın kesintisiz yapılacağı kuralına aykırı olarak nitelendirilemez." denilerek, avukat nezdinde yapılan staj sırasında stajyerlerin barolarca da ayrıca eğitime tabi tutulacakları belirtilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nda staj süresi, ilk 6 aylık bölümü adliyelerde, son 6 aylık bölümü ise avukat yanında olmak üzere 1 yıl olarak belirlenmiştir. Sayıları sürekli artan, öğretim kadroları ve fiziki olanakları bakımından yeterli hukuk eğitimi ve yeterince hukuk pratiği veremeyen fakültelerden mezun hukukçular için, bu bir yıllık sürenin mevcut staj eğitimi olanakları çerçevesinde yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Ayrıca bu staj eğitiminin sonunda da bir sınavın olmaması staj eğitim kalitesini daha da düşürmektedir.

Avukatlık staj eğitiminin tüm barolarda aynı şekilde ve eşit olanaklarla verildiğini söylemek mümkün değildir. Mevcudu çok, kentlerinde bulunan hukuk fakültesi ve diğer sosyal olanaklardan yararlanma şansı bulunan, staj eğitim merkezleri kurmak suretiyle bu işe gereken önemi veren barolarla, bu olanaklara sahip olma-

Panelde Prof. Dr. Mümtaz Soysal, Anayasa Mahkemesi önceki Başkanı Yekta Güngör Özden, Yargıtay Onursal Cumhuriyet Başsavcısı Sabih Kanatoğlu, YARSAV eski Başkanı Ömer Faruk Eminağaoğlu, Milletvekili Şahin Mengü, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Meltem Caniklioğlu ve Av. Murat Fatih Ülkü birer konuşma yaptılar.

Bölge Baro Başkanları toplantısında da çeşitli meslek sorunları tartışıldı.

ATATÜRK'Ü ÇAĞDAŞ YORUMLAMA VE ANMA" TOPLANTILARININ BİRİNCİSİ YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun "21.Yüzyılda Atatürk'ü Düşünmek" ana başlığı altında dört yıllık bir sürede düzenlemeyi planladığı etkinliklerin ilki, 9-14 Kasım 2009 tarihleri arasında Ankara'da, *Ölümünün 71. Yıldönümünde Atatürk'ü Anma Haftası* adı altında Türkiye Barolar Birliği Kültür Merkezi salonlarında yapıldı.

Geçen sayımızda bildirdiğimiz üzere, 9 Kasım günü öğleden önce *Yabancı Yazar ve Bilim Adamlarının Gözüyle Atatürk* başlığı altındaki TBB Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol'un yönettiği oturumda Dr. Andrew Mango, Prof. Dr. George W. Gawrych ve Dr. Fabio L. Grassi ilgi ile izlenen tebliğlerini sundular.

Öğleden sonraki oturumda *Türk Bilim Adamlarının Gözüyle Atatürk* başlıklı ve Ankara Üniversitesi İnkılap Tarihi



*Andrew Mango ve Fabio L. Grassi
Türkiye Barolar Birliği Önünde.*

Enstitüsü Müdürü Prof. Dr. Temuçin Faik Ertan'ın yönettiği oturumda Prof. Dr. Seçil Akgün, Prof. Dr. İhsan Güneş ve Doç. Dr. Kemal Arı Atatürk hakkında konuşular.

Aynı gün *Atatürk'ün Ölüm ve Anıtka- bir'e Nakli Günleri Gazete ve Fotoğrafları Sergisi* açıldı... Sergi'nin Av. Turan Tan- yer tarafından hazırlanmış kitabı büyük ilgi gördü.

10 Kasım 2009 Salı günü Atatürk'ü anma toplantısı yapıldı. TBB Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler'in konuşma- sından sonra saygı duruşu yapıldı. Daha sonra Başkent Üniversitesi'nden Elif Kü- zeci "*Atatürk Devrimi ve Türk Kadınının*



Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Talay Şenol ve George W. Gawrych panelde.

yan barolarda staj yapan avukat stajyerlerinin, aynı eğitimi aldıklarını söylemek olanaksızdır.

Hakim ve Savcılar için staja kabulde sınavın varlığı ve az sayıda adayın Adalet Akademisinde aldıkları staj eğitimi ve 1,5-2 yıllık sürenin avukatlık stajından daha fazla olması, hakim ve savcılar için daha iyi staj bir eğitimini sağlamaktadır. Ancak temelde var olan eksikliklerin de bu mesleğe kabul sınavı ve staj eğitimi ile giderildiğini söylemek olası değildir.

IX- STAJ VE MESLEĞE KABUL İÇİN ÖNERİLER

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi, 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Avukatlık sınavını başarmış olanlar veya" ibaresi, 28, 29, 30, 31. maddeleri, 121. maddesinin 1. fıkrasının (20) numaralı bendi, geçici 17. maddesinin 1 inci fıkrasında yer alan "ve sınav" ibaresi ve geçici 20. maddesinin 2. fıkrası ile 02.05.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin 1. fıkrasını yürürlükten kaldıran 28.11.2006 tarih ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2009 tarih, 2007/16 sayılı kararı ile iptaline karar verilmiştir. Bu karar karşısında, kaliteli ve yeterli bir staj eğitiminin sonunda, hukuk kurallarını somut olaylara uygulayabilme yeteneğinin ve meslek kuralları bilgisinin ölçüleceği, merkezi sistemle yapılacak bir "mesleğe kabul" sınavının yapılması zorunlu hale gelmiştir.

• Yargıda toplam kaliteyi yükseltmek için gerek hakim ve gerekse avukatlık mesleğine girişte mutlaka mesleki yetenek sınavının (yazılı-sözlü) yapılması kaçınılmaz bir zorunluluktur. Ancak bu sınavı geçenler stajyerliğe kabul edilmelidir.

• Staj süresi 2 yıl olmalıdır.

• Staj süresinin 6 ayı mahkemelerde, diğer 6 ayı ise yapılanmaları, sayıları ve yerleri Türkiye Barolar Birliğince belirlenecek Staj Akademilerinde, geri kalan 1 yılı da yine Türkiye Barolar Birliğinin belirleyeceği esaslar dahilinde barolar gözetiminde avukatlar yanında yapılmalıdır.

• Yanında staj yapılabilecek avukatlar Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenen niteliklere sahip olmalıdırlar.

Siyasal-Sosyal Yaşama Katılımı" konulu bir konuşma yaptı.

Etkinlikler boyunca, küçük salonda "Türkiye'nin Kalbi Ankara" belgeselinin gösterimi büyük ilgi ile izlendi.

11 Kasım 2009/Çarşamba günü sabahleyin Dr. Andrew Mango ile ilgili çekiçi bir sohbet toplantısı yapıldı. Arkasından Yard. Doç. Dr. Şaduman Halıcı, "Türk Hukuk Devrim" konulu bir konferans verdi.

TBB Yönetim Kurulu aynı gün Anıtka-biri ziyaret ederek, Ata'nın kabrine çiçek koydu. Başkan yardımcısı Berra Besler deftere şunları yazdı:

"Büyük Atatürk;

Türkiye Barolar Birliği olarak, sizi sonsuzluğa uğurlayışımızın 71. yılında, çağlar ötesine seslenen düşünce ve eylemlerinizi "akıl ve ilim rehberliğinde" daha iyi anlamak için düzenlediğimiz "Yirmibirinci Yüzyılda Atatürk'ü Düşünmek" etkinliklerimize başlarken huzurunuzda bulunmaktan onur duyuyoruz.

Sizin düşüncelerinizi anlayamamış olanların geçmişte olduğu gibi bugün de ilerlemesine engel olmaya çalıştıkları ülkemiz; Cumhuriyetin tüm kurum ve kavramlarının acımasızca yıpratıldığı bu süreçten, bize gösterdiğiniz aydınlık yol ve ulusumuzun sarsılmaz sağduyusu ile mutlaka çıkacaktır.

Bu ülkede yaşamış, yaşayan ve yaşayacak olan herkesin size minnet borcu vardır.

Bu duygu ve düşüncelerle, ilke ve devrimlerinizin yılmaz bekçileri olarak, bizi geriye götürmeyi amaçlayan her türlü girişimi önleme mücadelemizi devam ettirme azim ve kararlılığımızla, aziz hatıranız önünde minnet, şükran ve saygıyla eğiliyoruz."

12 Kasım 2009/Perşembe günü öğleden sonra Prof. Dr. Ahmet Mumcu, "Atatürk Döneminde Ekonominin Yapılanması" konusunda bir konuşma yaptı; konuşmadan önce Atatürk'ün 1932 yılı TBMM açış konuşması filmi gösterildi. Daha sonra Yard. Doç. Dr. Cahide Sınmaz Sönmez, "Atatürk Dönemi Af Yasaları ve Topluma Yansımaları" konulu bir konferans verdi..

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

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

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 anlattılar.

Etkinliğin tutanakları ve gösterilen slayt ve resimler pek yakında kitap halinde çıkarılacak ve ilgililerin yararlanmasına sunulacaktır.

- Stajyerlere, yüksek öğrenim görmüş devlet memurlarına ödenen asgari maaş ödenmeli, Mahkemede yapılan staj süresinde bu ödemeler devlet tarafından karşılanmalı, akademi ve avukat yanında yapılan staj döneminde stajyerlere ödenecek ücretler Türkiye Barolar Birliği tarafından karşılanmalıdır. Bunun için Türkiye Barolar Birliğine kaynak yaratılmalıdır.

- Ülkemizde Avukatlık mesleğinin icrası coğrafi kısıtlamaya tabi tutulmadığı için her avukatın asgari bir kaliteye sahip olması gerekir. Bu nedenle barolar gözetiminde yapılan stajın içeriği ve standartları Türkiye Barolar Birliği tarafından belirlenmelidir.

- Yine yukarıda belirtilen nedenlerle staj sonunda merkezi bir sınav yapılmalıdır.

Bütün bu çalışmaların gerçekleşmesi ve başarıya ulaşması için Türkiye Barolar Birliği ve Barolarla, Adalet Bakanlığı ve üniversitelerin hukuk fakültelerinin işbirliği ve karşılıklı dayanışma anlayışı içinde hareket etmesinde yarar vardır.

Türkiye Barolar Birliği, yıllardır hukuk fakülteleri ile eğitim ve öğretim konusunda çeşitli toplantılar ve görüş alışverişinde bulunulan çok yararlı çalışmalar yapıyorsa da toplantılarda mutabakat sağlanan hususların dahi aynı ölçülerde fakülte programlarına yansıdığını ve uygulandığını söylemek mümkün değildir. Bu Çalıştay'ın bu anlamda bir dönüm noktası olmasını diliyoruz.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu

YARGIÇLAR, BAKTIKLARI DAVADA TARAF OLAN KURUMLARIN SEMİNERLERİNE KATILMALI MI?

Aydın Ayaydın
(Vatan, 2.11.2009)

Hâkimler ve savcılar adalet dağıtır. Üstelik çok zor şartlar altında. Davaların birden fazla tarafı vardır. Kararlar bir tarafı mutlu ederse diğer tarafları da doğal olarak mutsuz eder. Ancak yargıç kararı, teraziden geçmiş kabul edilir ve taraflar o karara saygı göstermek zorundadır. Kaldı ki, yerel mahkemenin kararları bir de Yargıtay süzgecinden geçer.

Peki, Her Yargı Kararı Doğru mudur?

Elbette yanlış kararlar da vardır. Yargı mensubu kararını bağımsız ve vicdani kanaati ile almış olmalıdır. Arada bir yanlış karar olur ise ki mutlaka vardır, gölgeleyen bir olay olmaması halinde, o karar yanlış olsa da herkes yargının verdiği karara saygı duymak zorunda.

Yargıçlar Eğitim Seminerlerine Katılmalı

Yargı mensupları, değişen kanunlara yönelik uygulamalarda ve bazı uzmanlık gerektiren konularda kendilerini yenilemek zorunda. O nedenle kısa süreli de olsa seminer, panel gibi eğitim çalışmalarına katılmaları gerekebilir. Ancak bunların ya üniversiteler ya da Adalet Bakanlığı'na düzenlenmiş olması koşuluyla. Bakanlık eğitim programlarını hafta sonlarında beş yıldızlı otellerde düzenlemeli, hâkim ve savcılarının aileleri birlikte katılmalarını sağlamalıdır.

Hepimiz görüyoruz ve biliyoruz ki, mahkemelerde en önemli davaları bulunan bankalar, ya üst birlikleri olan Bankalar Birliği ya da kredi kartları konusunda BKM vasıtasıyla Abant'ta veya Antalya'da 5 yıldızlı otellerde, yargı mensuplarına yönelik hafta sonları eğitim semineri adı altında toplantılar düzenler. Bu toplantılara bazı mahkeme Başkanları, üyeler, cumhuriyet savcıları, Yargıtay üyeleri ve hatta Bakanlık mensupları davet edilir ve tüm masraflar; Bankalar Birliği ya da BKM tarafından karşılanır. Bu toplantılara bankaların çok çok önemli davalarına bakan hâkim ve savcılarının yanında, o mahkemelerdeki davalarını yürüten banka hukuk müşavirleri ve de avukatları da katılır. Bu ne kadar doğru?

Yargıcın Eğitimi Anayasa Belirlemiştir

Bunda ne var denilebilir. Eminim ki katılan yargı mensupları son derece iyi niyetle davete icabet etmişlerdir ve karar alırken bunların etkisi altında kalmazlar. Diyelim ki davet eden ve bu yargıçların baktığı davalarda dosyaları bulunan bankalar da tamamen iyi niyetli. Yine de bu doğru değildir. Hâkimlik ve savcılık mesleği çok kutsal ve de özen gösterilmesi gereken bir meslektir. Nitekim Anayasamızda hiçbir kurum için öngörülmezken sadece hâkimlik ve savcılık mesleği için "meslek içi eğitim" nasıl yapılacağı açıkça belirtilmiştir. T.C. Anayasası'nın 140. maddesinde; "Hâkim ve savcılık mesleğinin "meslek içi eğitim" kanunla belirlenir" deniliyor. Demek ki, hâkim ve savcılarımızın meslek içi eğitiminin ne şekilde yapılacağını kanun belirleyecektir. Böyle bir kanunda da hâkim ve savcılarının, baktıkları davaların tarafı olan kurumlar tarafından eğitilmesi öngörülmez. O kurumlar, Adalet Bakanlığı ve üniversitelerimiz olacaktır.

Davanın Diğer Tarafı da Eğitim Gezisi Düzenlerse

Tamamen iyi niyetle eğitim seminerlerini düzenleyen bankalarımızı bir tarafa bırakıyor, tersinden bir örnek vermek istiyorum. Kamu bankaları dahil tüm bankalar TTK'ye göre kurulmuş birer anonim şirkettir. Diyelim ki, banka olmayan X şirketinin bir mahkemede çok önemli bir davası var. Bu X şirketi de Dubai'nin en güzel 7 yıldızlı otelinde hafta sonunda hâkim ve savcılara yönelik bir eğitim semineri düzenlemeye ve davasına bakan hâkim ve savcıyı da davet edip tüm masraflarını karşılamaya kalkarsa bu doğru olur mu? Elbette olmaz. Bu doğru değilse, mahkemelerde en büyük taraf olan bankaların da eğitim semineri adı altında bu tür davetler düzenlemesi ve davetlere yargı mensuplarının icabeti de doğru değildir.

Bakanlık Bu Olaya El Atmalı

Büyük görev, Adalet Bakanlığı ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na düşüyor. Bakanlık, bütçesine ödenek koyar; ister yurt içinde, ister yurt dışında, hangi hâkim ve savcının eğitim seminerine katılma ihtiyacı varsa 5 yıldızlı otel ödeneğini, yolluk ve yemiyesini karşılar, o hâkim ve savcı da aslanlar gibi gider eğitimini alır, cebinden çıkardığı para ile otel ve yemek masrafını öder ve döner. Böylece de hiç kimseye karşı mahcup olur muyum diye bir endişe taşımadan bağımsız olarak kararını alır. Kimse de tek bir laf edemez.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDEN HABERLER

Haz.: D. Derya YEŞİLADALI*

KASIM 2009

• LİZBON ANTLAŞMASI

İrlanda da yapılan ikinci referandum ile Lizbon Antlaşması'nın kabul edilmesini Polonya'da Antlaşma'nın onaylanması takip etmiştir. Ancak bu olumlu gelişmelere rağmen, Antlaşma'nın kaderi Çek Başbakanına bağlı bulunmaktadır. Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmemiş olması Avrupa Komisyonu'nda kurumsal bir krize neden olabilecek gibi görülmektedir.

• AİHM VE TÜRKİYE

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde (AİHM) görülmekte olan davaların yüzde 11.4'ünün Türkiye'den olduğu bildirilmiştir. 1939 davadan 1676'sı AİHS'ni ihlalden açılmış olan davaları oluşturmaktadır. Diğer taraftan, 50 yıl içinde Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerince kararlardan sadece 37 karar haklı bulunmuştur. Bu davalardan 204'ünün dostane veya benzer yollarla çözümlendiği kaydedilmektedir. Toplam 11,085 dava ise AİHM'ce kabul edilmemiştir. Ayrıca, Türkiye'den açılan davaların 170'i ifade özgürlüğü, 22 dava ise ceza evi veya gözaltında işkence nedeniyle açılmış bulunmaktadır.

• AVRUPA KOMİSYONU 2009 TÜRKİYE İLERLEME RAPORU

Avrupa Komisyonu tarafından açıklanan Türkiye 2009 yılı İlerleme Raporu özellikle basın ve ifade özgürlüğüne ilişkin kısıtlamaları eleştirmektedir. Türkiye'deki yasaların ifade özgürlü-

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

ğü için yeterli güvence sağlayamadığı, bunun sonucunda savcı ve yargıçların kısıtlayıcı yorumları tercih ettikleri ifade edilmektedir. Atatürk'ü Koruma Kanunu ve Türk Alfabesi Kanunu ifade özgürlüğünü kısıtlayan yasalar arasında sayılmaktadır. Yapılan değişikliğe rağmen TCK m. 301'e dayanılarak soruşturma ve yargılamaların devam ettiği, TCK da düzenlenen namus, kamu düzeni, devlet güvenliği ve müstehcenlik gibi suç tanımlarının ifade özgürlüğünü kısıtladığı ifade edilmektedir. Diğer taraftan, internet sitelerine yönelik olarak uygulanan yasakların endişe kaynağı oluşturduğu belirtilmektedir. Ergenekon davası ise; Türkiye'deki yargı kurumlarının demokratikliği ve hukukun üstünlüğü konusunda önemli bir sınav verdikleri vurgulanmaktadır. 2009 Ağustos ayında açıklanan Yargı Reformu Stratejisi olumlu karşılanmakla beraber yargı bağımsızlığı, bölünmezliği ve etkinliği konularındaki ve özellikle HSYK'nın bağımsızlığı konularındaki endişelerin devam ettiği ifade edilmektedir. Raporda ayrıca Anayasa değişikliğinin gerekli olduğu, bu konuda partiler arası bir konsensüsün olmayışı dikkat çekici bulunurken Hükümetin herhangi bir somut adım atmaması eleştirilmektedir

• MESLEKİ YETERLİK/NİTELİK

Diplomaların Karşılıklı Kabul Edilmesine ilişkin 2005/36 sayılı Direktif'in 20 Ekim 2007 tarihi itibarıyla ulusal mevzuata uyarlanması gerekmektedir. Ancak, pek çok üye ülkenin gerek güvensizlik gerekse korumacılık kaygılarıyla söz konusu düzenlemeye ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediği belirtilmektedir.

• HİZMETLER DİREKTİFİ

2006/123 sayılı Hizmetler Direktifi; ülkeler arası hizmet sunumunu artırmaya yönelik olup, yılsonuna kadar ulusal mevzuata adapte edilmesi zorunlu bulunmaktadır. Hizmetler Direktifi bakımından kaydedilmesi gereken en önemli yenilik hizmet sunucularının, diğer bir AB üyesi ülkede faaliyet gösterebilmesi

amacıyla yerine getirmesi gereken birtakım formaliteler bakımından "tek başvuru noktası"nın oluşturulması gerekmektedir.

• BÜRO KURMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Avrupa Komisyonu yıllarca ulusal hükümetlerin, sadece "ülke vatandaşlarının noterlik yapabileceği" şeklindeki, yasal düzenlemeleriyle mücadele etmiştir. Komisyon, "vatandaşlık" kriterini büro kurma özgürlüğüne aykırı bulmaktadır. Bu bağlamda, "büro kurma özgürlüğü" kavramına vatandaşlık kriteri ile yaklaşan ve açılış izni vermeyen; Belçika, Almanya, Yunanistan, Fransa, Lüksemburg ve Avusturya'ya 2007 yılında büro kurma özgürlüğüne ihlalden işlem başlatmış bulunmaktadır. Diğer taraftan, Kuruluş Direktifi'ni 1997 yılında kendi ulusal mevzuatına adapte eden Portekiz aleyhine de, noterlik mesleğini kendi vatandaşlarına özgüleyerek yabancılara izin vermemesi nedeniyle, işlem başlatmıştır

• SINIR ÖTESİ DAVALAR

AB'nin Brüksel I Yönetmeliği olarak bilinen 44/2001 sayılı Yönetmelik sınır ötesi davalarda yargı yetkisi, kararların tanınma ve tenfizi konularına ilişkindir. Söz konusu düzenleme gözden geçirilmek üzere beraberinde bir "Yeşil Tebliğ" ile görüşe sunulmuş bulunmaktadır. Değişikliklerin 2010 yılının sonunda hazır olacağı bildirilmektedir.

• VERGİ KAÇAKÇILIĞI

Hava yolu taşımacılığı veya bavul turizmi yoluyla yapılan en yaygın kaçakçılık konusunu cep telefonları, parfüm ve değerli taşlar oluşturmaktadır. Bu tür kaçakçılığın önlenmesi için alıcının katma değer vergisi mükellefi olan perakendeci alıcıların açıklama yapması istenecektir.

• SERMAYE PİYASASI

Avrupa Komisyonu 23 Eylül 2009 tarihinde ise senedi ve tahvil çıkaranların için 2003/71 sayılı Tarifeler Direktifi'ni basitleştirmek ve değişiklik yapmak üzere bir öneri sunmuş bulunmaktadır. Söz konusu öneri ile Şeffaflık Direktifi'nde de değişiklik yapılması öngörülmektedir. Bu bağlamda, birbirinin aynı maddelerde değişiklik yapılacaktır. Komisyon her iki düzenlemenin de başarı ile uygulandığını belirtmekle beraber yapılacak sadeleştirme, basitleştirme ve önemli birkaç değişiklik ile düzenlemelerin uygulamasının eskisinden iyi olacağını vurgulamıştır.

• VERASET

Avrupa Komisyonu, sınır ötesi veraset işlerinde mirasın intikalinde yaşanan problemlerin giderilmesi amacıyla bir düzenleme önermiştir. Bu öneri doğrultusunda yargı yetkisi ve uygulanacak hukuk/kanunlar gibi belirlenecektir. Açıklık getirilmesi beklenen diğer bir husus da muris tarafından verilmiş olan hediyeelerin terekeye iade edilip edilmeyeceği ile murisin kanuni ikametgahının yargı yetki ve uygulanacak kanunlar bakımından belirleyici olacağıdır

ARALIK 2009

• LİZBON ANTLAŞMASI

1 Aralık 2009 tarihi itibariyle, Avrupa Birliği'nin kurumsal yapısını yeniden belirleyen, Lizbon Antlaşması yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bundan böyle Konsey kararlarında çifte çoğunluk kuralı uygulanacak. Sığınma, göç, suçla mücadelede polis ve adli işbirliği olmak üzere pek çok alanda nitelikli çoğunluklu oylama sistemi kullanılacaktır. Avrupa Parlamentosu üye sayısı azami 750 ile sınırlanacaktır. Bu sayı ülke başına en az 6 en çok 96 üye olarak düzenlenmiştir. AB Komisyonu üye sayısı 2014 tarihi itibariyle 27'den 15'e düşürülecektir. AB sembolleri ve milli marş metinden çıkarılmıştır. Söz konusu Antlaşma'nın yürürlüğe girmesi ülkemiz üzerinde doğrudan etki yaratmayacaktır.

• YENİ AB KOMİSYONU

Avrupa Birliği Komisyonu Başkanı Barroso 27 ülkeden ve 27 kişiden oluşan komisyon üyelerini açıklamıştır. 1 Ocak 2010 itibarıyla görev yapacak olan yeni komisyon üyeleri Parlamentodan onay aldıktan sonra 2015 yılına kadar görev yapacaktır. Yeni komisyonda 9 kadın bakan yer almaktadır. Çek Stefan Füle genişlemeden sorumlu üye olarak Olli Rehn'in yerine getirilmiştir.

• SIRBİSTAN - KOSOVA

17 Şubat 2008 tarihinde Sırbistan'dan bağımsızlığını ilan eden Kosova Sırbistan tarafından uluslar arası mahkemeye verilmiştir. 1 Aralık 2009 tarihinde Lahey Uluslar arası Adalet Divanı'na (ICJ) başvuran Sırbistan Kosova'nın bağımsızlık ilanının meşru olmadığını iddia etmiş, anılan Mahkeme de bu yönde inceleme başlatmıştır. Bu doğrultuda, verilecek Mahkeme kararı uluslar arası camiada Kosova'nın bağımsızlığını ya tamamen tanıyacak ya da ülke tekrar Sırbistan himayesine girecektir. Bu ise Kosovalıların tekrar Sırplarla müzakerelere başlaması demek olacaktır. Diğer taraftan, Mahkemenin Kosova lehine karar vermesi halinde Kosova'nın bağımsızlık çabaları yasal olarak tamamlanmış ve teyit edilmiş olacaktır.

• KURULUŞ DİREKTİFİ

Avrupa Komisyonu Bulgaristan aleyhine, söz konusu Direktifi ihlal nedeniyle, verdiği kararı 29 Ekim tarihinde yayımlamış ayrıca avukatların serbest dolaşımı konusundaki kaygılarını Avrupa Adalet Divanı'na götürebileceklerini belirtmiştir. İngiltere ve Galler Barosu da bu kararı, Bulgaristan'da büro açmak isteyen İngiliz avukatları ve diğer Avrupalı Hukuk Bürolarının haklarını savunan bir karar olması nedeniyle memnurlukla karşılamıştır. Bu bağlamda, Bulgaristan Adalet Bakanı'na bir yazı yazılarak; Bulgaristan Avukatlık Kanunu'nda gerekli değişikliklerin yapılmasını ve Topluluk hukuku ve avukatların serbest dolaşımına aykırı olan hükümlerin düzeltilmesini istemişlerdir.

• **AIHM**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'in (AIHM) 50. Kuruluş yıldönümü 10 Aralık 2009 tarihinde kutlanacaktır. Bu bağlamda, TBB de 10 Aralık 2009 tarihinde Avrupa İnsan Hakları günü kapsamında; "İletişim Özgürlüğüne Müdahale" konulu bir Panel düzenlemiş bulunmaktadır.

• **MESLEKİ YETERLİK**

Avrupa Parlamentosu İç Pazar ve Tüketiciyi Koruma Komitesi 16 Kasım 2009 tarihinde Diplomaların ve Yeterliklerin Karşılıklı Kabulüne İlişkin Direktif'in iç hukuka aktarımını takip için yapılan çalışmalarla ilgili bir oturum yapmıştır. AB üyesi ülkelerden katılım sağlayan uzmanlar yeterliklerin karşılıklı tanınması konusunda kendi görüşlerini yansıtan sunumlar yapmış ve 28 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girecek olan Hizmetler Direktifi'nin AB içinde profesyonel hizmetlerin sağlanması bakımından ileri bir adım olduğuna vurgu yapmışlardır.

• **AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN
50. YIL DÖNÜMÜ**

10 Aralık 2009 tarihinde İngiltere ve Galler Hukuk Birliği ve İnsan Hakları Avukatları Birliği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 50. Kuruluş yıl dönümünü kutlamak üzere bir etkinlik düzenlemiştir. Bu etkinlik Mahkeme'nin stratejik önceliklerinin değerlendirmesinin yanında Mahkeme'de dava açılmasına ilişkin bir sunum da yapılacaktır.

• **CEZA HUKUKU**

Avrupa Komisyonu 11 Kasım tarihinde AB üyesi ülkelerde ceza davalarına ilişkin delil toplamayı kolaylaştırıcı ve bu delillerin kabul edilmesinin sağlanması konularında istişari görüş yayınlamıştır. Bu çalışmada, Komisyon konuya ilişkin mevcut araç ve yöntemlerin karmaşık olduğu sonucuna varmıştır. Sonuç iti-

barıyla, mevcut sistemin terk edilerek tüm delilleri kapsayacak tek bir düzenleme yapılması önerilmiştir. Deliller arasına tanık beyanı ve telefon dinlenmesi ile mevcut delillerde araştırmayı derinleştirmek, DNA testi gibi yöntemler de bu kapsama alınacaktır. Diğer taraftan, geçerli delil toplamak için ortak standartların benimsenmesi önerilmektedir.

• İNGİLTERE VE MİLLETVEKİLİ DOKUNULMAZLIĞI

İngiliz İşçi Partisi milletvekillerinden Bayan Harman, trafik yasalarını ihlal etmeyi alışkanlık haline getirmiş bulunmaktadır. Daha önce, Parti Başkan Yardımcısı olduğu dönemlerde hız limitlerini aştığı gerekçesiyle hakkında düzenlenen cezayı zamanında ödemeyen Harman adına Ipswich sulh hâkimleri tarafından mahkeme celbi çıkarılmış; ancak kendisi suçlamaları kabul etmemiştir. İşin ilginç tarafı, hukuku hiçe sayan Harman'ın kendisinin bizzat bir hukukçu ve eski Başsavcı olması. Nitekim bayan Harman, Avam Kamarası Başkanı olduktan sonra da trafik yasalarını ihlal etmeyi sürdürdü. En son, araba kullanırken cep telefonu ile konuştuğu ve arabasıyla kaza yaptığı gerekçesiyle gündeme gelen bayan Harman, hakkındaki suçlamaları reddetti. Bayan Harman'a en büyük destek ise iktidardaki İşçi Partisi Genel Başkanı ve Başbakan Gordon Brown'dan gelmiştir. 2003 yılında, başsavcı olduğu dönemlerde araba kullanırken cep telefonu ile konuşma yasağını düzenleyen yasanın çıkmasına ön ayak olan Harman bizzat kendisinin bu yasayı ihlal etmesi ve Başbakan tarafından desteklenmesi, İngiltere gibi demokrasinin ve hukukun beşiği olan bir ülkede bile hukukun ne ölçüde hiçe sayılabileceğini gözler önüne sermektedir. Ancak, yerleşik bir hukuk devletinin olması sebebiyle, bayan Harman uzun süre hukuktan kaçabilecek gibi de görünmüyor. Geçmişte de defalarca trafik cezası alan ve bir ara hız limitlerini aştığı için yedi gün trafikten men edilen Bayan Harman'ın, işlediği son suçtan dolayı mahkemeye çıkarılabileceği ve yasaları ihlal ettiğini gösterecek yeterli delilin mevcut olduğu da ilgili makamlarca belirtiliyor.

HUKUKÇULARIN YETİŞTİRİLMESİNDE ÖN SORUNLAR VE GİDERİLMESİ*

Özdemir ÖZOK**

Temel eğitim, her bilim dalı ve meslek açısından, her daim önceliği olan, güncel bir konu olarak gündemimizde yer almaktadır. Eğitim süreci, ilköğretimden doktora sonrasına dikey; eğitim türleri (mesleki ve genel gibi) yatay olarak bölünebilir. Ortaçağda eğitimin en yaygın biçimi çıraklıktır. Sanayileşme, teknolojideki gelişmeler ve işbölümünün karmaşıklaşması uzun süreli bir örgün eğitim ihtiyacı ortaya çıkardı.

Okuma-yazmadan başlayan eğitim süreci, bilgilerin aktarımı yoluyla düşünsel gelişme, kişilik oluşumu, ahlaki bilincin güçlendirilmesi gibi hedeflere ulaşmak için örgütlenmektedir. Bütün bu faaliyet içinde, Türkiye Cumhuriyeti hedeflediği “*demokratik cumhuriyet*” ideale uygun biçimde, “*yurttaşlık*” bilincini ön plana alan “*sorgulama gücü yüksek*” nesiller yetiştirmeye önem vermiştir.

Bu amaca uygun olarak, başlangıçta üniversitelerimiz “*meslek okulu*” gibi algılanmamış, gençleri bilimsel düşünmeye, sorgulayıcı olmaya yönelik biçimde yetiştirmeye önem vermiştir.

Giderek bu amaçtan uzaklaşıldığını görmekteyiz. Eğitimde bu amaçtan uzaklaşıldıkça, ilköğretimden üniversiteye kadar, bir dizi olumsuzlukla karşılaşırız. Eğitimdeki bu sapma en çok da hukuk

* Bu makale *Stratejik Boyut Dergisi*'nin (Ekim-Kasım-Aralık 2009) 5. sayısında yayımlanmıştır.

** Av., Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

eğitimi alanında kendini göstermekte; yargıç, savcı ve avukat yetiştirilmesinde önümüze ciddi engeller çıkarmaktadır.

İyi hukukçu yetiştirilmesinin ön koşulu tartışmasız ilk ve orta öğretimdeki sorunların aşılmasına bağlı bulunmaktadır.

Bu evrede “yurttaş bilinci” edinilmelidir. “Yurttaşlık insanların karar, değerlendirme, danışma ve icra mekanizmalarına daha fazla katılım iradesi göstermelerini, karşı iktidarlar oluşturmalarını gerektirir.”¹ “Yurttaş bilinci” ile birlikte “insan hakları” düşüncesi ve bilgisi ile donatılmış 12-14 yaş arası gençlerin, iyi birer “yurttaş” olmaları yanında iyi bir “hukukçu” olabileceklerini de varsayabiliriz. Üzülerek söylemeliyim ki, biz gençlerimizi bu aşamada skolâstik düşünce ve cemaat, tarikat ilişkileri içinde boğmakta; onların ileriki aşamalarda “sorgulayıcı” bir hukukçu olma şanslarını ellerinden almaktayız.

Bu düşünce yapısı kadar başka önemli öğeler de var. İlk ve orta öğretimde iyi ve güzel Türkçe yanında felsefe, mantık, sosyoloji gibi hukuka yakın bilim dallarına önem verildiği günlerde, hukuk fakültelerini bitirenlerin yargıç, savcı ve avukat olarak konuşma, yazı, hitabet, davranış gibi mesleğin önemli fonksiyonlarındaki farklılıkları tartışılmazdır. O günlerde yetişenlerin mahkeme kararlarında görülen mantık, gerekçelerindeki tutarlılık ve ifade güzelliğini; “test” usulü sistemlerle yetişmiş kişilerin bilgisayarlardan “kes-yapıştır” komutu ile düzenlenmiş dilekçe, iddianame ve kararlarında aramak boşuna gayrettir.

Hukukun hangi bölümünde ve dalında olursa olsun, ilk aranan özellik, söz ve yazıda özenli olmaktır. Avukatlık Meslek Kuralları’nın 5. maddesinde bu önem şöyle belirtilmiştir: “Avukat yazarken de konuşurken de düşüncelerini uygun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır.”

O zaman iyi bir hukukçu yetiştirilmesinin ilk koşulu ortaya çıkmaktadır. Bütün sanatların yanında özellikle edebiyat, hitabet ve bunlara destek olabilecek mantık, felsefe, genel kültür, bilgileri ile donanımlı “yurttaş bilinci” gelişmiş, “insan hakları” konusunda duyarlı, “sorgulayıcı”, “kendi düşüncesinin cesaretini öne sürebilecek” nitelikler veren bir ilk ve orta eğitim sürecinden sonra hukuk fakültelerine öğrenci alınması planlanmalıdır.

¹ Dilek Gözütok, *Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi*, Ankara 2003, s. 50.

Bu yetiler gençlere ilk ve orta öğretim evresinde verilmeli ve geliştirilmelidir, ama bu sadece eğitimle olacak bir şey değildir. Aile ortamı, toplumsal çevre ile de yakından ilişkilidir.

Genellikle -ABD ve İngiltere dışında- bütün ülkelerde hukuk eğitimi, yargıçlar, savcılar, avukatlar için birleşiktir. ABD’de hukuk öğrencilerinin eğitimiyle ilgili standartları saptama hukuk fakültelerinin, mahkemelerin ve hukuk mesleği ile ilgili olanların işi olduğu genel kabul görmüştür. Bu konuda en etkin olan örgüt ise Amerikan Barolar Birliği’dir. Amerikan Barolar Birliği, hukuk fakültelerinin onanması ve denkliği için standartları belirler, hukuk öğrenimi programlarını yapar ve standartları koyar.

Ülkemizde böyle geniş bir yetkiyi aklımızdan bile geçiremeyiz. Biz, avukatların mesleğe kabullerinde bile standart koymaktan aciz hale getirildik. 2001 yılında Avukatlık Kanunu’nda yapılan iyileştirmeler kapsamında, avukatlığa kabul için konulan sınav, önce ertelendi, sonra bir gece sadece birkaç stajyerin istek ve etkisi ile Başbakan’ın emri ile kaldırıldı. Fakülte diploması, eşittir avukatlık ruhsatı haline getirildi. Standardı tartışmalı çok sayıda fakülte dolayısıyla karşı karşıya kalınan sorunun büyüklüğü anlaşılacaktır. Bunun için barolarımız ve avukatlarımız staj konusunda ellerinden gelen gayreti göstermekle birlikte, genel koşullar dolayısıyla, alınan sonuçlar, iç açıcı olmadığı gibi, sınav, fakültelerin standartını sağlayacak süzgeçler konulamadığı, siyasal iktidarlar popülist kaygılarla, böyle bir süzgeçleri red ettiği için de umut kırıcıdır.

Özellikle büyük kentlerimizin baroları, kaliteli avukat yetiştirilebilmek için çırpınmaktadırlar. Ancak bir yandan fakültelerin bilgilendirme açığını, bir yandan eğitim sisteminin tüm eksikliklerini giderme mecburiyeti karşısında çaresiz kalınmaktadır. Orta boy barolarımız eğitime ufak tefek katkılar verirken, sayıca az küçük barolar bu konuda imkânsızlıklar nedeniyle atıl durumdadırlar. Bu durum karşısında gençler, haklı olarak büyük kent barolarında staj yapmayı tercih etmektedirler. Bu da yığılma meydana getirmekte, bunun sonucunda çeşitli sakıncalar doğmaktadır. Türkiye Barolar Birliği, önümüzdeki yıllarda bir staj akademisi açmayı düşünmekle birlikte bunun da sorunu tam olarak çözebileceğini sanmamaktayım. Yukarıda da söylediğim gibi on beş yıllık bir eğitim sürecinin başaramadığını bir yıllık bir staj süresinde giderebilmek mümkün görünmemektedir.

Yargıcılık ve savcılık, hukuk fakültelerinden mezun olanlar arasından sınav ve mülakat ile seçiliyor. İki yıllık bir staj dönemi ve Adalet Akademisi'nde bir eğitim süreci var. Bunun niteliği ve başarılı olup olmadığı tartışmalıdır. Avukatlar için mevcut sorunlar göreceli olarak onlar için de geçerlidir. Somut ölçü olarak verilen kararlar, kararların Yargıtay tarafından onanma oranları bize fikir verebilir. Bu konuda TBB yayınları arasından çıkan Mustafa Tören Yücel'in "*Yargının Erkinliği*", TBB'nin düzenlediği "*Yargı Reformu Strateji Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu*" kitaplarında iç karartıcı bilgiler bulunuyor. Son kitaptan aldığım şu cümle, savcılarının yetişme kalitesini ortaya çıkarmaktadır: "*Şimdiye kadar ceza yargısında görülen yüksek itham oranları karşısında beraat oranları da aşırı derecede yüksek bir seyir izlemiştir.*"

Bu fotoğraf "*insan hakları*" konusunda duyarlı olmayan hukukçu yetiştirmenin doğal sonucudur. Yetersiz delillerle mahkemeye sevk edilenlerin sayısının yüksek olması, savcılarının "*Dava açayım, mahkemede beraat etsin,*" davranışının göstergesidir. Sanığı insan olarak değerlendirmemenin, kişi olarak, aile olarak çekeceği üzüntüyü, düşeceği ekonomik sıkıntıyı hiç düşünmemenin sonucudur. Tokyo Başsavcısı ise meslektaşlarına şu talimatı veriyor: "*En ufak kuşku duymanız halinde, tereddüt halinde lütfen dava açmayın.*" Japonya'da dava açılanların mahkûmiyet oranı %99,9, Türkiye'de % 70. Bir de yargıçlarla ilgili total bir rakam vereyim: Hukukta ve cezada kararların bozulma oranı %30.

Sonuç olarak şunu söyleyebilirim. Öncelikle iyi "*yurttaş*" yetiştirilmelidir. İyi, kültürlü, duyarlı "*yurttaş*", bilgi ile donatılınca kaliteli "*hukukçu*" olarak yetiştirilebilecektir. İyi hukukçunun hangi meslek dalında -yargıç, savcı, avukat- olursa olsun meslek eğitimi kolay olacaktır.

Ancak eğitimin statik kalması mümkün değildir. Çünkü "*insanlık gelişiyor, insanlık geliştikçe toplumlar gelişiyor, toplumlar geliştikçe de hem ulusal boyutlarda, hem de uluslar arası boyutlarda hukuk gelişiyor, hukuk anlayışı gelişiyor.*"² Buna ayak uydurabilmek zorunluluğu vardır. Buna ayak uydurabilmek için de öncelikle, hukuka, insan haklarına, çağdaşlığa inanmak gerekiyor. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğüne bağlı hukukçular yetiştirilmesi gerekiyor.

² Prof. Dr. Tuğrul Arat, *Hukuk Öğrenimi ve Hukukçunun Eğitimi*, s. 135.

YARGILAMA DİYALEKTİĞİ VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ

Bilgehan YEŞİLOVA*

I. GİRİŞ YERİNE

A. Genel Olarak

Özgürlükler, haklarla somutlaşıp talep edilebilir hâle gelirler.¹ Soyut insan haklarının bir kısmının hukuki güvenceye kavuşturularak pozitif hukukun bir parçasını oluşturması durumunda, artık somut insan haklarından söz edilir.² Anayasa'da yazılı pozitif insan hakları, "temel haklar" adını alır.³ Başlı başına dokunulmaz nitelikte bir yaşam alanı oluşturmayan; ancak maddi nitelikteki temel hakların (*maddi hukuka ilişkin insan haklarının*⁴) ve insan haklarının yargılama içinde gerçekleştirilmesine hizmet eden şekli haklara ise *yargısal temel haklar* denilmektedir.⁵

* Av., İzmir Barosu, Dr., LL. M Queen Mary.

¹ Böyle bir talep, hiç şüphesiz ki, muhatabına da, söz konusu talebi yerine getirme ödevi yükler (Akıllıoğlu T., *İnsan Hakları I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995, s. 6 vd; Atalay E., "Yargısal Temel Haklar", *Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan*, İzmir 1997, s. 437, 438).

² Akıllıoğlu, s. 6 vd, 19; Gözübüyük Ş /Gölcüklü F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2007, s. 3; Atalay, s. 437, 438; Caniklioğlu M., "Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız", *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan*, İzmir 2001, s. 468.

³ Akıllıoğlu, s. 6; Soysal M., *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Ankara 1990, s. 191; Atalay, s. 439, 441.

⁴ Budak A. C., *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, İstanbul 2000, s. 4.

⁵ Atalay, s. 437, 441.

Yargısal temel haklara, *usulü güvenceler*,⁶ *yöntemsel hak veya yöntemsel (usuli) temel hak kuralları*⁷ denildiği bilinmektedir. Söz konusu haklar, devletin yargı organlarına, maddi temel hakların en üst düzeyde gerçekleştirilebilmesi için maddi gerçeğin araştırılması ödevini yükler. Bu bağlamda maddi temel haklara, etkili bir hukuki himaye kazandırılması da şarttır. İnsan hakları hukuku, maddi hukuka ilişkin hakların yargı veya cebri icra organları tarafından himayesi sırasında uygulanan usulleri, yine söz konusu faaliyetlerden etkilenen bireylerin korunması adına bazı şartlara tabi tutmaktadır ki, bunlara kısaca *yargılama hukuku güvenceleri* denilmektedir.⁸ Kısacası, yargısal temel hakların, yargılamaların hukuk devleti ilkesine uygun biçimde yapılmasını sağlamaya yönelik bir işlevi vardır.⁹ Hemen belirtmek gerekir ki, sözü geçen yargısal güvencelerin, çoğu zaman ve öncelikle ceza yargılamaları, şüpheli ve sanık için gündeme geldiği; tartışıldığı ve geliştirildiği bilinmekteyse de anılan teminatın medeni yargı dâhil olmak üzere yargılama hukukunun diğer dalları için de geçerli ve uygulanabilir olduğunda tereddüt etmemek gerekir (*karş. İİK m. 82/I b.12*).¹⁰

Adalet, hukukun hedefi olup en önemli unsurlarından birini *eşitlik* oluşturmaktadır. Uyuşmazlığın taraflarının veya taraflarından birinin haberi olmadığı, haberi olsa bile etki edemediği, dinlenmediği, taleplerinin dikkate alınmadığı bir yargılama, adil kabul edilemez.¹¹ *Hukuki dinlenilme hakkına eksiksiz biçimde itibar edildiği sürece, o oranda adli gerçek, maddi gerçeğe yaklaşacak*;¹² *hem şeklen hem de madden doğru ve ger-*

⁶ Kaboğlu İ., *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, İstanbul 1994, s. 168.

⁷ Akıllıoğlu, s. 88.

⁸ Budak, s. 3. Ayrıca bkz. Özekes M., *Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara 2009, s. 30, 31, 33.

⁹ Yargısal temel haklar, *kişi hakları* kategorisi içinde düzenlense de devletten olumlu bir edimin gerçekleştirilmesini talep yetkisi veren *pozitif statü hakları* olarak da nitelendirilebilirler (Atalay, s. 441; Gören Z., *Temel Hak Genel Teorisi*, 3. Baskı, Ankara 1995, s. 30; Atalay, s. 443, 444; Caniklioğlu, s. 474; Pekcanitez H., "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s 756, 757; İnceoğlu S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul 2008, s. 218).

¹⁰ Budak, s. 6; Akcan R., *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*, Ankara 1999, s. 90-105; Özekes, *İcra*, s. 35 vd.

¹¹ Akıllıoğlu, s. 38; Özekes M., *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003, s. 21.

¹² *Gerçeğin bulunması amacı* bakımından medeni usul ve ceza usulü arasında bir fark

çeğe uygun bir kararın verilmesi sağlanacaktır.¹³ Bu noktada, gerçeğe ulaşılmasa dahi hukuki dinlenilme hakkından vazgeçilemez.¹⁴ Zira bu hak, kaynağını, insan onurundan; eşitlik ve hukuk devleti ilkelerinden almaktadır.¹⁵

İnsan onurunun korunması,¹⁶ hukuk devleti ilkesiyle birlikte¹⁷ yargısal temel hakların başlıca dayanaklarını oluşturmaktadır (*karş.* AY m. 1; 176/I).¹⁸ Gerçi örneğin hukuki dinlenilme hakkı, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olmadığı gibi ondan daha eski ve söz konusu ilkenin varlığı için başlangıçta bulunması gereken bir şarttır.¹⁹ Ancak hemen belirtmek gerekir ki, hukuki dinlenilme hakkı, hukuk devletinin bir göstergesi; hukuk devleti, hukuki dinlenilme hakkının güvencesidir.²⁰

Birey, insan onuru sebebiyle sahip olduğu vazgeçilmez haklarını, etkili bir biçimde gerçekleştirme imkânına yani *hak arama hürriyetine*²¹

yoktur (*karş.* Centel N/Zafer H., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2008, s. 7). Bir usul hukukunda, hâkime, dava malzemesiyle ilgili olarak diğerine nazaran daha fazla yetki tanınmış olması, amaçta bir farklılığa neden olmaz. Birden fazla usulün varlığı ise birden fazla gerçek anlayışından değil; gerçeğe ulaşmak adına tercih edilen farklı metotların varlığından ileri gelir (Alangoya Y., *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979, s. 86-90). Ayrıca ve ayrıntısı için bkz. Üstündağ S., *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000, s. 16-17; Taşpınar S., “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı*, TBB Yayın No. 8, Ankara 1999, s. 759 vd.

¹³ Şimşek O., *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü), İzmir 1999, s. 169.

¹⁴ Devletten, bağımsız mahkemeleri aracılığıyla yargılama yapıp sonuçlandırması talep edilir. Ancak devletin mutlak anlamda doğru bir karar verme yükümlülüğü de yoktur (Alangoya Y/Yıldırım K/Yıldırım N. D., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 201). Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 291; İnceoğlu, s. 217.

¹⁵ Özkes, s. 66.

¹⁶ İnsan onuru, bireyin insan onuruna yakışır bir hayat sürdürmesi için gereken koşullara sahip olmasını şart koşar. Bütün temel haklar, insan onurundan kaynaklanır ve insan onurunun bağımsızlaşmış parçalarıdır (Aldabak E., “İnsan Haklarının Düşünsel ve Tarihsel Kökleri”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. III, İstanbul 2003, 218, 219). Ayrıca bkz. Şimşek, s. 1; Caniklioğlu, s. 470, 471; Özkes, s. 43; AYM, 28.06.1966, 1963-132/29, AYMKD, S. 4, s. 187.

¹⁷ Tanör B/Yüzbaşıoğlu N., 1982 *Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2004, s. 100; Pekcanitez H/Atalay O/Özkes M., *Medenî Usûl Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2009, s. 247; Özkes, *İcra*, s. 122.

¹⁸ Kaboğlu, s. 162-166; Atalay, s. 444 vd.

¹⁹ Pekcanitez, s. 757.

²⁰ Özkes, s. 42.

²¹ Kaboğlu, s. 88; Atalay, s. 449.

sahip olmalıdır. Zira hak arama özgürlüğü, sadece “alacaklının” hakkına ulaşabilmesi için değil; ama aynı zamanda, “borçlunun” da haksız müdahalelere karşı korunması yönünden önemlidir (AY m. 36, 40).²² Ne var ki, kişiye, sadece yargı organlarına başvuru imkânının tanınmış olması da, yetişmez. Kişi, ayrıca yargı organları karşısında, adil ve hukuki dinlenilme hakkına uygun yargılanmalıdır.²³ Zira yargılama içinde dinlenmeyen bireyin kişiliğinin ortaya çıktığından veya yargılama sırasında korunduğundan bahsedilemez.²⁴ İnsan onurunun muhafazası, bireyin yargılamanın objesi olmamasını; kendisiyle ilgili bir kararın verilmesi sürecine etki edip katkı verebilmesini; bunun için gereken ve etkin araçlara sahip olmasını (yani *doğru-dürüst yargılamayı*,²⁵ *hakkaniyete uygun yargılamayı*) gerektirir.²⁶ Bu nedenle hukuki dinlenilme hakkının insan onurunun bir gereği olması sebebiyle gerçek bir istisnası yoktur.²⁷

Aşağıda ayrıntısına değinilecek olmakla birlikte, şu kadarını söylemek mümkündür ki, adil yargılanma hakkı, tek bir hak olmayıp bir yargısal temel haklar demetidir. Bu kapsamda, adil yargılanma hakkı, taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanmasını ve *usulî hakkaniyetin* tüm yargılama boyunca korunmasını gerekli kılar ki, onun bu özelliğine *silahların eşitliği ilkesi* denilir.²⁸

B. Diyalektik Süreç ve Özellikleri

Diyalektik, farklı görüşlerin çatışması yoluyla gerçeğe ulaşma amacını güden bir tartışma sanatıdır. Bu tartışma yöntemi, karşıt görüşleri *karşılaştırarak*, *çözümleyerek* ve *çürüterek* gerçeğe ulaşma çabasından ibarettir (*karş.* HUMK m. 388/I, b. 3). Hemen şunu belirtmek gerekir ki, burada sözü edilen tartışma, aldatmaca, şaşırtmaca üzerine kuru-

²² Özekes, *İcra*, s. 128.

²³ Akkan M., “Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”, 2007/1 *MİHDER*, S. 6, s. 38-40.

²⁴ Şimşek, s. 170.

²⁵ Akıllıoğlu, s. 19.

²⁶ *Ayrıntısı için bkz.* Atalay, s. 447.

²⁷ Pekcanitez, s. 757; Özekes, s. 45.

²⁸ Atalay, s. 453. *Ayrıca bkz.* Gözübüyük/Gölcüklü, s. 291.

lu bir sofistin demagojisinden çok farklı olup amaç, sözü edilen felsefi tartışma sanatının yardımıyla gerçeğin bulunup aydınlatılmasıdır.²⁹

Diyalektik tarihine burada değinilecek değildir. Özetle diyalektik, gelişmeyi, karşıtların etkileşimi; onların birliği ve fakat aynı zamanda karşılıklı mücadelesi olarak yorumlar. Bu niteliği, onu; gelişmeyi, basit yer değiştirmelere; çoğalma ve azalmalara; tekrarlamalara indirgeyen “metafizikten” ayırır.³⁰

Diyalektik süreç, “eklektik” özellikler göstermez. Gerçi yaşamın diyalektiği, düşüncelerin diyalektiğine; o da, kavramların diyalektiğine yansımalıdır. Ne var ki, açık görüşlülük; karşıtlıklara imkân tanımak, birbirleriyle bağdaşmayan düşünce ve kavramların keyfi bir biçimde bir araya getirilmesi; tutarsız ve ilkesiz bir birleşimi demek de değildir.³¹

Diyalektik, genel olarak “eskinin” yerini “yeninin” almasıdır. Ancak burada son derece önemli bir ayrıntı gizlidir. Oluşum halindeki “yeni”, esasen bir sonraki gelişme için kendi içinde zaten daha büyük imkânlar barındırır; bir başka açıdan “eski”, sonraki “yeninin” filizlerini kendi içinde taşır. Bu nedenledir ki, “yeninin” önüne geçilmez. Ancak “yeni”, “eskiyi” “olumsuzlama” yoluyla yani *yok ederek* ortaya çıkıyorsa o halde, oluşanın özüne şüpheyle bakmak gerekir.³² Gelişmeyle

²⁹ Korshunova, s. 76.

³⁰ Korshunova, s. 82.

³¹ Korshunova, s. 95. Açıklama hakkının kullanılması, mahkemeye münasebetsiz evrakın verilmesini; iddia ve savunma sınırlarını aşip karşı tarafın kişilik haklarına tecavüz sonucunu doğuran açıklamalarda bulunulmasını gerektirmez (*Karş. HUMK m. 78*) (Özekes, s. 111). Ayrıca bkz. “...İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, *dava konusu olayın aydınlığa kavuşması bir başka anlatımla, hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir.* Böyle olduğu takdirde Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o *dava sebebiyle söylenilmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, diğer bir deyişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiç bir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez.* Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur...” CGK, 20.10.1998, 4-225/316 (*İzBD*, 2000/Nisan, s. 123).

³² Tarafların süresinden sonra getirdikleri dava malzemesinin yargılamaya dâhil edilmemesi nedeniyle (*teksif ilkesi*) hukuki dinlenilme hakkının da ihlal edilip edilmediği, tartışılmıştır. Hukuki dinlenilme hakkı, bir yargısal temel hak olarak hem kanun koyucuyu hem de hâkimi bağladığından; teksif ilkesini çok katı yansıtan ve

çelişen; onu koşullandırmayan “olumsuzlamanın” karşıtlıkları yok eden ve yok sayan bu olumsuz yönü, diyalektik süreçle bağdaşmaz.³³ “Yeni” “eskinin” silinip atılması değildir; zira onun temelleri üzerinde yükselindiğinden; eskinin olumlu özelliklerinin korunması icap eder. Buna kısaca “olumsuzlamanın olumsuzlanması” denir.³⁴

Yukarıda, tarihi temelleri son derece eski olan diyalektiğin çalışma konumuzla da ilgili olduğunu düşündüğümüz yönlerine, kısaca değinmeye gayret ettik. Ancak bu özet dahi *kanımızca* “diyalektiğin” yargulamaya ve özellikle onun olmazsa olmaz ilkelerinden olan “silahların eşitliğine” son derece ışık tutucu, belirleyici ve ilham verici olduğunu göstermeye yetmektedir. Namık Kemal’in de ifade ettiği şekliyle mademki, *barika-i hakikat, müsademe-i efkârdan doğar*, şu halde, gerçeğe ulaşmak adına girilen mücadelenin belli bir takım nitelikleri taşıması gerekir:

a. Bu süreç, bir demagoji (lâf ebeliği) değildir.

b. Gerçek, karşıtların ancak bilinçli ve sistemli bir şekilde bir araya getirilişinden; etkileşiminden ortaya çıkar; bu nedenle *eklektik* özellikler göstermez.

c. Karşıtların, birbirlerini yok sayması; önemsemesi mümkün değildir. Zira etkileşim hâlindeki her iki farklı uç, oluşacak “yeninin” filizlerini içinde barındırır. Oluşanın, “eskiden” daha ileri, gelişmiş olabilmesi, yaşanan çatışmanın bir dayatma, yok sayma ve yok etme mücadelesi olmamasına bağlıdır (*karş. HUMK m. 445/I, b. 7*).³⁵

hukuki dinlenilme hakkına aykırı olan hükümler ve mahkeme uygulamaları, bu hakkın ihlali anlamına gelir (*Karş. HUMK m. 197, 198; 166-174; 185, 2002; 217, 244, 378; AYM, 20.7.1999, 1/33, RG. 4.11.2000, S. 24220*) (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 256).

³³ Aynı konuda birden fazla kararın doğru olma ihtimali bulunuyorsa, hukuki dinlenilme hakkı, bir yargılamada en doğru kararın ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Hatta hukuki dinlenilme sağlanmadan; karşılıklı iddia ve savunmalar dinlenmeden gerçeğe ulaşmanın mümkün olduğu söylenemez. Ayrıntısı için bkz. Özekes, s. 23.

³⁴ Yargılama hukuku, tarafların haklarıyla ilgili meşru bir mücadele alanı ise de bu mücadelede, her şeyin geçerli olacağı ve kabul göreceği düşünülemez. *Doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevi*, bu mücadelede tarafların uymaları gereken sınırı çizmektedir (Arslan R., *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989, s. 49; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 266-267).

³⁵ “...Felsefi ve hukuksal nitelikleri ve içerikleriyle adalet kavramı ve yargılama işlevi, birbirini tümleyen, birbirinden ayrılmaz sav, savunma ve karar üçlüsünden oluşan yargıyla yaşama geçmektedir....” AYM, 16.6.1992, 8/39 (Akad M./Dinçkol A., 1982 *Ana-*

C. Terminoloji Sorunu

Silahların eşitliği, yargılama hukuku içerisinde bilinen ve sıkça kullanılan bir ibaredir. Lâkin bu kullanım, kendisini oluşturan her iki kelime yönünden de *kanımızca* eksik ve değerlendirmeye açıktır. *Silah*, kelime anlamı olarak savunmak veya saldırmak amacıyla kullanılan araç; başvuru her şey; mecazi olarak ise bir konuda etkili nesne, etken araç anlamına gelmektedir.³⁶ Şu hâlde, her iki türdeki anlamıyla da silah, bir araç, aygıt olarak işlev görmektedir. Bu kullanımın yargılama içerisindeki yansıması, ilk bakışta ve son derece doğal olarak “*delil*” şeklinde belirlemektedir. Oysa yargılamadaki tarafların her koşul altında ve özellikle aynı anda, karşılıklı delillere sahip olmaları gerekmez; bu, mümkün de olmayabilir. Ancak bu hâlde dahi silahların eşitliği şeklinde ifade edilen ilke, taraflara örneğin *bilgilenme ve açıklama hakkı* gibi başkaca imkânlar daha sunmaktadır. Bu durum, ceza yargısında şöyle ifade edilmektedir: Savcı ile sanık arasında *silahlarda eşitlik* olmasını savunmak, taraf ile süjenin birbirine karıştırılması anlamına gelir.

Ceza yargısında, savcı ile sanık arasındaki *yetkilerin karşılıklı* olması aranır. Yani sanık kadar savcının da hâkimden uzak olması şarttır. Esas olan iddia ve savunma makamları için geçerli *usulî imkânların* birbirleriyle dengeli olması; dengenin birisi aleyhine bozulmamasıdır.³⁷ Bu durumun medeni yargı için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Eşitlik tarafların fiilen de aynı anda ve aynı araçlara sahip olmasını şart koşmaz. Birey, *silahların eşitliği ilkesi* sayesinde, **i)** talep ve iddialarının ispatına yarayan delilleri, *karşılıklı* olarak sunarak bunları tahkikata konu etme ve böylece sav yahut savunmayı yürütme hakkına sahip olmakla birlikte *ayrıca ve belki de öncelikle* başka usulî imkânlarla daha kavuşmaktadır. Bu şekilde kişi, **ii)** *sadece iddia ve taleplerini ileri sürmek* yönünden çekişmenin diğer yanına göre daha aleyhte bir durumda olmayacak *ama aynı zamanda* karşı tarafın iddia, talep ve savunmalarına karşı da **iii)** *beyan ve açıklamada bulunma* imkânına kavuşacaktır.³⁸ Esas olan, taraflar arasında adil bir usulî

yasası, Madde Gereçekleri ve Maddelerle ilgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul 1998, s. 169).

³⁶ *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu, 10 Baskı, Ankara 2005, s. 1766.

³⁷ Centel/Zafer, s. 194, 195.

³⁸ Pekcantez H., “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *İzBD*, 1997/2, s. 45-48.

dengeinin bulunması; davanın ortaya koyulabilmesi bakımından tarafların makul *olanaklara* sahip olabilmesi ve *öncelikle* dosyadaki tüm delil ve mütalaaların taraflarca **bilinmesi** ve bunlar üzerinde *yorum yapıp tartışılabilmesidir*.³⁹

Sözü edilen ilkenin “*eşitlik*” unsuru yönünden de eleştirisi yapılabilir. Silahların eşitliği ilkesinde gaye, *-eşit muamele etmek adına-* tarafların, birbirlerine nazaran, oldukları gibi muhafaza edilmesi ve bu nedenle mevcut oransızlığın olduğu gibi sürdürülmesi değil; *taraflar arasındaki eşitsizliklerin de giderilmesi adına*, gerçekçi ve esaslı bir eşitlik anlayışının sağlanmasıdır. *Eş deyişle taraflar arasındaki eşitliğin sağlanması için taraflara farklı, eşit olmayan bir biçimde, davranılabilir (karş. İİK m. 85/son⁴⁰)*. Bu nedenle yargılamanın daha ziyade *adilane bir surette yürütülmesi* ilkesi, çok daha gerçekçidir; taraflara sadece eşit değil; adilane bir biçimde de muamele edilmelidir.⁴¹ Zira önemli olan, *taraflar arasındaki, şayet varsa eşitsizliğin, -sosyal devletin de bir gereği olarak- adil yargılamayı engellemesine mâni olmaktır*.⁴²

D. Silahların Eşitliği İlkesinin Diğer Yargısal Temel Haklarla İlişkisi

Yargısal temel hakların tümünün, adaletin tecellisine *-usulünce gerçekleşmesine-* ilişkin hak (*right to a proper administration of justice*) başlığı altına toplandığı; yine bu bağlamda meselenin en geniş anlamıyla adil yargılanma hakkı (*right to a fair trial*) olarak ifade edilmeye ça-

³⁹ Fawcett J.E.S., *The Application of The European Convention on Human Rights*, Oxford 1987, s. 154.

⁴⁰ Ayrıca bkz. Özkes, *İcra*, s. 90, 91, 114.

⁴¹ İHAS özelinde, ülke hukukuna göre yüksek mahkemede görev yapan savcıların hazırlayacakları mütalaa için savunma makamından daha uzun bir süreden yararlanmaları, eşitsizlik olarak görülmemiştir. Zira söz konusu savcılar, savunmadan farklı olarak yargılamaya sonradan katılmakta ve ilk derece mahkemesinde yaşananları, ilk defa tanımak ve çalışmak sorunda kalmaktadırlar (*Kremzow v. Austria*, 21.09.1993, A 268-B, 17 EHRR 322, §75).

⁴² Petrochilos G., *Procedural Law in International Arbitration*, 2004, s. 145; dn. 167; Jacot-Guillarmont O., “Rights Related to Good Administration of Justice”, *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993, s. 392; Fawcett, s. 157. Ayrıca bkz. Alangoya Y., “Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi”, *MHB*, 1981/2, s. 3; Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 47, 48; Özkes, s. 49, 50.

lışıldığı bilinmektedir.⁴³ Özellikle İHAS'ın 6/I. maddesinde düzenlenerek güvence altına alınan (Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 14/I) yargısal temel haklar, **i) yargı mercileriyle; ii) yargılamayla ve iii) verilen kararlar ilgili yargısal temel haklar** şeklinde üç ana grup altında değerlendirilebilir.⁴⁴ Yargılamayla ilgili yargısal temel hakların özünü, **i) makul sürede ve ii) aleni surette yargılanma hakları** dışında hiç şüphesiz ki **iii) adil yargılanma hakkı ve içeriğindeki hukuki dinlenilme hakkı ile silahların eşitliği ilkesi** oluşturmaktadır.⁴⁵

İHAS'ın 6/I. maddesinde, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14/I. maddesinin aksine; yargılama makamları önünde *eşit muamele görme hakkı* şeklinde somut bir hüküm yer almamaktadır.⁴⁶ Yargılama makamları önündeki eşitlik, bireylerin ayrımcı gerekçelerle ilgili yargılama makamına başvuru hakkının kısıtlanmasına engel olan; *hukuk önünde eşitlik* ilkesinden de geniş bir anlamı ifade etmektedir (Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 2/I, 26).⁴⁷ Gerçi, böyle bir hakkın İHAS'da lâfzen düzenlenmemiş olmasına karşın; adaletin usulünce tecellisine ilişkin hakka (*right to a fair administration of justice*) zaten ve zımnen dâhil olduğu kabul edilmektedir. Yargılama makamları önündeki eşitlik, adil yargılanma hakkının bir parçası olan silahların eşitliği ilkesi ile de somut olarak karşılanabilmektedir.⁴⁸ Hemen belirtmek gerekir ki, İHAS'ın 6/III. maddesine konu ve kısaca *sanık haklarını içeren hüküm, sadece yol gösterici olup hakkaniyete uygun bir yargılamanın da her zaman yeter şartlarını karşılamaz*. Öte yandan sanık hakları olarak ifade edilenler de aslında, pekâlâ özel hukuk uyuş-

⁴³ *Delcourt case*, Judgement of 17.01.1970, A 11, 1 EHRR 355, §25; *Golder case*, Judgement of 21.02.1975, A 18, 1 EHRR 524, §33, 34. Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 276, 277.

⁴⁴ Jaksic A., *Arbitration and Human Rights*, Band 59, Berlin, Bern, 2002, s. 221; Ayrıca bkz. Gottwald P., "Die sachliche Kontrolle internationaler Schiedssprüche durch staatliche Gerichte", FS für Heinrich Nagel, Münster, 1987, s. 57; Heller K., *Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Band 4, Wien 1996, s. 18.

⁴⁵ Matscher F., "Der Einfluss der EMRK auf den Zivilprozess", FS für Wolfram Hencel, Berlin/NewYork 1995, s. 594.

⁴⁶ Joseph S/Jenny S/Satsan M., *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Cases, Materials and Commentary, 2005, s. 394, 395.

⁴⁷ Weissbrodt D., *The Right to a Fair Trial*, Article 8, 10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights, London, 2001, s. 14, 15.

⁴⁸ van Dijk P., "Access to Court", *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993, s. 352.

mazlıklarında, medeni yargı içinde kendilerine *-birebir olmasa da-* yer bulabilmektedirler.⁴⁹

Çalışma konumuzu oluşturan, silahların eşitliği ilkesinin diğer yargısal temel haklarla yakın bir ilişki içinde olduğu inkâr edilemez. Başta silahların eşitliği olmak üzere yargısal temel hakların köklerini, insan onurunda, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerinde aramaktan doğal bir şey olmaz. Ne var ki, *silahların eşitliği ilkesiyle eşitlik, adil yargılanma* ve onun bir unsuru olan *hukuki dinlenme hakkı arasında* çok daha sıkı ve yakın bir bağ vardır. Kimi zaman bu yargısal temel hakların kavram olarak birbirlerinin yerine kullanıldığı; biriyle aslında diğerinin de anlatılmak istendiği, görülecektir.⁵⁰ Aşağıda, meselenin incelenmesi sırasında, sistematik bakımından daha ziyade *“hukuki dinlenme hakkının”* unsurlarına göndermede bulunulmuştur. Çünkü bir ilke olan silahların eşitliği, adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenme hakkı ile eşitlik ilkesinin kesiştiği yerde bulunmaktadır. *Söz konusu yargısal temel hakların kullanımı sırasında eşitlik ilkesi, dikkate alınması gereken zorunlu bir kistas olarak karşımıza çıkmakta; gölgesi, tüm yargılamanın üzerine düşmektedir.*

Kişilerin devlete karşı *yargı hakkı* bulunmaktadır ve kendiliğinden hak almayı bireylere yasaklayan devlet, hakkın dağıtımından kaçınamaz.⁵¹ Hak arama hürriyetinin iki yönü olduğu savunulur: Bunlardan ilki, yargıya (yargı hizmetine) ulaşabilirliğin (*access to justice*) sağlanması (adaletten yararlanma hakkı);⁵² ikincisi ise yargılamada ilgililere söz hakkının (dinlenme hakkının) (*due process*) tanınmasıdır.⁵³ Ne var ki, adil yargılanma hakkının gerçekleşebilmesi için öncelikle hak arama özgürlüğünün güvence altına alınması yani mahkemeye

⁴⁹ van Dijk P/van Hoof G. J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague 1998, s. 429; Fawcett, s. 149; İnceoğlu, s. 219, 220; *Albert and Le Compte v. Belgium*, 10.02.1983, 5 EHRR 533, §30.

⁵⁰ Jacot-Guillarmod, s. 393; İnceoğlu, s. 219.

⁵¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 186; Tezcan D/Erdem R. M/Sancakdar O., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, 2004, s. 43. Ayrıca bkz. Alangoya, s. 1 vd; Hanağası E., *Davada Menfaat*, Ankara 2009, s.39, 41.

⁵² Van Dijk/van Hoof, s. 418-419; İnceoğlu, s. 105, 106.

⁵³ Üstündağ, s. 26, 27; Yıldırım K., *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 98, 99.

başvurarak⁵⁴ dava açma hakkının korunmuş olması gerekir.⁵⁵ Bu noktada, *hak arama hürriyeti* ve özellikle onun asli görünümü olan *mahkemeye başvurma (ulaşma) hakkı* ile hukuki dinlenilme hakkı tümüyle örtüşmez. Örneğin hukuki dinlenilme hakkı, yargılama başladıktan sonra, yargılamada taraflara, *eşit* bir şekilde davranılmasının garantisidir. Şu hâlde, salt hukuki korunmanın sağlanmış olması, *adil yargılanma hakkının* gereklerinin de yerine getirildiği anlamını taşımaz.⁵⁶ Ancak bu iki yargısal temel hak, birbirinden ayrı da düşünülemez.⁵⁷ Zaten Anayasa'da, hak arama özgürlüğü, hukuki dinlenilme hakkının bir parçasını teşkil eden iddia ve savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı ile birlikte düzenlenmiştir (AY m. 36). Şurası kesindir ki, *gerçek bir hukuki koruma, ancak hukuki dinlenilme hakkının eksiksiz tanınması ile mümkündür*.⁵⁸ Bu nedenle de artık "*hukuki korunma talebinin*" adil yargı-

⁵⁴ Anayasa'nın 36/I ncı maddesinde geçen "*yargı mercileri*" tabiri, hiç şüphesiz ki öncelikle mahkemeleri ifade etmekteyse de aynı hükmün ikinci fıkrasıyla ve ardından yine Anayasa'nın bu kez 37 nci maddesiyle birlikte değerlendirilmesinden; söz konusu ibarenin mahkemeler dışında diğer yargılama makamlarını ve hatta tahkim yargılamasında hakemleri (*hakem heyetlerini*) de içerecek genişlikte olduğu, öğretilde kabul edilmektedir (*Karş. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi* m. 14/I). Herkes, *mahkemeye* başvurup uyuşmazlığıyla ilgili davacı olma ve iddialarını ileri sürme hakkına sahiptir; *ancak buna da mecbur değildir*. Mahkemeler ise görev ve yetkileri dâhilindeki davalara bakıp çözmekten kaçınamazlar (AY m. 36/II; 142). Şu hâlde birey, mahkemeler teşkilatı dışında yapılacak yargılamalarda da yine aynı hükümde sözü edilen yargısal temel haklara sahiptir ve devlet, burarlarda da aynı hak ve güvencelerin işletildiğini gözetmekle yükümlüdür. Kaldı ki, İHAS özeline de "*mahkemeler*" tabirinden hiçbir zaman *sadece* bilinen anlamıyla devlet tarafından örgütlenmiş mahkemeler teşkilatı anlaşılmamıştır (Petrochilos, s. 110; Jaksic, s. 186; İnceoğlu, s. 158 vd). Önemli olan, yargılama makamının olağanüstü nitelik arz etmemesi; yani yürütmeye ve onun tabii hâkim ilkesini ihlâl eden tek yanlı işlemlerine karşı bağımsız oluşudur (van Dijk/van Hoof, s. 457). Kısacası, başta Anayasa'nın 36 ncı maddesi olmak üzere özellikle İHAS'ın 6 ncı maddesinde düzenlenmiş yargısal temel hakların, bünyesine ve hukuki niteliğine uygun düştüğü ölçüde pekalâ tahkim yargılamaları için de geçerli olduğu konusunda ayrıntısı için bkz. Yeşilova B., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, İzmir, 2008, s. 134-149, 165-207, 221-235.

⁵⁵ Akıllıoğlu, s. 183; Hanağası, s. 43-45.

⁵⁶ Özekes, s. 52-55. Ayrıca bkz. Budak, s. 13.

⁵⁷ Örneğin, üçüncü kişilerin yargılamada yer alarak hukuki dinlenilme haklarını kullanabilmeleri bakımından hukuki korunma talebi ile hukuki dinlenilme hakkı çakışmaktadır (Özekes, s. 55). Aynı konuda bkz. Pekantez H., *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara 1992, s. 98-101; Budak, s. 27, 28.

⁵⁸ "Savunma hakkı hak arama özgürlüğünün bir tezahür şeklidir..." 9. HD, 18.5.1999, 7782/9107 (Günay C. İ., *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara, 2000, s. 337).

lanma hakkı içinde eridiği kabul edilir.⁵⁹ Bugün, şekli bir hukuki korumanın sağlanması yeterli görülmemekte, “*etkili hukuki koruma*”nın varlığına ihtiyaç duyulmaktadır.⁶⁰ Bu bağlamda, hukuki dinlenme hakkı olmaksızın da sağlıklı ve etkin bir yargılamadan söz edilemez. *Usulî eşitlik* ilkesi ve onun somutlaşmış hâli olan hukuki dinlenme hakkı ile etkili bir hukuki koruma sağlanırken; bu yolla aslında yanlış karar verilmesinin de önüne geçilmektedir.⁶¹

Adil yargılanma hakkı genel olarak herkesin, uyuşmazlığının aleni biçimde, makul bir sürede, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini talep hakkını ifade eder.⁶² *Hukuki dinlenme hakkı*, adil yargılanma hakkına göre daha özel bir haktır.⁶³ Örneğin, avukatla temsil veya tercümandan yararlanma hakkı gibi bazı yargılama hukuku meseleleri, hukuki dinlenme hakkını da ilgilendirmekle birlikte daha ziyade adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınıp incelenmektedir. Bununla birlikte adil yargılanma hakkı içinde yer alan unsurların, birbirleriyle yakın ilişki içinde olduğu da inkâr edilemez. Örneğin bağımsız ve tarafsız olmayan bir hâkimin taraflara eşit davrandığını; onları eşit şekilde dinleyerek doğru bir değerlendirme yaptığını kabul etmek hayli güçtür.⁶⁴ Hukuki dinlenme hakkı, adil yargılanma hakkının özellikle hakkaniyete uygun yargılanma unsuruyla ilgilidir. *Usulî hakkaniyet, yargılamada, taraflar arasında gerçek eşitliğin sağlanmasını ve buna uygun davranılmasını gerektirir.*⁶⁵ Taraflara karşı sergilenen haksız, eşit olmayan ve keyfi davranışlar, hu-

⁵⁹ Akkan, s. 46.

⁶⁰ Özkes, s. 54, 55; Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 36; Atalay, s. 499. Kısaca birey, *hak arama özgürlüğüne* dayalı olarak *hukuki koruma talep ettiğinde* devlet, yargı organları aracılığıyla talep edilen *hukuki korunmayı* (hukuki yararın da olması şartıyla) temin edecektir. *Ayrıntısı için bkz.* Akkan, s. 30-32; 54-56. Hukuk yargılamasında etkinliğin sağlanması adına alınması gereken önlemler için bkz. Tanrıver S., Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine, 2000/1-4 AÜHFD, s. 67-83.

⁶¹ Özkes, s. 55.

⁶² Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 36 vd.; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 245 vd.

⁶³ Pekcanitez, s. 760; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 253 vd.

⁶⁴ Özkes, s. 57, 58, 159.

⁶⁵ Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 45-48; Pekcanitez, s. 760; İnceoğlu, s. 220. Gerçeğin ortaya çıkabilmesi için hukuki dinlenme hakkına uygun davranılmalıdır. Hâkim bir taraftan açıklama isterken, diğer tarafın bu konudaki beyanlarını hiç dikkate almazsa, vakıta tam olarak aydınlatılmış olmaz. *Bu tutum, hâkimin her iki tarafa karşı eşit uzaklıkta ve onlara karşı tarafsız olması ilkesiyle çelişir* (Özkes, s. 79).

kuki dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurur.⁶⁶ Bir yargılamanın adil olması gerektiğine işaret edilirken farklı kavramlar da kullanılsa bunlar, her zaman, hukuki dinlenilme hakkını ve taraflar arasındaki eşitlik prensibini içerir. *Neredeyse adil yargılanma hakkı, eşitliği; eşitlik de hukuki dinlenilme hakkını, beraberinde getirmektedir.*⁶⁷

Yargılamanın tarafları aynı haklara, aynı ölçüde sahip olmalıdırlar. *Eşitlik ilkesi ile örneğin hukuki dinlenilme hakkı birbirlerine çok yakın olmakla birlikte her zaman örtüşmezler.*⁶⁸ Zira eşitlik ilkesi, geniş bir içeriğe ve uygulama alanına sahip olup sadece yargılama alanında geçerli değildir. *Yargılamada eşitlik ise gerek yargılamanın başında ve gerekse devamında taraflara eşit şekilde hukuki dinlenilme hakkı sağlanarak gerçekleştirilir.* Kısaca *“bir tarafın dinlenmesi kimsenin dinlenmemesidir”* şeklindeki veciz anlatım, aslında eşitlik ilkesi ile hukuki dinlenilme hakkı arasındaki bağlantıyı da aydınlatmaktadır.⁶⁹ Gerçi eşitlik ilkesini, hukuki dinlenilme hakkından da ayırmak kolay değildir.⁷⁰ Örneğin hukuki dinlenilme hakkının açıkça düzenlenmediği İsviçre hukukunda, bu hak, eşitlik ilkesinden çıkarılmaktadır.⁷¹

⁶⁶ Pekcantez, s. 759.

⁶⁷ Petrochilos, s. 145. Ayrıca bkz. Yeşilova, s. 169.

⁶⁸ Özekes, s. 48. Gerek İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10. maddesinin gerekse Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin hazırlanması sırasında, ilgili düzenlemelerde zaten *hukuki eşitlik* düzenlenmiş olmasına karşın; yargılamalar sırasında geçerli, taraflar arasındaki eşitlik ilkesine ısrarla ve oybirliğiyle göndermede bulunulmuş; bu konu, ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir (Weissbrodt, s. 14, 15). Bu noktada ilginçtir, özellikle o dönemde, hâlâ geçerli olan kolonyal dönemin etkisiyle; yargılamalar sırasında kullanılan “resmi” dilin tarafça bilinmemesi durumuna önem verilerek söz konusu eşitsizlik hali, özel bir tartışma konusu teşkil etmiştir.

⁶⁹ Özekes, s. 48. Tahkim yargılamaları bakımından ise tarafların eşitliği meselesi, daha yargılamanın başlamasından önce henüz hakem heyetinin oluşumu aşamasında, özellikle *çok taraflı tahkim* uygulamalarında gündeme gelmektedir. *Ayrıntısı için bkz.* Yeşilova, s. 129, 399 vd.

⁷⁰ Cinsler arası eşitlik ilkesini hiçe sayan bir varsayıma yahut günlük hayat tecrübelerine göre yargılama yapıp hüküm vermek, adil yargılanma hakkının ihlâlidir (*Schuler-Zraggen v. Switzerland*, 24.06.1993, A 263, 16 EHRR 405, §66-67).

⁷¹ Alman hukukunda *da* hukuki dinlenilme hakkına ilişkin Anayasadaki düzenleme, eşitlik ilkesi karşısında özel hüküm niteliğinde görülür. *Ayrıntısı için bkz.* Özekes, s. 48, 49.

Eşitlik ilkesi, hakkaniyete uygun yargılanma içerisinde “silahların eşitliği ilkesi” olarak karşımıza çıkar.⁷² Hak ve yükümlülükler yönünden taraflar arasında tam bir eşitlik ve denge, yargılama boyunca sağlanmalı ve korunmalıdır (*karş. İİK m. 169a/VI, 170/III*).⁷³ Tarafların yargılama sırasında çeşitli nedenlerden kaynaklanan (*dil, yargılama giderlerini karşılamadaki güçlük vb.*) farklılıkları gündeme gelebilir. Özellikle hukuki dinlenilme hakkı, bu yöndeki engelleri ve doğurduğu eşitsizliği, izale etmeye yönelik tedbirler almayı gerektirir.⁷⁴

Silahların eşitliği, eşitlik ilkesi ile hukuki dinlenilme hakkının kesiştiği bölgenin adıdır. *Silahların eşitliği ilkesi, hukuki dinlenilme hakkını gerektiren kılar ve gereği gibi uygulanan hukuki dinlenilme hakkı da silahların eşitliği ilkesinin hayata geçmesine hizmet eder. Eş deyişle silahların eşitliği, sadece her iki tarafın da aynı şekilde dinlenmelerini değil; hukuki dinlenilme hakkına uygun şekilde dinlenmelerini gerektiren kılar.*⁷⁵

II. BİLGİLENME VE AÇIKLAMA HAKKI BAKIMINDAN EŞİTLİK

A. Karşı Tarafın ve Diğer İlgililerin Açıklamaları Hakkında Bilgilenme Hakkı

Hukuki dinlenilme hakkı, bu hakka sahip olanların yargılamanın başından sonuna kadar yargılamadan tam olarak haberdar olmalarını

⁷² Özkes, s. 49; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 250.

⁷³ Atalay, s. 453; Pekcanitez H., “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti”, *Anayasa Yargısı* 12, 27-28 Nisan 1995, s. 278, 279; Özkes, s. 49; Özkes, *İcra*, s. 39, 51.

⁷⁴ Özkes, s. 49. Elinde olmayan, iradesi ve tasarrufu dışında gerçekleşen olaylardan tarafı, mutlak olarak sorumlu tutmak; anılan türden bir engel nedeniyle sürecinde söz konusu işlemi yapamadığı gerekçesiyle ilgili tarafın aleyhine karar vermek, adil yargılanma hakkının gereği olan eşitlik ilkesinin de ihlâlidir. *Eski hâlde iade kurumu, tarafa süresinde yapması gerektiği hâlde yapamadığı işlemi, tekrar yapma hakkı tanyarak taraflar arasında, bir tarafın kusuruna dayanmayan eşitsizlik hâlinin giderilmesine çalışmakta; hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan açıklama hakkının gereği gibi tüketilmesine hizmet etmektedir* (Tercan E., *Medeni Usul Hukukunda* (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) *Eski Hale Getirme*, -Hali Sabika İrcâ- Ankara 2006, s. 80-81).

⁷⁵ Özkes, s. 50. Silahların eşitliği ilkesiyle tarafların birbirlerine karşı, haksız bir üstünlük içinde olmamalarının hedeflendiği açıktır. Buna karşın tarafların *her ikisinin* de aynı mahrumiyet içinde olması, temelde bir eşitsizlik olarak görülemez de özellikle hukuki dinlenilme hakkının ihlâli olarak kabul edilir (İnceoğlu, s. 237).

gerektirir (HUMK m. 73).⁷⁶ Bilgilenme hakkına sadece davanın başındaki iddia ve savunma bakımından değil; tüm yargılama boyunca itibar edilmelidir. Sadece, derdest yargılamanın varlığından tarafın haberdar edilmesi, yetişmez; başta diğer yanın olmak üzere yargılamada yer alan sair kimselerin *açıklamaları* hakkında da tarafın bilgilendirilmesi gerekir.⁷⁷ Davanın temelini oluşturan vakıalar, iddialar ve bu iddiaların ispatına yarayan deliller hakkında, yeterince bilgi sahibi olunmalıdır; aksi takdirde davaya cevap verip savunma yapılması; karşı iddiada bulunup ispat faaliyetine girişilmesi, mümkün olmaz.⁷⁸

Bilgilenme hakkı, dava dosyasının incelenmesi hakkını da içerir. Taraflar ve yargılamayla ilgili kişiler, dosya kapsamındaki tutanakları, bilgi ve belgeleri de inceleyebilir. Taraflar ve vekilleri, dosyayı incelemekten men edilemezler.⁷⁹ Bu, aslında dava malzemesinin de en iyi şekilde kontrolünü sağlar. Kaldı ki, tarafların mahkemede açıklama yapabilmesi için hazırlık yapmaları gerekir. Dosyadaki bilgi ve belgeler

⁷⁶ Ayrıca bkz. Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı m. 8.1 (Pekcanitez H./Yeşilova B., "Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirilmesi", Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir 2001, s. 347).

⁷⁷ Özkes, s. 87-89. *Stanford* davasında (*Stanford v. UK*, 23.02.1994, A 282-A), duruşma salonlarındaki zayıf akustik düzenin, sanığın/tarafın yargılamaya, özellikle duruşmaya aktif katılımına engel olduğu sürece İHAS m. 6/I'in ihlali sonucunu doğuracağı hükmedilmiştir (Merrills/Robertson, s. 100).

⁷⁸ Pekcanitez, s. 773. Tarafların bir işlemde bilgi sahibi olması, o işlemi öğrenmesi ile mümkün olur. Öğrenme doğrudan olabileceği gibi, tefhim, tebliğ veya davetiye yoluyla da gerçekleşebilir. "...Taraflar yargılamaya katılmasalar bile mutlaka duruşmadan haberdar edilmelidirler. ...usulüne uygun tebliğ ve taraf teşkili işlemlerinin yapılması, böylece davalıya savunma yapma olanağı tanınması, toplanan ve toplanacak delillerin değerlendirilmesi ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken..." 1. HD, 7.6.2000, 7264/7421 (YKD 2001/2, s. 175). **İlanen tebligatın** esasen bir faraziyeyle dayanması nedeniyle hukuki dinlenilme hakkıyla uyum içinde olup olmadığı sorgulanmıştır. Zira bu tür tebligatta, muhatap *fülen* bilgi sahibi kılınmamakta; hukuki dinlenilme hakkının sağlandığı varsayılmaktadır. Bu noktada öğretilen ileri sürülen kıstasa göre muhatap, tebligat adresinden *kendi isteğiyle ayrılmış* ve *artık ona tebligat yapılması imkânının ortadan kalktığı* bilininceyle hareket ederek ortaya çıkaracak sonuçları da göze almışsa, bu durumda yapılan ilan tebligatın hukuki dinlenilme hakkına aykırı tarafı yoktur (Özkes, s. 102, 103).

⁷⁹ Pekcanitez, s. 774. Söz konusu mütalaa, görüş yahut beyan, dosya içerisinde mevcut olmakla birlikte tarafa da ayrıca iletilmemiş/gönderilmemişse tarafın (*avukatının*) böyle bir mütalaa dosyada zaten bulunduğunu ***bilmesi gerektiğinden hareketle*** bilgilendirme mecburiyetinden kaçınılamaz. Savunma açısından ayrıca bir çaba, gayret ve uyanıklık gerektirecek uygulamaların yerine getirilmemiş olmasından, savunma hakkından da feragat edildiği sonucu çıkarılamaz (*Brandstetter v. Austria*, 28.08.1991 A 211, 15 EHRR 378, §67-69).

üzerinde yeterli inceleme yapılamazsa eksik bilgilendirme sonucu, açıklama hakkı da eksik kullanılır.⁸⁰

Dosyanın incelenmesi kapsamında, tarafların dosyadaki belgelerin orijinallerini görmeleri, belgeleri okumaları, fotokopi etmeleri, sesli ve görüntülü materyalleri dinlemeleri ya da izlemeleri mümkündür (HUMK m. 157, 155; CMK m. 153, 234). Mahkeme, kanunda belirtilen sınırlar içerisinde, dosyanın muhafazasını da sağlayarak gerekli kolaylığı sağlamalıdır. *Taraf aleniyetinin* bir sonucu olarak, yargılamanın hiçbir aşaması, taraflardan habersiz ve onlardan gizli yürütülemez.⁸¹ Bu ilkeden, dosyanın tamamen tarafların insafına terk edilmesi anlamı da çıkartılamaz. Tarafların bir mücadele içinde buldukları ve meşru olmayan bazı davranışlar içine girebilecekleri düşünüldüğünde; mahkemenin bir tarafın bilgilendirme hakkını kullanırken; diğer tarafın haklarına zarar vermemesini de sağlama görevi bulunmaktadır (*karş.* Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Yazılı İşleri Yönetmeliği m. 39, 40). Ancak amaca uygun tedbirler, hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak görülmez.⁸²

⁸⁰ Özkes, s. 93; İnceoğlu S., “İnsan Hakları Bakımından Türk usul Hukukundaki Değişim ve Sorunlar”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C. 2 İstanbul 2008, s. 375; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 292.

⁸¹ Merrills J. G./Robertson A.H, *Human Rigts in Europe*, Manchester 1993, s. 100. *Taraf aleniyeti*, duruşmaların aleni olmasından farklı olup hukuki dinlenilme hakkı ile ilgilidir. Taraf aleniyetinde amaç, tutanakların, dosyanın taraflar ya da vekillerince incelenebilmesi, örnek alınabilmesi; duruşma aleniyetinde gaye, mahkemenin duruşma sırasında yaptığı işlemlerin üçüncü kişiler tarafından da izlenebilmesidir (Pekcanitez H., “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000, s. 408-409). Ayrıca bkz. Üstündağ, s. 260. Özellikle avukatların bu konudaki yetkileri için bkz. Sungurtekin Özkan M., *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, İzmir 1999, s. 254 vd. *Duruşma aleniyeti*, bir yargılamanın kamusal karakterini ortaya koyarak, idarenin yargı hizmeti sırasında, demokratik toplum düzeni içinde, üçüncü kişiler tarafından da denetlenbilmesine imkan tanımaktadır. Ancak bu durum, söz konusu ilkeye, belli tipteki dava türleri yönünden, ahlâki değerler yanında kamu düzeninin ve güvenliğinin yahut küçüklerin ve kişilerin özel yaşamlarının korunması gerekçeleriyle bazı istisnaların getirilemeyeceği anlamına gelmez (Mowbay, s. 105; Fawcett, s. 162).

⁸² Özkes, s. 94. Duruşmaların aleniyeti yanında, *hükümün de aleniyeti*, özellikle üçüncü kişilerce de temin edilebilmesi, esastır. Hükümün temini yönünden taraflar dışında üçüncü kişiler bakımından kimi kayıtlamalara gitmek ve bunların sağlanıp sağlanmadığı araştırmak, mümkün değildir (*Sutter v. Switzerland*, 6 EHRR 1984, 272, §34, Mowbay, s. 113).

Bilgilenmenin/bilgilendirmenin asıl gayesi, tarafı, yargılamaya dâhil etmek; savunma hakkını kullanmasına imkân tanımaktır. Bilgilendirilen hususun gereğini yapabilmek; karşı beyan ve açıklamalarda bulunmak, hazırlık yapmayı ve zamanı gerektirir. Şu hâlde, bilgilendirilmenin yanında tarafa, mukabil iş ve işleri için yeterli zamanı tanımak, kullanılacak savunma hakkı için olmazsa olmaz bir ön şarttır. Örneğin duruşma günlerinin tespitinde yahut tanık ifadelerine karşı açıklama ve itirazda bulunmak için yeterli zamanı tanımak gerekir (HUMK m. 215; CMK m. 176, 226/III).⁸³

B. Açıklama Hakkı, Konusu ve Kullanılması

Sadece bir tarafın dinlenmesi, aslında kimsenin dinlenmemesidir. Her iki tarafa da yeterli açıklama hakkı tanındıktan sonra, uyuşmazlık, tam olarak anlaşılıp çözülebilir. *Açıklama hakkı, hem iddiaların ileri sürülmesine hem de diğer tarafın açıklamalarına karşı savunma yapıp onları çürütülmeye yöneliktir (çelişmeli yargılama ilkesi)*.⁸⁴ Tarafın önceden bilgilendirildiği hususlar dışında yeni şeyler daha ileri sürülürse bunlar için de ayrıca açıklama imkânı, tanınmalıdır.⁸⁵

Bu noktada, anayasa yargısındaki *somut norm denetimiyle* ilgili bir meseleye değinmek gerekir. Davaya bakmakta olan mahkeme, taraflardan birinin anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanaatine varır yahut re'sen davaya uygulanacak kuralın anayasaya aykırı olduğunu görürse dosyayı, Anayasa Mahkemesi'ne gönderir (AY m. 152; 2924 s. K m. 28, 30) ve sorunu, zorunlu bekletici mesele olarak kabul eder.⁸⁶ Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama, kural olarak dosya üzerinden sonuçlandırılacak olup "*gerek görülmesi halinde*", sözlü açıklamaları dinlenmek üzere *ilgililer* (?) davet edilecektir (2949 s.K

⁸³ Pekcanitez, s. 769; İnceoğlu, s. 241; İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 37; 2. HD, 15.12.1998, 11936/13656 (YKD, 1999/3, s. 319); "...Mahkemece verilecek mehillerin tarafların özel durumları nazara alınarak verilmesi gerekir..." HGK, 28.02.1968, 1-922/116, ABD, 1968/3, s. 494.

⁸⁴ Üstündağ, s. 261; Pekcanitez, s. 775; İnceoğlu, s. 249; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 292.

⁸⁵ Pekcanitez, s. 775; Üstündağ, s. 261. Mahkemeye sunulanın, cevaplanmaya, açıklanmaya yahut çürütülmeye değer olup olmadığına karar vermek, savunmanın takdirindedir (*Bulut v. Austria*, 22.02.1996, Reports 1996-II, § 49) .*Ayrıca bkz.* İnceoğlu, s. 254-256.

⁸⁶ *Ayrıntısı için bkz.* Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 491-493.

m. 30/I). Ancak böyle bir davet yapılmadığı sürece Anayasa Mahkemesi önünde, anayasaya aykırılık hükmünü içeren ara-kararına karşı, asıl uyuşmazlığın aksi yönde kanaat taşıyan tarafının herhangi bir açıklama hakkı bulunmayacaktır. Davaya bakmakta olan mahkemenin anayasaya aykırılık iddiası konusunda, bir karar vermeden önce tarafların beyan ve açıklamalarını zaten almış olması ise acaba Anayasa Mahkemesince yapılacak inceleme bakımından *yeterli* kabul edilebilir mi? Zira somut norm deneti sırasında, ortada bir tek, davaya bakmakta olan mahkemenin anayasa aykırılık kanaatini içeren (ara) kararı ve onun gerekçeleri vardır. Oysa özellikle aksi düşüncüyü taşıyan tarafın (*yahut anayasaya aykırılık iddiasında bulunsa da –belki mahkemece kabul görmemiş ancak Anayasa Mahkemesince dikkate alınabilecek- daha farklı gerekçeleri ileri sürmüş olan tarafın*) Anayasa Mahkemesi önünde söz konusu karara (*veya gerekçelerine*) karşı beyan ve açıklamalarını sunabilmesi gerekir.⁸⁷

Medeni yargıda, sözlülük (ve dolayısıyla) doğrudanlık ilkelerine tümüyle uymaksızın bazı durumlarda, yargılamanın dosya üzerinden yürütülmesi tercih edilip düzenlenebilir. Bu noktada, İHAS içtihatlarının medeni yargıya karşı –ceza yargısına nazaran– daha esnek ve hoşgörülü olduğu bilinmektedir.⁸⁸ Ancak bu hâlde dahi taraflara, açıklama (savunma) imkânı tanınacak ve görüşleri dikkate alınacaktır.⁸⁹ Hukuki dinlenilme hakkının ve dolayısıyla silahların eşitliği ilkesinin tecellisi için duruşma yapılması, olmazsa olmaz bir şart olmamakla bir-

⁸⁷ *Ruiz-Mateos-Spain*, 23.06.1993, A 262-A, 16 EHRR 505, §59- 63. Karara konu olayda, *devlet temsilcisinin* Anayasa mahkemesi önünde dinlenmiş olmasına karşın anayasaya aykırılık iddiasında bulunan tarafın karşı görüş/beyan ve açıklamaları alınmamıştır. Böyle bir uygulamanın, çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali sonucunu doğurduğu kabul edilmiştir. Ülke hukukumuz bakımından; *somut norm denetimi sırasında geçerli* 2949 sayılı Kanun'un 28 ve 30. maddeleri, karara konu olduğu şekilde bir uygulamayı tam anlamıyla karşılamamaktadır. Ne var ki, *ilgilerin (?) ancak* sözlü yargılamaya davet edilebilmeleri yönünden mahkemeye tanınan takdir hakkı, *-en azından-* dosya üzerinden yapılacak incelemelerde gereken usuli güvenceyi taraflara (*özellikle anayasaya aykırılık iddiasının aksini savunan taraf yönünden*) sağlamamaktadır.

⁸⁸ van Dijk/Van Hoof, s. 434;

⁸⁹ "Dava, ticaret sicil memurluğu kararına itirazdır...*Her ne kadar anılan maddede itirazın evrak üzerinden incelenebileceği hüküm altına alınmış ise de, bu hüküm itiraz dilekçesinin usulüne uygun olarak ilgili Ticaret Siciline gönderilerek cevap için yasal süre tanınmasına, cevabının beklenmesine ve bu aşamadan sonra itirazın evrak üzerinde incelenerek karar verilmesine engel değildir...*", 11. HD, 29.1.2001, 9754/499 (YKD, 2001/4, s. 543).

likte sözlülük ilkesinden vazgeçilmesi, her halükârda hukuki dinlenilme hakkından da ödün verileceği şeklide yorumlanmamalıdır. Örneğin HUMK'nın 7/I. maddesine göre mahkemece *duruşma yapılmadan* görevsizlik kararı verilebilirse de bu, teşkil-i tarafeynin de olmayacağı anlamına gelmez.⁹⁰ Benzer bir durum, bu sefer İYUK'un 14 ve 15. maddelerinin uygulanması hâlinde de gündeme gelebilmektedir. Buna göre dava dilekçesi, İYUK'un 14/III. maddesinde sayılan hususlar yönünden ilk incelemeye tabi tutulacak; bir kanuna aykırılık görülmezse *tebligat işlemi* yapılacaktır. Usul ekonomisi gereği, kimi usulü eksikliklerin daha baştan tespiti ve izalesi için tatminkâr bu düzenlemenin (İYUK m. 15/I, c, d, e) kayıtsız şartsız her hâlde tatbiki, temel hak ihlallerine neden olabilecektir. Zira yine düzenlendiği şekliyle anılan şartların ilk incelemeden sonraki bir safhada tespiti hâlinde de ve yargılamanın her aşamasında, söz konusu usulü eksikliğin kendisine bağlanan ve İYUK'un 15. maddesinde düzenlenen sonuca hükmedilebilecektir. Dava dilekçesinden tespit edilemeyen, "*davanın süresinde olup olmadığı meselesinin*" ilk defa cevap dilekçesiyle ortaya çıkması üzerine; davacıya, replik hakkı tanımadan; süre aşımı savunmasını yürütme imkânı vermeden (*örneğin olası bir tebligatın usulsüzlüğü yönünden*) davanın usulden reddine karar vermek,⁹¹ başta hukuki dinlenilme hakkı olmak üzere silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil eder.

Davacı, dava dilekçesiyle açıklamalarını yaptıktan sonra, davalı da cevap dilekçesinde bu açıklamalara yanıt verecektir. Dava ve cevap dilekçelerinin verilmesi, hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olmakla birlikte, cevaba cevap (replik) (HUMK m. 209) ve cevaba cevaba cevap (düplik) (HUMK m. 210) dilekçelerinin *de* hukuki dinlenilme hakkı kapsamında verilmesinin gerekip gerekmediği, tartışılabilir. Replik ve düplik dilekçelerinin açıklama hakkına hizmet ettiği tereddütsüzdür. Ne var ki öğretilerde, replik ve düplik haklarının *da* hukuki dinlenilme hakkının olmazsa olmazları arasında yer aldığı kabul edilmektedir. Davacıya, davalının *-karşılık dava açılmasa dahi-* cevaplarının doğruluğu ve hukuki niteliği hakkında karşı görüş geliştirme imkânı verilmeli; davalı *da* buna yanıt verebilmelidir. Ancak böylelikle *gerçek ve*

⁹⁰ Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 69; Özkes, s. 200. *Karş. Kuru B., Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, C. I, İstanbul, 2001, s. 218.

⁹¹ D. 8D. 09.02.2009, 2008-8642/925 sayılı kararıyla kesinleşen İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin, 09.11.2007, 1633/1516 sayılı kararı (yayınlanmamıştır).

karşılıklı bir diyalog kurulabilir.⁹² Dava ve cevap dilekçeleriyle taraflar iddia ve savunmalarını açıklayabilmişlerse de *tartışma* ortamı, ancak replik ve düplikle sağlanabilir (*ayrıca bkz.* HUMK m. 376/II, 377/III).⁹³

Açıklama hakkını kullanan tarafın yaptığı açıklamalar, anlaşılır olmalıdır.⁹⁴ Gerçek bir açıklama hakkının varlığı, somutlaştırılmış vakıalarla mümkündür. Ancak somut, açık vakıalar üzerinde bir inceleme yapılması ve delil ikamesi mümkündür.⁹⁵

Açıklama hakkı, sınırsız değildir; hakkın özünü zedelemeyecek kimi sınırlamalar getirebilir. *Kural, yeterli açıklama imkânı tanınırken yargılamada makul sürenin aşılmasına da özen göstermektir.* Bu kapsamda, özellikle süre yönünden getirilen sınırlamalar, eşitlik ilkesine aykırı olmadığı ve hukuki dinlenilme hakkını anlamsız kılmadığı ölçüde geçerlidir. Taraflar arasındaki çekişme, karar için yeteri derecede aydınlandıktan sonra, tarafların karar için artık önem taşımayan yahut gereksiz açıklamalarına katlanılmak zorunda değildir; açıklama hakkı, yargılamanın amacını aşacak şekilde kullanılmamalıdır (*karş.* HUMK, 179, 195, 209, 210, 376/II).⁹⁶ Açıklama hakkı, hak sahibinin aklına her geleni söyleyebilmesi de demek değildir.⁹⁷ Önemli olan, ileride verilecek kararı etkileyecek nitelikteki açıklamaların yapılabilmesidir. Kaldı ki, gereksiz, faydasız ve bilinçsizce yapılan; yargılamanın dışına çıkan açıklamalar, önemli hususların da gözden kaçırılmasına neden olabilir.⁹⁸

Açıklama (savunma) hakkı kapsamında, ceza yargısı yönünden özellik arz eden durum, sanığın duruşmada *bizzat* hazır bulunma hakkının olmasıdır.⁹⁹ Ceza yargısının bireyin özgürlüğüne karşı arz ettiği

⁹² *Çelişmeli yargılama* ilkesi için bkz. İnceoğlu, s. 221, 249 vd.

⁹³ Özekes, s. 141.

⁹⁴ Dava dilekçesinin eksik ya da karışık olması sebebiyle davalının yeterli savunma yapma imkanını bulamaması, kamu düzenine aykırılık oluşturur (Berkin N., *Tatbi-katçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul 2001, s. 381).

⁹⁵ Özekes, s. 122.

⁹⁶ Pekcanitez, s. 779.

⁹⁷ Pekcanitez, s. 775-776.

⁹⁸ Özekes, s. 110, 111.

⁹⁹ Van Dijk/vanHoof, s. 433. Haris D.J/O'Boyle M/Warbrick C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburg 1995, s. 203; İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 378. Medeni yargıda da, istisnai hâllerde, söz konusu hakkın ve mec-buriyetin bulunduğundan söz edilir. Ancak çoğu kez, zaten avukatla da temsil ediliyor olma, bu hakkın gerekliliğini ve aciliyetini ortadan kaldırır. Bununla birlikte

önem ve tehlike, kişinin yargılamada bizzat hazır bulunmasını; yargılamaya aktif olarak katılmasını; varsa avukatını bilgilendirip kararı etkileme imkânına sahip olmasını; *kim ve nasıl biri olduğunun mahkemece de tanınmasını*, zorunlu kılmaktadır.¹⁰⁰ Gerçi sanığın hazır bulunması, mutlak bir hak olmayıp örneğin sanığın duruşma düzenini bozması, bu haktan da sapılmasını hem mümkün hem zorunlu kılmaktadır.¹⁰¹ Mahkemede, disiplini bozucu hareketlerde bulunanın dışarı çıkarılması ve cezalandırılması, ne eşitlik ilkesine ne de hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder (*karş.* HUMK m. 70, 78/I, 150; CMK 203/II, III, 204).¹⁰² Mahkemenin düzenini sağlamak, hâkimin; toplu mahkemelerde mahkeme başkanının görevidir. Taraf, avukat, dinleyici, tanık gibi kimselerin mahkeme disiplini bozması ve saygınlığını zedelenmesi veya karşı tarafın kişilik haklarına saldırması üzerine duruşma salonundan çıkarılması ve hatta cezalandırılması mümkündür. Ancak tanınan yetkinin de mahkemece objektif bir şekilde kullanılması gerekir.¹⁰³

Medeni yargıda geçerli, iddia ve savunmanın değiştirilip genişletilememesine ilişkin yasağın (HUMK m. 185/I, b.2; 202/II) açıklama hakkına uygunluğu tartışılabilir. Gerçi söz konusu yasağın iki temel istisnası bulunmaktadır: Karşı tarafın rızası ve ıslah (HUMK m. 185/I, b. 2; 202/II, III).¹⁰⁴ Kaldı ki, mevcut vakıa ve talep kapsamında kalan

tarafın kişisel özelliklerinin, davranışlarının yahut yaşam biçiminin yargılama konusu olması, (*örneğin velayet davalarında yahut boşanma sonrası çocukla şahsi münasebet kurulması davalarında*), bir sanık hakkı olarak benimsenin ilkenin, artık medeni yargıda da geçerli olması sonucunu doğurur (*X v. Switzerland*, 28.02.1997, 9 DR 95, 98; *Helmets v. Sweden*, 29.10.1991, A 212-A, 15 EHRR 285) ki, bu hâllerde, takip edilen yargılama usulü bakımından da artık *dosya üzerinden inceleme* ile yetinilemez. *Ayrıca bkz.* İnceoğlu, s. 260.

¹⁰⁰ Van Dijk/Van Hoof, s. 434; Haris/O'Boyle/Warbrick, s. 203; İnceoğlu, s. 258. Bu halde, yargılamaların sanığın avukatlarınca takip edilmiş olması *da*, söz konusu hak ihlalinin izalesine yetişmez (*Zana v. Turkey*, 25.11.1997, Reports 1997-VII, §70-73).

¹⁰¹ *Sadece* hukukilik denetimin geçerli olduğu üst mahkemelerde yapılan yargılamalarda, duruşma yapılması şart olmadığı gibi aksi hâlde, sanığın avukatıyla birlikte hazır olması şeklinde bir yükümlülük de söz konusu değildir (van Dijk/Van Hoof, s. 433; Fawcett, s. 159). *Ayrıca bkz.* Pekantez, *Aleniyet*, s. 414, dn. 32; Özekes, s. 142, 143.

¹⁰² Pekantez, s. 781.

¹⁰³ Mahkemece hükmedilen cezanın niteliği hakkında bkz. İBK, 2.11.1983, 6/4 (YKD, 1984/2, s. 167).

¹⁰⁴ Pekantez/Atalay/Özekes, s. 311 vd. *Ayrıca bkz.* Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri*

açıklamalar, yargılama içerisinde her zaman yapılabilir. Ne var ki, tarafların önceden ileri sürmeleri mümkün vakıa ve taleplerini, zamanında ileri sürmemiş olmaları nedeniyle sonradan ileri sürmelerine sınırlama getirilmesi de, hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmez. Zira uyuşmazlığı sürüncemede bırakmamak, etkin hukuki korumanın bir gereğidir. Buna karşın dava malzemesinin yargılama içinde, süresinden sonra da olsa ileri sürülmesine her halükârda karşı çıkmak, açıklama hakkının sınırlanması sonucunu doğurabilir. Çabuk karar vermek adına katı bir biçimde, şekli kurallara riayet etmek, usulî hakkaniyetin örselenmesi sonucunu doğurur (*karş.* HUMK m. 83, 90, 197, 198).¹⁰⁵

Medeni yargıda, davaya hiç cevap vermeyen davalı, davayı inkâr etmiş sayılır (HUMK m. 201).¹⁰⁶ Yeterli imkânın sunulmuş olması karşısında, hakkı kullanıp kullanmamak, hak sahibine aittir.¹⁰⁷ Ne var ki, bu hâlde dahi tarafın, açıklama hakkını –*gerekli görürse*– tam olarak kullanabilmesi için hangi imkânlara sahip olduğu konusunda aydınlatılması; öngörülebilir yanlış anlamaları ortadan kaldıracabilecek ihtarlar hakkında dikkatinin çekilmesi gerekir.¹⁰⁸ Ağır sonuçların doğabileceği; hak kayıplarının yaşanabileceği durumlarda, –örneğin *isticvaptā, meşruhatlı davetiye gönderilmemesine rağmen isticvaba icabet etmeyen tarafın vakiayı ikrar etmiş sayılmasında olduğu gibi*– asıl bu yöndeki hatırlatmaların yapılmaması, hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edecektir.¹⁰⁹

Usulü, Altıncı Baskı, C. II, İstanbul 2001, s. 1722.

¹⁰⁵ Amacı maddi hakkı gerçekleştirmek olan yargılama, aynı zamanda hakkı yok etmek tehlikesini de beraberinde taşır. Yukarıda sözü edilen bu usulî katılık, “*ıslah*” kurumuyla yumuşatılmış olup bu yolla verilecek olası kararın usulî hakkaniyet ve maddi gerçeklik ilkelerine uygun olması sağlanmaktadır (Yılmaz E., *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, Ankara 1982, s. 52, 53). AYM, 20.7.1999, 1/33, RG, 4.11.2000, S. 24220.

¹⁰⁶ Ayrıca bkz. Kiraz T. Ö., *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, Ankara 2005, s. 147.

¹⁰⁷ Pekcanıtez, s. 780.

¹⁰⁸ “...gerekirse tarafların sosyal durumlarına göre önele uymamanın doğuracağı sonuçların açıklanması ve tarafların uyarılması gerekir.” 1. HD, 7.2.1991, 15946/1358 (YKD, 1991/10, s. 1472).

¹⁰⁹ Özkes, s. 149. “...*Davada ise, davacı davasını bizzat takip eden sade bir vatandaşır. Hâkimin tanıdığı süreye riayetsizlik ettiği takdirde, karşılaşacağı sonucu kestirmek olanağına sahip değildir... Ülke koşulları ve hayatın gerçekleri bu gibi hallerde bir ayrıcalık yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Davaların, bizzat taraflarca takip edildiği hallerde hâkim 163. maddenin anlamını süre verdiği kimseye anlatmak ve açık-*

Ceza yargısında ise bireyin açıkça susma; kendini suçlamama; kendi (*yahut kanunda öngörülen yakınları, karş. CMK m. 38/V*) aleyhine beyan ve delil vermeye zorlanamama hakkı bulunmaktadır. Bu ilkenin “*masumiyet karinesiyle*” de yakın bir ilişkisi olduğu savunulmuştur.¹¹⁰ Anılan ilkenin medeni yargıda geçerli ve yukarıda sözü edilen, süresinde cevap ver(e)meyen davalının davayı inkâr etmiş sayılacağı şeklindeki kanuni sonuçla paralel bir yapı arz ettiğini söylemek, yanlış olmasa gerek. *Lâkin çözümü gereken mesele, içinde bulunulan suskunluk hâlinin hiç mi sanığın/tafaflın aleyhine yorumlanamayacağıdır. İHAS özeğinde, suskunluk hâline mutlak bir anlam yüklenmemiş; belli bazı şartların varlığı hâlinde suskunluğun da sanık aleyhine değerlendirilebileceği sonucuna varılmıştır. Buna göre, salt yahut esaslı bir biçimde, sanığın içinde bulunduğu suskunluk hâli, onun aleyhine yorumlanamaz; olası bir mahkûmiyet, sadece sanığın suskunluğuna dayandırılmaz. Ancak (sanık yönünden) izaha muhtaç hâllerin varlığı bakımından da suskunluk hâline (sanık lehine) mutlak bir anlam yüklenemez. Yargılama içinde ikame edilmiş (güçlü) delillerin takdiri sırasında, aydınlatılması, izah edilerek açıklanması ve (belki sanığın lehine de) yorumlanması gerekebilecek durumların ortaya çıkması hâlinde, böyle bir açıklamanın yapılmayarak yine de suskun kalınması, sağduyunun bir gereği olarak zaten (sanığın lehine) yorumlanacak bir yön olmamasından ileri gelir ve artık suskunluk hâlinin sanığın suçlu olduğu yönünde bir sonuç çıkarılmasını engeller yönü kalmaz.*¹¹¹

Medeni yargıdaki inkâr hâli ile ceza yargısı için ayrıca ve açıkça düzenlenen *susma hakkı* (CMK m. 38/V, 147/I, e) arasında yakınlık ve hatta irtibat kurmak mümkündür. Örneğin medeni yargı bakımından

lamak zorunluluğundadır. Olayda, hâkim keşif masrafını tanıdığı süre içinde yarımadığı takdirde, davacıya iddiasını ispat edememiş bir kimse durumuna düşeceğini ve davalının bu nedenle reddedileceğini açıkça bildirmek ve onu uyararak mecburiyetindedir. *Hâkimin bu şekilde uyardığını bulduğunu duruşma tutanağına yazması ve hatta alâkalının imzasını almak suretiyle bu yönü belgelendirmesi gereklidir. Kanun hâkime bu biçimde hareket etmek mükellefiyetini yüklenmemiş olmasına rağmen memleket gerçekleri hâkimin bu tarzda işlem yapmasını öngörmektedir...* 1. HD., 15.11.1974, 9930/8418 (YKD, 1976/5, s. 610).

¹¹⁰ Van Dijk/Van Hoof, s. 436; İnceoğlu, s. 271-272. Ayrıca bkz. Centel/Zafer, s. 145. İstenilen belgelerin verilmemesi nedeniyle kişinin para cezasına çarptırılmasının sanığın kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama ilkesini ihlâl ettiğine ilişkin bkz. *Funke v. France*, 25.02.1993, A 256-A, 16 EHRR 297, §41-44. Karş. HUMK m. 330-333.

¹¹¹ *John Murray v. UK*, 08.02.1006, Reports 1996-I, §41-54.

doğruyu söyleme ödevi, tarafa, kendi aleyhine olan vakıaları da mahkemeye sunması şeklinde bir yükümlülük getirmez. Söz konusu ödev, bilinçli olarak gerçeğe aykırı iddialarda bulunmamayı kapsar.¹¹² Ancak görülmektedir ki, ceza yargısında dahi suskunluk hâline mutlak bir anlam verilmemektedir. Benzer bir mesele, medeni yargıda da söz konusudur. Örneğin isticvaba karar verilen taraf, tayin edilen günde duruşmaya gelmez; gelip de sorulara cevap vermezse isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılır; bu yöndeki ihtar, ayrıca davetiye de yazılır (HUMK m. 234). Hemen belirtmek gerekir ki, isticvapta ikrar faraziyesi, “*taraf larca hazırlama ilkesinin*” geçerli olduğu yargılamalarda uygulama alanı bulur. Kaldı ki, isticvapta, tarafın bir cevap verme yükümlülüğü değil; külfeti söz konusudur.¹¹³ Ancak tarafın isticvap konusu hakkında suskun kalması halinde, kendi aleyhine geçerli olmak üzere bir ikrar faraziyesinin de gündeme geldiğini kabul etmek gerekir. *Acaba bu sonucun, “tarafın kendi aleyhine olacak şekilde beyanda bulunmaya zorlanamaması” ilkesiyle çeliştiği düşünülebilir mi?*

Savunma, düzenlenen şekilde veya süresinde yapılmazsa hak kaybı sonucunu doğurur ki, bu, bir yükümlülüğün ihlâli nedeniyle değil; ilgilinin savunma hakkını kullanmaması sebebiyle ortaya çıkar. Hâkimin sorusuna makul bir gerekçe olmadan hiç cevap vermeyen yahut bu yöndeki davete dahi icabet etmeyen tarafın aleyhine, hâkim tarafından bir takım sonuçların çıkarılmasından yakınılamaz. Bu konuda dikkat edilirse taraf aleyhine herhangi bir hukuki ya da cezai yaptırım da öngörülmüş değildir.¹¹⁴ Gerçi hukukumuz bakı-

¹¹² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 266, 267.

¹¹³ Kiraz, s. 155; Tercan E., *Medenî Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı*, (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001, s. 239.

¹¹⁴ Tercan, s. 239-243. Benzer bir tartışmayı, *yeminden kaçınma* hâli için de yapmak mümkündür. Taraf, kendisine teklif edilen yemini etmez veya yemini hasma yönelmez ise (*yeminin reddi*) yemin konusu vakıayı, ikrar etmiş sayılır (HUMK m. 337, 347). Gerçi, yemin delili, başvurulacak en son çaredir; taraf, iddiasını diğer delillerle ispat edememişse bu hâlde, son yol olarak yemin teklif edecektir. Ancak taraf, isticvaptan farklı olarak doğrudan yemin deliline *de* dayanabilir. Bu hâlde ilk bakışta tarafın, bir yandan *susmanın ikrar sayılması*; diğer yandan *yalan yere yeminin cezalandırılması* sonuçları arasında sıkıştırılarak kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlandığı düşünülebilir. Lâkin aynı taraf, kendi aleyhine olacak şekilde beyanda bulunmak istemezse yemini reddedebilir yani karşı tarafa yöneltebilir (Yılmaz E., *Medeni Yargılama Hukukunda Yemin*, Ankara 1989, s.67-69). Şu duruma göre aynı hukuki ikilem, bu sefer karşı taraf için geçerli olacaktır (*Bu nedenle söz konusu ikilemi, TCK'nın 119. maddesinde düzenlenen ve ön ödeme ifa edilmezse açılan kamu dava-*

mından hâkimin takdiri olmaksızın; kendiliğinden ve kanunen günde me gelen “*ikrar faraziyesi*”, özü itibariyle ilgilinin aleyhinde bir durum gibi gözükmekteyse de isticvap usulünü tüketebilmek açısından yeri ne getirilmesi gereken sair şartlar, böyle bir sonucun vahametini dengelemektedir. Örneğin, ispat yükü kendisine düşen taraf, iddiasını ispat için *hiçbir delil* gösterememişse bu hâlde, o tarafın lehine delil bulmak/*ikrar yaratmak için –başlı başına bir ispat aracı olmayan-* isticvaba başvurulamaz.¹¹⁵ Aslında medeni yargıda isticvap yönünden aranan kıstasların, İHAS özelinde, ceza yargısı için kabul edilen “...*Yargılama içinde ikame edilmiş (güçlü) delillerin takdiri sırasında, aydınlatılması, izah edilerek açıklanması ve (belki sanığın lehine de) yorumlanması gerekebilecek durumların ortaya çıkması hâlinde, böyle bir açıklamanın yapılmayarak yine de suskun kalınması, sağduyunun bir gereği olarak zaten (sanığın lehine) yorumlanacak bir yön olmamasından ileri gelir ve artık suskunluk hâlinin sanığın suçlu olduğu yönünde bir sonuç çıkarılmasını engeller yönü kalmaz...*” ilkesiyle örtüştüğü de düşünülebilir.¹¹⁶

sında, suçun sabit görülmesi üzerine cezanın yarı nispetinde arttırılacak olması şeklindeki zorlayıcı ve temel hakları ihlal ettiği düşünülen durumla aynı görmemek gerekir, İnceoğlu, s. 155, dn. 207). Söz konusu dengeleyici unsurun varlığı ve yeminin yaratacağı (medeni-cezai/olumlu-olumsuz) tüm hukuki sonuçların artık her iki taraf için de geçerli olabilmesi (kaldı ki, karş. HUMK m. 345, 352), kanımızca silahların eşitliği ilkesiyle çatışır bir durum, yaratmamaktadır.

¹¹⁵ Tercan, s. 224. Ayrıca bkz. HGK, 26.6.1996, 385/508, (İKİD, 1999/459, s. 14014); 3. HD, 19.2.1001, 1153/1539, (YKD, 2001/8, s. 1167).

¹¹⁶ Kaldı ki, tarafın namus ve haysiyetine etki edecek ve cezalandırılmasına yol açacak hususlarda da, isticvaba karar verilemez (karş. HUMK. m. 235, 337/I, 352) (Tercan, 242). TMK m. 284/I, b.2 hükmünün ise bu konuda özellikli bir yanının olduğunu kabul etmek gerekir. Zira anılan düzenlemeye göre, “...*Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.*” Öğretide yapılan ve bizim de burada değineceğimiz tartışma, tarafların ve hatta üçüncü kişilerin mahkemenin böyle bir kararına katlanma yükümlülüğünün olup olmadığıdır. Yani mahkemenin (özel hüküm sebeplerinden olan) söz konusu bilimsel incelemenin yapılması hakkındaki ara kararın gereği, *cebren* yerine getirilebilir mi? Gerçi hükmün ilk cümlesi, böyle bir katlanma yükümlülüğüne işaret etmekle birlikte; hemen arkadan gelen ikinci cümle, *sanki aksi bir durumun yaşanması ihtimalini dikkate alarak* olası bir sonuç öngörüsünde bulunmuştur. Fiziki zorlamayla (elleri, ayakları, ağzı bağlanarak) tarafın elbette ki sıhhati yönünden olumsuz bir sonuç yaratmayacak tıbbi incelemeye mecbur bırakılması (Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Altıncı Baskı, C. III, İstanbul 2001, s. 2876), öğretinin bir kısmınca mümkün görülmemiş (Konuralp H., *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 1999, s. 104); bu halde, artık

C. Sürpriz Karar Verme Yasağı

Sürpriz karar, tarafın, beklenmedik değil; ama yargılamanın o ana kadarki seyrine göre, kendisi yönünden ve objektif ölçüler altında ön-

aynı hükmün ikinci cümlesinin işletilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (Alango-ya/Yıldırım/Yıldırım, s. 361, 362; Baygın C., “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/1-4, s. 266; Acabey M. B., *Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*, İzmir 2002, s. 132) (karş. AY m. 17/II). Bu arada üçüncü kişiler yönünden de aynı yükümlülük geçerlidir ve bu hâlde onlar için *tanıklıkla* ilgili hükümler işletilecek olup yine öğretilde, HUMK’nın 253 ncü maddesinin kendilerine uygulanarak gereğinde zorla böyle bir tıbbi incelemeye maruz bırakılabilecekleri kabul edilmektedir (Akcan R., “Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, s. 931, 932). Aleyhlerine bir hüküm kurulması mümkün olmadığından; hükmün ikinci cümlesinin üçüncü kişiler yönünden de uygulanmasını beklemek mümkün değildir. Öte yandan üçüncü kişinin dava içindeki *tanıklık* durumu ile aynı üçüncü kişinin *bu kez de* geniş anlamdaki keşfe (*özel hüküm sebebi olarak tıbbi inceleme*) katlanması arasında, kanuni bir bağ kurulması, tartışmaya açıktır (karş. CMK m. 76/IV). Şu hâlde, her iki durumda da, yani gerek tarafın gerekse üçüncü kişinin böyle bir tıbbi incelemeye zorlanması bakımından ilgili düzenleme, sadece HUMK’nın 367. maddesi hükmü olabilir ki, mahkeme, “... bu husus hakkında iki tarafı istima ettikten sonra tebeyyün edecek hale göre *iktiza eden tedbirleri ittihaz eder.*” (Ayrıca bkz. Kuru, C. III, s. 2876). Alınacak tedbirlerin *zorla muayeneyi de* kapsayıp kapsamadığı, tartışmaya açıktır (karş. AY m. 17/II; CMK m. 75, 76). Bir an için HUMK’nın ilgili hükmünün *gereken zorlamayı* içerdiği kabul edilse dahi bu sefer de özel hüküm olan TMK m. 284/I, b.2 yönünden aynı sonuca varmak mümkün olmayabilir. Zira şayet kanun koyucu, bu son hükümle ilgili olarak *icbar* sonucunu öngördüyse dahi *neden aynı hükmün bu sefer ikinci cümlesini düzenlediğini* sorgulamak gerekir (Ayrıca bkz. Konuralp, s. 105). Yani, tarafın, düzenlenen kanuni yükümlülüğün gereğini yerine getirmemesi, ihtimal dâhilindedir ve kanun koyucu, böyle bir olasılığı da görmezden gelmemek üzere, anılan türden bir sorun karşısında çaresiz bırakmamıştır (Karş. *Davalıca tıbbi incelemeye ait masrafların yatırılmaması üzerine davanın kabulüne ilişkin ilk derece mahkemesi kararı, söz konusu masrafların hazinece karşılanması gerektiği ve davalının gereken DNA incelemesine karşı koymasının söz konusu olmadığı gerekçeleriyle bozulmuştur. Ayrıntısı için bkz. 2. HD. 22.10.2007, 2006-19367/14093, Kazancı İBB*). Ancak bu sefer de, üçüncü kişiler yönünden bir açmaz vardır ki, hâlâ onların *zorla* bir tıbbi incelemeye maruz bırakılıp bırakılmayacağı (ve elbette ki bunun kanuni dayanağı) hayli tartışmalıdır. Bütün bunlara rağmen; aksi hâlde kanunun öngördüğü sonucun da susma hakkıyla çatıştığını düşünmek güçtür. Zira tarafın içinde bulunduğu yalın suskunluk hâli (pasif tutum), bir yandan karşı tarafı ispat imkânsızlığı içinde bırakmakta; öte yandan kamu düzeniyle son derece ve yakından ilgili bir konuda, meselenin tam olarak çözümünü ancak tıbben mümkün olduğu hâlde, böyle bir incelemeyi hiçbir haklı ve meşru neden göstermeksizin akamete uğratmaktadır. Bu hâlde, tarafın söz konusu pasif tutumuna itibar edilemez; aleyhine olarak *hükmedilebilecek* sonuç da onun susma hakkıyla çelişmez (Kaldı ki ceza yargısı yönünden bkz. Centel/Zafer, 276-278).

görülemez bir kararla karşılaşmasıdır.¹¹⁷ Davayı belirli hukuki sebep veya sebeplere dayalı olarak yürütmüş; verdiği ara kararlarıyla; topladığı delillerle yahut yargılamayı yürütürken sergilediği tutumuyla belli meselelere ağırlık verdiği anlaşılan mahkemenin, tarafları önceden uyardıktan, söz konusu yön ve içerikteki tutumundan dönerek onunla zıt yönde bir karar vermesi, sürpriz karar olarak kabul edilir.¹¹⁸

Mahkemelerin yerleşik içtihatlarından dönecek veya yerleşik hukuk uygulamasından farklı bir çözümü benimseyecek olmaları hâlinde, artık bu durumun da sürpriz karar verme yasağı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Mahkemeler, elbette ki yeni içtihatlar geliştirebilirler; önceki içtihatlarından farklı kararlar verebilirler. Ancak bunun için öncelikle taraflar, bu yönde bilgilendirilmeli, onlara açıklama şansı tanınmalı, dinlenmeli ve bundan sonra söz konusu yenilik getirilmelidir.¹¹⁹

Mahkeme, yargılamayı yürütür ve hukuku uygular; nihai görüşünü kararında belirtir. Olması gereken, söz konusu kararın zaten yargılamada tartışılmış, değerlendirilmiş bir anlamda tüketilmiş hususlara dayanmasıdır. Esasen hâkimin “*hukuki tartışma yükümlülüğünden*” söz edilmekteyse de bu, güç bir meseledir.¹²⁰ Zira arzu edildiği gibi hâkimin pasif bir dinleyiciden çıkıp uyarı yükümlülüğü ile birlikte hukuki tartışma yapan bir kişi olması *ile* tarafların karara *ortak* olması yahut tarafların hâkim kararına *müdahale* etmesi arasında ince ve aşılması bir o kadar da kolay sınır bulunmaktadır.¹²¹ Karar verme yetkisi, mahkemeye aittir. Bu yetkiyi ortadan kaldıracak şekilde, hukuki dinlenilme hakkı genişletilemez. Sürpriz karara engel olmak adına tarafla-

¹¹⁷ Üstündağ, s. 262; Pekcanitez, s. 787; “... argumentlar bakımından tam bir serbestlik içinde bulunduğunu kabul ve teslim etmeliğimiz gereken hâkimin *tavsif ameliyesi* bakımından aynı serbestliğe sahip olduğunu aynı derecede kolaylıkla kabul edemeyiz. Kabul edersek, işte o zaman karşı tarafı sürpriz içinde bırakacak bir taktiğin usulü muhakemeye hâkim olması neticesini hasıl ederiz ki, bunun mahzurlu olduğu ve bu sebeple caiz olmadığı gözden uzak kalmamalıdır.” (Postacıoğlu İ. E., “Davanın ve Kazıyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep”, *Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara 1974, s. 509).

¹¹⁸ Pekcanitez, s. 787.

¹¹⁹ Pekcanitez, s. 787-788.

¹²⁰ “*Hukuki dinlenilme hakkı tanınmadıkça, taraflarca talep edilmemiş ve tartışılmamış bir hukuk kuralı mahkemece uygulanamaz.*” Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı m. 3.5; *yabancı hukuk kuralları için bkz.* m. 3.7 (Pekcanitez/Yeşilova, s. 342, 343).

¹²¹ *Ayrıntısı için bkz.* Üstündağ, s. 262.

ra, kararın oluşum sürecine gereğinden fazla katılma imkânı sunmak, sağlıklı bir kararın oluşmasına da engeldir.¹²²

D. Avukatla Temsil Hakkı/Zorunluluğu

Hüküm, tarafın leh ve aleyhinde verilir; vekil ise sadece taraf adına hareket eder; bu nedenle bağımsız bir hakkı bulunmaz. Hukuki dinlenilme hakkının gerçekleşebilmesi için avukat tutma zorunluluğundan mutlak olarak bahsetmek olası değildir. Buna karşın avukat yardımından istifade edilmesini *yasaklamak*; avukatla temsilin *ortadan kaldırılıp sınırlandırılması*, hukuki dinlenilme hakkının ihlali sonucunu doğurur.¹²³

Taraf, yargılamada avukatla temsil ediliyorsa hukuki dinlenilme hakkı bakımından tarafın sahip olduğu tüm haklara, kural olarak vekili de sahiptir.¹²⁴ Kaldı ki, bu hâlde, bilgilenme ve açıklama hakkına yönelik işlemlerin avukata yönelik yapılması da bir zorunluluktur; aksi, yani tarafın avukatla temsil edilmesine rağmen usulî işlemlerde tarafın muhatap alınması, hukuki dinlenilme hakkıyla çelişir (TebK m. 11).¹²⁵

Avukatla temsil zorunluluğunun ise hukuki dinlenme hakkıyla ne kadar bağdaştığı tartışmalıdır. Esasen salt hukuki dinlenilme hakkının temini için böyle bir zorunluluktan bahsedilemez.¹²⁶

Ceza yargısında sanığın bir müdafî tarafından temsil edilme; adaletin selameti gerektiriyorsa ve sanık da gereken mali kaynaklardan yoksun ise bu sefer mahkeme tarafından tayin edilecek avukatın yardımından istifade etme hakkı vardır (İHAS m. 6/III, c).¹²⁷ Medeni yar-

¹²² Özkes, s. 191.

¹²³ "...Bağımsız avukatlığın kurumsal garantisini, Anayasamızın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü ile ilgili hüküm oluşturur. Bağımsız avukatlık faaliyeti, hukuk devletinin hedeflediği hukukun gerçekleştirilmesi amacına hizmet etmekte olduğundan, hukuk devletinin temel direklerinden biri olarak adlandırılabilir." (Sungurtekin Özkan, s. 104-105).

¹²⁴ *Ayrıntısı için bkz.* Sungurtekin Özkan, s. 263 vd.

¹²⁵ Özkes, s. 296.

¹²⁶ Özkes, s. 297.

¹²⁷ İHAS özelinde, medeni yargıda, tarafın *avukatla temsil edilmek konusunda* devlet yardımından istifade etmesi, istisnai ve içtihatlarla belirlenen şartlara bağlı bir durum olarak kabul edilirken; *Mahkeme*, ceza yargısında, söz konusu hâli devletler

gıda ise taraf, elbette ki kendisini bir avukatla temsil ettirebilir; ancak ceza yargısındaki gibi ve aynı koşullarda, avukat yardımından yararlanma hakkı, düzenlenmemiştir. Bugün için kural olarak hukukumuzda, avukat tutma mecburiyeti yoktur (HUMK m. 59, *karş. Av. K. 35/ III*). Taraf, ancak belli özel durumların varlığı hâlinde, avukat tutmaya zorlanabilir (HUMK m. 70, 71). HUMK'nın 70. maddesinde tarafın veya onu temsil eden avukatın duruşma disiplinini bozması durumunda, taraf, avukat (veya yeni bir avukat) tutmaya zorlanır; taraf avukat tutmazsa duruşma yokluğunda yapılır. Hükümün gayesi, duruşmaların sağlıklı yürütülmesini sağlamaktır. Kaldı ki, yargılamanın tarafın yokluğunda yürütülecek olması ihtimaline karşı da hukuki dinlenilme hakkı güvence altına alınmaktadır. HUMK'nın 71. maddesinde ise, tarafın davasını gereği gibi yürütemeyecek olması durumunda, kendisine bir avukat tutması emredilir; aksi hâlde yargılama yokluğunda yapılır. Bu hâlde de hem tarafın hakları hem de hukuki dinlenilme hakkı korunmaya çalışılmaktadır.¹²⁸

Medeni yargıda, avukat tutma zorunluluğu bakımından her iki yönde de görüş geliştirmek mümkündür.¹²⁹ Örneğin tarafların hâkim

yönünden bir yükümlülük, ödev olarak kabul etmektedir. Ancak burada da İHAS m. 6/III, *c'*'nin getirdiği *-adaletin selameti* gibi- sınırlamalar söz konusudur (İnceoğlu, s. 331). Lâkin böyle bir yardım, sadece tahkikat dönemiyle de sınırlı olmayıp yargılama öncesi ve sonrasını da *-denetim sürecini de-* kapsayacak uzunlukta kabul edilmektedir (Mowbay, s. 117, 118, 120; Fawcett, s. 193; Merrills/Robertson, s. 124). Bu noktada gündeme gelen bir başka tartışma, devletin tayin edilen müdafiinin eylemleri (ihmalî, kusuru) nedeniyle bir sorumluluğunun olup olmadığıdır. Ne türdeki ihmalî bir tutumun, devletin sorumluluğuna neden olabileceği tartışmalı olmakla birlikte *Mahkeme, Artico (Artico v. Italy, A 37, 1980, 7 EHRR 1981, 528)*, davasında, söz konusu yükümlülüğün (avukat tayini) şeklen de olsa yerine getirilmiş olmasının, devletin kendisi için öngörülen ödevini başarıyla ifa ettiği anlamına gelmeyeceği sonucuna varmıştır. Gerçi sergilenen ihmalin derecesi ve mahkemenin bu durumdan haberdar edilip edilmediği hususları, ayrıca birer ölçüt olarak kabul edilmekle birlikte (İnceoğlu, s. 331) özellikle sanığın, atanan avukata katlanma yükümlülüğünün olmadığı da kabul edilmektedir. Benzer bir tartışma, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin hazırlanması sırasında da gündeme gelmişti. O zaman da, sanığın kendi avukatını belirleyebilecek mali güçte olmamasının; onu, her tayin edilene de katlanma yükümlüğü altına sokmadığı, belirtilmişti. Hatta belli ölçüde, sanığın seçim hakkına öncelik verilmesi gerektiği dahi savunulmuştu (Weissbrodt, s. 57).

¹²⁸ Ayrıca bkz. Umar B., "Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Koşulu Olarak Ehliyet", *İÜHFİM*, C. XXIX, S.3, s. 618.

¹²⁹ *Ayrıntısı için bkz. Akkan M., "Alman Medeni Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğuna İlişkin Düzenlemeler Genel Bakış", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Ar-*

önünde *şahsen* dinlenmeyi talep hakları vardır ki, anayasal düzeyde, aksi yönde bir sınırlama getirilmiş değildir. Ne var ki, mukayeseli hukukta, böyle bir kanuni düzenleme de Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Zira bu hüküm, esasen tarafları korumak için getirilmiştir. Avukat tutma zorunluluğu, hukuki dinlenilme hakkının daha kaliteli ve *etkili* bir şekilde kullanılmasını sağlamak şeklinde inkâr edilemez bir amacı barındırır.¹³⁰ Avukat tutma zorunluluğunun kabul edildiği ortamda, tarafın tüm çabasına rağmen mahkemenin bulunduğu yerde bir avukat tutmayı başaramaması hâlinde, mahkemenin ona bir avukat bulması gerekeceği açıktır. Yine avukat tutamayan bir kimsenin de adli yardım hükümlerinden yararlandırılması gerekecektir. Anılan zorunluluğun varlığına rağmen taraf, yargılamadan menedilmediği gibi açıklama hakkı da tümüyle ortadan kaldırılmış değildir.¹³¹

E. Tercümandan Yararlanma Hakkı

Anayasa gereği, mahkemelerin dili Türkçedir ve taraflar, anlaşarak yargılamada Türkçe dışında başka bir dilin kullanılmasını kararlaştıramazlar (AY m. 3/I). Taraflar, dilekçelerini ve beyanlarını; mahkemeler de tutanaklarını ve kararlarını Türkçe yazmalı ve duruşmada da yargılama dili olarak Türkçe kullanılmalıdır.¹³²

Yargılama dili Türkçe olmakla birlikte özellikle sözlü yargılamada *Türkçe bilmeyen* veya (*sağır-dilsiz olması sebebiyle*) dili kullanamayan bir kimsenin ne açıklamada bulunması ne de söylenenleri anlayabilmesi mümkündür. Bu şartlar altında, tarafın bilgilendirme, açıklama ve karara etki edebilme haklarının tam olarak hayata geçtiği iddia edilemez. Ana dilde dinlenme ve bu nedenle de tercüman bulundurulması tale-

mağan, Ankara 2009, s. 4 vd.

¹³⁰ Pekcanitez, s. 783; Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 49; Sungurtekin Özkan, s. 13. Etkin hukuki korumanın sağlanabilmesi için özellikle *mahkemeye başvuru hakkıyla ilgili olarak kanun koyucuların usul kanunlarında dava ehliyeti, tarafların temsili, yargılama giderleri ve bunların önceden ödenmesi yahut adli yardım gibi konularda, düzenlemeler yapması mümkün ve tabiidir. Ayrıntısı için bkz. Akkan, Avukatla Temsil Zorunluluğu*, s. 5, 7.

¹³¹ Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 49; Sungurtekin Özkan, s. 13; Özekes, s. 299.

¹³² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 264-265; Pekcanitez, s. 782; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 273.

bi, adil yargılanmanın ve hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak kabul görmüştür.¹³³

Tercümandan yararlanma hakkı, dil sorununa dayalı eşitsizliği gidermeyi amaçlar. Bu nedenle yargılama dilini anlayıp konuşabilen bir kimse, anadilinin yargılama dili olmadığı gerekçesiyle tercümandan yararlanma hakkına *da* sahip olduğunu iddia edemez.¹³⁴ Yargılama dilini bilen kimse için sözü edilen eşitsizlikten bahsedilemez.¹³⁵ Kişi, Türkçe bilen bir vekille temsil ediliyorsa (*medeni yargı özelinde*) zaten tarafın bizzat mahkemede bulunması gerekmez.¹³⁶

Ücretsiz tercümandan yararlanma hakkı, İHAS'ın 6/III-e maddesinde *ceza işlerinde ve duruşmalar için*¹³⁷ kabul edilmiş,¹³⁸ medeni yargı yönünden suskun kalınmıştır. Bu, medeni yargıda tercüman hakkı ol-

¹³³ Pekcanitez, s. 782.

¹³⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 271, 273.

¹³⁵ İHAM'ın 15.11.1997 tarihli *Zana* kararında, sanığın Türkçe bilmesine rağmen; ısrarla tercüman talep etmesi üzerine mahkeme, *sanığın savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağını belirtmiş* ve bu durum, yerel mahkemece tutanak altına alınmıştır. *Mahkeme*, bu durumu Sözleşme'nin 6/I ve 6/III-c hükümlerine aykırı bulmuştur. Yani *Mahkeme*, tercüman hakkına ilişkin Sözleşme'nin 6/III-e hükmünü değil; genel olarak 6/I ve sanığın kendisini doğrudan veya vekil aracılığı ile savunabilmesine ilişkin 6/III-c hükmünü uygulamıştır. Şayet yerel mahkemece tercümandan yararlandırmamakla birlikte, savunma hakkından da vazgeçmiş sayılmasına karar verilmeseydi hüküm, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkıyla çatışmayacaktı (Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 273). *Mahkemenin dilini bildiğinde tereddüt duyulmayan kişi, tercüman tutulması hakkından faydalandırılmaz; ancak savunma hakkından ve özellikle (ceza işlerinde) duruşmada şahsen bulunma hakkından da mahrum edilemez.* Şayet aynı kişi, duruşmanın disiplini bozucu davranışlarda da bulunuyorsa, yine sadece ilgili disiplin kuralları işletilir; tümüyle savunma hakkından yoksun bırakılmaz (Özekes, s. 301).

¹³⁶ Pekcanitez, s. 782. Buna karşın ceza işleri ile ilgili olarak *avukatının duruşmada konuşulan dili bilmesi, sanığın ücretsiz tercümandan yararlanması hakkını ortadan kaldırmaz. Ne var ki, hâkimlerin sanığın duruşma dilini bilip bilmediğini değerlendirme yetkisi de vardır* (Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 275; Tezcan D., "Tercümandan Yararlanma Hakkı", *Mihçioğlu'na Armağan*, Ankara 1997, s. 696; Mowbay, s. 124).

¹³⁷ Ceza hukuku bakımından *duruşmalar dışında da*, bu hakkı tanımının insan haklarına daha uygun olacağı konusunda bkz. Tezcan, s. 697; 6. CD, 20.11.1995, 11619/12124 (YKD, 1996/2, s. 304).

¹³⁸ Ceza işlerinde, sanığı suçlayan tüm belgelerin tercümesi gereklidir ve bu da tercümandan yararlanma hakkının bir parçasıdır (Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 275; Tezcan, s. 697).

madığı anlamına gelmez; ne var ki, tercüman giderleri ya taraflarca karşılanır ya da adli yardım kurumundan yararlanır.¹³⁹

III. DELİLLERE İLİŞKİN TEMEL KURALLAR

A. Delillerin Sunulması ve Tartışılması Hakkı

Bir vakıayı sadece ileri sürmek, yetiştirmez. Öncelikle o vakıanın ispata elverişli şekilde somutlaştırılması; sonra da kanunun aradığı ispat ölçüsünü karşılayacak düzeyde ispat edilmesi gerekir. İspat faaliyeti ve bu bağlamda delil ikamesi olmazsa, tarafların iddiaları hakkında bir karar vermek de mümkün değildir. Esasen iddia, somutlaştırma, ispat ve delil ikame yükleri,¹⁴⁰ ispat edememe veya delil göstermeme yönlerinden taraflar için bir risk taşır; bu konularda da taraflara, açıklama imkânının tanınması gerekir.¹⁴¹

İspat ve delil hakkı olmadan; açıklama hakkı da anlamını yitirir. Tarafların delil gösterme imkânları ortadan kaldırılır; gereğinden fazla sınırlanır; hukuki dinlenme hakkı ile bağdaşmayan delil yasakları getirilir ya da gösterdikleri deliller incelenmezse bütün bunlar hukuki dinlenme hakkının ihlali sonucunu doğurur.¹⁴² Bu bağlamda, delillerin ibrazı ve ikamesi ile ilgili kuralların uygulanmasında, taraflara eşit şans tanınmalı; tarafın özellikle karşı yanın tutumu sonucunda ispat imkânsızlığı içinde kalmasına mani olunmalıdır (*karş.* HUMK m. 326-336). Yine örneğin yargılama sırasında, bilirkişinin tarafları dinlemesi gerekiyorsa, karşı taraf hazır olmadan bilirkişi, sadece bir tarafı dinleyemez ve bu durum kendisine ihtar edilir (HUMK m. 279).¹⁴³

Deliller konusunda aranan eşitlik yönünden İHAS özelinde, şu iki hususun öne çıktığı görülmektedir: Bunlardan ilkinde göre aslında bir

¹³⁹ Pekcanitez, s. 783.

¹⁴⁰ Bu kavramlar için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 400 vd; Atalay O., *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001, s. 8 vd. İspat kurallarının kaynağını, hukuki dinlenme hakkına dayandırmak mümkün değildir. Ancak bunların kullanımı, hukuki dinlenme hakkına uygun olmalıdır (Özekes, s. 125).

¹⁴¹ Özekes, s. 125.

¹⁴² Pekcanitez, s. 777; Yıldırım, s. 98.

¹⁴³ Tanrıver S., *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara 2002, s. 93. Ayrıca bkz. *Mantovanelli v. France*, 18.03.1997, Reports 1997-II, §33-35.

süreci ifade eden yargılamanın herhangi bir evresinde yaşanan eşitsizlik hâli, derhal tüm yargılamayı, hakkaniyetsiz bir duruma düşürmektedir. Yaşanan hak ihlallerinin aynı yargılamanın sonraki evrelerinde düzelmiş, izale edilmiş olması durumunda, yargılamanın bütünü yönünden artık hükme yansımış bir eşitsizliğin olmadığı/kalmadığı kabul edilir.¹⁴⁴ İkinci husus, *nicelik değil; nitelik eşitliğidir*. Sayısal eşitsizlik, her zaman bir eşitsizlik kaynağı olarak görülemez; kaldı ki, aynı türden bir eşitlik, aslında görünürde kalmış; gerçekte var olan eşitsizliği örten bir durum olarak da karşımıza çıkabilir. Asıl olan, yargılama makamının tarafların delillerine verdiği önem ve ağırlık ile *eşit muamele* edip etmediğidir.¹⁴⁵ Örneğin İHAS özelinde, mahkemelerin tanıklara kendi milli usul hukuklarının gereği olarak farklı muamele etmesi, her zaman bir eşitsizlik olarak görülmemiştir. Taraflardan birinin tanığının diğerinin aksine yeminsiz dinlenmesi, karşı tarafın tanığına *salt yeminli olması nedeniyle* özel bir önem ve ağırlık verilmediği sürece bir eşitsizlik teşkil etmez (*karş.* HUMK m. 247; CMK m. 50, 236/I). Kaldı ki, bu durumda, yeminsiz dinlenen tanık, yeminli dinlenmiş olsaydı; daha farklı nasıl bir sonuca gidilecek olduğunun da somut olarak ortaya konması gerekir. Öte yandan yargılama bütünlüğü içerisinde, bir an için tek bir delil türü bakımından eşitsizlik yaşandığı kabul edilse dahi bu durum, diğer başka türdeki taraf delilleriyle zaten giderilmiş yahut çürütülmüş ise artık yine tarafların silahları arasında bir eşitsizlik olduğu kabul edilemez.¹⁴⁶

Delillerin takdiri sırasında, söz konusu delilin taraflar nezdinde nasıl algılandığıyla ilgili olarak da bir takım değişiklikler yaşanabilir. Örneğin iddianameye esas teşkil eden uzman raporunu hazırlayan kurum çalışanına, bir kez daha, bu sefer mahkemece ve bilirkişi olarak başvurulması, ilgili görevliyi, sanık gözünde bilirkişi değil; iddia makamının tanığı hâline dönüştürür. Bu noktada, alınan bilirkişi raporu ile sanığın uzman-tanığının beyanları arasında, *salt* bunlardan biri, mahkemece tayin edilen bilirkişi olduğu için farklılık yaratılamaz. Zira söz konusu ilgilinin tarafsızlığı, artık kuşku götürür bir hâl almıştır.

¹⁴⁴ *X v. Austria*, 05.03.1983, 31 DR 66, 68.

¹⁴⁵ *Haris/Boyle/Warbrick*, s. 266; İnceoğlu, s. 225, 226. Ayrıca bkz. *Bönish v. Austria*, 06.05.1985, A 92, 9 EHRR 191, §32.

¹⁴⁶ *Van Dijk/Van Hoof*, s. 431; *Ankerl v. Switzerland*, 23.10.1996, Reports 1997-II, No. 32, §35-38. *Karş.* *Dombo Behr BV v. Netherlands*, 27.10.1993, A, 274-A, 18 EHRR 213, §34-35.

Ancak buradan, genel olarak hazırlanan bir bilirkişi raporunun iddia makamının iddiasını teyit ettiği *her hâlde*, mahkemeler için başka bilirkişiler atama yükümlülüğünün doğduğu sonucu da çıkarılamaz.¹⁴⁷

İHAS özelinde de delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi, *-gereğesi de gösterilmek ve büyük bir keyfilik teşkil etmemek kaydıyla-* esas olarak ülke mahkemelerine aittir.¹⁴⁸ Lâkin aynı esnada, çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir konuda, bilirkişiye gidilmemesi dahi hak ihlâli olarak kabul edilebilmiştir.¹⁴⁹

Delillerin ikamesi sırasında, tarafın karşılayamayacağı bir masraf avansı istenirse ve aynı taraf, adli yardımdan da yararlandırılmıyorsa, bu durum, hukuki dinlenilme hakkının ihlaline neden olur.¹⁵⁰

Mahkeme, kanuna aykırı olan; davayı uzatmak amacıyla veya düristlük kuralına aykırı şekilde ya da uyuşmazlık konusu olmayan hususlarda gösterilen yahut uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunmayacak delilleri incelemeyebilir. Bu durum, silahların eşitliği ilkesiyle çatışmaz. Zira burada hakkın kullanılması değil; kötüye kullanılması söz konusudur.¹⁵¹ Buna karşın uyuşmazlıkla ilgili birden fazla tanık gösterilmişse sadece bunlardan bir kaçının dinlenmesi ile de yetinile-

¹⁴⁷ *Bönish v. Austria*, 06.05.1985, A 92, 9 EHRR 191,§21, 33-34; *Brandstetter v. Austria*, 28.08.1991, A 211, 15 EHRR 378, §43-40.

¹⁴⁸ *Bricmont v. Belgium*, 07.07.1989, A 158, 12 EHRR 217, §89; van Dijk/Van Hoof, s. 431; Fawcett, s. 197, 198. Tanıklık bakımından idari yargıya yöneltilen eleştiri için bkz. İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 382. Ayrıca bkz. Candan T., Açıklamalı İdari Yargılama usulü Kanunu, 2.Baskı, Ankara 2006, s. 253; 584.

¹⁴⁹ *H v. France*, 24.10.1989, A 162-A, 12 EHRR 74, §70. Bu arada, her ne kadar İHAS m. 6/III, d hükmünde, "*tanıkların dinlenmesinde hak eşitliği*" meselesi düzenlenmişse de *Mahkeme*, anılan düzenlemeyi, yine İHAS m. 6/I hükmüyle birlikte değerlendirmekte ve başta bilirkişiler olmak üzere diğer tüm ispat araçlarını kapsayacak genişlikte yorumlamaktadır (İnceoğlu, s. 221, 320).

¹⁵⁰ Özkes, s. 127, 128. Adli yardım, İHAS özelinde, özellikle medeni yargıda, tümüyle açıklığa kavuşturulmuş ve istisnasız kabul edilen bir durum, değildir. Hatta tam aksine *Mahkeme*, ülke hukuklarına *medeni yargıda* adli yardım müessesesinin kurulması gerektiği yönünde bir yükümlülük yüklenmediği sonuca varmıştır. Buna karşın somut olayın gerekleri ve özellikleri, böyle bir devlet yardımını, İHAS m. 6/I yönünden haklı ve mecbur bırakabilmektedir (Mowbray A., *Human Rights Law in Perspective, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the Court of Human Rights*, Oxford 2004, s. 103).

¹⁵¹ Pekantez, s. 778. Ayrıca bkz. Yıldırım, s. 148 vd.

mez. Öte yandan, gösterilen tanıkların inandırıcı olmadıkları gibi sebeplerle de değerlendirilmesinden ödün verilemez.¹⁵²

Mahkeme, sözü edilen kıstaslar dâhilinde *delil incelemesinden kaçınmaz*.¹⁵³ Ne var ki, *delilleri değerlendirmek*, bunları karara esas alıp almamak, hâkime aittir. Bu hâlde dahi taraflara, *açıklama hakkı* kapsamında, delillerin değerlendirilmesiyle ilgili beyanda bulunarak yargılamaya etki edebilme imkânı tanınmalıdır.¹⁵⁴ Bu nedenledir ki, taraflar bilirkişi raporuna itiraz edebilirler (HUMK m. 283; CMK m. 67) veya tanıkların dinlenmesi sırasında hazır bulunarak soru sorulmasını sağlayabilirler (HUMK m. 255/II, 267; CMK m. 59/II, 215).¹⁵⁵

*Tarafların, yargılamaya ilişkin konularda bilinmezlik içinde bırakılması; yargılama usulü hakkında her an bir sürprizle karşılaşacak olması, düşünülemez. Örneğin tanıkların, bilirkişilerin yahut tahkim yargılamalarında olduğu gibi yargılamayı yürütecek hakemlerin isimleri ve kimlerden ibaret olduğu*¹⁵⁶ taraflarca bilinmelidir (*karş.* CMK m. 58/II- V). Aksi hâl, ne adil yargılanma hakkı ile ne de hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşır.¹⁵⁷

¹⁵² Özkes, s. 128.

¹⁵³ "...Türk konsolosluk memurunun almış olduğu ifadelere değer verilerek hüküm kurulamaz. Mahkemece yapılacak iş, tanıkların hâkim tarafından dinlenmesi için buldukları ülke mahkemesine talimat yazmak, delilleri birlikte değerlendirmek ve hasil olacak sonuca göre karar vermektir." 2. HD, 17.10.2000, 9050/12427 (YKD, 2001/2, s. 177).

¹⁵⁴ Pekantez, s. 778; Yıldırım, s. 98-99; Üstündağ, s. 600 vd. Delilleri hakim değerlendirir. Bu sırada hâkim tarafından yanlışlık yapılması, hukuki dinlenilme hakkına aykırılık oluşturmaz; yanlış bir hukuki değerlendirme, ancak kanun yolu denetiminde dikkate alınır (Pekantez, s. 786; Özkes, s. 161).

¹⁵⁵ Van Dijk/Van Hoof, s. 431; Yıldırım, s. 98. "Zabıta marifetiyle yürütülen hazırlık koşturması davacının giyabında yürütülmüş ve orada dinlenen tanıkların beyanı hakkında herhangi bir itirazda bulunmasına imkân verilmemiştir. Öyle ise davalının ...tanıkları mahkemede dinlenerek hâsil olacak neticeye göre karar verilmek gerekirken..." 15. HD, 23.1.1976, 4721/245 (YKD, 1976/4, s. 536). Üst mahkemeler, hukukilik denetimi yanında, maddi olaylar hakkında da kara verme yetkisine sahipse yapacağı bu yöndeki bir yargılamada, alt mahkemece dinlenmiş olan tanık ve sanıkların yazılı şekildeki beyanlarına dayanarak karar veremez. (İnceoğlu, s. 286).

¹⁵⁶ OLG Köln, IV YBCA 1979, s. 258.

¹⁵⁷ Briner R/von Scslsbrendorff F., "Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration", *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, 2001, s. 96, 97; Alangoya, s. 3. Ayrıca bkz. Yeşilova, s. 173.

Silahların eşitliği ilkesinin ispat yükü kuralları üzerinde bir etki doğurması beklenmemelidir. Maddi hukuk gereği, sorumsuzluğunu ispatlamakla yükümlü taraf, *silahların eşitliği ilkesine sığınarak -ilk bakışta-* menfi/olumsuz gibi görünen bir vakıanın yahut durumun ispatından kurtulamaz. Bu, İHAS özelinde de *- taraflar arasında bir dengesizlik yahut hakkaniyete aykırı bir durum, yaratmadığı sürece-* bir iç hukuk meselesi olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁸

B. Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller

Hâkimin ikame edilen vakıanın gerçekliği hakkında, bir kanaate ulaşması gerekir. Bunun için de hakkı ihlal edilen veya ihlal edilmesi tehlikesi altına bulunan taraf, mahkemeye başvurduğunda, kendi lehine hak çıkardığı iddiasını ispat etmek zorundadır.

Genel olarak *ispat yasakları* başlığı altına toplanabilecek hususların alt başlıklara ayrılarak değerlendirilmeye tabi tutulması mümkündür: Buna göre **i) konusu bakımından ispat yasakları** denildiğinde, aslında delile konu vakıa bakımından bir yasak söz konusudur. Örneğin zaten kesin hükme konu bir vakıanın sonraki yargılamada bir kez daha ispata muhtaç olmadığı açıktır. Ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararına esas aldığı *vakıalar* bakımından da hukuk mahkemesi önünde elbette bir ispat yasağı söz konusu olacaktır (BK m. 53). Yine HUMK'nın 236. maddesi bağlamında sulh müzakeresinde sebkedilen ikrar, muteber olmayıp delil olarak kullanılamayacaktır. **ii) Metot yönünden ispat yasağında** ise ispatın konusu, esasen yasak olmayıp delilin elde edilmesinde yasak yöntemler (*isticoapta tehdit veya boşanma davasında mahkemece dinlenmek üzere davet edilen eşe, diğer eşin duruşmadan önce iğne yapılarak hiçbir şey hatırlamamasını sağlaması gibi*) kullanılmıştır. Burada aslında ne delilin ne de delile konu vakıanın kendisi, başlı başına bir hu-

¹⁵⁸ G v. France, 05.10.1998, 57 DR 100, 106-107. *İspat imkânsızlığı yaşayan tarafa yardım edilmesinin nedeni, hukuki dinlenilme hakkı ve bu bağlamda tarafa meramını anlatabilmesi için silahların eşitliği ilkesine uygun olarak gerekli imkân ve kolaylığın sağlanmasıdır. İspat imkânsızlığını yaratan bir başka durum "delil engellemesi" dir ki, bu, dürüstlük kuralına da aykırıdır. İspat imkânsızlığına karşı çözüm yollarının ayrıntısı için bkz. Atalay, Menfi Vakıalar, s. 124, 128 vd. Ayrıca bkz. Arslan, s. 91-92. Yine delil sözleşmeleri yönünden hâkimin delil elde edememek sonucu ile karşı karşıya bırakılmaması gerekir (Yıldırım, s. 259).*

kuka aykırılık içermektedir.¹⁵⁹ **iii)** *Delil yasakları* şeklinde ifade edilen bir başka ayrıma göre ise belli bir delilin yine belli bir vakıa için ya da genel olarak yargılama içerisinde kullanılmasının önüne geçilmektedir. Örneğin medeni yargılama hukukumuz bakımından senetle ispat mecburiyeti (HUMK m. 288) yahut tanıklıktan çekinme hakkının varlığı (HUMK m. 245, 246), bu kapsamdadır. Öğretide, hukuka aykırı surette elde edilen deliller de bu başlık altında incelenmiş olmakla birlikte¹⁶⁰ böyle bir alt-başlık yerine ispat metodu yasağı dışında ayrıca *temel hakları ve özel hayatı korumak amacıyla yasaklanan deliller* kategorisinin bulunduğu da belirtilmiştir.¹⁶¹

Medeni yargıda hukuka aykırı surette elde edilen delillerin yargılama içerisindeki akıbetleri, son derece tartışmalı olup mesele, bu yönde özellikle medeni yargılama hukuklarında somut, pozitif bir düzenleme olmayan ülke hukukları için daha karmaşıktır (*karş.* AY m. 36/I, 38/VI; CMK m. 38/V; 148/III).¹⁶² Delilin hukuka aykırı elde edilişi ile bunun yargılama sırasında ikamesine yasak getirilmesi arasında bir ayırım yapılıp yapılmayacağı, sorunun özünü teşkil etmektedir. Maddi hukuk-usul hukuku ayırımını takip eden görüş, örneğin kişinin özel hayatına, konutuna yahut mektuplarına herkesin saygı göstermesini isteme hakkının (İHAS m. 8) sadece maddi hukuk yönünden müeyyelendirildiği inancını taşımaktadır. Yine buna göre bir yargılama, ispat yasaklarına yer verdi nispette hukuk devletine daha uygun düşecektir, denilemez. Delilin **i)** elde edilişi ile **ii)** ikamesi ve **iii)** değerlendirilmesi, ayırt edilmelidir. Anılan görüşe tümüyle karşı çıkan ve delil elde edilirken bir anayasa hükmünün ihlali halinde, artık ispat yasağı-

¹⁵⁹ Yıldırım, s. 238, 239; Yıldırım K., “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller”, Erdoğan Teziçe Armağan, İstanbul 2005, s. 862, 863; Pekcanitez H., “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, s. 790, 791. Ayrıca bkz. Berkin, s. 734; Üstündağ, s. 627; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 427 vd; 2. HD, 20.10.2008, 17220/13614, (Pekcanitez, *Delil*, s. 842, 843); 4. HD, 26.10.2007, 13723/13089, (Kazancı İBB); HGK, 25.09.2002, 2-617/648, (Kazancı İBB); HGK, 28.5.2003, 1-374/370, (Kazancı İBB); 13. HD., 22.2.2000, 9505/1439, (Kazancı İBB).

¹⁶⁰ Yıldırım, *Deliller*, s. 862.

¹⁶¹ Pekcanitez, *Delil*, s. 792.

¹⁶² Yıldırım, *Deliller*, s. 864 vd; Tanrıver S., “Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun Değerlendirilmesi”, *Makalelerim* 2006, Ankara 2007, s.27 vd; ayrıca bkz. *TBB*, 2006/65, s. 119-128; Pekcanitez, *Delil*, s. 793 vd;

nın gündeme geleceğini; hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin geçersiz kabul edilerek hiçbir surette ikamesine izin verilemeyeceğini savunanlar da vardır. Kaldı ki, özellikle hukukumuz yönünden temel hakların sadece devlete karşı bir güvence sağladığı da düşünülemez (karş. AY m. 11/I). Hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller kullanılırsa artık hukuka aykırı davranışlar, *hem de mahkemece* tasvip görmüş olacaktır. Bununla birlikte yine karşı görüş içinde yer alan ancak delilin elde edilişi sırasında yaşanan hukuka aykırılıklar arasında, ayırım yapanlar da vardır. Örneğin çalınmış senedin ikamesinde ve değerlendirilmesine tereddüt duyulmazken; ancak *insan haysiyetine ve onuruna* (işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele) aykırı olarak elde edilen deliller için bir yasağın geçerli olduğu belirtilmektedir.¹⁶³ Bu anlamda, sadece *kişilik haklarına* bir aykırılık söz konusu (TMK m. 23, 24) ise gündeme gelen hak ihlali, somut olayda meşruiyet açısından bir değerlendirilmeye tabi tutulmakta; ancak meşru müdafaa yahut daha yüksek değerde bir başka menfaat söz konusu ise delil ikamesine ve ikame edilen bu delilin değerlendirilmesine cevaz verilmektedir.¹⁶⁴

Öğretide, anayasada teminat altına alınmış temel hakların ya da özel yaşam alanının veya kişilik haklarının ihlali sonucunda bir delil elde edilmişse bu tip bir delilin mahkemede kullanılmasına izin verilemeyeceği savunulmuştur.¹⁶⁵ Anayasa'nın 38/VI. maddesinin ceza yargısı yanında, bugün medeni yargılama hukukumuz yönünden de bağlayıcı olduğu düşünülmektedir. Kaldı ki, ceza usul hukukumuz yönünden yasak olduğu açıkça düzenlenmiş olan hukuk aykırı elde edilen delillerin, kamu yararının ceza yargısına göre daha az olduğu medeni yargıda, geçerli kabul edilmesini gerektiren herhangi bir neden de olamaz. Her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşılması

¹⁶³ Ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 288.

¹⁶⁴ Yıldırım, *Deliller*, s. 864-867; Pekcanıtez, *Delil*, 793-799; *Schenk v. Switzerland*, 12.07.1988, A 140, 13 EHRR 242, §30-48. Mahkumiyet, *sadece ve esas olarak* özel yaşamın gizliliğine aykırı olarak toplandığı iddia edilen delile dayanmıyorsa; yargılama içerisinde söz konusu delil, çekişmeli bir biçimde tahkik edilip *güvenilirliği ve gerçekliği* konusunda itiraza uğrayabilmişse artık hakkaniyete aykırılıktan bahsedilemeyecektir (İnceoğlu, s. 288). Ayrıca bkz. Haris/O'Boyle/Warbrick, s. 210.

¹⁶⁵ İHAS içtihatlarında, kategorik olarak özel yaşamın gizliliği ihlâl edilerek elde edilen bir delilin hüküm verilirken kullanılmasına karşı çıkılmamakta; başkaca şartların varlığı, dikkate alınmaktadır (İnceoğlu, s. 289).

savunulamaz.¹⁶⁶ *Kaldı ki, aksi tutum, delil ikame eden taraf için dürüstlük kurallarına da aykırılık teşkil edecektir.*¹⁶⁷

Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller konusunda, günde-me gelebilecek hadiselerin kısa da olsa sistematik bir değerlendirilme-si yapılabilir. Örneğin iki taraf arasında doğrudan yahut telefon ara-cılığıyla gerçekleşen konuşmanın gizlice ses veya görüntü bandına kaydedilmesi;¹⁶⁸ karşı tarafın rızası hilafına bu sefer üçüncü bir kişi-nin iki kişi arasındaki konuşmaya tanıklık etmesi,¹⁶⁹ çalınmış senet ya da belgelerin ikamesi;¹⁷⁰ kişilerin gözetlenmesi¹⁷¹ yahut bir yerin gizlice

¹⁶⁶ Tanrıver, *Delil*, s. 32.

¹⁶⁷ *Ayrıntısı için bkz.* Berkin, s. 734, 735; Pekcanitez, *Delil*, s. 826-829; Tanrıver, *Delil*, s. 34. Ayrıca bkz. Üstündağ, s. 762; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, s. 427 vd; Yıldırım, *De-liller*, s. 868.

¹⁶⁸ Kocanın, eşinden habersiz bir şekilde, birlikte oturdukları eve ses-kayıt tertibi-batı kurdurarak eşinin konuşmalarını kaydetmesine ve bunları, boşanma dava-sında delil olarak kullanmasına cevaz veren içtihat için bkz. 2. HD. 20.10.2008, 17220/13614, (Kazancı İBB). Söz konusu kararda, evlenmekle artık “eşlerin özel ya-şamının” değil; daha ziyade “aile yaşamının” gizliliğinin ve dokunulmazlığının söz ko-nusu olacağı; eşlerin ortak yaşam alanının, birbirlerine karşı özel ve gizli bir alan olarak görülemeyeceği sonucuna varmış olup eleştirisi için bkz. Pekcanitez, *Delil*, s. 842.

¹⁶⁹ Ticari içerikli telefon görüşmeleri yönünden geçerli daha esnek yorum için bkz. Pekcanitez, *Delil*, s. 844.

¹⁷⁰ Bir eşin diğer eşe ait “günlüğü”, eşlerin birlikte yaşadığı evde, (çalmadan, zorla ele geçirmeden kısaca hukuka aykırı surette elde etmeden) eşin evi terk etmesinden sonra; kilitli olmayan bir yerde bulması sonucunda, orada yazılanları boşanma davasın-da delil olarak kullanabilmesine ilişkin bkz. HGK. 25.09.2002, 2-617/648, (Kazancı İBB). Ayrıca bkz. Yıldırım, *Deliller*, s. 869.

¹⁷¹ *Tesadüfi tanıklık için yapılan ayırım konusunda bkz.* Pekcanitez, *Delil*, s. 847. Davalı-nın gizlice ses ve görüntü kaydının yapılmasının ve bu surette delil elde edilme-sinin (aynen telefon görüşmelerinin yasadışı dinlenmesinde olduğu gibi) kişinin şeref ve haysiyetine tecavüz etme amacı taşımaya dahi kişilik haklarına saldırı (TMK m. 24, BK m. 49) sonucu doğuracağına ilişkin bkz. 4. HD. 26.10.2007, 13723/13089, (Ka-zancı İBB). Karş. İsviçre Federal Mahkemesi, özel sorumluluk sigortacısının sigorta-lısını *gizlice izlettirmesi* nedeniyle elde etmiş olduğu görüntülerin, bu kez bir kamu kurumu olan İsviçre Kaza Sigortası Kurumu tarafından delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorunuyla ilgili olarak söz konusu kamu kurumunun anı-lan türden delile *adeta sığınmasında* bir mahsur görmezken; bu sefer aynı kurumun kendisinin *de* bu yolla bir delil elde edip edemeyeceği sorununa olumlu yanıt ver-memiştir. Gerçi, mahkeme, iki özel hukuk kişisi arasında yaşanan hadisede, zaten bir hukuka aykırılık görmemiş; sigorta hukukunda, diğer sigortalıların *ortak men-faatinin* yapılacak haksız ödemelerin engellenmesi suretiyle korunması ilkesine bü-yük bir önem vermiştir. Yine bu kapsamda, özel dedektif tarafından kaydedilen görüntülerin ispatı gereken husus bakımından *kaçınılmaz* ve sadece bu içerikte ol-

video kaydının yapılması;¹⁷² hukuka uygun olmakla birlikte gerçekleştirilen dinleme faaliyeti sırasında izin verilen konu dışında kalan dinlemelerin akıbeti, hep yargılama içerisinde, ikamesinde sorun yaşanan delil konuları olmaktadır.

Hukuka aykırı surette elde edilen deliller bakımından; bugün için dahi kesin bir sonuca varılabilmiş değildir. Şayet konuya ilişkin ilgili yargılama hukukunda, açık bir hüküm bulunmuyorsa varılacak sonuç, daha da tartışmalı olmaktadır. En azında İHAS özelinde dahi özlenen netlikte bir kesinliğe ulaşılamamıştır.¹⁷³ Ne var ki, işkenceyle ve insanlık onuruna aykırı düşecek surette elde edilen delillerin akıbeti konusunda hiçbir tartışma yaşanmazken,¹⁷⁴ kişilik haklarının ihlali durumunda, aynı katı ve istisnasız tutuma rastlanılamamaktadır. Bu hâlde başkaca etkenler daha dikkate alınmakta ve somut olayın özellikleriyle yargılama sırasında şayet ikame edilmişse diğer delillerin varlığına ve ağırlığına bakılmakta; özellikle ihlal edilen normun koruduğu menfaat ile ispat edilmeye çalışılan menfaat arasında bir denge, ölçü aranmaktadır.¹⁷⁵ Örneğin, bir cinayet suçunda, maddi gerçeği ortaya çıkartmaktaki yararın başvuru-mağdurun kişilik haklarının korunmasındaki yarardan daha fazla olduğu düşünülmekte; anılan türden bir ihlal sonucunda elde edilen delilin hüküm verilirken kullanıl-

ması nedeniyle ölçülülük ilkesiyle de çatışmadığı belirtilmiştir. Şaşırtıcı olan; temel hakların ancak kanunla sınırlanabilmesine ilişkin anayasal hükmün; ilgili mevzuatın sigortacıya deliller bakımından açık bir yasak getirmeden; salt vakıaların aydınlatılması konusunda ödev yüklediğine dair norm ile yerine getirildiğinin kabul edilmesidir (BGE 129 V 323). Öte yandan, sigortalının alenen görülebilen alanlarda, serbest iradesi ile yürüttüğü bir faaliyet sırasında izlenmiş ve kaydedilmiş olması halinde, sigortalının özel hayatına gerçekleşen müdahalenin de *ağır olmadığı* kabul edilmiştir (BGE 132 V 241). Ayrıca bkz. Kılıçoğlu E., “Karar Çevirisi, Özel Dedektif Tarafından Gerçekleştirilen İzlemenin ve Görüntü Kaydının Hukuka Uygunluğu ve Sigorta Uyuşmazlıklarında Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunları Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi’nin İki Kararı”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, s. 554 vd.

¹⁷² Söz konusu video kayıtlarının *ancak somut bir suçun ispatı* bakımından delil olarak kullanılabilmesine ilişkin bkz. Pekcanitez, *Delil*, s. 847.

¹⁷³ İnceoğlu, s. 287.

¹⁷⁴ Aynı durum, Sözleşme’nin 3 üncü maddesi yanında, doğrudan 6. ncı maddesi ihlal edilerek elde edilen deliller için de geçerli olup *Mahkeme*, (gizli ajandan farklı olarak) *ajan provokatör* yardımıyla elde edilen delillerin de yargılama içerisinde kullanılmasına cevaz vermemektedir (İnceoğlu, s. 288).

¹⁷⁵ İnceoğlu, s. 288; İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 379. Ayrıca bkz. Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s. 301, 302.

masında sakınca görülmemektedir.¹⁷⁶ Ancak burada, bir kez daha söz konusu delilin kabulüyle ilgili olarak başkaca ölçütler daha geliştirilmektedir. Örneğin, söz konusu dinleme, *tek veya ana suçlayıcı delil teşkil etmemektedir*. Kaldı ki savunma makamının da söz konusu delilin gerek sıhhatini gerekse içeriğini çürütme imkânı vardır.¹⁷⁷

Bu konuda, ülkemiz açısından ceza yargısının (CMK m. 217/II) medeni yargıya nazaran, normatif düzeyde, daha ileri bir konumda olduğu söylenebilir (*karş.* HMK *Tasarısı* m. 193/II). Lâkin aynı meseleyle ilgili olarak Anayasa'nın ilgili iki hükmünün mukayeseli hukuk karşısında önemli bir farklılık yarattığını da belirtmek gerekir. Anayasa hükümleri, kişiler yönünden de bağlayıcı temel kurallar olup bu, aynı hükümlerin yatay uygulanabilirliğine imkân tanımaktadır (AY m. 11/I).¹⁷⁸ Anayasa'nın 36/I. maddesinde ise kişilerin yargı mercileri önünde, iddia ve savunma haklarını, ancak *meşru vasıtalarla* kullanabileceği hüküm altına alınmaktadır. Gerçi yine Anayasa'nın bu sefer 38/VI. maddesinde "*suç ve cezalara ilişkin esaslar*" kenar başlığı altında, konuyla ilgili açık bir düzenleme getirilmişse de (*karş.* AY m. 176/II) *kanımızca* Anayasa'nın 36/I. maddesinin açıklığı karşısında, (*özelliikle medeni yargı için*) 38/VI inci madde hükmüne müracaat etmeye ihti-

¹⁷⁶ *Schenk v. Switzerland*, 12.07.1988, 13 EHRR 242 §30, 44. Bu davada, hukuka aykırı surette elde edilen delil, bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen telefon dinlemesi şeklinde olup yine aynı kimsece söz konusu kaset, yetkili mercilere iletilmiştir.

¹⁷⁷ İnceoğlu, s. 291. *Mahkeme* nezdinde meselenin bir sorun teşkil ettiği açıktır. Örneğin kişilik hakları ihlal edilerek elde edilen delil, *bir üçüncü kişi* tarafından temin edilmiş olabileceği gibi, *kamu görevlilerince* ve fakat yetkilerini kötüye kullanmaksızın da (*elde edilen delilin nasıl toplanacağına dair açık sınırlamalar bulunmaması nedeniyle*) elde edilmiş olabilir. Bu noktada yapılabilecek bir üçüncü ayırım ise yine kamu görevlilerinin bu sefer iç hukuka aykırı biçimde elde etmiş olduğu delillerin akıbetidir. Örneğin *Khan v. UK* (23.05.2000, *App.No.* 35394/97, §35-40) kararında, kamu görevlileri, iç hukuk hükümlerine göre yetkilerini kötüye kullanmamış olmalarına karşın; aynı kamu görevlilerinin delilin elde edilişi sırasında giriştikleri eylem, İHAS'ın 8. maddesinin ihlali sonucu doğurmuştur. Bunun yanında *Komisyon* bir başka davada, iç hukuka aykırı biçimde bir delilin toplanıp toplanmadığını denetleme yetkisini kendinde görmezken; bu sefer *Mahkeme'nin* yine *Khan* davasında (*Schenk* davasından farklı olarak ki, bu davada söz konusu delili elde eden bir üçüncü kişidir) iç hukuka uygun (aksi yönde sınırlayıcı bir düzenleme olmadığı için) olarak (İHAS'ın 8. maddesinin ihlal edilmiş olması dışında) söz konusu delilin toplandığına göndermede bulunması, şüphayle karşılanmıştır (İnceoğlu, s. 291-291).

¹⁷⁸ Gören, s. 71.

yaç da duyulmayabilir.¹⁷⁹ Sözü edilen hükümde geçen “meşru” ibaresinin, vasıtalar yönünden “hukukilik” terminolojisine nazaran çok daha esnek ve geniş içerikli olduğunu kabul etmek gerekir. Hüküm, “meşru” şeklinde, hukuki olmayan; daha ziyade, sosyolojik ve politik bir ibare içermektedir. Örneğin, “yasallık/kanunilik” ifadeleri, kullanılabilirken; tercih edilmemişlerdir. Gerçi, gerek “meşruluğun” gerekse “yasallığın” örtüşmesi beklenir; ancak bunlar, zorunlu olarak birbirlerini gerektirmez.¹⁸⁰ “Meşru” kavramının cümle içinde, kullanıldığı yer de ilginçtir. Kavrama ilk kez 1924 Anayasası’nda yer verilmiş; hüküm “...herkes mahkeme huzurunda hukukunu müdafaa için lüzum gördüğü meşru vesaiti istimalde serbesttir.” şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği üzere burada, meşru olması beklenen yegâne husus, mahkeme huzurundaki yargılamada, istimal edilecek vesaittir. Sonraki anayasalarda ve özellikle 1982 Anayasası’nda, “meşru” ibaresi, hükmün başına alınmış, hem iddia ve savunma hakkının kullanımı esnasında, meşru yollardan faydalanılması hem de davacı ve davalı olmak hususunda, yargı mercilerine ulaşılabileceği esnada, meşru yolların tüketilmesi gerektiği, vurgulanmıştır. Bu ayırım, son derece bilinçli bir tercihin ürünüdür; yani, hem yargı mercilerine giden yol meşru olmalı hem de yapılacak yargılamada, meşru vasıta ve yollar tüketilmelidir.¹⁸¹

¹⁷⁹ Ayrıca bkz. Tanrıver, *Delil*, s. 30.

¹⁸⁰ Çınar S. U., *Temel Hakları Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti*, Konya 1998, (Yayımlanmamış doktora tezi), s. 79, 80.

¹⁸¹ Ayrıca bkz. Tanrıver, s. 31. 1961 Anayasası’na “meşru” ibaresinin “kanuni” kavramından daha genel ve kapsayıcı olduğu için alındığı bilinmektedir (AYM, 29.1.1980, 1979-38/11, AYMKD, S. 18, s. 101). Ne var ki, 1982 Anayasası yönünden, Anayasa’nın hazırlık çalışmaları sırasında, meşru ve kanuni kavramları arasında bir fark olmadığı belirtilmiştir (Çınar, s. 80, dn. 120, 121). Medeni yargıda, hukuka aykırı surette elde edilen delillerin akıbeti konusunda, Anayasa hükümlerinin yatay etkisi, hiç şüphesiz ki kullanılabilir ilk dayanaktır. Kaldı ki, yine Anayasa’nın 36 ncı maddesi, medeni yargı-ceza yargısı arasında bir fark yaratmaksızın kullanılacak vasıtalarla ilgili olarak “meşru” biçimde bir nitelendirme yapmıştır ki, bu da, medeni yargı yönünden dikkate alınması gereken bir diğer husus olmaktadır. Ancak acaba, aynı “meşru” ibaresi, hukukilik yahut kanunilik sıfatlarından farklı olarak özellikle de medeni yargıda, hukuka aykırı surette elde edilen delillerin kullanılışı bakımından daha esnek (!) bir yorum yapılmasına sebebiyet verebilir mi? Medeni yargıda, uyuşmazlıkların taraflarının çoğunlukla özel hukuk kişileri olması, hukuka aykırı surette delil elde edenlerin de yine bu kişiler olması sonucunu doğurmaktadır. Şu hâlde, özellikle *Mahkeme*’nin kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği hâlde ve bu nedenle aslında hukuka aykırı olarak elde edilmiş delilin yargılama içerisinde, hükme esas olmak üzere yine de kullanılabilmesi yönünden geliştirmiş olduğu ölçütlerin (İnceoğlu, s. 290) acaba meşruiyet adına medeni yargıda da kul-

C. Gizli Yargılama

Yargılama sırasında deliller, aleni şekilde ileri sürülür; toplanan deliller, çekişmeli yargılamanın da bir gereği olarak mahkemede, huzurda dinlenir ve incelenir. Tarafların toplanan deliller hakkında açıklama ve gerekiyorsa karşı delil gösterme hakları vardır. Bu noktada *gizli yargılama* ile kastedilen, taraflardan birinin (*bazen de tarafla birlikte hâkimin*) hükme dayanak teşkil edebilecek vakıalar hakkında, çeşitli nedenlerle bilgi sahibi olmaması hâlidir. Özellikle medeni yargıda gündeme gelen nedenler, başta ticari yaşamda işletmelere ait kimi ekonomik sırların korunması yahut tanıklığına ihtiyaç duyulmakla birlikte tarafın tepkisinden ürken, çekinen kimsenin tanıklık yapmasını, mümkün kılmak olabilmektedir. Sorun, örneğin sır sahibinin sırrının korunması yönünde sahip olduğu meşru menfaat ile karşı tarafın sahip olduğu hukuki dinlenilme hakkının ve silahların eşitliği ilkesinin yargılama içerisinde nasıl bir arada; bir diğerinden fedakârlık edilmeksizin korunabileceğidir.¹⁸²

Sır sahibinin sırrının korunması için örneğin duruşmaların aleni yapılmaması gibi kimi tedbirlere başvurulabilirse de bunların koru-

lanılması mümkün müdür? Bu noktada, bir kanuna aykırılık olmakla birlikte başta menfaatler dengesi olmak üzere yargılama sırasında gözetilen sair hususlar (çekişmeli yargılama ilkesi gibi), acaba *hukuka aykırılığı örtbilecek bir meşruiyet nedeni* yaratabilir mi? Bu farklı bakış açısının “*meşru*” ibaresinin geniş ve muğlâk anlamından kaynakladığı sonucuna varılabilir. Zira kanımızca, “*kanuna (hukuka) aykırı ve fakat meşru*” biçiminde bir değerlendirme yapılabileceği gibi “*hukuka (kanuna) aykırı olmasa dahi zaten meşru değil*” şeklinde bir düşünce de geliştirilebilir. Bu noktada özellikle medeni yargıda (ceza yargısından farklı olarak), hukuka aykırılığın doğrudan delilin elde edilişi ile ilgili olmadığını da belirtmek isteriz. Esasen Anayasa’nın 38/VI. maddesinin, 2001 yılındaki değişikliklerle birlikte ilk elden “*hukuka aykırılık*” yerine “*kanuna aykırılık*” ibaresine (söz konusu kanun hükmü her nerede bulunursa bulunsun ve aynı esnada herhangi bir hak ihlaline neden olunup olunmadığı önemsenmeksizin) göndermede bulunması, bu noktada son derece manidardır. Şayet, öğretilerde de kabul edildiği gibi (Pekcanitez, *Delil*, s. 826), söz konusu hükümün medeni yargıda da geçerli olduğu sonuca varılacaksa (ki bu durum, meşruiyet üzerine yaptığımız tartışmayı da gereksiz bırakacaktır) örneğin kişilik haklarının ihlali sonucu doğuran eylemler yönünden (*senedin çalınması vb hâller de dâhil olmak üzere*) hiçbir ayırım gözetmeksizin (*ihlâlin kimin tarafından gerçekleştirildiği de önemli olmaksızın*) ve başkaca ölçütlere sığınmaksızın (*hukuka uygunluk nedeni olmadığı sürece*) söz konusu bulgunun, yargılama içerisinde, *-bırakın hükme esas alınıp alınmamasını-* “*delil*” olarak nitelendirilmesi dahi mümkün değildir.

¹⁸² Erdönmez G., “Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, s. 224 vd. Ayrıca bkz. İnceoğlu, s. 299.

yucu etkisi, son derece kısıtlı olacaktır. Özellikle sırrın korunması yönünden bir tehdit olarak algılanan *karşı tarafın*, aleni yargılama yapılmaya da delillerin toplanması aşamasından hariç tutulması, son derece tartışmalıdır. *Acaba sır sahibinin etkin hukuki himaye hakkı, diğer tarafın hukuki dinlenilme hakkından daha mı üstün ve öncelikle korunması gereken bir yargısal temel haktır?* Zira sır sahibinin elinde bulunan delili inceleyemeyen taraf, bilgilenme ve açıklama hakkından mahrum bırakıldığı gibi karşı delil getirip tartışma ve çürütme imkânlarından da yoksundur.¹⁸³

Gizli yargılamayla tahkikatın sadece taraf yönünden değil; bazen hâkim için de gizli olması gibi sonuçlara neden olduğu bilinmektedir.¹⁸⁴ Tarafın hukuki dinlenilme hakkı yanında hâkimin de örneğin bilirkişi raporunu tetkik ederken rapora konu edilen vakıalar hakkında bilgi sahibi olması; raporu eleştirel şekilde değerlendirebilmesi gerekir. Bilirkişi raporunda varılan tespitlerin dayanaklarının gizlenmesi, söz konusu raporun delil olarak kabulüne engel olmalıdır. Bir olayda tanık olan sendika üyesi işçinin kimliği, hem karşı taraftan hem de mahkemedeki gizlenmiş; tanığın noter önünde vermiş olduğu ifadesi esas alınmış; noter önünde beyan edilenlerin delilli olan belgeler, sadece bilirkişiler tarafından tetkik edilmiştir.¹⁸⁵ Sendikalı işçinin, davacı olan ve üyesi bulunduğu sendikanın, (*tanık işçinin*) işverenine karşı açmış olduğu davada yaptığı tanıklılığı nedeniyle çeşitli baskılara maruz kalması, ihtimal dâhilindedir; sendikal özgünlüğün ve hakların korunmaya değer meşru menfaatleri yansıttığında da şüphe yoktur. Buna karşın, aynı usulün özellikle iş hukuku uygulamalarında, işverenin baskısı altında kolaylıkla kalabilecek kimselerin yapacakları gizli tanıklılıklara yine işçiler aleyhine kullanılması da mümkündür. Kaldı ki, anılan uygulama neticesinde doğrudanlık ilkesi zedelendiği gibi karşı taraf işveren, notere giden ve beyanda bulunan tarafın beyanlarını ve delili olarak ibraz ettiği belgeleri çürütme, bunlara karşı delil ikame etme imkânından da yoksun bırakılmıştır. Taraf, tanıklık eden kimsenin kendisinin işçisi olup olmadığını dahi bilmemekte; noterin ve bilirkişinin tespitlerine mahkûm edilmektedir. Şu hâlde, yargı

¹⁸³ Erdönmez, s. 226; OLG Nürnberg, BB 1984, 1252 vd.

¹⁸⁴ BGH, NJW, 1992, 1817.

¹⁸⁵ BAG, NJW, 1993, 612 vd.

yetkisinin artık münhasıran hâkim tarafından kullanılıp kullanılmadığı dahi şüphelidir.¹⁸⁶

Gizli yargılamalar, İHAS içtihatlarına da konu olmuştur. Sanığın savunma hakları, kendi aleyhine olan tanığa *ya* ifadesinin alındığı sırada *ya da* sonraki bir evrede, soru sorup verilen beyanları tartışarak çürütmek imkânının verilmesini de kapsar (İHAS m. 6/III, *d*).¹⁸⁷ Örgütlü suçlarla mücadelede, tanıkların yaşamlarının tehlikeye atılması, göz ardı edilmeyecek bir husustur (*karş.* CMK m. 58/III). Ne var ki, olası bir mahkûmiyet kararı da, münhasıran veya esaslı olarak bu tip gizli (*tarafça sorgulanmamış*) bilgilere/beyanlara dayandırılmamalı¹⁸⁸ yahut dengeleyici güvenceler öngörülmelidir.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Erdönmez, s. 236-237.

¹⁸⁷ Somut olayda, tanıkların beyanlarının, *sorgu hakimince* dahi alınmış olması yeterli görülmemiştir (*Kostovski v. Netherlands*, 20.11.1989, A 166, 12 EHRR 434, §41-42).

¹⁸⁸ *Kostovski v. Netherlands*, 20.11.1989, A 166, 12 EHRR 434, §44-45. *Artnér* davasında (*Artnér v. Austria*, 28.08.1992, A 242-A 24) tüm aramalara rağmen ortadan kaybolan tanığın sorgu yargıcı ve polis önünde verdiği ifadeler, duruşmada okunmuş olmakla birlikte sanık tarafından sorgulanamamıştır. *Mahkeme*, söz konusu beyanların, zaten hükmün dayandığı “tek delil” olmaması nedeniyle bu şekilde yürütülen bir yargılamayla ilgili olarak herhangi bir hak ihlali bulmamıştır. Bir başka olayda ise (*S.N. v. Sweden*, 02.07.2002, §48-51) tecavüz mağduru S. N.’nin ifadesi, hem videoya hem de ses bandına, polis tarafından ve sanık-başvurucunun (yahut avukatının) olmadığı bir ortamda kaydedilmiştir. Ancak ikinci sorgu öncesi, sanık avukatıyla polisler arasında yapılan görüşmede, sorgulamanın nasıl yapılması ve hangi konular üzerinde durulması gerektiği konuşulmuş ve sorgulama bu yönde gerçekleştirilmiştir. Esasen küçüğün ifadeleri dışında başkaca bir belirleyici delil olmamasına rağmen; *Mahkeme*, sadece ses ve görüntü kayıtlarının duruşmada dinlenip tartışılmasını, savunma hakları açısından yeterli görmüş; küçüğün cinsel suç mağduru olması gerçeği karşısında, özel yaşamının ve ruh sağlığının korunmasını, savunma hakları karşısında daha üstün bir değer olarak kabul etmiştir. Aynı esneklik, gizli ajanlar (*anonim tanık olarak polisler de dâhil olmak üzere*) için (*elde edilen delilin yargılamada oynadığı rol önemsenmeksizin*) geçerli görülmemiştir (*Lüdi v. Switzerland*, 15.06.1992, 15 EHRR 173, §47).

¹⁸⁹ Buna karşın, kimlikleri gizlenen kimselerin yine sorgu hakimi önünde ve fakat bu kez *savunma vekilinin de huzurunda* tanıklık etmeleri, yeterli görülmüş, savunma vekilinin varlığı, dengeleyici unsur olarak kabul edilmiştir (*Doorson v. Netherlands*, 26.03.1996, 22 EHRR 330, § 70-76). Ayrıca bkz. Mowbay, s. 122; Merrills/Robertson, s. 128; İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 380.

IV. USULÎ EŞİTLİĞİ ETKİLEYEN DİĞER NEDENLER

A. Hâkimin Dava Dışında Edindiği Şahsi Bilgisini Kullanması

Taraflara bilgilendirme ve açıklama hakkı tanımadan; davayla ilgili olmakla birlikte hâkimin dava dışında edindiği şahsi bilgisini,¹⁹⁰ yargılama sırasında uyuşmazlığın çözümünde kullanması, öncelikle hukuki dinlenilme hakkının ihlalidir (*karş.* HUMK m. 573, b. 3). Hâkimin dava dışında edindiği şahsi bilgisini, taraflara bilgilendirme ve açıklama hakkı tanıyacak şekilde yargılama içinde önceden açıklamış olması varsayımda *dahi* varılan sonuçta olumlu yönde bir değişiklik meydana gelmez. Hukuki dinlenilme hakkıyla tarafa, yargılamanın sonucuna etki edebilme imkânı tanınırken; *silahların eşitliği ilkesi sayesinde, yargılamanın sonucunun daha baştan belli olmaması güvence altına alınır.* Oysa hâkimin dava dışında edindiği bilgiye dayalı kanaatinin çoğu kez kesin olması; artık değiştirilmesinin son derece zor olması, taraflar yönünden kabulü güç durumlara neden olur. Aksi hâlde, yani hâkimin söz konusu dava dışı bilgiyi, yargılama içinde önceden paylaşmaması durumunda ise taraflar yönünden; bu sefer tam bir bilinmezlik gündeme gelecektir ki bu hâlde, sürpriz karar verme yasağı da ihlâl edilmiş olacaktır.¹⁹¹

Hâkim, kendi algılamasını, tarafsız olarak değerlendiremez. Bu noktada, hâkimin dava dışında (yargılama dışında) elde ettiği bilgi ile örneğin yargılama sırasında yapılan keşfe dayalı gözlemi arasında son derece büyük bir fark olduğunu kabul etmek gerekir: Keşfe dayalı gözlem, algılama ve bunlar üzerine inşa edilecek kanaate, daha oluşum aşamasındayken taraflar, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun olarak etki edebileceklerdir (HUMK m. 280, 364). Yargılama içerisinde, zaten oluşmuş olan kanaatin tartışmaya açılması ise neden olunan ihlâlin izalesi için yetiştirmez. Önemli olan, oluşum safhasındaki algılama ve kanaate, tarafların karşılıklı olarak etki

¹⁹⁰ Şahsi bilgiyi, meşhur ve maruf olan hususlardan ayırmak gerekir (HUMK m. 238/II). Şayet bilgi, hâkimin ilişkin olduğu vakiya kişisel yakınlığı veya bireysel çabasına bağlı olarak yahut tesadüfen değil de kamuya açık bir kaynaktan elde edilmiş ve başkalarınca da paylaşılıyor ise artık malum ve meşhur bilgi hâlini alır (Atalı M., "Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, s. 158).

¹⁹¹ Atalı, s. 147, 148. Ayrıca bkz. Yıldırım, s. 250.

edip seyrini değiştirebilmek imkânına sahip olmalarıdır.¹⁹² Aksi hâlde, hâkimin yargılamayı, kendi şahsi bilgisini teyit etmek üzere yönlendirmesi tehlikesi dahi vardır.¹⁹³ Hâkim, taraflara karşı eşit mesafede bulunmakla yükümlüdür; bu yükümlülük tüm yargılama boyunca devam eder. Edinilen şahsi bilgi, hâkimi ister istemez, taraflardan birine yakınlaştırır; diğerinin işini güçleştirir. Kanaatin oluşumu aşamasında, taraflar arasındaki denge/eşitlik, bozulmuş olur (*karş. HUMK m. 29, b.3*). Dava dışı sahip olduğu şahsi bilgi nedeniyle aslında tanık olması icap eden hâkimin, tanık olmaksızın bildiklerini hâkim sıfatıyla hükme konu etmesi, silahların eşitliği ilkesine göre bilgilenme ve açıklanıp çürütülme sürecine tabi olmadan bir vakıanın/dava malzemesinin yargılamayı şekillendirmesi, sonucunu doğurur.¹⁹⁴

B. Davanın Tarafı Hâline Gelenlerin Yargılamadaki Rolü

Kimi ülke hukuklarında, tarafsız ve hatta bağımsız oldukları kendi mevzuatlarında ayrıca ve açıkça düzenlenmiş kurum görevlilerinin yargılama içerisinde, *-taraflardan birinin lehine ve doğal olarak diğerinin aleyhine olacak şekilde-* görüş bildirmeleri, tarafın, ileri sürülenleri yanıtlama ve çürütme imkânının olmaması hâlinde, İHAS temelinde, silahların eşitliği ilkesine aykırı bulunmuştur.¹⁹⁵ Özellikle yüksek mahkemelerde, *kanun sözcüsü (procureur general)* yahut benzeri adlarla görev yapanların (hatta *raportör-yargıçların*), görevlerini ifa ederken yargılamanın tarafları için başlı başına bir eşitsizlik kaynağı olup olmadığı, uyuşmazlık konusu olmuştur (*karş. CMK m. 297*).¹⁹⁶ *Görevi ifada sergilenen nesnellik; ilgili diğer kurum yahut kuruluşlara karşı bağımsızlık, ileri sürülen görüşten tarafın habersiz bırakılmasını, meşru kılmaya yetmez. Zira ilgilinin görüşü, en nihayetinde bir tarafın lehinde veya aleyhinde olacaktır. İleri sürülen görüşten önce bilgilenmek; sonra da -gerekiyorsa- söz konusu görüşü yanıtlamak, tarafın hakkıdır. Üstelik aynı ilgi-*

¹⁹² Atalı, s. 153.

¹⁹³ Atalı, s. 153; Ertanhan M., *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Ankara 2005, s. 63. Ayrıca bkz. Alangoya, *İlkeler*, s. 130.

¹⁹⁴ Atalı, s. 155, 156; Ertanhan, s. 61; Feyzioğlu M., *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, s. Ankara 1996, s. 61-63. Ayrıca bkz. Alangoya, *İlkeler*, s. 130; Tartışmalar için bkz. Yıldırım, s. 246 vd.

¹⁹⁵ İnceoğlu, s. 241 vd.

¹⁹⁶ İnceoğlu, s. 243.

linin müzakerelere de (tarafın yokluğunda) katılması, *-tarafı ilgili ara-sındaki-* var olan eşitsizliği daha da arttırıcı niteliktedir.¹⁹⁷

Aynı sorun, ülke hukukumuzu da yakından ilgilendirdiği şekliyle Fransız *Conseil d'Etat* için gündeme gelmiş; kanun sözcüsünün yargılamadaki rolü, gerek tarafın beyan edilen mütalaaya karşı açıklama yapamamış gerekse müzakerelere tarafın yokluğunda katılmış olması nedeniyle tartışma konusu olmuştur. Yargılamada, tarafların savlarının kabulü veya reddi konusunda alenen görüş açıklamış olan ilgilinin, artık *-aleyhine görüş bildirilen-* tarafın karşısında yer aldığı kabul edilir. Böyle bir kimsenin, üstelik müzakerelerde hâkimlerle birlikte yer alması, tarafı, eşit olmayan bir konumda bırakır.¹⁹⁸

Danıştay Kanunu'nun 61/I, III. maddesine göre *savcılar*, kendilerine havale edilen dosyalarla ilgili *düşüncelerini*, gerekçeli ve yazılı olarak; gerekli görüldüğü takdirde ve önceden haber verilmek kaydıyla sözlü olarak (*bir açıklık olmamakla birlikte duruşmalı işlerde olsa gerek*) verirler. İYUK'un 18/IV. maddesine göre duruşmalarda savcının bulunması şarttır. Savcının yazılı düşüncesini açıklamasından sonra taraflara, son olarak ne diyecekleri sorulur ve duruşmaya son verilir.¹⁹⁹ Her iki hükmün birlikte değerlendirilmesinden; idari yargıda, duruşmalı işler bakımından savcının yargılamaya müdahalesi üzerine taraflara görüş ve düşüncelerini açıklama imkânı, kanunen sunulmakla birlikte *aynı durumun, duruşmalı inceleme yapılmasına karar verilmemiş işler bakımından da geçerli olduğu söylenemez*. Savcının görüşü, duruşmasız işlerde, ceza yargısının aksine, tarafa tebliğ edilmemektedir. İncelemesi sırasında savcının Danıştay Başkanlığı aracılığıyla ilgili yerlerden her türlü bilgiyi isteyebileceği; işlem dosyalarını getirtebileceği dikkate alındığında, duruşmasız işler bakımından geçerli uygulamanın, özellikle de İHAS'a konu içtihatlar özelinde, silahların eşitliği ilkesiyle çatıştığı sonucuna varılabilir.²⁰⁰

¹⁹⁷ *Borgers v. Belgium*, 30.10.1991, A 214, 15 EHRR 92, §24-29.

¹⁹⁸ *Kress v. France*, 07.06.2001, Appl. No. 39594/98, §76.

¹⁹⁹ Türk idari yargı teşkilatında, *savcılık* kurumu ve tarihi gelişimi için bkz. Bereket Z/ Demirkol S., "İdari Yargıda Savcılık Kurumu, İdarenin Yargısal Denetiminde Etkinliğin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri", *DD*, S. 90, Yıl: 26, s. 38 vd.

²⁰⁰ İnceoğlu, *İnsan Hakları*, s. 378; Dinç G., "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak arama Sürecinde Silahların Eşitliği", *TBB*, İHAUM İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı, Sempozyum, Ankara 2004, s. 371. Benzer bir tartışma, öğretilerde Danıştay *tetkik hâkimleri* için de yapılmıştır. Özellikle

C. Yargılamaya Yasama Müdahalesi

Devletin tarafı olduğu yargılamalarda, kendi lehine kazanımlar elde etmek adına geçmişe etkili kanun hükümlerini yasalastırması, yargılamanın tarafları arasındaki eşitliğin açık ihlâlidir.²⁰¹ Bir olayda imtiyaz sözleşmesinin haksız feshi üzerine tahkimde görülen ve *kara-ra bağlanan* uyuşmazlık hakkında, hakemlerin yargı yetkisinin bulunmaması nedeniyle yargı yoluna başvurulmuş; derdest yargılama sırasında kabul edilen bir yasa ile demokrasiye geçilmeden önce yapılan imtiyaz sözleşmelerinin feshi üzerine tahkim anlaşmalarının da kendiliğinden geçersiz kalacağı kanun hükmüne bağlanmıştır. Böyle bir hükmün daha doğrusu müdahalenin ardından yargılama makamlarınca uyuşmazlığın çözümü yönünde sağlıklı bir sonuca ulaşılması artık olası görülmemiştir. Zira taraflar arasındaki uyuşmazlık, yasama organınca zaten çözümlenmiş durumdadır. Somut olayda taraflardan birinin devlet olduğu ve yasama organının da kendi safında yer aldığı dikkate alındığında; somut olayda taraflar için hakkaniyet ölçülerini çok aşan bir durumun, yaşandığı görülebilir.²⁰²

V. SONUÇ

Adalet, hukukun hedefi olup en önemli unsurlarından birini eşitlik oluşturmaktadır. Adil yargılanma hakkı, tek bir hak olmayıp bir yargısal temel haklar demetidir. Bu kapsamda, adil yargılanma hakkı, taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanmasını ve usulî hakkaniyetin tüm yargılama boyunca korunmasını gerekli kılar. Onun bu özelliğine silahların eşitliği ilkesi denilir. Kaldı ki, diyalektik süreçte de, karşıtların birbirlerini yok sayması; önemsemesi mümkün değildir.

le Danıştay Kanunu'nun 62/I. maddesinde sözü edilen; kendilerine yüklenen görevlerle ilgili olarak tetkik hâkimlerinin *kendi düşünce ve görüşlerini de yazılı yahut sözlü olarak açıklayabilmeleri*, uygulama içinde yine duruşmalı işlerde, tetkik hâkimlerinin taraflar huzurunda raporlarını okumaları, *duruşmasız yapılan incelemeler için de* bu raporlardan tarafların haberdar edilmesini zorunlu kılmaktadır (Dinç G., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği", 57 *TBB*, 2005, s. 301, 302). Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 293.

²⁰¹ *Stran Grek Refineries v. Greece*, 09.12.1994, A 301-B, 19 EHRR 293, §42-50.

²⁰² Derdest yargılamalara *yasama müdahalesi* yönünden ayrıca bkz. Merrills/Robertson, s. 100.

Silahların eşitliği ilkesinde gaye, tarafların, birbirlerine nazaran, oldukları gibi muhafaza edilmesi ve bu nedenle mevcut oransızlığın olduğu gibi sürdürülmesi değil; taraflar arasındaki eşitsizliklerin giderilmesi adına, gerçekçi ve esaslı bir eşitlik anlayışının sağlanmasıdır. *Usulî eşitlik ilkesi* ve onun somutlaşmış hâli olan hukuki dinlenilme hakkı ile etkili bir hukuki koruma sağlanırken; bu yolla aslında yanlış karar verilmesinin de önüne geçilmektedir. *Usulî hakkaniyet*, yargılamada, taraflar arasında gerçek eşitliğin sağlanmasını ve buna uygun davranılmasını gerekli kılar. Yargılamada *eşitlik*, gerek yargılamanın başında ve gerekse devamında, taraflara eşit şekilde hukuki dinlenilme hakkı sağlanarak gerçekleştirilir. Kısaca, bir tarafın dinlenmesi kimsenin dinlenmemesidir.

Çalışma içerisinde, silahların eşitliği ilkesini etkileyen; zedeleyen yahut kuvvetlendiren bazı durumlara değinilmiş; öğretilerde yapılan tartışmaların aktarılmasına gayret edilmiştir. Bilgilenme ve açıklama hakkı, silahların eşitliği ilkesi yönünden olmazsa olmaz kimi özellikler içerir. Ancak silahların eşitliği ilkesinden bahsedildiğinde ilgi ve dikkatin ister istemez, deliller ve ispat faaliyeti üzerinde yoğunlaşması, tabiidir. Zira ispat faaliyeti (*delil ikamesi*) olmazsa tarafların iddiaları hakkında bir karar vermek mümkün olmaz. İspat ve delil hakkı olmadan; açıklama hakkı da anlamını yitirir. Yargılama sırasında deliller, *-gizli yargılamayla ilgili tartışmalar bir yana-* aleni şekilde ileri sürülür; toplanan deliller, çekişmeli yargılamanın da bir gereği olarak mahkemede, huzurda dinlenir ve incelenir. Tarafların toplanan deliller hakkında açıklama ve gerekiyorsa karşı delil gösterme hakları vardır. Bu noktada, hukuka aykırı surette elde edilen deliller ve gizli yargılama konusunda yapılan tartışmalar dikkate alındığında, gerek İHAS gerekse ülke mahkemeleri özelinde daha kat' edilmesi gereken çok uzun bir yolun olduğu görülmektedir.

Delilleri değerlendirmek *-gerekçesi de gösterilmek ve keyfilik teşkil etmemek kaydıyla-* hâkimin takdirindedir. Bu hâlde dahi taraflara, açıklama hakkı kapsamında, delillerin değerlendirilmesiyle ilgili beyanda bulunarak yargılamaya etki edebilme imkânı tanınmalıdır. Hâkimin dava dışında edindiği şahsi bilgisini, yargılama içerisinde kullanmasıyla taraflar arasındaki eşitliğin de bozulduğu, rahatlıkla söylenebilir. Mevzuatta düzenlendiği şekilde, kimi kamu görevlilerinin yargılama da rol aldıkları; tarafların leh ve aleyhlerinde görüşler ileri sürdükle-

ri bilinmektedir. Bu hâlde de tarafın bilgilenme ve açıklama hakkı vardır; tamdır ve korunmalıdır.

KAYNAKLAR

- Acabey M. B., *Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*, İzmir 2002.
- Akad M./Dinçkol A., *1982 Anayasası, Madde Gereklere ve Maddelerle ilgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul 1998.
- Akcan R., *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri*, Ankara 1999.
- Akcan R., "Medeni Usul Hukukunda Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması", *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009.
- Akıllıoğlu T., *İnsan Hakları I, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri*, Ankara 1995.
- Akkan M., *Alman Medeni Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğuna İlişkin Düzenlemeler Genel Bakış, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan*, Ankara 2009, (Akkan, *Avukatla Temsil Zorunluluğu*).
- Akkan M., *Medenî Usûl Hukukunda Etkin Hukukî Koruma*, 2007/1 *MİHDER* S. 6.
- Alangoya Y., *Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi*, *MHB* 1981/2.
- Alangoya, Y., *Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979, (Alangoya, *İlkeler*).
- Alangoya Y./Yıldırım K./Yıldırım N. D., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul 2009.
- Aldabak E., *İnsan Haklarının Düşünsel ve Tarihsel Kökleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. III, İstanbul 2003.
- Arslan R., *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989.
- Atalay E., *Yargısal Temel Haklar, Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan*, İzmir 1997.
- Atalay O., *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001 (Atalay, *Menfi Vakıalar*).
- Atalı M., *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması, Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009.

- Baygın C., Kan Bağına Dayanan Soybağı, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/1-4.
- Bereket Z./Demirkol S., İdari Yargıda Savcılık Kurumu, İdarenin Yargısal Denetiminde Etkinliğin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri, *DD S.90*, Yıl: 26.
- Berkin N., *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, İstanbul 2001.
- Briner R./von Scelsbrendorff F., Article 6 of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon International Arbitration, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, 2001.
- Budak A. C., *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, İstanbul 2000.
- Candan T., *Açıklamalı İdari Yargılama usulü Kanunu*, 2.Baskı, Ankara 2006.
- Caniklioğlu M., Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız, *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan*, İzmir 2001.
- Centel N./Zafer H., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, İstanbul 2008.
- Çınar S. U., Temel Hakları Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti, Konya 1998, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Dinç G., Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak arama Sürecinde Silahların Eşitliği, *TBBĐ, İHAUM İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adil Yargı, Sempozyum*, Ankara 2004.
- Dinç G., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Silahların Eşitliği, 57. *TBBĐ*, 2005.
- Erdönmez G., Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009.
- Ertanhan M., *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*, Ankara 2005.
- Fawcett J. E. S., *The Application of The European Convention on Human Rights*, Oxford 1987.
- Fezyioğlu M., *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, s. Ankara 1996.
- Gottwald P., *Die sachliche Kontrolle internationaler Schiedssprüche durch staatliche Gerichte*, *FS für Heinrich Nagel*, Münster 1987.
- Gören Z., *Temel Hak Genel Teorisi*, 3. Baskı, Ankara 1995.
- Gözübüyük Ş./Gölcüklü F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Ankara 2007.

- Günay C. İ., *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2000.
- Hanağası E., *Davada Menfaat*, Ankara 2009.
- Haris D. J. O'Boyle M/Warbrick C., *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Dublin, Edinburg 1995.
- Heller K., *Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Band 4, Wien 1996.
- İnceoğlu S., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılama Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler*, İstanbul 2008.
- İnceoğlu S., *İnsan Hakları Bakımından Türk usul Hukukundaki Değişim ve Sorunlar, Uğur Alacakaptan'a Armağan*, C. 2 İstanbul 2008, (İnceoğlu, *İnsan Hakları*).
- Jacot-Guillarmont O., *Rights Related to Good Administration of Justice, The European System for the Protection of Human Rights*, eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993.
- Jaksic A., *Arbitration and Human Rights*, Band 59, Berlin, Bern 2002.
- Joseph S./Jenny S./Satsan M., *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, materials and Commentary*, 2005.
- Kaboğlu İ., *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, İstanbul 1994.
- Kılıçoğlu E., *Karar Çevirisi, Özel Dedektif Tarafından Gerçekleştirilen İzlemenin ve Görüntü Kaydının Hukuka Uygunluğu ve Sigorta Uyuşmazlıklarında Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunları Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi'nin İki Kararı, Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009.
- Kiraz T. Ö., *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, Ankara 2005.
- Konuralp H., *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Ankara 1999.
- Korshunova L., *Felsefe Nedir?, Çeviren: Vasif Erenus*, Ankara 2004.
- Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri, Usulü Altıncı Baskı, C. I*, İstanbul 2001.
- Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri, Usulü Altıncı Baskı, C. II*, İstanbul 2001.
- Kuru B., *Hukuk Muhakemeleri, Usulü, Altıncı Baskı, C. III*, İstanbul 2001, (Kuru, C. III).
- Matscher F., *Der Einfluss der EMRK auf den Zivilprozess, FS für Wolfram Henckel*, Berlin/NewYork 1995.
- Merrills J. G./Robertson A.H., *Human Rigts in Europe*, Manchester 1993.
- Mowbray A., *Human Rights Law in Perspective, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the Court of Human Rights*, Oxford 2004.

- Özekes M., *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003.
- Özekes M., *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Ankara 2009, (Özekes, *İcra*).
- Pekcanıtez H., Hukuki Dinlenilme Hakkı, *Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir 2000.
- Pekcanıtez H., Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000, (Pekcanıtez, *Aleniyet*).
- Pekcanıtez H., *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara 1992 (*Tek Atf*).
- Pekcanıtez H., Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, *Halûk Konuralp Anısına Armağan*, C. 1, Ankara 2009, (Pekcanıtez, *Delill*).
- Pekcanıtez H., Medeni Yargıda Adil Yargılanma, *İzBD*, 1997/2, (Pekcanıtez, *Adil Yargılama*).
- Pekcanıtez H., Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, *Anayasa Yargısı*, 12, 27-28 Nisan 1995, (*Tek Atf*).
- Pekcanıtez H./Atalay O/Özekes M., *Medenî Usûl Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2009.
- Pekcanıtez H./Yeşilova B., Avrupa Medeni Usul Model Kanunu Tasarısı ve Değerlendirilmesi *Mahmut Teofik Birsnel'e Armağan*, İzmir 2001.
- Petrochilos G., *Procedural Law in International Arbitration*, 2004.
- Postacıoğlu İ. E., Davanın ve Kazıyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep, *Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara 1974.
- Soyсал M., *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Ankara 1990.
- Sungurtekin Özkan M., *Avukatlık Mesleği, Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 2. Baskı, İzmir 1999.
- Şimşek O., *Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü), İzmir 1999.
- Tanör B/Yüzbaşıoğlu N., *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul 2004.
- Tanrıver S., *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara 2002 (*Tek Atf*).
- Tanrıver S., Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması gereken Önlemler Üzerine, 2000/1-4, *AÜHFD*, (*Tek Atf*).

- Tanrıver S., Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun Değerlendirilmesi, *Makalelerim*, 2006, Ankara 2007, (Tanrıver, *Delil*)
- Taşpınar S., Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu, *Av. Dr. Faruk Erem Armağanı*, TBB Yayın No. 8, Ankara, 1999.
- Tercan E., *Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme, -Hali sabıka İrca-, Ankara 2006 (Tek Atf)*.
- Tercan E., *Medenî Usul Hukukunda Tarafların İsticobası, (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması)*, Ankara 2001.
- Tezcan D., Tercümandan Yararlanma Hakkı, *Mihçioğlu'na Armağan*, Ankara 1997.
- Tezcan D./Erdem R. M/Sancakdar O., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2004.
- Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu, 10 Baskı, Ankara 2005.
- Umar B., Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Koşulu Olarak Ehliyet, *İÜHFM C. XXIX*, S.3.
- Üstündağ S., *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000.
- Van Dijk P., Access to Court, *The European System for the Protection of Human Rights*, eds. R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993.
- Weissbrodt D., *The Right to a Fair Trial, Article 8, 10 and 11 of the Universal Declaration of Human Rights*, London, 2001.
- Van Dijk P./Van Hoof G. J H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague 1998.
- Yıldırım K., *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990.
- Yıldırım K., *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller*, Erdoğan Teziçe Armağanı, İstanbul 2005, (Yıldırım, *Delil*).
- Yılmaz E., *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, Ankara 1982.

SÖZLEŞMELİ TARIM, DEVLET VE HUKUK

İlker KILIÇ*

Özgür BOR**

GİRİŞ

Türkiye'deki akademik çalışmalarda hukukun biçimsel olarak ele alınması genel bir eğilimi yansıtıyor. Hukukun belli sınıfsal çıkarları gerçekleştirme amacına yönelik işlevsel rolüne değinmenin istisna olmasının devlet nedir sorusuna verilen yanıtla doğrudan bir ilişkisi var. Türkiye modernleşmesini tanımlamaya dönük kuramsal çerçevenin üst yapısal etkenlere odaklandığını ve Weberci modellerle bu üst yapı kurumlarına izafe edilen özerkliğin hukuka bakışı da belirlediğini söyleyebilecek durumdayız. Bu bakış hukuku ve hukuk normunu, biçimsel özellikleri itibarıyla değerlendirip evrensel geçerliliğe sahip önermeler katına çıkarıyor. Dolayısıyla hukuk ve norm tanımları devlet ve yaptırım üzerine odaklanıyor. Bu özgün durum yanında modern hukukun nitelikleri de bu anlayışın yerleşmesine katkı sunuyor. Althusser'in de vurguladığı gibi hukuk gerçekten de biçimselleştirme ve evrenselleştirme peşinde koşmak zorundadır. Söz konusu biçimselleştirme ve evrenselleştirme, hukukun her türlü içerikten soyutlanması koşuluyla imkan kazanır ve her türlü içerikten soyutlanma, soyutlandığı içeriğin üstünde etkili olmasının somut koşuludur.¹ Bununla birlikte hukuksal sistem, bir yandan var olan mülkiyet ve mübadele ilişkilerini onaylayıp kendine özgü biçimleri çerçevesinde üretim koşullarının yeniden üretilmesini sağlarken diğer yandan doğru-

* Dr., Öğretim Görevlisi, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü.

** Dr., Öğretim Görevlisi, Atılım Üniversitesi İşletme Fakültesi İktisat Bölümü.

¹ Louis Althusser, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, Çev. Alp Temurtekin, İthaki Yayınları, İstanbul 2003, s. 65.

dan doğruya siyasal işlevler üstlenir.² Bunun gibi hukuk, bir sınıf ya da fraksiyonun ötekiler üzerinde hegemonyasını da düzenler.³

Sözleşmeli tarım Türkiye’de yer yer uygulama alanı bulurken, 18 Nisan 2006 tarihli 5488 sayılı Tarım Kanunu’nun 13. maddesi ve bu maddeye dayanılarak 26 Nisan 2008 tarih ve 26858 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanarak yürürlüğe konan Sözleşmeli Üretim İle İlgili Usûl Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, tarımsal yeniden üretim ve mübadele ilişkilerinde bu uygulamanın kesin biçimde yerleştirilmesi anlamını taşıdı. Sözü edilen hukuksal düzenlemeler hukukun yukarıda belirttiğimiz her iki işlevini apaçık göstermesi bakımından inceleme konumuzu oluşturuyor.

1980’li yıllarla birlikte piyasayı yüceltten ve her türlü devlet müdahalesini reddeden neo-liberal politikaların ivme kazanmasıyla, tarımda da sermaye merkezleşmekte ve bunun sonucunda geleneksel üretim biçimlerinin değiştiği yapısal bir dönüşüm ortaya çıkmaktadır. Sonuçta bu dönüşüm tarımda yoğun olarak uygulanmaya başlayan sözleşmeli tarım ile gerçekleşmektedir.

Tarımsal üretim doğal koşullara bağımlıdır. Kuraklık, sel, aşırı soğuk ve hastalık gibi etkenlerden dolayı üretimin kontrolü zordur. Farklı coğrafi koşullar ve toprak çeşitliliği nedeniyle standart üretimin gerçekleşmesi de kolay değildir. Ayrıca küçük işletmelerin yüksek sayısı da standart üretimin gerçekleşmesine olanak verecek kontrolün sağlanmasını engeller. Üretimin kontrolünü zorlaştıran bir başka etken de çiftçilerin üretim üzerindeki egemenliğidir. Üretim araçlarına sahip olan çiftçi ne üreteceği, üretim miktarı ve hangi girdileri kullanacağı konusunda kendi kararlarını verebilir. Sözü edilen nedenlerden dolayı klasik kapitalist yoğunlaşmanın tarımda gerçekleşmesi güçleşmekte, bununla birlikte sermaye, aktarma mekanizmaları üzerinde egemenlik kurarak besin zincirini kontrol etmektedir. Bu noktada üretim sistemi ve besin zinciri arasında önemli bir ayrıma dikkat çekilmedir. Üretim besin hammaddesini kapsarken, besin zinciri, ürünün işlenmesi, pazarlanması ve son tüketiciye ulaştığı süpermarket raflarına kadar olan aşamaları tanımlar. Sermaye, üretim alanından çok besin zinciri üzerinde egemendir ve değer de büyük ölçüde üretimde de-

² Nicos Poulantzas, *Faşizm ve Diktatörlük*, Çev. Ahmet İnsel, İletişim Yayınları, İstanbul 2004, s. 273.

³ Bkz. Poulantzas, *a. g. e.*, s. 373.

ğil ama besin zinciri içerisindeki aktarma mekanizmalarında oluşur. Bu durumda sermaye için tarımda bütünsel bir egemenlik sağlamak ancak çiftçiyi kendi seçimlerinden uzaklaştırmakla mümkün olabilecektir. Bir endüstriyel üretim modeli olan sözleşmeli tarımın yerleşmesi bu anlamda sermayenin tarımda egemenliğini sağlamasının önemli bir aracıdır ve Türkiye’de 5488 sayılı Tarım Kanunu ve Sözleşmeli Üretim İle İlgili Usûl Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile hukuki altyapısı oluşturulmaya çalışılmıştır.

1. Sözleşmeli Tarım

Sözleşmeli tarım, günümüz ekonomik paradigmaları çerçevesinde oluşan yeni tarım rejimi içerisinde yer alıp tarımsal üretim biçimlerini dönüştüren ve özellikle bu yeni tarım rejiminin işleyişinde çok uluslu şirketlerin hegemonyasını kuvvetlendiren bir endüstriyel tarım biçimidir.⁴ Gıda ve tarım piyasalarının endüstrileşmesi, daha yüksek düzeyde yönetim eşgüdümüne gereksinim duyar ve bu çeşitli dikey bütünleşme biçimlerine yol açar.⁵ Üretim biçiminde gözlemlenen bu

⁴ Tarım rejimi kavramı bu çalışmada farklı sermaye birikim süreçleri içerisinde, uluslararası gıda üretim ve talep sistemlerinin yaratılması olarak kullanılmaktadır. Rejim ilke, norm ve davranış kurallarıdır ve hegemon devlet ya da devletlerin kendi yapısal güçlerini kullanarak ilke, norm ve davranış kurallarını uluslar arası kurumlar aracılığıyla sisteme empoze etmeleri ile biçimlenir. Rejimin en önemli belirleyicisi hegemonudur. Bu bağlamda üç ana tarım rejimi görülmektedir. İlki 1846-1914 yılları arasında İngiltere hegemonyasında gerçekleşen birinci tarım rejimi, ikincisi 1945-1970 döneminde ABD hegemonyası altında gerçekleşen ikinci tarım rejimidir. Üçüncü tarım rejiminin başlangıcını ise, 1994 yılında imzalanan Uruguay Turu Tarım Anlaşması (UTTA) olarak almak yanlış olmayacaktır. Bu anlaşma ile 1980’lerde ivme kazanan neo-liberal politikalar küresel olarak tarımda uygulanmaya başlayarak kurallaşmıştır. Bu rejim çok uluslu şirketlerin hegemonyasında gerçekleşmektedir. Sermaye hareketlerinin önünün açılması, serbestleşme, deregülasyon, özelleştirmeler ile tanımlanan bu rejim tarımda küresel üretim biçimlerine geçiş ile biçimlenmektedir.

⁵ J. F. Kirsten and K. Sartorius, “Linking agribusiness and small-scale farmers in developing countries. Is there a new role for contract farming”, *Development Southern Africa*, Vol. 17, No. 4, October 2002, s. 503; Michael Boehlje and Otto Doering, “Farm Policy in an Industrialized Agriculture”, *Journal of Agribusiness* Vol. 18, No.1, 2000, s. 53-54. Şirketlerin tek bir sektörde tüm üretim safhası üzerindeki denetimlerine de dikey bütünleşme adı verilmektedir. Dikey bütünleşme ise şirketlerin üretimin birkaç aşamasını denetlemeleri ile gerçekleşmektedir. Bkz. Sophia Murphy, “Concentrated Market Power and Agricultural Trade”, *Ecofair Trade Dialogue Discussion Papers*, No.1, August 2006, s. 14, <http://www.tradeobservatory.org/library.cfm?RefID=89014>, 10.09.2009.

yapısal değişim, son yıllarda artarak uygulanmakta olan ve bahsettiğimiz türde bir dikey bütünleşme biçimi olan sözleşmeli tarımsal üretim ile karakterize olmaktadır. Bunun yanı sıra sözleşmeli üretim tarım sektörünün ticarileşmesi ve sanayileşmesi için yoğunlukla uygulanmaya başlanan bir yöntemdir.⁶ Sözleşmeli tarım, doğrudan üretici ile geniş bir düzlemde bulunan toptancı, işleyici, perakendeci, paketleyici, üretici organizasyonları gibi kurumlar arasında yapılan sözlü veya yazılı anlaşmaları öngörür ve tarım sektörünün endüstrileşmesi ve yeniden yapılandırılmasında kullanılan, kurumlar ve üretim arasındaki ilişkiyi düzenleyen önemli bir stratejidir.⁷ Özellikle küçük ölçekte üretim yapan çiftçilerin yoğun olduğu pek çok gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkede küçük ölçekli üreticilerin, tarım şirketleri tarafından sağlanan hizmetler olmadan rekabetçi olamayacakları görülmekte ve UTTA sürecinde tarım sektörüne uygulanan desteklemelerin kaldırılması ile sözleşmeli tarımın yeni tarım rejimine uygun bir çözüm olduğu dile getirilmektedir.⁸ Çünkü tarım sektöründen devletin çekilmesi ile birlikte üreticiler düşük faizli kredi, desteklenmiş girdi, garanti bir alıcı ya da piyasaya giriş gibi devlet tarafından sağlanan olanaklardan yoksun kalırlar.⁹ Bu noktada devletin yürüttüğü görevleri özel sektörün yüklenmesi beklenir ancak pek çok gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkede özel sektör sermaye yoksunudur ve devletin sunduğu pek çok hizmeti yerine getiremezler. Gıda piyasalarının giderek bütünleşmesi küçük ve orta ölçekli çiftçilerin girdi ve ürün piyasalarına girmelerini zorlaştırmaktadır.¹⁰ Ürün piyasalarına girmenin zorlaşması, üreticinin fiyat riski ile karşılaşması anlamına gelir. Bu noktada çok uluslu tarım şirketlerinin piyasaya girmesi ile uygulanan sözleşmeli

⁶ Erkan Rehber, "Vertical Integration in Agriculture and Contract Farming", *Working Paper Series # 46*. A Joint USDA Land Grant University Research Project, Food Marketing Policy Center, University of Connecticut, 1998, s. 11, <http://www.fmpc.uconn.edu>, 01.09.2009.

⁷ Bkz. Charles Eaton and Andrew W. Shephard, *Contract Farming Partnerships for Growth*, *FAO Agricultural Services Bulletin*, No.145, Rome 2001, s. 2; Flavia Echanove and Christina Steffen, "Agribusiness and Farmers in Mexico: The Importance Of Contractual Relations", *The Geographical Journal*, Vol.171, No. 2, 2005, s. 167-168; Paul R. Edelman, "Farm Characteristics of Contract Specialty Grain Producers", *Journal of Sustainable Agriculture*, Vol.29, No.1, 2006, s. 9; Kirsten ve Sartorius, *a. g. e.*, s. 505; Rehber, *a. g. e.*, s. 5.

⁸ Eaton ve Andrew, *a. g. e.*, s. 2; Rehber, *a. g. e.*, s. 12.

⁹ Murphy, *a. g. e.*, s. 6.

¹⁰ Boehlje ve Doering, *a. g. e.*, s. 53.

tarımın, üreticilerin karşı karşıya olduğu sorunlara çare olacağı propagandası yapılır. Zira sözleşmeli tarımın üreticiye, üretim hizmetleri, girdi, yeni teknoloji kullanımı yüksek üretim etkinliği, gelir kararlılığı, piyasa güvenliği, kredi ve sermayeye ulaşım avantajı sağlayacağı öne sürülmektedir.¹¹ Ancak yüksek ölçekli üretim biçimlerine geçiş yüksek düzeyde teknoloji kullanımına ve standardizasyona neden olduğundan, özellikle küçük ve orta ölçekli çiftçiler artan yatırım maliyetler ile karşılaşmaktadırlar.

Genel olarak baktığımızda sözleşmeli tarımda yapılan sözleşmeler fiyat, miktar, girdi, kredi, üretim koşulları ve teslim ile ilgili hükümler içerirler.¹² Sözleşmeli tarımın üç uygulanma biçimi vardır: Bunlardan ilki olan “*piyasa karşılığı anlaşma*”da, alıcı ve satıcı ürünün gelecekteki alış ve satışı için koşullara karar verirler. İkinci biçim olan “*kaynak karşılığı anlaşma*”da pazarlama anlaşmasına ek olarak satıcı seçilmiş girdi, arazi hazırlanması ve teknik danışmanlık sunumunu sağlamayı kabul eder. Sonuncu biçim olan “*yönetim belirtimi*”nde (*management specifications*), üretici öğütlenen üretim yöntemini, girdi kullanım istemleri ile hasat zaman ve biçimini izlemeyi kabul eder.¹³ Bu uygulama biçimleri iki tipe ayrılır: Pazarlama sözleşmeleri ve üretim sözleşmeleri.¹⁴ Pazarlama sözleşmelerinde üretici ürettiği ürünün sahibi olarak kalmakta ve üretim sürecindeki kararları kendisi vermektedir. Üretici ve alıcı arasında teslim edilecek ürünün fiyatı için bir sözleşme yapılmakta ve ürün tesliminde önceden belirlenen fiyat üreticiye ödenmektedir. Üretim sözleşmelerinde ise alıcı üretim süreci üstündeki kararlarda söz sahibidir ve üretici ürettiği ürünün sahibi değildir. Üretici, alıcı şirketlerin teknik personelinin belirttiği üretimle ilgili kuralları takip etmek ve uygulamak, alıcının seçmiş olduğu ya da verdiği tohumu kullanmak,

¹¹ M. J. Watts, “Life under contract: contract farming, agrarian restructuring, and flexible accumulation” In P. D. Little ve M. J. Watts, eds. *Living under contract: contract farming and agrarian transformation in sub-Saharan Africa*, University of Wisconsin Press, Madison 1994; USDA, *Farmer’s Use of Marketing and Production Contracts*, Report No: AER-747, USDA, Washington DC. 1996; Roger Clapp, “The Moral Economy of the Contract.” In Peter D. Little and Michael J. Watts, eds., *Living under Contract: Contract Farming and Agrarian Transformation in Sub-Saharan Africa*, University of Wisconsin Press, Madison, 1994; Ayrıca bkz. Kirsten ve Sartorius, *a. g. e.*, s.504; Edelman, *a. g. e.*, s. 97; Eaton ve Shephard, *a. g. e.*, s. 8-15.

¹² Kirsten ve Sartorius, *a. g. e.*, s. 508.

¹³ Eaton ve Shephard, *a. g. e.*, s. 2.

¹⁴ Bkz. Rehber, *a. g. e.*, s. 7.

üreticinin istediği zirai ilaçları seçtiği zamanlarda kullanmak ve tüm üretimini de önceden belirlenmiş fiyatlar ile alıcıya teslim etmek zorundadır. Üreticiye yaptığı üretim için bir ödemede bulunulur ve alıcı üretim maliyetlerinin belirli bir kısmını karşılar. Ayrıca sözleşmeye bağlı olarak üretici, alıcı tarafından sağlanan çeşitli girdileri ve teknik yardımı alır. Her iki sözleşme biçiminde de üretici alıcıların istediği kalite gereksinimini sağlamak zorundadır.¹⁵

İşleyici şirketler için sözleşmeli tarım, üretim sürecinin denetimini, kalite ve zamanlamayı garanti eder ve şirketlere piyasa değişimlerine karşı tepki vermelerini sağlayarak daha büyük genişleme ve çeşitlendirme olanağı sağlar. Bunun yanında emek anlaşmazlıklarını engelleyerek işlem maliyetlerini azaltır.¹⁶ Şirketler toprağa yatırım yapmak zorunda değillerdir ve aynı zamanda üretimde mevsimsel koşullardan ortaya çıkacak risk ve maliyetleri de üreticilere yüklemektedirler.¹⁷ Çiftçiler, üretim araçlarının sahibi olduklarından, kiralanmış emekten daha etkin ve verimlidirler. Ayrıca bu yolla farklı üreticilerin farklı girdi ve üretim biçimi kullanmalarıyla oluşan kalite standartlarının farklılaşması riski de azaltılır.¹⁸ İşleme firmaları büyük ölçekli ve düşük riske sahip üreticiler ile sözleşme imzalamak isterler.¹⁹ Sözleşmeli tarım firmaları üretilen ürünler için kendi stoklama tesisleri, uzun mesafeli taşımayı sağlayacak olanakları, özel ürün üretimi hakkında gerekli mekanizasyon bilgisi ile sulama imkanları olan üreticileri aramaktadırlar ve ancak büyük ölçekte üreticilerin bu gereksinimleri karşılayabilecekleri bilinmektedir.²⁰ Ölçek küçüldükçe çokuluslu tarım firmaları bir takım güçlüklerle karşılaşmakta bunu telafi etmek için sözleşmelere koyduğu şartları çiftçiler aleyhine ağırlaştırma eğiliminde olmaktadır.²¹ Bunun sonucunda kaçınılmaz olarak ölçek büyüye-

¹⁵ Echonava ve Steffen, *a. g. e.*, s. 171.

¹⁶ Fred Kirschenmann ve diğerleri, "Why Worry About the Agriculture of the Middle?", <http://www.agofthemiddle.org/papers/whitepaper2.pdf>, 21.08.2009.

¹⁷ Dolan, C. "The 'Good Wife': Struggles over Resources in the Kenyan Horticultural Sector", *The Journal of Development Studies*, Vol. 37, No. 3, February 2001, s. 41.

¹⁸ Dolan, *a. g. e.*, s. 44.

¹⁹ Echanava ve Steffen, *a. g. e.*, s. 172.

²⁰ Edelman, *a. g. e.*, s. 103.

²¹ Bkz. Anthony Winson, "Capitalist Coordination of Agriculture: Food Processing Firms and Farming in Central Canada", *Rural Sociology*, Vol. 55, No. 3, Fall 1990, s. 387.

cek, çiftlik sayısı azalacak ve özellikle orta ve küçük ölçekli çiftlikler kaybolacaktır.

2. Türkiye ve Sözleşmeli Tarım

Uluslararası tarım politikalarındaki bu yönelimi ülke tarımına hakim kılmak amacıyla 18.04.2006 tarih ve 5488 sayılı Tarım Kanunu kabul edildi. Tarım Kanunu'na ilişkin hazırlanan genel gerekçede, bu kanunun çıkarılmasında Dünya Ticaret Örgütü'nün ve Avrupa Birliği'ne uyum sürecinin etkilerine vurgu yapılmaktadır. Bu kapsamda "tarım sektörü ve kırsal kesimin geliştirilerek rekabetçi bir yapıya kavuşturulması" ihtiyacı yasanın çıkarılmasında başlıca etken olarak gösterilmektedir. Tarım Kanununun tarım konusunda gelişmiş ülkelerin yürürlüğe koyduğu kanunlara uyum sağlamak amacıyla çıkarıldığı gerekçeden anlaşılmakta, burada tarım ürünleri ticaretindeki liberalizasyon ve sektördeki rekabetçi ortamın etkilerine değinilmektedir. Türk tarımının yeterli rekabet gücüne kavuşturulması için öngörülen tedbirlerin başında ise bazı hizmetlerin özel sektöre devredilmesinin gösterilmesi sürpriz değil. Bunun yanı sıra tarım danışmanlığı sistemi ve tabii ki sözleşmeli tarım yer almakta. Tasarıda yer alan politikalarla, piyasaların güçlendirilmesi, verimliliğin artırılması, doğal ve biyolojik kaynakların korunması, gıda güvencesi ve güvenliğinin güçlendirilmesi, üretici örgütlerinin ve kırsal kalkınmanın geliştirilerek tarım sektöründeki refah düzeyinin yükseltilmesi, tarımsal bilgi ve teknolojilerin yurt içinde geliştirilmesi, biyolojik çeşitliliğin, genetik kaynakların ve eko sistemlerin korunması, kırsal alanda tarım ve tarım dışı istihdamın geliştirilmesi, kadın ve genç nüfusun eğitim ve girişimcilik düzeyinin yükseltilmesinin hedeflendiğinin belirtilmesi bu yöndeki uluslararası deneye bakınca göz boyamadan öteye gitmiyor.²² Aynı hedefler yasanın dördüncü maddesinde tarım politikalarının amaçları olarak da dile getiriliyor.

Tarım politikalarının ilkelerine değinen 5. maddenin gerekçesinde, önümüzdeki dönemde Devletin kural koyucu, politika belirleyici ve denetleyici rolünün artırılması gerektiği tespiti yapılıyor. Temel politika ise, "tarımsal hizmetlerde de devletin üretim, işleme, pazarlama gibi

²² Kanunun gerekçesi ile komisyon raporları için bkz.

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1052m.htm>, 18.09.2009.

faaliyetlerden süreç içerisinde geriye çekilmesi, buna karşılık bu faaliyetlerde özel sektörün rolünün artırılması.” Kanun’un 5. maddesine baktığımızda da tarımsal üretim ve kalkınmada bütüncül yaklaşım, uluslararası taahhütlere uyum, piyasa mekanizmalarını bozmayacak destekleme araçlarının kullanımı, örgütlülük ve kurumsallaşma, özel sektörün rolünün artırılması, sürdürülebilirlik, insan sağlığı ve çevreye duyarlılık, yerinden yönetim, katılımcılık, şeffaflık ve bilgilendirmek gibi ilkelerin tarım politikalarına yön vereceğini görmekteyiz. Bu ilkeler geçince öncelik verilecek konular ise yasanın 6. maddesinde dile getiriliyor. Bunlar arasında, tarımsal üretimde verimlilik, ürün çeşitliliği, kalite ve rekabet gücünün yükseltilmesi, yeterli ve güvenilir gıda arzının sağlanması, tarımsal işletmelerin altyapılarının geliştirilmesi, tarımsal faaliyetlerde bilgi ve uygun teknolojilerin kullanımının yaygınlaştırılması, tarımsal girdi ve ürün piyasalarının geliştirilmesi, üretim-pazar ve tarım-sanayi entegrasyonunun sağlanması, sektörün kredi ve finansman ihtiyacının karşılanmasına ilişkin düzenlemeler yapılması, destekleme ve yönlendirme tedbirlerinin alınması, kırsal hayatın sosyo-ekonomik açıdan geliştirilmesi, Avrupa Birliğine uyum sürecindeki gelişmelerden doğacak ihtiyaçları karşılayabilecek şekilde ortak piyasa düzenlerinin öngördüğü, idarî ve hukukî düzenlemelerin yapılması gibi öncelikli konular sözleşmeli tarım uygulamaları ile doğrudan ilgili.

Tüm bu politikaların ve ilkelerin düğümlendiği noktayı ise sözleşmeli tarım ilişkilerinin yaygınlaştırması oluşturuyor. Yasanın tanımlar başlıklı 3. maddesine baktığımızda sözleşmeli tarımın değil sözleşmeli üretimin tanımlandığını görmekteyiz. Buna göre sözleşmeli üretim, üretici ve yetiştiriciler ile diğer gerçek ve tüzel kişilerin karşılıklı menfaat esaslarına dayalı yazılı akitlerle yürütülen tarımsal üretim şeklini tarif etmektedir. Aynı madde tarımı, “*doğal kaynakları uygun girdilerle birlikte kullanarak yapılan her türlü üretim, yetiştirme, işleme ve pazarlama faaliyetleri*” olarak tanımlıyor. Dolayısıyla yasanın düzenlediği sözleşme ilişkilerinin tarımın işleme ve pazarlama faaliyetlerini kapsadığı sonucunu çıkarabiliriz. Kanun’un yine 3. maddesine göre, tarımsal üretim, toprak, su ve biyolojik kaynaklar ile birlikte tarımsal girdiler kullanılarak yapılan bitkisel, hayvansal, su ürünleri, mikroorganizma ve enerji üretimini tanımlamaktadır. Dolayısıyla sözleşmeli üretimin konusu bitkisel, hayvansal ürünler, su ürünleri ve mikroorganizmalar olabileceği gibi enerji de olabilecektir. Tarım Kanunu’nun ve bu

kanuna dayanılarak çıkarılan sözleşmeli tarıma ilişkin düzenleyici işlemlerin daha çok yukarıda değindiğimiz üretim sözleşmesi tipini esas aldığımızı söyleyebiliriz.

Kanun'un konuyla ilgili 13. maddesi de sözleşmeli üretimi düzenlemekte olup Tarım Bakanlığı'nun bu konudaki işlevini dile getiriyor: *"Bakanlık, tarım sektöründe sözleşmeli üretimin geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması için gerekli düzenlemeleri yapar. Sözleşmeli üretimi özendirmek üzere üreticilere, bu Kanunla belirtilen desteklerin verilmesinde öncelik tanınır."* Kanun'un 24. maddesi ise, yasanın uygulanması ile ilgili esas ve usûlleri belirleyen yönetmeliklerin, yasanın yürürlüğe girmesini müteakip bir yıl içerisinde yürürlüğe konulması gerektiğini belirtmiştir.

3. Sözleşmeli Tarım ve Sözleşme Özgürlüğü

Anayasa'nın 44. maddesine göre, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek devletin pozitif yükümlülüğüdür. Anayasa'nın 45. maddesine göre ise devlet, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak amacıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırma, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alma sorumluluğunu taşımaktadır.

Anayasa'nın 166. maddesi, tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızlı gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak ve bu amaçla gerekli teşkilâtı kurmanın devletin görevi olduğunu belirttiikten sonra, planlamaya ilişkin temel esasları göstermiştir: *"Planda millî tasarrufu ve üretimi artırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülür; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilir; kaynakların verimli şekilde kullanılması hedef alınır. Kalkınma girişimleri, bu plana göre gerçekleştirilir."* Anayasa'nın 167. maddesinde ise, devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almasını yine bir pozitif yükümlülük olarak göstermiştir.

Bu anayasal ilkelerde herhangi bir değişiklik yapılmadan yeni bir tarım rejimine geçişin hukuksal alt yapısı oluşturulmaya başlan-

dı. 03.01.2002 tarih ve 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz Ve Alkol İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Yeniden Yapılandırılması İle Tütün Ve Tütün Mamullerinin Üretimine, İç ve Dış Alım ve Satımına, 4046 sayılı Kanun'da ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun bu sürecin ilk adımı kabul edilebilir. Bununla birlikte bu yeni tarım rejiminin en önemli bileşeni olan sözleşmeli tarım Türkiye'de asıl olarak 5488 sayılı Tarım Kanunu'nun 13. maddesine dayanılarak hazırlanan Sözleşmeli Üretim ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile düzenlendi. Bu Yönetmelik ile tarımsal üretim yapan üretici ve yetiştiriciler ya da temsil yetkisine sahip üretici örgütleri ile bunların ürünlerini satın alan gerçek ve tüzel kişiler arasında akdedilen "*Tarımsal Üretim Sözleşmesi*" ile ilgili usul ve esaslar belirlenmektedir. Yönetmeliğin 1. maddesinde sözleşmeli üretimin belirli usûl ve esaslar çerçevesinde düzenlenmesiyle verim ve kalitenin artırılması, tarımda sürdürülebilirliğin sağlanması, standartlara uygun ürün elde edilmesi, planlı üretim yapılması, yeni üretim teknikleri konusunda bilgi aktarılması ve özendirici olunmasının amaçlandığı dile getiriliyor.

Tarım Kanunu'nun sadece sözleşmeli üretimi tanımlamasına karşın Yönetmelik tarımsal üretim sözleşmesini de tanımlamaktadır. Ancak bu haliyle "*tarımsal üretim sözleşmesi*"ni tipik sözleşme olarak değerlendirmek mümkün değil. Bilindiği gibi Borçlar Kanunu'nun "*Akadin Muhtelif Nevileri*" başlıklı kısmında ya da diğer yasalarda düzenlenmiş isimli ya da tipik olarak nitelendirilen sözleşmelerden farklı sözleşmeler atipik olarak adlandırılır. İsmi yasada yer alsa bile hükümleri yasada düzenlenmeyen sözleşmeler de bu niteliktedir. Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendine göre tarımsal üretim sözleşmesi, sözleşmeli üretime konu olan ürünün cinsi, miktarı, fiyatı, üretim şekli, teslim tarihi gibi hususları içeren ve bu Yönetmelik esaslarına göre düzenlenen taraflar arasındaki sözleşmeyi ifade etmektedir. Yönetmelik ile sözleşmeli üretime yönelik bütün sözleşmelerin bu Yönetmelik esaslarına uygun olarak hazırlanması zorunluluğu getirilmektedir. Ayrıca sözleşmede, ilgili ürün mevzuatı ile bu Yönetmeliğe aykırı hükümlere yer verilemeyeceği de düzenlenmiştir.

Sözleşmeli üretim yapılacak işletmenin "*Çiftçi Kayıt Sistemi*"ne kayıtlı olma şartı aranmaktadır. Çiftçi Kayıt Sistemi Bakanlık tarafından oluşturulan, çiftçilerin kayıt altına alındığı tarımsal veri tabanını ifade etmektedir. Yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasında üretici ile alı-

cının aynı maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen tüm bilgi ve hükümleri içeren bir sözleşme imzalayacakları ve sözleşmenin, bir nüshası üreticide, bir nüshası alıcıda ve bir nüshası da Bakanlık il/ilçe müdürlüğünde kalacak şekilde üç nüsha halinde düzenleneceği belirtilmiş. Sözleşmede bulunması zorunlu olan hükümler ise Yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrasında sayılmıştır.

Bilindiği gibi Anayasa'nın 48. maddesi akit serbestisini düzenlemektedir. Buna göre, "*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir*". Genel olarak akdi yapıp yapmama, dilediği kişi ile akit yapma ve akdin içeriğini ve şeklini belirleyebilme konusundaki serbestiyi içeren bu ilkenin sözü edilen yönetmelikle aşılma istendiğini söyleyebiliriz. Çiftçi Kayıt Sistemine kayıtlı olmayan işletme sahipleri ile sözleşmenin yapılamayacağına ilişkin hükmün akit yapma serbestisine bir müdahale olduğu açıktır. Yine Yönetmeliğin sözü edilen sözleşmeler için yazılı şekil şartı öngörmesi de akit serbestisi ilkesi içerisinde düşünülen şekil serbestisine aykırılık oluşturmaktadır. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 11. maddesine göre şekil şartı ancak kanunla getirilebilir. Yine Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinin 2. fıkrası akit serbestisinin genel sınırlarını göstermektedir. Buna göre: "*Kanunun kat'î surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet, ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara muğayir bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.*" Yönetmeliğin 5. maddesinin 3. fıkrasına göre sözleşmeli üretime yönelik bütün sözleşmelerin bu Yönetmelik esaslarına uygun olarak hazırlanması zorunludur. Aynı maddenin 4. fıkrasında belirtilen hükümlerin sözleşmede yer almasının zorunlu tutulmasının akdin muhtevasını belirleme konusundaki serbestiyi hukuka aykırı biçimde kısıtladığı açıktır. Bilindiği gibi temel hak ve özgürlükleri sınırlayan hükümlerin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları taşıması bir yana sarih olması ve dar yorum metoduna tabi bulunması, özgürlükler hukukunun temel ilkelerinden biridir. Her ne kadar Tarım Kanunu'nun 24. maddesi, yasanın uygulanması ile ilgili esas ve usûlleri belirleyen yönetmeliklerin, yasanın yürürlüğe girmesini müteakip bir yıl içerisinde yürürlüğe konulması gerektiğini belirtmiş ise de bu konuda Bakanlığa verilen yetkinin temel hak ve özgürlükleri de sınırlayabilme yetkisini içerdiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim sözü edilen ilke yanında yetkilerin istisna olması ve dar yorumlanması da idare hukukunun temel ilkelerinden biridir.

4. Sözleşmeli Tarımın Politik Hukuku

Hukuk dogmatığının söyledikleri bunlarla sınırlı değil. Bununla birlikte buraya kadar yapılan açıklamalar sonrasında Yönetmeliğin özellikle 5. maddesindeki düzenlemelerle tarımsal üretim üzerinde sermayenin tam bir kontrolünün amaçlandığını görmek de artık şaşırıcı değil. Bowles ve Gintis, kapitalizmi, kaynakların dağıtılıp gelirlerin bölüşülmesini öngören bir sistem olmaktan ziyade bir yönetim sistemi olarak tarif etmenin yararlarından söz eder.²³ Bu kapitalizm tarifine paralel olarak tarımsal üretim üzerindeki gözetim, denetim ve yönetimin bir sınıf aleyhine kurumsallaştırılmasına ilişkin düzenlemelerin sözü edilen madde içeriğinde yer aldığını öne süreceğiz.

Gerçekten Yönetmeliğin 5. maddesinin 4. fıkrasının (ç) bendine göre 8/9/2006 tarihli ve 26283 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan "*Tarımsal Yayımlar ve Danışmanlık Hizmetlerinin Düzenlenmesine Dair Yönetmelik*" çerçevesinde sertifikalandırılmış ve alıcı tarafından tayin edilmiş olan kişilerin veya alıcının, üretim yerlerini üretimin her safhasında kontrol yetkisinin bulunduğu sözleşmede belirtilmesi gerekmektedir. 5488 sayılı Tarım Kanunu'nun 9. maddesine dayanılarak sözü edilen Yönetmelik yürürlüğe konulmuş ve bununla tarımsal yayımlar ve danışmanlık hizmetlerinin yürütülmesi, bu hizmetleri yürütecek gerçek ve tüzel kişilerin yetki ve sorumlulukları ile bunların sertifikalandırılması düzenlenmiş. Kamu hizmeti olarak yürütülen faaliyetlerde daha yoğun ticarileşme anlamını taşıyan bu yönetmelik ile sertifikalandırılan gerçek ve tüzel kişilerin yönetmelikte belirtilen yetki ve görevlerini kötüye kullanmaları halinde onlar üzerinde uygulanacak yaptırımlar da düzenleme konusu yapılıyor. Ancak alıcı şirketlerin bu tür kişilerle kontrol faaliyetlerini yapmaktansa bizzat kendilerinin üreticileri kontrol altında tutacağını söylemek, dünya çapındaki uygulamalar da dikkate alındığında daha gerçekçi görünüyor.

Yönetmeliğin aynı maddesinin (f) bendine göre sözleşmede, alıcı tarafından sözleşme karşılığı yapılan üretim faaliyetleri ile ilgili her türlü girdi ve nakdi avansın bu sözleşmeli üretimin yapılacağı yerin dışında kullanılamayacağını da sözleşmede yer alması gerekiyor. Bu sayede sadece ürün değil aynı zamanda üretim süreci de girdi ve fi-

²³ Samuel Bowles ve Herbert Gintis, *Demokrasi ve Kapitalizm, Mülkiyet, Cemaat ve Modern Toplumsal Düşüncenin Çelişkileri*, çev. Osman Akinhay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1996, s. 19-20.

nans anlamında alıcının denetimine sokulmak isteniyor. Bunun gibi sözleşmede, ürünün belirtilen üretim yeri dışındaki başka bir yerde üretilmiş ürünlerle karıştırılmayacağını, üretimin yapılacağı yer, var ise ürüne ait Türk Standartları Enstitüsü standardı veya Türk Gıda Kodeksi veya alıcı tarafından belirlenen kalite normlarının belirtilmesinin gerektiğine ilişkin izleyen bentlerdeki hükümlerin piyasa istencine göre üretimin şekil ve standardının belirlenmesi amacıyla üreticiyi alıcının denetimine tabi kılan bir politikayı amaçladığı açık. Aynı amaç doğrultusunda, üretim için kullanılacak yöntemlerle ilgili olarak hazırlanan ek teknik şartname kapsamında ürünün yetiştirilmesi ile ilgili faaliyetlerin plan ve bilgilerinin sözleşmede yer alması gereği Yönetmeliğin (p) bendinde belirtilmiş. Bunun gibi (r) bendi uyarınca, sözleşme kapsamında, ürüne ve üretim yöntemlerine ait teknik hususların; ürünün ve üretimde kullanılacak hammadde ve malzemelerin kalite ve standartlarının, üretimde uygulanacak yöntemlerin, hastalıklar, zararlılar, yabancı otlar ve bu etmenlerin yol açtığı salgınlara karşı mücadele ve tedbir planlarının, üretim izleme kriterlerinin, üretim faaliyetlerinin üretici tarafından alıcıya rapor edilmesini düzenleyen ek bir teknik şartname yapılması gereği dile getirilerek bu hususların alıcı ve üretici tarafından belirlendiğinin de sözleşmede yer alması gerektiği dile getirilmiştir.

Yönetmeliğin belki de en dikkati çeken hükümlerinden biri de, kapitalist sistemin aynı zamanda bir yönetim sistemi olduğunu gözümüze sokarcasına gösteren, 4. fıkranın (ş) bendinde yer almaktadır. Buna göre, *“Üreticinin ve alıcının, sözleşmenin hüküm ve şartları ile sözleşmeye ek teşkil eden her türlü belgeyi her ne şekilde olursa olsun herhangi bir üçüncü şahsa vermeyeceğinin”* sözleşmede yer alması zorunludur. Piyasaya ait tüm bilgilerin alenileşmesinin kapitalizm ile ne derece uyumlu olduğu konusunu gündeme getirmesinden öte, bu hükümle öngörülen bilgi asimetrisi, emek ile sermaye arasındaki mücadelede hukukun ve norm koyucunun hangi tarafta olduğuna ilişkin dolaylı bir açıklama niteliğini taşıyor: Alıcının binlerce üretici ile yaptığı sözleşme nedeniyle piyasanın bilgisine sahip olması bunun yanında üreticinin komşu işletme sahibinin hangi koşullarda sözleşme yaptığını bilememesi. Oysa liberal iktisadi yaklaşımda oluşturulan tüm modeller piyasada üzerinde aktörlerin tam bilgiye sahip olması üzerine kuruludur. Bu tartışmanın ucu bilgi- iktidar ilişkisi bağlamından piyasanın oluşumuna dair neo-liberal paradigmanın eleştirisine kadar takip edilebilir. Ta-

rımdaki emek sürecinin değişimini öngören sözleşmeli tarım politikalarının üreticilerin süreç üzerindeki denetimini asgari düzeye indirgesinin yanı sıra bizatihi üretim üzerindeki karar verme ve uygulama aşamalarını da birbirinden ayırıyor: Tarımdaki üreticiler giderek kapitalist emek sürecinin edilgen bir bileşeni haline geliyor.

Tarım Kanunu'nun gerekçesinde temel politika olarak dile getirilen, "tarımsal hizmetlerde de devletin üretim, işleme, pazarlama gibi faaliyetlerden süreç içerisinde geriye çekilmesi, buna karşılık bu faaliyetlerde özel sektörün rolünün artırılması" bir yandan neo liberalizmin politik cingılı haline gelen deregülasyona diğer yandan da yeni sınıfsal ilişkilere işaret ediyor. Tarımsal üretimin üretici ile çokuluslu şirketler arasındaki sözleşme ilişkilerine terk edilmesi bu alanda özel hukuku otorite katna yükseltirken üretici ile şirketlerin iradesini biçimsel eşitlik kategorisinde denkleştiriyor. Oysa başlangıçta ve koşullarda eşitlik olmazsa biçimsel eşitlik sonuçlarda eşitsizliği garanti ediyor. İradelerin uyuşması basit hukuksal ilişkiyi değil yeni bir tarımsal üretim tarzını, yani bir hegemonya modelini işaret ediyor. Marx ve Engels'in Alman İdeoloji'sinde belirttiği gibi, özel hukukta, mevcut olan mülkiyet ilişkileri genel bir iradenin sonucu gibi açıklanır:

Jus utendi et abutendi'nin (kullanma ve kötüye kullanma hakkı) kendisi her şey bir yana özel mülkiyetin kendisinin yalnız özel iradeye, nesnelere serbestçe yararlanılmasına dayandığı kuruntusunu ifade eder. Pratikte, *abuti*'nin (kötüye kullanma) özel mülk sahibi için, eğer kendi mülkünü ve onunla birlikte *Jus abutendi*'sini (kötüye kullanma hakkı) başkalarının ellerine geçmiş görmek istemiyorsa, çok belirli iktisadi sınırları vardır; çünkü kısaca, yalnız kendi iradesi ile ilişkileri içinde ele alınan şey, hiçbir şey değildir, ama o şey, yalnız ticarete ve hukuktan bağımsız olarak bir şey haline, gerçek bir mülkiyet haline (bir ilişki haline, filozofların fikir [idea] dedikleri şey haline) gelir. Hukuku salt iradeye indirgeyen bu hukuksal yanılsama, mülkiyet ilişkilerinin gelişmesi sonucunda, kaçınılmaz olarak, herhangi bir kimsenin bir şeyi gerçekten elinde bulundurmaksızın hukuken o şeyin sahiplik unvanına malik olması sonucuna varır. Sözgelimi, diyelim ki, bir toprağın rantı rekabet dolayısıyla kaldırılmış olsun, bu arazinin sahibi, pekâlâ hukuksal unvanını olduğu gibi, onun *Jus utendi et abutendi*'sini de muhafaza eder. Ama onu hiçbir şey yapamaz, eğer toprağını mu-

hafaza etmek için fazladan, yeter miktarda sermayeye sahip olamazsa, toprak sahibi olarak eline hiçbir şey geçmez.²⁴

Alman İdeolojisi'ndeki arazi sahibi gibi sözleşmeli üretimdeki üretici de gerçekten mülk sahibi olsa da hukuksal ünvanını olduğu gibi *Jus utendi et abutendi*'sini muhafaza etse de onu hiçbir şey yapamaz. Piyasanın gizli elinin zorlamasıyla girdiği sözleşme ilişkisi onu işçi sınıfının yanına iter. Üretim sürecine yabancılaşması artık bir işçininkiyle kıyaslanabilir. Üretici ve çok uluslu şirketlerin kendi aralarında sözleşme ilişkilerine girişmeleri hukukçular için salt bir olumsuzluk gibi görülse de ve bu çeşit ilişkiler, onların gözünde isteğe göre girişilebilir ya da girişilmeyebilir ilişkiler olarak ve içeriği tamamen sözleşmeyi yapanların keyfi ve kişisel iradelerine dayanan ilişkiler olarak kabul edilse de biz bu yanılısamaya hukuka bakış açımız nedeniyle katılmıyoruz.

Tarımsal üretim sürecinin karar mekanizmalarından sermaye lehine çekilen üretici üzerinde kurulan gözetim ve kontrol mekanizmaları aynı zamanda bir sınıfın diğer sınıflar üzerindeki hegemonyasını sürdürme aracı işlevi görür. Tam da Bentham'ın *panopticon*'undaki mahkum gibidir artık üretici; görülmektedir ama görememektedir. Emek sürecinin denetimi ve bilgi asimetrisi yoluyla tarım ve gıda piyasasının bu şekilde yeniden düzenlenmesi devlet ve hukukun işlevsel yönüne dikkati çekmektedir.

SONUÇ

Sözleşmeli Üretim ile İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile düzenlenen sözleşmeli üretim, tam anlamıyla, üreticiyi alıcı şirketin egemenliği altında bırakmaktadır. Üretim sözleşmelerinde, alıcı üretim süreci üstündeki kararlarda söz sahibidir ve üretici ürettiği ürünün sahibi değildir. Üretici alıcı firmaların teknik personelinin belirttiği üretimle ilgili kuralları takip etmek ve uygulamak, alıcının seçmiş olduğu ya da verdiği tohumu, üreticinin istediği zirai ilaçları seçtiği zamanlarda kullanmak ve tüm üretimini de önceden belirlenmiş fiyatlar ile alıcıya teslim etmek zorundadır ve bu durum yönetmelik ile garanti altına alınmaktadır. Üretici yaptığı sözleşme ile alıcıların istediği kalite gereksinimini sağlamak zorunda kalmaktadır ve hasta-

²⁴ Karl Marx ve Friedrich Engels, *Alman İdeolojisi (Feuerbach)*, çev. Sevim Belli, Sol Yayınları, 3. Ankara 1992, s. 108-109.

lık, kuraklık gibi doğal nedenler nedeniyle meydana gelen her hangi bir olumsuz durumda, sözleşmede yükümlülük altına girdiği kaliteyi sağlayamadığı takdirde ürünü alıp almama konusunda tek karar verici olan şirket iradesine teslim olmaktadır. Ayrıca üretici üretim araçlarının sahibi olmasına karşın üretim üzerinde hiçbir kontrol olanağına sahip değildir ve alıcı yaptığı sözleşme ile tüm riskleri üreticinin üzerine yüklerken kendi kalite, fiyat ve miktarını güvence altına almaktadır.

Görüleceği üzere devletin düzenleyici rolünü bırakarak piyasalardan çekilmesiyle, tarımsal üretimin kontrolü yeniden düzenlenmektedir. Sözleşmeli tarımda üretici otonomi ve bağımsızlığını yitirmekte ve yalnızca basit mülkiyet haklarına sahip olmaktadır. Sözleşmeli tarım ile tarımsal üretimi ilgilendiren kararlar, şirket çıkarları maksimize edilecek şekilde verilmekte ve şirketlerin sürdürülebilirliği çiftlik, arazi ya da kırsal toplumun gereksinimlerinin ötesine geçmektedir.²⁵

Sözleşmeli tarım, çiftçi ile alıcı şirket arasında belli bir ürünün üretim, fiyat, kalite ve teslim koşullarını belirtmektedir. Alıcı şirket üretimin tüm aşamalarını kontrol edip gerektiği takdirde kontrolörlerinin yaptığı denetim ile üretim sürecine müdahale edebilmektedir. Çiftçinin en büyük sorunu belirsiz fiyat olduğundan, fiyatın önceden belirlenmesi çiftçinin riskini azaltabilmektedir. Ancak fiyat belirlenme sürecinin hangi koşullar altında olduğu burada önem kazanmaktadır. Piyasa gücüne sahip olan alıcının düşük fiyat belirleme olasılığı çok yüksektir. Az sayıda şirketin coğrafi olarak egemen olduğu bölgelerde azalan rekabet ise çiftçilerin farklı şirketler ile sözleşme sağlamasını zorlaştıracak ve şirket tarafından verilen fiyatları kabul etmeye zorlanabileceklerdir. Ayrıca girdilerin alıcı tarafından karşılandığı sözleşme biçiminde, girdiler avans niteliğinde çiftçiye verildiğinden gerek girdilerin gerek ürünün fiyatının piyasa fiyatları dışında belirlenmesi de muhtemeldir. Öteki ülke örnekleri ele alındığında, alıcı şirket kullanılan girdilerin belli şirketler tarafından sağlanmasını da koşul olarak çiftçiden isteyebilir. Ya da yatay bütünleşmeyi sağlamış bir şirket alıcı olduğu takdirde kendi girdilerinin kullanılmasını koşul olarak isteyebilir. Her iki durumda da çiftçinin piyasa ile olan bağlantısı sekteye uğramaktadır. Bu durumda sözleşmeli üretimin amaçlarından biri olan piyasaların güçlendirilmesi, çiftçi için bir anlam ifade etmeyecek-

²⁵ Bkz. Edelman, *a. g. e.*, s. 97, Kirschenman, *a. g. e.*, s. 14.

tir çünkü çiftçi ürünün sahibi olmadığı gibi fiyat belirlenme süreci içine de dahil edilmemekte bir anlamda tüm üretim riskini üstlenmesine rağmen emeğini kiralamakta ve üretim araçlarına sahip olmasına rağmen proleterleşmektedir.

Verimlilik özellikle tarla bitkilerinde birim alan başına elde edilen ürün miktarı olarak tanımlanmaktadır. Kullanılan kimyevi gübreler toprağın besleme niteliğini artırarak daha yüksek verim alınmasını sağlar. Aynı zamanda kullanılan yüksek verimli tohum çeşitleri ve zirai ilaçlarda verimliliği artıran önemli etkenlerdir. Ancak yoğun ilaçlama ve gübre kullanımının hem üretim yapılan arazi hem de dolaylı olarak çevre şartları üzerinde olumsuz etkileri bulunmaktadır. Sınırlı zaman içerisinde elde edilen yüksek verim, üretimin yapıldığı araziyi genelde tüketmekte ve sonraki zamanda arazinin kullanım değeri azalmaktadır. Alıcı şirket için bu tür kaygılar önemsiz olabilir zira kar güdüsü nedeniyle birim araziden en yüksek verimi elde etmek isteyen şirket, toprak ve çevre kirlenip verimsizleştikçe, toprağın sahibi olmadığı için farklı coğrafi bölgelerde farklı çiftçiler ile çalışmaya devam edebilecektir.

Verimlilikle ilgili bir başka sorun sözleşmeli üretim yaptıran şirketlerin gerek kalite gerek miktarın denetiminin kolaylığı nedeniyle büyük çiftçiler ile çalışmayı tercih etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu süreç küçük çiftçiliğin yok olmasına neden olabilecek, arazisiz kalan ya da ürettiğini pazarlayamayan küçük çiftçiler sektörü bırakabilecektir. Büyük çiftçilerin tercih edilmesi endüstriyel üretime geçişi tarımda sağladığından cinsiyet farklılıkları önem kazanacak ve kadın işçiler sektör dışına atılabilecektir. Ayrıca tarımdan koparılan nüfusun diğer endüstri merkezlerine göçü sosyal yapıda önemli sorunlara da neden olabilecektir. Sözleşmeli tarım genellikle pazarlanabilen ürünlerin üretimine yoğunlaşacak ve neden olduğu uzmanlaşmanın ise, gıda güvenliği üzerinde önemli etkileri olacaktır. Zira şirketler için elde edecekleri kar daha önemlidir; gıda güvenliği ve ürün çeşitliliği değil.

Kapitalist denetim ve yönetimin, üretim ilişkilerinin yeniden üretilmesindeki kritik rolünü sadece bizler değil büyük tarım ve gıda şirketleri de biliyor. Uluslararası kuruluşlar ve hükümetler üzerindeki nüfuzları özel çıkarlarını parlamentolarda ve kamuoyunda kamusal yarar olarak sunmalarını kolaylaştırıyor. Bu aşamada Türkiye'nin 30 tarım havzasına ayrılarak tarımsal desteklerin her havza için belirle-

nen ürünler dikkate alınarak verilmesini öngören 2009/15173 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı²⁶ sürecin sadece küçük bir adımını oluşturuyor. Bir sonraki adım ise Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın adının Tarım ve Gıda Bakanlığı olarak değiştirilmesi, sözü edilen şirketlerin genel işlerini yürütmek üzere yetki ve görevlerinin yeniden tanımlanması.

KAYNAKLAR

- Althusser, Louis, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, Çev. Alp Temurtekin, İthaki Yayınları, İstanbul 2003.
- Boehlje, Michael and Doering, Otto, "Farm Policy in an Industrialized Agriculture", *Journal of Agribusiness*, Vol.18, No.1, 2000, pp. 53-60.
- Bowles, Samuel/Gintis, Herbert, *Demokrasi ve Kapitalizm, Mülkiyet, Cemaat ve Modern Toplumsal Düşüncenin Çelişkileri*, çev. Osman Akınhay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1996.
- Clapp, Roger, "The Moral Economy of the Contract." In Peter D. Little and Michael J. Watts, eds., *Living under Contract: Contract Farming and Agrarian Transformation in Sub-Saharan Africa*, Madison: University of Wisconsin Pres, 1994, pp. 78-94.
- Dolan, C., "The 'Good Wife': Struggles over Resources in the Kenyan Horticultural Sector", *The Journal of Development Studies*, Vol. 37, No. 3, February 2001 , pp. 39-79.
- Eaton, Charles and Shephard, Andrew W. *Contract Farming Partnerships for Growth*, FAO Agricultural Services Bulletin, No.145, Rome 2001.
- Echanove, Flavia and Steffen, Christina, "Agribusiness and Farmers in Mexico:The Importance Of Contractual Relations" *The Geographical Journal*, Vol. 171, No. 2, 2005, pp.166-176.
- Edelman, Paul R., "Farm Characteristics of Contract Specialty Grain Producers", *Journal of Sustainable Agriculture*, Vol.29, No.1, 2006, pp. 95-117.
- Kirschenmann, Fred/Stevenson, Steve, Buttel, Fred; Lyson, Tom ve Duffy, Mike *Why Worry About the Agriculture of the Middle?* <http://www.agofthemiddle.org/papers/whitepaper2.pdf>, 21.08.2009
- Kirsten, J.F. and Sartorius, K., "Linking agribusiness and small-scale

²⁶ Bkz. 23.07.2009 tarih ve 27297 sayılı Resmi Gazete.

- farmers in developing countries. Is there a new role for contract farming", *Development Southern Africa*, Vol. 17, No. 4, October 2002, pp. 503-509.
- Marx, Karl ve Engels, Friedrich, *Alman İdeolojisi (Fouerbach)*, çev. Sevim Belli, Sol Yayınları, 3. baskı, Ankara 1992.
- Murphy, Sophia, "Concentrated Market Power and Agricultural Trade", *Ecofair Trade Dialogue Discussion Papers*, No.1, August 2006, <http://www.tradeobservatory.org/library.cfm?RefID=89014>, 10.09.2009.
- Poulantzas, Nicos, *Faşizm ve Diktatörlük*, çev. Ahmet İnsel, İstanbul, İletişim Yayınları, 2004.
- Rehber, Erkan, "Vertical Integration in Agriculture and Contract Farming", *Working Paper Series # 46*. A Joint USDA Land Grant University Research Project, Food Marketing Policy Center, University of Connecticut, 1998, <http://www.fmpc.uconn.edu>, 01.09.2009.
- USDA, *Farmer's Use of Marketing and Production Contracts*, Report No: AER-747, USDA, Washington DC. 1996
- Watts, M.J., "Life under contract: contract farming, agrarian restructuring, and flexible accumulation" In P. D. Little ve M. J. Watts, eds. *Living under contract: contract farming and agrarian transformation in sub-Saharan Africa*, University of Wisconsin Press, Madison 1994.
- Winson, Anthony, "Capitalist Coordination of Agriculture: Food Processing Firms and Farming in Central Canada", *Rural Sociology*, Vol. 55, No. 5, 1990, pp. 376-394.

BASIN KANUNU'NDA KİMLİK AÇIKLAMA YASAĞINA AYKIRILIK SUÇU

İhsan BAŞTÜRK*

GİRİŞ

İnsanı diğer canlılardan ayıran en önemli yönün düşünme yeteneği olduğu göz önüne alındığında, bu niteliğin ürünü olan düşüncesini açıklamak istemesi de doğaldır. TC Anayasası'nın 25. maddesinde "*düşünce ve kanaat hürriyeti*", 26. maddesinde ise "*düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" temel hak olarak güvence altına alınmış bulunmaktadır. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü denilince akla ilk gelen aracın ise "*basın*" olduğu kuşkusuzdur. Diğer taraftan basın özgürlüğünün gerçekleşmesi, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün gerçekleşmesi ile eş anlamlıdır. Deyim yerindeyse basın özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün hayata geçirilmesinin adeta bir ön şartıdır. Bu çalışmamızda demokratik toplum için "*vazgeçilmez*" olan basın özgürlüğüne ceza hukuku araçlarıyla yapılan müdahaleye örnek oluşturan bir normun uygulamasını inceleyecek ve basın özgürlüğü açısından da norma ilişkin değerlendirmelerimizi sunacağız.

I. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLANMASI

Basın özgürlüğünün taşıdığı önem nedeniyle anayasa koyucu, basın özgürlüğü ile bu özgürlüğün kullanımına ilişkin güvenceleri Anayasa'nın 28 ila 32. maddelerinde "*temel hak*" olarak teminat altına almıştır.¹ Bu güvencenin getirilmesinin yanında Anayasamızın 28/3.

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

¹ 1982 Anayasası'nın 28. maddesinde "*basın özgürlüğü*", 29. maddesinde "*sürelî ve süresiz yayın hakkı*", 30. maddesinde "*basın araçlarının korunması*", 31. maddesinde

maddesinde de “Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır” kuralı getirilerek belirtilen özgürlüklerin hayata geçirilmesi yönünden devlete “pozitif bir görev” yüklenmiştir. Basın Kanunu’nun 1. maddesinde de “Bu Kanunun amacı, basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemektir” hükmü ile basın özgürlüğüne verilen önem vurgulanmıştır.

Özellikle XIX. yüzyıldan başlayarak yaygın ve büyük tirajlara ulaşan gazeteciliğin ortaya çıkması ve basının kamuoyu oluşturma gücünün fark edilmesi ile birlikte bu unsurun kurallara bağlanması düşüncesinden hareketle “basın hukuku” doğmuştur.² Günümüzde, bir ülkede basın özgürlüğünü hayata geçirecek kuralların varlığı ve bu kuralların somut olarak uygulanması, ülkenin demokratik düzeyinin belirlenmesinde önemli bir referans oluşturmaktadır.³

Demokratik ülkelerde bu denli önem taşıması nedeniyle Anayasal düzeyde güvence altına alınmış olan basın ve haber alma özgür-

“kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı” 32. maddesinde ise “cevap ve düzeltme hakkı” temel hak olarak düzenlenerek Anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

² Basın hukukunun oluşumu ve basın özgürlüğü hakkında geniş bilgi için bkz. Sulhi Dönmezer: *Basın ve Hukuku, Giriş, Genel Prensipler, Basın Hürriyeti, İdari Rejim, Ceza Rejimi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, genişletilmiş ve yeniden gözden geçirilmiş dördüncü bası, İstanbul 1976 (Basın ve Hukuku). Basın hukukunun oluşumunun nedeni bir düşünceye göre, gazeteciliğin bir endüstri kolu haline gelmesi dolayısıyla iktisadi nedenlere bağlıdır, bir başka düşünceye göre ise asırlardan beri yapıla gelmiş olan siyasi idealist mücadelelerdir, bu düşünceler için bkz. Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s.37-38.

³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 24.09.2008 tarihli ve 2008/4-520 E.- 2008/571 K. sayılı kararında özetle; “...basın özgürlüğünün gerçekleşmesi demokratik hukuk devletine yüklenen önemli bir görev olarak göze çarpmaktadır. Demokratik yaşamın gelişmesinde, ulusal birliğin sağlanmasında, kamuoyunun sağlıklı bir biçimde oluşmasında, sosyal ve siyasal ilerlemede basının çok önemli bir fonksiyonunun bulunduğu açık ve kuşkuadan uzaktır. Kısaca, basın özgürlüğü, demokrasinin “olmazsa, olmaz” koşuludur...” diyerek, Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 20.03.2007 tarih ve 2007/4-65 E.-2007/70 K. sayılı kararında “...Demokratik toplumlar, temel hak ve özgürlüklere dayanan toplumdur. Bu tür toplumlarda Devletin görevi, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmektir. Temel hak ve özgürlükler arasında düşünce ve kanaati açıklama özgürlüğünün önemli bir yeri bulunmaktadır. Bu özgürlüğün kullanılabilmesinin en önemli yollarından birisi de basındır...” görüşüne yer vererek basın özgürlüğünün önemini vurgulamıştır [UYAP, yayınlanmamıştır]. Giritli’ye göre, her ülke layık olduğu kitle haberleşme araçlarına sahiptir, bu anlamda kitle haberleşme araçları toplumu aksettiren bir aynadır, bkz. İsmet Giritli: “Çağdaş Gazeteciliğin Bazı Sorunları”, *Onar Armağanı*, İstanbul 1977, s. 303-325.

lüklerinin “sorumsuz” şekilde kullanılamayacağı açıktır.⁴ Bu özgürlüğün kullanılmasının sınırı konusunda ise, Anayasa’nın 26. ve 27. maddeleri⁵ ile Basın Kanunu’nun 3. maddesi uygulanacaktır. Anayasa’nın 26/2. maddesinde bu özgürlüklerin kullanılmasının “milli güvenlik, kamu düzeni,⁶ kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği” belirtilmiştir. Basın Kanunu da 3/2. maddesinde benzer sınırlama nedenlerine yer vermiş ve Anayasa’nın 13. maddesine paralel bir şekilde “sınırlamanın demokratik bir toplumun gereklerine uygun olması gerektiği” ölçütünü somutlaştırmıştır.⁷

⁴ Giritli, s. 306-307.

⁵ Anayasa’nın 28/4. maddesine göre basın özgürlüğünün sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27. maddeleri hükümleri uygulanacaktır.

⁶ Doktrinde bir görüşe göre; “Kamu düzeni, temel hak ve özgürlüklerin yasalarla belirlenmesinde bir sınırdır. Gerek Anayasa’nın gerek özel yasaların koydukları dengeli kamu düzeni ilkelerine aykırı olan yayın, kişilerin bunlarla korunmuş haklarını halele uğrattığından sınırı aşar ve tecavüz oluşturur. Kamu düzeni kişi iradesiyle çatıştığında onu ortadan kaldırmır”. Bu görüş için bkz. Feridun Müderrisoğlu: “Anayasal Hak ve Özgürlüklerin ve Özellikle Basın Özgürlüğünün Kamu Davası ile Sınırlanması ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Düzeni”, *Onar Armağanı*, İstanbul 1977, s. 485-506.

⁷ Basın Kanunu’nun 3/2. maddesi “Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir” kuralına yer vermiştir. Bizce, bu düzenleme ile “sınırlandırmanın sınırı” hususunda Anayasa’nın 13. maddesine paralel şekilde getirilen ve Basın Kanunu’nda somut olarak ifade bulunan “demokratik bir toplumun gereklerine uygunluk” ölçütü basın özgürlüğünün özüne dokunulmaması açısından önemli bir ölçüt niteliği taşımakta olup, bu kapsamda yasa koyucuya ve normları yorumlayarak anlam yükleyen uygulayıcılara büyük görev düşmektedir. Doktrinde, 1982 Anayasası’nun düşünce açıklama ve düşünce yayma yöntemleri açısından çoğulculuğu sadece “izin verdiği düşünce alanlarıyla sınırlı tuttuğu” savunulmakta olup, bu bağlamda Anayasa’nın 13. maddesi ile “peşin, genel, soyut, yasaklanan özgürlük alanları” yaratıldığı, yine Anayasa’nın 14. maddesindeki “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması” ve 15. maddesindeki “Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” normlarının da 1982 Anayasası’nın sınırlayıcı yapısını oluşturan kurallardan olduğu savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. Çetin Özek: *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, Alfa Yayınevi, İstanbul Eylül 1999, s. IX ve 225 (Basın Özgürlüğü).

Asıl olanın basın ve haber alma özgürlüğü olduğu dikkate alındığında, bu özgürlüklerin sınırlandırılma ölçüsü konusunda son derece özenli davranmak gerekli olup, aksi takdirde yapılacak sınırlandırma hakkın özüne dokunacak, basın ve haber alma özgürlüklerinin anlamını yitirmesi tehlikesini doğurabilecektir.⁸ Bu nedenle, haber alma ve basın özgürlüğünü sınırlayıcı nitelikte düzenlemeler yapılırken Anayasa'nın 13. maddesinde ifadesini bulan "öze dokunma yasağı" ve "ölçülülük ilkesi" ile "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütlerini hiçbir şekilde gözden uzak tutmamak gereklidir.

II. BASIN SUÇLARI

Basın ve haber alma özgürlüğünün sınırlandırılmasında bazen ceza hukuku araçlarına başvurulabilmektedir. Ancak ceza hukuku araçlarının nitelikleri dikkate alındığında, basın özgürlüğünün demokratik toplum için vazgeçilmezliği nedeniyle, ceza hukuku araçlarına başvurma "ultima ratio" (son çare) olarak düşünülmesinin gerekliliği gözden kaçırılmamalıdır. Devlet otoritesinin basına müdahalede bulunmasını önlemek ve kamuoyu karşısında saygınlığı olan bir basın yaratma düşüncelerinin ürünü olarak ilk kez 1916 yılında İsveç'te uygulanmaya başlanılan "basının kendi kendini denetlemesi" sistemi ortaya çıkmıştır.⁹ Ceza hukuku araçlarının kullanılması, ancak diğer denetim mekanizmaları ile sonuca ulaşılamayan durumlarda düşünülmelidir.¹⁰

⁸ Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları konusunda geniş bilgi için bkz. Ergun Özbudun: *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınevi, gözden geçirilmiş 8. baskı, Ankara 2005, s. 103-108.

⁹ İçel / Ünver, bu sistemin en başarılı ilk örneğini 1953 yılında kurulan İngiliz Basın Konseyi'nin verdiğini belirtmektedir, bkz. Kayıhan İçel / Yener Ünver: *Kitle Haberleşme Hukuku*, Beta Yayınevi, yenilenmiş yedinci bası, İstanbul 2007, s.239. İngiltere'de medya sektörünün regülasyonuna ilişkin çeşitli kanunlara dayanan ve kanunlara dayanmayan kurullarla bu konuda gelişmeler sağlanmış ve kitle iletişim araçlarının kişisel bilgileri ele geçirmeleri ve kullanmalarının engellenmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Bu düzenlemeler arasında; *Basın Şikayetleri Komisyonu Kanunu*, *Yapım Standartları Komisyonu Kanunu*, *Bağımsız Televizyon Komisyonu Kanunu*, *Radio Otoritesi Program Kanunu* ve *Reklam Standartları Otoritesi Reklam Kanunu* örnek olarak gösterilebilir, bkz. Michael Tugendhat QC / Matthew Nicklin / Godwin Busuttill: "Publication of Personal Information", *The Law of Privacy and the Media*: Edited by: Michael Tugendhat QC / Iain Christie, Oxford University Press, New York, July 2002, s.133.

¹⁰ Basın mesleğinde çalışanların örgütlenmeleri ve bir meslek ahlakı oluşturarak bunun gereğince hareket etmeleri basına ceza kanunları yoluyla müdahaleyi azalt-

Basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasının engellenmesi gereklidir ve basın özgürlüğünün kötüye kullanılması, çoğunlukla bir ceza normunun ihlali olarak kendini göstermekte ve “basın suçu” olarak ortaya çıkmaktadır.¹¹

“Yayın” faaliyetinin kolektif niteliği, basın konusunda özel idari rejime olduğu kadar özel ceza rejimine de sebebiyet vermektedir. Bu açıdandır ki, basın suçlarının özelliklerini göz önünde bulundurarak bunların cezalandırılması esaslarını tespit eden, yargılama usulünü belirleyen özel hükümlere birçok ülkede rastlamak mümkündür.¹² Basının hem bireyler ile toplum üzerindeki olumsuz ve zararlı olabilecek etkilerini önlemek hem de düşünce ve haberlerin yayılmasını sağlayan araçları denetlemek amacıyla, yasama organları genel suçlardan ayrı suç kategorileri meydana getirmişlerdir.¹³

mak sonucunu doğuracağı gibi, 20. yüzyılda basın hürriyeti yönünden ortaya çıkan iki gerçeğin (1- Basın araçlarının belirli kişilerin elinde toplanması, 2- Yeni bir süreli yayın çıkarabilmek için yatırmak gereken sermayenin çok büyük olması) olumsuz olan etkilerini de azaltmak imkanı verebilir. Sulhi Dönmezer: “Basında Oto-Kontrol”, *İÜHF Mecmuası*, İstanbul 1969, C. XXXIV, Sayı 1-4, s. 3- 4 (Basında Oto-Kontrol). Başka bir görüşe göre; düşünce özgürlüğü mülahazası ile mümkün olduğunca medyaya müdahaleden kaçınarak özdenetim mekanizmalarının işlenmesini beklemekte olan kanun koyucu, bazı konularda -devletin iç karışıklıklara ve saldırılara karşı korunması, toplum ahlakının, kişilerin haysiyet ve şerefine korunması gibi- işi medyaya bırakmayarak bizzat düzenleme ihtiyacı duymuş, yasalara başvurmadan kendini alamamıştır, bkz. Mehmet Emin Artuk / Ahmet Caner Yenidünya: “Suçun Önlenmesi ve Medya”, *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2001, C. 75, Sayı: 1-2-3, s. 12-13. Basının idari denetim mekanizmaları, özdenetim kuruluşları, ortak düzenleme - denetim yaklaşımı, yargı yolu ve Türkiye’de medya denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. B. Zakir Avşar / Vedat Demir: *Düzenleme ve Uygulamalarla Medyada Denetim*, Piramit Yayıncılık, Ankara 2005.

¹¹ Muharrem Özen: “Türkiye Cumhuriyeti’nde ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu”, *AÜHF Dergisi*, C. 50, S. 3, Ankara 2001, s. 56. (Ceza Sorumluluğu).

¹² Çetin Özek: *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972, s. 7. (Basın Suçları).

¹³ Muharrem Özen: *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998, s. 240. (Objektif Sorumluluk). Doktrinde genel suçlardan ayrı olarak, kendine özgü nitelik ve unsurları bulunan bağımsız bir basın suçu kategorisinin mevcut olup olmadığı tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, basın suçlarının genel suçlardan ayrı niteliklere ve yapısal farklılıklara sahip olduğunun ileri sürülemeyeceği, basının bazı suçların işlenişinde araç olarak kullanılması, bu suçlarla genel suçlar arasında, somut içerikleri ve nitelikleri yönünden bir fark yaratmayacağı; farklılığın suçun işleniş şekli, kullanılan araç ve ceza sorumluluğunun türü bakımından ortaya çıkmakta olduğu ifade edilmektedir. Doktrindeki tartışmalar ve ayrıntıları için bkz. Özen, *Objektif Sorumluluk*, s. 241-242.

Basın ceza hukukunun en belirleyici yönünü ise, basın suçlarından doğan ceza sorumluluğu ve bu sorumluluğun düzenleniş biçimi oluşturmaktadır.¹⁴ Gerçekten de basın suçunun faillerinin TCK'daki genel iştirake ilişkin hükümlere göre saptanmasının zorluğu, kanunları, eser sahibi dışında basın suçunu oluşturan yayının sorumlularını önceden saptamaya yönelmiş ve bu saptayış biçimi değişik bir sorumluluk sistemi olarak ortaya çıkmıştır.¹⁵ Basın suçlarında sorumluluk unsuru ayrı bir öneme sahip olup, ülkemizde de gerek 5680 sayılı Kanun döneminde gerek yürürlükteki 5187 sayılı Kanun döneminde, basın kanunlarının en çok eleştiriye hedef olan ve değişikliğe tabi tutulan hükümlerinin, hep sorumluluğa ilişkin hükümler olduğu da unutulmamalıdır.

1. Basın Suçlarının Ayrımı

Basın Kanunu'nda basın suçları bir ayrıma tabi tutulmamış iken,¹⁶ doktrinde bu suçlar için bir ayrıma gidildiği görülmektedir.¹⁷ Basın suçlarının ayrımı, Basın Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülen ceza sorumluluğu bakımından önem taşımaktadır.¹⁸ Basın suçları birçok ayrıma tabi tutulmakla birlikte, temel olarak iki grupta incelenmesi mümkündür. Bunlardan birinci grubu; *"basılmış eserin içeriğine ilişkin suçlar"* oluşturmakta olup, bunlar da kendi içinde *"dar anlamda basın suçları"* ve *"basın yoluyla işlenen suçlar"* olarak iki kategoride incelenebilir. Basın suçlarında ikinci grubu ise, *"basın düzenine karşı suçlar"*¹⁹

¹⁴ Özen, *Ceza Sorumluluğu*, s. 56.

¹⁵ Özen'in, burada söz ettiği *"değişik sorumluluk"* ceza hukukunda sorumluluğun temeli olan kusurluluk unsuru yönünden bazı özellikler taşımakta olup, bu unsur ile ilgili çözümlenmesi gereken hususlar ve değerlendirmeleri için bkz. Özen, *Ceza Sorumluluğu*, s. 57-68.

¹⁶ Gerçekten de Basın Kanunu'nun 11. maddesinde *"basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur"* denilerek her türlü basın suçunu kapsayacak şekilde genel bir ifade kullanılmıştır.

¹⁷ Özek, basın suçlarının ayrıma tabi tutulması gerektiği düşüncesindedir. Bu düşünce ve yapılan ayırım için bkz. Çetin Özek: *Türk Basın Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978, s. 371-375. (Türk Basın Hukuku). Yine benzer ayırım için bkz. Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s. 371-375.

¹⁸ Özen, *Objektif Sorumluluk*, s. 243.

¹⁹ Doktrinde basın düzenine karşı işlenen suçlara *"basın zabıtası suçları"* da denilmektedir, bkz. Özek, *Ceza Sorumluluğu*, s. 12-14., Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 526-528

oluşturmaktadır.²⁰

Dar anlamda basın suçları (sırf basın suçları), sadece basılmış eserlerle işlenebilen, başka bir araçla işlendiğinde kanun koyucunun cezai yaptırıma bağlamadığı suçlardır.²¹ Basın yoluyla işlenen suçlar ise, aslında her tür araçla işlenebilecek olan suçların basın yoluyla işlenmesi halini ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Örneğin, hakaret suçunun bir gazete haberi ile işlenmesi halinde basın yoluyla işlenmiş bir suçun varlığından söz edilecektir. Basın düzenine karşı işlenen suçlar, basının idari rejiminin bir gereği olarak, basın alanında faaliyette bulunanların üstlenecekleri yükümlülüklerle aykırı davranışları cezalandıran normlardır.²² Çalışmamızın konusunu oluşturan Basın Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenen ve "kimlik açıklama yasağına aykırılık" olarak adlandırabileceğimiz suç tipi ise, dar anlamda basın suçları kategorisinde yer alan suçlardandır.

2. Genel Olarak "Kimlik Açıklama Yasağına Aykırılık" Suçu

Basın Kanunu temel olarak basın özgürlüğünün korunmasını amaçlamakla birlikte, bazı durumlarda aileyi, bazen toplumun ahlaki değerlerini, bazen habere konu olan kişiyi bazı durumlarda ise kamu yararını gözeterek, haber verme hakkına sınırlama getirmektedir.²³ Basın Kanunu'nun 21. maddesinde getirilen sınırlamalarda da kanun koyucunun genel ahlaki korumak amacıyla haber verme hakkını sınırladığı ileri sürülmektedir.²⁴ Bizce bu norm ile belirli fiillere veya suçlara karışanların kişilik hakları ve aileyi koruma amacı basın özgürlüğü-

²⁰ İçel / Ünver, s. 259- 260.

²¹ Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s. 373, İçel / Ünver, s. 259, Özen, *Objektif Sorumluluk*, s. 243.

²² Özen, *Objektif Sorumluluk*, s. 245. Özek, "basın zabıtası suçları" olarak adlandırdığı basın düzenine karşı suçların çoğunlukla yayına bağlı olmaksızın teşekkül etmesi ve sorumluluk yönünden dar anlamda basın suçlarından ve basın yoluyla işlenen suçlardan farklı olduğundan söz etmekte ve bu suç tiplerini kendi içinde "yayın öncesi basın zabıtası suçu" ve "yayın sonrası basın zabıtası suçu" şeklinde bir alt ayırma tabi tutmaktadır, bkz. Özek, *Basın Suçları*, s. 12-14.

²³ Nusret İlker Çolak: *Kitle İletişim Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s.79.

²⁴ Özek, *Türk Basın Hukuku*, s.317-318. Bir görüşe göre ise, mülga Basın Kanunu'nun 33. maddesi ile getirilen (5187 sayılı Kanununun 21. maddesindeki düzenlemeyle genel olarak paralel) kimlik açıklama yasağı kamu düzeni gözetilerek getirilmiş bir kuraldır, bkz. Müderrisoğlu, s. 506.

ne yeğ tutulmuş, hukuka uygunluk sebeplerine de yer verilmemiştir.²⁵ Bu nedenle haber verme hakkının kullanılması (yayının gerçeği yansıtması) veya ilgili kişinin rızasının varlığı gibi bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını iddia ederek eylemin suç oluşturmayacağından söz edilemez.²⁶

a. Tarihi Gelişim ve Yürürlükteki Norm

Aileyi koruma amacına yönelik olarak basın özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin hukuk sistemimizdeki ilk düzenleme, 1931 yılında kabul edilip 24.07.1950 tarihine kadar yürürlükte kalan Matbuat Kanunu'nun 41. maddesinde bulunmakta idi.²⁷ 5680 sayılı mülga Basın Kanunu²⁸ da, 5187 sayılı Kanun'un yer verdiği düzenlemeye temel

²⁵ Bir görüşe göre, bu madde vasıtasıyla elde edilmek istenilen amacın, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını da kapsamına aldığı söylenebilir, bkz. Ersan Şen: *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Kazancı Yayınevi, İstanbul 1996, s. 178.

²⁶ Doktrinde, basın yoluyla kişilik hakkı ihlallerinde, basın özgürlüğünün daha üstün bir yarar olarak kabul edilebilmesi için yayının gerçeğe uygun olması, haber niteliği taşıması, gerçeğe uygun haberlerin verilmesinde nesnel ölçülere uyulması ve özle biçim arasında ölçülülük bulunmasının gerekliliği haklı olarak ifade edilmektedir, geniş bilgi için bkz, Sibel Özel: "Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Hukuka Uygunluk Unsurunun Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *GÜHF Dergisi*, İstanbul 2004, Yıl 3, Sayı 1, 2004/1, s. 163-184. Hukuka aykırılık hakkında geniş bilgi için ayrıca bkz. Tuğrul Katoğlu: *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003. Yargıtay 4. Ceza Dairesi de 25.11.2008 tarih ve 2007/4711 E. – 2008/21191 K. sayılı kararında; "Basın yoluyla işlenen suçlarda hukuka uygunluk halleri haber verme, eleştirme hakları ve mağdurun rızasıdır. Temelini Anayasanın 28 ve devamı maddelerinden alan haber verme ve eleştirme hakkının kabulü için, açıklama ve eleştiriye konu olan haberin gerçek ve güncel olması, açıklanmasında kamu ilgi ve yararının bulunması, açıklama biçimiyle konusu arasında düşünsel bir bağ bulunması gerekir" görüşünü dile getirmiştir [UYAP, yayımlanmamıştır].

²⁷ Matbuat Kanunu 24.07.1950 tarihinde 5680 sayılı Basın Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde yürürlükte olup 41. maddesi : "Aile mevcudiyetini ve aile kurmak esasını sarsacak ve kadınlığın ana olmak hususundaki fikri temayülünü zayıflatacak mahiyette her türlü neşir yasaktır. Hilafına hareket edenlere bir aydan bir seneye kadar hapis cezası verilir" şeklinde idi. Bu düzenleme ile aile kurumunu genel olarak koruma altına almak amaçlanmış, ancak maddi unsurunu oluşturabilecek hareketler itibarıyla oldukça genel ve sınırları belirsiz bir çerçeve hüküm konulmuştur. Bu itibarla anılan normun basın özgürlüğünü ağır biçimde sınırlayan bir hüküm olduğu görülmektedir. Matbuat Kanunu hakkında geniş bilgi için bkz. Sulhi Dönmezer, *Matbuat Suçları, Matbuat Kanununa Göre Suçlar, Müeyyideler, Yargılama Usulü*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1946. (Matbuat Suçları).

²⁸ 5680 sayılı Basın Kanunu 24.07.1950 tarih ve 7564 sayılı RG'de yayımlanarak yü-

oluşturduğu söylenebilecek olan benzer bir norma 33. maddesinde²⁹ yer vermiş olmasına karşın, mülga kanundaki düzenlemenin basın özgürlüğünü ağır şekilde ihlal edici nitelikte olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.³⁰ Yürürlükte olan 5187 sayılı Basın Kanunu “kimliğin açıklanmaması” kenar başlıklı 21. maddesi ile ailenin ve küçüklerin korunmasını amaçlayan bir düzenleme yapmıştır.³¹

rürlüğe girmiş ve birçok değişiklikler geçirerek 26.06.2004 tarihinde 5187 sayılı Basın Kanunu yürürlüğe girene değin yarım asrı aşkın bir süre yürürlükte kalmıştır.

²⁹ Mülga Basın Kanunu’nun benzer hükmü şöyledir: “Madde 33 - (Değişik madde: 11/05/1988 - 3445/9. m.):

¹ *Kanunen evlenmeleri men edilmiş kimseler arasındaki cinsi münasebetlere dair haber veya yazıların,*

² *Türk Ceza Kanununun 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435, 436, 440, 441 ve 442 nci maddelerinde yazılı cürümlere müteallik haber veya yazıların yayınlanması halinde mağdurların hüviyetlerini açıklayan malûmat veya resimlerin,*

³ *18 yaşını doldurmuş olan suç fail ve mağdurlarının hüviyetlerini açıklayan malûmat veya resimlerin, neşri yasaktır.*

(Değişik fıkra: 03/08/2002 - 4771 S.K./9. m.) *Bu yasağa aykırı hareket edenler, onmilyar liradan otuzmilyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar”.*

³⁰ Mülga Kanun 33. maddesinin 1. bendinde düzenlediği “*Kanunen evlenmeleri men edilmiş kimseler arasındaki cinsi münasebetlere dair haber veya yazıların*” yayımlanmasını “*tamamen yasaklamakta*” ve cezai yaptırıma bağlamakta idi. Mülga Kanunun getirdiği bu düzenlemenin haber alma ve basın özgürlüğünü önemli derecede zedeleyen bir sınırlandırma olduğu, buna karşın yürürlükteki Basın Kanunu’nun belirtilen yasaklayıcı düzenlemeye yer vermediği gözden kaçırılmamalıdır. Diğer taraftan, aynı nitelikteki suç için 5187 sayılı Kanun adli para cezası öngörmesine karşın, 5680 sayılı (mülga) kanun, bu suçu işleyenler hakkında üç aya kadar hapis ve on milyon liradan otuz milyon liraya kadar para cezası öngörmekteydi. Ancak, daha sonra 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı yasanın 9. maddesiyle yapılan değişiklik ile, anılan fiil için öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza kaldırılarak, sadece 10-30 milyar TL para cezası yaptırımına bağlanmış idi. Mülga Kanun’un 33. maddesinde küçük fail ve mağdurların kimliklerinin açıklanması suçları için öngörülen ceza miktarının yüksek olduğuna ve Kanun’un bu yönüyle değiştirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Özek, *Basın Özgürlüğü*, s. 282-283. 5680 sayılı mülga Kanun’un 33/1. maddesine ilişkin görüşler ve eleştirimiz için bkz. aşağıda dn. 94.

³¹ Örneğin, İngiltere’de de 1976 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu (The Sexual Offences (Amendment) Act-1976) ile cinsel saldırı veya taciz suçu mağduru olan küçüklerin kimliklerinin basın yoluyla yayınlanmasının yasaklandığını görmekteyiz, Tugendhat QC / Nicklin / Busuttill, s. 132. 20 Kasım 2003’de değişikliğe uğrayan Cinsel Suçlar Kanunu metni için bkz. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/en/ukpga_en_20030042_en_1.htm. (12.06.2009). Diğer taraftan 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu (The Sexual Offences Bill 2003) ile de, cinsel saldırı oluşturan eylemlerin çok daha ayrıntılı olarak düzenlendiği ifade edilmektedir, geniş bilgi için bkz. Andrew Ashworth: *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, fourth edition, Cornwall 2003, s. 339-357. Cinsel Suçlar Kanunu için bkz. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldbills/068/2003068.htm>. (12.06.2009). Küçük-

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 21. maddesi, haber vermeyi yasaklamamakta, yalnızca haberin veriliş şekli bakımından sınırlandırma getirmektedir. Kanun koyucunun anılan maddede suç olarak nitelendirdiği ve "kimlik açıklama yasağına aykırılık" olarak adlandıracağımız bu fiil ile yaptırım altına alınan, habere konu olan kişilerin kimliklerinin açıklanması veya tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapılmasıdır. Basın Kanunu'nun "Kimliğin açıklanmaması" başlığını taşıyan 21. maddesi hükmü şöyledir;

" Madde 21- Süreli yayınlarda;

a) 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre evlenmeleri yasaklanmış olan kimseler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde bu kişilerin,

b) 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun³² 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436 ncı maddelerinde yazılı cürümlere³³ ilişkin haberlerde mağdurların,

c) Onsekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının,

Kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın ya-

lerle ilgili bir koruma ilkesi de Basın Şikayetleri Komisyonu Kanunu (Press Complaints Commission Code) ile getirilmiştir, buna göre cinsellikle ilgili yargılamalarda özel korumalar sağlamaktadır, bu kanuna göre; 16 yaşını tamamlamamış olan çocukların fotoğraflarının yayınlanması, onlarla röportaj yapılması, ebeveyninin rızası bulunsa dahi mümkün değildir ve küçüğün özel yaşamı yayın konusu yapılamaz, bkz. David Sherborne / Sapna Jethani: "The Privacy Codes", *The Law of Privacy and the Media*: Edited by, Michael Tugendhat QC, Iain Christie, Oxford University Press, New York, July 2002, s. 555. Press Complaints Commission Code metni için bkz: <http://www.pcc.org.uk/cop/practice/html>. (12.06.2009).

³² 5187 sayılı Basın Kanunu 26.06.2004 tarihinde yani 01 Haziran 2005 tarihinden önce, yani 5237 sayılı TCK'nun yürürlüğünden önceki dönemde yürürlüğe girdiği için, Basın Kanunu'nun anılan 21.maddesinde 765 sayılı (mülga) TCK hükümlerine yer verilmiştir.

Bilindiği gibi 765 sayılı TCK, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12/1-b maddesi ile 01 Haziran 2005 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmış ve aynı Yasanın 3. maddesi hükmü, 765 sayılı TCK'ya yapılan atıfların 5237 sayılı TCK'nın bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılacağını belirtmektedir.

³³ Her ne kadar maddede "cürüm" den söz edilmekte ise de, 5237 sayılı TCK, 765 sayılı mülga TCK'daki cürüm ve kabahat ayırımına artık yer vermediğinden bu ibareyi "suç" olarak değerlendirmek gereklidir.

panlar bir milyar liradan³⁴ yirmi milyar liraya kadar adli para cezasıyla³⁵ cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda iki milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda on milyar liradan az olamaz”.

Basın Kanunu'nun 21. maddesiyle yaptırım altına alınan bu fiiller ancak süreli yayınlar³⁶ ile işlenebilir. Bu nedenle aynı fiil, süreli olmayan bir yayın yoluyla gerçekleştirilmiş ise suç oluşturmayacaktır. Konuya bir diğer kitle iletişim aracı olan radyo ve televizyon yayıncılığı açısından bakıldığında ise, durumun oldukça farklı olduğu görülmektedir. Gerçekten de Basın Kanunu'nun 21. maddesi ile yasaklanan fiil, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da³⁷ yasaklanmamış ve suç olarak yaptırıma bağlanmamıştır. Dolayısıyla süreli yayın yoluyla işlendiğinde suç oluşturan fiil; radyo, televizyon veya veri yayını yoluyla işlenir ise suç oluşturmayacaktır.³⁸

³⁴ Bilindiği üzere 28.01.2004 tarihli ve 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun ile para birimi 01.01.2005 tarihinden itibaren “Yeni Türk Lirası” olarak değiştirilmiş ve daha sonra 01.01.2009 tarihinden itibaren de “Türk Lirası” olarak uygulanmaya devam etmiştir. Anılan Kanun'un 2/1. maddesine göre, birmilyon Türk Lirası bir YTL'ye eşittir ve buna göre dönüştürme yapılacaktır.

³⁵ 04.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre; “Kanunlarda öngörülen “ağır para” cezaları, “adli para” cezasına dönüştürülmüştür” bu nedenle artık Türk Ceza Hukuku sisteminde ağır para cezasından söz edilemeyeceğinden, ilgili hükümlerde düzenlenen cezaları bu kurala uygun olarak “adli para cezası” şeklinde belirteceğiz.

³⁶ Süreli yayının tanımı ve türleri Basın Kanunu'nun 2/c-d-e-f maddesinde belirtilmiştir, buna göre; “Madde 2/ c) Süreli yayın: Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayımlarını,

d) Yaygın süreli yayın: Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından aynı isimle basılan ve her coğrafi bölgede en az bir ilde olmak üzere, ülkenin en az yüzde yetmişinde yayımlanan süreli yayın ile haber ajanslarının yayımlarını,

e) Bölgesel süreli yayın: Tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından basılan ve en az üç komşu ilde veya en az bir coğrafi bölgede yayımlanan süreli yayını,

f) Yerel süreli yayın: Tek bir yerleşim biriminde yayımlanan süreli yayınlar ile haftada bir veya daha uzun aralıklarla yayımlanan yaygın ve bölgesel yayınları” ifade eder.

³⁷ 13.04.1994 tarihli ve 3984 sayılı Kanun, 20.04.1994 tarih ve 21911 sayılı RG.'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁸ 3984 sayılı Kanun, Basın Kanunu'nun 21. maddesindeki benzer nitelikte bir ceza hukuku normu barındırmamasına karşın, anılan normun korumayı amaçladığı değerleri gözetken bazı düzenlemeler içermektedir. 3984 sayılı Kanun'un 4/2. maddesinin konumuzla ilgili hükümleri şöyledir: “Radyo, televizyon ve veri yayınlarında uyulması gereken yayın ilkeleri şunlardır:

...

Aynı olaya ilişkin gazete veya dergide yapılan bir haberde kimlik açıklanmış ise fiil suç oluşturacak ancak; radyo, TV veya veri yayını yoluyla gerçekleştirilen haberde kimlik açıklanmış ise aynı fiil bu defa suç oluşturmayacaktır.³⁹

e) Yayınların toplumun millî ve manevî değerlerine ve Türk aile yapısına aykırı olmaması.

f) (Değişik: 3/8/2002-4771/8 m.) Özel hayatın gizliliğine saygılı olunması.

k) Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimsenin suçlu ilân edilmemesi veya suçluymuş gibi gösterilmemesi, kişileri suç işlemeye yönlendirecek veya korku salacak yayın yapılmaması

t) Yayınların müstehcen olmaması.

u) (Değişik: 1/7/2005-5378/37 m.) Kadınlara, güçsüzlere, özürlülere ve çocuklara karşı şiddetin ve ayrımcılığın teşvik edilmemesi.

z) Gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlakî gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredilebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması".

Aynı Kanun'un 33. maddesinde ise yayın ilkelerine aykırı yayın yapılmasının yaptırımları gösterilmiştir. Bu maddeye göre; ilk aykırılıkta Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), yayıncı kuruluşu uyarır veya özür dilemesini ister, Bu talebe uyulmaması veya aykırılığın tekrarı hâlinde ihlâl konu olan programın yayını, bir ilâ oniki kez arasında durdurulur. Cezaya yol açan fiilde sorumlulukları belirlendiği takdirde programın yapımcısı ve varsa sunucusu da bu süre içerisinde hiçbir ad altında başka bir program yapamaz ve sunamaz. Yayını durdurulan programların yerine, aynı yayın kuşağında ve reklamsız olarak, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına Üst Kurulca hazırlatılacak eğitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlakî gelişimi, uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele, Türk dilinin güzel kullanımı ve çevre eğitimi konularında programlar yayınlanır. Aykırılığın tekrarı hâlinde ise (yayın izninini niteliğine göre); beşbin Türk Lirasından beşyüzbin Türk Lirasına kadar, Radyo yayınları için yukarıdaki miktarların yarısı kadar, idarî para cezası verilir. İhlâlin, ihlâl tarihinden itibaren, takip eden bir yıl içinde tekrarı hâlinde bu idarî para cezaları yarı oranında artırılır. İhlâlin, ihlâl tarihinden itibaren takip eden bir yıl içinde ikinci kez tekrarında ihlâlin ağırlığına göre izin uygulaması bir yıla kadar geçici olarak durdurulur. Görüldüğü gibi Basın Kanunu'nun 21. maddesine aykırılık oluşturan yayınların ancak RTÜK tarafından "yayın ilkelerine aykırılık" oluşturduğu şeklinde değerlendirilerek yayıncı kuruluşu uyarı ve özür dileme cezasından idari para cezasına ve geçici olarak yayın izninin durdurulmasına kadar varan bazı "idari yaptırımlar" uygulanması gündeme gelebilecektir. Ancak uygulamada suça karışan küçüklerin ve cinsel dokunulmazlıkları saldırıya uğrayan mağdurların radyo ve TV yayınlarında kimliklerinin açıkça verildiğini görmekteyiz. Belirtilen suç fail ve mağdurların kimliklerinin açıklanması nedeniyle RTÜK tarafından idari yaptırım uygulanmasına ilişkin bir karara araştırmalarımız sonucunda ulaşamadık. RTÜK kararları için bkz. http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=791d92c4-1de3-4431-ba23-df7eca92d371 (01.09.2009).

³⁹ Buradaki tek farkın, kitle iletişim aracının türü olduğu göze çarpmaktadır. Ancak, kanun koyucunun radyo- TV ve veri yayınlarına niçin deyim yerindeyse böyle bir "özgürlük alanı" tanıdığı veya bir başka açıdan bakıldığında, niçin süreli yayınların aynı yasağı ihlal etmeleri halinde derhal ceza hukuku araçlarına başvurarak fiili "suç" olarak tanımladığını ve basının özgürlük alanını daralttığını anlayabilmek

b. Kimliğin Açıklanması veya Tanınmaya Yol Açacak Şekilde Yayın

Kanun'da belirtilen "kimlik açıklama" veya "tanınmaya yol açacak şekilde yayın" terimlerinden ne anlaşılması gereklidir? Doktrinde, salt isim açıklanmasını kimlik açıklamak olarak saymamak gerektiği görüşü dile getirilmektedir.⁴⁰ Ancak uygulamada, kişinin ad ve soyadının belirtilmesi veya gözleri bantlanmış, karartılmış şekilde de olsa tanınabilecek biçimde fotoğrafının yayınlanması halinde suç failinin cezalandırılması yoluna gidilmektedir.⁴¹ Buna karşıt olarak, kişinin sadece adının ve soyadının baş harflerinin verilerek haber yapılması durumunda veya yüzünün mozaik yöntemiyle iyice belirsizleştirilerek yayınlanması halinde eylem suç oluşturmayacaktır. Yargıtay 7. CD bir kararında;⁴² "...suç konusu gazete haberinde mağdurenin başörtülü ve siyah gözlüklü olarak tanınmasını engelleyici biçimde resmi yayımlandığında söz konusu maddedeki suçun oluşmayacağını..." belirtmiştir. Bizce de, anılan madde ile korunmak istenilen hukuksal değer ilk olarak bu kişilerin kişilik hakları ise ve isimlerinin açıklanması ile tanınabilmeleri kaçınılmazsa bu biçimde yayın yapılmaması gereklidir. Haberde isim açıklanmamış olmasına rağmen, suç faili ya da mağdurunun akrabalarının kimliklerinden bahsedilerek veya olayın geçtiği küçük yerleşim biriminden söz edilerek de suçun pasif süjesinin tanınmasına yol açacak şekilde yayın yapılması halinde de 21. maddedeki suçun oluşmasının

güçtür. Bizce bunun nedenlerini, kanun koyucuların "geleneksel medya" olarak nitelendirilebilecek yazılı basına müdahale etme isteğinin tarihi süreç içinde adeta bir "alışkanlık" haline gelmiş olmasında aramak gerektiği düşüncesindedir.

⁴⁰ Sahir Erman / Çetin Özek: *Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Alfa Yayınevi, İstanbul 2000, s. 280. Anılan hükümdeki "kimliğin ne zaman açıklanmış sayılacağı" hususunda değişik uygulamalar bulunduğu ve maddenin bu hususta açık bir biçimde unsurları belirtmediğine göre, sorumluluk alanının da yaygın olduğu görüşü için bkz. Özek, *Basın Özgürlüğü*, s. 283.

⁴¹ Nitekim, Yargıtay 7. Ceza Dairesi 25.09.1992 tarih ve 3842-5348 sayılı kararında "...olay mağdurlarının basılan resimlerinin gözleri üzerine konulan çizgi şeklindeki bantların mağdurların tanınmasına engel teşkil etmeyecek ve kendilerini tanıyanlar tarafından ise kolaylıkla teşhis edilebilmelerine imkan verecek nitelikte bulunduğu cihetle müsnet suçların oluştuğu..." şeklinde karar vermiştir. Bu kararın geniş özeti için bkz. Nihat İnal: *Tüm Yönleriyle Basın Davaları ve Medyanın Saldırısında Tazminat*, Adalet Yayınevi, Ankara 2001, s.593. Yargıtay'ın benzer nitelikteki kararları; Yargıtay 7. CD'nin 18.09.1992 tarih ve 3760 -5033 sayılı kararı, 4. HD.'nin 28.04.1978 tarih ve 7210- 5840 sayılı kararı. Bu kararların özeti için bkz. Erol Çetin: *Son Değişikliklerle Basın Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 4. baskı, Ankara 2008, s. 72-73.

⁴² Yargıtay 7. CD.'nin 19.12.1989 gün ve 1989/1931 E. 1989/12670 K. sayılı kararı.

mümkün olduğu düşüncesindeyiz.⁴³

Belirttiğimiz kararlardan da anlaşıldığı gibi, uygulamada aranılan ölçüt, verilen haber ile ilgili kişinin tanınıp tanınmadığıdır. Gerçekten de haberin gerek yazı gerek fotoğraf olarak verilmiş şekli itibarıyla, belirtilen ilişkiye katılan kişiler, ya da suça karışan küçükler tanınmıyorlar ise, eylemin suç oluşturmayacağına kuşku bulunmamaktadır.

c. Kimlik Açıklama Yasağı ile Suçsuzluk Karinesi ve Mağdur Hakları İlişkisi

Basın Kanunu'nun 21. maddesi ile getirilen "kimlik açıklama yasağı" ilkesinin, bir diğer yönüyle de Anayasa'nın 38/4. maddesinde ve AİHS m. 6/2' de güvence altına alınan suçsuzluk karinesini⁴⁴ hayata geçirmeye yönelik bir düzenleme içerdiğini de söylemek mümkündür.⁴⁵ Ceza yargılaması sistemimizde suç failleri ve mağdurlarının isim

⁴³ Bir gazetenin 03 Eylül 2009 tarihli nüshasında; "İstanbul'da 3 Mart 2009'da öldürülen M. K.'nin babası S. K.'nin, katil zanlısı C. G.'nin amcası H. G.'den ... Euro istediği..." (kimlik kısaltmaları tarafımızdan yapılmış olup, haberde küçük failin adı açık olarak ve soyadı kısaltılmış olarak verilmiş, bunun dışındaki tüm kişilerin ad ve soyadları açık olarak yazılmıştır) şeklinde haber yapılmıştır. Bu haberde, suç faili küçük C. G.'nin adının açık olarak soyadının da baş harfinin verilmesi, amcasının ise açık kimliğinden bahsedilmesi dolayısıyla suç faili küçükün de soyadının açıklanmış olduğu ortadadır. Dolayısıyla belirttiğimiz biçimde verilen haberin bütününe bakıldığında, her okuyucunun küçük suç failinin kimliğini öğrenmesi mümkündür ve bu haberde "tanınmalarına yol açacak şekilde yayın" unsuru gerçekleşmiş sayılmalıdır. Bir başka şekilde, örneğin, "...ilçesinde yaşayan 15 yaşındaki A. B. ile 17 yaşındaki erkek kardeşi B. B.'nin cinsel ilişkiye girdikleri ve bu ilişki sonucunda A.B.'nin hamile kaldığı..." biçiminde verilen bir haberde olayın geçtiği nüfus bakımından büyük olmayan yerleşim biriminde olaya karışan kişilerin kimliklerinin bilinmesi kolaylıkla mümkündür. Bizce bu durumda da kimlik açıklama yasağına aykırılıktan söz edilebilecektir.

⁴⁴ Feyzioğlu, "suçsuzluk karinesi" yerine, "suçsuzluk varsayımı" denilmesinin belki daha doğru olacağını, ancak yerleşmiş bir terimi kullanmayı tercih ettiğini belirterek, suçsuzluk karinesinin toplumsal etkililiği konusunda kitle haberleşme araçlarının büyük önem taşıdığına, medyanın bir kişiyi suç faili olarak ilan edip kimliğini açıklamasının suçsuzluk karinesinin ihlali olacağına işaret etmektedir, suçsuzluk karinesi hakkında geniş bilgi için bkz. Metin Feyzioğlu: "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", AÜHF Dergisi, Ankara 1999, C. 48, Sayı 1-4, s. 135-163.

⁴⁵ Kişinin lekelenmemesi ve suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar suçlu sayılmaması hakkı, basın-yayın organlarının isim ve resim yayınlamalarına sınırlama getirmektedir, İlhan Üzülmöz: "Suçsuzluk Karinesi ve Basın Özgürlüğü", Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 948.

ve resimlerinin yayınlanmaması hususunda genel bir düzenleme bulunmamaktadır.⁴⁶ Buna karşın Basın Kanunu'nun 21. maddesi ile on sekiz yaşından küçük tüm suç faili ve mağdurların, bazı suçların ise sadece mağdurlarının kimliklerini açıklayacak şekilde yayın yapılması yasaklanmaktadır. Doktrinde bu korumanın önemine dikkat çekilerek, tüm sanıklar için sağlanması gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁷

Mağdur hakları açısından konuya baktığımızda da, Basın Kanunu 21. madde ile getirilen düzenlemenin mağdurun korunmasını sağlayan birtakım yayın yasakları içerdiği görülmektedir.⁴⁸

⁴⁶ 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı RG.'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin "Soruşturmanın Gizliliğinin Uygulanması" başlıklı 27. maddesi de suçsuzluk karinesinin ihlalini önlemeye yönelik son derece isabetli bir düzenlemedir. Anılan madde şöyledir: "Madde 27 - Suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esasır ve soruşturma evresi gizlidir. Bu nedenle, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin "suçlu" olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmaz ve soruşturma evraki hiçbir şekilde yayımlanamaz". Feyzioğlu'na göre yönetmeliğin bu maddesi tutuklamadan önceki aşamada suçsuzluk karinesinin etkililiğinin sağlanmasında etkili bir adımdır, Feyzioğlu, s. 143. Üzülmaz, mevzuatımızdaki suçsuzluk karinesinin ihlalini önlemeye yönelik düzenlemeleri; 1) Gizlilik, 2) Bilgi vermeme yükümü, 3) Yayın yasağı olarak üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutmaktadır ki, anılan yönetmeliğin 27. maddesindeki kuralı da "bilgi vermeme yükümü" olarak değerlendirmektedir. Bizce de anılan yönetmelik hükmü temel olarak bilgi vermeme yükümü kapsamında bir düzenleme olup, inceleme konumuzda oluşturan kimlik ve resim yayınlama yasağını düzenleyen benzer bir genel nitelikte kural ceza yargılaması sistemimizde mevcut değildir, bkz. Üzülmaz, s. 942-943.

⁴⁷ Nur Centel, "Dürüst Yargılama ve Medya bakımından Demokrasi Kültürü", *AÜSBF Dergisi*, Ankara 1994, C. 49, No: 3-4, s. 65. Gerçekten de bir kişinin ismi veya kimliği suç faili olarak basında yer aldıktan sonra kamuoyu nezdinde o kişinin adeta "peşinen mahkum" edileceği ve ülkemiz uygulamasında davaların kesin hükümle sonuçlanmasının uzun süreler alabileceği ve kimliği açıklanmış veya resmi yayınlanmış olan kişi beraat etse dahi, üzerinden yıllar geçtiği için haber değeri taşımadığından basının beraat kararını yayınlamayacağı veya yayınlasa bile ilk haberde verilen puntolarla yayınlamayacağı göz önünde tutulduğunda, tüm suç faillerinin kimliklerinin ve resminin yayınlanmasının suçsuzluk karinesini ihlal ettiği tartışmasızdır. İşte bu nedenlerle, benzer güvencenin tüm suç failleri için getirilmesinin suçsuzluk karinesinin tam anlamıyla gerçekleşmesi için ne denli önem taşıdığı tartışmasızdır. Benzer görüş için bkz. Üzülmaz, s. 941-942. Feyzioğlu ise, basının adli haberleri verme biçimlerinin insan haklarına ilişkin uluslararası metinlerin ve Anayasamızdaki temel hakların toplumsal etkililiğini sağlamaktaki başarıyı zayıflattığı görüşündedir, bkz. Feyzioğlu, s. 143.

⁴⁸ Füsün Sokullu-Akıncı, *Viktimoloji (Mağdurbilim)*, Ar. Gör. Selman Dursun'un Katkılarıyla, Beta Yayınevi, 2. bası, İstanbul Mayıs 2008, s. 330.

d. Suç Mağdurunun Uyuğu

Basın Kanunu'nun 21. maddesi suç mağdurunun uyuğu konusunda herhangi bir belirleme getirmemiştir. Buna karşın doktrin ve uygulamada, suç mağdurunun yabancı olması halinde 21. maddenin uygulanamayacağı, yani yabancı uyruklu kişinin mağdur olduğu cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suç veya fuhşa sürükleme eylemleriyle ilgili olarak bu kişilerin kimliklerinin açıklanması halinde Kanun'un 21/b maddesindeki suçun oluşmayacağı savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre; anılan hüküm suç mağdurunun toplumdaki onur ve saygınlığını koruma amacıyla kimliğinin açıklanmasını yasaklamaktadır, oysa Türkiye'de yerleşik olmayan ve dolayısıyla tanınmayan yabancı kimliği açıklandığında, onun toplumumuz açısından onur ve saygınlığının zarar görmesi düşünülemez.⁴⁹ Bizce, günümüz çağdaş ceza hukuku ilkeleri ve ülkemizin de taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası belgeler karşısında bu görüşe katılmaya olanak bulunmamaktadır. Nitekim "kanun önünde eşitlik" kenar başlığını taşıyan 5237 sayılı TCK'nın 3/2. maddesi "Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz" ilkesine yer vermiştir. TCK'nın 5. maddesinde belirtilen TCK'nın genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı kuralı karşısında TCK'nın 3. maddesiyle getirilen ilkeyi "Ceza Kanunlarının Uygulanmasında Eşitlik İlkesi" olarak anlamak ve yabancıların mağdur olduğu fiiller yönünden de 21. maddedeki suçun oluşabileceğini kabul etmek gerektiğini düşünüyoruz.

Diğer taraftan, ülkemizde yerleşik yabancı uyruklu kişiler düşünüldüğünde bu görüşün temelden yoksun kalacağı muhakkaktır. Kaldı ki, suç mağduru yabancı uyruklu kişi Türkiye'de yerleşik olmasa dahi, iletişim çağının getirdikleri düşünüldüğünde mağdur hakkındaki haberin verildiği yayına dünyanın her yanından kolayca ulaşılmasının mümkün olması nedeniyle, ceza normunun koruma altına aldığı hukuki yararın zedelenebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

⁴⁹ Erman / Özek, s. 280. Suç mağdurunun yabancı olması halinde kimliğinin açıklanmasının Basın Kanunu'na göre suç oluşturmayacağına dair karar özetleri için bkz. Erman / Özek, s. 280-281.

e. Dar Anlamda Basın Suçlarında Teşebbüs

Basın Kanunu'nun 21. maddesindeki eylemler, sadece basın yoluyla gerçekleştirildiğinde suç olarak kabul edilip yaptırıma bağlandıkları için "*dar anlamda basın suçu*" olarak adlandırılacaklardır.⁵⁰ Basın Kanunu'nun 11/1. maddesine göre basılmış eserler yoluyla işlenen suç "*yayım anında*" oluşur,⁵¹ bu hüküm karşısında basın suçlarında teşebbüsün mümkün olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Süreli yayınlarda "*yayım*" kavramından, süreli yayının basılarak kamuya sunulmasının anlaşılması gereklidir.⁵² Yayınlanma, süreli yayının kamuya sunulmasını gerçekleştiren, bu sonuca yönelmiş hareketlerdir.⁵³

Sırf basın suçu (dar anlamda basın suçu) olarak adlandırılan suçlara teşebbüs mümkün değildir, çünkü "*yayın*" Basın Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenen suçun bizatihi unsurudur. Burada neticesi harekete bitişik suçlarda, eksik teşebbüsün gerçekleşebilmesi için aranan "*icra hareketlerinin parçalanabilmesi*" ölçütünü "*yayın*" açısından aramak gerekir, yayın ise bir anda gerçekleşen ve parçalanamayan bir harekettir, bu nedenle eksik teşebbüs de mümkün olamaz.⁵⁴

⁵⁰ Özen, *Objektif Sorumluluk*, s. 244.

⁵¹ 5187 sayılı Basın Kanunu, mülga Basın Kanunu'ndan farklı olarak "*yayın*" terimi yerine "*yayım*" terimini kullanmış, bunun tanımını da çok kısa bir şekilde yaparak yayımın niteliğini ve özelliklerini ortaya koyan bir tanım vermemiş ve yalnızca basılmış bir eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması gerektiğini belirtmekle yetinmiştir, bu eleştiri için bkz. İçel / Ünver, s. 128.

⁵² Basın Kanunu'nun 2/b maddesinde "*Yayım: Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasını ifade eder*" tanımlaması yapılmıştır. Mülga Basın Kanunu'nun 3/2. maddesi ise; "*Basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı "neşir" sayılır.*" hükmünü içermekte idi. Yayım kelimesi sözlükte; "1) Yayma işi, 2) Kitap, gazete vb. okunacak şeylerin basılıp dağıtılması, neşir 3) Herhangi bir eserin radyo-televizyon aracılığıyla dinleyiciye, seyirciye ulaştırılması, neşir" anlamlarında kullanıldığı belirtilmektedir. (<http://www.tdk.terim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=yay%FDm&ayn=tam> (21.07.2009). Basın Kanunu'nun 21. maddesinde; "...kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanlar..." denilmektedir. Bizce, kanun koyucu "*yayım*" kavramını mülga kanundaki "*neşir*" kavramı anlamında kullanmış olup, belirttiğimiz 21. maddedeki "*yayın yapma*" terimini de "*yayım*" kavramı ile eş anlamlı olarak kullanmıştır.

⁵³ Yayın şekilleri açısından mülga Basın Kanunu'nun yayını tanımlayan 3/2. maddesindeki yayın şekillerinden, basılmış eserin kamuya sunulmasını açıklamak açısından yararlanılabileceği ifade edilmektedir, bkz. İçel / Ünver, s. 128-135.

⁵⁴ Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 674.

3. Süreli Yayınlar Yönünden Dar Anlamda Basın Suçlarında Sorumluluk

Basın faaliyeti sadece eser sahibinin fikri ürününü ortaya koyması ile gerçekleşmeyen, sorumlu müdür ve yayımcı gibi birden çok kişinin katıldığı, kolektif nitelik taşıyan bir çalışmadır. Bu nitelikte bir faaliyet için iştirak hükümlerini uygulamak imkansız olduğu gibi, uygulanacak olursa da basın faaliyetine katılan herkesin sorumluluğu sonucunu getireceği ve bu durumun da basın özgürlüğünün tehlikeye düşmesi ile adalet duygusunu rencide edecek uygulamalar doğurabileceği öngörülerek, basın suçlarında “özel bir sorumluluk sistemi” benimsenmiştir.⁵⁵ Bu yönüyle bakıldığında da iştirak dışında sorumluluğun genişletildiğini görmekteyiz. Basın suçlarında özel sorumluluk sistemi bir yandan basının suç aracı olarak kullanılmasına karşı toplumu korumak ve gücün kötüye kullanılmasını önlemek, öte yandan basın özgürlüğünü korumak amaçlarına hizmet etmektedir.⁵⁶

Günümüzün çağdaş ceza hukuku sistemlerinde “ceza sorumluluğunun şahsiliği” bir başka deyişle “kusur sorumluluğu” ilkesi egemendir. Ceza sorumluluğu “sübjektif” olup kusura dayanır, bir başka deyişle “kusursuz suç olmaz”. Bu ilkeden hareketle kusursuz sorumluluk hallerine artık ceza hukukunda yer verilmemektedir.⁵⁷ Gerçekten de bir insanın, meydana gelmesinde kusuru bulunmayan bir sonuç nedeniyle cezalandırılmasını “kusursuz suç olmaz” ilkesi ile bağdaştırmaya imkan yoktur.⁵⁸ Her ne kadar Basın Kanunu’nun 11. maddesinin gerekçesinde⁵⁹ “5680 sayılı Kanun’dan farklı şekilde başkasının fiilinden sorumluluk ve

⁵⁵ Özen, *Objektif Sorumluluk*, s. 259. Yazar diğer taraftan, kanun koyucunun, basın suçlarının cezasız kalmaması amacıyla, bir iştirak durumu olsun veya olmasın mutlaka sorumlu tutulacak bir kişinin varlığını getiren bir sorumluluk sistemi öngördüğünden söz etmektedir, bkz. Özen, *Ceza Sorumluluğu*, s. 57.

⁵⁶ Özen, *Ceza Sorumluluğu*, s. 57. Özen, *Objektif Sorumluluk*, s. 259-260.

⁵⁷ Kusursuz sorumluluk denilen hallerde de fail, kusurludur; yani iradi bir hareketi vardır. Ancak, burada failin iradesinin neticeyi de kapsamaması, yani failin kastı ya da taksiri aranmamakta; hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması failin sorumluluğu açısından yeterli olmaktadır. Tüm bunlara rağmen, ceza hukukunda bu tür bir sorumluluğun kabul edilmesi eleştirilmekle birlikte, karşılaştırmalı hukukta buna istisnai olarak yer verilmektedir. Timur Demirbaş: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, 5. baskı, Ankara 2007, s. 362.

⁵⁸ Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 163 (Suçun Unsurları).

⁵⁹ 5187 sayılı Kanun’un 11. maddesinin gerekçesinde; “...Maddede süreli ve süreli ol-

objektif sorumluluk hallerine yer vermemek veya bu tür sorumluluk hallerini en aza indirmek amacıyla” düzenlemenin getirildiğinden söz edilmekte ise de eser sahibi dışındaki sorumlu kişiler yönünden halen objektif sorumluluğun devam ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁶⁰ Eser sahibi dışındaki kişilerin sorumluluğu için, süreli veya süresiz yayını “yayınlamak”, “dağıtmak” veya “satışa sunmak” fiilinin iradi olması yeterli görülmekte, ayrıca fiilinin kusurlu olması aranmamaktadır.⁶¹ Gerçekten de bu bir objektif sorumluluk hali olarak gözükmektedir.⁶²

Diğer taraftan, TCK'nın 5. ve 23. maddeleri karşısında, Basın Kanunu'nun 11. maddesinin değerinin de tartışılması gerektiğine haklı olarak dikkat çekilmektedir.⁶³ TCK'nın 23. maddesinin gerekçesinde kanun koyucu “objektif sorumluluğu ceza hukukundan kovduğu” iddiasında olup, kanun, yegane sorumluluğun kusurlu sorumluluk olduğunu kabul etmiş ve objektif sorumluluk olarak bilinen hallerde sorumluluğun esasını taksir karinesine bağlamıştır.⁶⁴ Bilindiği gibi TCK'nın 5. maddesi ceza hukuku sistemimizde TCK'nın ceza hükmü içeren diğer özel kanunlar ile ilişkisini düzenleyen bir genel hüküm niteliğinde olup, “TCK'nın genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı” ilkesini getirmiştir.⁶⁵ Basın

mayan yayımlar yoluyla işlenen suçlarda sorumlu olacak kişiler belirlenirken 5680 sayılı Kanun'dan farklı şekilde başkasının fiilinden sorumluluk ve objektif sorumluluk hallerine yer vermemek veya bu tür sorumluluk hallerini en aza indirmek amacıyla, esas itibarıyla eser sahibinin sorumlu tutulduğu...” denilerek getirilen sorumluluk sistemi açıklanmıştır. Kanun'un gerekçesi için bkz: <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0781.pdf> (24.07.2009).

⁶⁰ Bu görüşler için bkz. Zeki Hafızoğulları, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara 2008, s. 292. Demirbaş, s. 363-366.

⁶¹ Hafızoğulları, s. 292. Bir başka görüşe göre; objektif sorumluluğun unsurları, iradi bir hareketin bulunması ve nedensel bir neticenin bulunmasıdır, bu görüş için bkz. Nur Centel / Hamide Zafer / Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi, dördüncü bası, İstanbul Ekim 2006, s. 415-416.

⁶² Basın Kanunu'nun 11. maddesinde eser sahibi dışındaki kişilerin sorumluluğunun objektif sorumluluk olduğu görüşü için bkz: Centel / Zafer / Çakmut, s. 418-419. Erman / Özek, s.128.

⁶³ Hafızoğulları, s.292.

⁶⁴ Hafızoğulları, s. 292. İçel / Evik'e göre ise, Basın Kanunu'nda yer verilen eser sahibi dışındaki kişilerin sorumluluğu, Basın Kanunu'ndan kaynaklanan özel ve istisnai bir sorumluluktur. Bu görüş için bkz: Kayıhan İçel / A. Hakan Evik: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Kitap, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 4. bası, İstanbul 2007, s. 212-214.

⁶⁵ Nitekim, TCK'nın 5. maddenin gerekçesinde “Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren

Kanunu da ceza hükmü içeren bir kanundur ve TCK'dan önce yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla Basın Kanunu'nun sorumluluğa ilişkin hükümlerinin TCK'nın genel hükümleri karşısındaki değeri gerçekten de uzun süre tartışması devam edecek bir konu olarak gözükmektedir.⁶⁶

Basın Kanunu'nun 11. maddesine göre, süreli yayınlar yoluyla iş-

kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu kanunda benimsenen ilkelere çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkelere dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçilecek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliği sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlamalarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir. Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturması nedeniyle Hükümet tasarısındaki madde metni değiştirilmiştir” denilerek, TCK'nın 5. maddesindeki ilkenin tüm ceza hukuku sisteminde “uyulması zorunlu” niteliğine vurgu yapılmıştır. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı 2, Sıra Sayısı. 664, s. 408.

⁶⁶ Bir görüşe göre; “TCK'nın 5. maddesi bir temenni hükmü olup, bağlayıcılığı yoktur. Hukukumuzda, temel kanuna aykırılık “itirazı” düzenlenmiş değildir. Eğer Anayasa'ya, olağan kanunlar karşısında bağlayıcı üstünlüğü olabilecek anayasal kanun (legge costituzionale) platformu eklenmezse, söz konusu temenni hükümlerinden bir yarar beklenemez. Çünkü ceza kanununun bağlayıcılık prensibinin bir değer taşıyabilmesi için mutlak olması zorunludur. Esnek bir bağlayıcılık, yürürlükteki geleneksel yaklaşım ve uygulamaların devamına boyun eğmekten fazla bir anlam taşımaz. Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya aykırılık denetiminin de yeterli ve etkili olamayacağı açıktır”. TCK'nın 5. maddesi hakkında belirtilen görüş ve eleştiriler için bkz. Uğur Alacakaptan, “Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar Ya da Öteki Ceza Hukuku”, *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları*, İstanbul 1-3 Haziran 2008, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Bahri Öztürk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 20 (Öteki Ceza Hukuku). Özgenç'e göre ise; “TCK'nın genel yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş olan diğer kanunlarda yer alan, çeşitli suç tanımlarının yanı sıra, örneğin teşebbüse, iştirake, suçların içtimana, sorumluluğun esaslarına, müsadereye, fer'i ceza olarak kamu hizmetlerinden yasaklılığa, cezanın ertelenemeyeceğine veya para cezasına çevrilemeyeceğine ilişkin hükümler, bu tarihte zımnen ilga edilmiş olacaktır. Ayrıca, üzümlere itiraf etmemiz gerekir ki, Anayasada, normlar hiyerarşisinde kanundan önce temel kanun kategorisine yer verilmediği için, yeni TCK'nın 5. maddesi hükmünün, bu Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren çıkarılan ve çıkarılacak olan kanunlar bakımından mevzuat disiplini sağlama yönünde bir etki olamayacaktır”, bkz. İzzet Özgenç: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 3. bası, Ankara 2008, s. 90-95. Artuk ise, TCK'nın 5. maddesi ile getirilen ilkeye kanun koyucunun bizzat kendisinin uymadığını ve böylelikle bu maddenin sonucu olmayan bir hüküm olarak kanunda yer aldığını belirtmektedir, bkz. Mehmet Emin Artuk: “Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, *Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu*, İstanbul 05 Mart 2005, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul 2005, s. 32.

lenen suçlarda -kural olarak- eser sahibi sorumludur, eser sahibinin sorumluluktan kurtulabileceği hallerde ise kimlerin sorumlu olduğu Kanunun m.11/3. fıkrasında düzenlenmiştir. Basın Kanunu ile getirilen sistem “kademeli (tabaka tabaka) sorumluluk” sistemi⁶⁷ olup, bu sistem basın suçuna katılan değişik kişiler arasında birbirini izler tarzda bir sıra tabakalaşma oluşturur, suçtan dolayı önceki tabakada kişiler bulundukça izleyen tabakada bulunanlara sorumluluk düşmez.⁶⁸ Şimdi bu sorumluluk sistemini kademe sırası ile inceleyeceğiz.

a. Eser Sahibinin Sorumluluğu

Eser sahibi, basın suçunun asli failidir, 5187 sayılı Kanun’un kabul ettiği bu yeni sistem, ceza sorumluluğu açısından genel kuraldan ayrılmayarak “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ve “üçüncü kişinin fülinden sorumluluk olmaz” ilkelerine (temel kural ve ilk basamaktaki sorumluluk açısından) uygun bir sistemi benimsemektedir.⁶⁹

Eser sahibi, kimliği açıklayan yazıyı veya haberi yazan kişidir, bu eseri bilerek ve isteyerek vücuda getirmiştir, bu nedenle eser sahibi bakımından sübjektif sorumluluk esasları tamamen uygulanmaktadır.⁷⁰

⁶⁷ Kademeli sorumluluk sistemi hakkında bilgi için bkz. Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 546. İçel / Ünver; s. 268. Bu sistem bazı yazarlarca “tabaka tabaka sorumluluk sistemi” olarak da adlandırılmaktadır, bkz. Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s. 379.

⁶⁸ Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s. 379.

⁶⁹ İçel / Ünver, s. 274.

⁷⁰ Özen, *Objektif Sorumluluk*, s. 267. Özek, *Ceza Sorumluluğu*, s. 137. “... sanığın sorumlu yazı işleri müdürü olduğu gözetilerek yayımlanan suçta konu yazıyı hakkındaki hüküm kesinleşerek infaz edilen NY’ nin yazdığı sabit olması karşısında, 26.6.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Yasasının 11.maddesi uyarınca cezai sorumluluğunun bulunmadığı gözetilmeden beraati yerine hükümlülüğüne karar verilmesi, Yasaya aykırı görüldüğünden...” Yargıtay 4. CD. 19.11.2008 tarih ve 2008/9599 E.-2008/20828 K. sayılı kararı [UYAP, yayınlanmamıştır]. “...Sorumlu yazı işleri müdürü olan sanık AA’nın 5187 sayılı Yasanın 11. maddesi uyarınca yazıyı yazan kişi belli olduğundan hakaret eyleminden sorumlu tutulamayacağı gözetilmeden hükümlülüğüne karar verilmesi, Yasaya aykırı görüldüğünden...” Yargıtay 4. CD. 27.02.2008 tarih ve 2006/9023 E.-2008/1957 K. sayılı kararı [UYAP, yayınlanmamıştır]. “... Sorumlu Müdür olan sanığın gazetede yayımlanan suçta konu yazının kaynağının muhabir R.D. olduğuna dair 13.08.2001 tarihli savunmasının doğruluğu adı geçen muhabir tanık olarak dinlenip araştırılarak doğru olduğunun saptanması halinde, yazı işleri müdürünün sorumluluğunun bulunmadığına dair 5187 sayılı yasanın 11. maddesinin uygulanması gerekeceğinin gözetilmemesi Yasaya aykırı bulunduğundan...” Yargıtay 4. CD. 21.05.2008 tarih ve 2008/299 E.-2008/10178 K. sayılı kararı [UYAP, yayınlanmamıştır].

Basın Kanunu'nun 21/1-a maddesiyle haberin verilmiş şekli suç sayılmaktadır. Haber verilir verilmemesi kararı ve haberin verilmiş biçimi, sorumlu müdür, yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni veya editör gibi yetkililer tarafından saptandığına göre, suç oluşturan eylem açısından nedensel değer taşıyan hareket de, belirtilen kişilerce gerçekleştirilmiş olmaktadır. Bu durumda, hukuka aykırı netice ile nedensel değer taşıyan hareketi yapan kişi "suç faili"dir.⁷¹ Kısaca, bir süreli yayın için haber yapan veya yazı yazan kişi (örneğin muhabir, yazıyı hazırlayan) haberin verilmiş biçimi konusunda belirleyici değilse, haberin verilmiş biçimi kendisi dışında gelişmiş ise, bu kişiyi salt "eser sahibi" olduğu gerekçesi ile sorumlu tutmamak gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi düşüncenin kabulü eser sahibi yönünden, kusur sorumluluğu ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

b. Sorumlu Müdür ile Bağlı Olduğu Yetkilinin Sorumluluğu

Eser sahibinin sorumluluktan kurtulabileceği haller Basın Kanunu'nun m. 11/3. fıkrasında⁷² düzenlenmiş olup, bunlar; eser sahibinin çeşitli nedenlerle belli olmadığı, Türkiye'de yargılanmadığı, cezalandırılmadığı veya verilecek cezanın önceki mahkumiyet dolayısıyla eser sahibinin cezasına etki etmemesi durumlarıdır. Bu belirtilen durumlarda yayım nedeniyle eser sahibi dışında; sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur.⁷³

⁷¹ Erman / Özek, s. 284. Yazarlar burada suç mağdurunun kimliğini belirleyen bilgileri çıkarmak, tanıtıcı resimleri basmamanın, sorumlu müdürün, sayfayı baskıya hazırlayanın yükümlülüğü olduğunu ve buradan hareketle, yazıyı yazan kişinin aynı zamanda yayımın yapılış biçiminde etkili değilse, sorumlu tutulmasının "sorumluluğun kişiselliği" kuralına aykırı olacağından söz etmektedir.

⁷² Basın Kanunu'nun 11/3. maddesi şöyledir; "Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir."

⁷³ Mülga Basın Kanunu, 5187 sayılı Kanun'dan farklı olarak 16/1. maddesi ile sorumlu müdürü de her halükarda eser sahibi ile birlikte sorumlu tutmakta idi. Anılan madde şöyledir: "Mevkuatelerle işlenen suçlarda sorumluluk, suçu meydana getiren yazıyı veya haberi yazan veya resmi veya karikatürü yapan kimse ile beraber bu mevku-

Anılan maddede “*eser sahibinin belli olmaması*” olarak ifade edilen şey doktrinde “*anonimlik hakkı*” olarak adlandırılan durumdur.⁷⁴ Anonimlik hakkı gereğince, müstear adla veya imzasız yayınlanmış eserlerde “*eser sahibini açıklamama hakkı*”, sorumlu müdüre tanınan bir hak olarak gözükmektedir.⁷⁵ Basın Kanunu’nun m.11/3. fıkrası ile getirilen düzenlemenin, eser sahibinin isminin açıklanması hususunda sadece sorumlu müdürü değil, sorumlu müdür ve onun bağlı olduğu yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör ve basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin de sorumlu olduğunu düzenleyerek anonimlik hakkının sağladığı güvenceyi zayıflattığı görüşü savunulmaktadır.⁷⁶ Diğer taraftan 11/3. maddenin son cümlesindeki “*Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir*” biçimindeki hükümlerle belirtilen sakınca bir ölçüde hafifletilmiş ve sübjektif sorumluluk temeline kaydırılmıştır.⁷⁷

5187 sayılı Basın Kanunu, sorumlu müdürü de yayımla işlenen suçun asli faili saymış ancak, yedek ve ikincil bir sorumluluk olarak düzenlemiştir.⁷⁸ Böylelikle, kademeli sorumluluk sistemi gereği basın yoluyla işlenen suçlarda her şartta bir sorumlunun bulunması da sağ-

tenin ilgili sorumlu müdürüne; 19 uncu maddeye aykırı hareket edilmesi halinde ise sözü edilen kişilerle birlikte mevkuterin sahibi olan gerçek kişiye ve mevkute sahibi olan anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı ile diğer şirket ve tüzel kişilere ait mevkuşlerde tüzel kişiliğın en üst yöneticisine aittir.”

⁷⁴ Anonimlik hakkı için bkz. Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s. 383, Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 629-632, Özen, *Objektif Sorumluluk*, s.268-269.

⁷⁵ “...Suç oluşturduğu iddia edilen yerel gazetede ki yazıyı yazan kişinin (eser sahibinin) kimliğinin belli olması karşısında, sorumlu yazı işleri müdürü sanık H. A.’nın 5187 sayılı Basın Yasasının cezai sorumluluğu düzenleyen 11. maddesinin 2. ve 3. fıkraları hükümleri uyarınca mahkumiyetine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 4. CD’nin 24.10.2007 tarih ve 2006/3982 E.-2007/8338 K. sayılı kararı [UYAP, yayınlanmamıştır].

⁷⁶ İçel / Ünver, s. 275.

⁷⁷ İçel / Ünver, s.275. Yazarlara göre, bu son belirtilen olasılık dışında kalan hallerde, sorumlu müdür veya bağlı olduğu yetkili üzerindeki yaptırım baskısının anonimlik hakkını sınırlayıcı bir hüküm olduğu ifade edilmektedir Bu görüşler için bkz. İçel / Ünver, s. 275. Mülga Basın Kanunu’nun 16. maddesindeki sorumlu müdürün eser sahibi ile birlikte sorumluluğunun objektif sorumluluk esaslı olduğuna dair görüşler için bkz. Ayhan Önder: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II, Beta Yayınevi, İstanbul 1989, s. 395. Sulhi Dönmezer / Sahir Erman: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, Beta Yayınevi, 11. bası, İstanbul 1997, s. 303-304.

⁷⁸ İçel / Ünver, s. 276.

lanmış olmaktadır.

Düşüncemize göre, sorumlu müdür ve onun bağlı olduğu yetkilinin sorumluluğu subjektif sorumluluk temeline dayanmaktadır. Sorumlu müdür ve onun bağlı olduğu yetkilinin temel görevlerinden biri süreli yayını hukuka aykırı içeriklerden arındırmaktır.⁷⁹ Eğer yayın içeriğinde hukuka aykırılık oluşturabilecek bir unsur söz konusu ise, sorumlu müdür ve onun bağlı olduğu yetkili “*veto*” yetkisini kullanarak bu içeriğin yayımlanmasını engelleyebilme hakkına sahiptirler. Gerçekten de 11. maddenin 3. fıkrasının son cümlesindeki anılan hüküm, sorumlu müdür ve bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayının yapılmasını düzenlemekte olup bu hükmün karşıt kavramından, yayının kural olarak sorumlu müdür ve bağlı olduğu yetkilinin iradi davranışıyla gerçekleştiği anlamı çıkmaktadır ve bu da bizi subjektif sorumluluk temellerine götürmektedir. Sorumlu müdür ve bağlı olduğu yetkili, konusu suç oluşturan yayının yapılması hususunda veto haklarını kullanmayarak söz konusu yayının gerçekleşmesini sağlamış iseler “*iradi bir fiil*” den ve dolayısıyla kusur sorumluluğundan söz edilecektir. Sorumlu müdür genel yayın yönetmenine karşı “*veto hakkını kullanamamış ise*”, bu durumda yazı işlerini fiilen yöneten kimsenin genel yayın yönetmeni olduğunu kabul ederek, normatif düzenlemeye rağmen yayından bu şahsı sorumlu tutmamak gerekir.⁸⁰

c. Yayımlananın Sorumluluğu

Basın Kanunu 11. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi ile 3. kademede sorumlu olarak yayımlananın sorumluluğunu düzenlemiştir. Kademeli sorumluluk sistemi gereği, ilk kademede bulunan eser sahibinin ve ikinci kademede bulunan sorumlu müdür ile bağlı oldu-

⁷⁹ Basın Kanunu, bu görevi sadece bir kişiye değil hem sorumlu müdür hem onun bağlı olduğu yetkili olmak üzere iki kişiye yükleyip, çift dereceli bir iç kontrol mekanizması getirmeyi hedeflemiş ve yayının hukuka aykırı içeriklerden mümkün olduğunca arındırılmasını sağlamaya çalışmıştır.

⁸⁰ İçel / Ünver, s.279. Yazarlara göre, sorumlu müdürün dikkat ve özen görevini yerine getirmemesi sonucu konusu suç oluşturan yayım meydana gelmiş ise, bu durumda sorumlu müdürünün davranışı taksirlidir ve sorumluluğu düşünülmalıdır. Ayrıca, ülkemizde de Federal Almanya ve Avusturya’da olduğu gibi, sorumlu müdürlerin taksirden doğan sorumluluklarına dayanan özel bir suç yaratılmasının zorunlu olduğu görüşünü savunulmaktadır, bu görüş için bkz. İçel / Ünver, s. 278-279.

ğu yetkilinin sorumluluğuna gidilemeyecek olan durumlarda üçüncü ve son kademe olarak yayımlatanın sorumluluğu gündeme gelecektir.

Yayımlatanın sorumluluğu yedek-tamamlayıcı bir sorumluluk olup, ancak sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin “karşı çıkmalarına rağmen eserin yayımlanması dolayısıyla sorumlu tutulmadıkları durumda” söz konusu olacağı anılan hükümde ifade edilmiştir.⁸¹ Yayımlatanın sorumluluğu, sübjektif sorumluluk esasına dayanmaktadır. Yayımlatan süreli yayın sahibi, sorumlu müdürün karşı çıkmasına rağmen gerçekleştirdiği yayın dışında sorumlu değildir, çünkü o hukuki sorumluluğu olan bir işverendir.⁸² Sorumlu müdür ve bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen iradesini ortaya koyarak suç oluşturan yayımı yaptıran kişi yayımlatandır ve suç oluşturan yayımdan da sorumlu tutulması doğaldır.

III. BASIN KANUNU’NUN

21. MADDESİNDE DÜZENLENEN SUÇLAR

Basın Kanunu’nun 21. maddesinde yer verilen “kimliğin açıklanması yasağına aykırılık suçları” olarak adlandırdığımız suçlar, üç ayrı bent halinde düzenlenmiş olup, bu suçların ayrı hukuksal değerleri koruma altına alması ve farklılıklar göstermesi nedeniyle, her bentte tanımlanan fiilleri ayrı ayrı irdeleyeceğiz.

Kimlik açıklama yasağına aykırılık suçları ancak bir “süreli yayın-

⁸¹ İçel / Ünver, s. 278-279. Kelkit Asliye Ceza Mahkemesi 01.11.2007 tarihli ve 2007/44 E. - 2007/156 K. sayılı kararında özetle: “...sanık B.T.’nin ... gazetesinde imtiyaz sahibi olmak dışında 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 11/3. maddesinde belirtilen ve aynı Kanunun 18/1. maddesi uyarınca cezai sorumluluğu bulunan yayının yönetmeni vb. gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sıfatını taşımadığı, bu durumda sanık açısından suçun unsurlarının oluşmadığı, bu sanığın sadece Basın Kanunu’nun 18/2-3. maddelerinde belirtildiği üzere gazetenin imtiyaz sahibi olması dolayısıyla gazetenin sorumlu müdürü olan diğer sanık A.T.’ye verilen adli para cezasının infaz aşamasında ödenmesinden bu sanık ile birlikte müteselsilen sorumluluğu olduğu ...” denilerek yayımcının sorumlu olduğu duruma değinmiştir (anılan karar henüz kesinleşmemiş olup, yayınlanmamıştır).

⁸² Demirbaş, s. 365. Yazar, burada 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı Kanun’la değişik Terörle Mücadele Kanunu m.6/4 ve m. 7/2’de yer alan “basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayının sorumluları hakkında bin günden onbin güne kadar adli para cezası” ile cezalandırılmalarının öngörüldüğü hükmünün, süreli yayın sahibinin Basın Kanunu’nda düzenlenen sorumluluğundan farklı olduğuna dikkat çekmektedir. Bu görüş için bkz. Demirbaş, s. 365.

la" işlenebilir. Süreli olmayan yayınlarda aynı türden olaylara değinilmesi durumunda 21. maddeye aykırılık oluşmayacaktır.⁸³ Yine bu suçtan söz edebilmek için, bir "yayın" yapılmış olmalıdır. Bu yayın haber şeklinde veya yorum şeklinde olabilir.

1. Basın Kanunu'nun 21/a Maddesi'nde Düzenlenen Suç ve Unsurları

Basın Kanunu'nun 21/a maddesine göre, süreli yayınlarda 21.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na (TMK) göre evlenmeleri yasaklanmış olan kişiler⁸⁴ arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde bu kişilerin, kimliklerinin açıklanması veya tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapılması fiili suç olarak kabul edilmiştir.⁸⁵

Evlenmeleri yasak olan kişiler arasındaki cinsel ilişkiler "fücur" veya "ensest"⁸⁶ olarak adlandırılmaktadır. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan farklı olarak enseste taraflardan biri mağdur değildir, her iki taraf da suçun failidir, işte bu nedenle karışıklığı önlemek için "rızaaya dayanmayan ensest" ve "rızaaya dayanan ensest" şeklinde bir ayırım yapılmalıdır.⁸⁷ Gerçekten de evlenmeleri yasak olan reşit kişiler arasındaki cinsel ilişki rızaya dayanıyorsa, TCK'ya göre suç ola-

⁸³ Erman / Özek, s. 280.

⁸⁴ Türk Medeni Kanunu'nun 129. maddesine göre "1)Üstsoy ile altsoy arasında, kardeşler arasında, amca, dayı, hala, teyze ile yeğenler arasında, 2)Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile eşlerden biriyle diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında, 3)Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biriyle diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasaktır".

⁸⁵ 5187 sayılı Kanun'un yer verdiği düzenlemeye çok benzeyen düzenlemeye 5680 sayılı mülga Basın Kanunu'nun 33. maddesinde yer verilmiş idi. Mülga Kanun'un bu konudaki düzenlemesi ve eleştirisi için bkz. dn. 94. Artuk / Yenidünya' ya göre, düşünce özgürlüğü mülahazası ile mümkün olduğunca medyaya müdahaleden kaçınarak özdenetim mekanizmalarının işlemlerini beklemekte olan kanun koyucu, burada "toplum ahlakının korunması" işini medyaya bırakmayarak bizzat düzenleme ihtiyacı duymuş, yasaklara başvurmadan kendini alamamıştır, bkz. Artuk / Yenidünya, s. 12-13.

⁸⁶ "Fücur" kelimesi Arapça kökenli olup, TDK Sözlüğü'nde "yakınlar arası cinsel ilişki" olarak, "ensest" ise "aile içi yasak ilişki" olarak tanımlanmaktadır, bkz. <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/> (23.07.2009).

⁸⁷ Belirtilen görüş ve ensest ilişkinin hukuksal değerlendirilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Türkan Yalçın Sancar / Tuğçe Nimet Yaşar, "Ensest, "Genel Ahlak" ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kararı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 21, Sayı 80, Ankara Ocak-Şubat 2009, s. 245- 297.

rak kabul edilmemektedir. Ensest ilişki fiilleri bazı ülkelerde suç olarak kabul edilmektedir.⁸⁸ Ülkemizde ise “ensest” ilişki suç olarak tanımlanıp yaptırım altına alınmamış olmakla birlikte, “cezayı ağırlaştırıcı neden” olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan cinsel saldırı (TCK m. 102/3-c) ve çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103/3) fiillerinin evlenme yasağı bulunan bazı kişiler tarafından işlenmesini cezayı ağırlaştırıcı neden kabul etmiştir. Bizce, kanun koyucu ensest ilişkinin ülkemizde de gerçekleşebilme olasılığını göz önünde tutarak belirttiğimiz düzenlemeyi getirmiştir.⁸⁹

a. Türk Medeni Kanunu’na göre evlenmeleri yasak olan kişiler⁹⁰ arasındaki cinsel ilişkiye ilişkin haberlerde bu kişilerin kimliklerinin açıklanması suçunun hukuki konusu, bu eylemleri gerçekleştirenlerin kişilik haklarının⁹¹ ve ailenin korunmasıdır.⁹² Kimliğin açıklanmaması suretiyle, bu fiili gerçekleştiren kişilerin şahsiyet haklarının korunması çerçevesinde, gelecek hayatlarında bu yayının olası olumsuz etkilerinden uzak tutulmaları amaçlanmaktadır.⁹³

⁸⁸ Ensest ilişki kutsal kitaplarda yasaklanmış, Avrupa’nın hemen hemen bütün devletlerinde ve ABD’nin tüm eyaletlerinde suç olarak kabul edilip ciddi cezalarla yaptırıma bağlanmıştır. Ülkemizde “genel ahlak”ın güçlü olduğuna ve bu nedenle ensest gibi suçların işlenemeyeceğine dair inanç, artık “rızaı olmayan” ensesti örtmeye yetmemektedir. Rızai ensestin örneklerinin olup olmadığı ise fazlaca bilinmemekte, bilirse de dile gelmemektedir, bu görüş için bkz. Sancar / Yaşar, s. 246.

⁸⁹ Sancar / Yaşar ise, bu eylemin ülkemizde suç olarak kabul edilmemiş olmasının, eylemin kabul edilebilirliğine değil, eylemin asla gerçekleşmeyeceğine dair söyleme dayanmakta olduğu görüşündedir, bkz. Sancar / Yaşar, s. 246. Doktrinde, Türk toplumunda özellikle evlenmeleri yasak olan kişiler arasındaki rızaya dayanan cinsel ilişkiler hakkındaki haberlerin toplum mensupları arasında kötü etkiler yarattığı ve bu madde ile bazı haberlerin yaratacağı kötü tahrik ve taklit hislerini önlemenin amaçlandığı belirtilmektedir, bkz. Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s. 387.

⁹⁰ Evlenmesi yasak olan kişiler için bkz. yukarıda dn. 84.

⁹¹ Doktrinde, bu yasak yoluyla kişilerin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkında da bir güvence sağlandığı belirtilmektedir, bkz. Şen, s. 178.

⁹² Maddenin gerekçesinde, bu düzenleme ile 5680 sayılı Kanun’un 33. maddesinin aksine, evlenmeleri yasak olan kimseler arasındaki ilişkiler değil, bu kişilerin kimliklerinin açıklanmasının yasaklandığı belirtilmiştir, gerekçe için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0781.pdf>. (24.07.2009).

⁹³ Özek, 5680 sayılı Kanun’un 33/1. maddesinde düzenlenen suç ile bu eylemleri gerçekleştirenlerin kişilik haklarının ve genel ahlakın korunmasının amaçlandığından söz etmektedir, bkz. Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 318. Doktrinde, ensest suçunun değişik değerleri ihlal ettiği, ancak bunların başında “genel ahlak” geldiği belirtilmektedir, bu görüş için bkz. Sancar / Yaşar, s. 249.

5680 sayılı mülga Kanun 33. maddesinin 1. bendiyle, belirtilen eylemlere dair haber veya yazıların yayınlanmasını dahi suç olarak düzenlemekte ve salt bu yönüyle dahi “haber verme hakkı” nı ağır şekilde ihlal ettiği gerekçesiyle doktrinde yoğun olarak eleştirilmekte idi.⁹⁴ Yasa koyucu bu düzenleme ile mülga düzenlemenin aksine, haber verme hakkını tamamen engelleyen belirtilen hükmü kaldırmış, ancak kimliklerin açıklanması yönünden sınırlandırma getirmeyi tercih etmiştir.

b. Bu suçun pasif süjesi, aile ve bu ilişkiye katılan bireylerdir. Bu ilişkiye katılan kişileri her şartta fail veya mağdur olarak vasıflandırmaya olanak bulunmamaktadır. Fücür ilişkisi tarafların rızası ile gerçekleşmiş ise, eylem TCK’ya göre suç oluşturmamaktadır. Bu durumda fail ve mağdurdan söz edilmesi de imkansızdır. İşte kanun koyucu, ailenin korunması gibi yücelttiği bir amaç için, suç sayılmayan ancak toplumda aşırı tepkilere yol açan bu fiillerin taraflarının kimliklerinin açıklanmaması kuralını getirmiştir. Mağdurun kendi adının açıklanması konusundaki rızası fiili hukuka uygun duruma getirmez, bu da yasaklamanın gerçekte kamusal amaca yöneldiğini ve genel ahlakın korunmak istendiğini göstermektedir.⁹⁵

c. Suçun maddi unsuru, süreli yayınlarda TMK’ya göre evlenmeleri yasak olan kişiler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili bu kişilerin kimliklerinin açıklanması veya tanınmalarına yol açacak şekilde “yayın” yapmaktır. Maddede belirtilen fiillerin haber olarak verilmesi, incelenmesi, yorumlanması hakkı vardır, suç olarak tanımlanan ise ilişkiye katılan kişilerin kimliklerinin açıklanması⁹⁶ veya yapılan yayın ile tanınmalarına neden olunmasıdır.

d. Kimliğin açıklanması yasağına aykırılık suçu, TMK’na göre evlenmeleri yasak olan kişiler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili olarak ya-

⁹⁴ Bu eleştiriler için bkz. Erman / Özek, s. 275-277, Özek, *Türk Basın Hukuku*, s.318. Bizce, kanun koyucunun önceki Kanun döneminde, belirtilen norm ile korunmasını amaçladığı “genel ahlak” kavramına bu denli üstünlük tanıyarak haber alma özgürlüğünü sınırlaması Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınmış olan “haber alma özgürlüğüne” uygun bir düzenleme değil idi. Bizce, bu nedene dayanarak yapılacak bir sınırlandırmanın Anayasa’nın 13. maddesinde ifadesini bulan “özgürlüklerin özüne dokunma yasağı” ve “ölçülülük” ilkelerini (bkz. yukarıda dn. 7.) ihlal edeceği savunulabilir.

⁹⁵ Özek, *Türk Basın Hukuku*, s.319-320.

⁹⁶ Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 319.

pılmış olan bu kişilerin kimliklerinin açıklanması veya tanınmalarına yol açacak haberin yayımlanması ile tamamlanmış olur.

e. Kanun'un 21/a maddesinde düzenlenen belirtilen yasağa aykırılık suçu ancak kasten işlenebilir. Bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

2. Basın Kanunu'nun 21/b Maddesinde Düzenlenen Suç ve Unsurları

Kanun'un 21. maddesinin (b) bendinde, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen bazı suçların ve fuhşa sürüklenme suçlarının mağdurlarına ilişkin süreli yayınlarla yapılan haberlerde suç mağdurlarının kimliklerinin açıklanması ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapma eylemi suç olarak tanımlanmıştır.⁹⁷

a. Basın Kanunu'nun 21. maddesinin (b) bendinde yer verilen 765 sayılı TCK'nın 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436. maddelerinde düzenlenen suçlara 5237 sayılı TCK'da karşılık gelen hükümlerin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi gereklidir. Örneğin, 765 sayılı TCK'nın 423. maddesinde düzenlenen "*evlenmek vaadiyle kızlık bozmak*" fiili artık suç olmaktan çıkarılmıştır, yine Basın Kanunu'nun 21/b maddesinde yer verilen cinsel dokunulmazlığa karşı bir çok suç, 5237 sayılı TCK'da unsurları yeniden ele alınarak düzenlenmiştir.⁹⁸ Mülga TCK'nın belirtilen maddelerinde suç olarak tanımlanan fiillerin 5237 sayılı TCK'daki karşılığını oluşturan maddelerin, her suç tipinin cezalandırılma şartları ve unsurları yönünden ayrı ayrı değerlendirilerek belirlenmesi gereklidir. 5237 sayılı TCK, mülga TCK'dan farklı olarak cinsel suçları "*kişinin cinsel dokunulmazlığına karşı suç*" olarak

⁹⁷ 5187 sayılı Kanun'un suç olarak tanımladığı bu fiil, 5680 sayılı mülga Basın Kanunu'nda da suç olarak tanımlanmıştı. Ayrıca 5680 sayılı Kanun'un 33/2. maddesi, 5187 sayılı Kanun'un 21. maddesinin (b) bendinde sayılanlara ek olarak 765 sayılı TCK'nın 440, 441 ve 442. maddelerinde düzenlenen ve artık TCK'nın suç olarak düzenlemediği zina fiilleri ile ilgili yapılan haberleri de kapsamına dahil etmiş idi.

⁹⁸ Biz, çalışmamızın konusunu göz önünde tutarak, bağımsız bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek olan bu hususun ayrıntılarına çok fazla girmeksizin, yalnızca mevcut kuralın bu yönüyle sorun doğurma potansiyeline dikkat çekmek istediğimizi belirtmekle yetiniyoruz.

düzenlemiştir.⁹⁹ Diğer taraftan, Basın Kanunu'nun 21/b maddesinde sayılan suç tiplerinden birisine uyan tipik fiil, 5237 sayılı Kanun'a göre suç oluşturmuyor ise, bu durumda suç oluşturmayan fiile ilişkin yayın yapılması halinde, kanunilik ilkesi yönünden tartışmalar doğması kaçınılmazdır.¹⁰⁰ Bizce yapılması gereken, kanun koyucunun bir değişikliklikle anılan maddede sayılan hükümleri 5237 sayılı TCK hükümlerine göre yeniden düzenlemesidir.¹⁰¹

b. Suçun hukuki konusu, cinsel dokunulmazlıklarına karşı işlenen suç veya fuhşa sürüklenme suçu nedeniyle mağdur olan kişilerle ilgili yayınlarda, bu kişilerin tanınmalarının önlenmesi suretiyle, bu eylemler dolayısıyla gelecekte mağdurların kişilik haklarının zarar görme olasılıklarını bertaraf etmektir.¹⁰² Bu düzenleme ile getirilen yasaklama hem bu suçların mağdurlarının kişilik haklarının korunmasını sağlamak, hem de genel ahlakı korumak amacına yöneliktir.¹⁰³

c. Suçun pasif süjesi, kanunda düzenlenen suç tipleri ile cinsel dokunulmazlığı saldırıya uğrayan, cinsel istimara uğrayan, cinsel tacize maruz kalan, fuhşa teşvik edilen ve fuhşa sürüklenenlerden yapılan yayın ile kimliği açıklanan kişidir.

5237 sayılı TCK'nın 102. maddesindeki cinsel saldırı suçunda, cinselliği saldırıya uğrayan insan,¹⁰⁴ 103. maddedeki çocukların cinsel

⁹⁹ Bilindiği gibi, mülga TCK bu suçları "topluma karşı suçlar" arasında düzenlemiştir.

¹⁰⁰ Kanun koyucu bir fiili artık suç olmaktan çıkarmış ise, bu fiil nedeniyle yapılan haberde kimliğin açıklanmasının da kanunilik ilkesi gereği artık suç olarak değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

¹⁰¹ Düşüncemize göre, bu değişikliğin yapılması 08 Şubat 2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Kanunu olarak adlandırılan düzenlemenin içinde yer verilerek gerçekleştirilmeli ve günümüze kadar bırakılmamalı idi.

¹⁰² Maddenin gerekçesinde, bu düzenleme ile TCK'nın 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436. maddelerinde öngörülen suçların yaşı ne olursa olsun mağdurlarının tanıtılması ve kimliklerinin açıklanmasının yasaklandığı, bu hükümlerle belirtilen suçların mağdurlarının korunduğu belirtilmiştir, gerekçe için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0781.pdf>. (24.07.2009). Doktrinde, bu yasağın getirilişinde bizim sosyal gerçeklerimizden birisinin göz önünde tutulduğu ve hükmün masum insanları koruma amacı güttüğünden söz edilmektedir, bu görüş için bkz. Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s.387.

¹⁰³ Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 318. Aynı görüşte, Şen, s.179.

¹⁰⁴ Doktrinde, TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun mağdurunun sadece bir insan olabileceği, bu insanın erkek veya kadın, bekar veya evli oluşunun suçun oluşması yönünden önemli olmadığı belirtilmektedir, bkz. Nev-

istismarı suçunda cinselliği istismar edilen çocuk suçun pasif süjesidir. TCK'nın 104. maddesindeki reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda cinsel ilişkiye girilen on beş yaşını bitirmiş ancak reşit olmayan suç mağduru, TCK'nın 105. maddesindeki cinsel taciz suçunda ise, cinsel amaçlı taciz fiiline maruz kalan suç mağduru, bu suçun pasif süjesidir. 5237 sayılı TCK'da "genel ahlaka karşı suçlar" bölümünde düzenlenmiş olan "fuhşa teşvik"¹⁰⁵ suçlarında ise, suçun pasif süjesi fuhşa teşvik edilen, fuhşa sürüklenen kişi bu suçun pasif süjesidir. İşte belirttiğimiz bu kişilerin mağdur olduğu, belirtilen suçlara ilişkin yayınlarda kimliklerinin açıklanması halinde bu kişiler ayrıca Basın Kanunu'nun 21/b maddesinde düzenlenen suçun da pasif süjesi olacaklardır.

d. Suçun maddi unsuru, maddede sayılan TCK'daki bazı suçlara ilişkin haberlerde mağdurların kimliklerini açıklayacak şekilde yayın yapılması eylemidir. Basın Kanunu'nun 21/b maddesinde belirtilen suçun işlenebilmesi, yayına konu olan olayın maddede belirtilen suç tiplerinden birisi kapsamında bulunması şartına bağlıdır.

Bu suçu oluşturabilecek haber, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 414, 415, 416, 421, 423,¹⁰⁶ 429, 430, 435 ve 436. maddelerinde düzenlenen suçlara ilişkin bir haber olmalıdır. Bunlar;

1. 765 sayılı TCK'nın 414, 415, 416, 421ve 423. maddelerinde ve 5237 sayılı TCK'nın 102, 103, 104 ve 105. maddelerinde düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin yayın,

2. 765 sayılı TCK'nın 429 ve 430. maddelerinde ve 5237 sayılı TCK'nın 109. maddesinde düzenlenen cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin yayın,

3. 765 sayılı TCK'nın 435 ve 436. maddelerinde ve 5237 sayılı TCK'nın 227. maddesinde düzenlenen fuhuş fiiline ilişkin yayın ya-

zat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2007, s. 58.

¹⁰⁵ TCK'nın 227. maddesi "fuhuş" kenar başlığını taşımakta ise de, hükümlerle yaptırıma bağlanan eylem fuhşa teşvik ve sürüklemidir.

¹⁰⁶ 765 sayılı TCK'nın 423. maddesi "her kim onbeş yaşını dolduran bir kıza alacağı diyerek kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır..." hükmünü içermekte olup 5237 sayılı TCK'da bu düzenlemenin karşılığı bulunmamaktadır. Sonuç olarak, kanun koyucu artık "evlenmek vaadiyle kızlık bozmak" eylemini suç olmaktan çıkarmıştır, dolayısıyla Basın Kanunu'nun 21/b maddesinde belirtilen "...765 sayılı TCK'nın 423. maddesinde yazılı cürüme ilişkin suç mağdurunun kimliğinin açıklanması veya tanınmasına yol açacak şekilde yayın yapılması..." halinde suç oluşmayacağı kabul etmek kanunilik ilkesinin sonucu olmak gerekir.

pılması söz konusu olduğunda, bu fiillerin mağdurlarının kimlikleri açıklanamayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapılamayacaktır.

Belirtilen kimlik açıklama yasağı, maddede sayılan suçların hafif ve ağırlaştırılmış biçimlerini de kapsamakta olup, ancak diğer taraftan, 21. maddede düzenlenen suçların daha ağır suçlarla kaynaşık birlikte haber verilmesi durumunda, bu haberin yayımının artık 21. maddeye göre suç oluşturmayacağı kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Örneğin, cinsel saldırıya maruz kalan kişinin, salt suçu gizlemek ve suç delillerini ortadan kaldırmak için öldürülmesi halinde, fiil TCK'nun 82/1-h maddesinde düzenlenen suç tipini oluşturacağından, burada Basın Kanunu'nun 21/b maddesinde sayılan suçlardan birisi söz konusu olmadığından, bu olayın haber yapılması ve suç mağdurunun kimliğinin açıklanması halinde Basın Kanunu'nun 21/b maddesinde düzenlenen suç oluşmayacaktır. Diğer yönden, maddede sayılan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların failinin bu suçtan mahkum edilip edilmemesinin önemi yoktur, yayın yapılan suç genel af ile ortadan kalkmış olsa bile, mağdurun kimliği hakkında yayın yapılamaz.¹⁰⁸ Cinsel dokunulmazlığı saldırıya uğrayan kişinin, yayın anından önce veya sonra rıza göstermesi, eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacaktır.

e. Bu suça da “yayım” faaliyetinin niteliği itibarıyla teşebbüsün mümkün olmaması gereklidir. Yayım olgusu gerçekleştiği anda suç tamamlanmış sayılır. Yayım anına kadar gerçekleşen hareketler, hazırlık hareketleri kapsamında olup, tipe uygun fiili oluşturmazlar.

f. Kanun'un 21/b maddesinde düzenlenen kimlik açıklama yasağına aykırılık suçu, ancak kasten işlenebilecek bir suçtur.

3. Basın Kanunu'nun 21/c Maddesinde Düzenlenen Suç ve Unsurları

Basın Kanunu'nun 21. maddesinin (c) bendinde on sekiz yaşından küçük olan kişilerin fail veya mağdur olarak yer aldığı suçlarda, bu kişilerle ilgili olarak yapılacak haberlerde, kimliklerinin açıklanması veya kimliklerinin tanınmasına yol açacak şekilde yayın yapılması fi-

¹⁰⁷ Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 319..

¹⁰⁸ Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s. 389.

ili suç olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁹ Bu norm ile kanun koyucunun çocukların kişilik haklarını korumak istemesi son derece isabetlidir.¹¹⁰ Kanun koyucu, küçüklerin her hangi bir suçun faili veya mağduru olmaları halinde, şahsiyet haklarının bütünüünün korunması ve reşit olmadan toplumdan suçlu damgası ile uzaklaştırılmasının engellenmesi için bu yasağı getirmiştir.¹¹¹ Ancak, getirilen bu yasağa rağmen, bu hükmün uygulamada oldukça yoğun şekilde ihlal edildiğini söylemek mümkündür.¹¹²

a. Suçun hukuki konusu, on sekiz yaşından küçük kişilerin yani çocukların fail veya mağdur olduğu suçlarla ilgili haberlerde, bu kişilerin kimliklerinin açıklanmaması ya da tanınmalarına yol açacak şekilde haber yapılmaması suretiyle bu kişilerin kişilik haklarının korunması, geleceklere açısından doğabilecek olası olumsuz sonuçların ortaya çıkmasının daha ilk baştan engellenmesidir.

b. Suçun pasif süjesi, onsekiz yaşını henüz tamamlamamış olan ve yayının konusunu oluşturan suçta fail ya da mağdur olarak yer alan kişidir, yani çocuklardır. 5187 sayılı Kanun'dan sonra 15.07.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3/1-a maddesine göre; "...daha erken yaşta ergin olsa bile ,onsekiz yaşını doldurmamış olan kişi.." bu kanunun uygulanmasında çocuk sayılmaktadır. Dolayısıyla, Çocuk Koruma Kanunu'nun kapsamında bulunan on sekiz yaşını tamamlamamış kişiler, bir başka deyişle çocuklar, ister fail¹¹³

¹⁰⁹ Mülga 5680 sayılı Kanun'un 33. maddesinin 3. bendinde de aynı fiiller suç olarak düzenlenmiş idi.

¹¹⁰ Kanun'un gerekçesinde de, bu düzenleme ile on sekiz yaşından küçüklerin işlediği veya bunlara karşı işlenen suçlarla ilgili haberler değil, bu kişilerin tanıtılması ile kimliklerinin açıklanmasının yasaklandığı ve küçüklerin korunduğu belirtilmiştir. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0781.pdf>. (24.07.2009).

¹¹¹ Şen, s. 180.

¹¹² İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi 16.10.2007 tarih ve 2005/398 E.-2007/567 K. sayılı kararında özetle; "... Sanık Y.Y'nin sorumlu müdürlüğünü, sanık E. E.'nin ise sorumlu yazı işleri müdürünün bağlı olduğu yetkilisi olduğu, ...gazetesinin 04.06.2005 tarihli nüshasının 15. sayfasında yer alan 'OTUZİKİ DONDURMA ZEDE' başlıklı haberde Esenler ilçesinde çoğunluğu çocuk olan 32 kişinin yedikleri dondurmadan zehirlenerek hastaneye kaldırıldığı ve taksirle yaralama suçunun mağdurları olan H.Y. ve B.Y.'nin isimleri yazılarak fotoğrafları basılmak suretiyle 5187 sayılı Yasanın 21/c-son maddesi uyarınca sanıkların cezalandırılmalarına..." şeklinde hüküm kurulmuştur (anılan karar henüz kesinleşmemiş olup, yayımlanmamıştır).

¹¹³ Çocuk Koruma Kanunu'nun 3. maddesi "suça sürüklenen çocuk" terimini tercih etmiştir. Anılan Kanun'un 3/1-a-2. maddesine göre; "Suça sürüklenen çocuk: Kanun-

ister mağdur olarak bir suçta yer almış olsunlar, bu suçun pasif süjesini oluştururlar. Haberde kimliği açıklanan kişinin yaşının şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirlenmesi için, nüfus kaydının getirtilerek soruşturma aşamasında incelenmesi gereklidir.¹¹⁴ Eğer suçun pasif süjesinin yaşı konusunda şüphe var ise, gerçek yaşı belirlenmeli ve gerçek yaşı büyük ise failin lehine değerlendirme yapılmalıdır.¹¹⁵

c. Suçun maddi unsuru haberin kimliğin belirlenmesi sonucuna yol açacak şekilde yayımıdır. Küçükler yönünden yapılan bu düzenlemede 21. maddenin (a) ve (b) bentlerinde düzenlenen fiillerden farklı olarak, haberin konusunu oluşturan suç yönünden herhangi bir sınırlama veya belirlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle 21. maddenin (c) bendinde tanımlanan suçun, on sekiz yaşını tamamlamamış olan kişilerin fail veya mağdur olduğu herhangi bir suça ilişkin haberin veriliş şekli itibarıyla işlenmesi mümkündür. Suçların kaynaşarak niteliğinin değişmesi, suça tesir eden sebeplerin varlığı, sorumluluk durumları, cezalandırılabilme yeteneği vs. açısından ortaya çıkan hukuksal durum ne olursa olsun, küçük mağdurun veya failin kimliğinin açıklanması suç oluşturmaktadır.¹¹⁶ Anılan norm ile küçüğün korunması amacıyla getirilen kimlik açıklama yasağı “mutlak” nitelikte olup, bu bağlamda olmak üzere, küçüğün kimliğinin kamuoyu tarafından daha önce yapılan yazılı veya görüntülü başka yayınlarla öğrenilmiş olmasının da, eylemi suç olmaktan çıkarmayacağı düşüncesindeyiz.¹¹⁷

larda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu ifade eder”.

¹¹⁴ Yargıtay 7. CD 15.10.1991 tarih ve 1991/7805-10807 E.-K. sayılı kararında özetle “...gazetesinde yayınlanan bir haber yazısında kimliğine açık olarak yer verilen küçüğün yaşı tespit edilmeden ve doğum kaydı getirtilmeden gazetede beyanına itibar edilerek sanık sorumlu müdürün 5680 sayılı Kanun’un 33. maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır...” demiştir [Yargıtay].

¹¹⁵ Aksi halde, yani az rastlanılabilecek bir durum olsa da mağdurun nüfus kaydında büyük gözükmesine karşın gerçekte küçük olmasının iddia edilmesi halinde ise, eylemin suç oluşturmayaacağına karar verilmelidir. Basın mensubu nüfus siciline güvenerek, gerçekte küçük olan bir kişiyi reşit sanarak kimliğini açıklayan yayın yapmış ise, nüfus siciline güvendiği için korunmalıdır.

¹¹⁶ Erman / Özek, s. 283.

¹¹⁷ İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi 25.10.2007 Tarih ve 2007/157-629 E.-K. sayılı (belirtilen görüşümüzün aksi yönündeki) kararında özetle; “...gazetesinin 24.01.2007 tarihli nüshasının 1,21. sayfasında yer alan “İşte büyük abi, teröre lanet, vur emrini büyük abi E. mi verdi, her şeyi itiraf etti, örgütü sakladı” başlıklı yazıda İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturma ile ilgili olarak maktül H.D.’yi

Kanunilik ilkesinin gereği olarak, ancak kanunda “suç” olarak tanımlanmış fiiller söz konusu olduğunda, bu suç gündeme gelebilecektir. Kanun koyucunun kabahat olarak düzenlediği ve karşılığında idari yaptırım kararı verilmesini öngördüğü eylemler açısından ise, 21. maddenin (c) bendi açıkça “suç faili veya mağdur” nu kapsamında bulundurduğu için (örneğin; küçüklerin dilencilik yapması –Kabahatler Kanunu m. 33- veya küçüğün kumar oynaması –Kabahatler Kanunu m. 34- hakkında bir haberde küçüğün kimliğinin açıklanması halinde) eylem suç oluşturmayacaktır. Bu uygulama, normun hedeflediği hukuki değeri koruma amacını karşılamayacak ise de aksinin kabulü

öldürme olayı şüphelisi 18 yaşından küçük O.S.’nin fotoğrafının yayınlanıp, ad ve soyadının da yazıldığından bahisle kamu davası açılmış ise de; H.D.’nin öldürülmesi ile ilgili olarak yazılı ve görsel medyada birden çok haberin yayınlandığı, olayın şüphelisi O.S.’nin ilk etapta açık kimliğinin belirlenemediği, ancak çevrede bulunan güvenlik kameralarında görüntülerinin tesbit edildiği, bunun üzerine güvenlik görevlileri ve yetkili kişiler tarafından açık kimliğinin ve yakalanmasının temini için yazılı ve görsel medyaya bu görüntülerin verildiği, daha sonra da şüphelinin Samsun ilinde yakalandıktan sonra sorgulamasının yapılması için İstanbul’a getirildiği, bu aşamada kamuoyunu bilgilendirme ve aydınlatmaya yönelik olarak O.S.’nin yaşının küçük olmasına rağmen İstanbul Valisi ve emniyet müdürü tarafından açık kimliğinin kamuoyuna ve basın mensuplarına duyurulduğu, bu aşamadan sonra yazılı ve görsel medyada O.S.’nin kimliğinin ve fotoğraflarının çok miktarda olmak üzere yayınlandığı, ... gazetesinin de O.S.’nin kimliğini yayınlamasına rağmen, sanığın yakalanabilmesi için basın toplantısı yapılarak O.S.’nin adının İstanbul Valiliği, Emniyet Müdürlüğü, İçişleri Bakanlığı ve tüm yetkililerce ifade edildiği, açıklandığı, gazetenin de bunu haber yaptığı, günlerce medyada yayınlandığı ve bu nedenle kamuoyu aydınlatma amacıyla haberin yapıldığı anlaşıldığından, unsurları oluşmayan atılı suçtan sanığın beraatına karar verilmesi gerekmiştir...” diyerek suç faili küçüğün kimliğinin daha önce açıklanmış olması nedeniyle, daha sonra yapılacak kimlik açıklama yasağına aykırılık oluşturacak şekilde yayın yapmanın Basın Kanunu’nun 21. maddesindeki suçun oluşmadığından söz edilmesi de mümkün değildir. İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi 25.10.2007 tarihli ve 2007/149-635 E.-K. sayılı kararında da bu defa başka bir gazetenin aynı olaya ilişkin, küçüğün kimliğinin açıklandığı yukarıda değinilen ilk haberden sekiz gün sonra 01.02.2007 tarihinde, yine aynı küçük suç failinin fotoğrafının ve kimliğinin yayınlanması durumunda, benzer gerekçeye dayanarak fiilin suç oluşturmadığına karar vermiştir (özetlenen kararlar henüz kesinleşmemiş olup, yayınlanmamıştır).

ceza hukukunda genişletici yorum yasağı kapsamına girilmesine neden olacaktır.

Yayının konusunu oluşturan haberin bir suça ilişkin olup olmadığı konusunda, haberi yapan ile sorumlu müdür ve yayın yönetmeni gibi diğer yetkililerin mesleki faaliyetlerinden doğan “araştırma yapma yükümlülüğü” bulunmaktadır. Yapılacak araştırma sonucunda haber konusu olan olay, suç oluşturduğu düşünülebilecek nitelikte bir eylem ise, bunda fail veya mağdur olarak yer alan küçüklerin kimliklerinin açıklanmaması gereklidir. Ancak, yayım olgusunun süratle gerçekleştirilmesinin gerekliliği dikkate alındığında, ortada suç oluşturan bir eylemin bulunup bulunmadığını hemen bilebilmek her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenle, araştırma yükümlülüğünün dikkatle yerine getirilmesine karşın, anılan eylemin suç oluşturduğu objektif olarak düşünülemeyecek ise, bu durumda TCK’nın 30/1. maddesi gereğince fail kasten hareket etmiş olmayacak ve suç oluşmayacaktır.

Doktrinde objektif sorumluluk hallerinde “hata”¹¹⁸ haline ilişkin olarak farklı görüşler bulunmakla birlikte,¹¹⁹ düşüncemize göre; failin suçun pasif süjesinin yaşı konusunda hataya düşüp (onsekiz yaşından büyük olduğunu düşünerek) yayım fiilini gerçekleştirme durumunda, kasten hareket etmiş olmayacağından (TCK m. 30/1) ve eylemin taksirli hali de cezalandırılmadığından suç oluşmayacaktır.

d. On sekiz yaşından küçük çocukla ilgili kimliğinin açıklandığı haberin yayımı ile suç tamamlanır. Daha önce belirttiğimiz açıklamalar doğrultusunda, bu suça da teşebbüs mümkün değildir.

Haberin ağırlık noktası ne olursa olsun, küçük failin veya mağdurun kimliğinin açıklanması hukuka aykırıdır. Bu nedenledir ki, sanık durumundaki küçüğün beraat etmesi durumunda da, bu karardan önce yapılan yayında kimliğin açıklanması eyleminin suç oluşturaca-

¹¹⁸ Fiil üzerinde hata hakkında geniş bilgi için bkz. Devrim Güngör: *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.

¹¹⁹ Dönmezer, “objektif sorumluluk hallerinde iradi harekette hata halinde sorumluluğun kalkacağı” görüşünü savunmaktadır. Bu görüş için bkz. Sulhi Dönmezer: *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003 (Genel Ceza Hukuku), s. 230. Güngör ise; “Fiil üzerinde hatanın esası, istenilen fiil ile gerçekleşen fiil arasındaki farka dayanmakta olup, objektif sorumluluk hallerinde bu fark dikkate alınmadığından, hatanın fiilin kurucu unsurlarına ilişkin olması halinde bile fail gerçekleşen sonuçtan dolayı sorumlu olur” görüşündedir, bkz. Güngör, s. 86-87.

ğını söyleyebiliriz.¹²⁰

e. Kanun'un 21/c maddesinde düzenlenen küçüklerin kimliklerinin açıklanması yasağına aykırılık suçu kasten işlenebilecek bir suçtur.

4. Soruşturma Usulü ve Dava Açma Süresi

Basın Kanunu'nun 21. maddesinde yaptırım altına alınan eylem resen soruşturmaya tabidir. Dolayısıyla, Cumhuriyet Savcılığınca süreli yayın ile kimlik açıklama yasağına aykırılık oluşturan bir yayının belirlenmesi halinde failer hakkında resen soruşturma yapılacaktır. Diğer taraftan anılan normla düzenlenen fiil yalnızca adli para cezasını gerektirdiğinden, TCK'nun 75. maddesi gereğince önödeme tabidir.¹²¹ Cumhuriyet Savcılığınca yapılacak tebligat üzerine fail on gün içinde Basın Kanunu'nun 21. maddesindeki adli para cezasını soruşturma giderleri ile birlikte ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmayacak veya kamu davası açılmış ise "*düşme*" kararı verilecektir.

Basılmış eserler yoluyla işlenen veya Basın Kanunu'nda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davasının, günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması¹²² zorunludur¹²³ (Basın Kanunu m. 26/1). Basın Kanunu'nun basın suçla-

¹²⁰ Erman / Özek, s.283.

¹²¹ Doktrinde, ön ödemede Cumhuriyet Savcısı'nın hukuki tavsifinin esas alındığı ve ödemenin kabule bağlı tutulduğu, bu nedenle "*savcının ceza kararnamesi*" olarak adlandırılabilceği ifade edilmektedir, belirtilen görüş ve ön ödeme kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nurullah Kunter / Feridun Yenisey / Ayşe Nuhoglu: *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, 15. bası, İstanbul Kasım 2006, s. 1057-1063.

¹²² Mülga Basın Kanunu'nun 35/1. maddesinde dava açma süreleri; yazılı olan veya basın yoluyla işlenmiş bulunan suçlardan dolayı, günlük mevkateler hakkında altı ay, diğer basılmış eserler hakkında bir yıl olarak düzenlenmiş iken, 5187 sayılı Kanun bu süreleri belirttiği gibi önceden altı ay olan durumda iki ay ve bir yıl olan durumda ise dört ay olarak belirleyerek ciddi şekilde kısaltmış olup, bu yönüyle basın özgürlüğüne güvence getirdiğini söylemek mümkündür.

¹²³ Mülga Basın Kanunu 35/1. maddesinde "...süre içinde açılmayan davalar dinlenmez" diyerek bu sürelerin "*hak düşürücü süre*" olduğuna işaret etmekte idi. 5187 sayılı Basın Kanunu ise 26/1. maddesinde "...ceza davalarının ...içinde açılması zorunludur" diyerek soruşturmayı yapan Cumhuriyet Savcılarına yönelik "*buyurucu*" bir ifade şeklini tercih etmiş ise de, bizce bu düzenleme anılan normun "*hak düşürücü süre*" niteliğini değiştirmemektedir.

rının yargılanması usulünde daima göz önünde tuttuğu ilke sürattir.¹²⁴ Gerçekten de kanun koyucu, basın olgusunun özelliği nedeniyle basın yoluyla işlenen suçlarda dava açılmasını hak düşürücü süreye¹²⁵ tabi kılmıştır. Kanun koyucunun dava açmayı kısa sürelerle sınırlandırmasındaki amaç, yapılan haber dolayısıyla uzun zamanaşımı süreleri boyunca basının cezalandırılma baskısı altında kalmasının engellenmesidir. Bu sürelerin hak düşürücü süreler olması nedeniyle uzaması ve kesilmesi söz konusu olamaz, bu açıdandır ki örneğin, dava yanlış bir kimse aleyhine açılrsa ve yürütülemezse, asıl fail aleyhine yeniden dava açabilmek mümkün olmaz.¹²⁶ Yargıtay da Basın Kanunu'nun 26. maddesindeki dava açma süresinin "hak düşürücü süre" niteliğinde olduğunu¹²⁷ kabul etmekte ve bu süreler içinde kamu davasının açılması zorunluluğunu ise "yargılama şartı" olarak görmektedir.¹²⁸

¹²⁴ Dönmezer, *Matbuat Suçları*, s. 155.

¹²⁵ Basın Kanunu'nda düzenlenen dava açma süresi zamanaşımı süresi değildir, bu görüş için bkz. Dönmezer, *Matbuat Suçları*, s.158.

¹²⁶ Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 707. Dönmezer de, bu hak düşürücü sürenin herhangi bir nedenle kesilemeyeceği ve uzayamayacağı görüşündedir, bkz. Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s. 395.

¹²⁷ "...5187 sayılı Basın Yasasının 26/1. maddesi uyarınca, günlük süreli yayınlardan olan gazeteler bakımından dava açma süresi iki aydır. Bu süre zamanaşımı süresi olmayıp, hak düşürücü süre olduğundan, kamu davasının mutlaka iki aylık süre geçirilmeden açılmasında zorunluluk bulunmaktadır..." Yargıtay 4. CD'nin 28.11.2007 tarihli ve 2007/7328 E.-2007/10102 K. sayılı kararı [UYAP, yayınlanmamıştır]. "...5187 sayılı Basın Yasasının 26/1 maddesinde basılı eserler yoluyla işlenen suçlarla ilgili ceza davalarının açılmasına ilişkin günlük süreli yayınlardan 2 ve diğer basılmış eserler yönünden 4 aylık hak düşürücü nitelikteki sürelerin, yasa koyucu tarafından 1412 sayılı CYY'nin yürürlükte bulunduğu dönemde kabul edilerek 26.6.2004 tarihinde yürürlüğe girmesi ve 1412 sayılı CYY uygulamasında kamu davasının iddianamenin düzenlendiği tarihte açılmış sayılması karşısında, Cumhuriyet savcılığına tanınan 2 aylık dava açma süresinin, sonraki herhangi bir yasayla değiştirilmediği ve 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CYY'nin 175.maddesi hükmünün, 5187 sayılı basın Yasasını düzenleyen yasa koyucunun amacına aykırı biçimde yorumlanması suretiyle kısaltılmayacağı gözetilmeden, sanık hakkında 15.11.2005 tarihli iddianameyle 2 aylık süre geçirilmeden açılan kamu davasının yasal olmayan gerekçeyle düşürülmesine karar verilmesi, Yasaya aykırı görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA..." Yargıtay 4. CD'nin 04.03.2009 tarihli ve 2008/20551 E. 2009/3996 sayılı kararı [UYAP, yayınlanmamıştır].

¹²⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesi 03.12.2008 tarihli ve 2007/5669 E. ve 2008/21602 K. sayılı kararında "... sanığa yükletilen basın yoluyla hakaret eylemine ilişkin suç tarihinde yürürlükte olan 5680 sayılı Basın Yasasının 35.maddesinde öngörülen 6 aylık süreye uyulmadan dava açılmış olması nedeniyle yargılama koşulunun oluşmadığı gözetilerek düşme kararı verilmesi yerine beraat kararı verilmesi Yasaya aykırı görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA..." şeklinde karar vererek dava açma süresini "yargılama şartı" olarak değerlendirdiğini belirtmiştir [UYAP, yayınlanmamıştır]. Yargıtay 4.

Basın Kanunu'nun 26. maddesindeki dava açma süreleri basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlayacaktır. Sorumlu müdürün anonimlik hakkını kullanmayarak yayımlanan eserin sahibini bildirmesi durumunda, eser sahibi aleyhine açılacak davada süre, bildirim tarihinden itibaren başlar.

Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ihbar, şikayet veya herhangi bir şekilde öğrenildiği tarihten itibaren başlayacağı Kanun'un 26/2. maddesinde düzenlenmiştir.¹²⁹ Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanunu'nun dava zamanasına ilişkin maddesinde öngörülen süreyi aşamayacaktır. Bu düzenleme, basın suçlarının kısa dava açma sürelerine tabi tutulması ilkesiyle bağdaşmamaktadır.¹³⁰ Dava açma süresini zamanasını süresine kadar uzatan anılan norm, basın özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte bir hükümdür. Gerçekten de bu kurala göre, basın suçlarında TCK'nın 66/1-e maddesine göre sekiz yıllık zamanasını süresi içinde kamu davası açılması mümkün hale gelmiştir.¹³¹

Ceza Dairesi 13.05.2009 tarihli ve 2007/11100 E. ve 2009/9266 K. sayılı kararında da "Suç tarihinde yürürlükte bulunan 5680 sayılı Basın Yasasının 35.maddesi uyarınca suç ve dava tarihi arasında 6 aylık sürenin geçtiği gözetilmeden, kovuşturma koşulu gerçekleşmeyen kamu davasının düşürülmesi yerine, yazılı biçimde hüküm kurulması Yasaya aykırı görüldüğünden..." diyerek mülga Kanununun 35. maddesindeki süreyi "kovuşturma koşulu" olarak nitelendirmiştir [UYAP, yayınlanmamıştır].

¹²⁹ Bu sürelerin, Türk Ceza Kanununun dava zamanasına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamayacağı Basın Kanunu'nun 26/2. maddesinin son fıkrasında belirtilmiştir. Dolayısıyla, incelememizin konusu olan fiilin karşılığı olan yaptırımın türüne göre, kamu davasının TCK'nın 66/1-e maddesine göre sekiz yıllık asli zamanasını süresince açılabilmesi mümkün olmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi 26.02.2009 tarih ve 2007/6591 E. - 2009/3526 K. sayılı kararında özetle; "Katılana ait yakınlık dilekçesi ayrılan dosyadan getirtilip dosya içerisine konularak duruşmada da okunup katılana diyeceklerinin sorulması ve suçun işlendiğinin öğrenilme tarihi ile yakınlık dilekçesinin verildiği tarihler karşısında; kovuşturulması şikayete bağlı yayın yoluyla hakaret suçuna ilişkin davanın 5187 sayılı Basın Kanununun 26/1,5 madde ve fıkraları uyarınca yasal süresinde açılıp açılmadığının belirlenmesi ve sonucuna göre yargılamaya devamla hüküm kurulması gerekirken, eksik soruşturma ile beraat hükmü kurulması, Yasaya aykırı görüldüğünden hükmün başkaca yönleri incelenmeksizin BOZULMASINA..." şeklinde karar vermiştir [UYAP, yayınlanmamıştır].

¹³⁰ Mülga Basın Kanunu yürürlükteki Kanundan farklı olarak, 35/son maddesi ile sadece takibi şikayete bağlı olan suçlar yönünden dava açma süresini zamanasını süresi sonuna kadar uzatıyor idi ve bu oldukça yerinde bir düzenleme idi.

¹³¹ Diğer taraftan, Basın Kanunu'nun 10. maddesi ile basımcıya yüklenen yayının iki nüshasını Cumhuriyet Savcılığı'na teslim yükümlülüğünün basımcı tarafından ye-

Basın Kanunu yayımcı yönünden dava açılabilmesini ve dava açma süresinin başlangıcını ise farklı bir düzenlemeye tabi tutmuştur. Sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlatıldığı iddia edilen eserden dolayı yayımlatan aleyhine açılacak dava yönünden süre, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacaktır (Basın Kanunu m. 26/3).¹³²

Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi iki ayı geçemez (Basın Kanunu m. 26/5).

5. Basın Kanunu'nun 21. Maddesindeki Suçların Yaptırımları

Basın Kanunu'nun 21. maddesinde düzenlenen kimliğin açıklanması yasağına aykırılık suçlarında kanun koyucu, 5680 sayılı mülga kanundan farklı olarak hürriyeti bağlayıcı ceza tercihinden vazgeç-

rine getirilmemiş olduğu durumlarda, süreli yayın nedeniyle cezai sorumluluğu bulunanlar "salt basımcının süresinde teslim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle" belirtilen sekiz yıllık dava açma süresine muhatap olabilecek ve haklarında yayından çok uzun süre sonra yargılanmalarının yolu açılmaktadır. Belirttiğimiz düzenleme, süreli yayın sorumlularına, hatta eser sahibine basımcının teslim yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini, getirmiş ise alındı belgesinin mevcudiyetini adeta takip görevi gibi bir yüküm de getirdiğini düşündürmektedir ki, belirttiğimiz gerçekleşmesi olası durumların basın özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

¹³² Benzer hüküm mülga kanunun 35. maddesinde de yer almakta olup, doktrinde "...35. maddeye 1961 değişikliği ile eklenen bu hüküm bulunmadığı sıralarda işlenen suçtan dolayı sorumlu müdür aleyhine dava açılıyor ve yayın tarihinden itibaren üç ay böylece geçtikten sonra sorumlu müdürler yazının kendi rızalarına aykırı olarak yani 16. maddenin 3. bendi gereğince süreli yayının sahibinin zoruyla yayınlandığını iddia ve ispat ederek beraat ediyorlar idi. Arada dava açılmasına imkan kalmıyordu. Kanuna karşı kullanılan bu tür hileleri önlemek içindir ki, 35. maddeye işbu cümle eklenmiştir" görüşü savunulmaktadır, bu görüş için bkz. Dönmezer, *Basın ve Hukuku*, s. 395. Bizce bir başka yaklaşımla bakıldığında, kanun koyucunun basının artık bir endüstri kolu haline geldiğini ve yönetimin profesyoneller tarafından gerçekleştirildiğini de gözeterek, yayımcının her durumda kolaylıkla hakim karşısına çıkarılmasının önüne geçmek amacını da gözeterek bu kuralı getirdiğini söyleyebiliriz.

rek¹³³ bin liradan yirmi bin liraya kadar adli para cezası¹³⁴ öngörmüş-tür. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda iki bin liradan, yaygın süreli ya-yınlarda ise on bin liradan az olamayacaktır.

Öngörülen adli para cezası miktarlarına bakıldığında, özellikle yaygın süreli yayınların gelirleri ile kıyaslandığında bu cezaların cay-dırıcı olup olmayacağı gerçekten düşündürücüdür.¹³⁵ Beccaria'nın be-lirttiği gibi "cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar ver-melerini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını en-gellemekten başka bir şey değildir. Bu nedenlerle söz konusu cezaların oran-ları ve onların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki, bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olsunlar".¹³⁶ Ka-nun koyucunun bu suç ile korumayı hedeflediği hukuki yarar ve yap-tırımın caydırıcılık kabiliyeti karşılaştırıldığında, öngörülen ceza hu-kuku aracı yerine idari yaptırımların ve öz denetim araçlarına¹³⁷ baş-

¹³³ 5680 sayılı mülga Kanun'un 33. maddesi aynı nitelikte eylemler için, üç aya kadar hapis cezası ile birlikte onmilyon (onbin) liradan otuzmilyon (otuzbin) liraya ka-dar ağır para cezası öngörmekte idi. 5187 sayılı Basın Kanunu'nda ise, kanun ko-yucu basın özgürlüğünü gözeterek, eser sahibine veya sorumlu müdür ile diğer sorumlulara hürriyeti bağlayıcı ceza verme eğiliminden vazgeçerek, yalnızca adli para cezası uygulamayı tercih etmiştir.

¹³⁴ Bilindiği gibi, 04.11.2004 tarihli ve 5252 sayılı TCK'nın Yürürlük ve Uygulama Şek-li Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre, burada öngörülen ağır para cezası adli para cezasına dönüştürülmüştür.

¹³⁵ Yukarıda dn. 117'de yer verdiğimiz kararlardan da görüleceği üzere 21. madde ile getirilen yaptırımın anılan suçun işlenmesinin önlenmesinde pek de etkili olamadığı, kamuoyunun yakından ilgilendiği belirtilen olayda birçok yazılı basın orga-nının 21. maddede belirtilen belirli suçların mağdurlarının veya suça karışan kü-çüklerin kimliğini açıklamaktan çekinmedikleri gözlemlenmektedir. Nitekim bazı yazarlar da, süreli yayınların gelirleri yanında ödenecek para cezalarının miktarı kıyaslandığında, bu miktarların çok küçük kaldığı ve suçun işlenmesinde caydırıcı olamayacağını, adli para cezalarının miktarlarının etkinlik amacıyla artırılma-sına yönelik olarak sektörden gelebilecek eleştirilere karşın, sektörün öz denetim sisteminin etkin bir şekilde kurulması yönünde bir düzenlemeye gidilmesinin yararlı olacağı savunulmaktadır, bu görüş için bkz. Çolak, s. 81. Diğer taraftan mül-ga Basın Kanunu'nun 33. maddesi ile getirilen adli para cezasının miktarının fazla olduğu ve bu boyutta cezanın varlığının hakkın kullanımını engelleyebileceği, hakkın özüne zarar verebileceği de savunulmaktadır, bkz. Gamze Bağcı: "Düşünce Özgürlüğü ve Uzantısı Özgürlüklere İlişkin 2001 Anayasa Değişiklikleri ve Uyum Yasaları", *GÜHF Dergisi Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan*, İstanbul 2004, Yıl 3, Sayı 2, 2004/2, s. 352.

¹³⁶ Cesare Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (İtalyanca aslından çeviren: Sami Sel-çuk), İmge Yayınevi, Ankara 2004, s. 69-70.

¹³⁷ Türkiye'de medyanın özdenetimi hakkında geniş bilgi için bkz. Avşar / Demir, s.

vurmanın daha etkili olabileceğini düşünmekteyiz.¹³⁸

Diğer yandan, Basın Kanunu'nun 28. maddesinde "18 inci ve 22 nci maddelerdeki suçlar¹³⁹ dışında bu Kanunda öngörülen suçlar için hükmedilen para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemez" kuralı getirilmiş olup, bu kural nedeniyle, incelediğimiz "kimlik açıklama yasağına aykırılık" suçundan dolayı hükmedilecek adli para cezası hapse çevrilemeyecek yani hükmedilecek cezanın mutlaka adli para cezası olarak infaz edilmesi gerekecektir.

SONUÇ

Anayasa'nın 25. maddesinde "düşünce ve kanaat hürriyeti" , 26. maddesinde ise "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" temel hak olarak güvence altına alınmış bulunmaktadır. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü denilince akla gelen ilk aracın ise "basın" olduğu

259-303.

¹³⁸ Türkiye Gazeteciler Cemiyeti tarafından "Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi" yayınlanmış ve bu bildirmede "Gazetecinin Doğru Davranış Kuralları" yer almaktadır. Bu kurallar arasında Basın Kanunu'nun 21/b-c maddelerine paralel şekilde çocuklarla ve cinsel saldırılarla ilgili haberlerde kimlik açıklanmaması ve fotoğraf yayınlanmaması ilkesi getirilmiştir. Bildirgenin 11/g maddesinde ise bildirmede belirtilen ilkelere bağdaşmayan tutum ve davranış içinde olmak *üyelikten çıkarılma* yaptırımına bağlanmıştır, bildirme metni için bkz. <http://www.tgc.org.tr/bildirme.html> (21.08.2009). Ülkemizde bir başka özdenetim kuruluşu olan Basın Konseyi ise, Basın Konseyi Sözleşmesi'ni imzalayan tüm basın organları ve mensupları için "Basın Meslek İlkeleri" oluşturmuş olup, bu ilkelere uymamanın yaptırımı ise Basın Konseyi Çalışma Kuralları ve Başvuruları Değerlendirme Usulleri'nin 35. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre; "Basın Konseyi Yüksek Kurulu basın (medya) mensupları ve basın (medya) organları hakkında: a) Şikayeti yersiz bulma, b) Uyarı, c) Kınama kararı alabilir". Diğer taraftan aynı kural ve usuller metninin 36. maddesinde de "Basın Konseyi'nin karar ve açıklamaları kimse için borç doğurmaz, tazminat talebine dayanak olmaz, bir akdın feshi için gerekçe teşkil etmez" ilkesine yer verilmiştir. Bizce, belirtilen öz-denetim yaptırımlarının caydırıcılığı yanında "özür dileme-teşhir" benzeri usullerin caydırıcılık yeteneği daha fazladır. Anılan ilkelere ve kuralların tam metni için bkz. http://www.basinkonseyi.org.tr/lang_tr/work-Rules.asp (21.08.2009). Basın Konseyi hakkında geniş bilgi için bkz. İçel / Ünver, s. 247-253. Basında öz denetim (oto-kontrol) sisteminin etkili ve gerekli bir tedbir olduğu doktrinde uzun yıllardan beri savunulmaktadır, bkz. Dönmezer, *Basında Oto-Kontrol*, s. 3-4.

¹³⁹ Basın Kanunu'nun 28. maddesi ile getirilen ilkeye göre, 18. maddede düzenlenen "düzeltme ve cevabın yayınlanmaması" ve 22. maddede yer alan "basılmış eserleri engelleme, tahrip ve bozma" suçları haricindeki suçlar için "hürriyeti bağlayıcı cezaya çevirme yasağı" konulmuştur.

kuşkusuzdur. Diğer taraftan basın araçlarının kamuoyu üzerindeki etkisi göz önünde bulundurulduğunda, basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasının engellenmesi gereklidir. Kanun koyucu 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 21. maddesinde suç olarak tanımlanan *"kimlik açıklama yasağına aykırılık"* olarak adlandırılabilir fiil ile; ailenin, genel ahlakın, küçüklerin korunması ve maddede belirtilen bazı suçlara karışan kişilerin kişilik haklarının korunmasını amaçlamıştır. Ancak,

1. Kanun koyucu belirtilen amaçları gerçekleştirmek için kurallar getirirken, Basın Kanunu'nun daha sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nin genel hükümleri ve TCK'ye atfı yapılan hükümler ile uyumunu maalesef gerçekleştirememiştir. Bu nedenle Basın Kanunu'nun 21/b maddesinde atfı yapılan 765 sayılı TCK'de suç olarak tanımlanan bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması (765 sayılı TCK m. 423), birçok suçun da unsurlarının değişmesi karşısında belirtilen uyumun bir an önce gerçekleştirilmesi gereklidir.

2. Doktrinde, Basın Kanunu *"eser sahibi dışındaki kişiler yönünden objektif sorumluluğun devam ettiği"* yönüyle eleştirilmekte olup, diğer taraftan TCK'nin 5. ve 23. maddesi karşısında Basın Kanunu'nun 11. maddesinin değeri tartışmaya açılmaktadır.

3. Sorumluluk konusunda Basın Kanunu'nun 11/3. maddesinin anonimlik hakkının sağladığı güvenceyi zayıflatmış olduğu göze çarpmaktadır. Anonimlik hakkının zayıflatılmasının ise basın özgürlüğünün gerçekleşmesini engelleyebileceği bilinmektedir.

4. Dava açma süresinin başlangıcı yönünden Kanun'un 26/2. maddesi ile getirilen ve dava açma süresini zamanaşımı süresine kadar uzatan norm, basın suçlarının kısa dava açma sürelerine tabi tutulması ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bir diğer yönüyle, basımcıya yüklenen yayının iki nüshasını Cumhuriyet Savcılığı'na teslim yükümlülüğünün basımcı tarafından yerine getirilmemiş olduğu durumlarda, süreli yayın nedeniyle cezai sorumluluğu bulunanlar *"salt basımcının süresinde teslim yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması nedeniyle"* belirtilen sekiz yıllık dava açma süresine muhatap olabileceklerdir. Bu düzenleme, süreli yayın sorumlularına, hatta eser sahibine basımcının teslim yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini adeta takip görevi gibi bir yüküm de getirildiğini düşündürmektedir. Anılan kural ile basın mensupları zamanaşımı süresi boyunca dava edilme tehdidi al-

tında kalacaklardır ki, bunun da basın özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

5. Son olarak, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da suç olarak düzenlenmemiş olan bir fiilin Basın Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiş olmasını, bir anlamda kanun koyucunun kitle iletişim araçları arasında "ayrımcılık" yapmasının nedenini çözebilmek güç gözükmemektedir.

Kanun koyucunun incelediğimiz norm ile korunmak istenen hukuki değeri güvence altına almak için hemen ceza hukuku araçlarına başvurmuş olduğunu görmekteyiz. Bu ceza hukuku yaptırımı yerine, hem belirtilen hukuki değeri korumak hem de tercihimizi basın özgürlüğünden yana koymak için, uyarı veya özür dileme gibi idari yaptırımların öngörülmesi, buna ek olarak "medya etiği" kurallarının uygulamaya geçirilmesi ve öz denetim araçlarının etkinliğinin sağlanmasının daha yararlı bir çözüm olacağı tartışmasıdır.

KAYNAKLAR

- Alacakaptan, Uğur, "Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar Ya da Öteki Ceza Hukuku", *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları*, İstanbul 1-3 Haziran 2008, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Editör: Öztürk, Bahri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 13-48. (Öteki Ceza Hukuku).
- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Sevinç Matbaası, Ankara 1975 (Suçun Unsurları).
- Artuk, Mehmet Emin, "Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümlerine İlişkin Düşünceler", *Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu*, İstanbul 05 Mart 2005, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, İstanbul 2005, s. 23-34.
- Artuk, Mehmet Emin / Yenidünya, Ahmet Caner, "Suçun Önlenmesi ve Medya", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul 2001, C. 75, Sayı: 1-2-3, s. 3-16.
- Ashworth, Andrew, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Fourth Edition, Cornwall 2003.
- Avşar, B. Zakir / Demir, Vedat, *Düzenleme ve Uygulamalarla Medyada Denetim*, Piramit Yayıncılık, Ankara 2005.

- Bağcı, Gamze, “Düşünce Özgürlüğü ve Uzantısı Özgürlüklere İlişkin 2001 Anayasa Değişiklikleri ve Uyum Yasaları”, *GÜHF Dergisi Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan*, İstanbul 2004, Yıl 3, Sayı 2, 2004/2, s. 347-372.
- Beccaria, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (İtalyanca aslından çeviren: Selçuk, Sami), İmge Yayınevi, Ankara 2004.
- Centel, Nur, “Dürüst Yargılama ve Medya bakımından Demokrasi Kültürü”, *AÜSBF Dergisi*, Ankara 1994, C. 49, No: 3-4, s. 57-72.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınevi, 4. bası, İstanbul Ekim 2006.
- Çetin, Erol, *Son Değişikliklerle Basın Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 4. baskı, Ankara 2008.
- Çolak, Nusret İlker, *Kitle İletişim Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, güncellenmiş 5. baskı, Ankara 2007.
- Dönmezer, Sulhi, “Basında Oto-Kontrol”, *İÜHF Mecmuası*, İstanbul 1969, C. XXXIV, Sayı 1-4, s. 3-16 (Basında Oto-Kontrol).
- Dönmezer, Sulhi, *Basın ve Hukuku, Giriş, Genel Prensipler, Basın Hürriyeti, İdari Rejim, Ceza Rejimi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, genişletilmiş ve yeniden gözden geçirilmiş dördüncü bası, İstanbul 1976 (Basın ve Hukuku).
- Dönmezer, Sulhi, *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003 (Genel Ceza Hukuku).
- Dönmezer, Sulhi, *Matbuat Suçları, Matbuat Kanununa Göre Suçlar, Müeyyideler, Yargılama Usulü*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1946 (Matbuat Suçları).
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, Beta Yayınevi, 11. bası, İstanbul 1997.
- Erman, Sahir / Özek, Çetin, *Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Alfa Yayınevi, İstanbul 2000.
- Feyzioğlu, Metin, “Suçsuzluk Karanesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, *AÜHF Dergisi*, Ankara 1999, C. 48, Sayı 1-4, s. 135-163.
- Giritli, İsmet, “Çağdaş Gazeteciliğin Bazı Sorunları”, *Onar Armağanı*, İstanbul 1977, s. 303-325.
- Güngör, Devrim, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.

- Hafizoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara 2008.
- İçel, Kayıhan / Evik, A. Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. kitap, Beta Yayınevi, yenilenmiş 4. bası, İstanbul 2007.
- İçel, Kayıhan / Ünver, Yener, *Kitle Haberleşme Hukuku*, Beta Yayınevi, yenilenmiş yedinci bası, İstanbul 2007.
- İnal, Nihat, *Tüm Yönleriyle Basın Davaları ve Medyanın Saldırısında Tazminat*, Adalet Yayınevi, Ankara 2001.
- Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun / Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, onbeşinci bası, İstanbul Kasım 2006.
- Müderrişoğlu, Feridun, "Anayasal Hak ve Özgürlüklerin ve Özellikle Basın Özgürlüğünün Kamu Davası ile Sınırlanması ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Düzeni", *Onar Armağanı*, İstanbul 1977, s. 485-506.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II, Beta Yayınevi, İstanbul 1989.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınevi, gözden geçirilmiş 8. baskı, Ankara 2005.
- Özek, Çetin, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, Alfa Yayınevi, İstanbul Eylül 1999 (Basın Özgürlüğü).
- Özek, Çetin, *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972 (Basın Suçları).
- Özek, Çetin, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978 (Türk Basın Hukuku).
- Özel, Sibel, "Basın Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Hukuka Uygunluk Unsurunun Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *GÜHF Dergisi*, İstanbul 2004, Yıl 3, Sayı 1, 2004/1. s. 163-184.
- Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998 (Objektif Sorumluluk).
- Özen, Muharrem, "Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu", *AÜHF Dergisi*, C. 50, S. 3, s. 55-92, Ankara 2001 (Ceza Sorumluluğu).
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 3. bası, Ankara 2008.

- Sancar, Türkan Yalçın / Yaşar, Tuğçe Nimet, "Ensest, "Genel Ahlak" ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kararı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 21, Sayı 80, Ankara Ocak - Şubat 2009, s. 245 - 297.
- Sherborne, David / Jethani, Sapna, "The Privacy Codes" *The Law of Privacy and the Media*: Edited by, Tugendhat QC, Michael / Christie, Iain, Oxford University Press, New York, July 2002.
- Sokullu-Akıncı, Füsün, *Viktimoloji (Mağdurbilim)*, Ar. Gör. Selman Dursun'un Katkılarıyla, Beta Yayınevi, 2. bası, İstanbul Mayıs 2008.
- Şen, Ersan, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Kazancı Yayınevi, İstanbul 1996.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2007.
- Tugendhat QC, Michael / Nicklin, Matthew / Busuttil, Godwin, "Publication of Personal Information" , *The Law of Privacy and the Media*: Edited by, Tugendhat QC, Michael / Christie, Iain, Oxford University Press, New York, July 2002.
- Üzülmez, İlhan, "Suçsuzluk Karinesi ve Basın Özgürlüğü", *Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan*, İstanbul 2003, s. 930-952.

ONLİNE KAYNAKLAR

- http://www.basinkonseyi.org.tr/lang_tr/workRules.asp (21.08.2009).
- http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/en/ukpgaen_20030042_en_1.htm (12.06.2009).
- <http://www.pcc.org.uk/cop/practice/html>. (12.06.2009).
- <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldbills/068/2003068.htm>. (12.06.2009).
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0781.pdf>. (24.07.2009)
- <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/> (21.07.2009)
- <http://www.tgc.org.tr/bildirge.html> (21.08.2009)
- <http://www.rega.basbakanlik.gov.tr/> (24.07.2009).
- http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=791d92c4-1de3-4431-ba23-df7eca92d371 (01.09.2009).

SÖZLÜ SINAVLARIN YARGISAL DENETİMİ

Yasin SEZER*
Hüseyin BİLGİN**

Giriş

Sınavlar ilköğretim yıllarından itibaren hayatımızın birer parçası olmaktadır. İlköğretim öğrencilerinin sınav maratonu okul yıllarının ilk sınıflardan itibaren başlamakta, ilerleyen sınıflarda Seviye Belirleme Sınavı (SBS) ve ÖSS gibi farklı isimlerle birçok sınav yapılmaktadır. Sınavlar sadece eğitim kurumlarında yapılmamakta, belli kamu görevlerine atanabilmek için de yazılı ve sözlü sınavlar yapılmaktadır.

Bütün sınavların her zaman hukuka uygun olarak yapıldığını söylemek mümkün değildir. Özellikle, kamuya personel alımı için yapılan sınavlarda belli kişilerin kayırıldığı iddiaları gündeme gelmekte ve sınavların iptali için yargıya müracaat edilmektedir. “*Not Tespit Davaları*”¹ isimli daha önceki bir çalışmamızda yazılı sınavlar ve bu sınavların yargısal denetimi konusunu ele alıp incelemiştik. Bu çalışmada ise sözlü sınavların yargısal denetimi incelenecektir.

İdarenin bütün eylem ve işlemleri gibi sözlü (mülakat) sınavların da idari yargı yerlerince denetlenmesi gerektiği açıktır. Ancak bu denetimin ne şekilde olması gerektiği ve özellikle Danıştay’ın son yıllarda sözlü sınavlarla ilgili olarak vermiş olduğu kararların tüm sözlü sınavlarda geçerli olup olmayacağı konusu önem taşımaktadır.

Sözlü sınavların denetimi konusunun Türk İdare Hukuku literatüründe yeterince incelendiğini söylemek mümkün değildir. Literatür-

* Doç. Dr., Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi öğretim üyesi.

** Denizli İdare Mahkemesi Hakimi.

¹ Hüseyin Bilgin/Yasin Sezer, “Not Tespit Davaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 81, 2009, s. 113-149.

deki çalışmalar yok denecek kadar azdır.² Bu konuda bir başka önemli sorun, sözlü sınavlarının yapılaş usulü konusunda genel bir düzenlemenin olmayışıdır. Bazı kurumların kendi mevzuatlarında konuya ilişkin düzenlemeler bulunsa da birçok kurum mevzuatında ya hiç düzenleme bulunmamakta ya da oldukça eksik düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle konu daha çok yargıya intikal etmiş örneklerden yola çıkılarak incelenecektir.

Kuşkusuz diğer idari işlemlerde olduğu gibi sözlü sınavların da yetki, şekil, sebep, amaç ve konu unsurlarında hukuka aykırılıkların olma ihtimali vardır ve sınavlar da yargısal denetime açıktır. Ancak, genel olarak konuya ilişkin açılan davalara baktığımızda, yargı organlarının daha çok işlemin usul/şekil unsurundaki hukuka aykırılık halleri üzerinde yoğunlaştığını; işlemin konu unsuru yönünden bazen sözlü sınavların niteliği gereği sonradan bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağı, bazen de idarenin takdir yetkisi gerekçeleriyle denetim imkanı olmadığı yönünde kararlar verdiğini görüyoruz.³ Dolayısıyla, bu çalışmada yargı kararlarından esinlenerek sözlü sınavlarda görülebilecek bazı hukuka aykırılık halleri ve bunların yargısal denetimi üzerinde durulacaktır.

² Sınavların yargısal denetimine ilişkin literatürde yapılan sınırlı sayıda çalışmaları arasında şunlar sayılabilir: Turgut Tan, "Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi", *Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1-4, Ankara 1996, s. 409-423; Yasin Sezer, *Kamu Hizmetine Girme Hakkı*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2006; Turgut Tan, "Sınav Notları ve Yargısal Denetimi", *Danıştay Dergisi*, S. 18-19, 1975; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C.1, Turhan Kitabevi, Ankara 1998, s. 860 vd.; Kazım Yenice, "Not Takdiri ve Denetimi", *Danıştay Dergisi*, S. 42-43, 1980, s. 17.

³ Danıştay 8. Dairesi'nin sözlü sınavın denetlenemeyeceğine dair eski bir kararında, "Dava, doçentlik bilim sınavına giren davacının sözlü sınav aşamasında başarısız sayılmasına ilişkin jüri kararının iptali isteğidir. Doçentlik Sınav Yönetmeliği'nin 7.maddesinde adayların sınav jürisi tarafından belirlenen gün ve yerde sözlü sınav alınacağı, jürinin sözlü sınavı değerlendirerek adayın doçentlik sınavını başarmış olup olmadığına oy çokluğu ile karar vereceği kuralı bulunmaktadır. Dosyanın incelenmesinden, 12 Ekim 1988 günü doçentlik bilim sınavının sözlü aşamasına giren davacının bu sınavda başarısız sayıldığı anlaşılmıştır. Sözlü yapılan sınavlarda sınavla ilgili yazılı bir kanıt bulunmaması nedeniyle, bu sınavda ilgilinin başarılı olup olmadığına bilirkişi incelemesi yaptırılarak yargı yolu ile denetlenmesi olanağı bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle, davanın reddine karar verildi" denilmiştir, Danıştay 8. D., 13.09.1989, E.1989/302, K.1989/671, (www.danistay.gov.tr: 20.08.2009)

I. Sözlü Sınavların Yapılış Usulünde Görülebilecek Hukuka Aykırılık Halleri

Yukarıda da belirtildiği üzere, sözlü sınavların iptali için açılan davaların büyük çoğunluğunda Danıştay tarafından işlemin şekil unsuru yönünden hukuka aykırılık tespit edilerek sınavın iptaline karar verilmiştir. Ancak, sözlü sınavların yapılış usulü yönünden Türk hukuk düzeninde genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda farklı düzenlemeler bulunmakta ve bundan dolayı da farklı uygulamalar ortaya çıkmaktadır. Neticede de birçok hukuki sorunla karşılaşmaktadır. Ancak, işlemin şekil unsurunu bütün yönleriyle ele alarak, görülebilecek bütün hukuka aykırılık hallerinin tek tek ele alınıp incelenmesi bu çalışmanın amaç ve kapsamını aşar niteliktedir. Dolayısıyla, burada yargı kararlarından da esinlenerek sözlü sınavların yapılış usulünde görülebilecek bazı hukuka aykırılık hallerine değinilecektir.

1. Sınav Komisyonunun Usulüne Uygun Oluşturulmaması

Sözlü sınavlarının bazıları bir tek görevli (öğretmen/ öğretim üyesi) tarafından yapılmakla birlikte, özellikle kamu görevine giriş sınavları bir komisyon tarafından yapılmaktadır. Sınav komisyonunun usulüne uygun olarak oluşturulmamasını Danıştay, sınavın esasını etkileyen aslî şekil kuralı ihlali olarak kabul etmiş ve işlemin iptaline karar vermiştir.⁴

Danıştay 8. Dairesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı'na öğrenici alınması için yapılan mülakat sınavının iptali istemiyle açılan davanın temyiz incelemesinde "jürisi başkanının mülakata katılmadığının ve bir başka idari görevde olduğunun davalı idare savunmasıyla sabit olması, ilgili mevzuat gereği mülakat jürilerinin en az üç kişiden oluşması gerektiğinin açık olması ve dava konusu edilen mülakatı iki kişilik jürinin yapmış olması karşısında, ilgili mevzuatta aranan en az sayıdaki jüri üye sayısı sağlanmadan yapılan mülakatta ve değerlendirmede yasal düzenlemelere uyarlık bu-

⁴ "Mülakat sınavına ilişkin tutanağın sınav tarihinden sonra düzenlendiği anlaşıldığından, anılan sınavın ve bu sınav sonucunda yapılan değerlendirmenin usulüne uygun olmadığı için iptali gerekir", Danıştay 5.D., 07.06.2001, E.1998/850, K.2001/2530, (www.danistay.gov.tr: 20.08.2009)

lunmadığı" gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.⁵ Danıştay'ın kararı yerinde bir karardır. Zira burada idâri işlemin kurucu şekil unsurlarından birisinde eksiklik söz konusudur. Jüri Başkanının idârî bir görev nedeniyle jüriye katılamayacak olması halinde yedek jüri üyesi çağrılma imkanı var iken iki kişilik jürinin mülakat yapması hukuka aykırıdır.

Doçentlik Bilim Sınavının sözlü sınav aşamasında, davacıyla çekişmesi olan bir öğretim üyesinin katılımıyla oluşturulan jüri tarafından yapılan sınav iptali açılan davada Danıştay 8. Dairesi, işlemin hukuka ve kamu görevi gereklerine aykırı olduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, "...davacının *Tekstil Fiziği Bilim Dalından doçentlik sınavına başvurduğu, ...'de sınavın eserlerin incelenmesi aşamasında başarılı bulunduğu, sözlü sınav aşamasında ise başarılı olmadığı, ... de ikinci kez sözlü sınav aşamasına katıldığı ve yeniden başarısız bulunması üzerine, ... tarihinde Üniversitelerarası Kurula itirazda bulunduğu, itirazın reddi üzerine, sözlü sınavın iptali istemiyle dava açtığı ve olayda, davacının gerek ilk kez, gerekse ikinci kez katıldığı sözlü sınavlarda aynı jüri üyelerinin görevlendirildiği, kendi okulunun Anabilim Dalı Başkanı olan Prof. Dr. ...'ın da bu jüride bulunduğu, davacının adı geçen bu jüri üyesiyle arasının sözlü sınavdan önce de açık olduğu, jüri üyesinin davacıya karşı davranışlarından soruşturma geçirdiği ve tanık beyanlarından da jüri üyesi olarak tarafsızlığı hususunda kuşku oluştuğu, anlaşılmaktadır. Aktarılan bu durum karşısında, davacıyla ilgili olarak yürütülen sınavın nesnelliği konusunda duraksama ve kuşku duyulabileceği açıktır. İlgilisinin bilimsel geleceğini belirleyecek olan sınav aşamalarının olumsuz değerlendirme ve yaklaşımlarından uzak bir görünüm taşınması gerektiğinde kuşku yoktur. Bu gelişim ve bilimsel gereklilikler karşısında, davacıyla çekişmesi olan bir öğretim üyesinin de katılımıyla jüri oluşturularak yapılan sözlü sınavda hukuka ve kamu görevi gereklerine uyarlık bulunmamaktadır".⁶*

Danıştay 8. Dairesi, doçentlik bilim sınavının eserlerin incelenmesi aşamasında olumsuz görüş bildiren jüri üyesinin sözlü sınav aşamasında da görevlendirilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Buna göre, "*dava, doçentlik bilim sınavında davacının eserlerini doçentlik için yeter-*

⁵ Danıştay 8. D.,22.11.2006, E.2005/3311, K.2006/4546, (yayımlanmamış karar); Benzer bir karar için bkz Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 20.03.1992, E:1991/208, K.1992/69, *Danıştay Dergisi*, S. 86, s. 119.

⁶ Danıştay 8. D., 21.12.2000, E.1999/526, K.2000/8502, *Danıştay Dergisi*, S. 105, s. 462.

li görmeyen bilim jüri üyelerinin sözlü sınavında da görevlendirilmesi işleminin iptali istemiyle açılmıştır. Dosyanın incelenmesinden Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Arkeoloji ve Sanat Tarihi Bölümünde Öğretim Üyesi olan davacının, Klasik Arkeoloji dalındaki eserlerinin doçentlik sınavı bilim jürisi tarafından yeterli görülmemesi üzerine açılan davada Danıştay 8.Dairesince, bilirkişi incelemesi sonucu, üç kişilik bilirkişi kurulunca düzenlenen 25.5.1992 günlü raporda, davacının, Doçentlik Sınav Yönetmeliğine göre, özgün ve bilimsel nitelikte yeterince araştırma ve yayınları bulunduğu belirtilmesi nedeniyle yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne 2.7.1992 gününde karar verilmiş olup, anılan karardan sonra, Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı kararı ile sözlü sınavın 8.10.1992 günü yapılacağı belirlendiği, sınav bilim jürisi olarak da ilk jüri üyelerinin görevlendirildiği ve davacı tarafından da bu jüri üyelerinin belirlenmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Daha önce eserlerin incelenmesi aşamasında olumsuz görüş bildirerek takdir hatasına düştüğü belirlenen jürinin, doçentlik sınavı sözlü aşamasında da bilim jürisi olarak görevlendirilmesinin yapılacak değerlendirmenin objektifliği konusunda kuşku uyandıracığı açıktır".⁷

Danıştay 8. Dairesi, bir başka kararında "davacının iki kez başarısız sayıldığı doçentlik sınavının sözlü aşamasında jüri üyeliği yapan iki öğretim üyesinin 3. kez sözlü sınavda görevlendirilmesini hukuka aykırı" bulmuştur.⁸

2. Adaylara Fırsat Tanınması

Sözlü sınav yapılırken öncelikli olarak adaylara soruları cevaplayabilme fırsatının verilmesi gerekir. Bu noktada iki hususa değinilebilir. Birincisi, sınav sırasında adaylara savunma fırsatının (soruları cevaplayabilme fırsatı) verilmesi; ikincisi, sınav sırasında adayın konsantrasyonunu bozucu durumların ortadan kaldırılması hususudur.

Davacının yüksek lisans tezinin kabul edilmemesi ve bunun sonucu olarak öğrencilik ilişkisinin kesilmesi yolundaki yönetim kurulu

⁷ Danıştay 8. D., 28.06.1993, E.1992/2742, K. 1993/2518, *Danıştay Dergisi*, S. 89; benzer kararlar, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 20.03.1992, E.1991/208, K.1992/69, (www.danistay.gov.tr: 20.06.2009); Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 05.11.1993, E.1991/254, K.1993/530, (www.danistay.gov.tr: 20.06.2009); Danıştay 5.D., 09.12.1986, E.1986/564, K.1986/1372, (www.danistay.gov.tr: 20.06.2009)

⁸ Danıştay 8.D., 20.04.1995, E.1994/4313, K.1995/1314, (www.danistay.gov.tr: 20.08.2009)

kararının iptali istemiyle açılan davada Danıştay 8.Dairesi, bilirkişi incelemesi neticesinde bilimsel esaslara göre hazırlandığı anlaşılan tezin ayrıca savunulması için adaya savunma fırsatının verilmesi gerektiği, savunma fırsatı verilmeden adayın başarısız sayılmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.⁹

Öte yandan, Diyarbakır İdare Mahkemesi'nce, Dicle Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Yüksek Okulu Müdürlüğü'nce 29.08.2005-03.09.2005 tarihleri arasında yapılan 2005- 2006 öğretim yılı özel yetenek sınavında davacının futbol branşında 29.08.2005 tarihinde yapılan "Hedefe İsabetli Şut Atma" sınavına girdiği ve başarılı atış yapmadığı, 01.09.2005 tarihinde sınav sonuçlarının ilanı üzerine anılan yetenek sınavının iptali istemiyle açılan davada her bir öğrenciye atış yapması için tanınması gereken 25 saniye kuralına uyulmadığı ve her adaya farklı süreler tanınarak yetenek sınavında eşitlik ilkesinin ihlal edildiğinden bahisle anılan yetenek sınavının yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.¹⁰ Mahkemenin iptal kararı üzerine davalı idarece yenilenen sınavda ise, "Üniversite Rektörlüğünce yapılan özel yetenek sınavlarında da diğer bütün ÖSYM'ce yapılan sınavlarda olduğu gibi sınav yerinin gerekli fiziksel ve evrensel şartların sınavın yapılmasına uygun hale getirilmesi gerektiği açık olup, sınava giren adayların sınav konsantrasyonlarını olumsuz etkileyecek herhangi bir çevresel etkinin önlenmesi de yine sınavı yapan idarenin yükümlülüğüdür. Bakılan davada, dava dosyası ile eki idarece ve davacı tarafından sunulan CD görüntülerinin incelenmesinden; sınavın yapıldığı alanda (tribünlerde) bazı kişilerin bulunduğu ve bu kişilerin atış yapma sırası davacıya geldiğinde, davacı aleyhine tezahüratta buldukları, davacının atışlarını kaçırmaları üzerine alkış tutarak davacının konsantrasyonunu bozdukları ve davacının atışları esnasında gerekli olan konsantrasyonuna engel olacak şekilde yapılan tezahüratları önleme konusunda idarenin yükümlülüğü olduğu halde idarece herhangi bir önlem alınmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda, davacının sınava ilişkin konsantrasyonunun bozulmasına neden olacak olaylara (tezahüratlara) karşı gerekli önlem alınmadan yapılan hedefe isabetli şut atma sınavında hukuka uyarlık bulunmamakta-

⁹ Danıştay 8. D., 15.05.1990, E.1990/336, K.1990/580, (www.danistay.gov.tr: 20.06.2009).

¹⁰ Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi'nin 08.11.2005 gün ve E.2005/501, K.2006/672 sayılı kararı Danıştay 8. D., 04.04.2007, E.2006/6137, K.2007/1885 sayılı kararı ile onanmıştır.

dır”, gerekçesiyle yeniden sınavın iptaline karar verilmiştir.¹¹ Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi’nin kararlarında özel yetenek sınavının bizatihi kendisinin denetimi yapılmamış olup, sadece özel yetenek sınavıyla ilgili uyulması gereken kurallara uyulup uyulmadığı denetlenmiştir.

3. Sınavın Ses ve Görüntü Kaydının Alınması

Danıştay’ın birçok kararında sözlü olarak yapılan sınavlara ait yazılı delil bulunamadığı için delil tespiti yapılamayacağı, dolayısıyla bu sınavların denetlenemeyeceği belirtilmekteydi.¹² Danıştay’ın bu kararlarına ileride değinilecektir.

Ancak, Danıştay’ın son dönemde verdiği bazı kararlarında sözlü sınavların ses ve görüntü kayıtlarının alınmasına vurgu yaptığını görüyoruz. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı doktora öğrencisi olan davacının, kaydının silinmesine ilişkin Enstitü Yönetim Kurulunun kararının iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 8. Dairesi, “*sözlü sınavın doğası gereği, ilgilinin sınav sırasındaki performansının değerlendirilmesi söz konusudur. Ses ve görüntü kaydı ya da detaylı tutanak tutulmadıktan sonra, ilgilinin sözlü sınav performansının sonradan değerlendirilmesinin yapılamayacağını*”¹³ belirtmiştir.

¹¹ Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi’nin 27.02.2007 gün ve E.2006/1325, K.2007/269 sayılı kararı da Danıştay 8. D., 27.06.2008, E.2007/3454, K.2008/4820 sayılı kararı ile onanmıştır.

¹² Danıştay 11. D., 25.06.1979, E.1978/3810, K.1979/2892, *Danıştay Onbirinci Daire Kararları*, (1971-1981), 1984, s. 220; Danıştay 8. D., 10.12.2003, E.2003/2058, K.2003/5408, (yayımlanmamış karar); Danıştay 8. D., 13.11.1996, E.1994/7743, K.1996/3110, *Danıştay Dergisi*, S. 93; Danıştay 8. D., 13.09.1989, E.1989/302, K.1989/671, (yayımlanmamış karar)

¹³ Danıştay 8. D., 20.09.2004, E.2004/341, K.2004/3332, (www.danistay.gov.tr: 12.07.2009); Aynı dairenin bir başka kararında ise, davacının doçentlik sözlü sınavında başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, davacının hangi yönlerden başarısız olduğu belirtilmeksizin sadece bir tutanakla başarısız olduğunun belirtilmesi karşısında tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığına karar verilmiştir (Danıştay 8. D., 19.10.2004, E.2004/1367, K.2004/3078, *Danıştay Dergisi*, S. 6, s. 211; Pamukkale Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Çevre Mühendisliği Anabilim Dalı’nda yapılan yüksek lisans mülakat sınavında başarısız sayılan davacı tarafından açılan davada, Denizli İdare Mahkemesi, “sözlü sınavdaki değerlendirmenin hangi kriterlere göre yapıldığı ve sorulan sorular ve verilen cevaplara ilişkin ayrıntılı tutanak tutulmadığından bahisle işlemin iptaline” karar verilmiştir, Denizli İdare Mahkemesi, 11.06.2009, E.2008/1562, K.2009/442, (yayımlanmamış karar).

Bu konuda Danıştay 5. Dairesi yakın zamanda önemli bir karar vermiştir. 5. Daire bu kararında “sözlü sınavda verilen yanıtların, teknolojik olanaklardan yararlanılarak kayıt altına alınması suretiyle, objektif nitelikte incelenip denetiminin yapılmasına olanak tanınmasının, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi açısından önemli ve yerinde bir uygulama olacağı”¹⁴ vurgulanmaktadır.

Dava; davacının mülkiye müfettişi alımı ile ilgili 26-27 Şubat 2007 tarihlerinde İçişleri Bakanlığı’nda yapılan sözlü sınav sonucunda kadro sayısı olan ilk 15 kişi arasına giremeyerek başarısız sayılmasına ilişkin İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı’nın 7.3.2007 tarih ve 845 sayılı işlemi ile bu işlemin dayanağı olan ve 18.11.2006 tarih ve 26350 sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanarak yürürlüğe giren Mülkiye Müfettişliği Seçme Sınavı ve Yetiştirilmesi Hakkında Yönetmeliğin 1. maddesinde geçen “... ve sözlü...” ibaresinin, 21. maddesinde geçen “...ve sözlü sınav komisyon üyelerinin bilgisine sunulur...” ibaresinin, 22, 23, 24. maddelerinin, 25. maddesinin 1. fıkrasında geçen “ sözlü sınavda aldıkları notların ortalaması alınır...” ibaresinin, 27. maddesinin 1. fıkrasındaki “...ve sözlü ...” ibaresinin ve 40. maddesinin 1. fıkrasındaki “... ve sözlü...” ibaresinin iptali istemiyle açılmıştır.

Yüksek Mahkeme, “İçişleri Bakanlığı mülkiye müfettişlerinin yürüttükleri görevin önem ve özelliği, gerçekleştirdikleri teftiş, denetleme, inceleme, araştırma ve soruşturmaların nitelikleri dikkate alındığında, bu göreve atanacakların ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirme sonucunda seçilmeleri kamu yararı ve hizmetin gereğidir. Bu itibarla, müfettişliğe atanacak olanlar için, müfettişlik mesleğinin gerektirdiği bilginin ölçülmesi amacıyla yapılacak yazılı sınav yanında, meslek bilgisi ile birlikte mesleki ehliyete yönelik diğer özel niteliklere de sahip olup olmadıklarının tespiti açısından tamamlayıcı nitelikte sözlü sınav yapılmasında hukuka aykırılık” bulmamıştır.

Ancak, sözlü sınavların yapıış usulü konusunda şu değerlendirmede bulunmuştur: “Hukuk devleti ilkesi karşısında, idarenin yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak ya da bu denetimin yapılmasını imkansız kılacak işlem ve eylemlerde bulunması mümkün değildir.”

Sözlü sınav sonucunda tesis edilen işlemin, diğer tüm idari işlemlerin yargısal denetiminde olduğu gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere işlemin tüm unsurları yönünden yargısal deneti-

¹⁴ Danıştay 5.D., 21.05.2008, E.2007/1771, K.2008/3008, *Danıştay Dergisi*, S. 119, s. 191.

minin yapılması esastır. İdari işlemin yetki, şekil gibi salt usule ilişkin unsurları ile sınırlı olmak üzere yapılan bir yargısal denetimin, hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi temin etmeyeceği açıktır.

Dolayısıyla, yapılan sözlü sınavın ve sınav sonucunda tesis edilen işlemin yargısal denetimi için gerekli tüm unsurların oluşturulmasını sağlamak hukuka bağlı idarenin görevidir. Yukarıda da belirtildiği üzere hukuk devleti ilkesinin, idarenin yargısal denetiminin yapılmasını ortadan kaldıracak, imkansız kılacak ya da güçleştirecek şekilde bir idari işlem tesis edilmesine izin vermesi mümkün değildir.

Olayda, yapılan sözlü sınavda sözlü sınav komisyon üyelerinin her birinin ayrı ayrı puan verdikleri, ancak verilen bu puanların aynı olduğu, diğer bir ifadeyle sınava giren bir kişiye her üç komisyon üyesinin de aynı puanı verdiği; Dairemizin 17.04.2007 tarihinde verdiği ve sözlü sınavla ilgili olarak ayrıntılı bilgi ve belgelerin istenildiği ara kararı üzerine gönderilen bilgi ve belgelere göre, davacıya sözlü sınavda hangi soruların sorulduğu, bu sorulara davacı tarafından verilen yanıtlara hangi puanların verildiği gibi hususların açıklığa kavuşturulmadığı, ayrıca davacı hakkında iki müfettiş tarafından hazırlanan değerlendirme raporunun hangi puanla değerlendirildiği de anlaşılamamaktadır.

Bu durumda; ölçme ve değerlendirme ilkeleri uyarınca idarece, sınav komisyonu tarafından sınav öncesinde hazırlanarak tutanağa bağlanmış soruların ve cevap anahtarlarının ve sınav sırasında, sorulan soru ve verilen yanıtlara hangi komisyon üyesince hangi notun takdir edildiğinin (düşük not verilmesi durumunda gerekçeleriyle) ortaya konulmasının gerekliliği yine sınava girenler hakkında müfettişlerce düzenlenen Değerlendirme Raporları konusunda ve müfettiş mesleğinin gerektirdiği niteliklere davacının sahip olup olmadığına dair bir değerlendirmede bulunulmaması karşısında objektif bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılan sözlü sınav sonucunda davacının kadro sayısı olan ilk 15 kişi arasına giremeyerek başarısız sayılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca sözlü sınavda verilen yanıtların, teknolojik imkanlardan yararlanılarak kayıt altına alınmak (elektronik ortamda görüntülü ve /veya sesli kayıt gibi) suretiyle, objektif nitelikte incelenip yargısal denetiminin yapılmasına imkan tanınmasının, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi açısından

dan önemli ve yerinde bir uygulama olacağı kuşkusuzdur.¹⁵

Sözlü sınavların yargısal denetiminin yapılabilmesi için ses ve görüntü kayıtlarının alınması son derece önemlidir.¹⁶ Yüksek Mahkemenin kararına, sözlü sınavların yargısal denetiminin yapılabilmesi için teknolojik imkanlardan yararlanılarak ses ve görüntü kayıtlarının alınması gerekçesi yönünden katılmamak mümkün değildir. Bu kayıtlar, sınavların usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığının denetimi açısından son derece önemlidir. Ancak kararda ölçme ve değerlendirme açısından sorulacak soruların önceden tespit edilerek kayıt altına alınması ve hangi komisyon üyesince hangi notun takdir edildiğinin dene-

¹⁵ A. g. e.

¹⁶ Danıştay 12. Dairesi, 2-6. Şubat 2009 tarihleri arasında yapılan Sayıştay Denetçi Yardımcılığı sözlü sınavında başarısız sayılmasına ilişkin işlemin ve sözlü sınavın ve sınav sonucu yapılan atama işlemlerinin iptali ile 29.1.1980 tarihi ve 16884 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Sayıştay Denetçi Yardımcısı Adaylığına Giriş Sınavı ve Denetçi Yardımcısı Adayları İle Denetçi Yardımcılarının Yerleştirilme ve Meslek Sınavı Yönetmeliği'nin "Sözlü Sınav" başlıklı 16. maddesinde yer alan; "Sözlü sınav değerlendirilmesinde adayların zeka, intikal sürati, ifade ve temsil yeteneği de dikkate alınır." ifadesinin iptalini ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi istemiyle açılan davada yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayacak altyapının tüm unsurlarıyla oluşturulmasını sağlamak hukuka bağlı idarenin görevidir. Hukuk devleti ilkesinin, idarenin, yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak, imkansız kılacak ya da güçleştirecek şekilde bir idari işlem tesis etmesine izin vermesi mümkün değildir. Sayıştay Denetçi Yardımcısı Adaylığına Giriş Sınavının bir aşamasını oluşturan, dava konusu sözlü sınavda başarısız sayılma işlemi incelendiğinde, bu işlemin hukuka uygunluk denetiminin Anayasa'nın 125. maddesinde ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde belirlenen hukuki sınırlar içinde yapılabilmesi için davalı idarece nesnel değerlendirilmelere göre yapılan eleme ve yazılı sınavlarında gösterdiği başarıyla alan bilgisi yönünden görevinin gerektirdiği niteliğe sahip olduğunu ortaya koyan davacının, alan bilgisi yönünden zeka, intikal sürati ile ifade ve temsil yeteneğinin belirlenmesine yönelik yapılan sözlü sınavda hangi yönlerden görevinin gerektirdiği niteliklere sahip olmadığına açıklanamaması ve öznel değerlendirmelere açık olan sözlü sınavda takdir edilen puanla, eleme ve yazılı sınavda normal ölçütlerde ortaya konan başarı ve liyakatin geçersiz kılınmasının mümkün olmaması karşısında davacının başarısız sayılmasına ilişkin sözlü sınavın hizmet gerekleri ve nesnel ölçüler esas alınarak yapılmadığı sonucun a varılmaktadır. Bu durumda, tüm unsurları itibarıyla yargısal denetim yapılabilmesi ve hukuk devleti ilkesinin temini açısından, komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmaması, sınavın sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilmemesi nedeniyle yapılan sözlü sınavda ve davacının bu sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır". Danıştay 12. D., 07.07.2009, E.2009/1069 (yayınlanmamış karar).

timinden bahsedilmektedir ki bu gerekçeye katılmak mümkün değildir. Komisyon üyeleri tarafından verilen notların bu kayıtlara göre denetlenebileceğini söylemek her zaman mümkün değildir. Sınavda verilen notların denetimi konusu idarenin takdir yetkisi çerçevesinde ele alınması gereken bir husustur. Bu konular ileride ayrı başlıklar halinde tekrar ele alınacaktır.

4. Sınav Soru ve Cevaplarının Önceden Hazırlanarak Tutanağa Bağlanması

Sözlü sınavlara ilişkin yapılan eleştirilerden bir diğeri, sınavlarda adaylara farklı sorular sorularak ayrımcılık yapıldığı ve sınavlarda sorular ve bunlara verilen cevaplar tutanağa geçmediği için etkin ve verimli yargısal denetimin yapılamadığı eleştirisidir. Danıştay 5. Dairesi hakim adaylığı mülakatında başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali için açılan davada “mülakatta sorulan sorular ve bunlara verilen cevaplar tutanağa geçirilmediği için mülakatın idari yargı denetimine tabi tutulması mümkün olmadığı, davacı da mülakatta başarılı olduğuna dair iddiasını herhangi bir şekilde ispatlayamadığı”¹⁷ için davanın reddine karar vermiştir.

Danıştay 5. Dairesi'nin yakın zamanda verdiği ve yukarıda değinilen bir diğer kararında,¹⁸ ölçme ve değerlendirme ilkeleri uyarınca sınav sırasında adaylara yöneltilecek soruların ve cevap anahtarının sınav öncesinde hazırlanarak tutanağa bağlanmasının gerekliliği üzerinde durulmaktadır.

Yine İçişleri Bakanlığı tarafından yapılan kaymakamlık adaylığı sözlü sınavında başarısız olan adayın “başarısız sayılma işlemi ve bunun dayanağı olan Kaymakam Adayları Yönetmeliğinin iptali için” açtığı davada Danıştay 12. Dairesi'nce verilen yürütmenin durdurması talebinin reddine ilişkin karara karşı yapılan itirazı inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na göre,

Mesleğe girişte yapılacak yarışma sınavına katılan adaylara salt yazılı sınav yapılabileceği gibi, adayların mesleki bilgisi ile beraber

¹⁷ Danıştay 5. D., 11.06.1985, E.1982/1421, K.1985/1858, (www.danistay.gov.tr: 20.08.2009)

¹⁸ Danıştay 5. D., 21.05.2008, E.2007/1771, K.2008/3008, *Danıştay Dergisi*, S. 119, s. 191.

mesleki ehliyete yönelik diğer özel niteliklere de sahip olup olmadığının belirlenmesi açısından yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte sözlü sınav da yapılması mümkündür.

Sözlü sınavın, yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte, bilgi ve liyakati ölçmek, adayın kaymakamlık mesleğine uygun yeteneğe, kültüre, çağdaş yaşam anlayışına sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılacağı açıktır. Bu çerçevede, sözlü sınavın temel amacı, yazılı sınav yapılmak suretiyle nesnel bir biçimde belirlenen en başarılı aday adayından başlayarak mesleğe en uygun kaymakam adaylarının belirlenmesidir. Bu nedenle, aday adaylarının yarıştırdığı bir sınavda sözlü sınavı çağrılacak aday sayısı saptanırken yazılı sınavın nesnel sonuçlarının ortadan kaldırılmaması, mesleğe olabildiğince yazılı sınavda en başarılı olanların alınmasının sağlanması gerekmektedir. Böylece, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında öznel nedenlerin etkili olması önlenemez, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bir belirleme gerçekleştirilebilir.

Sözlü sınav öncesinde adaylara sorulacak soruların ve yanıtlarının sınav komisyonunca belirlenmesi, böylece sözlü sınav öncesinde adaylara yöneltebilecek soruların ve yanıtlarının hazırlanmış olması gerekmektedir. Sınav sırasında, adaylara hazırlanmış olan bu sorulardan kura yöntemiyle belirlenenlerin sorulacağı tabiidir.

Davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde, sınav öncesinde soruların ve yanıtlarının hazırlanmamış olması, sözlü sınavın sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilmemesi, ayrıca komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmaması nedenleriyle hukuka uyarlık bulunmamaktadır.¹⁹

Danıştay'ın bu kararlarının oluşmasında sözlü sınavlarda yaşanan keyfi uygulamaların etkisi büyüktür. Yüksek mahkeme, özellikle kamu personel alımlarında yaşanan kayırmacılığın önlenmesi için idari işlemlerin sıkı kayıt altına alınmasına önem vermiştir. Ancak, sözlü sınavlarda sorulacak soruların ve cevaplarının önceden kayıt altına alınması ve bu soruların adaylara sorulması sözlü sınavın doğasına aykırıdır. Danıştay'ın yukarıda aktarılan kararında da belirtildiği üzere, kamu personel alımlarında yapılan "sözlü sınavlar, yazılı-

¹⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 13.11.2008, E.2008/774 sayılı yürütmeyi durdurma kararı, (www.danistay.gov.tr: 20.08.2009).

lı sınavı tamamlayıcı nitelikte, bilgi ve liyakati ölçmek, adayın ... mesleğe uygun yeteneğe, kültüre, çağdaş yaşam anlayışına sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılacağı açıktır. Bu çerçevede, sözlü sınavın temel amacı, yazılı sınav yapılmak suretiyle nesnel bir biçimde belirlenen en başarılı aday adayından başlayarak mesleğe en uygun ... adayın belirlenmesidir".²⁰ Diğer taraftan, konservatuar gibi uygulamalı alanlarda yapılan sınavlarda adayın gösterdiği performansla göre puan verilmektedir. Nitekim Danıştay 8. Dairesi, uygulamalı sınavlarla ilişkin olarak Ankara İdare Mahkemesi'nce verilen, "Ankara Üniversitesi Devlet Konservatuarı, Modern Dans Bölümü 2. sınıf öğrencisi olan davacının, tekrar aldığı Klasik Bale 1 dersinden başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Klasik Bale dersi sınavının uygulamalı olarak yapıldığından, bilirkişi incelemesi yaptırma olanağı bulunmadığı, öte yandan değerlendirme konusunun davacının sınavda gösterdiği performans olduğundan sonraki bir tarihte yeniden değerlendirilmesi olanağı bulunmadığından davanın reddine" ilişkin kararı onamıştır.²¹

Kuşkusuz ülkemizde yapılan sözlü sınavların tamamen objektif esaslara göre yapıldığını söylemek mümkün değildir. Özellikle kamu personel alım sınavlarına yönelik kamuoyunda büyük eleştiriler yapılmaktadır. Ancak, sözlü sınavlarda adaylara yöneltilen soruların tamamen önceden belirlenmesi de mümkün değildir. Sınavı yapan görevliler adayların liyakatini ve performansını ölçebilmek için değişik sorular sorabilirler. Önemli olan bu soruların amacının kamu yararına yönelik olması, adaylar arasında keyfilik ve kayırmacılık yapılmamasıdır. Bu noktada, teknolojik imkanlardan yararlanarak sınavların kayıt altına alınması yeterli olacaktır. Aksi takdirde, sözlü sınavların yazılı sınavlardan farkı kalmayacaktır.

II. Sınav Sonucunun Yargısal Denetimi

Buraya kadar sınav jürileri veya komisyonlarının oluşumları ve çalışma biçimlerinde görülen hukuka aykırılık halleri üzerinde durduk. Acaba sözlü sınavda verilen puanların yargısal denetimi mümkün müdür? Diğer bir ifade ile yargı organları sözlü sınavlarda içerik denetimi yapabilir mi?

²⁰ A. g. e.

²¹ Danıştay 8. D., 10.12.2003, E.2003/2058, K.2003/5408, (yayımlanmamış karar).

Sözlü sınavlarda verilen puanların yargısal denetimine geçmeden önce idarenin takdir yetkisi üzerinde kısaca durmakta yarar vardır. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak idarenin bütün faaliyetlerinde hukuk kurallarına uygun hareket etmesi beklenir. Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Ancak, "idarenin faaliyet alanının genişliği ve çeşitliliği bu alanların baştan bütün ayrıntıları ile düzenlenmesini imkansız kılmaktadır. İşte böyle durumlarda idareye bir hareket serbestisi tanınması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır".²² İdare bu yetkisini kamu yararına kullanmak zorundadır. Uygulamada idarenin taktir yetkisine müdahale eder nitelikte mahkeme kararları olsa da, Anayasa'nın 125. maddesine göre, "yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır...(İdarenin) takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez". İdarenin takdir yetkisinin denetlenemeyeceği kuralının iki istisnası olduğu kabul edilir. Bunlardan biri "açık takdir hatası", diğer ise "ölçülülük ilkesine aykırılık" halidir. Açık takdir hatası, çok ağır ve apaçık takdir hatası olarak ifade edilmektedir. Ölçülülük ilkesi ise, idari işlemin sebep ve konu unsurları arasındaki orantılılığı ifade eder. Yargı organları, idarenin gösterdiği sebep ile işlemin konu unsuru arasında bir ölçünün (dengenin) bulunup bulunmadığını denetleyebilir.²³

Sözlü sınavlarda, özellikle uygulamalı alanlarda, adayların sınav esnasında göstereceği performansına puan verilmektedir. Hangi soruların sorulacağı, hangi durumlarda kaç puanın verileceği ve adayın yeterli performansı gösterip gösteremediği hususlarının bütün yönleriyle önceden nesnel kurallarla düzenlenmesi mümkün değildir. Bu konular sınavı yapan kişilerin takdirine bırakılmıştır. Açık takdir hatası olarak değerlendirilebilecek bir durum olmadığı müddetçe yargı organları verilen nota müdahale etmemelidir.

Kuşkusuz, sözlü sınavda adaya verilecek puanlar sınav komisyonu üyeleri tarafından takdir edilecektir. Ancak bazı sınavlarda komisyon üyelerinin verdiği puanlar arasında fahiş farklar bulunabilmektedir. Danıştay 5. Dairesi, kaymakamlık kursu sonunda yapılan sözlü sınavda başarısız olduğundan bahisle sınıfının değiştirilerek Kırklare-

²² Turgut Tan, "Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi", s. 412; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 398..

²³ Kemal Gözler, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınları, Bursa 2008, s. 143.

li Planlama ve Koordinasyon Müdürlüğü'ne atanan davacı tarafından işlemin iptali isteğiyle açılan davada, sınav değerlendirme kurulu üyelerinin vermiş olduğu puanlar arasında fahiş farkların bulunmasını da iptal sebepleri arasında saymıştır.²⁴

Yargı organları, sınavlara karşı açılan davalarda umumiyetle bilirkişilerden yararlanmaktadır. Bunun için re'sen bilirkişi heyeti oluşturulmakta ve bu heyetin yapacağı değerlendirmeye göre sınavı veya sınavda verilen notu iptal edebilmektedirler. Danıştay'ın, tespit edebildiğimiz kararlarında, sözlü sınavlara karşı açılan davalarda bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağı görüşünde olduğu söylenebilir.

Danıştay 11. Dairesi, 25.06.1979 tarihli bir kararında bir öğrencinin güz döneminde girdiği ve sözlü olarak yapılan sınavlarda başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, anılan sınavın sözlü olarak yapılmış olması ve sözlü sınava ait yazılı delil bulunmaması nedeniyle delil tespiti yoluyla bilirkişi incelemesi yaptırılarak iddiaların doğruluğunun saptanamayacağından davanın reddine karar vermiştir.²⁵

Danıştay 8. Dairesi, uygulamalı sınavlarla ilişkin olarak Ankara İdare Mahkemesi'nce, "*Ankara Üniversitesi Devlet Konservatuvarı, Modern Dans Bölümü 2. sınıf öğrencisi olan davacının, tekrar aldığı Klasik Bale 1 dersinden başarısız sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, Klasik Bale dersi sınavının uygulamalı olarak yapıldığından, bilirkişi incelemesi yaptırma olanağı bulunmadığı, öte yandan değerlendirme konusunun davacının sınavda gösterdiği performans olduğundan sonraki bir tarihte yeniden değerlendirilmesi olanağı bulunmadığından davayı reddine*" şeklindeki kararını onamıştır.²⁶ Danıştay bu kararı ile uygulamalı sınavlar üzerinde bilirkişi incelemesi yapma imkanı bulunmadığı ve sınav anındaki performans değerlendirildiği bir sınavın daha sonradan da tekrarlanamayacağına vurgu yapmıştır.²⁷

²⁴ Danıştay 5.D., 09.12.1986, E.1986/564, K. 1986/1372 (www.danistay.gov.tr: 20.08.2009).

²⁵ Danıştay 11. D., 25.06.1979, E.1978/3810, K.1979/2892, *Danıştay Onbirinci Daire Kararları*, (1971-1981), 1984, s. 220.

²⁶ Danıştay 8. D., 10.12.2003, E.2003/2058, K.2003/5408, (yayımlanmamış karar).

²⁷ Danıştay 8.Dairesi benzer bir kararında da; "Yükseköğretim programlarına alınacak öğrencilerin seçimi ve tercihlerine göre yerleştirilmeleri, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından iki basamaklı bir sınav sistemi uygulanarak yapılmaktadır. Bazı üniversitelerin beden eğitimi ve spor, müzik ve resim-iş öğretmen-

Danıştay 8. Dairesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İktisat Anabilim Dalı öğrencisi olan davacının kaydının silinmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, İstanbul 4. idare Mahkemesi'nce, davacıya doktora yeterlilik sınavının yazılı kısmında aynı jüri üyelerin tamamı tarafından 80 puan verildiği halde, sözlü sınavda aynı jüri üyelerince değişik notlar verilerek objektif değerlendirme kriterinden uzaklaştırıldığı ve sözlü sınavda farklı ve düşük verilen notların hangi objektif kritere ve maddi olguya dayandırıldığı idarece ortaya konulmadığından bahisle verilen 30.09.2003 gün ve E:2002/1725, K:2003/1073 sayılı iptal kararına karşı yapılan temyiz başvurusunda, "... sözlü sınavın doğası gereği, ilgilinin sınav sırasındaki performansının değerlendirilmesi söz konusudur. Ses, görüntü kaydı ya da detaylı tutanak tutulmadıktan sonra, ilgilinin sözlü sınav performansının sonradan değerlendirilmesinin yapılamayacağı, bilirkişi incelemesine de konu edilemeyeceği açıktır. Dolayısıyla, yazılı ya da sözlü sınav arasındaki değerlendirme farklılığı, tek başına hukuka aykırılık sonucunu doğurmaz. Bu durumda aksi yöndeki kabule dayanılarak verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır", demiş ve sözlü sınavların yargısal denetiminin sonradan yapılmasına imkan olmadığını vurgulamıştır.²⁸

liği programlarına alınacak öğrenciler ise, birinci basamak sınavına katılarak gerekli puanı almış olmak koşuluyla, yine Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi'nce yürütülen özel yetenek sınavı ile belirlenmekte ve yerleştirilmektedir. Genel ve yaygın olan sınav biçimi, yazılı olarak yapılan ve sınav sonuçları nesnel olarak değerlendirilen sınavdır. Ancak, bazı eğitim kurumlarına, nesnel olarak değerlendirmeye olanak vermeyen yukarıda belirtildiği üzere merkezi özel yetenek sınavı ile öğrenci alınmaktadır. Bu sınavlarda verilen yanıtlar ve ortaya konulan çalışmalarda matematiksel bir kesinlik söz konusu değildir. Yeteneğin değerlendirildiği özel yetenek sınavlarında bir soru, yanıt anahtarı olmadığı gibi, böyle bir şeyin bulunmasına da olanak yoktur. Esasen, sanatta herkes için geçerli değerlendirme yapılamayacağı açıktır. Öğrenci alacak Yükseköğretim Kurumunun eğitim biçiminden ve özelliğinden doğan böyle bir sınav için bilirkişi incelemesi yapılması söz konusu olamaz. Öte yandan, özel yetenek gerektiren dallara öğrenci alınırken idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir Olayda davacının 1994 Merkezi Özel Yetenek Sınavı'na Resim İş Öğretmenliği alanında katıldığı, kılavuzda öngörülen canlı model çalışması ile imgesel tasarım çalışmasından girdiği sınavda aldığı 278.228 puanla herhangi bir tercihinin yerleştirilemediği anlaşılmıştır. Davacının resim dalında girdiği bu sınav için bilirkişi incelemesi yapılması söz konusu olamayacağından, bilirkişi incelemesi yapılması yolundaki isteminin kabulü olanaklı görülmemiştir. Bu durumda, davalı idarece oluşturulan işlemde hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır." Danıştay 8. D., 13.11.1996, E.1994/7743, K.1996/3110, *Danıştay Dergisi*, S. 93.

²⁸ Danıştay 8. D., 20.09.2004, E.2004/341, K.2004/3332, (www.danistay.gov.tr: 20.08.2009).

Danıştay 8. Dairesi'nin sözlü sınavın denetlenemeyeceğine dair eski bir kararında ise, “*Dava, doçentlik bilim sınavına giren davacının sözlü sınav aşamasında başarısız sayılmasına ilişkin jüri kararının iptali isteğidir. Doçentlik Sınav Yönetmeliğinin 7. maddesinde adayların sınav jürisi tarafından belirlenen gün ve yerde sözlü sınava alınacağı, jürinin sözlü sınavı değerlendirerek adayın doçentlik sınavını başarmış olup olmadığına oy çokluğu ile karar vereceği kuralı bulunmaktadır. Dosyanın incelenmesinden, 12 Ekim 1988 günü doçentlik bilim sınavının sözlü aşamasına giren davacının bu sınavda başarısız sayıldığı anlaşılmıştır. Sözlü yapılan sınavlarda sınavla ilgili yazılı bir kanıt bulunmaması nedeniyle, bu sınavda ilgilinin başarılı olup olmadığının bilirkişi incelemesi yaptırılarak yargı yolu ile denetlenmesi olanağı bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle, davanın reddine karar verildi*” denilmiştir.²⁹

Danıştay 8. Dairesi tarafından sözlü sınavın denetim ile ilgili olarak yukarıda açıklananlar hususlar doğrultusunda yargı denetimi ve bilirkişi incelemesi yapılamayacağı belirtilmiş iken, Danıştay 12. Dairesi, sözlü sınavlarla ilgili olarak sadece sınavın sözlü olmasının yargı denetimine tabi olmamasında bir ölçüt olmayacağı hususu üzerinde durmuştur. Nitekim, Adalet Bakanlığı tarafından idârî ve adli hakim alımlarına ilişkin sınavların sözlü mülakat kısmına ilişkin denetimlerde, davacının, katılmış olduğu idari yargı hakim adaylığı mülakat sınavında başarısız sayılmasının, idare mahkemesince, adli ve idari yargıda hakim ve savcı adaylığı yazılı sınav, mülakat ve atama ile ilgili yönetmeliğin 31. maddesinde öngörülen biçimde yapılıp-yapılmadığının tespitinden sonra bir karar verilmesi gerekirken, mülakat sınavına ilişkin soru ve cevapların somut bilgilere dayanmaması nedeniyle yargısal denetimin yapılması olanağının bulunmadığından bahisle davanın reddedilmesinde hukuki isabet görülmediğine karar vermiştir.³⁰

²⁹ Danıştay 8. D., 13.09.1989, E.1989/302, K.1989/671 (www.danistay.gov.tr 20.08.2009).

³⁰ “Belirtilen duruma göre; İdare Mahkemesince 2577 sayılı Yasa'nın” dosyaların incelenmesi” başlıklı 20. maddesi uyarınca, dava konusu işlemin sebebinin ortaya çıkartılması ve buna göre yargısal denetimin yapılması bakımından, yukarıda anılan Yönetmeliğin 27. maddesi gereğince oluşan mülakat kurulu tarafından 31. maddede öngörülen mülakat değerlendirilmesinin usul ve yöntemine göre yapılıp yapılmadığı, mülakat kurulunu oluşturan başkan ve üyelerinin her biri tarafından ayrı ayrı verilen notlar ile bu notların aritmetik ortalamasının kaç puan olduğu ve bunun mülakat kurulunun başkan ve üyeleri tarafından imza altına alınan mülakat başarı listesinde kaç puan olarak yer aldığı tespitinden

Yine Danıştay 5. Dairesi'nce Adalet Bakanlığı'nca icra müdür ve müdür yardımcılarını kadrosuna atama için yapmış olduğu sözlü sınavlarda, sözlü sınava ilişkin tutanağın sınav tarihinden sonra düzenlendiği anlaşıldığından, anılan sınavın ve bu sınav sonucunda yapılan değerlendirilmenin usule uygun olmadığına karar vermiştir.³¹ Burada da 5. Daire bizatihi sözlü sınavın denetimini yapmamış, sözlü sınavla ilgili bir takım mevzuatta öngörülen şekil kurallarına uyulmamasını iptal sebebi olarak görmüştür.

III. İptal Kararının Hukuki Sonuçları

Sözlü sınavının yargı organları tarafından iptal edilmiş olması, davacının ilgili kadroya doğrudan atanması anlamına gelmez. Danıştay 5. Dairesi'ne göre, sözlü sınavın iptaline ilişkin mahkeme kararı *"davacının söz konusu göreve doğrudan atanması sonucunu doğuran bir karar niteliğinde olmadığı, yalnızca, yukarıda belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde yeniden alınacağı sözlü sınav sonucunda ortaya çıkacak olan değerlendirme ve puana göre, işlem tesis edilmeye yönelik olduğu tabiidir"*.³²

Danıştay 5. Dairesi, hukuka aykırılığı mahkeme kararıyla tespit edilen sözlü sınavdan sonra, yeniden sınava tabi tutularak müfettişliğe atanan kişiye geç atanmadan dolayı tazminat ödenmesine karar vermiştir. Söz konusu olayda, iş müfettişliği yeterlik sözlü sınavı ilk derece mahkemesi tarafından yönetmelikte düzenlenen usul ve esaslara uygun olarak yapılmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Bu karar, Danıştay tarafından onanmıştır. Bunun üzerine, yeniden sözlü sınava alınan aday başarılı bulunarak müfettişlik kadrosuna atanmıştır. Aday daha sonra müfettişliğe geç atanmadan dolayı idareye karşı maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. İlk derece mahkemesi, *"Danıştay 5. Dairesi'nce alınan kararın doğrudan müfettişlik kadrosuna atanması sonu-*

sonra dava konusu uyumsuzluk hakkında bir karar verilmesi gerekirken, mülakat sınavına ilişkin soru ve cevapların somut bilgilere dayanmaması nedeniyle yargısal denetiminin yapılması olanağının bulunmadığından bahisle davanın reddedilmesinde hukuki isabet görülmemiştir." Danıştay 12. D., 24.12.1997, E.1997/857, K.1997/4259, *Danıştay Dergisi*, S. 96.

³¹ Danıştay 5. D., 07.06.2001, E.1998/850, K.2001/2530 (www.danistay.gov.tr: 20.08.2009).

³² Danıştay 5. D., 21.05.2008, E. 2007/1771, K.2008/3008, *Danıştay Dergisi*, S. 119, s. 191.

cunu doğuracak nitelikte olmadığı” gerekçesiyle tazminat talebini reddetmiştir. Bu karara karşı yapılan temyiz başvurusunu inceleyen Danıştay 5. Dairesi, “davacının başarısız sayıldığı ilk sözlü sınavının usule aykırı olduğu mahkeme kararıyla saptandığını ve usule uygun olmayan bir sınav nedeniyle davacının ilgili kadroya geç atanmasında idarenin hizmet kusurunun olduğunu, bu nedenle maddi ve manevi tazminat ödenmesi gerektiğine” karar vermiştir.³³

SONUÇ

Hukuk devleti ilkesi, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın birçok kararında da vurgulandığı üzere, vatandaşlara hukuk güvenliği sağlayan, idarenin hukuka bağlılığını amaç edinen, buna karşılık kamu gücünün sınırsız, ölçsüz ve keyfi kullanılmasını önleyen en önemli unsurlardan biridir. Anayasa’da hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesini sağlayacak araçlar arasında, yürütme yetkisi ve görevinin, Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu kuralına yer verilmiştir. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, idarenin bütün eylem ve işlemleri gibi sözlü (mülakat) sınavların da idari yargı yerlerince denetlenmesi gerektiği izahtan varestedir.

Sözlü sınavların iptali için açılan bir çok davada Danıştay, sınavla ilgili yazılı bir delil bulunmaması nedeniyle, bu sınavda ilgilinin başarılı olup olmadığının bilirkişi incelemesi yaptırılarak yargı yolu ile denetlenmesi imkanı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Ancak, son dönemde çok önemli bir içtihat geliştirerek, sözlü sınavların teknolojik imkanlardan yararlanılarak kayıt altına alınması gerektiğine hükmetmiştir. Kuşkusuz, sözlü sınavların elektronik ortamda görüntülü ve /veya sesli olarak kayıt altına alınarak etkin ve verimli bir yargısal denetimin yapılması, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi açısından son derece önemlidir. Sözlü sınavların yargısal denetimi için gerekli tüm unsurların oluşturulmasını sağlamak hukuka bağlı idarenin görevidir.

İdarenin faaliyet alanının genişliği ve çeşitliliği bu alanların baştan bütün ayrıntıları ile düzenlenmesini imkansız kılmaktadır. İşte böyle

³³ Danıştay 5.D., 10.06.2002, E.1999/2771, K.2002/2723, *Danıştay Kararlar Dergisi*, S. 1, 2003, s. 209.

durumlarda idareye bir hareket serbestisi tanınması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Anayasanın 125.maddesine göre, “yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır...(İdarenin) takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez”. Genel kabul gören görüşe göre, “açık takdir hatası” ve “ölçülülük ilkesine aykırılık” hali dışında idarenin yetkisi denetlenmemelidir. Sözlü sınavlarda, özellikle uygulamalı alanlarda, adayların sınav esnasında göstereceği performansa puan verilmektedir. Hangi soruların sorulacağı, hangi durumlarda kaç puanın verileceği ve adayın yeterli performansı gösterip gösteremediği hususlarının bütün yönleriyle önceden nesnel kurallarla düzenlenmesi mümkün değildir. Bu konular sınavı yapan kişilerin takdirine bırakılmıştır. Açık takdir hatası olarak değerlendirilebilecek bir durum olmadığı müddetçe yargı organları verilen nota müdahale etmemelidir.

KAYNAKLAR

- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Bilgin Hüseyin/ Sezer Yasin, “Not Tespit Davaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 81, 2009, s.113-149.
- Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara 1998.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Yayınevi, Bursa 2008.
- Danıştay Onbirinci Daire Kararları (1971-1981)*, Ankara 1984.
- Sezer, Yasin, *Kamu Hizmetine Girme Hakkı*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2006.
- Tan, Turgut, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 1-4, Ankara 1996, s. 409-423.
- Tan, Turgut, “Sınav Notları ve Yargısal Denetimi”, *Danıştay Dergisi*, S. 18-19, 1975, s. 15.
- Yenice, Kazım, “Not Takdiri ve Denetimi”, *Danıştay Dergisi*, S. 42-43, 1980, s. 17.

ÖTANAZİ VE YAŞAM HAKKI

Arzu BESİRİ*

“Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır.”

İHEB m. 3

GİRİŞ

İnsanın temel haklarından biri olan yaşama hakkı diğer hakların vücut bulabilmesi için garanti altına alınmalıdır. O yüzden bu hak bütün çağdaş demokrasiye sahip ülkelerin anayasalarında güvence altına alınmaktadır.

Tüm dünyada özellikle son otuz yıldır tartışılan ötanazi bilim ve etiği karşı karşıya getirmekte ve çoğu zaman bilim insanları arasında hararetli tartışmalar yaşanmaktadır. Ötanazinin nasıl ve ne şekilde gerçekleştirileceği sorun olmuştur. Dünya’ da ötanazi nitelik ve ceza verme açısından farklılık gösterse de genelde suç olarak kabul edilmiştir. Türk Hukuku’nda konu ile ilgili ceza kanununda özel bir hüküm bulunmasa da Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 14. maddesinin 1. fıkrasında ve Sağlık Bakanlığı’nın Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 13. maddesinde de ötanazi yasaktır.

Türkiye’de Ceza Hukuku, Kriminoloji ve İnsan Hakları Derneği’nin ülke genelinde 8.386 kişi ile yüz yüze görüşme yöntemiyle yaptığı araştırma sonucunda, halkın ötanaziye sıcak bakmadığı¹ ortaya konmuştur. Fakat yoğun bakım ünitelerinde görevli hemşirelere uygulanan ankette hemşirelerin %44,8’i yoğun bakımdaki hastaların devlete

* Av., İstanbul Barosu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans Programı öğrencisi.

¹ <http://www.drkoray.com/index.php/otanazi>

olan ekonomik yükünü düşünerek ötanazinin yasal olarak kabul edilmesini istemişlerdir.²

Yaşama hakkı Anayasa başta olmak üzere tüm pozitif hukuk kuralları ile korunmuştur. Anayasa'nın 17. maddesi ile "*Herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu*" ifade olunmuş, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, 2. fıkra hükmü ile ayrıca öngörülmüştür.³ Ayrıca TCK'nın 81, 83, 84 ve 85. maddeleriyle yaşama hakkı koruma altına alınmış, 25 ve 26. maddede ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler, 62. maddede ise fail yararına cezayı hafifletecek nedenler sayılmıştır. Anayasa'da ve kanunlarda korunan yaşama hakkına yapılan bazı müdahalelerin⁴ doğru olup olmadığı ve bu yüzden haklı görülüp görülemeyeceği tartışma konusu olmuştur.

Aşağıda ötanazi ve türleri hakkında bilgi verdikten sonra, yaşamın niteliği kavramını anlatacak, dünyadaki uygulamalara yer verecek ve görüşümü bildireceğim.

1. ÖTANAZİ

I. Ötanazinin Tanımı

İlk defa Bacon tarafından kullanıldığı ileri sürülen ötanazi, "*ıstı-rapsız, doğal ölüm*", "*huzur, rahat ve kolaylık içerisinde ölüm*", "*hoş, güzel, kolay, iyilik edici ölüm*" anlamına gelmektedir.⁵ Ötanazinin çeşitli tanımları yapılmıştır. Bir tanıma göre ötanazi, "*ölümün kaçınılmaz olduğu ve tıp ilminin verilerine göre iyileştirilme olanağı olmayan veya dayanılmaz acılar içinde olan kişinin tıbbi yollarla öldürülmesi veya tıbbi yardımın kesilerek ölüme terk edilmesi*" şeklinde tanımlanmaktadır.⁶ Başka bir tanıma göre ötanazi acıma yüzünden adam öldürme veya birisini dayanılmaz ıstı-

² Tepehan, Selma, "Yoğun Bakım ve Servislerde Çalışan Sağlık Personelinin Ötanaziye Bakışı, Yüksek Lisans Tezi" İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 91.

³ Güven, Kudret, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2000, s. 2.

⁴ Ömeroğlu, Ömer, *Ötanazi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1993/2, s. 187.

⁵ Ömeroğlu, a. g. e., s. 188.

⁶ Artuk, Gökçen, *Yenidünya, Ceza Hukuku Makaleleri*, Güven Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 3.

raplardan kurtarmak için öldürmek şeklinde tanımlanmıştır.⁷ Bir başkasına göre; iyileşmeyeceği ve dayanılmaz acıları ölümüne kadar süreceği tıbben benimsenmiş olan, durumu kendisi ve yakınlarınca bilinen, zihinsel yeterliliğe sahip bir kişinin, kendi bilinci ve özgür iradesi ile vermiş olduğu karar üzerine kendisini tedavi eden doktor aracılığıyla acısız bir biçimde hayatının sonlandırılmasıdır.⁸ Hukuki açıdan ötanaziye verilen anlamlar, hak ve hürriyetler açısından geliştirilebilir. Bu açıdan ötanazi bir “ölüm hakkı”dır. Yaşama hakkının tersinden hareketle ötanazi, “olumsuz yaşama hakkı”dır.⁹

II. Ötanazi Türleri

III. Dar Anlamda Ötanazi -Geniş Anlamda Ötanazi- En Geniş Anlamda Ötanazi

Dar anlamda ötanazi ölümün eşiğinde, ölmek üzere olduğu kabul edilen kişi üzerinde ötanazi uygulamasını yansıtırken, geniş anlamda ötanazi ölümünün hemen gerçekleşmeyeceği, haftalar ve belki yıllar sürebileceği hasta üzerindeki ötanazi uygulamasıdır.¹⁰ Geniş anlamda ötanazi, kurtuluşu imkansız ve şifasız bir hastalığa yakalanana ıstırabını dindirmek amacıyla ölüme yol açacak bir biçimde icrai hareketle yapılan yardımdır.¹¹ Dar anlamda ötanaziyle geniş anlamdaki ötanazi arasındaki belirgin fark zamana ilişkindir. Birinde ölmek üzere olan hasta söz konusuysen, diğerinde ölüm zamanı belli olmayan hasta söz konusudur.

Her iki ötanazinin pratik sonuçlarına gelince ötanazinin dar anlamda anlaşılması halinde ancak “ölmek üzere olan” ve ıstırap çeken bir hastaya ötanazi kabul edilirken, diğer bir deyişle her geçen gün ölüme sürüklenen bir hasta öldürülemezken, geniş anlamda ötanazide, öldürme fiili ölmek üzere olan veya ölüme sürüklenmekte olan kişinin ıstırabını dindirmek için uygulanabilir.¹²

⁷ Savcı, Bahri, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, SBF Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1980,s. 21

⁸ Tepehan, a. g. e., s. 3.

⁹ Güven, Kudret, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2000, s. 12.

¹⁰ Ömeroğlu, a. g. e., s. 188.

¹¹ Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, a. g. e., s. 7.

¹² Artuk, Gökçen, *Yenidünya*, a. g. e., s. 7.

En geniş anlamda ötanazi ise yaşama değeri olmadığı kabul edilen hastaların öldürülmesi anlamına gelmektedir.¹³ Bu nevi ötanaziye örnek olarak tedavisi imkansız akıl hastalığına yakalanan şahıslar ve bitkisel hayata girenler gösterilebilir.¹⁴

İradeye Bağlı (Volonter) – İrade Dışı (Non Volonter) Ötanazi

İradeye bağlı ötanazi, bilinci yerinde olan bir hastanın isteği doğrultusunda yapılan ötanazidir.¹⁵ Hukuki sonuç doğabilmesi için iradenin, temyiz kudretine sahip kişi tarafından, hata, hile ve tehdide maruz kalarak iptal edilebilir vasıfta olmadan, özgürce açıkladığı arzusu doğrultusunda olması gerekir. İradeye bağlı ötanazide doktor etken konumdadır ve ölümle sonuçlanan eylemi kendi uygular. Ya da doktorun yapması gereken müdahaleyi yapmayarak hastanın iradesi doğrultusunda hastanın ölmesine yardım etmesidir. Ötanazinin yasallaştırılmasını savunan grupların sundukları bildirimler çoğunlukla, ölmek üzere olan, acı çeken ve bilinci açık hastaların ölüm taleplerini içermektedir.¹⁶ Ayrıca iradeye bağlı veya irade dışı ötanazinin olmazsa olmaz bir diğer şartı da aydınlatılmış onamdır. Aydınlatılmış onam, tedaviye devam etmek veya tedaviyi kesmek için hastayla ilgili tüm gerçek bilgilerin hastaya veya akrabalarına sunulmasıdır.

İradeye bağlı ötanazi, kişinin kendi bedeni, yaşamı ve ölümü üzerinde karar verme hakkının bir parçasıdır.¹⁷

İradeye bağlı ötanazi en rahat kabul edilen ötanazi türlerindedir. Tıp mensupları arasında yapılan ve geniş çaplı araştırmalardan biri olan *Shapiro* araştırmasından çıkarılan sonuca göre doktorlar ağır hastalık ve yaralanma hallerinde bilinci açık hasta tarafından yapılan ötanazi taleplerinde kendilerini, bilincin kapalı olduğu nörolojik hastalara oranla daha rahat hissetmektedirler.¹⁸

¹³ Ömeroğlu, *a. g. e.*, s. 189.

¹⁴ Artuk, Gökçen, *Yenidünya, a. g. e.*, s. 8.

¹⁵ Güven, *a. g. e.*, s. 13.

¹⁶ İnceoğlu, Sibel, *Ölme Hakkı*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999, s. 158.

¹⁷ İnceoğlu, *a. g. e.*, s. 162.

¹⁸ Güven, *a. g. e.*, s. 14.

İrade dışı ötanazi ise bilinç kaybı olan bir hastada yakınlarının iradesi ile gerçekleşir. Bilinç kaybı kavramından hastanın iradesinin alınması olanağı bulunmayan ve psikolojik veya nörolojik nedenlerle meydana gelen zihinsel kapalılık anlaşılır.¹⁹ Non-volonter ötanazi hastanın yakınlarının veya onu kanunen temsile yetkili kimsenin bulunmadığı hallerde ise hastanın varsayılan iradesine uygun olarak gerçekleştirilebilen ötanazi türüdür.²⁰

Aktif Ötanazi – Pasif Ötanazi

Ölümü sağlayan tıbbi yöntemlerin doğrudan doğruya kullanılması aktif ötanazidir. Örneğin, ölüm sonucunu doğuracak ilacın hastaya zerk edilmesi, hastanın acı ve ıstıraplarını yok etmek için bilerek kullanılmasıdır.²¹ Yani hastanın hayatı doktor tarafından icrai bir hareketle sona erdirilmektedir.

Başka bir deyişle, doktorun derin bir sedasyonu (sakinleştirmeyi) takiben ani ölüm yapacak nitelikteki ölümcül dozdaki ilacı uygulayarak hastasının hayatını sonlandırmasıdır.²²

Pasif ötanazi ise, hareketsiz kalarak ölüm sonucunu meydana getirmektir. Olumsuz bir fiille yapılan ötanazidir.²³ Pasif ötanazi genel anlamda, hastanın bir müddet daha yaşamasını sağlayan yaşam destekleyici tedaviyi sunmayarak veya yaşam destekleyici tedaviyi sona erdirerek ölümü hızlandırmak olarak kabul edilmektedir.²⁴ Kişi aktif olarak öldürülmüyor fakat adeta ölüme terk ediliyor. Ayrıca beslenme ihtiyacı olan bir kişiye bilinçli olarak besin verilmezse bu durum da pasif ötanazi olarak kabul edilir.²⁵ Nitekim *Cruzan* olayı olarak bilinen somut örnekte Amerikan Yüksek Mahkemesi, 25 yaşında geçirdiği kaza sonucunda bitkisel hayata giren ve 8 yıl bitkisel hayata girerek

¹⁹ Artuk, Gökçen, *Yenidünya, a. g. e., s. 9.*

²⁰ Güven, *a. g. e., s. 14.*

²¹ *a. g. e., s. 10.*

²² Özkara, Erdem, *Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 18

²³ Artuk, Gökçen, *Yenidünya, Ceza Hukuku Makaleleri*, Güven Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 10.

²⁴ İnceoğlu, *a. g. e., s. 135.*

²⁵ <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/otanazi.htm>

yapay olarak beslenen Nancy Cruzan'ın beslenme tüplerinin çekilmesi suretiyle yaşamına son verilmesi yolundaki ailesinden gelen talebi kabul eden Missouri mahkemesi kararını onamıştır.²⁶

Doktorun her iki ötanazi türünde de kastı acıyı dindirmektir. Ve bu kast gerçekleşince doğal olarak, öngörülen ölümden gerçekleşmektedir.

Türkiye' de genel olarak doktorlar pasif ötanaziye evet demekte ve zaten mevcut sistem de dolaylı olarak pasif ötanazinin uygulandığını söylemektedirler. Ve pasif ötanazi olarak görülmeyen doktorun hareketi doğal yollardan ölüm olarak kayıtlara geçmektedir.

Kazai Ötanazi - Medikal Ötanazi

Ötanazi uygulanan ülkelerin bir kısmında ötanazi bir mahkeme kararına gerek gösterir. Buna kazai ötanazi denir. Buna karşılık, ötanaziye izin verilen bazı ülkelerde sadece hekim kararıyla ötanazinin gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu durumda medikal ötanazi söz konusudur.²⁷ Ötanazide tecrübeli olan Hollanda'da mahkeme kararı olmaksızın doktorun bir başka meslektaşı ile yaptığı konsültasyon sonucunda alacağı karar ile ötanaziye izin verilmektedir ki bu da medikal ötanaziye örnektir.²⁸

2. YAŞAMA HAKKI

I. Yaşamın Niteliği Kavramı

II. Yaşamın Kutsallığı

Yaşamın niteliği denince ilk akla gelen ne olursa olsun yaşamın çok değerli olduğudur. Ve bu değere binaen yaşam aynı zamanda kutsaldır. Yaşamın kutsallığı kabul ediliyorsa ölümcül bir hastalığı veya ölmek üzere olan bir hastanın kendi iradesiyle veya bilinci kapalı olan bir hastanın yakınlarının iradesiyle öldürme işleminin yapılmasının istenmesi ve bu isteğin hastanın acılarını dindirmek için gerçekleştirilmesi olanaksızdır. Yaşam dini açıdan veya değil kutsaldır.

²⁶ Güven, *a. g. e.*, s. 16.

²⁷ Artuk, Gökçen, *Yenidünya, a. g. e.*, s. 10

²⁸ Güven, *a. g. e.*, s. 17

Yaşamın kutsallığına farklı açıdan yaklaşanlara göre ise, yaşam hakkı içinde ölme hakkını da barındırmaktadır, dolayısıyla ötanazi olanaklıdır. Bir diğer bakış açısına göre, insanın yaşamını nasıl sürdürdüğüne bakılarak ona göre yaşamın kutsal olup olmadığına karar verilmelidir. Ondan sonra ötanazi gerçekleştirilmeli veya gerçekleştirilmemelidir. Bir diğer bakış açısına göre ise yaşamın kutsallığı bireysel özgürlükler ve özerklik içinde değerlendirilmelidir.

Bence yaşamın kutsallığı ve dokunulmazlığı yaşama hakkının niteliğinin iki farklı boyutudur. İdam cezasının uygulandığı İran' a baktığımızda şu sonuca varırız: *"Yaşam kutsaldır fakat dokunulmaz değildir. Yani her kutsal dokunulmaz değildir."* İdam cezasının uygulandığı Çin ve ABD'nin bazı eyaletlerini değil de İran'ı örnek vermemin sebebi; İran'ın bir İslam Cumhuriyeti oluşundan dolayı yaşamın kutsallığına atfedilen değerdir. Bu yüzden yaşamın kutsallığı ve dokunulmazlığını iki ayrı başlık olarak inceleyecek ve aşağıda yaşamın dokunulmazlığını anlatacağım.

Yaşamın Dokunulmazlığı

Yaşamın çok değerli olduğundan ve yaşama hakkının bütün hakların oluşması için gerekli olduğundan yola çıkarak varacağımız noktada yaşamın diğer bir niteliği; yaşamın dokunulmazlığıdır. Zaten yaşamın dokunulmazlığı kavramı yaşama hakkının bir parçasıdır.

Hukuk karşısında insan, kendi kişiliğine bağlı bir somut temel hakkın sahibidir; bu somut temel hak da, *"Bireysel Kişilik Hakkı"*dir.²⁹ Bu hakkın tezahür ettiği ilk alan *"Beden Bütünlüğü"*dür. Ve beden bütünlüğü de içinde temel olarak yaşam ve sağlığın sürdürülmesi hakkını içine alır. Kişiliği kurmak, geliştirmek ve korumak için, insanın hak ve özgürlükleri vardır. Bunlar doğal olarak var olur, yasal olarak düzenlenir ve işleme bırakılırlar.³⁰ Bireyin yaşamı sona ermedikçe hak ve özgürlükler ortadan kalkmaz. Bu hak ve özgürlüklerden insanın yaşamını sona ermedikçe vazgeçilemez. Bireyin hak ve özgürlüklerinin sınırını bir başka bireyin hak ve özgürlükleri oluşturur. O yüzden yaşama hakkı mutlak değildir ve istisnası vardır. İstisnası da meşru müdafaa-

²⁹ Savcı, Bahri, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, SBF Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1980, s. 6.

³⁰ A. g. e., s. 10.

dır. İdam cezasının uygulandığı ülkelerde ayrıca hakkın icrası da yaşama hakkının istisnasını oluşturur.

Hukuk bir “*Beden Bütünlüğüne Dokunulmazlık*” kuramı yaratmıştır. Beden Bütünlüğüne Dokunulmazlık kuramı; öldürülemezliği, görülen, görülmeyen herhangi bir uzva bir noksan getirilmezliği, bir uzuvdan yoksun kılınamazlığı (ilgilinin kendi istese bile), maddi veya manevi açılardan bir işkenceye, ezaya, cefaya uğratılamazlığını deyimler, ilan eder, buyurur.³¹

Yaşam hakkının kendisi bir “Öz”den ibarettir. Yaşam hakkı söz konusu olunca, onun “öz”ü, “içerik”i, “kapsam”ı, “şumul”ü hep bir ve aynı şeyi deyimler. Bu içeriğe, kapsama, şumule bir yerinden, en küçük bir sınır getirilirse “öz” bozulmuş, yok edilmiş olur.³² Hukuk ve devlet düzeni; kişiyi, kendisine karşı koruma gereklerini yerine getirmekle de görevlidir.³³ Yaşam hakkına yapılan her türlü müdahale kişinin rızasıyla bile olsa hukuka aykırıdır.

Fakat birinin beden bütünlüğüne karışma; söz konusu bireysel kişilik hakkının yıkılmasına yönelik değil de, tersine, yaşam hakkının sürdürülmesine, geliştirilmesine yönelik ise; burada doktorun bedene karışması geçerlidir.³⁴

IV. Yaşama Hakkını Güvence Altına Alma ve Yaşatmacılık Esası

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3 Eylül 1952’ de yürürlüğe giren metninin 2. maddesinin 1. fıkrasında; “*Herkesin yaşam hakkı yasasının koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.*” ifadesi yer almaktaydı. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1 Mart 1985’te yürürlüğe giren 6 no.’lu protokol’üne göre ölüm cezası kaldırılmıştır. Sözleşme’nin 2. maddesinin 1. fıkrası “*Herkesin yaşama hakkı hukuken korunmalıdır. Hiç kimse, kanunda cezası*

³¹ A. g. e., s. 16.

³² A. g. e., s. 12.

³³ A. g. e., s. 18.

³⁴ A. g. e., s. 21.

belirlenmemiş bir suçu işlemesi nedeniyle mahkeme kararının infazı amacıyla dahi olsa yaşama hakkından mahrum bırakılamaz.” olmuştur.

Sözleşmenin bu maddesi Devlete, yaşama hakkını koruma mükellefiyeti yüklemiş ve hiç kimsenin yaşamaktan bilinçli olarak mahrum bırakılamayacağını öngörmüştür.³⁵

Buna göre devlet bireyi sadece doğrudan tecavüz teşkil eden eylemlere karşı korumak borcu ile yükümlü olmayıp, hayatı rizikoya sokacak tehlikeli durumlara karşı da korumak zorundadır.³⁶ Yaşama hakkı sırf saygıyı değil, hakkın korunup, gözetilmesini de gerektirir.

3. CEZA HUKUKU AÇISINDAN ÖTANAZİ

I. Mukayeseli Ceza Hukukunda Ötanazi

II. Ötanaziyi Suç Sayan Devletlerin Gerekçeleri

1. Ötanazi bütün unsurlarıyla kasten adam öldürme suçunu oluşturur. Failin iradesi de bu yöndedir. Adam öldürme suçu kasti bir suçtur, hekimde ya da failde bu kast mevcuttur. Mevcut olan bu kast manevi unsuru oluşturur. Burada saik değil maksat önemlidir. Katil kildir, doktor olması ve merhametten, hastanın ıstıraplarını gidermek için bunu yapması sonucu değiştirmez.

2. Ötanazi taraftarlarına yapılan itirazlardan biri de; doktorun yanlış teşhis yapabilmesi veya hastaya uygulanacak yeni bir tedavi yöntemi keşfedilmesi ihtimalidir. *“Tıp ilminde hata ihtimali her zaman mevcuttur. Bir hastalığın öldürücü olup olmadığının kat’i olarak tespiti mümkün değildir.”* denilmektedir.³⁷ Bir insanın yaşama hakkı göz göre göre ihlal edilebilir.

3. Ötanazinin kanunlaştırılması halinde toplumun moral ve psikolojik yapısı çökecektir. Çünkü, kolay bir ölümü seçmek yaradılışın gereğidir. İnsan hayatının değerinin mutlak surette azalması karşısında, netice olarak, ferdi olaylarda kolay ölümü seçmek diğer fikirlerin önüne geçecektir. Doktorlara veya üçüncü şahıslara öldürme hakkı-

³⁵ Güven, *a. g. e.*, s. 102.

³⁶ Güven, *a. g. e.*, s. 103.

³⁷ Bafra, Jale, Euthanasia, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 1990.

nı tanımak suiistimallere yol açacaktır. Kanunlar, ötanaziye mani olmakla her birine makul sebep bulunabilecek bir dizi cinayeti önlemiş olmaktadır.³⁸

4. Ötanaziye müsaade edilmesinin tıbbın gelişmesi için engelleyici olacağı ve insanların tıba ve doktorlara olan itimadının sarsılacağı ile ri sürülmüştür.³⁹ İyileşmesi bugün için imkansız bir hastayı öldürmek, insanlığın gelecek başarılarını inkar etmeye eşit anlamdadır.⁴⁰ Nitekim evvelce öldürücü bir hastalık olan kan kanseri bugün ilik nakli vs. yöntemlerle tedavi edilebilmektedir. Şayet o zamanlar bir çok hasta acı çekmeye ve ölüme mahkum olsaydı ve onların ıstaplarını dindirmek için doktorlar büyük gayretler sarf etmek yerine, kolay yoldan ölümü seçselerdi, belki bugün kan kanseri şifasız bir hastalık olacaktı.⁴¹

5. Ayrıca ötanazi karşıtları Hipokrat Yemini' nde aktif ötanaziye açıkça karşı olunmasından dolayı doktorun ötanazi uygulayamayacağı görüşüne sahiptirler. Hipokrat Yemini' nde şöyle demektedir: *"Benden talep edilse dahi, hiç kimseye ne öldürücü ilaç vereceğim ne de öldürücü etkiye neden olan bir şey tavsiye edeceğim."*⁴² Doktor hastayı tedavi etme misyonunu yüklenmektedir. Dolayısıyla ötanazi yapılamaz.

6. Ötanazi her insanda bulunan koruma güdüsüne dolayısıyla insan doğasına aykırıdır.⁴³

Ötanaziye Suç Saymayan Devletler

1. ABD

ABD' de aktif değil, istemli pasif ötanazi hukuka uygun kabul edilmektedir. ABD' deki uygulamaya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken nokta şudur: ABD' de uygulanan pasif ötanazi, genel kabul gören ötanazi tanımının dışındadır. Hastanın ölümcül hasta olmadığı

³⁸ Bafra, a. g. e., s. 25.

³⁹ Bafra, a. g. e., s. 25.

⁴⁰ Erem, Prof. Faruk, *Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi*, Adil Yayınevi, Ankara, 1997, s. 41.

⁴¹ Bafra, a. g. e., s. 25.

⁴² İnceoğlu, a. g. e., s. 170.

⁴³ Ömeroğlu, a. g. e., s. 195.

durumlarda da, hastanın tedavisini kesmek veya onu yaşam destekleyici araçlardan çıkarmak mümkündür.⁴⁴

Ötanazide hastanın vasiyetini mutlak arayan bazı eyaletlerde, hastanın yazılı ve önceden verilen açık iradesi bulunmadıkça yapay yaşam desteğinin kaldırılması mümkün görülmemektedir. Diğer taraftan 20 eyalette hastanın iradesi tam olarak tespit edilmezse dahi yasal temsilcisi veya onun yerini tutan bir başkasının örneğin mirasçılarının iradesinin yeterli görüldüğü belirlenmiştir.⁴⁵

ABD’de istemli pasif ötanazinin, pek çok eyalette ve sınırları bu kadar geniş tutularak tanınması karşısında, aktif ötanaziye ölümcül hastalar için dahi imkan sağlanmaması bir çelişkidir.⁴⁶

2. Belçika

Belçika yasalarına göre, ötanazi isteyen hastanın 18 yaşından büyük olması, bu talebini bilinçli ve kendi iradesiyle yapması, bu isteğini düşünerek ve birkaç defa yansıtması şart koşuluyor. Hastaya ötanazi yapılabilmesi için, *“fiziki veya psikolojik açıdan, tıbbi olarak sürekli ve dayanılmaz acı çekiyor olması, hastalık sürecinde çaresiz bir aşamada bulunması”* gerekiyor. Ötanazi yapacak doktorun hastayla derinlemesine görüşmesi, sağlık durumu hakkında ayrıntılı bilgi vermesi, *“ötanaziden başka bir çare kalmadığı”* konusunda hastayla mutabakat sağlaması da koşullar arasında bulunuyor. *“Hastanın ötanazi talebinde bulunmasıyla yapılması arasında en az 1 ay geçmesi”* ve *“özel bir komisyonun nihai kararı vermesi”* şartları da yasa da yer alıyor. Yasaya göre, Belçika’daki insanlar, arzu ederlerse sağlıklı günlerinde bir yazılı vasiyet hazırlayarak, amansız bir hastalığa yakalandıkları veya bir kaza sonucu bilinçsiz kaldıkları, kurtuluş ümidi bulunmadığı durumlarda, ötanaziye gidilmesini isteyebiliyor. Bu durumda, bir vekaletnamede, bir veya birkaç kişinin ismi verilebiliyor ve bu kişiler ötanazi kararını hasta adına doktorlara bildirmekte yetkili kılınıbiliyor. Belçikalı doktorlar, ötanazinin yapılmasını izleyen 4 gün içinde, Federal Kontrol Komisyonuna bilgi raporu sunuyor. Bu komisyonun üyelerinin üçte ikisi, mevcut verilerin incelen-

⁴⁴ İnceoğlu, Sibel, *Ölme Hakkı*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999, s. 186.

⁴⁵ Güven, a. g. e., s. 37.

⁴⁶ İnceoğlu, a. g. e., s.190.

mesinden sonra, ötanazinin gereksiz olduğu kanaatine varırsa dosya savcılığa sevkediliyor ve adli takibat başlatılıyor. Yasa, hiçbir doktorun zorla ötanazi yapmaya mecbur edilemeyeceğini de kayda bağlıyor. Belçika'da resmi kayıtlara göre her yıl 500'den fazla kişiye ötanazi uygulanıyor.⁴⁷

3. Hollanda

Mahkeme kararları ile 1984 yılında başlayan ötanazi uygulamasının cezalandırılmaması yaklaşımı, 1994 tarihli bir yasa ile yasal bir prosedüre bağlanmış olarak sürdürülmüştür.⁴⁸ 10 Nisan 2001 yılında ötanazi hukuka uygun hale getirilmiştir. Hollanda hukukunda ötanazi şöyle tanımlanmaktadır: Ötanazi, hastanın açık talebi üzerine, doktor tarafından hastanın yaşamına son verilmesidir.⁴⁹

Söz konusu yasaya göre, iyileşme umudu bulunmayan kişiler, istedikleri takdirde doktor kontrolü altında yaşamlarına son verebilme hakkına sahip durumdadırlar. Ötanaziyi uygulayan doktor, yaptığı işlemi "Bölgesel Ötanazi Denetleme Komisyonu"na bildirmek zorundadır. Komisyon, ötanazinin yasalara uygun şekilde yapılıp yapılmadığını denetleyebilecektir. Bu denetim sonucunda, komisyon, doktorun ötanazi işlemi özenli şekilde yapmadığına kararına varırsa savcılığa suç duyurusunda bulunacaktır. Bu yasa yürürlüğe girmeden önce Hollanda'da ötanazi kazai içtihatlarla oluşturulan kriterlere uygun olarak yapıldığı takdirde hukuka uygun sayılıyordu. Hollanda, ötanazinin en çok uygulandığı ülkedir. Bu ülkede, her yıl 2.300 kişi ötanazi sonucunda hayatlarını kaybetmektedir. Böyle bir yasanın yürürlüğe girmesinin, yarattığı en büyük pratik değişiklik, doktorların ceza kovuşturmayaya uğrama ihtimallerinin tamamen ortadan kalkması olmuştur.⁵⁰

⁴⁷ <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/otanazi.htm>

⁴⁸ İnceoğlu, Sibel, "Hollanda Hukuku'nda Ötanazinin Hukukiliği", *İBD*, 1998, s. 27.

⁴⁹ İnceoğlu, a. g. e., s. 27.

⁵⁰ http://www.ozurlulergazetesi.com/news_detail.php?id=11130&uniq_id=1241133096

4. Lüksemburg

17 Mart 2009 tarihinde ötanazinin gerçekleştirilmesi hakkında kanunun yürürlüğe girmiştir ve böylece ötanazinin uygulandığı üçüncü Avrupa ülkesi Lüksemburg olmuştur. Ötanazinin uygulanması için dayanılmaz acılar içindeki hastanın doktor tarafından iyice aydınlatılması ve hastanın kendi iradesiyle muvafakati gerekir. Hastanın bilincinin yerinde olmaması durumunda hastanın ailesinin ve doktorun ötanazi için muvafakati gerekmektedir.⁵¹

V. Türk Ceza Hukukunda Ötanazi

TCK'da ötanazi ile ilgili özel bir hüküm yoktur. Ötanazi kişinin hayatına son vermeyi gerektirdiği için kasten adam öldürme suçu sayılmakta, hakim cezayı hafifletici sebepleri göz önüne almakta ve fail buna göre cezalandırılmaktadır. TCK'nın 81. maddesinde kasten adam öldürmeye verilecek ceza belirtildikten sonra 82. maddede nitelikli haller sayılmıştır. (www.hukukcu.com)

Türkiye'de, aktif ötanazi, kasten adam öldürme suçu olarak kabul edilmektedir (TCK m. 81), oysa hekimin tehlike hali olmasına rağmen, diğer bir deyişle hastanın öleceğini öngörmesine rağmen hastanın talebi üzerine tedaviyi sona erdirmesi, taksirle adam öldürme suçunu oluşturmaktadır.⁵² Kasten adam öldürme müebbet hapis cezasını gerektirirken, taksirle adam öldürme 2 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası gerektirmektedir.

Ayrıca sadece bir ya da iki parmağı hariç vücudunun tüm bölgeleri felç olan ve kendini öldüremeyecek durumda olan hastanın ölmesi için her şeyi hazırladıktan sonra düzeneğe basıp, ölmesi için düzeneği hastanın eline veren etken konumunda olmayan doktor, hastanın düzeneğe basması ve ölmemesi durumunda TCK m. 84'ün 1. fıkrasına göre 2 yıldan 5 yıla, hastanın ölmesi durumunda 4 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası alır.

Aynı doktor, hiçbir tarafı tutmayan bir hastanın iradesiyle ölme isteğini yerine getirmek için ona ilaç verip su içirirse bu sefer kasten adam öldürmek suçundan yargılanacaktır.

⁵¹ <http://www.lifesitenews.com/ldn/2009/mar/09031803.html>

⁵² İnceoğlu, Sibel, Ölme Hakkı, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999, s. 139.

SONUÇ

AIHM' si önüne gelen davalarda somut olayın niteliklerine göre karar vermekte ve yaşama hakkının ölme hakkını da içermediği görüşüne katılmaktadır. Ben de ötanazinin bir hak olmadığı görüşündeyim. Haklar özellikle vatandaş olan herkese verilmektedir, oysa ötanazi her devlet tarafından kabul edilmeyen edilse de hastanın belirli şartları taşıması suretiyle ölmesine iç hukukta kanunlarla icazet verilebilen bir vaka' dır. Ve ötanazi bir haksızlığa herkese uygulanmalıdır, daha doğrusu uygulanabilmelidir. Hakların kısıtlanması, verilmemesi istisna iken ötanazinin uygulanması istisnadır. Ayrıca ötanazi evrensel bir hak değildir, kabul edilip edilmemesi ülkelerin iç hukuk düzenlemelerine bırakılmıştır. Fakat yaşam hakkı evrensel bir haktır, kanunlarla güvence altına alınmıştır. İHEB'nin 3. maddesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6. maddesi, AIHS'in 2. maddesi ve AB Temel Haklar Şartı'nın 2. maddesi herkesin yaşam hakkı olduğunu söyleyerek bu hakkı garanti altına almıştır.

Bir an için ötanazinin hak olduğunu düşünsek bile, ötanazi yaşama hakkından vazgeçmek olduğuna göre kişiye sıkı sıkıya bağlı olmalıdır deriz. Bu durumda irade dışı ötanazi getirilen ölçütlere uymaz.

Şayet insan, subjektif haklara sahipse onu ancak bir topluluğun üyesi olduğu zaman elde edebilir ve orada (toplumda) bir hukuk kurallarına boyun eğmek vardır; çünkü bütün toplumun varlığı, üyelerini etkisi altında tutan kuralların varlığı halinde ortaya çıkar.⁵³

Her birey hayatını yönlendirme hakkına sahiptir. Bütün iradi eylemlerin amacı vardır.

Özgürlük sanki ışığa tutulmuş, ışığı renklere bölen bir prizmadır; herkes ona bakarak kendi açısından gördüğü rengi veya renkleri tasvir eder.⁵⁴ Özgürlük, subjektif bir hak olarak, dilediği gibi serbest davranmak serbestisi değil; fakat bireyin sosyal dayanışma olgusuyla mümkün olabilen en iyi işbirliği içinde, benliğini olabildiği ölçüde geliştirmenin, bütün bireylere yüklediği bir yükümlülüktür.⁵⁵ Bu tanımdan yola çıkarak diyebiliriz ki; özgürlük her şeyi yapabilmeye muktedir olma hakkı değildir.

⁵³ Türközer, Bahir, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk*, Ankara, 1996, s. 66.

⁵⁴ Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 3.

⁵⁵ Türközer, a. g. e., s. 239.

Özgürlüğün bu kapsamı içinde, insan hiç de özgür olma hakkına sahip değildir; o yerine getirilmesi gereken bir sosyal ödev, benliğini mümkün olan en üst düzeyde geliştirme ve gerçekleştirme ve sosyal fonksiyonunu, gerektiği gibi yerine getirme ödevine sahiptir.⁵⁶ Bu ifadelerden de anlaşılacağı gibi insan, hayatını sonlandırma özgürlüğüne sahip değildir.

Asıl mesele, özgürlüklerin platonik olarak tanınması değil, fakat onun sağlanması ve korunması meselesidir.⁵⁷ Kanımca ölme hakkı olarak kabul edilen kavramın sağlanması ve korunması söz konusu değildir, çünkü ötanazi hak vasfına haiz değildir.

Bireysel iradelerin sahip olduğu isteme gücü, sosyal dayanışmanın amacına aykırı bir sonucu ya da onun tarafından belirlenmemiş bir amaca uygun bir sonucu istemek olanağı tanımaz. Bireyin sahip olduğu güç, isteme ödevi tarafından belirlenmiş isteme gücüdür.⁵⁸

Temel hakların biri de yaşama hakkıdır. Ötanazinin meşrulaştırılması insanların birbirlerini öldürmeme yükümlülüğünün çiğnenmesi anlamını taşır ki, bu yüzden ötanazi kanunlaştırılmamalıdır.

Ötanaziye meşrulaştırmak yerine toplumda engelli ve hasta olarak yaşamlarını sürdüren dezavantajlı kesimlerin refahı artırılmalı, erişilebilirlik ve ulaşılabilirlik en üst düzeye çıkartılmalı yani yaşam kalitesi artırılmalıdır. Çünkü işin esasına girdiğimizde hiçbir dezavantajlı gruptaki insan ölmeyi istemez, sadece kendini buna mecbur hissedebilir.

KAYNAKLAR

Kitaplar

Artuk, Gökçen, *Yenidünya, Ceza Hukuku Makaleleri*, Güven Kitabevi, İstanbul, 2002.

Erem, Prof. Faruk, *Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi*, Adil Yayınevi, Ankara, 1997.

⁵⁶ A. g. e., s. 246.

⁵⁷ Kapani, a. g. e., s. 247.

⁵⁸ A. g. e., s. 244.

Güven, Kudret, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2000.

İnceoğlu, Sibel, *Ölme Hakkı*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.

Kapanı, Münici, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1993.

Özkara, Erdem, *Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

Savcı, Bahri, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, SBF Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1980.

Türközer, Bahir, *Toplumsal Gerçeklik Olarak Hukuk*, Ankara, 1996.

Makaleler

İnceoğlu, Sibel, Hollanda Hukuku'nda Ötanazinin Hukukiliği, *İBD*, 1998.

Ömeroğlu, Ömer, Ötanazi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1993/2.

Tezler

Bafra, Jale, Euthanasia, Yüksek Lisans Tezi, T.C. İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 1990.

Tepehan, Selma, Yoğun Bakım ve Servislerde Çalışan Sağlık Personelinin Ötanaziye Bakışı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2006.

İnternet Kaynakları

<http://www.drkoray.com>

<http://www.ttb.org.tr>

<http://www.hukukcu.com>

<http://www.ozurlulergazetesi.com>

<http://www.lifesitenews.com>

TÜRKİYE'DE İNSAN EMBRİYOSU ÜZERİNDE ARAŞTIRMA YAPMANIN HUKUKİ SORUNLARI

Aykut ÇOBAN*

Embriyolar, *'hastalıkların tanısı ve tedavisi'* gerekçe gösterilerek dünyanın çeşitli yerlerinde genetik çalışmalarda, kök hücre araştırmalarında, ilaçların ya da çeşitli yöntemlerin geliştirilmesinde herhangi bir deney gereği gibi kullanılabilir. Bu durum, embriyonun niteliği gereği herhangi bir araştırma nesnesinden farklı olması nedeniyle yoğun tartışmalara yol açmaktadır. Böyle bir tartışma, üzerinde araştırma yapılan embriyonun hukuki bir korumayı hak edip etmediği, varsa haklarının neler olduğu, korunacaksa bunun nasıl gerçekleştirileceği gibi konuları içermektedir. Buna ek olarak, araştırmaya konu olan embriyonun hakları ile bilim insanlarının, üniversitelerin, araştırma merkezlerinin, hastaların ve hasta yakınlarının hakları ve çıkarları çatışabildiği için görüş ayrılıkları derinleşmektedir.

Bu yazı, Türkiye'de embriyo üzerinde araştırma yapılması sorununu, embriyo bakımından, embriyonun hakları üzerinde yoğunlaşarak tartışmayı amaçlamaktadır. Makalenin öncülü (premise, tartışmaya girmeksizin doğru olarak kabul ettiği önermesi) şudur: embriyo insanlık ailesinin bir üyesidir ve insan hakları bağlamında bir hak öznesidir (bu konuyu tartışan bir araştırma için bkz. Çoban, 2007a). Yazıda, tüpteki embriyolar üzerinde araştırma yapılmasına ve araştırma amacıyla embriyo ve klon-embriyo yaratılmasına izin verilip verilmediği, araştırma özgürlüğünün bu türden araştırmaları kuşatıp kuşatmadığı, embriyolar üzerinde deney yapmanın yasal koşullarının neler olduğu, çatışan hak ve çıkarlar durumunda embriyonun kolayca feda edilip edilemeyeceği gibi soruların yanıtları araştırılacaktır.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi.

Bu tartışma, Türkiye’de yürürlükteki düzenlemeler temel alınarak sürdürülecektir. Önce, araştırmada kullanmak, bir tedavi yöntemi geliştirmek gibi amaçlarla embriyo oluşturmanın hukuken olanaklı olup olmadığını saptamak gerekecektir. Sonra, embriyo üzerinde yapılacak araştırma ve deneylerde karşılanması gereken hukuki koşullar tartışmaya açılmaktadır. Son olarak da, araştırmacının hakları ve embriyonun korunmasıyla ilgili yasal ve ahlaki yükümlülükleri ele alınmaktadır.

Araştırmalar İçin Embriyo Oluşturma

Türkiye’nin üyesi olduğu Avrupa Konseyi’nin Parlamenter Meclisi’nde kabul edilen iki ayrı tavsiye kararında, canlı iken ya da öldükten sonra, üzerinde araştırma yapmak için embriyo yaratılmasının yasaklanması istenmiştir. Gelişimini sürdürmesine biyolojik bir engel bulunmayan insan embriyosu üzerinde araştırma yapılmasının ve gelişimini sürdürebilir ya da sürdüremez olmasına bakılmaksızın herhangi bir canlı embriyo üzerinde deney yapılmasının yasaklanması gerektiği belirtilmiştir (Council of Europe, Parliamentary Assembly, 1986: 14.A.iii ve iv; ayrıca 1989: Appendix, H. 21, B. 5, E. 14). Nitekim, Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (kısaca Biyotıp Sözleşmesi), araştırma amacıyla insan embriyosu oluşturulmasını yasaklamıştır (m. 18). Türkiye, bu Sözleşmeyi, imzaya açıldığı gün imzalamış ve 2004 yılında usulüne uygun biçimde yürürlüğe koymuştur. Anayasanın uluslararası sözleşmelerle ilgili 90. maddesi dikkate alındığında, Biyotıp Sözleşmesi yasa hükmündedir, Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz ve temel hakları düzenlemesi nedeniyle yasalarla çatışan hükümleri için Sözleşme maddeleri esas alınır. Biyotıp Sözleşmesi’nin hükümleriyle yürürlükteki ya da yürürlüğe konulacak bir yasa, tüzük ya da yönetmeliğin hükümleri çeliştiğinde, uyumsuzluk, Sözleşme hükümlerinin uygulanması yoluyla çözülecektir.¹

Açıktır ki, Türkiye’de, üzerinde araştırma yapmak için embriyo yaratılması yasaktır. Sözleşme, taraf bir ülkenin, ‘*tüp bebek*’ uygulama-

¹ Onaylanmış uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri ve değeri hakkındaki tartışmalar için bkz. Gülmez, 2004; Karagülmez, 2004; Şahbaz, 2004.

sında yedeğe çıkan embriyolar üzerinde araştırma yapılmasına yasayla izin vermesi durumunda, embriyonun uygun biçimde korunması gerektiğini hükme bağlamıştır (m. 18). Demek ki, Sözleşme, üreme amacıyla oluşturulan ama kullanılmayan tüpteki yedek embriyonun araştırmaya konu olmasının kabul edilebilirliğiyle ilgili açık bir tutum takınmaz, bunu taraf ülkeye bırakır (Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine, 1996: paragraf 116). Yürürlükte olan Üremeye Yardımcı Tedavi (ÜYTE) Merkezleri Yönetmeliği (2005), üreme amacıyla oluşturulan embriyoların 'yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun' kullanılmasını yasaklamıştır (m. 17). Buna göre, Türkiye'de üreme amacıyla yaratılıp yedeğe çıkan embriyoların araştırmalarda kullanılmasına da izin verilmemektedir.

Embriyoyu koruyan bu yasağa karşın, Türkiye'de yürürlükteki mevzuatın uygulanması ve denetim bakımından önemli eksiklikler ve sorunlar bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığı 19.9.2005 tarihli bir genelgeyle, bakanlıkta sürdürülen hukuki çalışmalar sonuçlanıncaya kadar embriyonik kök hücre araştırmalarının kamu ve özel kurum-kuruluşlar ile üniversiteler bünyesinde yapılmaması gerektiğini duyurmuştur. Bu genelge, aslında, embriyonik kök hücre araştırmalarının yapılmakta olduğunu kabul eden resmi bir belgedir.² Bu araştırmaların yapılabilmesi için, **a)** ya Türkiye'nin taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesine göre yasak olduğu halde araştırma amacıyla embriyo yaratılmış;³ **b)** ya ÜYTE Yönetmeliğine göre yasak olduğu halde tüp bebek merkezlerinde yedeğe çıkan embriyolar araştırma amacıyla

² Ayrıca başka bir kaynağa göre de, 'ülkemizde erişkin, mezodermal, kordon kanı ve embriyonik kök hücreleri ile Ankara, Hacettepe, Bilkent, Ege, İstanbul, Karadeniz Teknik ve Orta Doğu Teknik üniversiteleri ile İstanbul Memorial hastanelerinde temel ve uygulamalı araştırmalar yapılmaktadır' (Kansu, 2007: 17).

³ Hakeri'ye göre, kök hücre araştırmaları için embriyo yaratılmasının Sözleşme'deki yasak kapsamında olup olmadığı 'çok açık değildir'. Bu nedenle, ÜYTE merkezlerinde, kök hücre elde etmek amacıyla embriyo yaratılıp bunlar araştırmada kullanılabilir (Hakeri, 2007: 537-38). Bu yoruma katılmıyorum. Embriyonik kök hücre çalışmalarının 'araştırma' olduğunu aşağıda vurgulayacağım. Bu bakımdan, kök hücre 'tedavisi' / araştırması için embriyo yaratılması yasak kapsamındadır. Ayrıca, ÜYTE Yönetmeliği'ne göre, bu merkezler, çiftlerin çocuk sahibi olmalarını sağlamak üzere faaliyet yürütürler. Yönetmeliğe göre kurulup da, üreme dışında bir amaçla embriyo oluşturan bir merkez, yönetmeliğe aykırı bir uygulama yapmış olur.

la kullanılmış;⁴ c) ya da yurt dışından embriyo ve embriyonik kök hücre hatları ithal edilmiş ya da getirilmiştir.⁵ İlk iki durumda, yürürlükteki düzenlemelere açık bir aykırılık söz konusudur ve bakanlık gerekli denetimleri yapmamış, bu aykırılığa göz yummuş demektir. Her iki durumda kök hücre araştırmalarında embriyo kullanımı yasadışı olduğuna göre, bakanlık zaten yasadışı olan bir eylemi durdurduğunu ilan etmiştir (Çoban, 2005). Üçüncü durumda ise, ortada ahlaki de bir sorun söz konusudur. Embriyonik kök hücre hatlarının ülkeye girişine izin verilmesi, Türkiye’de uygun bulunmayan ve yasak olan araştırma amacıyla embriyo yaratma ve tüp bebek sürecinde yedeğe çıkan embriyoları araştırma gereğine dönüştürme eylemlerinin başka ülkelerde yapılmasını özendiren bir uygulama olacaktır.⁶

Sağlık Bakanlığı’nın, bilgi alma hakkı çerçevesinde 27 sorudan oluşan dilekçeme verdiği resmi yanıtında, *‘Bakanlığımızca da yurtdışından insan embriyosu getirilmesi hususunda izin verilmemektedir. ... Embriyonik kök hücrelerin kaynağı olarak in vitro fertilizasyon uygulamasında değerlendirilemeyen mevcut atık ve atık materyal (blastokist aşamasında) hariç, herhangi bir embriyonik ve/veya fetal kaynağın kullanılması yasaktır’*, denilmektedir (Sağlık Bakanlığı, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 3.3.2008 tarih ve 6464 sayılı yazısı).

Bakanlığın daha önce andığım genelgesiyle yasaklanan embriyonik kök hücre araştırmalarının konusu olan embriyoların nereden sağlandığıyla ilgili yasal bir kördüğüm var. Yurtdışından embriyo getiril-

⁴ Türkiye’de embriyonik kök hücreden ‘atan kalp hücresi’ geliştirildi. ‘Bu çalışma için hastanenin Akademik Kurulu’ndan ve kullanılmayacak embriyonun üzerinde çalışmak amacıyla da ailelerden izin aldıklarını belirten ekip başkanı...’ (Sançar, 2004).

⁵ ‘Türkiye’ye dışarıdan, embriyonik kök hücre getirilmesi ve kullanılmasıyla ilgili olarak, yasal olmayan bazı girişimler oldu’ (Beksaç, 2007: 8). Ayrıca belirtmek gerekir ki, embriyonik kök hücre hatları uluslararası alanda yasal olarak da dağıtımına sunulabilmektedir. Birleşik Krallık Kök Hücre Bankası örneği için bkz. Stephens, Atkinson ve Glasner, 2008.

⁶ Embriyo ve cenin için araştırma alanından başka pazarlar da var. Ukrayna’da, kadınların para karşılığı kürtaja yönlendirilmesi, elde edilen ceninlerin 5000 Sterlin karşılığında yurt dışındaki güzellik salonlarına satılması örneğinde olduğu gibi (Parfitt, 2005). Dahası, BBC, Ukrayna’da yeni doğmuş bebeklerin uluslararası kök hücre ticareti için öldürülmüş olduğunu gösteren kanıtların bulunduğunu bildirdi. Anneler doğumdan hemen sonra kendilerinden alınmak üzere çocuk doğurduklarını kabul ederken, mezardan çıkarılan cesetler üzerinde yapılan incelemelerde de bebeklerin bedenlerinin parçalandığı belirlendi (Hill, 2006).

mesine izin verilmemiştir. Buna karşılık, bakanlık, yurtdışından embriyonik kök hücre hatlarının getirilmesine izin verilip verilmediği yönündeki sorumu yanıtızsız bırakmakla birlikte, embriyodan elde edilen materyalin araştırmalarda kullanılamayacağını vurgulamıştır. Öte yandan, bakanlık, tüp bebek uygulaması için oluşturulan embriyolardan beş-yedi günlük olup da (blastokist evre) değerlendirilemeyenlerin araştırmalarda kullanıldığını belirtmektedir. Bakanlık, ya beş-yedi günlük embriyoları, 'ön-embriyo' (pre-embryo) olarak kabul edip embriyo terimi ile karşılama eğilimindedir. Oysa aynı blastokist evrede, rahimdeki embriyonun hukuken hak ehliyetinin bulunduğunu biliyoruz (Çoban, 2007b). Ya da bakanlık, türlü nedenlerle tüp bebek olarak değerlendirilemeyen bu embriyoları atık olarak görmektedir. Her iki durumda, ÜYTE Yönetmeliği'ne göre oluşturulan embriyoların araştırmalarda kullanılması yönetmeliğin koyduğu yasağa aykırılık oluşturur. Böylece, başladığımız noktaya geri dönüyoruz: Bakanlığın gerçekte hiç yapılmamış ve var olmayan çalışmaları durdurması gülünç olacağına göre, genelge, yasadışı olarak yapılan ya da zaten yasak olan embriyonik kök hücre araştırmalarını yasaklamıştır.

Bakanlıktan talebim üzerine, yukarıda andığım 3.3.2008 tarihli yazı ekiyle gönderilen Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları Kılavuzu, insan embriyosunun kök hücre çalışmalarında kullanılmasına olanak sağlamaktadır. Kılavuz henüz yürürlüğe girmemiştir. Hazırlanan bu taslak kılavuzda, embriyonik kök hücre, *'laboratuvar ortamında gerçekleştirilen döllenme sonrası oluşan 5-7 günlük hücre kümesinden teşekkül eden blastokistten elde edilebilen kök hücre kümesi ve serileri'* biçiminde tanımlanır. Bu tanımda, embriyonun, ana rahminde oluşmamış olması, yani laboratuvarında döllenmiş olması dışında herhangi bir nitelik belirlenmiş değildir. Ne de kılavuzun bütününe buna ilişkin bir hüküm vardır. Tam tersine, kılavuzda, embriyonun elde edilme biçimiyle ilgili geniş bir esneklik tanınmıştır; embriyonik kök hücre çalışması yapmak isteyenler, embriyoyu nasıl elde ettiklerini, embriyonun kaynağı ile ilgili ayrıntıları, başvuru dosyasında belirtecektir. Kılavuzdaki esneklik aslında paradoksaldır, çünkü kök hücre elde edilecek embriyoların araştırma amacıyla yaratılması Türkiye'de yasak olduğu gibi (Biyotıp Sözleşmesi, m. 18), tüp bebek sürecinde yedeğe çıkan embriyoların araştırmalarda kullanılması da yasaktır (ÜYTE Yönetmeliği, m. 17). Geriye kalan yol, yurt dışından beş-yedi günlük embriyo getirilmesi olabilir, ama bakanlığın, yukarıda andığım resmi yanıtında yurt

dışından embriyo getirilmesine izin verilmediği vurgulanmıştır. Kılavuz olsun, kurallar koysun diye yazılan bir kılavuzda, üzerinde kök hücre çalışması yürütülecek embriyoların nereden sağlanabileceği konusu belirsiz bırakılmıştır. Bakanlığın, kılavuza koşturarak, ÜYTE Yönetmeliği'ni değiştirerek tüp bebek sürecinde yedeğe çıkan embriyoların araştırmalarda kullanılmasına izin vermesi beklenebilir.

Kılavuza göre, kök hücre çalışması yürütülecek kurumdaki yerel etik kurulun onayı alındıktan sonra, başvuru dosyası, Sağlık Bakanlığı'nın kurduğu Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu'nca değerlendirilecektir. Bu kılavuzun çıkarılma amacı, '*insan kaynaklı kök hücre çalışmalarında uyulması gereken esasları düzenlemek*' olduğu halde, kılavuz, beş-yedi günlük embriyonun kaynağıyla, nasıl işleneceği ve saklanacağıyla, işlenen materyalin hangi deney ortamında nasıl kullanılacağıyla ilgili temel ilkeleri bile düzenlememektedir. Bilimsel Danışma Kurulu, başvuru hakkındaki kararını, önceden saptanmış ilke ve kurallara göre değil de, başvuranın bildirimine dayandıracaktır. Belirsizliklerden '*esaslar*' türetmeye çalışan kılavuzda açıkça yer verilen tek kural, insan kaynaklı embriyonik kök hücre uygulamalarının ancak kültür ortamlarında ya da hayvanlar üzerinde yapılabileceği ve bu kök hücrelerle insanlar üzerinde klinik deneylerin yapılmasına izin verilmediğidir.

Tüp bebek sürecinde açığa çıkan artık embriyoların araştırmalarda kullanılmasına izin veren ülkelerde, embriyonun statüsü, '*insan yaşamına sahip olmak*' ile '*hak sahibi insan olmak*' arasındadır. İnsan yaşamına saygı bakımından embriyoya saygı gösterilir. Embriyo, hücre demeti ya da insan bedeninin parçası olmaktan öte bir varlıktır. Bununla birlikte, bu saygı, yaşama hakkından ayrı düşünülür. Haklar, gelişim sürecinde (sözelimi, rahim dışında yaşayabilirlik evresi, canlı doğumun gerçekleşmesi gibi) belirli aşamaların geçilmesine bağlı olarak tanınır. Bu aşama geçilmediğinde yaşamına saygı duyulan ama yaşama hakkı bulunmayan bir embriyo söz konusudur. Bu iznin verilmesi, ayrıca, potansiyel olarak insanlığın yararını gözeten bir amacın, sonuçta zaten yok edilecek yedek embriyoların yaşamına saygıdan daha önemli olduğu düşüncesine de dayanır. Başka bir deyişle, bu, eylemin sonuçlarına bakarak, amaçladığı etkiyi dikkate alarak yargıya ulaşma (consequentialist) yaklaşımıdır. Burada, amaçların araçları meşru kılıp kılmadığı biçimdeki klasik soru akla takılacaktır (Steering Committee on Bioethics, 2003: 24).

Artık embriyoların araştırmalarda kullanımının bu tür dayanaklarının yol açtığı, amaç-araç ilişkisi dışında kalan, daha can alıcı güçlükleri de kısaca vurgulayabiliriz. İlkin, embriyoyu, bir yandan insan yaşamı bağlamında değerlendirip öte yandan da dilimleyip araştırmalarda kullanmanın, insan yaşamına saygılı davranmak ve insan onurunu korumak ilkeleriyle yan yana gelebilmesi olanaksızdır. Sonra, insan olarak yedek embriyoların yaşamına saygı göstermeyi kabul ediyor-sak, insan olarak haklarını da tanımak zorundayız; değilse, embriyonun statüsü bir çelişki yumağına dönüşür (ayrıntılı tartişma için bkz. Çoban, 2007b). Bu bakımdan, embriyo üzerinde araştırma yapmanın, yaşama saygı-yaşama hakkı ayrımı dışında bir gerekçeyle açıklanması gerekir. Kaldı ki, embriyonun kendisi dikkate alınırsa, yok edilmeye yazgılı embriyoları araştırma amacıyla yaratmakla, araştırma ile ya da araştırılmadan yok edilecek artık embriyoları üremek için yaratmak arasında herhangi bir farklılık yoktur. Her durumda, embriyo, araştırma ya da üreme sürecinin aracına dönüşür. İnsanın araçsallaştırılması sorunu nedeniyle araştırma amacıyla embriyo yaratmayı kabul etmiyorsak, tüp bebek sürecinde artık embriyo oluşturmayacak biçimde bir sınırlamayı da aynı nedenle benimsemek gerekir. Embriyonun statüsü bakımından önemli olan, artan embriyoların hangi amaçla, nasıl, nerede ve ne zaman yaratılacağı ve yok edileceğı değildir, yok edilmesi kaçınılmaz olan bir canlının oluşturulmasını önlemektir.

'Tedavi' İçin Embriyo Oluşturma

Tedavi amacıyla embriyo yaratılması konusu, klonlama ile iç içe geçmiştir. Klonlama, genetik kopyanın yapılmasıdır. Genel olarak iki düzeyli bir süreç olarak anlaşılır. Birinci düzeyde, çekirdeğı çıkartılmış yumurtaya, klonlanacak insanın vücut hücrelerinden elde edilen hücre çekirdeğı aktarılarak klon-embriyo oluşumu sağlanır. İkinci düzeyde, bu klon-embriyo rahme yerleştirilerek gelişimi sürdürülür ve doğumla birlikte, söz konusu insanın genetik kopyası dünyaya getirilir. Klon-embriyo oluşturulduktan sonra, onu rahme yerleştirmeyerek, embriyonik kök hücrelerin elde edilmesi mümkündür. Bu kök hücreler, potansiyel olarak çeşitli doku ve organlara farklılaşabilir ve söz konusu insanın genetik özelliklerini taşıdıkları için ondaki bazı hastalıkların tedavisinde ya da nakil için organ oluşturma sürecinde kullanılır.

maya elverişli olabilir. İkinci düzey, 'üreme amaçlı klonlama' adıyla anılırken birinci düzeye, 'tedavi amaçlı klonlama' denmesi de bu yüzdendir.

Ancak bu adlandırma birkaç bakımdan yanıltıcıdır (ayrıca bkz. ve karş. Saliger, 2005: 160-61). Her şeyden önce, tedavi edici klonlamanın, 'tedavi' edici herhangi bir yönü yoktur. Klonlama, belirli genetik özelliklere sahip kök hücrelerin elde edildiği bir kopyalama işlemidir. Bu kök hücrelerin, iyileşmeyi sağlayan bir sonuç üretmesinin hali hazırda bir güvencesi yoktur. Bu nedenle, buna, 'kök hücre amaçlı klonlama' demek daha doğru olabilir (Steering Committee on Bioethics, 2003: 29). Bu kök hücreler, tedavi yöntemleri geliştirmeyi amaçlayan araştırmalarda kullanılmaktadır, ama kök hücre nakli ve kök hücreden geliştirilmiş doku nakli, günümüzde klinik bir tedavi yöntemi değildir. Embriyonik olsun somatik olsun, kök hücrelerle yapılan çalışmalar, tedavi değil, araştırmadır (örn., Attar, 2007: 10; Beksaç, 2007: 6; Özçelik, 2007: 20. Türk Nöroşirürji Derneği de beyin-omurilik hastalıklarında kök hücre çalışmalarının tümünün deneysel çalışmalar olduğunu gazete ilanıyla duyurma gereği duymuştu (*Hürriyet*, 25.9.2005, s.18)). Klinik tedavi yöntemi olarak kabul edilinceye kadar, kök hücre çalışmaları araştırma kapsamına girdiği içindir ki, tedavi amaçlı klonlama denilen işlem aslında araştırmadan başka bir şey değildir. Biyotıp Sözleşmesine göre, araştırma amacıyla embriyo yaratılması yasak olduğuna göre, bir tedavi yöntemi geliştirmeyi hedefleyen araştırma amaçlı embriyo yaratılması da, Sözleşmenin yürürlükte olduğu Türkiye'de, aynı yasak kapsamına girer.

Kök hücre amaçlı klonlama, klinik bir tedavi yöntemine dönüştüğünde bile, embriyonun hukuken korunması sorunu varlığını sürdürecektir. Bir insanın sağlık sorunlarını çözmek üzere, başka bir insanın yaratılması, yaratılan insanın araçsallaştırılması anlamına gelir ki, tedavi amacı, araçsallaştırmanın kendisini meşru kılamaz.

İnsanın bir araç haline getirilmesi, klonlamanın yasaklanmasının altında yatan nedenlerden biridir. Biyotıp Sözleşmesine Ek İnsanların Klonlanması Yasaklanmasına İlişkin Protokol, insanların, genetik özdeşlerini yaratarak araçsallaştırılmasını insan onuruna aykırı bulur ve bunu biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılması olarak görür. Benzer biçimde, UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1997: m. 11), insan onuruna aykırı uygulamalara izin verilemeyeceğini belirtir. Üreme amaçlı klonlamayı bu uygulamaların bir örneği ola-

rak anar. Bu bildirgeyi bütünleyen Birleşmiş Milletler, İnsan Klonlama Bildirgesi (2005: b) üye devletleri, insan yaşamının korunmasıyla ve insan onuruyla uyumsuzluğu ölçüsünde insan klonlamanın bütün biçimlerini yasaklamaya çağırır. Kimi ülkeler, bu çağrıda, tedavi amaçlı klonlamanın da yasak kapsamına sokulduğu gerekçesiyle bildirgeye karşı çıkmışlar, Türkiye ise, gerekçe göstermeden çekimser kalmıştır.

Avrupa Konseyi'nin İnternetteki sayfasına göre, Türkiye, klonlamayı yasaklayan Protokolü 12.1.1998'de imzaya açıldığı gün imzaladı, ama henüz onaylamadı. Her ne kadar Klonlama Protokolü henüz Türkiye'de yürürlüğe girmemiş olsa da, klonlama konusunda getirdiği ilkeler bakımından burada üzerinde durmakta yarar var. Protokole göre, *'Canlı ya da ölü başka bir insana genetik olarak özdeş bir insan yaratmaya çalışan herhangi bir müdahale yasaktır. Bu maddenin amacı bakımından, başka bir insana "genetik olarak özdeş" insan terimi, başkasıyla aynı çekirdek gen setini paylaşan insan anlamına gelir'* (m.1).

Protokol'deki yasaklama, klon-insanın dünyaya getirilmesini (üreme amacıyla klonlamayı) tartışmasız biçimde içerdiği gibi, genetik olarak özdeş insan yaratmaya çalışan klonlama araştırmalarını da içerir. Protokolün Açıklama Raporu, klonlamayla ilgili üç durum saptar: **a)** bir teknik olarak hücrelerin klonlanması, **b)** klonlama tekniklerinde embriyonik hücrelerin kullanımı ve **c)** insanların klonlanması. İlki etik açıdan kabul edilir bulunurken, ikincisi embriyonun korunması konusunda başka bir protokole bırakılmış, üçüncüsü ise söz konusu Klonlama Protokolü ile yasaklanmıştır (Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, 1998: paragraf 2).

Bir görüşe göre, Protokol'de üreme ve tedavi ayırımı yapılmadan klonlama yasaklandığı için tedavi amaçlı klonlamanın yasak olup olmadığı belirsizdir (Ünver, 2007: 159). Benzer biçimde, Biyotıp Sözleşmesi'nde yer alan araştırma amacıyla embriyo üretilmesi yasağının, tedavi amaçlı klonlamayı içeren bir yasak olup olmadığı kesin değildir (Rosenau, 2005: 140). Bu belirsizlikler nedeniyle, denebilir ki, kök hücre amaçlı klonlama, insanların klonlanması yasağına girmez ve klonlama tekniklerinde embriyonik hücrelerin kullanımı olarak değerlendirilebilir.

Bu savı birkaç açıdan çürütebiliriz. Her şeyden önce, sözü edilen belirsizlikler varsa, yasağın, *'tedavi amaçlı'* klonlamayı da içerdiğini pe-

kala söyleyebiliriz. Belirsizlik, yasak olmadığı iddiasının dayanağı olabiliyorsa, aynı mantıkla, yasak olduğu iddiasına da dayanak oluşturabilir. Kaldı ki, yasağa konu olan genetik olarak özdeş insan, bir başka insanla aynı çekirdek gen setini paylaştığına göre, çekirdek transferi ile oluşturulan ve hücre çekirdeği alınan yetişkin insanın genetik özelliklerini taşıyan embriyonun oluşturulması da Protokol hükmüne aykırıdır. Genetik olarak başkasına özdeş bu embriyonun gelişiminin durdurulmuş olması, herhangi bir farklılık doğurmaz. Yinelemek pahasına, Protokol, erken evredeki embriyo, doğmuş bebek, canlı ya da ölü olsun, bir başkasıyla aynı gen setine sahip olmayı, insanlık onurunun ve kimliğinin korunması bakımından sorun olarak gördüğü için, buna yol açan her türden müdahaleyi yasaklar. Bu çerçevede, Açıklama Raporu da, Protokol'ün, aynı gen setini paylaşma ile sonuçlanan her türlü hücre çekirdeği transfer teknikleriyle ve embriyo bölünmesi tekniğiyle insan klonlamayı yasakladığını belirtir (paragraf 5). Yine yinelemek pahasına belirlemek gerekirse, araştırma amacıyla embriyo oluşturulamaz. Ve biliyoruz ki, tedavi ya da araştırma amacıyla insan klonlamaya çalışan müdahalelerin tümü, araştırma evresindedir. Bu bakımdan da, gelişimi erken evrede durdurulacak olsa bile, klonlama teknikleriyle embriyo oluşturulamaz. Demek ki, Sözleşme ile Protokol birbirini tamamlamaktadır. Yasaların izin verdiği ölçüde, embriyonik kök hücreler klonlama tekniklerinde kullanılacaksa (hücre klonlama), bunlar, tüp bebek sürecinde yedeğe çıkan embriyolardan elde edilmiş kök hücreler olmak zorundadır. Ayrıca, Protokol'ün hiçbir hükmü için, Biyotıp Sözleşmesi'nin 26. maddesinde sayılan gerekçelerle, yani kamu güvenliği, suçların önlenmesi, kamu sağlığı ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenleriyle istisna getirilemez (İnsanların Klonlanmasının Yasaklanmasına İlişkin Protokol, m.2). Sağlık hakkına yaslanan yanıtıcı bir iddia ileri sürülse bile, yani hasta bir kişinin tedavi edilmesi amacıyla, embriyonik kök hücre üretmek üzere, çekirdek transferi yoluyla embriyo oluşturulması için, Protokol'ün getirdiği klonlama yasağı esnetilemez.

Embriyonun hak ehliyetiyle ilgili olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 28. maddesinde yer alan '*ana rahmine düşmek*' terimi, yumurtanın spermle döllenmiş olması biçiminde yorumlanabilir. Oysa araştırma konusu gündeme gelince, döllenmenin rahimde mi yoksa tüpte mi olduğu yapay sorununu aşan başka bir tartışma belirir. Yumurtanın spermle döllenmesi yoluna başvurmaksızın, klonlamada olduğu

gibi, çekirdeği boşaltılmış yumurtaya, bir hücre çekirdeğinin aktarılması tekniğiyle embriyo yaratılması durumunda, embriyonun, Türk Medeni Kanunu'na göre hak ehliyeti var mıdır, rahme yerleştirilince mi, yoksa canlı doğum gerçekleşince mi hak ehliyetine sahip olur? Denebilir ki, gerek ana rahmine düşmenin ya da yumurtanın spermle döllenenin gerçekleşmemiş olması nedeniyle, gerek Klonlama Protokolü'nün onaylanmamış olması nedeniyle, Türkiye'de klonlama ya da klonlama araştırması yapılması serbesttir ve yaratılan embriyoların hak ehliyeti yoktur. Bu sava göre, embriyonik kök hücrelerin, örneğin, kas ya da kalp dokusuna dönüşmesini sağlamak üzere farklılaştırılması için gelişimi durdurulacak olan embriyo, bir deney gerecidir ve herhangi bir yasal koruma şemsiyesi altında değildir. Aynı sava dayanarak, hücre çekirdeği transfer tekniğiyle yaratılan embriyonun rahme yerleştirilmesinin önünde yasal bir engel bulunmadığı görüşü dile getirilebilecektir. Ne zaman ki bu embriyo rahme yerleştirilirse, ancak o zaman, spermin yumurtayı döllemesiyle oluşan ana rahmindeki embriyonun hukuki statüsüne eşit bir statüye sahip olduğu kabul edilecektir.

Ana rahmine düşmek teriminin yoruma açık olduğu ve Protokol'ün Türkiye'de yürürlüğe girmediği doğrudur. Oysa yine de, Biyotıp Sözleşmesi'nin yürürlükteki 18. maddesine göre, klonlama ya da başka tür bir bilimsel çalışma olsun, üzerinde araştırma yapmak amacıyla embriyo yaratılmayacağı için, Türkiye'de insan klonlanamaz, çekirdek transferi ile embriyo oluşturulamaz. Bu nedenle, yasal olarak yaratılmayan bu embriyo, kök hücre elde etmek için kullanılmaz ya da rahme yerleştirilmez. Böyle olduğu içindir ki, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan ana rahmine düşmek teriminin, çekirdek transferi ile oluşturulan embriyoyu kuşatmadığına dair gerekçe doğal olarak devre dışı kalır. Yasal olarak yaratılması olanaksız olan embriyoyu yaratıp, sonra da, *'bunun hak ehliyeti zaten yoktu'* denilemez. Araştırma amacıyla, çekirdek transferi ile embriyo oluşturmak yasal olsaydı, onun hak ehliyetinin bulunup bulunmadığını tartışabilirdik. Bununla birlikte, bu nokta, embriyonun oluşumunu ve tanımını, döllenenin de ötesinde düşünmenin mümkün ve gerekli olduğuna işaret eder. Tüpte olsun ya da rahimde bulunsun, döllenenin sonucu olarak oluşan embriyo ile çekirdek transferi ile oluşan embriyo arasında türsel bir varlık olarak insanlığın üyesi olan insanın onurunun korunması bakımından bir farklılık yoktur. Nitekim klonlama tekniklerin-

deki gelişmeler ışığında, embriyo, döllemeyle ilişkilendirilmek yerine, insanın gelişiminin en erken evresi olarak tanımlanmaktadır (Steering Committee on Bioethics, 2003: 29). İnsanlığın üyesi olmak bakımından bir farklılık olmadığı için de, insan klonlamaya çalışan her türden müdahale, insanlık onurunu ve kimliğini korumak amacıyla yasaklanmaktadır.

Embriyo Üzerinde Araştırmanın Koşulları

Embriyo üzerinde araştırma ve deney yapılmasının hukukiliği sorunu, embriyonun hukuki varlığı konusundaki temel tartışmadan beslenen bir yorum ekseninde çözüme kavuşturulabilir. Başka çalışmalarda tartışıldığı üzere, embriyo, gerek insan hakları söylemi gerekse yürürlükteki düzenlemeler çerçevesinde hukuken insanlığın bir üyesidir (Çoban, 2007a, 2007b). Bu bakımdan, insanlar üzerinde araştırma ve deney yapmanın genel koşullarının embriyo için de geçerli olduğunu peşinen söyleyebiliriz. Yine de, sorunun çözümünü çetrefilleştiren iki noktayı vurgulamalıyım. Birincisi, yürürlükteki düzenlemelerde yer alan çelişkili hükümlerin embriyonun hukuken insan olarak kabul edilmesiyle ilgili tereddütlere yol açmasıdır. Burada bu tartışmaya girmeyi gerekli görmüyorum (bkz. Çoban, 2007b). İkincisi, ana rahmindeki embriyo ile tüpteki embriyo arasına sınır çizgileri çekilmesi eğilimidir. Araştırma ve deney söz konusu olduğunda, bu çizgiler, hem uluslararası düzenlemelerde hem de Türkiye’de oluşum halindeki yeni kurallarda daha da kalınlaştırılmaktadır.

Avrupa Konseyi’nin, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Biyotıbbi Araştırmalar Hakkında Protokol, rahimdeki ve tüpteki embriyo ayırımı benimsemiştir. Türkiye, Protokol’ü, imzaya açıldığı 25 Ocak 2005 tarihinde imzalamıştır, ama henüz usulüne uygun biçimde onaylama sürecini tamamlamamıştır. İkinci maddesine göre, Protokol, insanlara müdahaleleri içeren sağlık alanındaki tüm araştırma etkinliklerini kapsamaktadır, ama tüpteki embriyolar üzerindeki araştırmalara uygulanmayacak, ceninler ve ana rahmindeki embriyolar üzerindeki araştırmalara ise uygulanacaktır.

Bu madde ile ilgili şöyle bir yorum yapanlar olabilir: Rahimdeki embriyo ve cenin, insan olarak ele alınmaktadır ve taraf devletlerin, birinci maddede korumayı taahhüt ettikleri insan haklarının öznesi-

dirler. Tüpteki embriyo ise, araştırma kapsamında, insan sözcüğünün göndermeleri ile ilişkilendirilmemiştir.

Bir yandan, Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü'nün ikinci maddesi, Biyotıp Sözleşmesi'nin tüpteki embriyo üzerinde araştırma yapılmasına olanak tanıyabilecek bir düzenlemeyi taraf devlete bırakan hükümüyle uyumludur. Aslında, Protokol, rahimdeki embriyoyu da içerecek biçimde insanlar üzerinde de çeşitli koşullar ve sınırlandırmalar getirerek araştırmaya izin vermektedir, ama tüptekinden farklı olarak, rahimdekini koruyucu ilke ve koşulları taraf devletin yasalarının in-safına terk etmemektedir. Protokol'de, rahimdeki embriyoyu da içeren biçimde genel olarak insanlar üzerinde araştırma yapılmasına olanak tanındığına göre, araştırma bakımından yapılan ayırım, rahimdeki embriyonun insan sayıldığı, ama tüptekinin insan sayılmadığı biçiminde bir ayırım değildir. Öte yandan, bunu desteklemek üzere, gerek Biyotıp Sözleşmesi, gerek Klonlama Protokolü, insanı, yaşamın en erken evresinden başlayan biçimde ele almaktadır. Aynı vurgu, Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü bakımından da geçerlidir (Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Biomedical Research, 2005: 4-5, paragraf 13).

Bu bakımdan, Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü, ana rahmindeki üç günlük embriyoyu insan sayıyor, tüpteki üç günlük embriyoyu insan saymıyor diyemeyiz. Araştırmaya konu olan rahimdeki embriyoyu Protokol kapsamına alıp koruma duvarları oluştururken (tüpteki embriyoyla ilgili uluslararası bir protokol de henüz oluşturulmadığına göre) tüptekiyle ilgili koruyucu düzenlemeyi tümüyle taraf devlete bırakmanın gerekçesi, biyolojik, genetik, tıbbi, hukuki, kültürel vb. bir gerekçe olamaz; olsa olsa ekonomi-politik bir gerekçedir. Böyle yapılarak, tüpteki embriyoyu deney gereci olarak gören şirketlere, üniversitelere, araştırmacılara ve hükümetlere esnek bir çalışma/düzenleme alanı bırakılmış olmaktadır. Rahimdeki embriyo üzerinde araştırma yürütmek, tüptekine göre, teknik olarak zaten daha zordur. Ayrıca, rahimdeki embriyo söz konusu olduğunda anne de işin içine girdiğinden araştırmayla ilgili olası güçlükler, engeller ve sınırlandırmalar artmaktadır.

Türkiye'de tüpteki ve rahimdeki embriyo ayırımına, yukarıda sözünü ettiğim, henüz uygulamaya konmamış olan Embriyonik Kök

Hücre Çalışmaları Kılavuzu'nda rastlıyoruz. Tüpteki embriyonun kök hücre araştırmalarında kullanılmasına olanak sağlayan taslak kılavuz, embriyonun statüsünü gün sayma hesabına dayandırmaktadır. Embriyo 7 günlük oluncaya kadar kök hücreyle ilgili her türlü araştırma, deney, çalışma vb. işlem ve eyleme maruz bırakılabilecektir. Türsel varlık olarak insanlığın üyesi olan embriyonun statüsüyle ilgili böyle bir düzenlemenin, kamuoyuna sunulup tartışılmadan ve bir yasa ile değil de kılavuz ile biçimlendirilmesi, hukuk ve demokrasi ilkeleriyle bağdaşmaktan uzaktır. Ayrıca, üzerinde kök hücre araştırması yapılmasına izin verilen embriyoyu korumak üzere, kılavuzda herhangi bir ilke, kural, hüküm, koşul, sınırlandırma oluşturulmamıştır. Bu bakımdan, mevcut yapısıyla kılavuz, Biyotıp Sözleşmesi'nin, araştırmaya izin verilen hallerde, taraf devletin uygun korumayı sağlamasını gerekli kılan hükmüne (m. 18) aykırıdır.

Biyotıp Sözleşmesi'nde insan üzerinde biyotıbbi müdahalede bulunulmasının ve araştırma yapılmasının genel kurallarına ve koşullarına yer verilir. Sözleşme'nin 13. maddesi, hem tekil olarak insanı hem de tür olarak insanlığı korumayı amaçlar (Explanatory Report to the Convention ... 1996: 15, paragraf 89). Bu maddeye göre, insan genomunu değiştirmeye yönelik bir müdahale, ancak bir hastalığın önlenmesi, teşhisi ya da tedavisi amaçlarıyla ve herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik doğurma amacı taşımaması koşuluyla yapılabilir. Embriyo üzerinde bu çerçevede bir müdahale de bu madde kapsamındadır. Embriyo üzerinde yapılan genetik değişiklikler, ait olduğu insan türünün genomunda değişiklik doğurma potansiyeli taşır. Bu bakımdan, belirli genetik özellikler, zenginleştirilmiş nitelikler kazandırılmış bireyler oluşturmak amacıyla embriyoya genetik müdahalede bulunulamaz.

İnsanlara herhangi bir müdahaleyi içeren bir araştırmanın Sözleşmeye uygun olarak yapılabilmesi için şu koşulların tümü karşılanmalıdır (m. 16):

- i. İnsanlar üzerindeki söz konusu araştırmanın, karşılaştırılabilir bir etkiye sahip başka bir seçeneğinin bulunmaması,
- ii. Araştırmaya konu olan kişinin maruz kalabileceği risklerin, araştırmanın potansiyel yararlarıyla oransız olmaması,

iii. Araştırmanın, amacı bakımından taşıdığı önemin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin disiplinler arası bir irdelemeden geçirilmesi dahil olmak üzere, araştırma projesinin bilimsel değerinin, yetkili bir kurum tarafından bağımsız olarak incelendikten sonra onaylanmış olması,

iv. Üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için yasanın öngördüğü hakları ve güvenceleri hakkında önceden bilgilendirilmiş olmaları,

v. Araştırmanın yürütülmesi için gerekli rızanın, önceden bilgilendirmeye dayalı olarak, açıkça ve belirli bir müdahaleye özgülenmiş olarak ve yazılı biçimde verilmesi.⁷ Bu rıza her zaman serbestçe geri alınabilir.

Birinci koşula göre, insana biyotıbbi müdahale içermeyen başka deney ortamlarında, başka araçlarla karşılaştırılabilir sonuçlar üretme seçeneklerinin tümü tüketilmeden, insan üzerinde araştırma yapılmasına izin verilemez. Maddede ikinci sırada yer verilen, risk-yarar oranı koşuluyla açıklık getirmek, araştırmaya içerilenlerin maruz kalabileceği kabul edilebilir risk düzeyinin ne olduğunun anlaşılması bakımından yerinde olacaktır. Hasta bir insanın sağlığı bakımından doğrudan yarar üretme potansiyeli bulunan bir araştırmada, elde edilebilecek yararlarla orantılı olarak kabul edilebilir riskler, daha yüksek olabilir. Ölümcül bir kanserin pençesindeki bir hasta için, yeni bir tedavi yönteminin denenmesinin sağlayacağı potansiyel yarar ölçüsünde yüksek riskler kabul edilebilir, oysa aynı yüksek riskler basit bir enfeksiyonun tedavisini amaçlayan bir araştırma söz konusu olduğunda kabul edilemez. Üzerinde araştırma yapılanın üstlendiği riskler, fiziksel olabileceği gibi, toplumsal ve psikolojik de olabilir. Hastanın sağlığına doğrudan etkisi olan yarar, hastalığının iyileştirilmesi biçiminde olabileceği gibi, sıkıntısının azaltılması biçiminde de olabilir. Araştır-

⁷ Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü, rıza alınmadan önce yapılacak bilgilendirmenin içeriğini, maddeler halinde ayrıntılandırmıştır (bkz. m. 13). Araştırmayı yürüten hekimin, üzerinde araştırma yapacağı insanı ayrıntılı ve anlaşılır biçimde bilgilendirdikten sonra rızasını alması, hukuki bir yükümlülük olduğu kadar, meslek etiği bakımından da bir yükümlülüktür (bkz. Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 41; Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi m. 22). Biyotıbbi müdahalelerde ilgilinin aydınlatılması/bilgilendirilmesi konusunun çeşitli yönlerini tartışan çalışmalar için bkz. Çelik, 2006; Deryal, 2006; Fischer, 2006; Hakeri, 2007: 103-145; Hancı, 2006: 72-86; Özasan, 2006; Rosenau, 2006.

ma, üzerinde araştırma yapılan için sağladığı doğrudan yararlı sonuçlar dışında, toplum ve bilim için yararlı sonuçlar da üretebilir. Yarar kavramının bu unsuru dikkate alınarak, yalnızca hasta insanlar üzerinde değil, sağlıklı olanlar üzerinde de araştırma yapılabilir. Ancak bu durumda da, riskler kabul edilebilir düzeyi aşamayacaktır. Nitekim Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü'ne göre, 'araştırmanın, araştırmaya katılanın sağlığına doğrudan yararı olacak sonuçları üretme potansiyelinin bulunmaması durumunda, böyle bir araştırma, ancak, araştırmaya katılan için kabul edilebilir risk ve kabul edilebilir yükten daha fazlasına neden olmuyorsa yapılabilir' (m. 6/2). Aşağıda üzerinde duracağım 'insanın önceliği' kuralı gereği, araştırmaya katılan gönüllünün sağlığı, bilimsel ve toplumsal çıkarlar uğruna, kabul edilebilir risk ve yükten daha fazlasına maruz bırakılamaz. Araştırma projesinin etik ve bilimsel açılarından incelemesini yapmaya yetkili kılınmış kurul, risklerin ve yüklerin kabul edilebilir olup olmadığı konusunda bir karara varacaktır. Bununla birlikte, son kararı, rıza açıklama yeteneği olan, üzerinde araştırma yapılacak gönüllü verecektir, çünkü bazı bireyler söz konusu riskleri ve yükleri kabul edilebilir bulurken, başkaları kabul edilemez bulabilir (Explanatory Report to the Additional Protocol ..., 2005: 6-7, paragraf 25-27).

Biyotıp Sözleşmesi'nin 16. maddesiyle rıza açıklama yeteneği olan insanlar üzerinde araştırma yapmanın koşulları belirlenirken, 17. maddesiyle bebekler, çocuklar ve zihinsel engelliler gibi araştırmaya rıza veremeyecek durumda olanların korunması için ek koşullar getirilmiştir.⁸ Rıza açıklama yeteneği olmayanlar üzerinde araştırma yapılabilmesi için şu koşulların tümü karşılanmış olmalıdır:

- i. 16. maddedeki beş koşulun da gerçekleşmiş olması,
- ii. Araştırma sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama potansiyelinin bulunması,
- iii. Karşılaştırılabilir nitelikte bir etki doğuracak bir araştırmanın, rıza verme yeteneği bulunan bireyler üzerinde yapılamaması,

⁸ Rıza gösterme yeteneğine sahip olmayanlar üzerinde araştırma yapılması konusunda kısa bir değerlendirme için bkz. Rosenau, 2006: 57-8. UNESCO Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (2005: m. 7) rıza açıklama yeteneği olmayanlar üzerinde araştırma yapılması konusunda Sözleşme'dekine benzer kurallar içerir.

iv. Temsilcisinin ya da yasanın belirlediği makam, kişi ya da kuruluşun, belirli bir müdahaleye özgülenmiş olarak verdiği yazılı iznin bulunması,

v. İlgili kişinin itirazda bulunmaması.

Buradaki üçüncü koşul, rıza açıklama yeteneği olanlardan gönüllü denek bulunamaması durumuna işaret etmez. Rıza açıklama yeteneği olan gönüllüler üzerinde yapılacak araştırmadan, rıza açıklama yeteneği olmayanlar için etkisi olan bilimsel sonuçlar üretilebilecekse, araştırma, öncelikle rızasını açıklayabilen gönüllüler üzerinde yapılır. Bebekler, çocuklar ya da zihinsel engellilerle ilgili bir hastalık bakımından sonuç üretmeyi amaçlayan söz konusu araştırmanın, rıza açıklama yeteneği olmayan bu kimseler üzerinde yapılması, bilimsel olarak son seçenek olmak zorundadır (Explanatory Report to the Convention ... 1996: 16, paragraf 104).

İkinci koşula göre, rıza açıklama yeteneği olmayan bir insanın (örneğin bir çocuğun) iyileşmesine ya da çektiği sıkıntının azalmasına katkıda bulunması beklenmeyen bir araştırma, o insan üzerinde yapılamaz. Sözleşme'nin 17. maddesinin ikinci paragrafı, ilgiliye gerçek ve doğrudan bir yarar sağlama potansiyelinin bulunmadığı bu gibi durumlarda, ancak istisnai olarak ve yasanın öngördüğü koruyucu koşullar altında araştırmaya izin verilebileceğini belirtir. Potansiyel yarar koşulunun karşılanmadığı istisnai durumlarda, rıza açıklama yeteneği olmayan bir kimse üzerinde, Sözleşmeye uygun olarak araştırma yapılabilmesi için yukarıdaki diğer tüm koşulların yanı sıra iki ek koşulun daha karşılanması gerekir. Birinci koşul olarak, araştırma, bireyin sağlık durumu, hastalığı ya da rahatsızlığıyla ilgili bilimsel anlayışın önemli ölçüde geliştirilmesi sayesinde, ilgili kişiye ya da aynı yaş grubunda olan ya da aynı hastalık ya da rahatsızlığa yakalanmış bulunan ya da aynı durumda olan diğer kimselere yarar sağlayacak nihai sonuçlara erişilmesine katkıda bulunma amacını taşımalıdır. İkincisi de, araştırma, araştırmaya katılan ilgili birey bakımından yalnızca en düşük risk ve en az yüke neden olmalıdır, daha fazlasına değil.

Rıza açıklama yeteneği olanlar, kendi rızalarıyla araştırmaya katıldıkları için, risk düzeyi, kabul edilebilir ölçüde görece yüksek olabilir. Oysa rıza açıklama yeteneği olmayanlar için risk ve yük düzeyi, en düşük düzeyde tutulacaktır. Araştırma sonuçlarının olası bilimsel ve toplumsal yararı ne kadar yüksek olursa olsun, en düşük risk ve yük dü-

zeyi aşılamaz. 'En düşük risk' ve 'en az yük' terimleri Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü'nde tanımlanmıştır. En düşük risk, müdahalenin doğası ve ölçeği bakımından düşünüldüğünde, araştırmanın, ilgili kişinin sağlığı üzerinde, en fazla, çok hafif ve geçici olumsuz etki bırakması beklentisidir. En az yük ise, ilgili kişinin, en fazla, geçici ve çok hafif bir sıkıntı çekeceği beklentisidir. Araştırmaya katılacak birey için bu yükü, uygun durumlarda, ilgili kişinin özel güvenine sahip bir kişi değerlendirecektir (m. 17). Risk ve yük bu ölçünün dışına çıkarsa, ilgilinin insan onurunu zedeleyen bir sömürü söz konusu olduğu için araştırmaya izin verilmeyecektir. Kan, idrar, salya ve doku örnekleri almak, tomografi, röntgen çekmek, en düşük risk ve en az yük örnekleri arasında sayılmaktadır. Üzerinde araştırma yapılan bazı kimseler için bu uygulamalar da kabul edilemez görülebilir, bu nedenle risk ve yük değerlendirmesi genel değil, birey temelli olmalıdır. Güncel gelişmeler ve teknik ilerlemeler ışığında, sağlık organları ve hekim örgütleri yol gösterici kılavuzlar hazırlayabilir (Explanatory Report to the Additional Protocol ..., 2005: 18, paragraf 96-100).

Biyotıp Sözleşmesi'nin koşullara yer veren her iki maddesinde de araştırmaya katılan tekil için kullanılan terimler, kişi ve birey terimleridir. Yine de, tüm bu koşullar çerçevesinde yalnızca doğmuş kişilerin korunduğu sanılmasın. Nitekim Açıklama Raporunda, bu maddenin, *insanlar* üzerindeki bütün araştırmaların koşullarını saptadığı vurgulanmaktadır (Explanatory Report to the Convention ... 1996: 16, paragraf 97). Sözleşme hükümlerinin ayrıntılı olarak düzenlemesi amacıyla çıkarılan Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü ile birlikte düşünüldüğünde, anılan koşulların ana rahmindeki embrioyu da kuşattığı kanısındayım. Öte yandan, daha önce vurguladığım gibi, Sözleşme, tüpteki embriyo üzerinde araştırma yapılmasına ne izin vermekte ne de bunu yasaklamaktadır; taraf ülkenin yasal düzenlemesine bırakılmaktadır. Taraf ülke tüpteki embriyo üzerinde araştırma yapılmasına izin vermiyorsa, herhangi bir koruyucu koşul getirmesine de zaten gerek yoktur. Eğer taraf ülke bu türden araştırmalara izin veriyorsa, Sözleşme'nin yukarıdaki koşullarını yasal düzenlemeye yedirebilir. Dahası, araştırmaya konu olacak tüpteki embrioyu korumak üzere daha sıkı koruyucu hükümler ya da koşullar oluşturabilir, çünkü Sözleşme'nin 27. maddesine göre, Sözleşme'nin hiçbir hükmü, taraf ülkenin daha geniş koruyucu önlemler getirmesini sınırlandıran bir biçimde yorumlanamaz.

İnsan üzerinde araştırma yapılmasının yukarıda sıralanan koşullarından başka, Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü'nde de ayrıntılı ek koşulların getirilmiş olduğunu görüyoruz. Burada ele aldığımız konu bakımından özellikle önemli olanlar, hamilelik sırasında yapılan araştırmalarda aranan ek koşullardır. Kural olarak, hamile kadının ya da rahimdeki embriyo ya da ceninin sağlığına doğrudan yararı olacak sonuçlar üretme potansiyeli bulunmayan araştırmalar yapılamaz. Ancak bazı koşulların karşılanması durumunda bu araştırmalara izin verilebilir. Protokol'ün Açıklama Raporu'nda da belirtildiği gibi, bu madde, hamile kadına ya da rahimdeki embriyoya doğrudan yararı olmayan araştırmaya taraf devletin izin vermesi gerektiği biçiminde anlaşılabilir (Explanatory Report to the Additional Protocol ..., 2005: 19, paragraf 101). Bu nedenle, örneğin Türkiye, usulüne göre Protokolü onayladıktan sonra, bu tür araştırmaların yapılmasına izin vermeyen bir düzenleme yaparsa, bu, Protokol'e aykırı bir düzenleme olmayacaktır. Protokol'ün 34. maddesi, Sözleşme'nin 27. maddesini yineleyerek, taraf devlete, Protokol'de öngörülenden daha geniş bir koruma sağlama olanağı da tanımıştır.

Taraf devletin, hamile kadına, rahimdeki embriyo ya da cenine doğrudan yararı olmayan araştırmalara izin verme yolunu benimsemesi durumunda ise, bu iznin Protokol'e uygun olması için üç koşul aranacaktır (m. 18). Bunlardan birincisi, araştırmanın, üremeye ilişkili olarak diğer kadınlara ya da diğer embriyolara, ceninlere ya da çocuklara yararı olacak nihai sonuçlar elde etme amacıyla yapılıyor olmasıdır. İkinci koşul, karşılaştırılabilir etkide böyle bir araştırmanın hamile olmayan kadınlar üzerinde yapılamaması hükmünde ifadesini bulur. Hamile olmayan kadınlar üzerinde yapılacak bir araştırmadan, hamile kadınlar için karşılaştırılabilir etkisi olan sonuçlar elde etme olanağı varsa, söz konusu araştırma hamile kadınlar üzerinde gerçekleştirilemez. Son olarak da, araştırma, ilgili hamile kadın, rahimdeki embriyo ya da cenin üzerinde yalnızca en düşük risk ve en az yük oluşturabilir. Araştırmanın olası riski ve yükü, en düşük düzeyi aşıyorsa, araştırma yapılamaz.

Türk Ceza Kanun'unda Deneyin Koşulları

Türkiye'nin Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü'nü henüz onaylamamış olması gerçeğinden, insanlar üzerindeki biyotıbbi müdahaleler

konusunda ülkemizde hiçbir koruyucu koşulun bulunmadığı biçiminde bir sonuç türetmek doğru olmaz. Bu konuda, Biyotıp Sözleşmesi'nin yanı sıra, yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi ayrıntılı hükümler içermektedir. Bu maddeye göre, kural olarak insanlar üzerinde deney yapmak yasaktır. İnsanlar üzerindeki biyotıbbi bir müdahalenin hukuka uygun olarak yapılabilmesi için, yasada sayılan bir dizi koşulun gerçekleşmesi gerekir. Bu koşulların tümünün birlikte karşılanmaması durumunda, araştırmayı yapan suç işlemiş olacak ve hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

İnsan üzerinde yapılan deney ve denemelerin kurallarını belirleyen 90. maddenin kapsamıyla ilgili üç düzeyli bir tartışma açılabilir. İlki, bu maddenin embriyoyu kapsayıp kapsamadığı tartışmasıdır. Bu noktayı en son ele alacağım.

İkincisi, deney ve denemelerin neleri içerdiğidir. Yasanın gerekçesinde, deney terimi, *'bilimsel çalışmanın ilk aşamaları'* biçiminde tanımlanmıştır. Yasanın gerekçesine göre deneme terimi ise, bir tedavi yöntemine henüz erişememiş deney sonuçlarının, bir hastalığın tedavisi çerçevesinde somut yararlarını test etmek üzere hasta bir insana uygulanması işlemidir. Ünver'e (2006: 264) göre, 'deney ve deneme ayrımı muğlak olduğundan, bu madde hükmündeki olasılıkların tümünde suiistimal edilecektir'. Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü'nün araştırma kavramını yardıma çağırarak (m. 2), deney ve deneme terimlerini birlikte, insana fiziksel bir müdahaleyi ya da psikolojik sağlığı için risk oluşturan bir müdahaleyi içeren sağlık alanındaki bilimsel araştırma olarak düşünebiliriz. Benzer biçimde, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik de, deney ve deneme ayrımına gitmeden bir tanım getirmiştir. Buna göre, klinik araştırma, *'insanlar üzerinde yapılan ilaç klinik araştırmaları, ilaç dışı klinik araştırmalar, tıbbi cihazlarla yapılan araştırmalar, yeni bir cerrahi yöntem kullanılarak yapılan klinik araştırmaları gibi her türlü araştırmayı'* kapsayan biçimde tanımlanmaktadır.

Bununla bağlantılı olarak üçüncü tartışma noktası ise, sağlık alanında yer almayan ya da sağlık amacı gütmeyen, insan üzerinde müdahale içeren araştırmaların da madde kapsamında olup olmadığı konusudur. 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye gönderilen yasa tasarısının ilgili madde gerekçesine göre, yasanın izin verdiği bir araştırmanın temel amacı, o kişinin sağlığını düzeltmek, onu iyileştirmek olmalıdır. Yasa maddesi bu biçimde anlaşılırsa, deney ve denemeler, yalnızca

hasta insanlar üzerinde ve onların sağlığıyla ilgili doğrudan yararlı sonuçlar üretme potansiyeli varsa yapılabilir. Buna karşılık, Anayasa Komisyonu'nda kabul edilen metindeki madde gerekçesi, hem hasta, hem de sağlıklı insanlar üzerinde yapılan biyotıbbi deney ve denemelerin hukuki geçerliliğini vurgulamaktadır. Gerekçede kullanılan biyotıbbi terimi, taraf olduğumuz Biyotıp Sözleşmesi'nde, önleme, tanı, tedavi ve araştırma uygulamalarını içeren, insanlarla ilgili tıp ve biyoloji uygulamalarına göndermede bulunur (Explanatory Report to the Convention ..., 1996: 3, paragraf 10).

Bir görüşe göre, 90. maddenin gerekçesinden, '*insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmak amacıyla yapılan deney ve denemelerin bu madde kapsamında değerlendirileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır ki, bu düşünce hatalıdır*'. Bu görüşe göre, örneğin uzay araştırmaları, kriminoloji, insan klonlama gibi, sağlık dışındaki çeşitli alanlarda yapılacak bilimsel deneyler de madde kapsamında değerlendirilebilir (Şen, 2008: 592, 613). Ayrıca, denebilir ki, maddenin uygulanma alanının çeşitlenmesi ve genişlemesi, maddede aranan koşullara da uymayı beraberinde getirdiği için, üzerinde araştırma yapılan insanlar koruma altına da alınmış olur. Oysa kanımca, deney alanlarını çeşitlendirip genişleten bu türden anlayışlar, daha çok insanın deneye maruz kalmasına yol açabilir ki, böyle bir durum maddenin özüne aykırıdır. Gerçekten de, yasa koyucu, insanı korumayı ve onun araçsallaşmasına engel olmayı amaçlayarak ilke olarak insan üzerinde deneyi yasaklamıştır. Asıl korumayı bu yasaklama sağlar. Bu bakımdan, örneğin, çeşitli sağlık riskleri içeren biçimde insana fiziksel müdahalede bulunarak onun beyninin çalışma ilke ve süreçlerini öğrenerek robot geliştirmeyi amaçlayan bir araştırma, yasa kapsamında değerlendirilemez. Yasada sayılan tüm koşullar söz konusu araştırmada yerine getirilse bile, bu araştırma insan üzerinde yapılamaz. Çünkü yasaya göre, insan sağlığını tehlikeye atan bir deneyin, deneyi haklı kılan bir nedene dayanması gerekir. İşte bu yüzden de, hasta ya da sağlıklı bir insan üzerinde yapılan, yasaya uygun bir araştırma, sağlık alanıyla ilgili bir amacı gütmelidir.⁹

⁹ Kanun'un 90. maddesinin, yalnızca tıp/sağlık alanındaki değil, insan biyolojisi alanındaki uygulamaları da kapsamına alan Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırılığı ileri sürülebilir. Diğer yandan da, Sözleşme'de, onun asgari koruyucu hükümlerinin taraf devletçe genişletilebilmesine olanak tanındığı, bu nedenle 90. maddede sağlık dışındaki bir alanda insan üzerinde araştırma yapma yasağı getirilmesinin Sözleşme'ye aykırı olmadığı görüşü de ileri sürülebilir.

İnsan üzerindeki bir deneyin ceza sorumluluğundan kurtulabilmesi için Türk Ceza Kanunu'nda sıralanan şu koşulların tümünün karşılanması gerekir (m. 90/2):

a. Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,

b. Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,

c. İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

d. Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,

e. Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

f. Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,

g. Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması.

Açıkça anlaşılacağı gibi, bu koşullar, Biyotıp Sözleşmesi'nin 16. maddesinde sayılan koşullarla benzerlik taşır. Öte yandan, Sözleşme'nin 17. maddesi, araştırmaya rıza veremeyecek durumda olanlar biçiminde daha geniş bir grup için ek koşullar öngörürken, Türk Ceza Kanunu, yalnızca çocuklar bakımından ek koşullar getirmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdikten bir yıl sonra değiştirilmeden önce, 90. maddenin 3. fıkrası '*çocuklar üzerinde bilimsel deney hiçbir surette yapılamaz*' biçimindeydi. Bu hükmü kaldıran değişikliğe göre,¹⁰ yasaya uygun olarak çocuklar üzerinde deney yapılabilmesi için yukarıda (a-g bentlerinde) sıralananların yanında, şu koşulların da karşılanmış olması gerekir (m. 90/3):

¹⁰ Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 5328 Sayılı Kanun'un 7. maddesi, *Resmî Gazete*, Sayı 25772 (Mükerrer), 31.3.2005.

a. Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

c. Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması.

Çocuklarla ilgili koşullar bakımından Biotıp Sözleşmesi ile Türk Ceza Kanunu arasında göze çarpan bazı farklar da var. Bunlardan ilki, deneye katılan çocuğun, deneyden potansiyel bir yarar sağlama zorunluluğuna, 90. maddede yer verilmemiş olmasıdır. 90. maddede bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Buna dair bir düzenlemeye Hasta Hakları Yönetmeliği'nde rastlıyoruz. Yönetmeliğin 35. maddesine göre, ergin olmayanlar ve ayırt etme gücü olmayanlar üzerinde, kendilerine yararı dokunmayan tıbbi araştırmalar yapılamaz. Yarar koşulunun karşılanması durumunda, bu insanlar üzerinde tıbbi araştırma, velilerinin ya da yasal temsilcilerinin rızasıyla yapılabilir. Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen denemelerde ise, bunlar, bir hastalığın tedavisine özgülenmiş olarak hastalar üzerinde yapılabildiği ve sağlıklı insanlar denemelere konu olmadığı için, potansiyel yarar koşulunun arandığını söyleyebiliriz. Az önce gördüğümüz gibi, Sözleşme, çocuk üzerinde bilimsel araştırma yapılabilmesi için potansiyel yarar koşuluna yer veriyor ve bu yararın bulunmadığı istisnalar için ayrıca başka koşulların gerçekleşmesini istiyordu. Yasada deney bakımından potansiyel yarar koşuluna yer verilmediği içindir ki, Türk Ceza Kanunu'nun 90/3 fıkrasının, taraf olduğumuz Biotıp Sözleşmesi'nin hükümleriyle uyuşmadığı açıktır. Benzer biçimde, yasada, zihinsel engelliler gibi araştırmalara rıza gösterme kapasitesi bulunmayan yetişkin insanlar bakımından potansiyel yarar koşulunun ya da herhangi bir koşulun yer almaması da, 90. madde hükümleriyle Biotıp Sözleşmesi'nin hükümleri arasında uyumsuzluk oluşturmaktadır.¹¹

¹¹ Bir görüşe göre, Sözleşme'nin aradığı asgari koşulların Türk Ceza Kanunu'nda bulunmuyor olmasının pratik sonuçları şunlar olabilir: 'bir iç hukuk kuralı halini almış bulunan sözleşmedeki bu şartlara uygulamada uyulması gerektiği, uyulmaması halinde etik kurulların izin vermemesi; ancak buna rağmen bu şartlara uyulmadan yapılan araştırmalarda, özel hukuk veya idare hukuku yaptırımlarının uy-

Öte yandan, 90/3/b bendinden, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuk üzerinde deney yapılamayacağı anlamı çıkmaktadır. Çocukların durumundan yola çıkarak, rızasını kendisi açıklayamayan zihinsel engelliler üzerinde deney yapılamayacağı yorumu da yapılmaktadır (bkz. Şen, 2008: 626-35; Şen, 2005: 2008-11). Aslında, tıbbi müdahalelerde 'yaş küçüklüğü ya da akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlananların rızası aranmaz, veli ya da vasinin rızası gerekir' (Hancı, 2006: 153. Ayrıca bkz. Kök, 2005: 119-21; Erman, 2003: 80-92). Deney söz konusu olduğunda, 90/3/b, ergin olmayan bir kimsenin, bir çocuğun rıza açıklama yeteneğine sahip olabileceğini kabul etmektedir (Hakeri, 2007: 156). Yasanın, insan üzerinde deneyi kural olarak yasakladığını, ancak belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda buna izin verdiğini anımsayalım. Standart bir tıbbi müdahaleden farklı olarak, bu bent ile çocuğun anne ve babasının deneye rıza göstermesi yeterli görülmemiş, çocuğun kendisinin de rızasının alınması koşul olarak sayılmıştır. Çocuğun kendi rızasını açıklayabilmesi için de, kuşku yok ki, çocuğun kendi rızasını açıklama yeteneğinin bulunması gerekir. Türk Ceza Kanunu, deney için gerekli rızayı kendisi açıklayamayan çocuk üzerinde deney yapılmasına olanak tanımadığı için, rıza veremeyecek durumda olan çocuklar üzerinde bilimsel araştırma yapılabileceğini öngören Sözleşme'den daha koruyucu bir düzenleme içermektedir. Biyotıp Sözleşmesi'nin 27. maddesine uygun olarak, Türkiye, daha koruyucu bir iç düzenleme yaptığı içindir ki, rıza açıklama yeteneği olmayan çocukları deneyden koruyan yasa hükmünün Sözleşme'ye aykırılığı ileri sürülemez. Özetle, Türk Ceza Kanunu'na göre, bilimsel bir deney, o deneyden potansiyel bir yarar sağlamasının söz konusu olup olmadığına bakılmaksızın, yalnızca rızasını kendisi açıklama yeteneği olan bir çocuk üzerinde yapılabilir.

Özel olarak ilaç araştırmalarını düzenleyen İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik, çocuklarla ilgili bir hüküm içeriyordu (m. 8/d). Buna göre, 'kesin bir zorunluluk' olmadıkça, 18 yaşını doldurmamış olanlar, gebeler ve ayırt etme gücü olmayanlar üzerinde I. ve II. dönem

gulanabileceği, fakat kanunilik ilkesi karşısında, ceza hukuku kurallarının, yaptırımlarının uygulanamayacağıdır' (Hakeri, 2007: 414). Öte yandan, başka bir görüşe göre, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesine aykırı bir fiil, Biyotıp Sözleşmesi'ne göre hukuka uygun ise, o fiil suç sayılamayacaktır. Sözleşme hükümlerini, m. 90'da düzenlenen suçların unsurlarının somut olaylarda belirlenmesinde dikkate almak gerekir (Şen, 2008: 599-600).

ilaç araştırmaları yapılamaz. Yönetmelikteki, '*kesin bir zorunluluk*' ifadesinin anlamı belirsizdir. Oysa '*zorunluluk*', o zorunlu durumda örneğin çocuk üzerinde ilaç araştırması yapılmasını belirleyen bir unsura dönüşebilecektir. Bu yönetmelik, 23 Aralık 2008 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni yönetmelikte '*zorunluluk*' sözcüğüne yer verilerek bunun yol açabileceği belirsizlik de giderilmiştir.

Yalnızca ilaç konusundakileri değil, genel olarak tüm klinik araştırmaları düzenleyen Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'te, embriyo ve cenin terimlerinin kullanıldığı doğrudan bir hüküm yoktur. Yönetmelikte, '*çocuklar, gebeler, loğusa ve emziren kadınlar ile kısıtlılar üzerinde klinik araştırma yapılamaz*' kuralı yer almaktadır (m. 5/b). Bununla birlikte, istisnai olarak, belirli koşulların karşılanması durumunda bu gruplardan birine giren insanlar üzerinde klinik araştırmalara izin verilebilmektedir. Bir kez, araştırmaya katılan gönüllünün, araştırmadan, sağlığıyla ilgili potansiyel bir yarar sağlaması gerekmektedir. Bunun anlamı şudur: sağlıklı bir gönüllü klinik bir araştırmadan doğrudan yarar sağlayamayacağına göre, çocuk, gebe ya da kısıtlı, hasta olmalı ve söz konusu araştırma bu hastalıkla ilgili olmalıdır. İkincisi, araştırmanın, araştırmaya katılanının sağlığına yönelik '*öngörülebilir ciddi bir risk taşıyor*' olması gerekir. '*Ciddi risk*' ifadesi belirsizdir. Bu konuda, Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü'nün, yasal temsilcinin rızasıyla yapılan araştırmalar için getirdiği '*en az risk*' ve '*en az yük*' tanımları yol gösterici olabilir. Etik kurullar, önlerine gelen bir araştırma başvurusu için görüş oluştururken risk değerlendirmesi yaparak '*ciddi risk*' teriminin içini doldurabilirler. Yönetmelikteki üçüncü koşul, yukarıda ele aldığım Biyotıp Sözleşmesi'nin 17. maddesindeki benzer biçimde, bu kimseler üzerinde araştırma yapılmasının bilimsel olarak son seçenek olması koşuludur. Örneğin bir çocuk üzerinde klinik araştırma yapılabilmesi için, o araştırmanın konusu itibariyle başkaları üzerinde değil de çocuklar üzerinde yapılması ya da yetişkinlere uygulanmış bir araştırmanın sonuçlarının çocuklarda geçerliliğini kanıtlamak üzere yapılması zorunluluğu bulunmalıdır. Dördüncü koşul olarak da, gönüllünün ya da yasal temsilcisinin bilgilendirilmiş olurunun alınmış olması gerekmektedir (m. 5-9).

Bu kural ve kuralın koşullara bağlı istisnası dikkate alındığında, yönetmelik, çocukları, gebeleri ve böylece ana rahmindeki embriyoyu ve kısıtlıları klinik araştırmalardan koruduğu için önemlidir. Böylece,

Türk Ceza Kanunu'nda yalnızca çocuklar için getirilen ek koşulların dışında, Biyotıp Sözleşmesi ve Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü'ndekine benzer biçimde, yönetmelik, gebeler ve kısıtlılar için de ek koşullar aramaktadır. Gebeyi gebe kılan, ana rahmindeki embriyo ya da cenindir. Bu bakımdan, gebeler üzerinde yapılacak araştırmalarda ek koşullar aranması, yalnızca anneyi değil, embriyonun ya da ceninin korunmasına yöneliktir de. Ayrıca, yönetmelik, yönetmelikte hüküm bulunmayan durumlarda Biyotıp Sözleşmesi'nin hükümlerinin uygulanacağını belirterek bu sözleşmenin yukarıda tartıştığım hükümlerinin uygulanmasına olanak sağlamaktadır. Öte yandan, yönetmelikte çocuklar bakımından potansiyel yarar aranırken, yukarıda gördüğümüz gibi Türk Ceza Kanunu'nda bu koşul bulunmamaktadır. Bunun dışında, çocuğun rızası bakımından da iki düzenlemenin uyumlu olduğu söylenebilir. Yönetmelikte, '*çocuk kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yapabilecek ve bu konuda bir kanaate varabilecek kapasitede ise*', denilerek araştırmaya konu olacak çocuklar adeta iki kümeye ayrılmıştır. Bu kapasiteye sahip olan birinci kümedekilerin rızası aranacaktır. Bu kapasiteye sahip olmayan ikinci kümedekilerle ilgili bir hüküm bulunmadığına göre, bunlar için yasal temsilcilerinin rızası yeterli olacak, ayrıca çocuğun rızasına bakılmayacaktır. Türk Ceza Kanunu'nda ise, yukarıda vurguladığım gibi, deneye katılacak çocuğun rızası aranmaktadır. Yönetmelikler yasalara aykırı olamayacağına göre, yönetmelikte ortaya çıkan uyumsuzluğun giderilmesi gerekir.

Bu noktada, yasadaki ve yönetmeliklerdeki araştırma koşullarının daha ayrıntılı bir incelemesine girişmek, bu makalenin amacına hizmet etmeyecektir. Bu aşamada asıl önemli olan, 90. maddenin, orada sıralanan koşulların ve çocuk teriminin embriyoyu da kapsayıp kapsamadığı tartışmasıdır. Bu koşullar, üzerinde bilimsel araştırma yapılan insanı korumayı amaçladığına göre, kapsam tartışması, deney bağlamında insan embriyosunun yasal statüsünü değerlendirmeye yardım edecektir.

Anayasa, *kişinin*, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını hükme bağlar (m.17). Türk Ceza Kanunu, çocuğu, '*henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi*' olarak tanımlar (m. 6/b). Bu iki hükme dayanan bir görüş, Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin yalnızca doğmuş olan çocukları kapsadığını, bu nedenle yasadaki koşulları aramaksızın ana rahmindeki ve tüpteki embriyo üzerinde deney yapılabileceğini ileri sürebilir. Her ne kadar bu görüş akla yatkın gibi

görünse de, karşıt bir görüşün de sağlam hukuki dayanaklarının bulunduğunu vurgulamak gerekir. Anayasa'da yer alan temel hakların öznesini belirleyen *herkes* teriminin embriyoyu dışarıda bırakmadığını biliyoruz (Bu konuda ayrıntılı bir tartışma için bkz. Çoban, 2007b). Bu çerçevede, herkes gibi embriyonun da, maddi ve manevi varlığına zarar verebilecek herhangi bir araştırma ya da deneyden korunma hakkının bulunduğunu söyleyebiliriz. Ek olarak, Anayasa'ya göre, hiç kimseye işkence yapılamaz, eziyet edilemez ve insan onuruyla bağdaşmayan bir davranışta bulunulamaz. Taraf olduğumuz Biyotıp Sözleşmesi'ne göre, insanın onuru yaşamın en erken evresinden başlanarak korunur, yalnızca canlı doğum gerçekleşikten sonra değil. Türk Ceza Kanunu'nda, çocuk, doğmuş kişi olarak tanımlandığı halde, birçok başka maddesinde çocuk terimi, gebe kadının karnındaki doğmamış insanı nitelemek üzere kullanılmaktadır. Örneğin, 'gebe bir kadının çocuğunun düşmesi' ifadesinin yer aldığı taksirle yaralama suçunu düzenleyen 89. maddede, 'çocuk düşürtme' suçunu düzenleyen 99. maddede ve 'çocuk düşürme' suçunu düzenleyen 100. maddede olduğu gibi. Gebe kadına karşı işlenen suçlarda gördüğümüz gibi, yasa, embriyoya insan olarak değer vermekte ve korumaktadır (Çoban, 2007b). Doğmuş *kişi* olarak çocuk tanımıyla çelişen biçimde, Türk Ceza Kanunu, deneye konu olan özne için, *insan* terimini kullanır. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik'te de, seçilen terim *kişi* değil *insandır*. Türk Medeni Kanunu'na göre, 'çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder' (m. 28). Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nda hak ehliyeti, doğumla başlayan kişilik ile belirlenmiyor, her *insanın* hak ehliyeti vardır (m. 8). Hak ehliyetine sahip olmak, embriyoyu başka bir anayasal koruma ile de donatır. Anayasa'ya göre, ananın ve çocukların korunması için gereken önlemleri almak devletin görevidir (m. 41). Devletin, ölmediği sürece doğmamış çocuğun maddi ve manevi varlığını korumak ve geliştirmek için gerekli önlemleri alması gerekir.

Demek ki, *herkesin* temel haklarını koruyan Anayasa hükümleri, insan onurunu ve kimliğini korumayı amaçlayan Sözleşme hükümleri, Türk Medeni Kanunu'nun hak ehliyetiyle ilgili hükümleri ve Türk Ceza Kanunu'nun deney yasağı ve koşulları bakımından *kişi* terimine değil de *insan* terimine yer veren hükümleri, doğmamış çocuğun da 90. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir yo-

rumu olanaklı kılar.¹² Yasada kişi terimiyle belirlenmiş çocuk tanımının, insan üzerinde deney bakımından yarattığı çelişkinin giderilmesi gerekir. Bu yoruma bağlı olarak, ana rahmindeki ve tüpteki embriyonun/çocuğun 90. maddenin kapsamında olduğunu söyleyebiliriz.

İleri sürdüğüm bu görüşü yalnızca tüpteki embriyo bakımından zayıflatabilecek bir iddia, yasada yer alan '*ana rahmine düşmek*' teriminin, biçimsel bir anlayışla, çocuğun gerçekten rahimde bulunuyor olması biçiminde yorumlanmasıdır. Bu durumda, tüpteki embriyo, maddenin kapsamı dışında kalacaktır. Ana rahmine düşmek terimi, döllenme olarak ya da insanın gelişiminin en erken evresi olarak da yorumlanabilir. Tüm bu gerekçeler ışığında, 90. maddenin belirlediği koşulların, rahimdeki ve tüpteki embriyo üzerinde deney yapmanın yasal koşulları olarak da uygulanabileceği yorumuna ulaşmak mümkündür. Böylece, 90. maddenin embriyoyu da kapsadığı düşünülürse, rızasını kendisi açıklama yeteneği olmayan çocuklar üzerinde bilimsel deney yasağı nedeniyle (m. 90/3/b), Türkiye'de rahimdeki ve tüpteki embriyo üzerinde deney yapılamaz. Biyotıp Sözleşmesi'ne dayanarak Türkiye'de embriyo üzerinde araştırma ve deneye olanak tanıyacak bir düzenleme yapılmak istenirse, öncelikle, Türk Ceza Kanunu'nun öngördüğü koşulları, hem ana rahmindeki hem de tüpteki embriyoyu koruyan koşullar olarak hesaba katmak gerekecektir.

Bir hastalığı bulunan embriyolar üzerinde bilimsel yöntemlere uygun olarak, o hastalığın tedavisi için deneme yapılması konusu biraz daha karmaşıktır. 90. maddenin 4. fıkrasına göre, '*hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı deneme*' yapmak suçtur.¹³ Fıkırada,

¹² Buna karşılık, 90. maddede insan ile kastedilenin doğmuş kişi olduğu, bu nedenle maddenin cenin üzerinde yapılacak deney ve denemeleri kapsamadığı yönünde bir yorum için bkz. Ünver, 2007: 152; Hakeri, 2007: 419. Ana rahmindeki embriyo üzerinde deney yapılması, doğal olarak anne üzerinde deney yapılmasını içerdiği için (embriyo ve anne bir bedende yaşadıkları için), rahimdeki embriyoyu/hamile kadını 90. maddenin kapsamı dışında düşünmek olanaksızdır. Asıl sorun ya da belirsizlik rıza bakımından yaşanır. Annenin rızası yeterli olacak mıdır, yoksa rıza açıklama yeteneği olmayan çocuk üzerinde deney yasağı mı uygulanacaktır?

¹³ Ünver'e (2007: 155-64) göre, sağlıklı insan üzerinde deneme yapılması ve hasta insan üzerinde tedavi amacı gütmeyen deneme yapılması suç olarak düzenlenmemiştir. Kanımca, bu, maddenin özünü dikkate almayan bir yorumdur. Madde gerekçesinde denemenin tanımlandığını yukarıda belirtmiştim. Yasa koyucu, Ünver'in vurguladığı her iki müdahaleyi/denemeyi, deneme olarak tanımlamamıştır. 90. madde insan üzerinde deney ve denemeyi tehlikeli görmekte, izin verdiği deney ve denemeleri sınırlandırmak üzere hem tanımı sınırlı tutmakta hem de

'hasta insan' terimi kullanıldığına göre ve embriyonun hukuken insan olduğunu gösteren yeterli argüman bulunduğuna göre (Çoban 2007a), kanımca, embriyo da fıkranın kapsamındadır. Bu nedenle de, hasta embriyo üzerinde, rıza olmaksızın deneme yapan bir kimse ceza sorumluluğu ile karşı karşıya kalabilir. Aynı fıkrada, 'kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı denemenin' ise, suç oluşturmadığı hükmü yer alır. Kullanılan kişi terimi bakımından beliren sorun, kişiliğin nasıl tanımlandığıyla ilgilidir. Kişi, kişilerarası iletişim, zihinsel gelişim, özgür irade vd. gibi ölçütlerle tanımlansaydı, hasta embriyo, bu ölçütleri karşılayamayan diğer hastalar için olduğu gibi, kişi sayılmayacak ve fıkradaki koşulların varlığı aranmaksızın, üzerinde deneme yapılması suç oluşturmayacaktı. Türk Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, doğmuş olmak kişiliğin ölçütü olarak alınırsa, embriyo, yine fıkranın koruyucu kapsamının dışına düşecektir. Hak ehliyetine sahip embriyo, 'hasta insan' terimi bakımından fıkranın kapsamı içindedir, ama doğmamış olması bakımından kişi sayılmadığı için fıkranın kapsamı dışındadır.

Bir de, bu çelişkiyi derinleştiren rıza konusu var. Fıkrada, bilinci yerinde olmayan hasta ya da rıza açıklama kapasitesi olmayan hasta üzerinde denemeye verilecek rızanın kimden alınacağı konusu belirsizdir. Bu durumda, rıza açıklama yeteneği olmayan hasta denemeye konu olabilir mi? İki karşıt yorum yapılabilir: Rızayı kendisi açıklayamadığı için bu gibi hastalar üzerinde, a) deneme yapılamaz; b) yapılabilir, yakınlarının yazılı rızası yeterli olacaktır (Şen, 2008: 629, 632; Şen, 2005: 2010). Hasta embriyo üzerinde tedavi amaçlı denemenin ceza sorumluluğu gerektirmeden yapılması, rıza açıklama yeteneği olmayan hasta bakımından rıza ile ilgili bu iki yorumdan hangisinin benimseneceğine bağlıdır. Rıza koşulu, hasta yakınlarının rıza göstermesi sayesinde karşılandığında, hasta embriyo üzerinde denemenin yasaya uygun olarak yapılabilmesi için, denemenin, o embriyonun tedavisi bakımından potansiyel bir yararının bulunması gerekir. Başkalarının tedavisi için potansiyel yararı bulunan bir bilimsel denemenin embriyo üzerinde yapılması, fıkranın özüne aykırıdır. Ayrıca, fıkrada aranan

çeşitli koşullar aramaktadır. Bu bakımdan, suç oluşturmayan bir deneme ancak rızaya bağlı olarak, hasta insan üzerinde ve tedavi amacıyla yapılabilir. Bunun dışında kalan müdahaleler/denemeler, maddede sınırlı ve koşullu olarak izin verilen hukuka uygun deneme olarak düşünülemez. Kuşkusuz, Ünver'in de belirttiği gibi, madde metninin belirsizliğe ya da karşıt yorumlara yol açmayacak biçimde, açık bir dille yazılmış olması beklenirdi.

diğer koşullara göre, hasta embriyoya bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılmış olması, yazılı rıza alınmadan önce, rıza açıklamaya yetkili kimsenin, denemenin içeriği ve sonuçları hakkında bilgilendirilmiş olması, denemenin bilimsel yöntemlere uygun olması ve uzman hekim tarafından bir hastanede yapılması gerekecektir.

Araştırma Hakkı ve Araştırmacının Yükümlülükleri

Araştırma amacıyla embriyo oluşturma yasağı ve tüp bebek sürecinde oluşturulan embriyoların amaç dışı kullanımı yasağı sürdüğü sürece, araştırmacının, tüpteki embriyo üzerinde araştırma yapma hakkı nasıl gerçekleşecek, sorusu akla gelebilir. Bu noktaya gelindiye eğer, bir başka deyişle haklar ve özgürlükler bakımından adalet arayışı belirlediye, o zaman soruyu, yalnızca araştırmacı bakımından sormak yerine, iki hak sahibi arasındaki hak ve çıkar çatışmasının adil biçimde nasıl çözüleceği biçiminde dile getirmek daha doğru olacaktır. Soruyu bu biçime büründürebilmek, hukuk dizgesinin tüpteki embriyoyu açık biçimde bir hak sahibi olarak tanıyıp olmasına bağlıdır. Oysa vurguladığım çelişkiler, embriyonun statüsü bakımından tereddütlerin oluşmasına yol açmaktadır. Embriyonun statüsü, insanlığın hem hak sahibi olan, hem de hak sahibi sayılmayan üyesi olarak belirdiğinde, hukuki çelişkiler, araştırma özgürlüğünün sınırlarının embriyonun hakları alanına doğru genişlemesi beklentisine hizmet edebilir. Çalışmanın bu kısmında, bir bakıma bu beklentiye dizginleme işlevi üstlenen hukuki düzenlemeleri ele alacağız.

Önce, araştırma hakkının, Anayasa'da açık biçimde yer aldığını vurgulamalıyım: *'Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir'* (m. 27). Ayrıca, Anayasa'nın yükseköğretim kurumlarıyla ilgili maddesinde belirtildiği üzere, *'üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler'* (m. 130). 2001 yılındaki değişiklikten önce, Anayasa'nın 13. maddesinde, tüm haklar ve özgürlükler için geçerli, genelleştirilmiş sınırlama nedenleri sıralanmıştı (Soysal, 1986: 195). Bu bakımdan, araştırma hakkı da, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacıyla, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasayla sınırlanabilirdi. Oysa 2001'de değiştirilen 13. maddenin yeni biçimiyle, temel hak

ve özgürlükler, bir hak ya da özgürlüğü düzenleyen ilgili maddede belirtilen bir nedene bağlı olarak sınırlanabilir. Araştırma hakkıyla ilgili 27. maddede, araştırma ve deneye konu olabilecek insanı koruma altına almak için geçerli olabilecek, araştırma hakkını sınırlandırıcı bir nedene yer verilmemiştir. Kaldı ki, niteliği gereği, bilim özgürlüğü ya da araştırma hakkı, sınırlandırmaya en az elverişli haklardan biri sayılır (Sağlam, 1982: 105).

Bununla birlikte, denek olarak insan, araştırmacının araştırma hakkı karşısında tümüyle korunmasızdır, denilemez. Herkesin, bu arada, üzerinde araştırma yapılan insanların da dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel haklarının bulunması (Anayasa, m. 12), araştırmacının hakları karşısında tutunulabilecek anayasal bir güvence oluşturur. Bu insanların da, herkesin sahip olduğu temel bir hak olarak, yaşama ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı vardır (m. 17). Bu hak, bilimsel araştırmalarda ve deneylerde yok sayılamaz ve ihlal edilemez. Bu hak çerçevesinde, araştırmacının araştırma hakkını sınırlandıran bir hüküm 17. maddede bulunur. Buna göre, *'Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz'*. Bilimsel deneyler, vücut bütünlüğüne dokunan müdahaleleri içerdiği içindir ki, üzerinde deney yapılacak olanları korumayı amaçlayan koşulların yasa ile belirlenmesi yoluna gidilebilecektir. *'Kanıunda yazılı hallerin'* deney ve denemeler bakımından neler olduğu ve rıza koşulunun nasıl karşılanacağı Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde kendine yer bulmuştur. Az önce ele aldığım bu madde, insan üzerinde bilimsel araştırma ve deneylerin koşullarını düzenleyerek, araştırma hakkı kullanılırken, üzerinde araştırma yapılan insanın haklarını yasal koruma altına alır.

Sağlık alanındaki bilimsel araştırmaların insanlık için önemi kuşku götürmez. Bilimsel amaçlar için tekil insanın haklarının hiçe sayılmayacağı da aynı ölçüde önemli bir ilkedir. Nitekim, biyotıbbi müdahalelere maruz kalan insanın haklarını ve onurunu korumayı amaçlayan Biyotıp Sözleşmesi, 2. maddesinde insanın öncelikli önemini ilan eder. Taraf ülke olduğu için Türkiye'nin uymak zorunda olduğu bu maddeye göre, insanın çıkarları ve refahıyla bilimin ve toplumun çıkarları çatıştığında, öncelik insana verilecektir. Aynı hüküm Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü'nde de yinelenmiştir (m. 3). Benzer bir ifade, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 32. maddesinde, Klinik Araştırma-

lar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde, Türk Tabipleri Birliği'nin 1998'de yapılan 47. kongresinde kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 43. maddesinde ve Dünya Tabipler Birliği'nin 1964'te kabul ettiği, tıbbi araştırmalarla ilgili etik ilkeleri belirleyen Helsinki Bildirgesi'nin 5. maddesinde de bulunmaktadır.

İnsan üzerinde deney söz konusu olduğunda insanın önceliği kuralı, insan ile bilim ve toplum arasında her zaman bir çatışma, uzlaşmaz bir ilişki olduğu anlamına gelmez. Tekil insanın türsel/toplumsal ilişkilerinin bir düşmanlık ve karşıtlık ilişkisi olmadığını biliyoruz (Çoban, 2007a). İnsanın önceliği kuralı, bir çatışma olasılığı belirtildiğinde, insanın ve insan haklarının, hakim toplumsal ilişkilerden sözüm ona soyutlanmış ideal bir bilim anlayışıyla yoğrulmuş araştırma ve deneye, bilimsel ya da toplumsal çıkarlara feda edilemeyeceğini anlatır. Bu bakımdan, insan haklarının ve onurunun korunması bilimsel araştırmalar için sınır çizgisi oluşturur. Biyotıp Sözleşmesi'nin Başlangıç kısmında, biyoloji ve tıbbın yanlış kullanımının insan onurunu zedeleyen uygulamalara yol açabileceğinin belirtilmiş olması da, yine sınırlara dönük uyarıdır. Benzer biçimde, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan, kimseye insan onuruyla bağdaşmayan muamele yapılamayacağı hükmünü, bilimsel araştırma ve deneylerin anayasal sınır taşlarından biri olarak görmek gerekir. Sözleşme, insan onurunun yaşamın en erken evresinden başlanarak korunduğunu belirttiğine göre ve Türk Medeni Kanunu, hak ehliyetine sahip insanın, ana rahmine düşmeyle birlikte oluştuğunu vurguladığına göre, embriyonun insan haklarının ve onurunun araştırma ve deneylerde korunması gerekir.

Anayasa'da güvence altına alınan araştırma hakkı, Biyotıp Sözleşmesi'nde de tanınmıştır. Sözleşme'nin 15. maddesi, biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırmaların özgürce yapılacağını hükme bağlar. Ancak insan söz konusu olduğunda araştırma özgürlüğü mutlak değildir, çünkü aynı madde, araştırmaların yapılabilmesini, bunların, Sözleşme'nin ve taraf ülke yasalarının insanı koruyan hükümlerine uygun olması kaydına bağlar. İnsan üzerinde bilimsel araştırma yapılabilmesi için aranan yasal koşulların ayrıntılarını yukarıda tartışmıştım. Bu koşullar, denek olarak insan söz konusu olduğunda, araştırmacının, araştırma hakkını kullanırken uymakla yükümlü olduğu yasal kurallardır. İnsan üzerinde biyotıbbi araştırma yapmak isteyen araştırmacı, her insan üzerinde araştırma yapamaz (bkz. yukarıda ele aldığım risk-yarar orantısı, potansiyel yarar, kabul edilebilir risk, en

düşük risk ve yük, üzerinde araştırma yapılacak insanın, haklarıyla ilgili bilgilendirmenin önceden yapılması, aydınlatılmış rıza/onam, çocukların durumu vd. koşullar). Daha önemlisi, araştırmacı, her araştırmayı insan üzerinde yapamaz; insan dışı deney ortamı, hayvanlar üzerinde deney vb. gibi diğer tüm seçenekleri, olasılıkları tüketmeden, bir insan üzerinde araştırmaya girişemez. Bir tedavi yöntemi ya da ilaç geliştirmek amacıyla olsa bile, insan üzerinde deney yapılması, Biyotıp Sözleşmesi'nin ve Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükteki hükümlerine göre, ancak son seçenek olabilir. Yukarıda ele aldığım taslak kılavuzda olduğu gibi, Türkiye'de insan embriyosu üzerinde araştırma yapılmasına izin verilecekse, son seçenek kuralının göz önünde tutulması gerekecektir.

Kaldı ki, araştırmacının başvurabileceği seçeneklerden biri de, yürürlükteki yasalara göre kürtaj ile yaşamına son verilen embriyo ya da ceninin bilimsel araştırmalarda kullanılması olabilir. Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği, cerrahi girişim, otopsi ya da anatomi çalışması sonucu ortaya çıkan insan embriyosunu/cenini, 'patolojik atık' olarak görmektedir (m. 4). Yürürlükteki düzenlemeye göre 'atık' olarak işlem gören ölü embriyonun/cenin, kullanılma koşullarıyla ilgili bir düzenleme yapılarak, uygun durumlarda araştırma gereci olarak araştırmalarda kullanılması düşünülebilir. Nitekim İsviçre'de, kürtaja konu olan ceninin, annenin rızasıyla alınan deri parçasından deri dokuları geliştirilmiştir (*the Guardian*, 18.8.2005). Bu konuda, kadavra uygulaması örnek oluşturabilir. Araştırmacılar için, başka seçenekler de var. Bunlardan birkaçını anmakla yetinelim. Kordon kanından embriyonik karaktere sahip kök hücre elde edilebilmektedir. Örneğin bu hücreler, insan karaciğer dokusuna dönüştürülmüştür. Dünyada her yıl doğan 100 milyon bebeğin kordon kanından, herhangi bir hastanın doku tipine uygun kök hücre elde edilmesi mümkün olabilir (*the Guardian*, 18.8.2005). Kemik iliğinden sağlanan kök hücreler kalp kapakçığına dönüştürülebilmektedir (*the Guardian*, 2.4.2007). Deri hücreleri virüse yerleştirilen genlerle yeniden programlanarak embriyonik karakterde kök hücre elde edilebilmektedir (*the Guardian*, 21.11.2007). Bu teknikte elde edilen kök hücreler farelerde orak hücre kansızlığının tedavisinde başarılı sonuçlar vermiştir (*the Guardian*, 7.12.2007). Yeditepe Üniversitesi'nde dıştan alınan kök hücrelerin gen nakliyle yeniden programlanması yoluyla embriyonik karakterde kök hücre üretilmektedir (*Hürriyet*, 11-12.8.2008). Embriyonik kök hücre araştırması

yapmak isteyenler için tek seçenek, embriyo yaratmak ve onun üzerinde çalışma yapmak değildir.

İnsan üzerinde araştırma yapmak isteyen araştırmacı, ayrıca, projesini etik kurula sunup, bilimsel ve etik değeri konusunda gerekli onayı ve Sağlık Bakanlığı'nın iznini alacaktır (Biyotıp Sözleşmesi, m. 16/iii; Türk Ceza Kanunu, m. 90/a; Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik, m. 11/a; Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi, m. 13). Bu hükmü daha önce vurgulamıştım. Şimdi burada, etik kurulun onayına temel oluşturan değerlendirmeyi, araştırma hakkının kullanılmasında sürecinde deneğin korunması bakımından inceleyeceğim.

Biyotıbbi Araştırmalar Protokolü, disiplinler arası etik bir kurulun projeyi değerlendirmesiyle ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Protokol'e göre, değerlendirme, uzmanların olduğu kadar uzman olmayanların da görüşlerini yansıtan geniş bir bilgi ve deneyim alanına dayanacaktır. Projenin etik olarak kabul edilebilirliğiyle ilgili bu değerlendirmenin amacı ise, üzerinde araştırma yapılacak insanların onurunu, haklarını, güvenliğini ve iyi-oluşunu (*well-being*) korumaktır (m. 9/2). Demek ki, onur, hak, güvenlik ya da iyi-oluş bakımından denek için bir zarar ya da ihlal içeren bir proje, etik olarak kabul edilemez. Denek olarak embriyo üzerinde çalışıldığında da durum farklı değildir; nitekim onur, hak, güvenlik, iyi-oluş kavramları ekseninde yürütülen akademik tartışmalar (Çoban, 2007a) bu kavramlar bakımından insan ile insan embriyosu arasında ahlaki statü farklılaşmasının bulunmadığını göstermektedir.

Protokole göre, projenin etik değerlendirmesi için gereken tüm bilgi yazılı olarak kurula sunulacaktır (m. 11). Bu bilginin neleri içereceği ayrıntılı olarak belirlenmiş ve Protokol'ün ekinde yirmi maddede halinde sıralanmıştır: projenin amacı, yöntemi, süreçleri, teknikleri, araştırmacıların nitelikleri ve deneyimleri gibi tanımsal unsurlar; araştırmanın insan üzerinde yapılmasının gerekçesi, araştırmanın hangi grup insan üzerinde yapılıp hangi grup üzerinde yapılmayacağını belirlemek için kullanılan ölçütler, deneklerin nasıl seçildiği, kontrol grubu oluşturma(ma) gerekçesi, deneklerin maruz kalabileceği riskler, denek üzerindeki müdahalenin niteliği, derecesi ve süresi, deneğin katlanmak zorunda kalacağı yüküyle ilgili ayrıntılar, deneğin sağlığına olası olumsuz etkileri izlemek ve bunları gidermek için alınan önlemler, zamanlama ve diğer ayrıntılara ilişkin deneğe sunulacak bilgi ve su-

nulma yöntemleri, rızanın alınması için kullanılacak bilgi ve belgeler, deneğin özel yaşamına saygı gösterilmesi ve kişisel bilginin gizliliğini güvence altına almak için öngörölmüş önlemler gibi konuları içeren bilgiler; ve yapılacak harcamalar, kurul üyeleriyle çıkar çatışması durumları, araştırma sonuçlarının ve biyolojik gereçlerin ticari kullanımını da dahil potansiyel kullanım biçimleri, proje bağlamında araştırmacının algıladığı diğer tüm etik sorunlar hakkında ayrıntılar gibi başka bilgiler. Görüldüğü gibi, istenen bilgilerin çoğu, üzerinde araştırma yapılacak insanın onurunun, haklarının, güvenliğinin ve iyi-oluşunun korunup korunmadığını saptamaya dönüktür.

Türkiye'nin henüz onaylamadığı Protokol'ün bu hükümleri ile ülkemizde yürürlükte olan kurallar arasında benzerlik olduğu görölmektedir. Bu konudaki düzenlemeler, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik, Etik Kurul Standart İşleyiş Yöntemi Esasları, Klinik Araştırma Danışma Kurulu Standart İşleyiş Yöntemi Esasları, Klinik Araştırma Başvuru Kılavuzu ve İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu'nda yer almaktadır. Daha önce İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğe göre kurulan ve sayıları 79'a ulaşan¹⁴ 'yerel etik kurullar', Temmuz 2009 tarihinden itibaren yerlerini Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğe göre kurulan etik kurullara bırakmıştır. Yönetmeliğe göre (m. 10) 'etik kurullar araştırmaya katılacak gönüllülerin hakları, güvenliği ve esenliğinin korunmasını teminen' görüş oluşturur. Her ne kadar anılan bu düzenlemeler klinik araştırmalarla ilgili dağınıklığı gidermekte ise de rahimdeki ve tüpteki embriyo üzerinde yapılacak araştırmalarla ilgili doğrudan hükümler içermemektedir. Yalnızca Sağlık Bakanlığının İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu'nda, hamileler üzerinde yapılacak araştırmalarda gönüllünün rızası alınırken embriyo ya da ceninin maruz kalacağı, öngörölen risklerin ve rahatsızlıkların belirtilmiş olması kuralına yer verilmiştir (4.8.10/f). Oysa, İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü'nce yayımlanan, etik kuruldan onay ve bakanlıktan izin almak için doldurulması gereken Klinik Araştırma Başvuru Formu'na göre, ana rahmindeki çocuk araştırmaya katılan 'gönüllü' olabildiği gibi (madde başlığı F.1.1.1), gebe kadınlar (F.3.3.3) üzerinde araştırma yapılması nedeniyle de araştırmadan etkilenebilmektedir. Başvu-

¹⁴ Sağlık Bakanlığı, İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü, 'Yerel Etik Kurullar Listesi', www.iegm.gov.tr/beseritibbiurun/klinikarastirmalari/yereletikkurullar/Documents/yek%20liste.doc, erişim 25.11.2008.

ru Formu'nda, ana rahmindeki embriyo, 18 yaş altı gönüllüler kategorisi içinde bulunmaktadır.

Bu durumda, etik kurulun, ana rahmindeki embriyonun '*haklarını, güvenliğini ve esenliğini korumak*' ve '*araştırmanın mevzuata uygun şekilde yapılmasını ve takip edilmesini sağlamak*' üzere (Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik, m. 10), Biyotıp Sözleşmesi'nin, Türk Ceza Kanunu'nun ve yönetmeliğin yukarıda tartıştığım çocuklarla ilgili hükümlerine göre bir değerlendirme yapması gerekecektir. Başvuru Formu'nda sayılan gönüllüler arasında tüpteki embriyo yoktur. Bu, mevzuatımızda tüpteki embriyo üzerinde araştırma yapılmasına engel oluşturan, yukarıda tartıştığım hükümlerle uyumludur.

Araştırmacı, daha önce ele aldığım yürürlükteki hukuki düzenlemelere ek olarak, insan üzerinde yürüttüğü bilimsel araştırmalarda, aynı zamanda, mesleki yükümlülüklerine ve standartlara da uymak zorundadır (Biyotıp Sözleşmesi, m. 4). Sözleşme'nin bu hükmü, biyotıbbi müdahalelerin, ancak hekimler ve sağlık alanında uzmanlaşmış kişiler tarafından yapılabileceğini vurgular. Benzer biçimde, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik (m. 20/a), Hasta Hakları Yönetmeliği (m. 32), Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (m. 40) ve Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi (m. 15), insan üzerindeki araştırmaların, bilimsel ve mesleki yönden yeterli bilgi ve deneyime sahip, yetkin kişiler tarafından yapılacağını belirtir. Demek ki, her araştırmacı, insan üzerinde araştırma yapamaz. Gerekli bilgi ve donanımına sahip olmayan herhangi bir araştırmacı, araştırma hakkını dayanak göstererek insan üzerinde, insan embriyosu üzerinde deney yapmaya kalkışamaz. Araştırma projesinin etik ve bilimsel değerlendirmesini yapmakla yetkili kurullara sunulacak bilgiler arasında, araştırmacının nitelikleri ve deneyimleri konusunda bilginin de yer alması, araştırmacının, insan üzerinde araştırma yapma yeterliğinin olup olmadığını saptayabilmek içindir.

Bakanlar Kurulu tarafından 1960 yılında çıkarılan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, hekimlerin uymak zorunda olduğu kuralları belirleyen ve mesleki yükümlülüklerini saptayan düzenlemelerden biridir. Tüzüğe göre, araştırmaları sırasında bir tanı ve tedavi yöntemi geliştiren bir hekim, bilimsel olarak yeterince sınıadığı yöntemin yararlı olduğu ve zararlı etkiler oluşturmadığı kanısına ulaşmadıkça, bunu insanlar üzerinde uygulayamaz (m. 10). Bu maddeyi bütünlemek üze-

re, deney amacı güden herhangi bir cerrahi müdahalenin ve kimyasal, fiziksel ya da biyolojik bir tedavinin insanlar üzerinde uygulanması yasaklanmıştır. Klasik yöntemlerin hastaya yararının dokunmadığının kesinleşmesi durumunda, hayvanlar üzerinde yapılan yeteri sayıda deney sonucunda yararlı etkileri saptanmış olan yeni bir tedavi yöntemi, hastaya uygulanabilir. Bu durumda, yöntemin hastaya yararlı olma olasılığının bulunması ve uygulama başarısız olsa bile klasik yöntemlere görece daha elverişsiz sonuçların doğmaması olasılığının varlığı gerekir. Hekim, daha önce hiç denenmemiş ama hastaya hiçbir olası zararı bulunmayan, onu iyileştirmesi de kesin olan bir müdahalede bulunabilir (m. 11). Bu maddede yer alan, klasik yöntemler dışında kalan yeni tedavi yöntemlerinin uygulanmasıyla ilgili hekimi sınırlandıran koşullar, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 27. maddesinde yinelenmiştir.

Deontoloji Tüzüğü'nün bu hükümleri, Türk Ceza Kanunu'nun deney ve deneme terimleriyle ele alınabilir. Diyelim ki, insan DNA'sı üzerinde araştırma yapan hekim bir araştırmacı, bir kanser türünde rol oynayan bir geni bulmuş olsun ve bu gene müdahale eden bir teknikle kanserin önlenmesinin ya da tedavisinin ne ölçüde olanaklı olup olmadığını araştırmak istiyor olsun. Araştırmacı, geliştirdiği tekniği, bu geni taşıyan ama hastalığa yakalanmamış insanlar üzerinde uygulayamaz, çünkü tüzüğe göre, hekimin, deney amacıyla (tecrübe mak-sadı ile) insan üzerinde biyotıbbi müdahalede bulunması yasaktır. Tüzük'te yer alan koşullar karşılanıyorsa, bu tekniği, o kanser türüne yakalanmış hasta üzerinde, o hastaya yararlı olma olasılığı varsa, deneyebilmektedir. Bir başka deyişle, tüzük, hekimin, başkaları için potansiyel yararı olabilecek ya da tıbbi bilgi birikimine katkıda bulunabilecek bir niteliğe sahip olsa bile, deneysel bir müdahaleyi, herhangi bir insan üzerinde yapmasına olanak tanımaz. Oysa Türk Ceza Kanunu'na göre, yasadaki koşullar karşılanıyorsa, yeni tekniğin hem deney hem de deneme biçiminde insan üzerinde uygulanması mümkün olabilecektir. Bu uyumsuzluk karşısında, tarih olarak yeni ve üst hukuk kuralı olduğu için, tüzükteki değil, yasadaki hüküm uygulanacaktır. Tüzük maddesinin iptali ya da değiştirilmesi yoluyla uyumsuzluk giderilebilir.

Benzer biçimde, Türk Tabipleri Birliği'nin Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Deontoloji Tüzüğü'nün hükümleriyle çelişen bir kural içerir. İnsan üzerinde araştırma başlığı altında yer alan 40. maddedeki bu

kurala göre: *'İnsan üzerinde yapılacak klinik, deneysel ya da epidemiyolojik [salgın hastalıklarla ilgili] araştırmalar, gerek ilaç gerek cerrahi yöntem araştırmaları olsun, bilimsel bilgi birikimine katkıda bulunabilmek amacıyla yerel etik kurullardan geçmek koşuluyla yapılır.'* Açıkta ki bu kural, hekime, etik kurul onayı dışında sınırı bulunmayan geniş bir araştırma alanı sağlamaktadır. Hekimlerin uyması gereken mesleki kuralları belirleyen Deontoloji Tüzüğü'nün insan üzerinde yapılmasını uygun görmediği, bilgi birikimini artırmayı amaçlayan deneysel araştırmalara, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları izin vermektedir. Dikkati çekmeye çalıştığım sorun, bu iki ayrı kurallar demetinden hangisinin *'bilimin gelişmesine', 'araştırma hakkına', 'çağın gereklerine'* vb. uygun olup olmadığı sorunu ya da meslek örgütünün tüzüğe aykırı kural oluşturamaya çağrı biçiminde basit bir hukuk sorunu ya da kurallar arasındaki çelişkilerin giderilmesi sorunu değildir.¹⁵ Türk Ceza Kanunu'na göre, cezai sorumluluk doğurmayan bir deneyin, mesleki yükümlülükler ve standartlar bakımından etik değerlendirmesini nasıl sonuçlandıracağız? Deontoloji Tüzüğü'nün hükümleri de, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları da mesleki açıdan hekim için bağlayıcı olduğuna göre, hekim, deneysel bir araştırmayı insan üzerinde yaparsa mı, yoksa yapmazsa mı mesleki ilkelere ve yükümlülüklerle etik olarak uygun davranış sergilemiş olur? Bu bakımdan sorun, hekimin, daha önemlisi de, üzerinde araştırma yapılacak insanın içine itildiği belirsizlik sorunudur.

Deontoloji Tüzüğü'nün vurguladığı gibi, hekimin birinci ödevi, insan sağlığına ve yaşamına özen ve saygı göstermektir (m. 2). Bu, insanın önceliği kuralının bir başka biçimde ifadesidir. Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi de, üzerinde araştırma yapılan insanın yaşamının, sağlığının, mahremiyetinin ve onurunun korunmasını, araştırmayı yürüten hekimin ödevi olarak ilan eder (m. 10). O insanın, araştırmaya rıza göstermiş olması, hekimin bu konudaki sorumluluğunu

¹⁵ Faruk Şen (2008: 603), Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın, 1953 tarihli Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun tıp mesleğinin yerine getirilmesinin usul ve koşullarıyla ilgili düzenlenmenin Birlik tarafından yapılacağına dair hükmünü karşıladığı görüşündedir. Bu nedenle, Şen'e göre, bu düzenleme, 'mesleğin icrasında esas olarak dikkate alınması lazım gelen' ve Deontoloji Tüzüğü'ndeki hükümlerin 'göz ardı edilmesini gerekli kılan çağdaş kuralları barındırmaktadır'. Öte yandan, Yener Ünver (2006: 230-34), Deontoloji Tüzüğü bağlamında değil ama genel olarak, meslek etik kuralını hukuk kuralından üstün gören anlayışları eleştirmekte, etik ve hukuk kuralları çatıştığında buluşulacak ortak alanın etik değil hukuk olduğu görüşünü savunmaktadır.

ortadan kaldırmaz; o insanın korunmasıyla ilgili sorumluluk, her zaman hekimin yüklendiği bir sorumluluk olarak kalır (m. 15). Benzer biçimde, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, araştırmanın sorumluluğunun tümüyle araştırmacıya ait olduğunu belirtir (m.40). Bu bakımdan, araştırmacı, belirsizliğin ardına gizlenemez. Hukuki düzenlemeler ve mesleki yükümlülükler bakımından var olan tüm belirsizlikler ve çelişkiler tümüyle giderilse de giderilmese de, insan/embriyo üzerinde biyotibbi araştırma yapmak isteyen hekim araştırmacı, o insanın haklarına, güvenliğine, esenliğine ya da iyi-oluşuna zarar verecek müdahalelerden ahlaken sorumludur. Araştırmacının ahlaki sorumluluğu, yine de, embriyo üzerinde araştırma yapılmasıyla ilgili hukuki belirsizliklerin ve çelişkilerin giderilmesi gereksinimini ortadan kaldırmaz.

Sonuç

Makale boyunca sürdürdüğüm tartışmalar, insan üzerinde yapılacak araştırma ve deneylerde aranan koşulların ve denek-insanı koruyan hukuki düzenlemelerin ve etik ilkelerin, embriyo üzerinde araştırma ve deney yapılabilmesi için gerekli koşullar, düzenlemeler ve kurallar olarak da yorumlanmasının olanaklı olduğunu göstermiştir.

Tartışmaya dayanak oluşturan düzenlemelerde kimi belirsizlikler ve yürürlükteki kurallar arasında kimi uyumsuzluklar olduğu da saptanmıştır. Belirsizlikler ve çelişkiler karşısında embriyo üzerinde araştırma yapılması konusunda genel bir değerlendirmeye ulaşmak mümkün olabilir mi? Bu soruyu tüpteki ve rahimdeki embriyo bakımından yanıtlayabiliriz.

Biyotıp Sözleşmesi'nin yürürlükteki kuralına göre, Türkiye'de, üzerinde araştırma yapmak için embriyo yaratılması yasaktır. ÜYTE Yönetmeliği'nde ise, Türkiye'de çocuk sahibi olmak amacıyla yaratılıp kullanılmadığı için yedeğe çıkan tüpteki embriyoların başka bir amaçla kullanılmasına izin verilmemektedir; bu nedenle, bunlar araştırmalarda kullanılamaz. Bu düzenlemeler ışığında, Türkiye'de tüpteki embriyolar üzerinde araştırma yapmak olanaksızdır, çünkü üzerinde araştırma sürdürülecek tüpteki embriyoyu elde etmek yasal olarak engellenmiştir.

Öte yandan, araştırma amacıyla yaratılmadığı sürece ana rahminde bulunan embriyo üzerinde araştırma yapmanın önünde yasal bir

engel bulunmadığı ileri sürülebilir. Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik gebe kadın üzerinde araştırmaya izin verirken, Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü'nün hazırladığı standart form olan Klinik Araştırma Başvuru Formu da ana rahmindeki embriyoyu, üzerinde araştırma yapılabilecek 18 yaş altı insanlar arasında saymaktadır. Bununla birlikte, yürürlükteki öteki kurallar bir yana, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan, çocuğun deney için kendi rızasını açıklaması koşulu (m. 90/3/b) dikkate alındığında, ana rahmindeki çocuk bu koşulu karşılamadığı için, kanımca, rahimdeki embriyo üzerinde klinik araştırma yürütülmesi söz konusu olmaz. Bu bakımdan, Türkiye'de tüpte olsun, rahimde bulunsun, embriyo üzerinde araştırma yapmanın yasal dayanağının olmadığını söyleyebiliriz.

Yeni bir düzenleme yapılarak üreme amacıyla oluşturulan ve yedeğe çıkan tüpteki embriyolar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebilir. Biyotıp Sözleşmesi bakımından buna bir engel yoktur. Yeni bir düzenleme yapılacaksa, Türk Ceza Kanunu'nun 90/3/b'deki koşulunun oluşturduğu engeli de kaldırmak gerekecektir. Ancak araştırmaya izin verecek böyle bir düzenlemede embriyonun korunmasıyla ilgili kuralların da yer alması Biyotıp Sözleşmesi'nin bir gereğidir. Böylece, yukarıda ele aldığım embriyo üzerinde araştırma yapmanın öteki koşulları konusunda bir tartışma da alevlenmiş olacaktır.

KAYNAKLAR

- Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, Concerning Biomedical Research (2005) Council of Europe, European Treaty Series No. 195, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=195&CM=8&DF=26/07/2005&CL=ENG>
- Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being With Regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings (1998) Council of Europe, European Treaty Series No.

- 168 <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=168&CM=8&DF=26/07/2005&CL=ENG>
- Attar, Ayhan (2007) "Kök Hücre Çalışmalarının Vaat Ettiği Umutlar ve Getirdiği Sorunlar", Feyziye Özberk'in yaptığı söyleşi, *Bilim ve Ütopya*, S. 151(Ocak), s. 9-10.
- Beksaç, Meral (2007) "Kök Hücre Araştırmaları", Feyziye Özberk'in yaptığı söyleşi, *Bilim ve Ütopya*, S. 151(Ocak), s. 4-8.
- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (1997) *Resmi Gazete*, Sayı 25439, 20.4.2004. İngilizcesi: Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being With Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Council of Europe, European Treaty Series No 164, 4.4.1997, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=164&CM=8&DF=26/07/2005&CL=ENG>
- Council of Europe, Parliamentary Assembly (1989) *Recommendation 1100 on the Use of Human Embryos and Foetuses in Scientific Research*, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta89/EREC1100.htm>, erişim 31.8.2005.
- Council of Europe, Parliamentary Assembly (1986) *Recommendation 1046 on the Use of Human Embryos and Foetuses for Diagnostic, Therapeutic, Scientific, Industrial and Commercial Purposes*, <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http://assembly.coe.int/documents/adoptedtext/ta86/erec1046.htm>, erişim 31.8.2005.
- Çelik, Faik (2006) "Hekimlik Uygulamalarında Aydınlatılmış Onam İhlalleri", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, s. 71-81.
- Çoban, Aykut (2008) "Genomic Information and the Public-Private Imbalance", *Capital & Class*, S. 94(Spring), s. 71-105.
- Çoban, Aykut (2007a) "İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü", *Toplum ve Bilim*, S. 109, s. 258-295.
- Çoban, Aykut (2007b) "Türkiye'de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü", *6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-Ekonomik Yaklaşımlar*, Ankara, A.Ü. Biyoteknoloji Enstitüsü Yayını, s. 85-110.

- Çoban, Aykut (2005) "Klonlama Raporu Taslağı İle İlgili Düşüncelerim" (UNESCO Milli Komisyonu Biyoetik Komitesi Çalışma Alt Grubu'na 11.10.2005 tarihinde sunulan rapor).
- Deryal, Yahya (2006) "Özel Sağlık İşletmelerinde Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.2, s. 101-147.
- Dünya Tabipler Birliği (1964) World Medical Association Declaration of Helsinki, Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, <http://www.wma.net/e/policy/pdf/17c.pdf>, erişim 24.7.2008.
- Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları Hakkında Genelge, Sağlık Bakanlığı, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Sayı 17972, 19.09.2005, www.saglik.gov.tr
- Erman, Barış (2003) *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara, Seçkin.
- Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine (1996) <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm>, erişim 31.8.2005.
- Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine on the Prohibition of Cloning Human Beings (1998) <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/168.htm>, erişim 1.9.2005.
- Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine Concerning Biomedical Research (2005) http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_cooperation/Bioethics/Activities/Biomedical_research/195%20ER%20recherche%20biomedicale%20e.pdf, erişim 1.9.2005.
- Fischer, Gerfried (2006) "Alman Hukukunda Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Çev. E. Direnisa, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S. 2, s. 3-16.
- Gülmez, Mesut (2004) "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54(Eylül-Ekim), s. 147-161.
- Hakeri, Hakan (2007) *Tıp Hukuku*, Ankara, Seçkin.
- Hancı, İ. Hamit (2006) *Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Hasta Hakları Yönetmeliği, *Resmi Gazete*, Sayı 23420, 1.8.1998.
- Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Türk Tabipleri Birliği 47. Büyük

- Kongresinde kabul edilen kurallar, Yayın Tarihi 1.2.1999, http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=65&Itemid=31
- Hill, Matthew (2006) "Ukraine Babies in Stem Cell Probe", 12 Aralık, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/6171083.stm>
- İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik, *Resmi Gazete*, Sayı 21480, 29.1.1993.
- İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu, Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü, http://www.ieg.gov.tr/Folders/TheLaws/Klinik%20İlaç%20Araştırmaları%20Şube%20Müdürlüğü/İyi_Klinik_Uygulamalar_Kılavuzu_1838b08.pdf, erişim 14.7.2009.
- Kansu, Emin (2007) "Kök Hücre Biyolojisinde Güncel Kavramlar", *Bilim ve Ütopya*, S. 151(Ocak), s. 11-17.
- Karagülmez, Ali (2004) "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54(Eylül-Ekim), s. 163-177.
- Kıvılcım-Forsman, Zeynep (2000) "Genetik Teknolojisi ve İnsan Hakları", Oya Çitçi (der) *Türkiye'de İnsan Hakları*, Ankara, TODAİE, s. 511-28.
- Kıvılcım-Forsman, Zeynep (1999) "Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyo-Tıp Sözleşmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, 21-22(1999-2000), s. 95-107.
- Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik, *Resmi Gazete*, Sayı 27089, 23.12.2008.
- Kök, Ahmet Nezih (2005) "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza", *Kamu Hukuku Arşivi*, Kasım Sayısı, s. 116-121, www.akader.info/KHUKA/2005_kasim/6.pdf
- Özaslan, Abdi (2006) "Aydınlatılmış Onam", C.Yorulmaz ve G.Çetin (ed.) *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Ceza Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi*, İstanbul, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi, s. 43-54, www.ctf.istanbul.edu.tr/stek/pdfs/48/4803.pdf
- Özçelik, Tayfun (2007) "Embriyonik Kök Hücre Araştırmalarının Etik Boyutu", Feyziye Özberk'in yaptığı söyleşi, *Bilim ve Ütopya*, S. 151(Ocak), s. 18-21.
- Parfitt, Tom (2005) "Beauty Salons Fuel Trade in Aborted Babies", *The Observer*, 17 Nisan, <http://www.guardian.co.uk/world/2005/apr/17/ukraine.russia>

- Rosenau, Henning (2006) "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", Çev. A.Kemal Yıldız, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, s. 49-58.
- Rosenau, Henning (2005) "Avrupa Konseyi Biyo-Tıp Sözleşmesine Göre Embriyon Araştırmaları ve Tedavi Amaçlı Kopyalama", Çev. H.Hakeri, *Kamu Hukuku Arşivi*, Kasım Sayısı, www.akader.info/KHUKA/2005_kasim/10_tr.pdf
- Sağlam, Fazıl (1982) *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, AÜ SBF Yayınları.
- Saliger, Frank (2005) "İnsan Hakları Sözleşmesinin Bir Numaralı Ek Protokolüyle Üretim Amaçlı Kopyalamanın Yasaklanması", Çev. R.Uzun ve H.Hakeri, *Kamu Hukuku Arşivi*, Kasım Sayısı, s. 160-66, www.akader.info/KHUKA/2005_kasim/13_tr.pdf
- Sancar, Birsnel (2004) "Türkiye'de İlk Kez 'Atan Kalp Hücreleri'", *Hürriyet*, 19 Temmuz, www.hurriyet.com.tr
- Soysal, Mümtaz (1986) *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 6.Baskı, İstanbul, Gerçek Yayınevi.
- Steering Committee on Bioethics (2003) *The Protection of the Human Embryo In Vitro* (Report by the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus) Council of Europe, CDBI-CO-GT3, http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Bioethics/Activities/Human_embryo_and_foetus/CDBI-CO-GT3%282003%2913E.pdf
- Stephens, Neil, Paul Atkinson ve Peter Glasner (2008) "The UK Stem Cell Bank as Performative Architecture", *New Genetics and Society*, C.27, S. 2, s. 87-98.
- Şahbaz, İbrahim (2004) "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54(Eylül-Ekim), s. 178-216.
- Şen, Ersan (2008) "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, s. 588-646.
- Şen, Ersan(2005) "İnsan Üzerinde Deney Yapma Suçu, TCK m. 90", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 79, S. 6, s. 2000-2014.
- Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği, *Resmi Gazete*, Sayı 25883, 22.7.2005.
- Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, *Resmi Gazete*, Sayı 10436, 19.2.1960.

- Türk Ceza Kanunu, Kanun No. 5237, Kabul Tarihi 26.9.2004, *Resmi Gazete*, Sayı 25611, 12.10.2004.
- Türk Medeni Kanunu, Kanun No. 4721, Kabul Tarihi 22.11.2001, *Resmi Gazete*, Sayı 24607, 8.12.2001.
- UNESCO Universal Declaration on Bioethics and Human Rights (2005) <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180e.pdf>, erişim 7.1.2007.
- UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (1997) UNESCO, 11.11.1997, <http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001096/109687eb.pdf>, erişim 4.12.2003.
- United Nations Declaration on Human Cloning (2005) <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/493/06/PDF/N0449306.pdf?OpenElement>, erişim 7.1.2007.
- Ünver, Yener (2007) "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", *Sağlık Hukuku Sempozyumu 17 Kasım 2006*, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 150-183.
- Ünver, Yener (2006) "Türk Tıp Hukukunda Rıza", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, s. 227-288.
- Üremeye Yardımcı Tedavi (ÜYTE) Merkezleri Yönetmeliği (2005) Ankara, T.C. Sağlık Bakanlığı, Ana Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü, <http://www.saglik.gov.tr>
- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Gereğesi ve Madde Gereğeleri, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092, Tarih 12.5.2003, <http://www.kazanci.com.tr>
- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Metin, Gereğesi ve Karşılaştırmalı Fihrist, <http://www.kazanci.com.tr/kho2/ibb/files/komisyonunkabulettigimetin.htm>

İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNİN HUKUK SİSTEMİNDEKİ YERİ

Mahmut KABAKÇI*

I. Giriş

İş sağlığı ve güvenliği işçilerin sağlıklarının ve güvenliklerinin korunmasını hedefler. Bunu sağlamak, onları çalıştıran kimseler olarak işverenlerin görevidir. Çünkü işçinin işini yaptığı sırada beden ve ruh sağlığına yönelen tehlikelerin kaynağı, işverenin iş organizasyonu kapsamında yürüttüğü faaliyetlerin sonucudur.¹ İşçi iş sözleşmesi ile işverenin iş organizasyonuna dahil olur ve işyeri ortamının yaratacağı fiziki tehlikelere açık hale gelir. Bu nedenle işveren, iş sözleşmesinden doğan bir borç olarak işçiyi gözetmeli, onun iş sağlığı ve güvenliğini sağlamalıdır.² Ancak iş sağlığı ve güvenliğinin Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkıyla olan ilişkisi, konuyu salt işverenin ya da işçinin sorunu olmaktan çıkartır. Sosyal devlet ilkesi gereği devlet ve giderek tüm toplum, iş sağlığı ve güvenliğiyle doğrudan ilgilidir.³ Bu nedenle devlet iş sağlığı ve güvenliğine belir-

* Dr., İstanbul Teknik Üniversitesi, İşletme Fakültesi, İşletme Mühendisliği Bölümü, Hukuk Anabilim Dalı.

¹ Öğretide bu durum, tehlike (risk) ilkesi olarak nitelendirilmiştir. Buna göre işveren, yürütmekte olduğu iş nedeniyle bir tehlike yaratmaktadır ve tehlikeyi yaratan, onun sonuçlarına da katlanmalıdır (Akın, Levent, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Ankara 2001, s. 90). Genel olarak "işletme riski" kavramı hakkında bak. Junker, Abbo, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 7. Auflage, München 2008, s. 55.

² Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, 21. Bası, İstanbul 2008, s. 162; Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 15-16; Ekonomi, Münir, *İş Hukuku*, C. 1, *Ferdi İş Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1984, s. 154-156; Mollamahmutoğlu, Hamdi, *İş Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2008, s. 529; Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku*, *Ferdi İş İlişkileri I*, 3. Bası, İzmir 1998, s. 245-246; Ulusan, İlhan, *Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu - Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul 1990, s. 4 vd; Akın, s. 57; Zöllner, Wolfgang / Loritz, Karl-Georg / Hergenröder, Curt Wolfgang, *Arbeitsrecht*, 6. Auflage, München 2008, s. 181; Junker, s. 141-142.

³ Güzel, Ali, "Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım Sorunlar ve Çö-

leyici olarak müdahil olmalıdır. İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkisi, iş sağlığı ve güvenliği yönüyle, devletin de taraf olduğu üçlü bir hukuki ilişkiye benzetilebilir.

Belirtilen nedenle iş sağlığı ve güvenliği, iş hukukunda olduğu gibi karma bir hukuk dalı olarak nitelendirilebilir. Ancak iş sağlığı ve güvenliğinin yaşamsal amacı, bunun sağlanmasında devletin rolü ve özellikle de iş sağlığı ve güvenliğinin kendisine özgü kamu hukuku yaptırımları, bu hukuk dalını kamu hukukuna yaklaştırmaktadır. Bu çerçevede iş sağlığı ve güvenliğinin hukuk sistemindeki yerinin tayin edilmesi, konuyla ilgili özel ve kamu hukuku kapsamında nitelendirilebilecek düzenlemelerin karşılıklı ilişkilerinin tespiti önemlidir. Çünkü özel hukuk kapsamındaki kurallar ile kamu hukuku kapsamındaki kurallar, aynı yaptırımlara tabi tutulamaz.

Bakanlar Kurulu tarafından 2003 ve 2008 yılında yayınlanan “ulusal program”larda ortaya konulan hedeflerden birisi de, Avrupa Birliği’nin iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili mevzuatına uyumdur.⁴ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından AB’nin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel metni 89/391/AET sayılı Çerçeve Yönerge esas alınarak hazırlanan ve Aralık 2006’da sosyal tarafların görüşüne sunulan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Taslağı hakkında, tartışmalar halen yoğun bir biçimde devam etmektedir. Bu tartışmalarda iş sağlığı ve güvenliğinin hukuk sistemindeki yerinin göz önünde bulundurulması, sağlıklı sonuçlara ulaşabilmek için isabetli olacaktır.

İş sağlığı ve güvenliğinin hukuk sistemindeki yerinin ele alındığı bu çalışmada, aşağıda öncelikle özel hukuk-kamu hukuku ayrımı hakkında genel bilgiler verilecek, iş sağlığı ve güvenliğinin de içinde yer aldığı iş hukukunun bu ayrımındaki yeri irdelenecektir. İş hukukuna ilişkin tespitinin amacı, iş sağlığı ve güvenliğinin iş hukukundaki özel

züm Önerileri”, *Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu* (Yayına Hazırlayan: Türk Tabipleri Birliği), Ankara 2003, s. 10 vd; Süzek, Sarp, “İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri”, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (İstanbul Barosu ile Galatasaray Üniversitesi), İstanbul 2001, s. 140; Kittner, Michael / Pieper, Ralf, *Arbeitsschutzrecht - Kommentar für die Praxis zum Arbeitsschutzgesetz, Arbeitssicherheitsgesetz und zu den anderen Arbeitsschutzvorschriften*, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2006, s. 48.

⁴ Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar, RG, 24.07.2003, 25178, mükerrer. Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı, RG, 31.12.2008, 27097, 5. mükerrer.

yerini ortaya koymaktır. İş sağlığı ve güvenliğinin kamu hukuku ve özel hukuk yönleri incelenecek ve sonuç olarak bu hukuk dalı kapsamındaki iki tür düzenleme arasındaki ilişki tespit edilecektir.

II. Özel Hukuk-Kamu Hukuku Ayrımı

1. Genel olarak

Hukukta en bilinen ayırım kamu hukuku (*öffentliches Recht*) - özel hukuk (*Privatrecht*) ayırımıdır. En bilinen ayırım olmasına rağmen sağlam temellere oturtulamamıştır.⁵ Kamu hukuku-özel hukuk ayrımı hakkında en az on yedi değişik teori ileri sürülmüş,⁶ ancak bunların hepsine yerinde eleştiriler getirilmiştir. Egemenlik veya süljeler teorisi, ileri sürülen teoriler içinde kamu hukuku özel hukuk ayırımını en iyi açıklayan teoridir.⁷ Bu teoriye göre, kamu ve özel hukuk alanları arasındaki ayırım, düzenlenen hukuki ilişkinin süljelerinin karşılıklı durumuna göre saptanmalıdır. Özel hukuk ilişkisinde taraflar (süljeler) arasında eşitlik olduğu halde, kamu hukuku ilişkisinin tarafları arasında bir ast-üst ilişkisi vardır. Ancak sosyal ve ekonomik gelişmeler karşısında bu teori, günümüzde hukukun değişik görünümünü açıklamakta yetersiz kalmıştır.

Bu bakımdan bazı düşünürler kamu hukuku-özel hukuk ayırımını reddetmektedirler. Bunlardan Duguit'e göre hukuk, bir sosyal olay olarak devletin ve bireyin dışındadır; her ikisi için de aynı derecede zorlayıcıdır. Devlete üstün bir irade tanımak, hukukun devlet için daha az bağlayıcı olması sonucunu doğurur; onu bireye göre ayrı, devlete göre ayrı kategorilere sokmamak gerekir.⁸ Kelsen de aynı şekilde bu ayırma karşıdır. Ona göre hukuk, normlar hiyerarşisinden oluşur, dolayısıyla aynı ortak geçerliliğe sahip kurallar arasında, kamu hukuku kuralı, özel hukuk kuralı şeklinde bir ayırım yapmak yanlıştır.

⁵ Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 20. Bası, Ankara 2004, s.24-25; Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, 25. Bası, Ankara 2008, s. 112; Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 5. Bası, Bursa 2008, s. 59.

⁶ Gözler, s. 59, Gözübüyük, s. 24. Bu teorilerden menfaat teorisi, ilişkilerin tarafları teorisi (yönetenler-yönetilenler), kuralların mahiyeti teorisi (emredicilik-irade serbestisi), uygulama yöntemi teorisi (re'sen uygulama), egemenlik veya süljeler teorisi belli başlılardır.

⁷ Gözler, s. 62-63.

⁸ Gözler, s. 63-64.

Kamu hukuku kuralları nasıl geçerliliklerini temel normdan (meri hukuk sistemlerinde anayasadan) alıyorsa, özel hukuk kuralları da geçerliliklerini aynı temel normdan alır.⁹

Ondokuzuncu yüzyılın sonlarından itibaren birbirlerinin tetikle-yicisi olan teknolojiye, ekonomide ve toplumsal yaşamda ortaya çıkan gelişmeler, devletin fertler arasındaki ilişkilerde tarafsız kalmasını imkânsız hale getirmiştir. Devlet, anayasalara giren sosyal devlet ilkesi uyarınca bazı yükümlülükler üstlenmiş, fertler arasındaki hukuki ilişkilere müdahale etmiştir. Daha doğru deyişle etmek zorunda kalmıştır. Örneğin; egemenlik (süjeler) teorisine göre işçi ile işveren arasındaki ilişki özel hukuk kapsamında olması, devletin buna yabancı kalması gerekirken, devlet işçinin korunması için getirdiği asgari kuralarla iş ilişkisine müdahale etmiştir.¹⁰ Bunun anlamı ise, kamu hukuku özel hukuk ayırımının dayanaklarının ortadan kalkması, bunlar arasında kesin sınırların çizilememesidir.

Kamu-özel hukuk ayırımı, belirtildiği şekilde sağlam bir kuramsal temele dayanmadığından nispi bir nitelik taşımakta, bazı hukuk sistemlerinde benimsenmesine karşın, diğer bazılarında kabul görmemektedir. İki alan arasında çizilmeye çalışılan sınırlar, toplumda hakim olan ekonomik, sosyal tercihlere ve değişik dönemlere göre, bazen kamu hukuku bazen de özel hukuk lehine değişimlere uğramaktadır.¹¹

2. İş Hukukunun Yeri

Genel kabul gören anlayışa göre, iş sağlığı ve güvenliğini de kapsayan iş hukuku, kamu-özel hukuk ayırımındaki çözülmeyi göstermek için en iyi örnektir. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi ve işveren arasındaki ilişkinin hukuki kaynağı, aslında bir özel hukuk sözleşmesidir. Bu çerçevede ilke olarak eşitlik esasının geçerli olması gerekir. Buna rağmen, sosyal düşüncelerle devlet, iş ilişkisine işçiyi korumak düşüncesiyle müdahale eder.¹² Devlet müdahale etmek zorundadır, çünkü

⁹ Gözler, s. 64.

¹⁰ Süzek, s. 7-9; Mollamahmutoğlu, s. 28; Çelik, s. 3; Narmanlıoğlu, s. 5-7; Ekonomi, s. 5-6; Junker, s. 22-23; Zöllner / Loritz / Hergenröder, s. 2-4; Brox, Hans / Rüthers, Bernd / Henssler, Martin: Arbeitsrecht, 17. Auflage, Stuttgart 2007, s. 7 vd.

¹¹ Süzek, s. 40 ve dn. 83' de anılan yazarlar; Mollamahmutoğlu, s. 6-7; Narmanlıoğlu, s. 11; Kittner / Pieper; 47.

¹² Süzek, s. 40; Ekonomi, s. 20; Narmanlıoğlu, s. 10-11.

işçi işverene bağımlı olarak iş görür. İşçinin bağımlılığı hem ekonomik hem hukuki hem de sağlığı bakımındandır.¹³

İşçinin geçimini sağlamada tek kaynağı ücretidir. İş ilişkisinin sürekliliği nedeniyle işçinin çalıştığı sırada başka yollardan para kazanma imkanı sınırlıdır. Bu bakımdan işçinin, ücretini ödeyen kimse olarak işverenine karşı ekonomik bağımlılığı vardır.¹⁴ İşverenin bu ekonomik ağırlığına karşılık, iş ilişkisinde işçi lehine bir denge sağlanabilmesi için işçinin korunması gerekir. Diğer taraftan iş sözleşmesinin sürekli niteliği, işçinin işverenine karşı kişisel bağımlılığı sonucunu doğurur. Çünkü iş ilişkisinin devamı süresince işçi, işin yürütümü bakımından işverenin otoritesi altındadır. Son olarak bu çalışmanın konusu ile doğrudan ilgili olarak, işin görülmesi sırasında işçi, işin, işyerinin niteliğinden kaynaklanan riskler nedeni ile beden ve ruh sağlığı bakımından tehlike altındadır. Bu nedenle işçinin söz konusu hayatı tehlikelerden korunması, yaşam hakkıyla bağlantısı nedeniyle işçi-işveren ilişkisinin ötesinde, kamusal bir zorunluluktur.¹⁵

Bu çerçevede özünde özel hukuk kurumlarıyla donatılan iş hukukunda, kamu hukukunun sınırlayıcı, tek taraflı koruyucu özellikler taşıyan bazı müdahaleleri ile işçi ile işveren arasında bir denge kurulması amaçlanmıştır. İş hukukuna kamu hukuku vasfı kazandıran bu müdahale gereği, işçi-işveren ilişkilerinin, çalışma hayatının devlet tarafından denetlenmesi, buna dair mevzuata uymayan işverenler hakkında özel hukuk yaptırımlarından başka kamu hukuku temelli idari ve cezai yaptırımlar uygulanması biçiminde kendini göstermektedir. Başlangıçta bir özel hukuk dalı olarak değerlendirilen iş hukuku, zamanla kamu hukuku ile sıkı bir ilişki içine girmiştir.¹⁶ Bu sıkı ilişkinin

¹³ Güzel, Ali, "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan (Yayına Hazırlayan: Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi), Ankara 1997, s. 83 vd; Ekonomi, 74; Mollamahmutoğlu, s. 262 vd; Namanlıoğlu, s. 135 vd; Hanau, Peter / Adomeit, Klaus, *Arbeitsrecht*, 14. Auflage, Neuwied 2007, s. 157-158; Junker, s. 52.

¹⁴ Güzel, *Bağımlılık Unsuru*, s. 102; Süzek, 15-16; Çelik, 76; Ekonomi, s. 73; Narmanlıoğlu, 139.

¹⁵ Narmanlıoğlu, s. 12-13; Süzek, s. 346-348; Mollamahmutoğlu, s. 963 vd; Zöllner/Loritz/Hergenröder, s. 183; Brox/Rüthers/Henssler, s. 111-112; Hanau/Adomeit, s. 184.

¹⁶ Süzek, s. 41; Narmanlıoğlu, 16-17; Ekonomi, 15-17; Rehbindler, Manfred, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 14. Auflage, Bern 1999, s. 186-187.

özünde de, en başta iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik kurallar yatmıştır.

Sonuç olarak iş hukukunun hem özel hukuk hem de kamu hukuku karakteri yönleri bulunan karma bir hukuk dalı olduğu tespitine katılmamak mümkün değildir.¹⁷ Örneğin işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin kaynağı, bir özel hukuk sözleşmesi olan iş sözleşmesidir. Aynı şekilde sendikaların kuruluş ve işleyişine ilişkin düzenlemelerle, toplu iş sözleşmesinin yapılmasına ve hükümlerine dair düzenlemelerin ardında, özel hukuk nitelikli kurallar yatar. Bu nedenle hem Sendikalar Kanunu'nda (m. 63) hem de Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nda (m. 66), bu kanunlarda boşluk bulunması durumunda Medeni Kanun ve paralelinde Dernekler Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun uygulanacağı öngörülmüştür. Diğer taraftan ise, Anayasa m.17, 49, 50 vd. ve 60 hükümleri doğrultusunda devletin, işçiyi korumak amacıyla iş ilişkisine müdahale eden ve aksi kararlaştırılmayan düzenlemeler yapmak suretiyle, özel hukukta geçerli olan sözleşme (irade) serbestisini sınırlandırması söz konusudur. Bu bakımdan İş Kanunu ve ilgili mevzuatta iş ilişkisinin içeriği, sözleşmenin kurulması ve sona ermesi ile işin düzenlenmesi, işçi aleyhine değiştirilemeyen nispi emredici ve bazen de mutlak emredici hükümlerle ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Mevzuatta işçi lehine getirilen asgari düzeyin altı bakımından, işveren ile işçinin iradesinin ortadan kaldırılması söz konusudur.

III. İş Sağlığı ve Güvenliğinin Kamu ve Özel Hukuk Yönleri

İş hukukuna ilişkin yaptığımız karma hukuk dalı nitelendirilmesini, iş sağlığı ve güvenliği için yapabilmek o denli kolay değildir. Çünkü ortada yaşam hakkı söz konusudur. Burada öncelikle iş sağlığı ve güvenliğinin özel hukuk ve daha sonra da kamu hukuku niteliği ortaya konulmalıdır.

¹⁷ Çelik, s. 2; Süzek, s. 41; Ekonomi, s. 21; Narmanlıoğlu, s. 14-15; Mollamahmutoğlu, s. 5-9; Junker, s. 8-9.

1. Özel hukuk yönü

a. İş Sağlığı ve Güvenliğinin Bireysel İş İlişkisi Bakımından Anlamı

İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru, iş ilişkisine işçi bakımından sadakat ve işveren açısından da işçiyi gözetme borcu olarak yansır. Söz konusu borçlar, iş sözleşmesinin kişisel bir ilişki kurması, işçinin kişiliğinin bu sözleşmenin ayırt edici unsuru olmasıyla doğrudan ilgilidir.¹⁸ Çünkü diğer iş görme sözleşmelerinde, tarafların, sözleşmeyle üstlendikleri edimleri, öncelikle sözleşmeye uygun olması kaydıyla doğruluk ve iyi niyet kurallarına uygun olarak yerine getirmeleri yeterlidir. Buna karşın iş sözleşmesinde iş görme ve ücret ödeme unsurlarının yanında, bağımlılık unsurunun bir yansıması olarak işçinin işverenin ve işyerinin çıkarlarını en iyi biçimde koruması, bu çıkarlara zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınması sonucunu doğuran sadakat ve işverenin de, işçiyi gözeterek onun iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak ve eşit işlem yapma borcundan söz edilir.¹⁹

İşverenin işçiyi gözetme borcunun amacı ve niteliği gereği, kapsamının baştan çizilmesi mümkün değildir. Her somut olayın, yapılan işin, işyerinin ve diğer özel şartların özellikleri, bu borcun kapsamını belirlemede hareket noktalarını oluşturur. Ancak burada her iş ilişkisi bakımından geçerli olabilecek borçlar olarak işçinin kişiliğinin korunması, bilgilendirilmesi, mevzuattan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi gibi özellikli gözetme borçlarından söz edilebilecektir. Ancak işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında en başta, yaşamsal değeri nedeniyle ayrı bir yeri bulunan iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu gelir.²⁰

Gözetme borcu gereği işveren, iş ilişkisinde işçinin işyerinde yaşamına, beden ve ruh sağlığına yönelik tehlikelere karşı iş sağlığı ve güvenliğini sağlamalıdır. Mevzuatımızda bu borcun kaynağı olarak sözleşme ilişkisi dışında, yasal dayanak olarak Borçlar Kanunu'nun "ted-

¹⁸ Güzel, *Bağımlılık Unsuru*, 96 vd; Süzek, Sarper, *İş Güvenliği Hukuku*, Ankara 1985, s. 176-177; Akın, s. 57; Junker, s. 52.

¹⁹ Mollamahmutoğlu, s. 529 vd; Çelik, s. 162; Süzek, s. 346 vd; Ulusan, s. 1 vd; Zöllner/Loritz/Hergenröder, 180 vd; Junker, s. 137 vd; Brox/Rüthers/Henssler, s. 111.

²⁰ Süzek, *İş Güvenliği*, s. 177; Ulusan, s. 21; Çelik, s. 162-163; Narmanlıoğlu, s. 245; Arıcı, Kadir, *İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri*, Ankara 1999, s. 103.

birler ve mesai mahalleri" başlıklı 332. maddesi karşımıza çıkmaktadır.²¹ BK m. 332'ye göre, "İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icabeden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur". Bu düzenlemede işveren hakkında iki borç öngörülmüştür: İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak ve uygun çalışma ortamı (işyeri) sağlamak. Ancak kanunda böyle bir hüküm düzenlenmese dahi, işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan işçiyi gözetme borcu kapsamında, bu maddede yer verilen koşulları karşılaması gerekir.²²

BK m. 332 borç niteliğinde bir özel hukuk düzenlemesidir. Bu nedenle, işverence ihlal edilmesi durumunda özel hukuk yaptırımları, yani işverenin tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Yine işçinin BK m. 344 ve İş Kanunu m.24/II uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle bildirimsiz fesih hakkı doğacaktır. Açıkçası BK m. 332 madde, işverenin iş kazaları ve meslek hastalıklarıyla ilgili özel hukuktan, daha başka deyişle iş sözleşmesinden doğan sorumluluğunu çizen bir niteliği bulunmaktadır.²³

İşverenin işçinin iş sağlığı ve güvenliğini sağlaması, özel hukuk kapsamında sözleşme ilişkisinden doğan bir borç olmakla birlikte, ayrıca Anayasa'nın 17, 49, 60. maddeleri ve bunlar uyarınca kabul edilen başta İş Kanunu 77. madde olmak üzere ilgili mevzuat hükümlerinden doğan bir kamusal yükümlülüktür.²⁴ Anayasa'nın 11. maddesinde "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare ma-

²¹ Gözetme borcunun dayanakları hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Ulsan, s. 4 vd. Süzek'e göre BK. 332. madde işverene gözetme borcu yükleyen ve bu konudaki sorumluluğun kapsamını belirleyen bir kuraldır (Süzek, İş Güvenliği, s. 178).

²² Oğuzman, Mustafa Kemal, "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu", *İÜHFEM*, 1969, C.XXXIV, S.1-4, s. 325; Tekinay, Selahattin Sulhi, "İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi", *MHAD*, 1968, S. 3, s. 82; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, s. 16; Süzek, İş Güvenliği, s. 178; Ulsan, s. 39-41; Üçışık, Hasan Fehim: Türk İş Hukukunda İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 1982, s. 41 vd; Akin, s. 35.

²³ Ulsan, s. 38; Süzek, İş Güvenliği, s. 178.

²⁴ Borç ile yükümlülük arasındaki farklar hakkında bak. Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, İstanbul 2006, s. 14.

kamalarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” şeklinde ifade edilen anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi, dikey ve yatay bir etkiye sahiptir.²⁵ Anayasa’nın yatay etkisi nedeniyle işverenler, Anayasada yer alan yaşam, çalışma, sosyal güvenlik gibi haklar uyarınca işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdürler. Bu tespit ışığında işverenin işçilerin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama-sı, iş sözleşmesi ve BK m. 332 uyarınca salt bir borç olmayıp, aynı zamanda bir yükümlülüktür. İş sağlığı ve güvenliğinin borç ve yükümlülük yönleri, işveren için kapsamı birbirinden farklı iki alanı değil, işçilerin sağlık ve güvenliğinin korunmasında bir bütünü oluşturur. Açıkçası ilgili mevzuatta düzenlenen kamu hukuku nitelikli iş sağlığı ve güvenliğinin, Borçlar Kanunu’nu 332. madde ile özel hukuka dönüşümü söz konusudur.²⁶

Borçlar Kanunu 332. maddede öngörülen borcun sınırlarının yine aynı maddede çizilmiş olması, iş sağlığı ve güvenliğinin özel hukuk yönünü daha belirgin hale getirmektedir. Buna göre işverenin tekniğin gerektirdiği tüm önlemleri değil, işin mahiyeti ve somut iş ilişkisinin özellikleri yönünden hakkaniyete uygun olarak kendisinden beklenen önlemleri alması gerekir. BK. 332. maddedeki ifadeyle işverenin önlem alma yükümlülüğü, “*akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinden kendisinden istenebileceği derece*” ile sınırlandırılmıştır.²⁷ Öğretide buradaki hakkaniyet kavramının, BK m. 332’de ifade ettiği asıl işlev(in), işletme tehlikesinin büyüklüğüne veya küçüklüğüne göre, işverenin alması beklenen önlemin çerçevesinin belirlenmesinde kendisini gösterdiği” ifade edilmiştir.²⁸

²⁵ Anayasa’nın dikey ve yatay etkisi hakkında bak. Süzek, *İş Güvenliği*, s. 45 vd.

²⁶ Hanau, Peter, “Arbeitsvertragliche Konsequenzen des Arbeitsschutzes, Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht”, *Festschrift für Otfried Wlotzke zum 70. Geburtstag* (Yayına Hazırlayan Rudolph / Wank, Rolf), München 1996, s. 38; Wlotzke, Otfried, „Arbeitnehmerschutzrecht“, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 2. Band, 2. Auflage, München 2000, § 206, Rn. 5; Kittner/Pieper, s. 48.

²⁷ BK m. 332’nin karşılığı BGB § 618’de böyle bir sınırlamaya yer verilmemiş ise de, bu ülkede kamu hukuku nitelikli kuralların, BGB § 618’deki borcun içeriğine dahil olması dönüşümü kabul edilmektedir (Hanau, s. 38; Wlotzke, § 206, Rn. 5; Kittner/Pieper, s. 48).

²⁸ Uluşan, s. 42. BK. m.332 hükmü hakkında Hatemi, “... BK. 332’nin ‘hakkaniyet’ ölçüsünü, alınacak tedbirler bakımından değil, işverenin sorumluluğu açısından getirdiği ve maddenin bu şekilde yorumlanarak BK. 332’de bir ‘hakkaniyet sorumluluğu’ söz konusu olduğunun kabulü gerektiği kanaatindeyim. Esasen madde geniş yorumlanırsa, ‘işçinin çalışma dolayısı ile maruz kaldığı tehlikelere karşı icabe-

Böyle bir sınırın çizilmesiyle, bir taraftan işçinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığı, diğer yandan ise, işverenin uyması gereken önlem alma yükümlülüğünün yol açacağı mali külfetten oluşan birbirine ters iki menfaatin bağdaştırılması amaçlanmaktadır. Durum böyleyken, iş sağlığı ve güvenliğinin işverenlerin iş sözleşmesinden ve BK'nın 332. maddesinden doğan gözetme borcu kapsamında sınırlı görülmesi, Anayasa'nın 17. maddesindeki yaşama hakkının güvencesi olarak iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında yeterli olamaz. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliğinin özel hukuk kapsamında bir içerik ile sınırlı olması kabul edilmez. İş sağlığı ve güvenliğine mutlak emredici kurallarla müdahale edilmesi, resmi denetim ve ceza yaptırımlarıyla desteklenmesi gerekir.

b. Toplu İş İlişkileri Açısından İş Sağlığı ve Güvenliği

Toplu iş sözleşmesi ile düzenleme yetkisi çerçevesinde, toplu iş sözleşmelerinde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili somut kurallara yer verilmesi mümkündür. Bu şekilde işverence alınması gereken iş sağlığı ve güvenliği önlemleri ve iş sağlığı ve güvenliğine dair uyulması gereken kurallar toplu iş sözleşmesinde tespit edildiğinde, BK 332. maddedeki borcun belirsiz içerikteki sınırı somutlaştırılmış olmaktadır. Toplu iş sözleşmesine giren iş sağlığı ve güvenliğine dair bir düzenleme, iş ilişkisinde doğrudan uygulanabilir bir kural olarak dikkate alınmak zorundadır.²⁹ Ancak, toplu iş sözleşmesi düzeninin ülkemizde etkin olmaması ve toplu iş sözleşmelerinin özel hukuk kapsamında bir borç doğurucu niteliği olduğundan, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında bunlar da yeterli görülemez. Devletin yasal anlamda emredici bir düzen oluşturması ve bu düzenin etkin bir şekilde işlenmesini sağlama-sı zorunludur.

2. İş sağlığı ve güvenliğinin kamu hukuku yönü

Kural olarak iş sağlığı ve güvenliği denilince, işçilerin sağlık ve güvenliğinin korunmasını hedefleyen kamu hukuku kuralları anlaşılır.

den tedbirleri ittihaz', iş kazası dolayısı ile maruz kalınan zararın hakkaniyet dairesinde giderilmesi borsunu da içine alır" şeklinde ayrık bir görüş savunmuştur (Hatemi, Hüseyin, *İş Kazasından Doğan Maddi tazminat Miktarının Tayini*, İHU, İşK. 73, No. 2).

²⁹ Ulsan, s. 44.

lır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere BK. 332. maddedeki gibi borç niteliğinde bir kural, iş sağlığı ve güvenliğinin varlık nedeni işçinin sağlık ve güvenliğinin, yaşamının korunması için yeterli görülmez. BK 332. maddede borcun içeriğinin “*akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinden kendisinden istenebileceği derece*” ile sınırlandırılarak belirsiz bırakılmış olması karşısında, işçilerin sağlık ve güvenliğinin sağlanması için daha kesin içerikte güvencelerin sağlanması gerekir. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasıyla ilgili hukuk düzeninin belirsiz bir içerikte olması, yaşam hakkının önemi ile uyumsuz. Bir borç olarak buna aykırılık halinde maddi ve manevi tazminat gibi yaptırımların gündeme gelecek olması, sonucu değiştirmez.

Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliği özel hukuk alanının dışına taşmış, kamu hukukuna dair kurullarla örülmüştür. Böylece iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinden kaynaklanan bir borcun ötesinde, devletin müdahalesini gerektirecek bir sorun olarak görülmüştür. İş sağlığı ve güvenliğine tam anlamı ile kamu hukuku niteliği kazandıran da, devletin söz konusu müdahalesidir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin İş Kanunu m. 77 vd. hükümlerle, ilgili tüzük ve yönetmeliklerde öngörülen kurallar, işverene iş sözleşmesi dışında yüklenen ve kamu düzenini ilgilendiren mutlak emredici yükümlülüklerdir. Bu düzenlemelerde, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasıyla ilgili işveren ve işçileri ilgilendiren kurallardan başka, devlete de belirli yükümlülük getiren hükümler bulunmaktadır. Bu nedenle BK 332. maddeden farklı olarak devlet, başta iş teftişi olmak üzere doğrudan kendisini ilgilendiren düzenlemelerin dışında, işveren ve işçilerle ilgili kuralların da tarafıdır.³⁰ Devlet, iş sağlığı ve güvenliği konusunda sadece denetleyici ve yaptırım uygulayıcı değildir. En başta çıkaracağı mevzuat ile iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından elverişli bir düzen oluşturmakla yükümlüdür. Bu, anayasada öngörülen sosyal devlet ilkesinin gereğidir.

İşveren bu kurallara uymak zorundadır, uymaması halinde uygulanacak yaptırımlar bir borçtan çok daha fazladır. Öncelikle devlet resmi denetim vasıtasıyla, işverenin iş sağlığı ve güvenliğine dair mevzuata uymasını sağlar. Ancak devletin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülüğü resmi denetimle sınırlı değildir. Resmi denetimde işverenin bu kamu hukuku nitelikli kurallara uymadığı tespit edildiği tak-

³⁰ Wlotzke, § 199, Rn. 8.

dirde, kamu hukukuna özgü yaptırımlar gündeme gelir.³¹ İşverenin emredici kurallara uymaması durumunda, işçiler özel hukuk kapsamındaki tazminat davası, haklı fesih gibi yollara başvurur. İşverenin karşılaşacağı yaptırımlar, bununla da sınırlı değildir. Devlet, İş Kanunu m. 97 vd. hükümler uyarınca bu aykırılık hakkında idari para cezası uygular, işverenin ilgili kurala uygun davranmasını sağlamak için idari tasarruf niteliğinde emir ve talimat verir (İş Teftiş Tüzüğü m. 22). İş Kanunu m.79 ve İşyerlerinde İşin Durdurulmasına veya İşyerlerinin Kapatılmasına Dair Yönetmelik'teki³² şartlar var ise, iş durdurulur, işyeri geçici süre ile ya da tamamen kapatılır, işçiler çalışmaktan alıkonulur. Aykırılık nedeniyle ortaya çıkan iş kazası ya da meslek hastalığı sonucunda işçinin yaralanması veya ölmesi durumunda, işveren Türk Ceza Kanunu 85 ve 89. madde uyarınca cezalandırılır. İş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili İş Kanunu m. 77 vd. hükümler ile konuya ilişkin tüzük ve yönetmelikleri kamu hukuku nitelikli yapan, ne özel hukukta ne de karma nitelikteki iş hukukunda söz konusu olan, iş sağlığı ve güvenliğine özgü anılan yaptırımlardır.³³

İş sağlığı ve güvenliği hukukuna niteliği itibariyle kamu hukuku karakterini veren İş Kanunu m. 77 vd. hükümlere bakıldığında, bunlarda devlet ile işveren arasındaki ilişkinin, devletin öngördüğü yükümlülüklerle işverenin uyması biçiminde oluşturulduğu görülmektedir. İş Kanunu m. 77/1 hükmüne göre "İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak(la) yükümlüdür".³⁴ Görüldüğü üzere İş Kanunu m. 77/1'in içeriği, kesinliği ve somutluğu itibariyle BK 332. maddeye oranla daha geniş ve mutlak bir nitelik taşımaktadır. BK 332. maddede hakkaniyetin gerektirdiği önlemlerden söz edildiği halde, İş Kanunu m. 77/1'de herhangi bir sınır çizilmeksizin "gerekli" her türlü önlemin alınması kuralına yer verilmiştir. Buradan hareketle deni-

³¹ Wlotzke, § 199, Rn. 3. İş sağlığı ve güvenliği yaptırımları hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Süzek, *İş Güvenliği*, 254 vd.

³² RG, 05.03.2004, 25393.

³³ İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan sorumluluğu tartışmaları çerçevesinde İş Kanunu 77. madde düzenlemesini özel hukuk temelinde kabul eden görüşler bulunmaktadır (Süzek, 353; aynı yazar, *İş Güvenliği*, s. 196, Akın, s. 97).

³⁴ 1475 sayılı İş Kanunu m. 73'ten farklı olarak alınan iş sağlığı ve güvenliğine işçiler tarafından uyulup uyulmadığının denetlenmesi ve işçilere iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verilmesi yükümlülükleri, 4857 sayılı İş Kanunu m. 77/2'de açıkça hüküm altına alınmıştır.

lebilir ki, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kamu hukuku kapsamındaki yükümlülükler, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemi alma borcunu objektif bir içeriğe kavuşturmaktadır.³⁵

İş sağlığı ve güvenliğine dair kamu hukuku kapsamında nitelen-
dirilen düzenlemelerin göze çarpan bir başka yönü, iş sağlığı ve gü-
venliğinin sağlanmasına dönük önlemlerin alınması konusunda işçile-
re aktif olmalarını gerektiren hiçbir yükümlülük getirilmemiş olması-
dır. İş Kanunu 77. maddede işçilere iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini
alma gibi aktif bir yükümlülük değil, alınan iş sağlığı ve güvenliği ön-
lemlerine uyma yükümlülüğü getirilmiştir. İşçinin kamu hukuku kap-
samındaki bu yükümlülüğüne uymaması, işverenlerde olduğu üzere
hem özel hukuk hem de kamu hukuki nitelikli yaptırımları gündeme
getirecektir. Örneğin işveren İş Kanunu m. 25/II'ye göre iş sözleşme-
sini haklı nedenle bildirimsiz olarak feshedebilecek, bir zarar ortaya
çıktığı takdirde, ortaya çıkan zararın tazminini BK 322. madde uyarın-
ca işçiden talep edebilecektir. İşçinin yükümlülüğünü ihlali, işverenin
kusuruyla birleştiği takdirde, BK m.98/2 hükmü uyarınca m. 44/1 çer-
çevesinde onun işverenden isteyeceği tazminatta bir azalmaya neden
olabileceği gibi, tazminat isteme hakkının tamamıyla ortadan kalkma-
sı dahi mümkün olabilecektir.³⁶ İşçilerin iş sağlığı ve güvenliği konu-
sunda karşılaşılabilecekleri yaptırımlar, özel hukuk kapsamındakilerle
sınırlı değildir. İşçinin kusurunun bulunması halinde, TCK'nın 85. ve
89. maddeleri uyarınca ceza yaptırımıyla karşı karşıya kalabilecektir.
Buna karşın İş Teftiş Tüzüğü'nde, resmi denetim kapsamında işçile-
re de emir ve talimat verilebilmesi ve idari yaptırım uygulanabilmesi
noktasında bir düzenleme yoktur. Alman İş Güvenliği Kanunu § 22'de
ise, resmi denetim kurumunun işçiler hakkında düzenleme ve yaptırı-
m yetkisi öngörülmüştür.³⁷

³⁵ Ulsan, s. 48. Bu nokta Yargıtay 10. HD'nin 08.10.1980 tarihli (4799/5869) kara-
rında net bir biçimde ortaya konulmaktadır: "İş Kanununun 73. maddesine (şim-
di 77) göre işveren işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı
yapmakla yükümlüdür. Bu hükmün ise yerleşmiş kötü alışkanlık ve geleneklerin
dışında tamamen nesnel olarak değerlendirilmesi gereği ortadadır. Esas olan yön,
işverenden gözlük ve baret istenmesi değil, işverenin işçilerin sağlığını ve güve-
nliğini sağlamak için gerekli olanı yapması ve bu husustaki şartları ve araçları nok-
sansız olarak bulundurması" (Ulsan, aynı yer).

³⁶ İş sağlığı ve güvenliği hukukunda işçiler hakkındaki özel hukuk yaptırımları hak-
kında bak. İren, Ertan, *İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyma Yükümlülü-
ğü ve İhlali Halinde Karşılaşacakları Müeyyideler*, Sicil, Eylül 2006, s. 92 vd.

³⁷ Kittner/Pieper, s. 206-207.

Burada özetlenen, devletin çıkaracağı mevzuat ile bağlayıcı bir iş sağlığı ve güvenliği düzeni oluşturması, denetlemesi ve kendine özgü yaptırımlar uygulaması, işverenlerin ve işçilerin söz konusu kapsamdaki yükümlülükleri riayet etmemesi halinde özel hukuk yaptırımlarından başka, kamu hukuku yaptırımları ile karşı karşıya kalmaları, iş sağlığı ve güvenliğinin hukuk sistemindeki yeri bakımından terazinin kamu hukuku tarafına belirgin biçimde kaymasına neden olmaktadır.

IV. İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Özel Hukuk ve Kamu Hukuku Nitelikli Kuralların Etkileşimi

Buraya kadar yapılan açıklamalar, iş sağlığı ve güvenliğine dair başta BK 332. madde olmak üzere borç niteliğinde özel hukuk karakterli kurallarla, İş Kanunu 77. madde ve ilgili mevzuatta düzenlenen kamu hukuku nitelikli yükümlülükler arasındaki ilişkiyi tam olarak ortaya koyamamaktadır. Bunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisi bakımından bir hiyerarşinin mi, yoksa bir bütünün farklı yönlerinin mi söz konusu olduğunun bilinmesi, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatındaki işveren yükümlülüklerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi açısından gereklidir.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin özel hukuk ve kamu hukuku kapsamındaki kuralların etkileşimi konusu, Türk öğretisinde işverenin iş kazası ve meslek hastalığı meydana geldikten sonraki tazminat sorumluluğunun niteliği bağlamında tartışılmıştır. Bu çerçevede kamu hukuku nitelikli İş Kanunu m.77 vd. düzenlemeleri varken, salt BK. 332. madde kapsamında bir değerlendirmeye gidilemeyeceğini ileri sürenler olduğu gibi,³⁸ İş Kanunu 77. madde ve BK. 332. maddenin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır.³⁹ Fakat bu tartışmalar, iş kazası ve meslek hastalığının önlenmesini hedefleyen özel ve kamu hukuku karakterli kuralların niteliğini ve karşılıklı etkileşimini ortaya koymada yeterli değildir.

Alman öğretisinde konu, iş kazaları ile meslek hastalıklarının önlenmesi ve iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması çerçevesin-

³⁸ Eren, s. 41.

³⁹ Üçışık, s. 152-153. İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Süzek, *İş Güvenliği*, s. 192 vd; Ulusan, s. 53, 95 vd; Akın, s. 85 vd.

de tartışılmıştır. Türk Hukuku'ndaki İş Kanunu 77. maddenin Alman mevzuatındaki karşılığını İş Güvenliği Kanunu § 3 oluşturmaktadır. Alman öğretisinde bu hükümde öngörülen kamu hukuku nitelikli iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin, işverenin iş sözleşmesi ve BK 332. maddenin karşılığı olan BGB § 618'den doğan özel hukuk nitelikli borcunu yerine getirip getirmediğinin denetlenmesinde, belirleyici faktör olarak dikkate alınması gerektiği oybirliğiyle kabul edilmektedir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğüne ilişkin kamu hukuku kapsamındaki kurallar, özel hukuk çerçevesindeki iş sözleşmesinde işveren ile işçinin borçları üzerinde doğrudan etki eder niteliktedir.⁴⁰

Bu görüş Almanya'da daha 1929 yılında Nipperdey tarafından ileri sürülmüş,⁴¹ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra da genel kabul gören düşünce halini almıştır. Buna göre, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kamu hukuku kapsamındaki kurallar, aynı zamanda iş sözleşmesinin içeriğini düzenlemektedir. Başka deyişle kamu hukuku kuralları, özel hukuk kuralı niteliğine dönüşmektedir. Çünkü iş sözleşmesindeki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin koşullar, devletin oluşturduğu ve denetlediği asgari iş sağlığı ve güvenliği düzeninin altında kalmamalıdır.⁴² İş sözleşmesinin iş sağlığı ve güvenliğine dair kısmı, bu görüşün sonucu olarak işçi ve işverenin iradesinden alınmakta ve onların uyması gereken iş sağlığı ve güvenliği şartları (borçlar), devletin düzenleme ve denetleme yetkisine bırakılmaktadır. Bu çerçevede iş sözleşmesi gibi özel hukuk kapsamındaki bir alanda, iş sağlığı ve güvenliğiyle sınırlı olarak, tamamıyla kamu hukukuna tabi olan bir alan yaratılmaktadır. Böylelikle kamu hukuku kuralları özel hukuka dair bir alana taşınmaktaysa da, bu kurallar mutlak emredici vasfını kaybetmemekte, işverenin bunlara uymama ya da değiştirme noktasında hiçbir zaman tasarruf yetkisi doğmamaktadır. Burada dikkati çeken bir başka husus, kamu hukuku niteliğindeki kuralların, özel hukuk kurallarına göre baskın ve belirleyici olmasıdır.

Belirtilmeli ki, İsviçre öğretisinde de benzer bir esas geçerlidir,

⁴⁰ Hanau, s. 40; Wlotzke, § 209, Rn. 49 vd; Kittner/Pieper, s. 46-47.

⁴¹ Nipperdey, Hans Carl, "Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrechts", *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben - Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts in Bänden* (Yayına hazırlayan Schreiber, Otto), Band IV, Berlin, Leipzig 1929, s. 203 vd.

⁴² Hanau, s. 43; Wlotzke, § 209, Rn. 53; Kittner/Pieper, s. 49.

hatta orada bir yasal dayanak dahi bulunmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'nun "kamu hukukunun özel hukuk etkileri (zivilrechtliche Wirkungen des öffentlichen Rechts)" başlıklı 342. maddesinin ikinci fıkrası, bu etkiyi iş sözleşmesi bakımından ele almaktadır. Buna göre, Federal Devlet ya da kantonlarca iş ve mesleki eğitim konusunda kamu hukuku nitelikli düzenlemelerle işverene veya işçiye bir yükümlülük yüklenmediğinde, bu yükümlülük iş sözleşmesinin içeriğine girebildiği ölçüde dahil olmaktadır. Bu kapsamda bir kamu hukuku yükümlülüğü söz konusu olduğunda, bununla ilgili olarak sözleşmenin diğer tarafının medeni (özel) hukuktan doğan talep hakkı vardır. Böylelikle iş sağlığı ve güvenliği de dahil olmak üzere bazı alanlardaki kamu hukuku düzenlemeleri, özel hukuk alanına aktarılmaktadır. Öğretide bu kapsamdaki kuralların çifte karakterli niteliğinden söz edilmektedir.⁴³

Alman ve İsviçre öğretisinde özetle iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili kamu hukuku kapsamında işveren ile işçiye yüklenen yükümlülükler iş sözleşmesinin içeriğine dahil edilmekte, bu şekilde söz konusu kurallara özel hukuk etkisi tanınmaktadır. Ancak bu durum ilgili kuralların özünde kamu hukuku karakterini kaybetmesi sonucunu doğurmamakta, iş sağlığı ve güvenliği konusunda işveren ile işçinin devlete karşı konumları bağlamında kamu hukuku kuralları olarak mutlakiyetini korumaktadır. Bu şekilde iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili kamu ve özel hukuk kurallarının işlevsel açıdan bağlılığından söz edilebilir.

V. Sonuç: İş Sağlığı ve Güvenliğinin Baskınlaşan Kamu Hukuku Karakteri

Günümüzde iş sağlığı ve güvenliği denilince, akla kamu hukuku kurallarıyla şekillenen emredici bir düzen gelmektedir. İş hukuku mevzuatında işçi ile işveren arasındaki ilişki, nispi emredici kurallarla şekillenen bir borç ilişkisi olarak düzenlenmektedir. Örneğin sözleşmenin feshinde uyulması gereken bildirim önellere, yıllık izin süreleri gibi kurallarla, işçinin korunması için asgari düzeyi garanti altına alan hükümler söz konusu olmaktadır. Buna karşın iş sağlığı ve güvenliği hakkındaki düzenlemelerin nispi emredici kuralların dışında ayrı bir yeri vardır. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler nispi emredici olarak nitelendirilebilecekse de, hem 1475 sayılı Kanun'da hem de

⁴³ Rehbinder, s. 186; Ulsan, s. 45-46 ve özellikle dn. 37'de atf yapılan yazarlar.

4857 sayılı Kanun'da iş sağlığı ve güvenliği konusu işçi ve işverenin uyması gereken borçlar olarak değil, aksine kamu hukukundan doğan yükümlülükler olarak düzenlenmiştir. Bunun altında yatan neden, iş sağlığı ve güvenliği kurallarının, çalışma, dinlenme gibi haklar yönüyle genel olarak işçinin korunmasını değil, doğrudan onun varlığını, yaşamını güvence altına almasıdır. Bu tespitler ışığında hem iş hukuku hem de iş sağlığı ve güvenliği işçi ile işveren arasındaki ilişkiyi ilgilendirmekteyse de, bize göre iş sağlığı ve güvenliği, iş hukukundan bağımsız bir kamu hukuku dalıdır. Sosyal güvenlik hukukunun kamu hukuku niteliğinden şüphe edilmiyorsa, iş sağlığı ve güvenliğinin de karma değil, bir kamu hukuku dalı olarak kabul edilmesi gerekir.

Ülkemizin AB iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uyum amacı dikkate alınarak AB'nin konuyla ilgili temel metni, 89/391/AET sayılı Çerçeve Yönerge'ye bakıldığında, öngördüğü sistem itibariyle iş sağlığı ve güvenliğini kamu hukuku niteliğinde düzenlediği rahatlıkla söylenebilir. Alman öğretisi, Çerçeve Yönerge esas alınarak hazırlanan İş Güvenliği Kanunu'nu, kamu hukuku kapsamında görmektedir.⁴⁴ Çerçeve Yönerge'de öngörülen kuralların borç niteliğinde değil, mutlak olarak uyulması gereken yükümlülükler olarak kaleme alınmış olması ve bu kurallar hakkında devletin resmi denetiminin öngörülmesi, kamu hukuku niteliği hakkındaki tespiti doğrulamaktadır. Dolayısıyla ülkemizin Çerçeve Yönerge'ye uyumu için hazırlanan Taslağın da, Yönerge'ye paralel olarak kamu hukuku niteliğinde olduğu söylenebilir. Bu çerçevede iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasıyla ilgili işverenlerin temel yükümlülükleri, konuya ilişkin Türk Hukuku ve AB normları kamu hukuku karakteri taşıdığı için, kamu hukuku bağlamında değerlendirilmelidir.

KAYNAKLAR

- Akın, Levent, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Ankara 2001.
 Arıcı, Kadir, *İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri*, Ankara 1999.
 Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, 25. Bası, Ankara 2008.
 Brox, Hans /Rüthers, Bernd / Henssler, Martin, *Arbeitsrecht*, 17. Auflage, Stuttgart 2007.
 Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, 21. Bası, İstanbul 2008.

⁴⁴ Kittner/Pieper, s. 51; Wlotzke, § 209, Rn. 2.

- Ekonomi, Münir, *İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1984.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, Ankara 1974.
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 5. Bası, Bursa 2008.
- Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 20. Bası, Ankara 2004.
- Güzel, Ali, "Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım Sorunları ve Çözüm Önerileri", *Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu* (Yayına Hazırlayan: Türk Tabipleri Birliği), Ankara 2003, s. 10 vd.
- Güzel, Ali, "Fabrikadan İnternet'e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan* (Yayına Hazırlayan: Türk İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi), Ankara 1997, s. 83 vd. (Bağımlılık Unsuru).
- Hanau, Peter, "Arbeitsvertragliche Konsequenzen des Arbeitsschutzes, Entwicklungen im Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht", *Festschrift für Otfried Wlotzke zum 70. Geburtstag* (Yayına Hazırlayan Anzinger, Rudolf / Wank, Rolf), München 1996, s. 36 vd.
- Hanau, Peter / Adomeit, Klaus, *Arbeitsrecht*, 14. Auflage, Neuwied 2007.
- Hatemi, Hüseyin, *İş Kazasından Doğan Maddi tazminat Miktarının Tayini*, İHU, İşK. 73, No. 2.
- İren, Ertan: İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurallarına Uyuma Yükümlülüğü ve İhlali Halinde Karşılaşacakları Müeyyideler, Sicil, Eylül 2006, s. 92 vd.
- Junker, Abbo, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 7. Auflage, München 2008.
- Kittner, Michael / Pieper, Ralf, *Arbeitsschutzrecht - Kommentar für die Praxis zum Arbeitsschutzgesetz, Arbeitssicherheitsgesetz und zu den anderen Arbeitsschutzvorschriften*, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2006.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, *İş Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2008.
- Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I*, 3. Bası, İzmir 1998.
- Nipperdey, Hans Carl, "Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrechts", *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben - Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts in Bänden* (Yayına hazırlayan Schreiber, Otto), Band IV, Berlin, Leipzig 1929, s. 203 vd.

- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, İstanbul 2006.
- Oğuzman, Mustafa Kemal, "İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan İşverenin Sorumluluğu", *İÜHFİM*, 1969, C.XXXIV, S.1-4, s. 322 vd.
- Rehbinder, Manfred, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 14. Auflage, Bern 1999.
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2008.
- Süzek, Sarper, *İş Güvenliği Hukuku*, Ankara 1985 (İş Güvenliği).
- Süzek, Sarper, "İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri", *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri* (İstanbul Barosu ile Galatasaray Üniversitesi), İstanbul 2001, s. 138 vd. (Çözüm Önerileri).
- Tekinay, Selahattin Sulhi, "İş Kazalarından ve Meslek Hastalıklarından Dolayı İşverenin Sorumluluğunun Sınırlanması Meselesi", *MHAD*, 1968, S.3, s. 79 vd.
- Uluslan, İlhan, *Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu - Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul 1990.
- Üçışık, Hasan Fehim, *Türk İş Hukukunda İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu*, yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul 1982.
- Wlozkze, Otfried, „Arbeitnehmerschutzrecht“, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 2. Band, 2. Auflage, München 2000.
- Zöllner, Wolfgang / Loritz, Karl-Georg / Hergenröder, Curt Wolfgang, *Arbeitsrecht*, 6. Auflage, München 2008.

TÜRK TİCARET KANUNU'NDA YER ALAN MAL SİGORTALARINA İLİŞKİN MUHTELİF HÜKÜM VE İLKELERİN SORUMLULUK SİGORTASINA UYGULANABİLİRLİĞİ

Serdar HIZIR*

Giriş

Sorumluluk sigortası, özellikle son yüzyıldaki teknolojik gelişmelere ve sorumluluk hukukuna paralel olarak gelişen ve kendisine zamanla daha fazla ihtiyaç duyulan bir sigorta türüdür. Bu sigorta türü ile genel olarak, sigorta ettirenin üçüncü kişilere kastı olmaksızın verdiği zararlardan dolayı malvarlığında meydana gelecek eksilmelerin önlenmesi amaçlanır.

Günümüzde, sigorta sözleşmelerine sıkça konu edilen sorumluluk sigortasının ve bu sigorta türünü düzenleyen hükümlerin Türk Ticaret Kanunu'nda yer almasını beklemek doğaldır. Oysa Kanun'daki sorumluluk sigortasına ait hükümler, gerek nitelik gerek de nicelik itibarıyla ihtiyacı karşılayacak yeterlilikte değildir. Bunun yanında mevcut hükümler, Kanun'da sistematik açıdan da oldukça dağınık bir görünüm arz etmektedir. Söz konusu hükümlerin bu eksikliği ve yetersizliği, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından kabul edilen sigorta genel şartlarıyla doldurulmaya çalışılsa da, anılan düzenlemeler ancak kanunlarda yer alan hükümlerden sonra uygulama alanı bulabilecektir.

Türk Ticaret Kanunu'ndaki sorumluluk sigortasına ilişkin mevcut hükümlerin bu yetersizliği nedeniyle, yine aynı Kanun'da yer alan diğer hükümlerin bu sigorta türüne uygulanması bir zorunluluk arz eder. Bu noktada, ilk etapta tıpkı sorumluluk sigortası gibi bir "zarar sigortası" niteliği taşıyan mal sigortalarının uygulanması düşünülecektir. Bu yaklaşım doğru olmakla birlikte, her iki sigorta türünün nite-

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi.

liklerinden kaynaklanan bazı farklılıklar, mal sigortalarına ilişkin bazı hükümlerin sorumluluk sigortalarına uygulanabilirliği konusunda bazı tereddütleri de beraberinde getirecektir.

İşte bu çalışmada, Türk Ticaret Kanunu'nda mal sigortaları bakımından öngörülen muhtelif hükümlerin sorumluluk sigortalarına uygulanabilirliği hususu incelenecektir.

Çalışmanın konusu, iki ana başlık altında ele alınacaktır. *Birinci ana başlıkta* konunun anlaşılabilmesi için sorumluluk sigortasının tanımı ve genel özellikleri üzerinde durulacaktır. Bu aşamada ayrıntıya mümkün olduğu kadar inilmeyecek; ayrıntılı bilgiye ihtiyaç duyulan yerlerde ise atıflar vasıtasıyla bu ihtiyaç giderilmeye çalışılacaktır. Bunun yanında, sorumluluk sigortasının Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenleniş şekli ve bu sigorta türüne uygulanacak hükümlerin sırasının belirlenmesi de bu başlık altında gerçekleştirilecektir.

İkinci ana başlıkta ise çalışmanın esasını teşkil eden "mal sigortasına ilişkin muhtelif hükümlerin sorumluluk sigortasına uygulanabilirliği" konusu ele alınacaktır. Başlıkta öncelikle, mal sigortaları için son derece önem arz eden "sigorta değeri" ve "sigorta bedeli" kavramlarına ve bu kavramların sorumluluk sigortası açısından teşkil ettiği öneme kısaca değinilecektir. Ayrıca, kanaatimizce mal ve sorumluluk sigortaları arasındaki ihtilâfların temelini teşkil eden iki ilke; "sigorta değerinin sigorta bedeline eşitliği ilkesi"nin ve bu bağlamda "zenginleşme yasası ilkesi"nin sorumluluk sigortasında uygulanabilirlikleri de bu başlık altında incelenecek konular arasında yer almaktadır. Devamında ise, yine bu ilkelerin TTK'daki birer görünümü niteliğindeki bazı hükümlerin, sorumluluk sigortasının niteliği ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususu ele alınacaktır. Nihayet çalışmada, konulara ilişkin olarak TTK Tasarısı'nda öngörülen düzenlemelere de yeri geldikçe değinilecektir.

I. SORUMLULUK SİGORTASINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

1. Genel Olarak Sorumluluk Sigortası

A. Sorumluluk Sigortası Kavramı

Toplum içinde yaşayan kişilerin tâbi olduğu birçok hukuk kuralı vardır. Şüphesiz ki kişilerden beklenen, bu kurallara uymalarıdır. Zira

toplum düzeninin hukuka uygun biçimde oluşması ve sürmesi, ancak bu sayede gerçekleşir. Fakat toplum içinde yaşamının doğal bir sonucu olarak, kişilerin söz konusu kuralların tümüne mutlak şekilde uymaları beklenemez; kişiler zaman içinde, bu kuralları bilerek ya da bilmeyerek ihlâl ederler. Mevcut kuralların ihlâli ise, kimi zaman üçüncü kişilerin zarar görmesine neden olur ve bu da kuralları ihlâl eden kişilerin sorumluluğuna¹ yol açar.

İşte sorumluluk sigortası,² sigorta ettirenin (veya sigortalının)³ üçüncü kişilere verdiği zararlar sonucunda ortaya çıkan sorumluluğu-

1 “Sorumluluk” kavramı ile ifade edilen, genel olarak “bir kişiye başvurulabilmesi veya ona yaptırım uygulanabilmesi olanağı”dır. Sorumluluk, borç ilişkisini diğer sosyal ilişkilerden net bir biçimde ayırır (Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, 11. Baskı, Ankara 2009, s. 22). “Sorumluluk”, Almanca: *Haftung*, *Haftpflicht*; Fransızca: *Responsabilité*; İngilizce: *Responsability* veya *Liability* olarak ifade edilmektedir (Bkz. Ünan, Samim, *İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko*, İstanbul 1998, s. 8).

2 “Sorumluluk Sigortası”, Almanca: *Haftpflichtversicherung*; Fransızca: *Assurance de Responsabilité*; İngilizce: *Financial Liability Insurance* olarak ifade edilmektedir. Bu sigorta türünün tarihsel süreç içindeki gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karayalçın, Yaşar, *Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları*, Ankara 1960, s. 55 vd.; Şenocak, Kemal, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, Ankara 2000, s. 3 vd.

3 “Sigorta ettiren” ile “sigortalı” kavramlarının aynı anlama gelmediği açıktır. *Sigorta ettiren* kavramı, sigorta sözleşmesini sigortacı ile yapan kişiyi; *sigortalı* ise, şey üzerindeki menfaati sigortayla güvence altına alınan kişiyi işaret eder. Bu iki kavram, sigorta sözleşmesine göre aynı kişi üzerinde birleşebileceği gibi, farklı kişileri de ifade ediyor olabilir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozer, Ali, *Sigorta Hukuku (Sigorta Endüstrisi, Sigorta Hukukunun Genel Prensipleri, Tazminat Sigortası ve Çeşitleri*, Can Sigortası ve Çeşitleri), Ankara 1965, s. 97-99; Arseven, Haydar, *Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 1991, s. 96; Kender, Rayegân, *Türkiye’de Hususî Sigorta Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul 2008, s. 178; Can, Mertol, *Türk Özel Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 33). Bu nedenle, örneğin bir kişi, sahibi olduğu pahalı bir cep telefonu üzerindeki menfaatini sigortalatmak amacıyla sigortacı ile bir sigorta sözleşmesi akdederse, bu ihtimalde sigorta ettiren - sigortalı ayırımı yapılmadan, yalnızca “sigorta ettiren” den söz edilir. Oysa söz konusu cep telefonu üzerindeki menfaat, telefonun sahibi olmayan bir başkası tarafından da sigortalanabilir. “Başkası Hesabına Sigorta” olarak tanımlanan bu durumda, sigortacı ile sigorta sözleşmesini akdeden kişi “sigorta ettiren”, bu sözleşme ile cep telefonu üzerindeki menfaati teminat altına alınan ve sigortacıya karşı herhangi bir yükümlülüğü bulunmayan kişi ise “sigortalı” olarak ifade edilir (Bkz. Çeker, Mustafa., *Sigorta Hukuku*, Adana 2008, s. 50, 109; Can, Mertol, *Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış*, Ankara 2006, s. 33 ve *Sigorta Hukuku*, s. 33). Bu çalışmada, bir “Başkası Hesabına Sigorta” hali söz konusu olmadıkça, sorumluluk sigortasından yararlanan kişi “sigorta ettiren” olarak anılacaktır.

nun, yani bu hâlde bir başkasının malvarlığında ortaya çıkabilecek değer azalmasının, bir ücret (prim) karşılığında sigortacı tarafından tazminin yüklenilmesini öngören bir sigorta türüdür.⁴ Bu sigorta türü ile sigorta ettiren, üçüncü kişilerin tazminat taleplerinin sonuçlarından kendisini korur ve bu talepler ile (kendisinin değil) sigortacının muhatap olmasını sağlar.

Görüldüğü üzere sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin sorumluluğunun ortadan kalkmasını sağlayan bir mekanizma meydana getirmemektedir. Aksine, sorumluluk sigortası ile sigorta ettirenin sorumluluğu mevcut kalmaya devam etmekte; fakat kendi fiilinin malvarlığını azaltıcı sonuçları, sigortacı tarafından karşılanmaktadır.⁵

Belirtmelidir ki; sorumluluğun olmadığı yerde, sorumluluk sigortası da olmaz. Bu nedenle kişinin sorumluluğunun hukuken belli bir sınıra kadar söz konusu olduğu hâllerde, anılan sınırı aşan sorumluluk, sorumluluk sigortası ile güvence altına alınamaz.⁶ Örneğin, deniz ticareti hukukunda donatanın sınırlı sorumluluğu açısından durum böyledir.

⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 16.02.1990 tarih, E. 1990/ 825 ve K. 1990/963 sayılı kararında, sorumluluk sigortasını “Mali sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin üçüncü kişilere verdiği zararları, onun adına karşılamak üzere hem üçüncü kişilere hem de sigorta ettireni koruma amacıyla oluşturulmuş bir zarar sigortası türüdür.” şeklinde tanımlamıştır (Yargıtay Kararları Dergisi, Y. 1990, C. XVI, S. 6, s. 870-872) “Sorumluluk Sigortası” kavramı hakkında öğretilerde yapılan başlıca tanımlamalar için bkz. Atabek, Reşat, *Sigorta Hukuku*, İstanbul 1950, s. 404; Kender, Rayegân, “Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri”, *Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları*, III. *Sigorta Semineri*, Ankara 1977, s. 1; Bozer, Ali, *Sigorta Hukuku*, Ankara 1981, s. 174; Çeker, Mustafa, *Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, Adana 2004, s. 168; Memiş, Tekin, “Zorunlu Mali Trafik Sigortasında Sigortacının Sorumluluğunun Niteliği ve Sebepsiz Zenginleşme”, *XX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Y. 2004, S. 20, s. 73; Ünân, Riziko, s. 8. Yine öğretilerde, bu tür sigortaları ifade etmek için “Mali Mesuliyet Sigortası” yerine, “Hukukî Mesuliyet Sigortası” dendiği de görülmektedir (Bkz. Karahan, Sami, “Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortasında, Sigorta Himayesinin Kapsamı”, *Prof. Dr. Halil CİN’e Selçuk Üniversitesinde 10. Yıl Hizmet Armağanı*, Konya 1995, s. 370, dn. no. 7’de belirtilen yazarlar.

⁵ Merkin, Rob, *Insurance Law- An Introduction*, London 2007, s. 283; Fidan, İsmail, “Sorumluluk Sigortalarında Rizikonun Gerçekleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2005, S. 2, s. 34-35; Bozer, 1981, s. 173-174; Memiş, s. 77.

⁶ Ergün, Mevci, “Sorumluluk Hukuku ile Sorumluluk ve Genel Sigortaların İlişkisi”, *Yargıtay Dergisi*, Y. 1984, C. X, S. 4, s. 10.

B. Sorumluluk Sigortasının Temel Özellikleri

a. Genel Olarak

Sorumluluk sigortası hakkında önceleri geçerli olan ve bu sigorta türünde yalnızca “sigorta ettirenin sigortacıya başvurarak, ortaya çıkan sorumluluğu nedeniyle malvarlığının pasifinde meydana gelen eksilmeleri para yoluyla giderdiği” yönündeki anlayış, artık günümüzde terk edilmiştir. Nitekim sorumluluk sigortasında, zarar gören üçüncü kişinin bu zararı nedeniyle sahip olduğu taleplerden sigorta ettirenin korunmasının da sigortacının edimine dâhil olduğu, günümüzde tartışmasız şekilde kabul edilmektedir. Bu açıdan sigortacı, sigorta ettirene karşı sorumluluk sigortasının konusu ile ilgili talep, takip ve dava masrafları da dâhil olmak üzere zarar gören üçüncü kişinin tüm taleplerini karşılamakla yükümlüdür.⁷ Ancak bu açıklamadan, sorumluluk sigortasının hukukî niteliğinin bir “üçüncü kişi lehine sözleşme” olduğu sonucu çıkarılmamalıdır.⁸ Her ne kadar sorumluluk sigortasından zarara uğrayan üçüncü kişi doğrudan yararlınsa da, bu sigorta tipinin oluşum amacı, sigorta ettirenin fiili neticesinde doğan sorumluluğu nedeniyle kendi malvarlığında meydana gelecek azalmanın önlenmesidir. Ayrıca, açıklanan bu durum, sigortacının sigorta ettiren/zarar veren gibi sorumlu olması anlamına da gelmez. Zira buradaki tazminat borcunun asıl sorumlusu, sigortacı değil, sigorta ettiren/zarar veren kişidir.⁹

Sorumluluk sigortası ile üçüncü kişilerin sigorta ettirene karşı yönelttikleri haklı tazminat taleplerinin karşılanması (*sorumluluk sigortasının tazminat fonksiyonu*) veya haksız taleplerinin sigortacı tarafından bertaraf edilmesi (*sorumluluk sigortasının hukukî himaye fonksiyonu*) te-

⁷ Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 5. Talebin dava şeklini almadan sulh yoluyla halledilmesinde, sigortacının menfaati vardır. Zira bu takdirde, muhakeme masraflarından ve ayrıca (mahkemenin hükmedeceği meblağın sulh yoluyla tespit edilecek meblağdan daha fazla olma ihtimali varsa) aradaki farkı ödemekten kurtulmuş olur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Karayalçın, *İşletme Kazaları*, s. 50.

⁸ Karayalçın, Yaşar, “Sorumluluk (Mesuliyet) Sigortaları”, *Sigorta Hukuku Dergisi*, Y. 1984, C. II, S. 1-2, s. 52 ve *İşletme Kazaları*, s. 65; Türk, Hikmet Sami, “Mecburî Malî Sorum Sigortası ve İzinsiz Kullanmalar”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 1971, C. VI, S. 4, s. 344; Bozer, 1981, s. 174. Üçüncü kişilere karşı malî mesuliyet sigortasının, BK m. 111. anlamında üçüncü kişi lehine bir sözleşme sayılmayacağı hakkında bkz. Karahan, s. 371.

⁹ Memiş, s. 78.

min edilir.¹⁰ Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, sigortacının sigorta ettireni hukuken koruma yükümlülüğü, sigorta himayesine dâhil bir konuda üçüncü kişinin ileri sürdüğü haksız talepleri karşılamaya yöneliktir.¹¹ Diğer bir deyişle, zarara uğrayan üçüncü kişinin ileri sürdüğü tazminat talebinin haklı bir nedene dayandığı sigortacı tarafından tespit edilirse, sorumluluk sigortasının yalnızca tazminat fonksiyonundan söz edilecektir. Son durumda sigortacı, (hukukî koruma sağlamaksızın) meydana gelen zararı karşılama yoluna gidecektir. Hatta genel kabul gören görüşe göre, talebin karşılanması konusunda, sigortacının sigorta ettirenden bir onay almasına dahi ihtiyaç yoktur.¹²

Sorumluluk sigortası, kendisini genel sigorta türlerinden ayıran bazı farklı özelliklere sahiptir. Bu açıdan belirtilebilecek ilk özellik, sorumluluğun tespit edilmesi noktasındadır. *Mal sigortalarında* sigortalanan belirli bir veya birden çok eşyanın zarar görmesi nedeniyle zarar görecektir menfaat sigorta ettirilmiştir. *Can sigortalarında* ise sigor-

¹⁰ Arseven, Haydar, "Ticaret Kanunu'nun Sigortaya Müteallik Umumî Hükümlerinin Meydana Çıkardığı Bazı Meseleler", *Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Ankara 1960, s. 196; Şenocak, Kemal, *Hukukî Himaye Sigortası*, Ankara 1993, s. 88; Birds, John, *Birds' Modern Insurance Law*, 7th Edition, London 2007, s. 371; Merkin, s. 283.

¹¹ Ancak hemen belirtilmelidir ki, teknik anlamda hukukî himaye sigortası ile sorumluluk sigortası birbirinden farklıdır. Buna göre, hukuki himaye sigortasında savunma ve dava açma konularında kararı "sigorta ettiren" verirken, sorumluluk sigortasında, hukuki himayeyi gerçekleştirme kararını "sigortacı" vermektedir. Anılan iki sigorta türü arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, *Hukukî Himaye Sigortası*, s. 88-92 ve *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 65, dn. 292.

¹² Ünán, *Riziko*, s. 26; Şenocak, *Hukukî Himaye Sigortası*, s. 90. Burada belirtilmelidir ki; sigorta sözleşmesinin türü dikkate alınmaksızın, zarar gören üçüncü kişinin, sigortacıya karşı doğrudan talep ve dava hakkının bulunduğu, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile kabul edilmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 31.01.1996 tarih ve E. 1995/11-980, K. 1996/18 sayılı kararında "...Yangın dolayısıyla sorumluluk sigortası Türk Ticaret Kanunu'nun 1309. ve 1310. maddelerinde düzenlenmiştir... 1310. madde de doğrudan doğruya dava hakkına ve bunun sonuçlarına yer verilmiştir. Anılan madde hükmüne göre, zarara maruz kalan 3. şahıs, doğrudan doğruya sigortacıya başvurabilmektedir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1309 ve 1310. maddeleri, tartışılan sigorta türü bakımından bir genel hüküm niteliğinde değil ise de bu hükümlerin diğer sorumluluk sigortası türlerinden ileri gelen uyumsuzluklarda kıyas yolu ile uygulanabileceği kabul edilmelidir." hükmüne varmıştır. (Bkz. Ulaş, Işıl, *Uygulamalı Mal ve Sorumluluk Sigortası Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2007, s. 665). Aynı doğrultuda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de, 25.04.1989 tarih ve E. 1988/5101, K. 1989/2606 sayılı kararında "... Sorumluluk Sigortalarında zarar görenin veya halefinin sorumluluk sigortası yapan sigortacıya doğrudan doğruya başvurabileceği, Dairemizin kökleşmiş içtihatları ile kabul edilmiş bulunmasına..." karar vermiştir. (Bkz. Ulaş, s. 662).

ta ettiren, kendi hayatını veya üçüncü bir kişinin hayatını sigorta ettirir (TTK m. 1321-1338).

Görüldüğü üzere, bahsi geçen iki sigorta türünde de sigortanın konusunu teşkil eden ve rizikonun üzerinde doğacağı şey (eşya veya kişi) sigorta sözleşmesinde önceden belirlidir. Bu açıdan, riziko gerçekleştiğinde meydana gelecek zararın miktarı ve türü, sigorta sözleşmesi ile belirlenebilir.¹³ Sorumluluk sigortasında ise sigorta ettirenin hangi üçüncü kişiye, hangi şekilde ve hangi miktarda zarar vereceğini tespit etmek çoğu zaman başlangıçta mümkün olmaz. Belki sorumluluğa yol açacak zararı doğuran olay baştan bellidir; fakat bu olaydan ne gibi zararların doğacağını önceden kestirmek her zaman kolay değildir.¹⁴

Türk Ticaret Kanunu'nun 1277. maddesi "*Sigortadan faydalanan veya sigorta ettiren kimsenin kanunla yasak edilmiş ve ahlâka (adaba) aykırı olan fiilinden doğabilecek bir zarara karşı sigorta yapılamaz*" hükmüne yer vermiştir. Bu hükme aykırı her türlü sigorta sözleşmesi hükümsüzdür (TTK m. 1264/2). Anılan düzenlemelerden çıkarılacak sonuç, sorumluluk sigortası ile sigorta ettirenin veya sigortalının kasten veya ahlâka-adaba aykırı şekilde vereceği zararlardan ötürü sigortacının herhangi bir tazmin yükümlülüğünün doğmayacağıdır. Başka bir deyişle bu zararlar, sigorta kapsamının dışında kalacaktır. Doğan zararın, sigorta ettirenin ağır kusurundan, tedbirsizliğinden veya dikkatsizliğinden kaynaklanması durumunda ise bu zararların teminat kapsamında karşılanabilmesi mümkündür. Kusursuz sorumluluk hâlleri de buraya dâhildir. Hatta öğretide sorumluluk sigortasının, kusursuz sorumluluk ilkesinin gelişmesine paralel olarak meydana gelmiş bir sorumluluk türü olduğu da ifade edilmektedir.¹⁵

¹³ Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 3.

¹⁴ Sergici, Erdoğan, "Sorumluluk Sigortalarının Özellikleri", *Sigorta Dünyası*, Y. 1978, S. 220, s. 5; Sergici, Erdoğan, "Mesuliyet Sigortası Türleri", *Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları*, III. *Sigorta Semineri*, Ankara 1977, s. 67-68; Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 3.

¹⁵ Metezade, Zihni, "Meslekî Sorumluluk Sigortaları ve Hekim Meslekî Sorumluluk Sigortası Klozu", *Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, İstanbul 2007, s. 887. Aksi görüş için bkz. Özdemir, Necdet, "Mesuliyet Sigortası Bakımından Türk Ticaret Kanunu'nda Benimsenmiş Olan Sorumluluk Esasları", *Eskişehir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi*, Y. 1966, C. II, S. 1, s. 210.

Bu noktada önemli bir soru da gündeme gelebilir. Acaba sorumluluk sigortasında, sigorta ettirenin yalnızca özel hukuktan doğan (*tazminat*) sorumluluğu mu güvence altına alınır? Yoksa bu güvencenin kapsamına, onun *cezaî* sorumluluğu da dâhil midir?

Öğretideki hâkim görüşe göre, sorumluluk sigortasının sağladığı güvence, yalnızca tazminat taleplerine ilişkin sorumluluğu; yani özel hukuk içerikli kuralların öngördüğü sorumluluğu içermektedir.¹⁶ Buraya, kasıtlı olarak verilen zararlar girmemek koşuluyla, haksız fiil sorumluluğundan ve kanundan dolayı ortaya çıkan tazminat talepleri de dâhildir.¹⁷ Ancak sigorta ettirenin cezaî sorumluluğu, sorumluluk sigortası ile güvence altına alınmaz.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, söz konusu hükmü çok katı şekilde yorumlamak, sorumluluk sigortasının uygulanma alanını gereğinden fazla sınırlamak anlamına gelir.¹⁸ Zira öncelikle belirtmek gerekir ki; Kanun'un 1277. maddesi hükmü, sigorta ettirenin sadece *kasıttan* doğacak zararların sigorta yoluyla tazmin edilemeyeceğini düzenleyen 1278. maddesi ile birlikte ele alındığında, kasıt dışında kalan tüm hâllerin sorumluluk sigortası ile güvence altına alınabileceği sonucu çıkmaktadır.¹⁹ Bu açıdan, Kanun'un cezaî-hukukî sorumluluk ayırımı yapmadığı rahatlıkla savunulabilir. Ayrıca kabahat veya takirli suçlardan doğan tazminat taleplerinin sigorta güvencesi dışında bırakmak, çok yerinde bir hareket olmayacaktır. Sonuç olarak, belirti-

¹⁶ İlgili görüş için bkz. Vural, Güven, *Trafik Sigortası*, Ankara 1981, s. 6; Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 6. Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde cezaî sorumluluğun ve özellikle de para cezalarının sorumluluk sigortası ile temin edilemeyeceği kabul edilmektedir (Bkz. Ünan, *Riziko*, s. 8`den naklen). Bununla birlikte Ünan, failin (sorumlu kişinin) kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın uygulanması öngörülen bazı idarî nitelikteki para cezalarına karşı sorumluluk sigortasının uygulanabilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünan, *Riziko*, s. 9.

¹⁷ Birds, s. 361; Merkin, s. 275. Bununla birlikte, bir sözleşmenin ifası, gerçekleşmesi muhtemel bir olay değil; bilakis sözleşme nedeniyle yerine getirilmesi zorunlu bir unsurdur. Bu nedenle sözleşmenin ifası veya bunun yerine geçecek tazminat talepleri, sorumluluk sigortasının konusunu teşkil edemez (Bkz. Karayalçın, *İşletme Kazaları*, s. 58).

¹⁸ İlgili görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karayalçın, *İşletme Kazaları*, s. 58.

¹⁹ Karayalçın, sorumluluk sigortasında zarar gören kişiyi korumanın amaçlandığını, yani sosyal amacın ön plana çıkarıldığını; dolayısıyla da sigorta ettirenin kasti eylemlerinden doğan zararların da sigorta kapsamına dâhil edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Anılan görüş için bkz. Karayalçın, *İşletme Kazaları*, s. 58 ve aynı doğrultuda Vural, s. 6, dn. no. 9.

len çerçevede, cezaî sorumlulukların da sorumluluk sigortası kapsamında sigorta edilebildiğinin kabulü gerekir.

Önceleri sorumluluk sigortasının, üçüncü kişilere verilen zararlar neticesinde oluşacak sorumluluğun karşılanmasına yönelik özelliği dolayısıyla, sigorta ettirenleri faaliyetlerinde daha az dikkatli davranmaya yönelttiği; bu nedenle de “gayri-ahlâkî” olduğu ileri sürülmüştür. Fakat bugün için bu yaklaşım artık terk edilmiş durumdadır.²⁰ Zira sorumluluk sigortası, temelde sigorta ettireni korumaya yönelik olarak oluşmuş olsa da, zarar görenin de zararının karşılığını kolayca alabilmesine ve bu sayede korunmasına imkân tanımaktadır.²¹ Sorumluluk sigortasının toplum yararını ön plânda tutan bu yönü, onu diğer sigorta türlerinden ayırt eden önemli bir özelliğidir.

Burada son olarak, sorumluluk sigortasında, sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğünün şartlarına da kısaca değinilmelidir. Buna göre;

1. Meydana gelen riziko olayı, sigorta ettirenin poliçede gösterilen sıfatından, faaliyetinden veya hukukî ilişkilerinden doğmuş olmalıdır.

2. Rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle, üçüncü bir kişi zarara uğramış olmalıdır.

3. Zarara uğrayan üçüncü kişi, sigorta ettirene karşı, söz konusu zarar nedeniyle tazminat talebinde bulunmuş olmalıdır.

4. Bu zarar, sigorta ettirenin tazminat ödemesini gerektiren bir zarar olmalıdır.²²

b. Sorumluluk Sigortası Bir Zarar Sigortasıdır

Modern sigorta hukukunda, öğreti, sigorta sözleşmelerini iki ayrı

²⁰ Dinç, İnan Deniz, “Türk Hukukunda İşveren Sorumluluk Sigortasında Riziko ve Teminatın Kapsamı”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 469; Sergici, Sorumluluk Sigortalarının Özellikleri, s. 5; Metezade, s. 886; Fidan, s. 35.

²¹ Kender, Mesuliyet Sigortası, s. 5; Şenocak, Hukukî Himaye Sigortası, s. 90.

²² Baltacı, Mustafa/ Tekand, Feyyaz/ Ünaltona, Bülent, “Türkiye’de Mesuliyet Sigortalarında Uygulama”, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III. Sigorta Semineri, Ankara 1977, s. 35.

ölçüte göre sınıflandırmaktadır.²³ Bunlar;

1. İhtiyacın karşılanması şekline (yani sigortacının edim şekline) göre sigortalar

2. Rizikonun konusuna (yani sigortalanan menfaatin ilgili olduğu konuya) göre sigortalardır.

İhtiyacın karşılanmasına yönelik sigortalar ise, kendi içinde *Zarar Sigortası* ve *Meblağ Sigortası* olarak ikili bir ayırıma tâbi tutulmaktadır.

Zarar sigortalarında sigortacı, sigorta ettirenin sigortalanan rizikonun oluşması sonucunda uğradığı zararları, sigorta sözleşmesinde yer alan hükümler çerçevesinde tazmin etmekle yükümlüdür. Diğer bir deyişle, rizikonun oluşması sonucunda meydana gelen zararlar, sigortacı tarafından ödenir. Bu tür sigortalarda, ödenecek tazminatın sınırının belirlenmesi hususunda, sigorta bedeli ve sigorta değerinin yanında, rizikonun oluşması sonucunda meydana gelen zararın miktarı da önem arz eder.²⁴ Yangın sigortası ve hırsızlık sigortası, zarar sigortalalarının en tipik örneklerindedir.

Meblağ sigortalarında ise durum farklıdır. Zira bu tür sigortalarda, zarar sigortalalarının aksine, mevcut bir zararın tam olarak karşılanması arzu edilmemektedir. Sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki anlaşma neticesinde belirlenen edim (sigortacının edimi), tıpkı zarar sigortalalarında olduğu gibi yine rizikonun oluşması ile yerine getirilecektir. Fakat söz konusu edimin miktarı, taraflarca sözleşmede belirlenen serbest bir meblağdan ibarettir. Yani sigortacının ediminin sınırını, taraflarca henüz sözleşmenin kurulması aşamasında kararlaştırılmış olan meblağ belirler. Sigortacı da riziko gerçekleştiğinde zararın miktarı ile bağlı olmaksızın, bu meblağı ödeyerek edimini yerine getirmiş olur.²⁵ Görüldüğü üzere, zarar sigortasının aksine, meblağ sigortalarında zararın miktarından veya kaçırılan fırsatlardan bağımsız olarak, belirli

²³ Kender, *Sigorta Hukuku*, s. 169 vd.

²⁴ Sayhan, İsmail, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu*, Ankara 2001, s. 60-61; Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 17; Kender, *Sigorta Hukuku*, s. 170; Can, *Sigorta Hukuku*, s. 31. Sigorta ettirenin, zarar görenin tazminat talebi ile mal varlığında meydana gelecek azalma sigorta sözleşmesinde gösterilen miktarı aşarsa, aşan kısım için sigortacı sorumlu olmayacak ve bu kısım zararın faili olan sigorta ettirenin üzerinde kalacaktır (Bkz. Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 9).

²⁵ Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 9; Ünan, *Riziko*, s. 13; Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 18.

bir meblağın ödenmesi söz konusudur. Bu sonuç, zararın miktarının genellikle tam olarak tespit edilememesinden kaynaklanır. Meblağ sigortaları, can sigortaları bakımından geçerlidir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, sorumluluk sigortasının hukuken bir zarar sigortası mı yoksa meblağ sigortası mı olduğu konusu aydınlatılabilir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, sorumluluk sigortasında sigorta sözleşmesi, sigorta ettiren ile sigortacı arasında akdedilir. Burada amaç, sigorta ettirenin fiili neticesinde üçüncü kişilere bir zarar verilmesi durumunda, zarar gören üçüncü kişinin ileri sürdüğü tazminat taleplerinin sigortacı tarafından bertaraf edilmesi veya yerine getirilmesi suretiyle sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelecek değer azalmasının önlenmesidir.²⁶ Yoksa önceden tespit edilmiş bir meblağı derhal ödemek değildir.²⁷ Kısacası sorumluluk sigortasında, bir zararın karşılanması söz konusudur.²⁸ Dolayısıyla sorumluluk sigortasının hukuken bir *zarar sigortası* niteliği taşıdığı sonucuna varılmaktadır.²⁹

²⁶ Baltacı/Tekand/Ünaltuna, s. 41.

²⁷ Sergici, *Sorumluluk Sigortalarının Özellikleri*, s. 5.

²⁸ Ancak sigorta ettirenin eyleminden kaynaklanan ve üçüncü kilerde oluşan manevi zararlar, sorumluluk sigortasının güvencesi altında değildir. Nitekim, bu konuda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20.04.1988 tarih, E. 1987/7577 ve K. 1988/2573 sayılı kararında “*Sorumluluk sigortası teminatı kapsamında kalan manevi tazminattan davalı sigorta şirketinin sorumlu tutulması doğru görülmemiştir.*” hükmüne varmıştır. (www.kazanci.com, 10.07.2009). Aksi görüş için bkz. Karahan, s. 377 ve aynı sayfada dn. no. 30’da belirtilen yazarlar.

²⁹ Bozer, 1981, s. 14, 174; Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 8; Ergün, s. 489; Dinç, s. 469. Yargıtay da bu tür sigortaların bir zarar sigortası niteliğinde olduğunu çeşitli kararlarında ifade etmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 14.01.2003 tarih ve E. 2002/7743, K. 2003/218 sayılı kararında “*Nitelikçe ihtiyarî mali sorumluluk sigortası bir zarar sigortası türü olduğundan, bu sigortada, sigorta ettirenin gerçekten sorumlu olduğu zararın miktarın tespiti ile bu zararın giderilmesi esastır*” hükmüne varmıştır (www.kazanci.com, 13.04.2009). Öte yandan Şenocak, bu tespite rağmen, sorumluluk sigortasının zarar sigortasının olağan bir örneği olmadığını savunmaktadır. Zira sorumluluk sigortacısının himaye yükümü, diğer zarar sigortası türlerinde olduğu gibi sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelmiş gerçek azalmanın giderilmesiyle sınırlı değildir. Sorumluluk sigortasında, sigortacı, sigorta ettirenin malvarlığında bir azalmanın meydana gelmesini önleyici faaliyetlerde de bulunmaktadır (Bkz. Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 30).

c. Sorumluluk Sigortası Bir Malvarlığı Sigortasıdır

Sigorta sözleşmesi, rizikonun konusu ölçütüne göre *Mal Sigortaları* ve *Malvarlığı Sigortaları* şeklinde sınıflandırılmaktadır. Buna göre *mal sigortalarında* rizikonun konusu, sigorta ettirenin, sigortalanan belirli bir mal üzerindeki menfaattir. Yani burada, sigorta ettirenin bir cismanî varlığa sahip olsun veya olmasın³⁰ menkul veya gayrimenkul mallar üzerinde sahip olduğu menfaat sigorta edilmektedir. Riziko gerçekleştiğinde, sigorta konusu malın, zararın gerçekleştiği zamandaki değeri esas alınmakta ve sigorta ettirenin uğradığı doğrudan kayıplar tazmin edilmektedir.³¹ *Malvarlığı sigortalarında* ise tek tek malların veya şahısların korunması değil, malvarlığının bir bütün olarak korunması söz konusudur.³²

İki sigorta türü karşılaştırıldığında aradaki fark açıkça görülmektedir. Zira mal sigortalarında, zarara uğrayan belirli bir mal üzerindeki menfaat sigortalanan ve böylece sadece sigortalı malın maddî değer kaybı güvence altına alınır.³³ Malvarlığı sigortalarında ise sigortalı mal kavramı söz konusu değildir.³⁴ Aksine burada, sözleşmede belirlenen riziko gerçekleştiğinde, sigorta ettirenin malvarlığının aktif kısmındaki azalma veya pasif kısmındaki artış tazmin edilmektedir.

Sorumluluk sigortasının bir mal sigortası mı yoksa malvarlığı sigortası mı olduğunu tespit etmek için, bu sigorta türünün güvence teşkil ettiği konuya, diğer bir deyişle sigortalanan menfaatin ne olduğu-

³⁰ Burada cismanî varlığı olmayan menkullerden kasıt, alacak ve sair haklardır (Bkz. Koenig, Willy, "Sigorta Menfaati ve Değerlendirilmesi: Cevap", [Çeviren: Prof. Dr. Fırat Öztan], *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 1969, C. V, S. 1, s. 52; Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 43).

³¹ Buradan çıkarılacak bir sonuç, "kazanç kayıpları" gibi dolaylı zararların, mal sigortası ile temin edilmeyeceğidir. (Bkz. Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 44)

³² Koenig, s. 51; Karayalçın, *İşletme Kazaları*, s. 54.

³³ Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 46.

³⁴ Bu açıdan örneğin, malikin sahibi bulunduğu aracını mal sigortası ile sigortalaması ihtimalinde, aracın bir kaza neticesinde zarar uğraması durumunda, araçta fiilen meydana gelen zararlar sigortacı tarafından karşılanacak ve sigortalıya verilecektir. Oysa araç başka bir araca zarar vermişse, bu aracın zararının giderilmesi, mal sigortasının kapsamına dâhil olmayacaktır. Malikin aracının işletilmesi sonucunda üçüncü kişilere vereceği böyle zararları güvence altına alması, ancak bir malvarlığı sigortası niteliğini taşıyan "Motorlu Taşıt Sorumluluk Sigortası" ile mümkün olacaktır.

na bakmak gerekmektedir. Sorumluluk sigortasında, sigorta ettirenin bir üçüncü kişiye verdiği zarardan dolayı sorumlu olması nedeniyle, malvarlığının, meydana gelen malî yüklerle karşı bir bütün olarak korunması söz konusudur.³⁵ Bu nedenle sorumluluk sigortasının belirtilen ayırimda *malvarlığı sigortaları* grubuna dâhil olduğu kabul edilmektedir.³⁶

d. Sorumluluk Sigortası Bir Pasifin Sigortasıdır

Zarar sigortaları da kendi içinde *Aktifin Sigortası* ve *Pasifin Sigortası* olarak ikiye ayrılmaktadır.³⁷ Malvarlığının aktifi ile kastedilen, bir kişinin malvarlığında bulunan değerlerdir. Diğer bir deyişle aktif malvarlığı, müspet (olumlu) kıymetlerle olan ilişkilerin tümünü ifade eder.³⁸ Bu sayede kişinin belirli bir mal/mallar üzerindeki menfaati sigorta edilmektedir. İşte *Aktifin Sigortası*, malvarlığının aktifinde yer alan mallar üzerindeki menfaati güvence altına alır.³⁹ *Pasifin Sigortasında* ise sigortacı, sigorta ettirenin malvarlığında bazı pasiflerin ortaya çıkması yahut mevcut pasiflerin artması nedeniyle oluşan zararları giderir.⁴⁰

Sorumluluk sigortası, zarar sigortaları açısından yapılan bu ayırimda *pasifin sigortası* kategorisine girmektedir. Gerçekten de sorumluluk sigortasında, rizikonun gerçekleşmesi ile birlikte sigorta ettirenin iradesi dışında bir borç altına girmesi ve dolayısıyla malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesi, sigortacı tarafından önlenmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi⁴¹ sorumluluk sigortasının *tazminat* ve *hukukî himaye* olmak üzere iki fonksiyonu vardır. İşte tazminat fonksiyonu ile ortaya çıkan kanunî borçlara karşı, hukukî himaye fonksiyonu ile de

³⁵ "...araç sahibi bu sigorta (ihtiyari mali sorumluluk sigorta) ile üçüncü kişilere ödemek zorunda kalacağı tazminattan (maddi) dolayı mamelekinden meydana gelecek eksilmeyi güvence altına almış olmaktadır." 11. HD. 27.09.1979, E. 1979/4077, K. 1979/4237 (www.kazanci.com, 12.06.2009).

³⁶ Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 47.

³⁷ Söz konusu ayırım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kender, *Sigorta Hukuku*, s. 171; Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 8.

³⁸ Kender, *Sigorta Hukuku*, s. 171; Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 56.

³⁹ Bu nedenle aktifin sigortasına "menfaat sigortası" da denmektedir (Bkz. Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 60).

⁴⁰ Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 8; Kender, *Sigorta Hukuku*, s. 172; Ünan, *Riziko*, s. 13.

⁴¹ Bkz. yuk. I, 1, B, a.

soyut kayıp ihtimallerine karşı güvence sağlanmaktadır. Bu iki fonksiyondan hangisinin somut olayda uygulanacağı ise, üçüncü kişinin ileri sürdüğü tazminat talebinin haksız veya haklı bir nedene dayanıp dayanmamasına göre farklılık arz edecektir.⁴²

2. Sorumluluk Sigortasının Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenleniş Şekli

Diğer sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi, sorumluluk sigortası sözleşmesi de ilk önce mevzuattaki genel nitelikli emredici hükümlere tâbidir. Bu nedenle, örneğin kaçakçılık yapmak isteyen kişinin bu faaliyeti esnasında üçüncü kişilere vereceği zararlara karşı oluşacak sorumluluğunu sigortalaması mümkün değildir. Nitekim bu hâlde yapılacak bir sorumluluk sigortası sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 20'nci maddesi uyarınca, hukuken geçersiz olacaktır.⁴³

Öte yandan Türk Ticaret Kanunu'nun "Sigorta Hukuku" başlığını taşıyan beşinci kitabındaki hükümler, sorumluluk sigortası sözleşmesi hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, sorumluluk sigortasına uygulanacak hükümleri tespit etmek konusunda Kanun'un düzenlemeleri arasında bazı çelişkiler mevcuttur. Şöyle ki;

- Türk Ticaret Kanunu'nun "Tatbik Olunacak Hükümler ve Amir Hükümler" başlığını taşıyan 1264'ncü maddesi hükmüne göre "*Bu kipta hüküm bulunmadıkça sigorta mukavelesi hakkında Borçlar Kanunu hükümleri tatbik olunur*".

- Türk Ticaret Kanunu'nda ticarî işlere uygulanacak hükümlerin sırasını belirleyen genel nitelikli düzenleme ise Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca "*Hakkında ticarî bir hüküm*⁴⁴ *bulunmayan ticarî işlerde*⁴⁵ *mahkeme ticarî örf ve âdete*

⁴² Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 65.

⁴³ Ünan, *Riziko*, s. 13.

⁴⁴ "Ticarî hüküm" ise aynı maddenin birinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir "... Bu kanundaki hükümlerle, bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen herhangi bir müesseseyi ilgilendiren muamele, fiil ve işlere dair diğer Kanunlarda yazılı hususî hükümler, ticarî hükümlerdir."

⁴⁵ Sigorta sözleşmelerine ilişkin işlemler, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş bir husus olduğu için, TTK m. 3 hükmü doğrultusunda, her halükârda ticarî iş niteliği taşır.

bu dahi yoksa umumî hükümlere göre karar verir."

Bu iki hüküm karşılaştırıldığında, sigorta sözleşmesinden doğacak bir uyumsuzluğa uygulanacak hükümlerin çözümünde benimlenen sıranın farklı olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de Türk Ticaret Kanunu'nun 1264. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, beşinci kitapta uygulanacak bir hüküm bulunmadığı takdirde, emredici nitelikte olmayan ticarî hükümler ile ticarî örf ve âdet kurallarından önce Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümler uygulanacaktır. Kanunun 1'nci maddesinde ise Borçlar Kanunu hükümlerinden önce emredici nitelikte olmayan ticarî hükümlerin ve sonra da ticarî örf ve âdet kurallarının uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Açıklanan bu çelişki, konu hakkında öğretilerde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Bir görüş, Türk Ticaret Kanunu'nun 1264. maddesinin birinci fıkrasındaki hükmünün, Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yaptığını savunmaktadır.⁴⁶ Buna göre 1264. madde hükmü açıktır. Kanunun beşinci kitabı dışındaki kitaplarda ve Medenî Kanun gibi başka kaynaklarda yer alan hükümlerle, ticarî örf ve âdet kurallarının uygulanabilmesi, ancak bu hususta Borçlar Kanunu'nda uygulanacak bir hükmün bulunmamasına bağlıdır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, Türk Ticaret Kanunu'nun kabul edilmesinde öngörülen süreç de dikkate alınmalı ve Kanun'un 1'nci maddesi hükmü uygulama alanı bulmalıdır.⁴⁷ Buna göre, halen yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girerken ileride ayrı bir "*Sigorta Kanunu*" yapma amacı da saklı tutulmuş ve mülga Ticaret Kanunu'ndaki sigortaya ilişkin hükümler, fazla değiştirilmeden mevcut Kanun'a aktarılmıştır. Böylece sigorta hukuku, mevcut Kanun içinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Türk Ticaret Kanunu da Medenî Kanun'un ve dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun ayrılmaz bir cüzü niteliğindedir (TTK m. 1/1, BK m. 544). Sigorta sözleşmesinin kurulması, hüküm ve sonuçlarını doğurması ve sona ermesine ilişkin konularda Türk Ticaret Kanunu'nda bir hüküm bulunmadığı için zaten Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. O hâlde Borçlar Kanunu'na atıfta bulunan 1264. madde hükmü, 1. maddenin ikinci fıkrasında değişiklik yaratmamaktadır; aksine, bu hükmün teyidi

⁴⁶ İlgili görüş için bkz. Ünan, *Riziko*, s. 14.

⁴⁷ İlgili görüş için bkz. Bozer, 1981, s. 67.

niteliği taşımaktadır.⁴⁸ Tüm bu nedenlerle, Borçlar Kanunu hükümlerinden önce emredici nitelikte olmayan ticarî hükümlerin ve sonra da ticarî örf ve adet kurallarının uygulanması gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda da anılan hükümler arasındaki bu çelişki dikkate alınmış ve 1264. maddedeki “*Bu Kitapta*” ibaresi yerine “*Bu Kanunda*” ibaresi kabul edilmiştir (TTKT m. 1451). Böylece Tasarı'da, ikinci görüş doğrultusunda bir sonuç benimsenmiş ve Ticaret Kanunu'nun emredici nitelikte olmayan ticarî hükümleri ile ticarî örf ve adet kuralları, Borçlar Kanunu'nun önüne geçirilmiştir.

Mevcut Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta sözleşmeleri, dört fasılda düzenlenmiştir.

- a. Genel Hükümler (TTK m. 1263-1268)
- b. Mal Sigortaları (TTK m. 1269-1320)
- c. Can Sigortaları (TTK m. 1321-1338)
- d. Denizcilik Rizikolarına Karşı Sigortalar (TTK m. 1339-1459).

Sorumluluk sigortasının ise, Türk Ticaret Kanunu'nun sigortaya ilişkin hükümleri dikkate alındığında, ayrı bir bölüm olarak düzenlenmediği görülmektedir. Bu açıdan, yalnızca Kanun'un 1309 ve 1310. maddelerinde yangın sebebiyle sorumluluk sigortası, 1335. maddesinde kaza sebebiyle sorumluluk sigortası ve 1320. maddesinde de hırsızlık dolayısıyla sorumluluk sigortası düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun dışında, rizikonun gerçekleşmesi hâlinde meydana gelecek olan ihbar yükümlülüğüne ilişkin olarak 1292. ve 1336. maddelerde de sorumluluk sigortasına ilişkin bazı hükümlere yer verilmiştir.⁴⁹

Öğretide oybirliği ile savunulduğu üzere, anılan hükümler, sorumluluk sigortasında kanunî düzenlemeye duyulan ihtiyacı giderme konusunda yetersizdir.⁵⁰ Bu nedenle, sorumluluk sigortasına ge-

⁴⁸ Bozer, 1981, s. 67.

⁴⁹ Türk Ticaret Kanunu dışındaki mevzuatta da sorumluluk sigortasına ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu açıdan, örneğin Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinde, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91 ve devamı maddelerinde, Elektronik İmza Kanunu'nun 13. maddesinde, Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 132. ve 138. maddelerinde, Karayolu Taşıma Kanunu'nun 17 ve devamı maddelerinde ve Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu'nun 12. maddesinde, sorumluluk sigortasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozer, 2007, s. 130.

⁵⁰ Bu konudaki başlıca eleştiriler için bkz. Bozer, 1981, s. 173; Karayalçın, *İşletme Kaza-*

nel olarak hangi hükümlerin uygulanacağı sorunu gündeme gelmektedir. Sorumluluk sigortasının bir “zarar sigortası” niteliği taşıması sebebiyle, Kanun’da düzenleme bulunmayan hallerde 1263 ilâ 1268. maddeler arasında yer alan genel hükümlerden başka, zarar sigortalarına ilişkin hükümlerin de uygulanması gerektiği görüşü, öğretilerde hâkimdir.⁵¹ Ancak bu noktada da bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Zira Kanun’da, zarar sigortasına ilişkin hükümler de toplu olarak düzenlenmiş değildir. Bu hükümler, “mal sigortalarına” ve “denizcilik rizikolarına karşı sigortalara” ait fasıllarda, dağınık olarak düzenlenmiştir. O hâlde denizcilik rizikolarıyla ilgili olmayan sorumluluk sigortalarına, öncelikle mal sigortalarına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Kanunda mal sigortaları faslında düzenlenmemiş konular bakımından ise, denizcilik rizikolarına karşı sigortalara ait hükümler, mahiyeti uyduğu ölçüde uygulama alanı bulacaktır.⁵²

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nı hazırlayan Komisyon, Tasarı’da sorumluluk sigortasına yer verilmesi gerektiğine (bizce de haklı olarak) karar vermiştir.⁵³ Bu doğrultuda Tasarının 1473 ilâ 1486. maddeleri arasında, bu sigorta türüne ilişkin hükümler toplu olarak düzenlenmiştir.

3. Değerlendirme

Sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin (veya sigortalının) üçüncü kişilere verdiği zarar sonucunda ortaya çıkan sorumluluğunun, diğer bir deyişle bu hâlde bu kişinin malvarlığında ortaya çıkabilecek değer azalmasının, sigortacı tarafından bir prim karşılığında tazmininin yüklenilmesini öngören bir sigorta türüdür.

Sigortanın sınıflandırılması bakımından sorumluluk sigortası; bir zarar sigortası niteliğindedir. Zira bu sigorta türü sayesinde, üçüncü kişilerin (sigorta ettirenin verdiği zarardan doğan) tazminat talepleri, sigortacı tarafından bertaraf edilmekte veya yerine getirilmekte; bu su-

ları, s. 57; Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s.13; Özdemir, s. 206; Ünan, *Riziko*, s. 14-15.

⁵¹ Ünan, *Riziko*, s. 14.

⁵² Bozer, 1981, s. 68-69; Ünan, *Riziko*, s. 15.

⁵³ Komisyonun bu konudaki görüşü hakkında bkz. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*, Genel Gerekeçe no: 103.

rette sigorta ettirenin malvarlığında oluşacak değer azalması önlenmektedir.

Diğer bir açıdan sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin malvarlığını, üçüncü kişiye verdiği zararlardan dolayı sorumlu tutulması sonucunda meydana gelecek azalmalardan bir bütün olarak korur. Bu özelliği nedeniyle, anılan sigorta türü, *malvarlığı sigortası* niteliğindedir.

Nihayet sorumluluk sigortası bir *pasifin sigortası* olarak da kabul edilmektedir. Çünkü sorumluluk sigortasında sigorta ettirenin belli bir malı üzerindeki menfaatinin zarar görmesi değil; kendi iradesi dışında bir borç altına girmesi ve dolayısıyla malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesi önlenmektedir.

Ülkemizde, sorumluluk sigortasını konu edinen sigorta sözleşmelerinin sayısının her geçen gün katlanarak arttığı bilinen bir gerçektir. Oysa özellikle de Türk Ticaret Kanunu bakımından anılan sigorta türünün "*hak ettiği*" hukukî düzenlemelere sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. Sorumluluk sigortasına uygulanabilecek hükümler, Kanun'da dağınık ve diğer sigorta türlerinin hükümleri arısına serpiştirilmiş bir hâlde bulunmaktadır. Bu durumda sorumluluk sigortasına hangi hükümlerin uygulanacağı sorusuna cevap vermek gerekmektedir. Kuşkusuz Kanun'un *Sigorta Hukuku* kitabının "*Genel Hükümler*" faslında yer alan hükümler, sorumluluk sigortası bakımından öncelikle uygulama alanı bulacaktır. Fakat buradaki hükümlerin yetersiz kaldığı hususlar bakımından, öncelikle mal sigortalarına ve sonra da mahiyeti uyduğu ölçüde denizcilik rizikolarına karşı sigortalarına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda ise mevcut Kanun'daki düzenleme zafiyeti dikkate alınmış ve sorumluluk sigortasına ilişkin hükümlere, özel olarak ve toplu hâlde yer verilmiştir.

II. MAL SİGORTALARINA İLİŞKİN OLARAK TÜRK TİCARET KANUNU'NDA YER ALAN MUHTELİF HÜKÜM VE İLKELERİN SORUMLULUK SİGORTASINA UYGULANABİLİRLİĞİ

1. Genel Olarak

Bir konu hakkında Türk Ticaret Kanunu'nda sorumluluk sigortasına doğrudan uygulanacak bir hüküm bulunmadığı takdirde, önce-

likle “*Sigorta Hukuku*” başlığını taşıyan beşinci kitabın “*Genel Hükümler*” faslındaki hükümlere, buradan da bir sonuca ulaşamazsa “*mal sigortalarına*” ve “*denizcilik rizikolarına karşı sigorta*” hükümlerine başvurulabileceğine, yukarıda değinildi.⁵⁴

Bununla birlikte, öğretilde, mal sigortalarına ilişkin hükümlerin mahiyeti itibariyle sorumluluk sigortasına doğrudan uygulanmasının her zaman mümkün olmadığı ifade edilmektedir.⁵⁵ Gerçekten de mal sigortalarına özgü bazı unsurların sorumluluk sigortasının niteliğiyle bağdaşıp bağdaşmadığı hususu, öğretilde yoğun tartışmalara yol açmış ve konu hakkında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Özellikle “*sigorta değeri*” kavramının ve bu bağlamda “*sigorta değerinin sigorta bedeline eşitliği ilkesi*”nin sorumluluk sigortalarında uygulanabilirliği sorunu, bu tartışmaların merkezinde yer almaktadır. Yine, “*zenginleşme yasağı ilkesi*” ile “*menfaat değerinin altında sigorta*”ya, “*aşkın sigorta*”ya ve “*çifte sigorta*”ya ilişkin hükümlerin sorumluluk sigortası açısından geçerliliği hususu da gündeme gelmiştir.

Mal sigortaları için öngörülen ve sorumluluk sigortaları bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tereddüt yaratan bir diğer hüküm de Türk Ticaret Kanunu’nun sigortalı malın malikinin değişmesinin hüküm ve sonuçlarını düzenleyen 1303’ncü maddesidir. Ayrıca, mal sigortasında uygulanan “*sigortacının halefiyeti*”ne ilişkin 1301’nci maddenin sorumluluk sigortasında uygulanabilirliği de öğretilde ele alınan bir diğer konudur. Çalışmanın bu kısmında, anılan tartışmalı noktalar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda öngörülen hükümler de dikkate alınarak incelenecektir.

2. “*Sigorta Bedelinin Sigorta Değerine Eşitliği İlkesi*” ve Bu Eşitliğin Bozulması Halinde Türk Ticaret Kanunu’nda Yer Alan Bazı Hükümlerinin Sorumluluk Sigortasında Uygulanabilirliği

A. Genel Olarak

Sigorta değeri, sigorta sözleşmesinin temel bir unsurunu teşkil eder. Kavram olarak sigorta değeri, sigortacılık uygulamasında ilk za-

⁵⁴ Bkz. yuk. I, 2.

⁵⁵ Karayalçın, *İşletme Kazaları*, s. 57; Fidan, s. 36;

manlarda sadece sigorta konusu “mal (eşya)” olarak algılanırken, günümüz modern hukuk sisteminde artık söz konusu eşya üzerindeki “menfaat”i ifade edecek şekilde kullanılmaktadır.⁵⁶ Esasen, Türk Ticaret Kanunu’nun 1269. ve 1321. maddelerinde yer alan hükümler de bu savı destekler niteliktedir.⁵⁷

Sigorta bedeli ise sigorta değerinden farklı bir kavramdır. Bu kavram, sözleşmenin taraflarınca kararlaştırılan ve rizikonun gerçekleşmesi durumunda, sigortacının ödemesi gereken azami miktarını ifade eder. Söz konusu miktar, aynı zamanda prim borcunun da hesaplanmasında da esas alınır. Fakat sigorta bedeli, ‘rizikonun gerçekleşmesi neticesinde sigortacının ödeyeceği bedel’ anlamına gelmez. Zira sigortacı, sigorta bedeli daha yüksek bir meblağ olsa bile, sigorta ettirene ancak uğradığı *gerçek* zararın miktarını ödemekle yükümlüdür.⁵⁸

Mal sigortalarına hâkim olan “sigorta bedelinin sigorta değerine eşitliği” ilkesinin bir sonucu olarak sigorta, kumar veya bahis niteliğinden sıyrılmış durumdadır. Böylece, sigorta ettirenin kendi iradesiyle rizikoyu gerçekleştirerek haksız bir menfaat sağlaması engellenmiş ve bu sayede üçüncü kişiler korunmuştur.⁵⁹

Sigorta değeri ile sigorta bedelinin miktarlarının birbirlerinden farklı olması da mümkündür. Bu durumda, aşağıda da inceleneceği üzere, sigorta hukuku açısından değişik ihtimaller ve sorunlar ortaya çıkmaktadır.

⁵⁶ Kubilay, Huriye, *Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, İzmir 2003, s. 53; Çeker, *Yargıtay Kararları*, s. 36; Ulaş, s. 35;

⁵⁷ TTK m. 1269 - Bir malı muayyen rizikolara karşı temin etmekte *para ile ölçülebilecek bir menfaati olan* malik, ... bu menfaati sigorta ettirebilirler.

TTK m. 1321 - Bir kimsenin hayatı, ya o kimse yahut onun bilgi ve muvafakati mevcut olmasa bile üçüncü bir şahıs tarafından sigorta ettirilebilir; şu kadar ki; üçüncü şahsın o kimsenin hayatının devamında *maddi veya manevi menfaati bulunması* sigortanın muteberliği için şarttır.

⁵⁸ “Sigorta Bedeli” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bozer; 1965, s. 105-108; Çeker, *Yargıtay Kararları*, s. 38; Çeker; *Sigorta Hukuku*, s. 53; Ulaş, s. 43; Can, *Sigorta Hukuku*, s. 70-71. Zarar sigortalarında sigorta değerine uygun bir meblağ olarak kararlaştırılması gereken sigorta bedeli, sorumluluk sigortasında zararın sınırsız bir meblağ olması nedeniyle, hiçbir ölçüte bağlı kalınmaksızın belirlenebilir. (Bkz. Serğici, *Mesuliyet Sigortası Türleri*, s. 68).

⁵⁹ Bozer, 1981, s. 91. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 08.11.1985 tarih, E. 1985/5642 ve K. 1985/5961 sayılı kararında, bu ilkeye “...Sigortacı ancak gerçek zararı ödemekle yükümlüdür. Sigorta poliçesinde sayılan eşyalar ve bunların sigorta bedelleri, ödemesi gereken en üst limiti göstermektedir.” ifadeleriyle işaret etmiştir (Bkz. Ulaş, s. 113).

B. Sorumluluk Sigortasında Bir “Sigorta Değeri”nin Mevcut Olup Olmadığı Sorunu

Mal sigortaları bakımından önemi haiz bir kavram olan sigorta değerinin, sorumluluk sigortasının niteliği ile bağdaşır bağdaşmadığı; başka bir deyişle, sorumluluk sigortalarında bir sigorta değerinin var olup olmadığı hususu, üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Zira ancak bu şekilde, sigorta bedeli ve sigorta değeri arasındaki dengenin bozulup bozulmadığı anlaşılabilir. Ayrıca zarar sigortalarına hâkim bir ilke olan “*zenginleşme yasağı ilkesi*”nin ve bunun hüküm ve sonuçlarının sorumluluk sigortasına uygulanıp uygulanamayacağı sorunu da ancak bu noktanın aydınlatılması ile çözüme kavuşturulabilir.⁶⁰

Bir görüşe göre sigorta değeri, yalnızca aktifin sigortasında söz konusu olur.⁶¹ Sorumluluk sigortası ise “*pasifin sigortası*” niteliği taşır. Öte yandan burada sigorta edilen riziko, belirli bir değere karşılık gelmeyip, sigorta ettirenin tüm malvarlığı değeri üzerinde doğar. Bu değer de açık ve belirli bir şekilde tespit edilemez. Sigorta sözleşmesinde belirlenen miktar ise, sigorta değerini değil, rizikonun gerçekleşmesi hâlinde sigorta ettirenin malvarlığında ortaya çıkacak zarardan sigortacının sorumlu olacağı en üst sınırı göstermektedir. Bu nedenle, sorumluluk sigortasında sigorta değerinden hiçbir zaman söz edilemez.

Öğretideki başka bir görüş, sigorta ettirenin malvarlığının pasifinde meydana gelecek artışın önceden tespit edilemediği hallerde, herhangi bir sigorta değerinin bulunmadığı yönündedir.⁶² Buna göre, sorumluluk sigortasının bazı görünüm şekillerinde, zarara uğrayacak kişiler ve sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelmesi muhtemel eksilme miktarı, rahatlıkla tespit edilebilir. Bir kiracının, kira sözleşmesi süresince eve vereceği muhtemel zararlar karşısında, ev sahibinin kendisine yönelteceği tazminat taleplerine karşı sorumluluğunu

⁶⁰ Meblağ sigortası olarak uygulanan can sigortalarında ise, sigortanın bir zenginleşme aracı teşkil edip etmediği araştırılmaz. Örneğin bir kişi, hayatını dilediği miktar üzerinden ve dilediği sayıda sigortacıya sigorta ettirebilir.

⁶¹ Möeller, Hans, “Menfaat ve Değerlendirilmesi”, [Çeviren: Prof. Dr. Fırat Öztan], *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 1967, C. IV, S. 2, s. 259; Yazıcıoğlu, Emine, “İlk Tehlike Sigortası”, *Doç Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan*, İstanbul 2006, s. 75-76; Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 10-11; Ergün, s. 491; Vural, s. 7; Sayhan, s. 160.

⁶² Karayalçın, *İşletme Kazaları*, s. 52; Bozer, 1965, s. 257; Ünan, *Riziko*, s. 17; Can, *Sigorta Hukuku*, s. 165.

sigortalatması halinde durum böyledir.⁶³ Bu hallerde, sorumluluk sigortasında bir sigorta değeri mevcuttur. Oysa motorlu taşıtlar mali sorumluluk sigortasında olduğu gibi, sigorta ettirenin kimlere ve hangi miktarda zarar vereceğini önceden tam olarak tespit etmenin mümkün olmadığı hallerde, bir sigorta değerinden de söz edilemez.⁶⁴

Nihayet bizim de katıldığımız görüşe göre ise, sorumluluk sigortasında her hâlde bir sigorta değeri bulunmaktadır.⁶⁵ Sigorta ettirenin malvarlığında meydana gelecek muhtemel eksilme miktarının önceden tespit edilebildiği haller açısından, sigorta değerinin varlığı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Tereddüt, sigorta değerinin önceden tespit edilemediği durumlar açısından oluşmaktadır. Ancak bu ihtimalde dahi, bir sigorta değerinin bulunduğundan şüphe etmemek gerekir. Şöyle ki; bu durumda, sorumluluk sigortasında sigorta değeri, sigorta ettirenin malvarlığının toplam miktarına göre belirlenir. Diğer bir deyişle, burada ölçüt, sigorta ettirenin kendisine cebrî icra yoluyla müracaat edilen malvarlığı değerinin toplamıdır. Üçüncü kişinin, sigorta ettirenin malvarlığına başvurabileceği miktar da ancak bu değer ile sınırlıdır. İşte, sigorta ettiren de malvarlığının bu tehlikeye maruz kalan kısmını güvence altına almak isteyecek ve akdedilecek sorumluluk sigortasında da sigorta değerini bu miktar belirleyecektir. Bu görüş, ilk iki görüşün “sigorta değerinin açık ve belirli şekilde tespit edilmesinin mümkün olmadığı” savını haklı bulmaktadır. Ne var ki, sigorta ettirenin cebrî icra yoluyla başvurulabilecek malvarlığının ve dolayısıyla sigorta değerinin belirsiz (sonsuz büyüklükte) olması, yok sayılması sonucunu doğurmaz. Zira belirsiz (sonsuz büyüklükteki) bir değer, “değersizlik” anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla, sorumluluk sigortasında da bir sigorta değerinin bulunduğu kabul edilmelidir.

⁶³ Bozer, 2007, s. 133.

⁶⁴ Bozer, 2007, s. 133. Bozer, bu gibi sorumluluk sigortalarına, mal sigortalarına ilişkin genel prensiplerden bazılarının uygulanabileceğini belirtmekte; menfaat ilgisini ve halefiyet ilkesini de bu prensiplere örnek olarak göstermektedir (Bkz. Bozer, 1965, s. 257).

⁶⁵ Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 67. Sayhan eserinde, sigorta hukuku açısından menfaati, en genel anlamıyla “zarar görme ihtimali” olarak yorumlamakta; sigorta konusu menfaatin de sigorta değerinden ibaret olduğunu belirtmekte ve bu surette sorumluluk sigortasında her hâlde bir sigorta değerinin bulunduğunu kabul etmektedir (Bkz. Sayhan, s. 62).

C. “Zenginleşme Yasağı İlkesi”nin Sorumluluk Sigortasında Geçerli Olup Olmadığı Sorunu

Zenginleşme yasağı ilkesi uyarınca sigorta ettiren, sigortacıdan ancak “gerçekten” uğradığı zararların karşılığını talep edebilir. Diğer bir deyişle bu ilke, sigorta ettirenin, sigortalattığı menfaatinin uğradığı zarara karşılık gelen tazminattan daha fazla bir meblağ elde edememesini ve bu surette zenginleşmemesini ifade eder.⁶⁶ Türk Ticaret Kanunu’nda genel olarak zarar sigortaları bakımından geçerli olan bu ilkenin izlerine, Kanun’un başka hükümlerinde de rastlamak mümkündür.⁶⁷ Kanun koyucu, bu ilke ile sigorta sözleşmesinin haksız bir zenginleşme aracı olmasının önüne geçmek istemiştir.

Öte yandan, yukarıda da ifade edildiği üzere, sorumluluk sigortası ile amaçlanan, sigorta ettirenin doğrudan doğruya uğradığı zararların giderilmesi değildir. Aksine burada, üçüncü kişinin uğradığı zarar nedeniyle sigorta ettirene başvurulması neticesinde malvarlığında meydana gelecek eksilmenin önlenmesi hedeflenir. Dolayısıyla sorumluluk sigortasının tipik bir zarar sigortası niteliği taşımadığı açıktır.⁶⁸ Bu nedenle, zenginleşme yasağı ilkesinin bu tür sigortalar bakımından uygulanabilirliği konusunda, öğretide farklı görüşler ile ri sürülmüştür.

Zenginleşme yasağı ilkesinin sorumluluk sigortasına uygulanamayacağını savunan bir görüş, bu savını, sigorta değeri kavramının sorumluluk sigortaları bakımından geçerli olmadığı görüşüne dayandırmaktadır.⁶⁹ Zira sigorta sözleşmesi aracılığıyla haksız bir zenginleşmeden bahsedebilmek için, sigorta değeri ile sigorta bedeli ara-

⁶⁶ “Zenginleşme Yasağı İlkesi” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Omağ, Merih Kemal, “Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı”, *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, İstanbul 2003, s. 253-262; Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 19; Bozer, 1981, s. 91; Ünan, *Riziko*, s. 17; Çeker, *Sigorta Hukuku*, s. 91.

⁶⁷ Bu doğrultuda bkz. TTK m.1283, 1285/2, 1286, 1287, 1292/ f. 2 ve 3.

⁶⁸ Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 35.

⁶⁹ Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 11; Sergici, *Mesuliyet Sigortası Türleri*, s. 68. Yazıcıoğlu da pasif zarar sigortalarında sigorta değerinin tespit edilmesinin mümkün olmadığını savunarak, sigorta bedelinin sigorta değerine eşitliği ilkesinin uygulanamayacağını ifade etmekte; bu surette, zenginleşme yasağının sorumluluk sigortalarında uygulama alanı bulamayacağını dolaylı olarak kabul etmektedir (Bkz. Yazıcıoğlu, s. 543, dn. no. 1).

sındaki dengenin bozulmuş olması gerekir.⁷⁰ Sorumluluk sigortasında ise sigorta değerinin bulunmaması, doğal olarak onun sigorta bedeli ile karşılaştırılmamasına ve neticede bir zenginleşme durumunun meydana gelmemesine neden olur. Bu nedenle, zenginleşme yasağı ilkesi sorumluluk sigortalarında geçerli olmaz.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız ve sorumluluk sigortasında her hâlde sigortalabilir bir menfaatin (dolayısıyla da bir sigorta değerinin) bulunduğunu ileri süren bir görüş, zenginleşme yasağı ilkesinin sorumluluk sigortası bakımından da geçerli olduğunu savunmaktadır.⁷¹ Buna göre, sorumluluk sigortası bakımından sigorta menfaati, sigorta ettirenin malvarlığının zarar tehdidi altında kalan kısmı ile olan ilişkisidir. Sigorta değeri ise, sigorta ettirenin malvarlığının cebri icra yoluyla başvurulabilecek kısmının ifade ettiği değerdir. Yani sorumluluk sigortasında da bir sigorta değeri vardır. Bunun yanında, sigortacının edim yükümlülüğünün üst sınırını, uğrulan gerçek zararın miktarının oluşturduğu esas, sorumluluk sigortaları için de aynen geçerlidir.⁷² Esasen, Türk Ticaret Kanunu'nun öngördüğü bazı düzenlemelerden de sorumluluk sigortası açısından da mağdurun gerçek zararının tazmininin arzu edildiği anlaşılmaktadır. Kanun'un sorumluluk sigortasına doğrudan uygulanacak hükümlerinden biri niteliğini taşıyan 1310. maddesi, bu konuda önemli bir ör-

⁷⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.06.1977 tarih ve E.1977/4546, K. 1977/3117 sayılı kararında, bu hususu "...Tazminat (zarar) sigortasının amacı, teminat altına alınan rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, sigorta ettirenin veya sigortadan yararlanan kimsenin uğradığı gerçek zararın giderilmesinden ibarettir. Bu nedenle, bir kimsenin sigorta aracılığıyla zenginleşmesi, bu yoldan kazanç sağlaması olanaksızdır. Esasen, böyle bir şeye engel olmak içindir ki, Kanunumuzda sigorta değerinin sigorta bedeline eşit olması ilkesi benimsenmiş ve aşkın sigorta hâlinde sigorta değerinden fazlaya ait sigortanın batıl olacağı hususu Türk Ticaret Kanunu'nun 1283. maddesinde hükme bağlanmıştır." şeklinde ifade etmiştir. (Bkz. Ulaş, s. 115).

⁷¹ Nomer, Cahit/ Yunak, Hüseyin, *Sigortanın Genel Prensipleri*, İstanbul 2000, s. 65; Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, s. 36. OMAĞ, çifte sigortaya ilişkin hükümlerin sorumluluk sigortasında da uygulanabilir olduğunu belirtmekte; bu surette, zenginleşme yasağının bu tür sigortalar açısından geçerli olduğunu dolaylı olarak savunmaktadır. (Bkz. Omağ, Merih Kemal, "Türk Ticaret Kanunu ile 25 Haziran 1992 Tarihli Belçika Kara Sigortası Mukavelesi Kanunu Açısından Hukuki Sorumluluk Sigortası", *Sigorta Hukuku Dergisi*, Y. 1997, S. 1, s. 81.) Aynı yazar, bir başka eserinde, zenginleşme yasağı ilkesinin, (hukukî) sorumluluk sigortalarında uygulama alanı bulacağını, daha net ifadelerle kaleme almıştır (Bkz. Omağ, *Zenginleşme Yasağı*, s. 253).

⁷² Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 36.

nek teşkil eder. Gerçekten de anılan hükme göre, sigortacının ödemekle yükümlü olduğu sigorta tazminatını tahsil etmeye, yalnızca sigorta ettirenin sorumlu olduğu (zarar gören) kişi yetkilidir. Bu hüküm ile sigortacı tarafından fazladan yapılacak ödemelerin önüne geçilmek istenmiştir.⁷³ Dolayısıyla, sigorta ettiren kişinin maruz kaldığı zarardan daha fazlasını elde etmesini engellemeye yönelik bir ilke olan “*zenginleşme yasağı ilkesi*”, sorumluluk sigortası bakımından da geçerli bir ilkedir.

D. “*Aşkın Sigorta*” ve “*Menfaat Değerinin Altında Sigorta*”ya İlişkin Hükümlerin Sorumluluk Sigortasında Uygulanabilirliği

Sigorta bedelinin sigorta değerine eşitliği ilkesinin gerçekleşmesi amacına hizmet eden⁷⁴ ve öğretide “*sigorta bedelinin sigorta değerinden yüksek olması hâli*” olarak ifade edilen *Aşkın Sigorta*, Türk Ticaret Kanunu’nun 1283. maddesinde hükme bağlanmıştır.⁷⁵ Anılan hüküm uyarınca, sigortacı, sigorta ettiren kimsenin ancak gerçekten uğradığı zararı tazmin edebilir. Sigorta bedeli, sigortalanan menfaatin değerini aşarsa, sigortanın mevcut değerini aşan kısmı geçersizdir. Sigortalanan menfaatten daha fazla bir sigorta tazminatı ödenmesi durumunda ise aşkın sigorta meydana gelmiş olur. Bu hâlde, sigorta tazminatının ödenmesi esnasında sigorta bedeli indirilir ve bu indirim yapılırken sigorta primi de indirimde tâbi tutularak, fazladan tahsil edilen prim, sigorta ettirene iade edilir.⁷⁶

⁷³ Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 36.

⁷⁴ Bu hususta Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de E. 1979/5846, K. 1979/5825 sayılı kararında, “*Mal sigortasında, sigorta değerinin sigorta bedeline eşit olması esastır. Bu eşitliğin bozulması halinde eksik ya da aşkın sigorta meseleleri ortaya çıkar.*” hükmüne varmıştır (Bkz. Ulaş, s. 118).

⁷⁵ Bu hüküm, Türk Ticaret Kanunu’nun 1264. maddesi uyarınca, emredici niteliktedir.

⁷⁶ “*Aşkın sigorta*” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. McGee, Andrew, *The Modern Law of Insurance*, 2nd Edition, London 2006, s. 329 vd.; Atabek, s. 74 vd.; Öçal, Akar, *Sigortacılık ve Sigorta Hukuku Hakkında Genel Bilgiler*, Ankara 1971 s. 17; Bozer, 1981, s. 94-96; Kender, *Sigorta Hukuku*, s. 272; Ulaş, s. 114; Nomer/Yunak, s. 140; Çeker, *Yargıtay Kararları*, s. 71 ve *Sigorta Hukuku*, s. 91-92; Can, *Sigorta Hukuku*, s. 87-91; Sayhan, s. 161-166.

Menfaat Değerinin Altında (Eksik) Sigorta ise, Türk Ticaret Kanunu'nun 1288. maddesinde hükme bağlanmıştır. Bu sigorta türü, aşkın sigortanın tam tersi bir durumu yansıtır. Diğer bir deyişle burada, sigorta bedeli sigorta değerinin altında kalmıştır. Eksik sigorta ettirilen menfaat değerinin tümü rizikonun gerçekleşmesi suretiyle zayı olmuşsa, bu durum bir özellik arz etmez; kararlaştırılan sigorta bedeli ödenir. Ancak kısmi bir zarar meydana gelmişse, bu hâlde ödenecek olan sigorta tazminatı, “*proportion*” yöntemi ile hesaplanır ve sigorta ettirene ödenir.⁷⁷

Söz konusu sigorta türlerine ilişkin hükümlerin sorumluluk sigortasında uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışmalıdır:

Öğretide bir görüş, sorumluluk sigortasında bir sigorta değerinin söz konusu olmadığından yola çıkmakta ve dolayısıyla da aşkın sigortanın ve menfaat değerinin altında sigortanın sorumluluk sigortasında uygulanamayacağını belirtmektedir.⁷⁸ Bu görüşe göre, aşkın sigorta ve menfaat değerinin altında sigorta, sigorta değeri ile sigorta bedeli arasındaki ilişkiden kaynaklanır. Her ikisi de zenginleşme yasağı prensibinin bir sonucudur ve yalnızca aktifin sigortasında geçerlidir.

Başka bir görüşe göre, sigorta ettirenin malvarlığının pasif kısmında meydana gelecek muhtemel zararın en üst seviyesinin önceden tespit edilemediği hallerde, bir sigorta değerinden de söz edilemez. Buna bağlı olarak, aşkın sigorta ve menfaat değerinin altında sigorta hükümlerinin bu tür sorumluluk sigortalarında uygulanması da söz konusu olmaz. Öte yandan, anılan miktarın tespit edilebildiği durumlarda; örneğin, sorumluluk sigortasının “*bir mal dolayısıyla*” akdedilmesi hâlinde, sorumluluğun en üst sınırını bu malın ikame değeri oluşturacağı için, bir sigorta değeri mevcuttur. Dolayısıyla bu ihtimalde, aşkın ve menfaat değerinin altında sigortadan da söz edilebilir.⁷⁹ Ancak bu

⁷⁷ “*Menfaat Değerinin Altında Sigorta*” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, Kemal, “*Menfaat Değeri Altında Sigorta*”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2000 (Haziran- Aralık), C. IV, S. 1-2, s. 52-89; Bozer, 1981, s. 96-98; McGee, s. 331-335; Öçal, s. 19; Kender, *Sigorta Hukuku*, s. 271; Ulaş, s. 116-119; Çeker, *Yargıtay Kararları*, s. 72; Can, *Sigorta Hukuku*, s. 83-86; Sayhan, s. 167-168; Çeker, *Sigorta Hukuku*, s. 93 vd.

⁷⁸ Möeller, s. 260; Arseven, *Sigorta Hukuku*, s. 101; Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 10; Ünan, *Riziko*, s. 17; Sergici, *Sorumluluk Sigortalarının Özellikleri*, s. 5; Yazıcıoğlu, *İlk Tehlike Sigortası*, s. 543 ve aynı sayfada dn. no.1; Metezade, s. 887; Sayhan, s. 160.

⁷⁹ Atabek, s. 75; Karayalçın, *Sorumluluk Sigortaları*, s. 54 ve *İşletme Kazaları*, s. 54; Bo-

görüş, mala zarar gelmesi hâlinde doğacak sorumluluğun en üst sınırı ile eşyanın değerinin aynı olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁸⁰ Zira sorumluluk sigortasının en önemli özelliklerinden biri, burada yalnızca eşyaya gelen zararın değil, aynı zamanda bu zarar sonucu ortaya çıkacak tüm sorumluluğun da güvence altına alınmasıdır.

Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise, konu, ilgili sorumluluk sigortası sözleşmesinde, bir sigorta bedelinin tespit edilmiş olup olmamasına göre bir ayırımı tâbi tutularak ele alınmalıdır.⁸¹ Aşkın sigortadan veya menfaat değerinin altında sigortadan bahsedebilmek için, sigorta değerinin ve sigorta bedelinin mutlak surette karşılaştırılması gerekmektedir. Bu nedenle, sigorta değeri belirlenmediği takdirde ne aşkın sigortanın ne de menfaat değerinin altında sigortanın sorumluluk sigortasında geçerli olması mümkündür. Öte yandan, sigorta sözleşmesinde sadece sigorta bedelinin belirlenmiş olması da varılan bu sonucu değiştirmeyecektir. Çünkü sorumluluk sigortasında her hâlde bir sigorta değeri söz konusudur. Fakat onun miktarını tespit etmek mümkün olmamaktadır. Diğer bir deyişle, burada bir değer vardır; fakat sınırsız bir büyüklük söz konusudur. Bu nedenle de sigorta değerinin miktarı belirlenmemektedir. İkame değeri tespit edilmiş bir sigorta değerine karşılık olarak, tek başına sigorta bedelinin belirlenmiş olması bir sonuç doğurmayacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde, aşkın sigorta ve menfaat değerinin altında sigortaya ilişkin hükümler, sorumluluk sigortasında uygulama alanı bulmaz. Fakat bu sonuç, ikinci görüşün aksine, sorumluluk sigortasında bir sigorta değerinin mevcut olmamasından değil; bu değer tam olarak tespit edilememesinden kaynaklanmaktadır.⁸²

zer, 1965, s. 257; Ergün, s. 497-498; Ünan, *Riziko*, s. 17, dn. no. 48 ve 22; Can, *Sorumluluk Sigortası*, s. 165 ve *Birden Çok Sigorta*, s. 144. CAN, son ihtimalde, sigorta tazminatının hesaplanmasında, sadece sigorta zararı ve sigorta bedelinin dikkate alınacağını ifade etmektedir. (Bkz. Can, *Sigorta Hukuku*, s. 166 ve *Sorumluluk Sigortası*, s. 21). Yazar'a göre bu takdirde, sigorta sözleşmesi devam ederken sigortacının sigorta bedelinin altında ödemede bulunması, eksik sigortaya neden olmaz (Bkz. Can, *Sorumluluk Sigortası*, s. 22).

⁸⁰ Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 11.

⁸¹ Koenig, s. 54; Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 68.

⁸² Sigorta değerinin önceden tespit edilebildiği ve sigorta sözleşmesinde sigorta bedelinin de yer aldığı sorumluluk sigortaları açısından ise, "Aşkın Sigorta" ve "Menfaat Değerinin Altında Sigorta" ya ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulacağından, her hâlde şüphe etmemek gerekir.

E. “Çifte Sigorta”ya İlişkin Hükümlerin Sorumluluk Sigortasında Uygulanabilirliği

Türk Ticaret Kanunu’nun 1286. maddesi uyarınca, değerinin tamamı sigorta adılmış bir menfaat, aynı rizikolara karşı ve aynı süre için kural olarak bir daha sigorta edilemez. Aksi takdirde, söz konusu hükümde yer alan ifadeyle “Çifte Sigorta” meydana gelmiş olur. Bunun sonucunda, sigorta sözleşmesinin yapıldığı tarih esas alınarak sonradan yapılan sözleşmeler, sigorta değerini aştığı oranda hükümsüzlük yaptırımına tâbi olur. Hükümsüz sayılan sigorta sözleşmelerine ait primler ise iade edilir.⁸³

Kanun’un anılan maddesi, 1264. maddede emredici nitelikte sayılan maddeler arasında sayılmıştır. Bu nedenle taraflar, 1286. maddede yer alan bu düzenlemenin aksini kararlaştıramazlar.

Çifte sigorta, yalnızca zarar sigortaları bakımından uygulama alanı bulur. Meblağ sigortalarında ise çifte sigorta söz konusu olmaz. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu’nun 1323. maddesi uyarınca bir kişi, hayatını dilediği kadar sigorta sözleşmesi ile ve dilediği bedel üzerinden sigorta ettirebilir.⁸⁴

Bununla birlikte, bir zarar sigortası niteliğinde olmasına rağmen, şartları gerçekleştiği takdirde sorumluluk sigortalarında çifte sigorta hâlinin oluşup oluşmayacağı, öğretide tartışmaya neden olmuştur. Söz konusu tartışmanın temelinde, tıpkı aşkın ve menfaat değerinin altında sigortada olduğu gibi, sorumluluk sigortasında bir sigorta değerinin bulunup bulunmadığı hususu yatmaktadır.

Bir görüşe göre, çifte sigortadan söz edebilmek için, birden fazla sigorta değerinin toplam miktarının sigorta değerini aşması gerekir. Sorumluluk sigortası bir “pasifin sigortası” niteliğinde olduğu için, sigorta değeri ve dolayısıyla çifte sigortanın burada gündeme gelmesi söz konusu değildir.⁸⁵

⁸³ Çifte sigorta hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, Kemal, *Çifte Sigorta*, Ankara 2002; Yenen, Şerafettin, “Sigorta Bedeli ve Birden Çok Sigorta”, *Sigorta Dünyası*, Y. 1965, S. 68-69, s. 9, 20-21; Atabek, s. 87 vd.; Bozer, 1981, s. 102-103; Kender, *Sigorta Hukuku*, s. 279-280; McGee, s. 323- 330; Çeker, *Yargıtay Kararları*, s. 75; Can, *Sigorta Hukuku*, s. 125-152; Çeker, *Sigorta Hukuku*, s. 98.

⁸⁴ Şenocak; *Çifte Sigorta*, s. 6.

⁸⁵ Möeller, s. 260; Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 11; Arseven, *Sigorta Hukuku*, s. 107; Sergici, *Sorumluluk Sigortalarının Özellikleri*, s. 5; Metezade, s. 887. Öğretide Arse-

Öğretideki bir başka görüş ise, yukarıda da ifade edildiği üzere, mal sigortalarına ilişkin hükümlerin yalnızca sigorta değerinin önceden belirlenebilir olduğu sorumluluk sigortalarında uygulama alanı bulacağı savunmaktadır.⁸⁶ Böylece, Türk Ticaret Kanunu'ndaki çifte sigortaya ilişkin hükümlerin, bu tür sorumluluk sigortaları açısından da uygulanabileceği, bu görüş taraftarlarınca dolaylı olarak kabul edilmektedir.

Bizim de katıldığımız üçüncü bir görüşe göre ise, bir hükmün uygulanabilirliği incelenirken, öngörülüş amacına da bakmak gerekir. Çifte sigortayı düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 1286'ncı maddesi hükmü, sigorta ettirenin zenginleşmesini önlemeye yönelik bir düzenlemedir. Başka bir deyişle bu hüküm, zenginleşme yasağı ilkesinin bir diğer görünümüdür. Zenginleşmenin önlenmesi ise doğrudan veya dolaylı şekilde gerçekleşebilir. Sorumluluk sigortasında da sigorta ettiren tarafından ileri sürülen tazminat talebi, uğradığı zarara karşılık gelmelidir. Bu açıdan, mal sigortasında sigorta değeri veya ikame değerini yerine getirdiği fonksiyon, sorumluluk sigortasında "sigorta zararı" tarafından üstlenilmiş bulunmaktadır. Örneğin, profesyonel bir futbol takımında futbol oynayan bir kişi lehine, kulübü, müsabakalarda karşı taraftan bir oyuncuyu sakatlaması rizikosuna karşılık, 5.000 TL'lik bir sorumluluk sigortası akdetmiştir. Aynı futbolcu, aynı rizikoyu aynı süre için özel olarak 10.000 TL'lik başka bir sorumluluk sigortası ile sigorta ettirmiştir. Futbolcunun, karşı taraftan bir oyuncuyu müsabaka esnasında sakatlaması sonucu 7.000 TL'lik bir zarar ortaya çıkmış ve kendisine karşı ileri sürülen tazminat talebi kesinleşmiş ise, yine çifte sigortadan söz edilebilir. Sorumluluk sigortalarında da sigorta değeri vardır; fakat bu değer sonsuz bir büyüklüktedir. Burada zararın meydana geldiği an sigorta değerini tespit etmek pek mümkün değildir. Ancak, yukarıdaki örnekte, bu futbolcudan talep edilecek sigorta tazminatının miktarı, futbolcunun sigortacılarından elde edeceği miktarından azdır. Sonuç olarak sigorta ettiren, çifte sigorta yoluyla,

ven, malvarlığı sigortalarında çifte sigortanın gündeme gelebileceğini belirtmekte, fakat bu tür sigortalarda Türk Ticaret Kanunu'nun 1286. maddesinin uygulama alanı bulamayacağını; 1285 ve 1346. maddelerinin uygulanabileceğini ifade etmektedir (Bkz. Arseven, *Sigorta Hukuku*, s. 47).

⁸⁶ Bkz. yuk. dn. no. 62'de belirtilen yazarlar. Atabek ise eserinde, bu görüşü açık bir şekilde ifade etmektedir (Bkz. Atabek, s. 95).

uğradığı zarardan daha fazla bir tazminat elde ediyorsa, 1286'ncı maddede hükmü, kıyasen de olsa uygulanabilmelidir.⁸⁷

Çifte sigorta konusunda değinilmesi gereken bir başka husus da Türk Ticaret Kanunu'nun 1286'ncı maddesinin birinci bendinde yer alan ve aynı Kanun'un 1285'nci maddesine atıfta bulunan hükmünün sorumluluk sigortasına uygulanabilirliği sorunudur. Söz konusu hüküm uyarınca, bir menfaatin birden çok sigortacı tarafından sigortalanması hâlinde, önceki ve sonraki sigortacılar onay verdikleri takdirde, çifte sigorta yaptırımını gündeme gelmeyecektir. Bu durumda, sigortacıların edim yükümlülüklerinin hesaplanması, 1285. maddede gösterilen yöntemle gerçekleşecektir. 1285. maddede ise sigortacıların orantısız sorumluluk esasını uyarınca sorumluluğu paylaşacakları hükme bağlanmıştır. Yani her bir sigortacı, meydana gelen zararı, sigorta bedellerinin toplamının kendi sigorta sözleşmelerinde öngörülen sigorta bedeli oranı ölçüsünde karşılayacaktır.⁸⁸

Anılan bu sistem, sorumluluk sigortasının niteliği ile bağdaşmamaktadır. Nitekim bu tür sigortada, sigorta bedeli, sigortacının üstlendiği riziko payını göstermemektedir. Yalnızca onun edim yükümlülüğünün üst sınırını ifade eder.⁸⁹ Sigorta primlerinin hesaplanması da buna uygun olarak yapılmaktadır. Bu da haksız bir durumun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Zira mal sigortalarında sigorta primi, sigorta bedeliyle doğru orantılı olarak artmaktadır. Oysa sorumluluk sigortasında sigorta primi, sigorta bedeli azaldıkça artmaktadır.⁹⁰ Dolayısıyla anılan hükmün sorumluluk sigortasına uygulanamayacağı sonucuna varılmalıdır.

Öğretide, açıklanan bu nedenlerle, sigortacıların edim yükümlülüklerinin miktarının tespitinde başka bir sistemin uygulanması önerilmiştir.⁹¹ Buna göre sigortacılar, meydana gelen sorumluluk zararını, her bir sigortacının somut olayda çifte sigorta söz konusu olmasaydı sözleşmeye göre ödemekle yükümlü olacağı miktarın, bu miktarın toplamına olan oranına göre paylaşacaklardır.⁹²

⁸⁷ Omağ, *Sorumluluk Sigortası*, s. 81; Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 71-72.

⁸⁸ Şenocak, *Çifte Sigorta*, s. 59.

⁸⁹ Şenocak, *Çifte Sigorta*, s. 92-93.

⁹⁰ Şenocak, *Çifte Sigorta*, s. 93.

⁹¹ Şenocak, *Çifte Sigorta*, s. 95.

⁹² Açıklanan bu görüşe ilişkin olarak Şenocak'ın verdiği şu örnek, konuyu aydınlatır:

F. Türk Ticaret Kanunu'nun "Sigortacının Halefiyeti"ne İlişkin 1301. Maddesi Hükümünün Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği

Türk Ticaret Kanunu'nun 1301. maddesi uyarınca, sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesi sonucunda uğradığı zararlar için üçüncü kişiye karşı sahip olduğu tazminat alacağı, kendisine ödenen sigorta tazminatı miktarınca sigortacıya geçer.⁹³ Bu anlamda sigortacının üçüncü kişiye karşı sahip olduğu haklar, sigorta ettirenin bu kişiye karşı sahip olduğu haklardan daha fazla değildir.⁹⁴ Zarar sigortalarıda geçerli olan zenginleşme yasağının bir görünümü niteliğindeki bu durum, "sigortacının (kanunî) halefiyeti" şeklinde ifade edilmektedir.⁹⁵

cı niteliktedir: Avcı (A), sigortacı (B) nezdinde bir sorumluluk sigortası akdetmiştir. Buna göre sigortacı (B), (A)'nın sorumluluğu doğuran her bir olay karşılığında 100.000 TL ödemeyi üstlenmiştir. Ayrıca, sigorta sözleşmesinde, sigortacının edim yükümlülüğü, cismani zarara maruz kalan kişi başına 10.000 TL ile sınırlandırılmıştır. Bu arada, söz konusu avcının da üyesi olduğu yerel avcılar derneği, tüm üyelerinin sorumluluğunu, başkası hesabına sigorta hükümleri çerçevesinde, sigortacı (C) nezdinde ayrıca teminat altına almıştır. Sigortacı (C) ile yapılan sigorta sözleşmesi uyarınca, (C), her bir sorumluluğu doğuran olay için 100.000 TL sigorta tazminatı ödemeyi kabul etmiştir. (A), katıldığı bir av partisinde yanlışlıkla birini öldürmüş, bunun sonucunda da mahkemece 30.000 TL ödemeye mahkûm edilmiştir.

Bu noktada, eğer tek sigortacı (B) olsaydı, ödeyeceği tazminat miktarı 10.000 TL; tek sigortacı (C) olsaydı, ödeyeceği tazminat miktarı 30.000 TL olacaktı. Burada, sigorta tazminatları toplamı 30.000 + 10.000= 40.000 olmakta; bu miktar da, sigortalı menfaatin sahibi olan (A)'nın ödemesi gereken 30.000 TL'yi aşmaktadır. Sonuçta da bir çifte sigorta durumu meydana gelmektedir.

Yukarıda belirtilen görüş doğrultusunda, sigortalıların oluşan zararı paylaşımları şu şekilde olacaktır:

$$\text{Sigortacı (B)} > 30.000 \text{ TL} \times (10.000 \text{ TL} / 40.000 \text{ TL}) = 7.500 \text{ TL}$$

$$\text{Sigortacı (C)} > 30.000 \text{ TL} \times (30.000 \text{ TL} / 40.000 \text{ TL}) = 22.500 \text{ TL}$$

$$7.500 \text{ TL} + 22.500 \text{ TL} = 30.000 \text{ TL} \text{ (Şenocak, Çifte Sigorta, s. 95-96'dan naklen)}$$

⁹³ Deniz rizikolarına karşı sigorta açısından halefiyete ilişkin düzenleme için bkz. TTK m. 1361.

⁹⁴ Veal, Gregory R., "Subrogation: The Duties and Obligations of the Insured and Rights of the Insurer Revisited", *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, Y. 1992, C. XXVIII, S. 1, s. 70.

⁹⁵ Sigortacının halefiyeti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Rinaldi, Elaine M., "Apportionment of Recovery Between Insured and Insurer in a Subrogation Case", Tort Trial & Insurance Practice Law Journal, C. XXIX, S. 4, s. 803-817; Omağ, Merih Kemal, Türk Hukukunda Sigortacının Kanunî Halefiyeti, İstanbul 1983; Kılıçoğlu, Ahmet, "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1974, C. XXXI, S. 1-4, s. 395-446; Kender, Rayegân, "Sigorta Tazminatını Ödeyen Sigortacının, Sigortalısının Yerine Geçmesi Meselesi", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Ka-*

Söz konusu halefiyetin doğması, taraflar arasında geçerli bir sigorta sözleşmesinin kurulmasına, rizikonun doğması neticesinde sigorta ettirene sigorta tazminatının ödenmesine ve nihayet sigorta ettirenin, zararın sorumlusu olan üçüncü kişiye karşı bir talep ve dava hakkının bulunmasına bağlıdır.⁹⁶ Anılan şartlar gerçekleştiği takdirde, sigorta ettirenin hakları, başka bir işleme gerek duyulmaksızın sigortacıya geçer. Görüldüğü üzere sigortacının halefiyeti, bir kanunî temlik halidir.⁹⁷

Meblağ sigortalarında uygulama imkânı olmayan⁹⁸ Türk Ticaret Kanunu'nun 1301. maddesinin, zarar sigortalarının diğer türlerine uygulanması konusunda herhangi bir tereddüt bulunmazken, sorumluluk sigortası bakımından uygulanıp uygulanamayacağı öğretide tartışmalıdır.

Bir görüş, sorumluluk sigortasında sigorta ettiren ile zarardan sorumlu kişinin aynı olmasından yola çıkarak, sigortacının, zararın failine ve dolayısıyla da borçluya başvurmasının mümkün olmadığını; dolayısıyla da bu tür sigortalarda halefiyet ilkesinin uygulanamayacağını savunmaktadır.⁹⁹ Bu görüşe göre, sorumluluk sigortalarında sigortacının halefiyetinden değil, sadece sigorta ettirene karşı rücutan söz edilebilir.

Öğretideki hâkim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise, sigortacının halefiyeti kuralı, bir zarar sigortası türü olan sorumluluk

rarları Sempozyumu, Y. 1991, S. 8, s. 173-185 ve *Sigorta Hukuku*, s. 294 vd; Acar, Serdar, "Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Ardılığı Konusunda Bazı Sorunlar ve Yeni Gelişmeler" *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 2005, C. LXXIX, S. 5, s. 1539-1551; Tekil, Fahiman, "Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı", *Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan*, Ankara 1998, s. 126-131; Çeker, *Sigorta Hukuku*, s. 99-106; Nomer/Yunak, s. 75; Can, *Sigorta Hukuku*, s. 45-47.

⁹⁶ Omağ, *Halefiyet*, s. 80; Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 37.

⁹⁷ Omağ, *Halefiyet*, s. 66; Acar, s. 1540.

⁹⁸ Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 07.02. 1980 tarih, E. 1979/5647 ve K. 1980/545 sayılı kararında, "...TTK. m. 1301. maddesi sigortacıya halefiyet hakkı tanımış bulunmakta ise de...meblağ sigortası olan can sigortalarında bu madde hükmünün uygulama alanı bulunmadığı açık ve net olarak saptanmış bulunmaktadır." hükmüne vararak, bu sonucu teyit etmiştir (Yargıtay Kararları Dergisi, Y. 1980, C. VI, S. 9, s. 1252-1255).

⁹⁹ Bozer, Ali, "Yangın Dolayısıyla Sorumluluk Sigortası", *Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları III. Sigorta Semineri*, Ankara 1977, s. 311 ve 2007, s. 133, dn. no. 3; Kılıçoğlu, *Halefiyet ve Rücu*, s. 424.

sigortasında da belirli koşullar altında uygulanabilmelidir.¹⁰⁰ Meydana gelen zarardan dolayı sigorta ettiren ile birlikte birden fazla kişinin müteselsilen sorumlu olmaları hâlinde durum böyledir. Bu hâlde sigortacının halefiyeti, mal sigortalarının aksine, zarar gören ile zararın sorumlusu arasındaki talep hakkı değil; sigorta ettiren ile diğer zarar sorumlusu arasındaki hukukî ilişki bakımından doğmaktadır.¹⁰¹ İlk görüş ise bu ihtimali; yani sigortacının, tek ve aynı zarardan sigorta ettirenle birlikte müteselsilen sorumlu olan kişilere, Türk Ticaret Kanunu'nun 1301. maddesine göre rücu hakkına sahip olup olmadığı hususunu göz önünde bulundurmamaktadır.¹⁰² Eğer bu ihtimal atlanırsa, zarar sigortaları ve dolayısıyla sorumluluk sigortası için geçerli olan zenginleşme yasağı ilkesi ihlâl edilebilir. Şöyle ki; sorumluluk sigortasında halefiyet ilkesi kabul edilmeyecek olursa, sigortacı, meydana gelen zarar dolayısıyla zarar gören üçüncü kişi tarafından sigorta ettirene karşı ileri sürülen tazminat talebini karşılamasına rağmen, zarara neden olan diğer kişilere rücu amacıyla başvuramayacaktır. Ancak sigorta ettiren bu hâlde, sigortacının zarar görene ödediği miktar kadar, üçüncü kişilere rücu edebilecektir. Görüldüğü üzere, burada sigorta ettirenin malvarlığında herhangi bir azalma meydana gelmemiştir. Aksine o, sigortacının zarar görene sigorta tazminatını ödemesinden sonra diğer sorumlulara rücu etmiş ve bu sayede haksız zenginleşmiştir.¹⁰³ Öte yandan bu hâlde, sigorta ettiren, rücu amacıyla zarara sebep olan müşterek sorumluya başvuramamış olsa bile zenginleşme söz konusu olur. Bu defa müşterek sorumlu, sigorta ettiren tarafından akdedilen ve tamamen dışında kaldığı bir sigorta sözleşmesi sayesinde ödeme yapmaktan kurtulmuş ve bu sayede zenginleşmiş olmaktadır.¹⁰⁴ Açıklanan bu nedenlerle, sorumluluk sigortasının

¹⁰⁰ Uluğ, İlknur, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Zarar Sigortaları", *Sigorta Hukuku Dergisi*, Y. 2005, S. 1, s. 212; Atabek, s. 183; Karayağcı, *İşletme Kazaları*, s. 64; Bozer, 1981, s. 113; Omağ, *Halefiyet*, s. 93; Kender, *Mesuliyet Sigortası*, s. 4; Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, s. 39; Çeker, *Yargıtay Kararları*, s. 77.

¹⁰¹ Acar, s. 1545.

¹⁰² Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, s. 39.

¹⁰³ Bu doğrultuda Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 09.12.1997 tarih ve E. 1997/10562, K. 1997/11742 sayılı kararında, sigorta ettiren kişinin, hem zarar veren üçüncü şahıstan hem de sigorta şirketinden tazminat almasının, sebepsiz zenginleşme doğuracağına karar vermiştir. Söz konusu karar için bkz. Çeker, *Yargıtay Kararları*, s. 77.

¹⁰⁴ Şenocak, *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, s. 40.

da sigortacının sigorta ettirene halef olması imkânı, belli bazı şartlar altında kabul edilmelidir.¹⁰⁵

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda ise sigortacının halefiyeti konusu, sorumluluk sigortası bakımından ayrı bir hükümlerle düzenlenmiştir. Buna göre Tasarının 1481'nci maddesinin birinci ve ikinci fıkrası hükümleri şöyledir:

“(1) Sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigortalı yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur.

(2) Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı gereğince, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir.”

Anılan düzenlemeye göre sigortacı, sigorta tazminatını ödeyerek sigortalının¹⁰⁶ yerine geçmektedir. Bu sayede sigortalının (eğer varsa)

¹⁰⁵ Yargıtay, 17.01.1972 tarih ve E.1970/2, K. 1972/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, şartları gerçekleştiği takdirde sorumluluk sigortalarında da halefiyete dayalı olarak sigorta rücu davasının açılabilmesine hükmetmiş; 11. Hukuk Dairesi de 29.03.1979 tarih ve E. 1979/1051, K. 1979/1629 sayılı kararında, bu sonucu teyit edecek şekilde “...Türk Ticaret Kanunu'nun 1301/1 maddesinde düzenlenen halefiyet hâli, mal ve malî sorumluluk sigortalarında söz konusu olup, kaza sigortalarında halefiyet ilkesini uygulama olanağı yoktur” kararına varmıştır. (Bkz. Ulaş, s. 668). Yüksek mahkemenin yine başka bir kararında da aynı sonuca vardığı görülmektedir. Örneğin 11. Hukuk Dairesi, 02.07.2001 tarihli ve E. 2001/3702 ve K. 2001/5993 sayılı kararında, Türk Ticaret Kanununun 1301'nci maddesinde düzenlenen halefiyet halinin yalnızca mal ve malî sorumluluk sigortalarında söz konusu olduğunu açıkça karara bağlamıştır (www.kazanci.com, 10.07.2009. Yargıtay'ın aynı doğrultudaki diğer bazı kararları için bkz. Doğanay, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. III [Madde 816-1475], 4. Baskı, İstanbul 2004, s. 3392, dn. 250). Bunun yanında Şenocak, sigortacının buradaki rücu hakkına esas olarak, mağdura, farklı hukukî nedenlerden dolayı tek ve aynı zarardan sorumlu olan kişiler arasında rücu ilişkisini düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin uygulanmayacağını belirtmektedir. Zira sigorta ettiren, burada, mağdura karşı müteselsil sorumlu kişiler arasında yer almamaktadır. O, bu tazminat edimini, mağdurun zarar görmesinin bir hukukî sonucu olarak değil; sigorta ettiren ile aralarında yaptıkları sigorta sözleşmesine istinaden yerine getirmektedir. Bu nedenle onun sorumluluğu müteselsil nitelikte değil, sigorta ettirenin arkasından gelen ve yine sigorta ettirene karşı olan bir sorumluluktur (Bkz. Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 41).

¹⁰⁶ Sorumluluk sigortası üçüncü kişi lehine yapılabilir ve bu durumda sigorta ettiren ile sigortalı birbirinden ayrılır. Sigortacı bu durumda, sigorta ettirenin değil, sigortalının haklarına halef olmaktadır. Bu nedenle Tasarı'nın anılan düzenlemesinde “sigorta ettiren” yerine “sigortalı” tabirinin kullanılması, kanaatimizce uygun ol-

sorumlu olduğu kişilere karşı dava açma veya açılmış bir dava veya takip varsa bunları kaldığı yerden sürdürme hakkını da kanunen kazanmaktadır.¹⁰⁷ Dolayısıyla Tasarı hükümleri ile sorumluluk sigortalarında sigortacının halefiyeti açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır.¹⁰⁸

3. Türk Ticaret Kanunu'nun "Sigortalanan Malın Sahibinin Değişmesi"ne İlişkin 1303. Maddesi Hükümünün Sorumluluk Sigortasına Uygulanabilirliği

Türk Ticaret Kanunu'nun 1303. maddesi hükmü uyarınca, sigorta sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadığı sürece, sözleşmenin tâbi olduğu süre içinde *sigortalanan malın* sahibinin herhangi bir surette değişmesi durumunda, sigortadan doğan hak ve borçlar, o malın rizikosu kendisine ait olduğu tarihten itibaren yeni sahibine geçer.¹⁰⁹, ¹¹⁰ Mal

muştur.

¹⁰⁷ Ünan, uygulamada ender de olsa, sigortacının sigorta ettirene rücu edebileceği durumların bulunabileceğini, Tasarı'nın ise bu ihtimali göz önüne almadığını belirterek, söz konusu hükümü eleştirmiştir. Bkz. Ünan, Samim, "Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın -Sigorta Hukuku- Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler", *Sigorta Hukuku Dergisi*, Y. 2005, S. 1, s. 167.

¹⁰⁸ Tasarıda bu prensibin benimsendiği, 1481'nci maddenin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: "Söz konusu madde ile sorumluluk sigortalardaki halefiyet hali de açıkça hüküm altına alınmış ve özelliğinden dolayı da genel zarar sigortasındaki halefiyetten bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bu konu doktrinde çok fazla tartışmaya neden olmuş ve bu tür sigortalarda sigortalı ile zarardan sorumlu olan aynı kişi olduğundan sigortacının zararın failine (borçluya) başvurması nedeni ile halefiyetinden bahsedilemeyeceği, aksi takdirde sigortacının sigortalısı için ödediği tazminatı geri sigortalısına rücu edeceği şeklinde bir sonuca varılacağı ve bu durumda da sigortalı için prim ödenmesinin bir anlamı olmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüşte haklılık payı olmakla birlikte, sorumluluk sigortalılarında hiçbir şekilde halefiyetin olamayacağını söylemek de doğru değildir. Şöyle ki, özellikle müteselsil sorumluluk halinde, zarar görenin müteselsil sorumlulardan birinden veya bunun sigortacısından zararının tamamını alması halinde sigortacı sigortalısına halef olarak fazla ödediği miktar için diğer sorumlulara rücu edebilir."

¹⁰⁹ Sigortalanan Malın Sahibinin değişmesi konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, Fırat, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi*, Ankara 1971.

¹¹⁰ Kanun koyucu, bu hüküm ile borçlar hukukunun genel bir prensibi olan "sözleşmelerin nisbîliği" ilkesine istisna teşkil edecek bir düzenleme öngörmüş bulunmaktadır (Bkz. Ulaş, s. 142; Çeker, *Yargıtay Kararları*, s. 138. Söz konusu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 6-8). Anılan ilke uyarınca, sözleşme konusu malın malikinin değişmesi, o sözleşmeyi sona erdirir. Oysa burada

sigortaları bakımından öngörölmüş olan bu düzenlemenin sorumluluk sigortaları bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmalar, hükümde yer alan “sigortalı mal” tabirinin anlamı konusunda ortaya çıkan farklı yaklaşımlardan kaynaklanmaktadır.

Öğretide bir görüş, sigortalı malın “sigortalanan menfaat” olarak algılanması gerektiğini ileri sürmektedir.¹¹¹ Zira Türk Ticaret Kanunu’na göre sigortanın konusunu “mal” değil “menfaat” oluşturmaktadır (Bkz. TTK m. 1263, 1269, 1321 ve 1339). Bu hususta menfaatin sübjektif veya objektif nitelikte olmasına göre, söz konusu görüş içinde de bir ayırımı yapılmakta ve iki farklı teori ortaya atılmaktadır:

-Bu teorilerden ilki olan *sübjektif menfaat teorisi*, anılan değeri, menfaatin sahibi bakımından dikkate alır.¹¹² Kanun’un 1303. maddesindeki “sigortalı mal” ifadesinden “sübjektif menfaat” anlaşılacak olursa, sigorta ettirenin sigortaladığı sübjektif menfaatin devredilmesi mal sigortalarında dahi mümkün olmadığı için, sorumluluk sigortaları için bu devir evleviyetle söz konusu olmayacaktır.

- İkinci teori ise *Objektif menfaat teorisi* olarak adlandırılmaktadır. Bu teoriye göre menfaatten anlaşılması gereken, kamunun bu menfaate verdiği değerdir.¹¹³ Hükümdeki “sigortalı mal” tabirinden “objektif menfaat” anlaşıldığı takdirde, sigorta, her zaman eşyanın kaderine tâbi olacaktır. Diğer bir deyişle bu hâlde sigorta menfaati, eşyayı takip edecektir.¹¹⁴ Dolayısıyla, eşyayı sonradan iktisap eden her kişi, sigorta ettiren sıfatını hiçbir işleme gerek kalmadan kazanacaktır. Oysa kanun koyucunun 1303. maddedeki sigortalı mal tabiri ile kastettiği şey, objektif menfaat olmamalıdır. Zira bu hâlde, hükmün öngörülmesine gerek kalmayacaktır. Açıklanan bu nedenlerle hükümde geçen “sigortalı mal” ifadesinden sigorta menfaatinin anlaşılacağı öğretide belirtilmektedir.¹¹⁵

Bir başka görüş, anılan hükümdeki “sigortalı mal” ifadesinden “si-

sözleşme sona ermemekte, sigorta ilişkisi yeni malik ile devam etmektedir.

¹¹¹ Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 51.

¹¹² Bozer, 1981, s. 45.

¹¹³ Bozer, 1981, s. 45-46.

¹¹⁴ Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 51.

¹¹⁵ Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 51.

gortalanan menfaatin ilişkin (bağlı) olduğu mal”ın anlaşılması gerektiğini savunmaktadır.¹¹⁶ Fakat bu yaklaşımın benimsenmesi, 1303. maddesinin sorumluluk sigortasına uygulanabilmesini imkânsız kılar. Zira sorumluluk sigortasında teminat altına alınan, bir mal üzerindeki menfaat değil; sigorta ettirenin tüm malvarlığıdır.¹¹⁷

Nihayet öğretilerde savunulan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise, *“sigortalı mal”* tabirinden anlaşılması gereken, *“kendisi dolayısıyla sigorta yapılan mal”* dır.¹¹⁸ Kendisi dolayısıyla sigorta yapılan mal ise, mal sigortaları açısından *“sigorta menfaatinin konusu olan malı”*, sorumluluk sigortalarında ise *“riziko faktörünü”* ifade eder. Bunun sonucunda, Türk Ticaret Kanunu’nun 1303. maddesi hükmü, mal sigortaları için her zaman uygulanırken, sorumluluk sigortası için yalnızca sigortanın bir mal dolayısıyla yapılması hâlinde uygulanabilecektir.¹¹⁹

Sigortalı malın el değiştirmesi hususu, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda, mevcut düzenlemeye nazaran farklı bir şekilde hükme bağlanmıştır. Tasarının 1470. maddesi hükmüne göre, sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi hâlinde, aksine sözleşme yoksa sigorta ilişkisi sona erer. Sonuç olarak, Tasarı yasalaştığı takdirde, bu hususta ne mal sigortaları ne de sorumluluk sigortaları bakımından uygulanabilirliği tartışma yaratacak bir hüküm bulunacaktır.

4. Değerlendirme

Kısaca *“sigorta sözleşmesi aracılığıyla haksız bir kazancın elde edilmesine izin verilmemesi”* olarak ifade edilen *zenginleşme yasağı ilkesi*, zarar sigortalarının en temel ilkelerinden biri durumundadır. Bunun yanında, anılan ilkenin yine bir zarar sigortası niteliğindeki sorumluluk sigortaları bakımından da geçerli olup olmadığı sorunu, bu tür sigortalarda sigorta değerinin varlığının öğretilerde tartışmalı olması nedeniyle önem arz eder. Bu nokta, Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan ve zenginleşme

¹¹⁶ Bozer, 1981, s. 139.

¹¹⁷ Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 51.

¹¹⁸ Şenocak, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, s. 52.

¹¹⁹ Doğanay, söz konusu hükmün sorumluluk sigortasına uygulanabilirliği açısından herhangi bir ayırımda bulunmamakta ve *“TTK’nun 1303’üncü maddesi hükmü genellikle “mal - tazminat” sigortalarının her nev’inde uygulanır.”* demek suretiyle, hükmün bu tür sigortalarda da uygulanabileceğini kabul etmektedir (bkz. Doğanay, s. 3414).

yasağı ilkesinin tipik birer görünümü niteliğindeki *aşkın, çifte ve menfaat değerinin altında sigorta* hâllerine ilişkin hükümlerin sorumluluk sigortasına uygulanabilirliği hususunu da yakından ilgilendirmektedir. Kanaatimizce, sorumluluk sigortalarında da bir sigorta değerinin varlığı (miktarının tespiti çoğu zaman mümkün olmasa da) kabul edilmelidir. Bu nedenle, Kanun'da yer alan bu hükümler, niteliği örtüştüğü oranda, sorumluluk sigortasına da uygulanabilmelidir.

Yine zenginleşme yasağı ilkesinin bir diğer görünümü niteliğindeki *sigortacının halefiyetine* ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 1301. maddesi hükmünün, sorumluluk sigortalarına doğrudan değil ve fakat yalnızca belirli şartlar altında "*kıyasen*" uygulanabileceğinin kabulü gerekir.

Sigortalı malın el değiştirmesine ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 1303. maddesi hükmü de, ancak hükümde yer alan "*sigortalı mal*" tabirinin "*kendisi dolayısıyla sigorta yapılan mal*" olarak algılanması hâlinde sorumluluk sigortalarına uygulanabilecektir.

Burada belirtilmelidir ki; mal sigortalarına ait hangi hükümlerin sorumluluk sigortalarına uygulanabileceği Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda, açık bir hükümle belirtilmiştir (TTKT m. 1485).¹²⁰ Bu nedenle, Tasarı yasalastığı takdirde, öğretilde mal sigortalarına ait hükümlerin sorumluluk sigortasına uygulanabilirliği konusunda uzun süreden beri devam etmekte olan tartışmalar sona erecektir. Öte yandan, söz konusu madde ile mal sigortalarına ilişkin olarak öngörülen ve "*Başkası Lehine Sigorta*" başlığını taşıyan 1454. maddesine yapılan atıf eleştirilmiştir.¹²¹ Zira Tasarı'nın sorumluluk sigortasının genel olarak tarif edildiği 1473. maddesi hükmüne göre, sorumluluk sigortasında sigortacının edimi, aksine bir sözleşme hükmü yoksa sözleşmede

¹²⁰ Tasarının anılan maddesinin gerekçesi şöyledir: "Maddede genel hükümler dışında Kanunun mal sigortaları hakkındaki hangi hükümlerinin sorumluluk sigortalarına da uygulanabileceğini belirtmiştir. Her ne kadar sorumluluk sigortaları da zarar sigortasıysa da, zarar sigortasının bir türü olan mal sigortalarından farklı olarak burada belli bir sigorta değeri ve bedelinden bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle her ikisi de zarar sigortası olmasına rağmen mal sigortasına ilişkin her hükmün sorumluluk sigortasında uygulanabilmesi mümkün değildir. Mevcut durumda karşılaşılan sorunlar çerçevesinde ileride karşılaşılabilecek sorunların önüne geçilebilmesini teminen mal sigortalarına ilişkin hangi hükümlerin sorumluluk sigortasında da uygulanabileceği konusuna Tasarının bu maddesi ile açıklık getirilmek istenmiştir."

¹²¹ Bkz. Ünan, *Tasarı*, s. 171.

öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta ettirenin *sigorta süresi içinde gerçekleşen* bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene tazminat ödemektir.¹²² Yani Tasarı ile getirilen bu düzenlemeye göre, sigorta tazminatının rizikoya esas teşkil eden olayın ancak "*sözleşme süresi içinde gerçekleşmesi hâlinde*" ifa edilebilir. Aksi takdirde sigortacı, geçmişte meydana gelen bir olay nedeniyle kendi döneminde ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulamayacaktır. Anılan maddenin gerekçesinde yer alan açıklamalar da bu doğrultudadır.¹²³ Bu nedenle kanaatimizce, Tasarı yasalaşırken, hükümler arasındaki bu uyumsuzluğun mutlak surette giderilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin (veya üçüncü kişi lehine sigorta söz konusu ise sigortalının) üçüncü kişilere verdiği zarar sonucunda ortaya çıkan sorumluluğunun, yani bu hâlde malvarlığında ortaya çıkabilecek değer azalmasının, bir ücret (prim) karşılığında sigortacı tarafından güvence altına alınmasını öngören bir sigorta türüdür.

Nitelik olarak sorumluluk sigortası, bir *zarar sigortası* özelliği taşır. Zira meblağ sigortalarının aksine, burada bir zararın karşılanması söz konusudur. Diğer yandan bu sigorta türü bir *malvarlığı sigortası* niteliğindedir. Zira sorumluluk sigortasında, sigorta ettirenin bir üçün-

¹²² Kender, Tasarı'da verilen bu tanımın hatalı olduğunu; bu tanım yerine, sorumluluk sigortasının "*Sigortacının sorumluluk sigortası ile sigorta ettirenin ... sorumluluğunu üstlenmesi*" şeklinde tanımlanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Kender, Rayegân, "Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler", *Sigorta Hukuku Dergisi*, Y. 2005, S. 1, s. 25.

¹²³ Bu husus, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 1473. maddesinin gerekçesinde; "... Getirilen düzenlemede ise rizikoya esas teşkil eden olayın, sözleşme süresi içinde gerçekleşmesi esas alınmıştır. Geçmişte meydana gelen bir olay nedeniyle sigortacının kendi döneminde ortaya çıkan zararlardan sorumlu olması ilkesi benimsenmiş olsaydı pratikte bu tür sigortaların uygulanabilirliğinin büyük bir ölçüde azalacağı düşünülmüştür. Zira sigortacı sözleşme yaparken, sigortalının geçmişteki tüm iş ve işlemlerini bilmek isteyecek ve bunların ne şekilde yapıldığını kontrol etmek isteyecektir. Aksi takdirde çok büyük risklerle karşılaşabilme tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecektir. Ayrıca, bu şekildeki bir düzenleme kötü niyetli uygulamaların da önünü açacaktır. Şöyle ki, yapmış olduğu bir hata nedeni ile tazminat talebi ile karşılaşabileceğini düşünene kişiler hemen sigorta sözleşmesi yapmak yoluna gideceklerdir: Açıklanan nedenlerden dolayı sigortacının sorumluluğu, sözleşme süresi içinde sigortalısının sorumluluğunu gerektirecek olaylara bağlanmıştır..." şeklinde ifade edilmiştir.

cü kişiye verdiği zarardan dolayı sorumlu olması nedeniyle malvarlığı, meydana gelen malî yüklere karşı korunmaktadır. Ayrıca, sorumluluk sigortasında rizikonun gerçekleşmesi ile birlikte sigorta ettirenin iradesi dışında bir borç altına girmesi ve dolayısıyla malvarlığında bir eksilmenin meydana gelmesi sigortacı tarafından önlendiği için, bu tür sigortalar aynı zamanda *pasifin sigortası* niteliğine de sahiptir.

Türk Ticaret Kanunu'nun sigortaya ilişkin hükümleri dikkate alındığında, sorumluluk sigortasının ayrı bir bölüm olarak düzenlenmediği, bu sigorta türüne Kanun'un yalnızca bazı maddelerinde ve yetersiz şekilde yer verildiği görülmektedir. Bu nedenle, Kanun'da sorumluluk sigortalarına doğrudan uygulanacak bir hüküm bulunmadığı takdirde, bir diğer zarar sigortası türü olan mal sigortalarına ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelmektedir. Ancak, mal sigortalarının ve sorumluluk sigortalarının niteliklerindeki farklılıklar, bu iki sigorta türüne aynı hükümlerin uygulanabilirliği konusunda öğretide tartışmalara neden olmuştur.

Mal sigortalarında ilişkin hükümlerin sorumluluk sigortasına uygulanabilirliğini incelerken öncelikle belirtilmesi gereken husus, sorumluluk sigortasında da bir *sigorta değerinin* her hâlde mevcut olduğudur. Bu tespitten sonra, "*zenginleşme yasağı ilkesi*"nin, sorumluluk sigortalarında da kural olarak geçerli olduğunun kabulü gerekir. Kanun'da sigorta ettiren kişinin maruz kaldığı zarardan daha fazlasını elde etmesini engellemeye yönelik olarak teşkil eden bu ilke, sorumluluk sigortaları bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Bununla birlikte, zenginleşme yasağı ilkesinin sorumluluk sigortası bakımından uygulama alanı bulamadığı hâller de mevcuttur. Aşkın sigorta ve menfaat değerinin altında sigortaya ilişkin hükümler bakımından durum böyledir. Nitekim sorumluluk sigortasında da bir sigorta değeri vardır; fakat bu değer, sınırsız bir büyüklüktedir. Diğer bir deyişle sigorta değerinin varlığı bilinmekle birlikte miktarı belirle-nememektedir. Dolayısıyla ikame değeri tespit edilmemiş bir sigorta değerine karşılık olarak sigorta bedelinin belirlenmiş olması veya olmaması bir sonuç yaratmaz.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1286. maddesi, sigorta ettirenin zenginleşmesini önlemeye yönelik bir hüküm olup çifte sigortayı düzenlemektedir. Sigorta ettiren uğradığı zarardan çifte sigorta yoluyla daha fazla bir tazminat elde ediyorsa, onun hakkında yine 1286. madde hük-

mü, sorumluluk sigortalarında kıyasen de olsa uygulanabilmelidir.

Sorumluluk sigortasında, sigorta ettirenin malvarlığının zarar görmesini engelleyen sigortacı, ek ve aynı zarardan sigorta ettirenle birlikte müteselsilen sorumlu olan kişilere, Türk Ticaret Kanunu'nun 1301. maddesi doğrultusunda kanundan doğan bir halefiyet hakkına sahiptir. Diğer bir deyişle, anılan madde hükmü, sorumluluk sigortalarda da uygulama alanı bulur. Ancak söz konusu hükmün, sorumluluk sigortasının niteliği gereği her halükârda değil; üçüncü kişiye sigorta ettirenle birlikte fazla zarar veren müteselsil borçlunun veya borçluların varlığı hâlinde uygulanabileceğine dikkat edilmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nun sigortalı malın sahibinin değişmesine ilişkin 1303. maddesi hükmü ise, hükümdeki "*sigortalı mal*" tabirinin "*kendisi dolayısıyla sigorta yapılan mal*" şeklinde anlaşılması ve sigortanın bir mal dolayısıyla yapılması hâlinde sorumluluk sigortasına uygulanabilecektir.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda ise mal sigortalarına ilişkin hangi hükümlerin sorumluluk sigortasına uygulanabileceği, Tasarı'nın 1485. maddesinin açık hükmüyle öngörülmüştür.¹²⁴ Bu nedenle Tasarı yasalaştığı ve hükümler arası uyum tamamen sağlandığı takdirde, uygulamada uzun zamandır süren ve bu çalışmada ele alınan tartışmalar da kanaatimizce büyük oranda son bulacaktır.

KAYNAKLAR¹²⁵

Kitaplar

Arseven, Haydar, *Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 1991. (Sigorta Hu-

¹²⁴ Anılan maddenin düzenlenmesine gerek olmadığı; bu açıdan, genel hükümlerin, sorumluluk sigortası bakımından da zaten uygulama alanı bulacağı; hükümde belirtilen diğer (mal sigortalarına ilişkin) hükümlerin ise ya sadece sorumluluk sigortalarını düzenleyecek şekilde ayrıca hükme bağlanması veya ilgili sorumluluk sigortasına dair maddelere dağıtılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Karayazgan, A.: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı - Zarar Sigortaları Hükümleri Hakkında Genel Bir Bakış", *Sigorta Hukuku Dergisi*, Y. 2005, S. 1, S. 75.

¹²⁵ Kaynaklarda kısaltılmış şekilleri ayrıca gösterilmeyen eserler, metinde, yazar(lar)ın soyadı ile belirtilmiştir. Aynı yazar(lar)ın birden fazla eserine yollamada bulunmuş ise, kullanılan kısaltmalar, ilgili kaynağın yanında parantez içinde ayrıca gösterilmiştir.

kuku)

- Atabek, Reşat, *Sigorta Hukuku*, İstanbul 1950.
- Birds, John , *Birds' Modern Insurance Law*, 7th Edition, London 2007.
- Bozer, Ali, *Sigorta Hukuku (Sigorta Endüstrisi, Sigorta Hukukunun Genel Prensipleri, Tazminat Sigortası ve Çeşitleri, Can Sigortası ve Çeşitleri)*, Ankara 1965. (1965)
- Bozer, Ali, *Sigorta Hukuku*, Ankara 1981. (1981)
- Bozer, Ali, *Sigorta Hukuku- Genel Hükümler/Bazı Sigorta Türleri*, Ankara 2007. (2007)
- Can, Mertol, *Meslekî Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış*, Ankara 2006.4 (Sorumluluk Sigortası)
- Can, Mertol, *Türk Özel Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2007. (Sigorta Hukuku)
- Can, Mertol, *Birden Çok Sigorta*, Ankara 2004. (Birden Çok Sigorta)
- Çeker, Mustafa, *Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, Adana 2004. (Yargıtay Kararları)
- Çeker, Mustafa., *Sigorta Hukuku*, Adana 2008. (Sigorta Hukuku)
- Doğanay, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C. III [Madde 816-1475], 4. Baskı, İstanbul 2004.
- Karayalçın, Yaşar, *Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları*, Ankara 1960. (İşletme Kazaları)
- Kender, Rayegân, *Türkiye'de Hususî Sigorta Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul 2008. (Sigorta Hukuku)
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku -Genel Hükümler-*, 11. Baskı, Ankara 2009. (Borçlar Hukuku)
- Kubilay, Huriye, *Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku*, 2. Baskı, İzmir 2003.
- McGee, Andrew, *The Modern Law of Insurance*, 2nd Edition, London 2006.
- Merkin, Rob, *Insurance Law- An Introduction*, London 2007.
- Nomer, Cahit./ Yunak, Hüseyin, *Sigortanın Genel Prensipleri*, İstanbul 2000.
- Omağ, Merih Kemal, *Türk Hukukunda Sigortacının Kanunî Halefiyeti*, İstanbul 1983. (Halefiyet)
- Öçal, Akar, *Sigortacılık ve Sigorta Hukuku Hakkında Genel Bilgiler*, Ankara 1971.
- Öztan, Fırat, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesi*, Ankara 1971.

- Sayhan, İsmail, *Sigorta Sözleşmelerinin Konusu*, Ankara 2001.
- Şenocak, Kemal, *Hukukî Hima ve Sigortası*, Ankara 1993. (Hukukî Hima ve Sigortası)
- Şenocak, Kemal, *Meslekî Sorumluluk Sigortası*, Ankara 2000. (Meslekî Sorumluluk Sigortası)
- Şenocak, Kemal, *Çifte Sigorta*, Ankara 2002. (Çifte Sigorta)
- Ulaş, Işıl, *Uygulamalı Mal ve Sorumluluk Sigortası Hukuku*, 6. BASKI, Ankara 2007.
- Ünan, Samim, *İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko*, İstanbul 1998. (Riziko)
- Vural, Güven, *Trafik Sigortası*, Ankara 1981.

Makaleler

- Acar, Serdar, "Sorumluluk Sigortalarında Sigortacının Ardıllığı Konusunda Bazı Sorunlar ve Yeni Gelişmeler" *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 2005, C. LXXIX, S. 5, s. 1539-1551.
- Arseven, Haydar, "Ticaret Kanunu'nun Sigortaya Müteallik Umumî Hükümlerinin Meydana Çıkardığı Bazı Meseleler", *Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Ankara 1960, s. 183-215. (Meseleler)
- Baltacı, Mustafa./ Tekand, Feyyaz./Ünaltuna, Bülent, "Türkiye'de Mesuliyet Sigortalarında Uygulama", *Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III. Sigorta Semineri*, Ankara 1977, s. 35-54.
- Bozer, Ali, "Yangın Dolayısıyla Sorumluluk Sigortası", *Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları III. Sigorta Semineri*, Ankara 1977, s. 306-349. (Sorumluluk Sigortası)
- Dinç, İnan Deniz, "Türk Hukukunda İşveren Sorumluluk Sigortasında Riziko ve Teminatın Kapsamı", *Prof. Dr. Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof. Dr. Rayegân KENDER'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, İstanbul 2007, s. 468- 478.
- Ergün, Mecvi, "Sorumluluk Hukuku ile Sorumluluk ve Genel Sigortaların İlişkisi", *Yargıtay Dergisi*, Y. 1984, C. X, S. 4, s. 482-508.
- Fidan, İsmail, "Sorumluluk Sigortalarında Rizikonun Gerçekleşmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2005, S. 2, s. 33-56.
- Karahan, Sami, "Üçüncü Şahıslara Karşı Mali Mesuliyet Sigortasında, Sigorta Himayesinin Kapsamı", *Prof. Dr. Halil CİN'e Selçuk Üniversitesinde 10. Yıl Hizmet Armağanı*, Konya 1995, s. 369-388.
- Karayalçın, Yaşar, "Sorumluluk (Mesuliyet) Sigortaları, *Sigorta Huku-*

- ku Dergisi*, Y. 1984, C. II, S.1-2, s. 27-68. (Sorumluluk Sigortaları)
- Kender, Rayegân, “Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri”, *Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III. Sigorta Semineri*, Ankara 1977, s. 1-15. (Mesuliyet Sigortası)
- Kender, Rayegân, “Türk Ticaret Kanunu Taslağı’nın Sigorta Hukukuna İlişkin Hükümleri Hakkında Düşünceler”, *Sigorta Hukuku Dergisi*, Y. 2005, S. 1, s. 7-28.
- Kılıçoğlu, Ahmet, “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1974, C. XXXI, S. 1-4, s. 395-446. (Halefiyet ve Rücu)
- Koenig, Willy, “Sigorta Menfaati ve Değerlendirilmesi: Cevap”, [Çeviren: Prof. Dr. Fırat ÖZTAN], *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 1969, C. V, S. 1, s. 46-55.
- Memiş, Tekin, “Zorunlu Mali Trafik Sigortasında Sigortacının Sorumluluğunun Niteliği ve Sebepsiz Zenginleşme”, *XX. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Y. 2004, S. 20, s. 73-88.
- Metezade, Zihni, “Meslekî Sorumluluk Sigortaları ve Hekim Meslekî Sorumluluk Sigortası Klozu”, *Prof. Dr. Ergon A. ÇETİNGİL ve Prof. Dr. Rayegân KENDER’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı*, İstanbul 2007, s. 886-894.
- Möeller, Hans, “Menfaat ve Değerlendirilmesi”, [Çeviren: Prof. Dr. Fırat ÖZTAN], *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 1967, C. IV, S. 2, s. 255-271.
- Omağ, Merih Kemal, “Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı”, *Prof. Dr. Ergun ÖNEN’e Armağan*, İstanbul 2003, s. 253-262. (Zenginleşme Yasağı)
- Omağ, Merih Kemal, “Türk Ticaret Kanunu ile 25 Haziran 1992 Tarihli Belçika Kara Sigortası Mukavelesi Kanunu Açısından Hukuki Sorumluluk Sigortası”, *Sigorta Hukuku Dergisi*, Y. 1997, S. 1, s. 71-103. (Sorumluluk Sigortası)
- Özdemir, Necdet, “Mesuliyet Sigortası Bakımından Türk Ticaret Kanunu’nda Benimsenmiş Olan Sorumluluk Esasları”, *Eskişehir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi*, Y. 1966, C. II, S. 1, s. 202-216.
- Sergici, Erdoğan, “Mesuliyet Sigortası Türleri”, *Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III. Sigorta Semineri*, Ankara 1977, s. 65-84. (Mesuliyet Sigortası Türleri)
- Sergici, Erdoğan, “Sorumluluk Sigortalarının Özellikleri”, *Sigorta Dün-*

- yası, Y. 1978, S. 220, s. 5. (Sorumluluk Sigortalarının Özellikleri)
- Tekil, Fahiman, "Sigorta Hukukunda Tazmin İlkesi ve Rücu Hakkı", *Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan*, Ankara 1998, s. 113-131.
- Türk, Hikmet Sami, "Mecburî Malî Sorum Sigortası ve İzinsiz Kullanmalar", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 1971, C. VI, S. 4, s. 343-348.
- Uluğ, İlknur, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Zarar Sigortaları", *Sigorta Hukuku Dergisi*, Y. 2005, S. 1, s. 197- 214.
- Ünan, Samim, "Türk Ticaret Kanunu Taslağı'nın -Sigorta Hukuku-Başlıklı Altıncı Kitabı Hakkında Düşünceler", *Sigorta Hukuku Dergisi*, Y. 2005, S. 1, s. 109- 196. (Tasarı)
- Veal, Gregory R, "Subrogation: The Duties and Obligations of the Insured and Rights of the Insurer Revisited", *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*, Y. 1992, C. XXVIII, S. 1, s. 69-89
- Yazıcıoğlu, Emine, "İlk Tehlike Sigortası", *Doç Dr. Mehmet SOMER'in Anısına Armağan*, İstanbul 2006, s. 543- 557.
- Yenen, Şerafettin, "Sigorta Bedeli ve Birden Çok Sigorta", *Sigorta Dünyası*, Y. 1965, S. 68-69, s. 9, 20-21.

Diğer Kaynaklar

www.kazanci.com

Yargıtay Kararları Dergisi

KANADA'DA MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİM TEMİNATI

Mesut EROL*

GİRİŞ

Yargı organı, devlet denilen organizasyonun ortaya çıktığı andan günümüze kadar devletin varlığının devamında etkili olan en önemli erklerdir. Bu sebepten tüm devletler yargıya önem vermişlerdir. Yargının özellikle adil olması devletin devamiyetini sürdürmede en önemli fonksiyon olmuştur. Mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığıyla, hakim teminatı devlet hayatında insanların mutluluğu, güvencesi ve adaletin gerçekleşmesi için temel kabul edilmiştir.¹

Demokratik ülkelerde devletin yasama ve yürütme organlarının işlemlerini görevlilerle, sade bireylerin eylemlerini hukuk süzgecinde geçirerek arıyan yargı mekanizmasının hukuka uygun ve sağlıklı biçimde işlemesi toplumsal yaşam açısından zorunludur. Çünkü yargı, her türlü işlem ve/ya da eylemler konusunda, hukuk adına son sözü söyleyen ve bu açıdan eşitler arasında birinciliği elinde tutan erklerdir.²

Yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı, ülkenin demokratik yapısı, medeniyet seviyesi, devletin devamiyeti ile yakından alakalıdır. Bir ülkenin medeniyet seviyesinin en önemli göstergelerinden birisi, o ülkedeki adaletin dağıtım şeklidir. Adaleti sağlamak devletin en başta gelen temel görevlerinden birisidir. İyi adaletin başlıca koşulu ise onu dağıtanların, hakimlerin bağımsızlığının sağlanmasıdır. Herhangi bir otoritenin baskı veya etkisi altında hüküm veren bir yargıcın adaleti yerine getiremeyeceği açıktır. Bu gerçeğin bilincine varan bütün hu-

* Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku doktora öğrencisi.

¹ Özer, Attila, *Anayasa Hukuku Genel İlkeler*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2005, s. 241.

² Selçuk, Sami, *Bağımsız Yargı Özgür Düşünce*, İmge Kitabevi, 1. Bası, Mart 2007, s. 90.

kuk devletlerinde bugün, hakimlerin bağımsızlığı temel bir prensip ve ilke olarak kabul edilmektedir.³ Demokratik ülkelerde, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı konusunda artık bunun gerekli olup olmadığı değil, bu bağımsızlık ve teminatın en iyi şekilde nasıl temin edilebileceği tartışılmaktadır.⁴

I. GENEL OLARAK MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİM TEMİNATI

Devlet yönetiminde yer alan ya da toplumda oluşan güç odaklarından hiç etkilenmediği için bağımsız; yarın kaygısı taşımadığı için güvenceli; bağımsız ve güvenceli olduğu ve salt hukuk bilinciyle hükümler kurduğu için tarafsız bir yargı; insanlığın bulunduğu en gerçekçi çözümdür.⁵

Önyargı ve önceden bir kararı olmadan, tarafsızca karar vermek, her hakimin en önemli yükümlülüğüdür. Yargısal bağımsızlık, sonuçlarının ne olacağı konusunda korkmadan özgürce dinlemek ve olaylar hakkında karar vermektir.

Bağımsızlık, yargıcın üstünlüğünü sağlamak için değil, hak arama özgürlüğünün vazgeçilmez koşuludur. Yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatı, yargı etkinliğini yürütenler için bir ayrıcalık değil, hukukun nesneliliği ve yargının tarafsızlığını gerçekleştirmek için birer araçtır.⁶

Mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı mutlaka bir arada bulunması zorunlu iki meseledir. Mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlerin bağımsızlığı eş anlamda değildir. Yargı bağımsızlığı hem mahkemelerin bağımsızlığı hem de hakim teminatını birlikte içerir.⁷

Mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlerin gerek yürütme gerekse yasama organına bağlı olmadıkları, onlardan müstakil oldukları, bu iki organın hakimlere emir ve talimat veremeyeceği ve tavsiyelerde

³ Dursun, Hasan, *Erkler Ayrılığı ve Hakim Bağımsızlığı*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ocak-Şubat 2009, S. 80, s. 29.

⁴ Kapani, Münci, *İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali*, Ankara 1956, s. 23.

⁵ Selçuk, a. g. e., s. 38.

⁶ Selçuk, a. g. e., s. 39.

⁷ Özer, Attila, *Türkiye'de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı*, Turhan Kitabevi, Ankara, Haziran 2009, s. 3.

bulunamayacağı anlamına gelir. Mahkemelerin bağımsızlığı mahkemelerin idari teşkilatının ve faaliyetlerinin de bağımsızlığı hususunu içermektedir.⁸

Mahkemelerin organ olarak bağımsızlığı, ancak yargı fonksiyonunu ifa eden hakimlerin teminatlı bir statüye kavuşturulmaları, herhangi bir baskı ve tehditle karşılaşmaksızın görevlerinin tam bir serbestlik ve tarafsızlıkla yerine getirebilmeleri ile anlam kazanır.⁹

Hukuk devleti ide'si en yüksek zaferini hakim karar verme hürriyetinde bulur.¹⁰ Karar verme hürriyetinin başka bir ifadesi bağımsızlıktır. Bağımsız olmayan hakim hürriyeti de olmaz. Hakim evvela davacı ve davalı karşısında bağımsız olmalıdır. Bu, hakim muhtaç olmayacak bir ekonomik seviyede bulunması, karakter sahibi, cesur ve ahlaklı olması ile mümkündür.¹¹

Hakim bağımsızlığı, hakimlerin hiçbir dış müdahaleye ve baskıya maruz kalmaksızın, tamamen kanuna, hukuka ve vicdanıyla baş başa karar vermesi demektir.¹² Hakim bağımsızlığı, yargıcın yürüttüğü etkinliğin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Temel amaç, yargıcın karar verirken yansızlığını ve beyin özgürlüğünü sağlamaktır.¹³

Bir kuruluş olan mahkemelerin bağımsızlığı hukuken alınacak önlemlerle sağlanabilir. Ancak gerçek bir kişilik olan hakimlerin bağımsızlıkları alınacak olan hukuki tedbirlerle tam olarak sağlanamaz. Bunun için hukuki tedbirlerin yanında, kültürel, ahlaki, sosyal ve psikolojik değerlerin de dikkate alınması gerekir.¹⁴

Çoğu demokratik ülkede, bağımsız ve güvenceli, dolayısıyla yansız yargıya ulaşabilmek için, ister atanmış, ister seçilmiş olsun yargılama etkinliğini sürdürenlere uygulanmak üzere, görevlerinin özelliği nedeniyle, öbür görevlerinden farklı olarak anayasal düzeyde dü-

⁸ Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.358.

⁹ Özbudun, *a. g. e.*, s. 358.

¹⁰ Yüce, Turhan Tufan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum, 1968, s. 18.

¹¹ Yüce, *a. g. e.*, s. 19.

¹² Özer, *Anayasa...*, s. 243.

¹³ Selçuk, *a. g. e.*, s. 26.

¹⁴ Özer, *Türkiye'de...*, s. 7.

zenlemelere yer verilmiştir.¹⁵ Bu düzenlemeler hakimlere tanınan kişisel güvencelerdir ve bu güvenceler hakim teminatı olarak adlandırılır.

Hakimlik teminatı, hakimlerin azledilememesi, kanunda gösterilen hal ve usuller dışında görevlerinden geçici dahi olsa alınamaları, rızaları olmaksızın görev yerlerinin değiştirilememesi, emekli edilememeleri ve maaşlarından mahrum edilememeleri hususlarını kapsar.¹⁶ Hakim teminatı hakimlere tanınan bir imtiyaz değil, halk için kabul edilmiş bir teminattır. Hakim teminatında önemli olan hakimin şahsi menfaati değil, kamunun menfaatidir.¹⁷

Hakimlik teminatında amaç, hakimlerin nüfuz ve itibarlarının yükseltilmesi ve huzurlarının sağlanmasından ziyade, onların serbestçe ve bitaraf olarak hüküm verebilmelerini temin etmek, dolayısıyla halka, adaletin her türlü etki ve tesirden yoksun olarak tesis edildiği konusunda emniyet ve güven telkin etmektir. Hakim teminatı adaletin ve adalete inancın başlıca şartıdır.¹⁸

Yargı, hukuk devletinin temel kurumlarından biridir. Onun için her türlü baskı ve etkiden uzak bir biçimde yürütülmelidir. Anayasa, yargı bağımsızlığını, iki ayrı maddede düzenlemiştir. 138. maddede mahkemelerin bağımsızlığı düzenlenirken, 139. maddede hakimlik ve savcılık teminatı düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesine göre, *"hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisi'nde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."*

Anayasa, hakimlik ve savcılık teminatını 139. maddede şu şekilde düzenlemektedir: *"Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe*

¹⁵ Selçuk, a. g. e., s. 91.

¹⁶ Kapani, a. g. e., s. 85.

¹⁷ Yüce, a. g. e., s. 20.

¹⁸ Kapani, a. g. e., s. 86.

altmışbeş yaşını bitirinceye kadar emekliye ayıramaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz."

Yargının bağımsız olması ve yargı bağımsızlığı ile ilgili olarak, hakimlere teminat tanınmasının önemi nedeniyle, bu konu uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından da ele alınmış ve bazı kararlar ortaya konulmuştur. 2003 tarihli BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, 1994 tarihli Avrupa Konseyi Hâkimlerin Rolü ve Bağımsızlığı Tavsiye Kararı ve 1985 tarihli BM Yargı Bağımsızlığı İlkeleri, yargı etiği ve yargı bağımsızlığı konusundaki uluslararası belgelerden bazılarıdır.

Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, mahkemele- rin bağımsızlık ve tarafsızlığı öznel (sübjektif) ve nesnel (objektif) olmak üzere iki açıdan değerlendirilmelidir. Bunlardan öznel açıdan bağımsızlık ve tarafsızlık; doğrudan doğruya yargıya ya da hakimlere ilişkin olup, bunların kişisel anlamda önyargılı ve tarafsız olup olmadıkları hususuna bağlıdır. Buna karşın nesnel tarafsızlık ve bağımsızlık ise, aynı zamanda kurumsal tarafsızlık olarak da adlandırılmakta ve yargılama organının her tür kuşkudan uzak olmasını sağlayacak biçimde gerekli güvencelere sahip olmalarına bağlı olan bir husustur.¹⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; yargının nesnel yönden bağımsız ve tarafsız olup olmadığına, o ülkenin kurumsal ve anayasal düzenlemelerine bakılarak yanıt verileceği görüşündedir. Bu noktada, yargılama organının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması açısından, yürütme ve yargılamanın ayrılığı, bir başka deyişle, yargılamanın yürütme organına karşı bağımsızlığı olgusu büyük önem taşımaktadır.²⁰

II. KANADA'NIN SİYASİ VE HUKUKİ YAPISI

Kanada, parlamenter demokrasi ve anayasal monarşi ile yönetilen bir federasyondur. 10 eyalet ve 3 bölgeye ayrılmıştır. (Alberta, British Columbia, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland, Northwest Territories, Nova Scotia, Nunavut, Ontario, Prince Edward Island, Quebec, Saskatchewan, Yukon).

¹⁹ Dursun, a.g.m., s. 22.

²⁰ Dursun, a.g.m., s. 22.

Kraliçe II. Elizabeth, Kanada Kraliçesi ve devlet başkanıdır. Kraliçe, yetkilerini temsilcisi olan Kanada Genel Valisi'ne devretmiştir. Başbakan ve Kabine'si yürütme görevini icra eder. Kanada Anayasası, bir federal hükümet oluşturur ve federal hükümetin görev ve yetkilerini belirler. Kanada'nın üç yönetim düzeyi vardır: Federal, eyalet ve bölgeler, bölgesel (yerel veya kentsel).²¹

Yasama yetkisi, iki yasama meclisinden veya kamaradan oluşan Parlamento'dadır: Atanmış senatörlerden oluşan Lordlar Kamarası (veya Senato) ve genel seçimle seçilen (her seçim bölgesi için bir kişi) üyelerden oluşan Avam kamarası.

Kanada sadece iki dilli bir ülke değil, aynı zamanda geçerli olan ikili hukuki sistemi bulunan bir ülkedir. Bunlar, yazılı hukuk (medeni hukuk) ve İngiliz sistemine dayanan örf ve adet hukukudur. On eyaletten dokuzunda eyalet hukukunun ve bölge hukukunun temelini oluşturan İngiliz Örfi Hukuk ve Quebec eyaletinde ise yazılı (medeni) hukuk uygulanır.²² Bölgelerin, mülkiyet ve sivil haklar konusunda münhasır yargılama yetkisi vardır.²³ Medeni kanun, bir dizi kurallar listesinden oluşmaktadır. Hakim önce bu kurallara bakar, daha sonra olayla ilgili kararını verir. Kuzey Amerika'nın yazılı hukuk kurallarıyla tanışması Fransa sayesinde olmuş ve bu sistem Quebec eyaleti tarafından uygulanmaktadır. Örfi hukuk, hakimlerin kararlarını örnekler veya önceki kararlara göre verdikleri ve İngiltere kökenli bir sistemdir.

Kanada Anayasası ABD Anayasası'nda olduğu gibi tek bir belge değildir. Kanada Anayasası, İngiliz ve Kanada Parlamentolarının antlaşmaları yanı sıra, yasama, yargı kararları ve federal ve eyalet hükümetleri arasındaki antlaşmalardan oluşmaktadır.

III. KANADA YARGI SİSTEMİ

Kanada yargı sisteminin organizasyonu, Kanada Anayasa'nın özellikle 1867 Anayasa Kanunu'nun bir gereğidir. Bu kanuna göre, Kanada yargı sistemindeki yetki, federal hükümet ve on eyalet hüküme-

²¹ http://geo.international.gc.ca/canada-europa/turkey/about_apropos/government-gouvernement-tr.aspx, 30.03.2009

²² http://geo.international.gc.ca/canada-europa/turkey/about_apropos/organization-tr.aspx, 02.04.2009.

²³ <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/just/09.html>, 02.04.2009.

ti arasında bölünür. Federal Hükümet, temyiz ve bölgelerdeki üst düzey mahkemelerin hakimlerini atama ve maaşlarını ödeme yetkisine sahiptir. Parlamento, Kanada kanunlarının daha iyi uygulanması ve daha iyi yönetimi için genel temyiz mahkemesi ve diğer mahkemeleri kurma yetkisine sahiptir. Bu yetki, Kanada Anayasa Mahkemesi, Federal Mahkeme ve Federal Temyiz Mahkemesi yanı sıra, Vergi Mahkemesinin oluşturulması için kullanılmıştır. Ayrıca, kendi ceza hukukunu oluşturma gücünün bir parçası olarak, Meclis ceza mahkemelerindeki prosedürlerin belirlenmesi üzerinde münhasır yetkiye sahiptir. Ceza hukuku ve ceza prosedürleri için federal yetkinin olması, ülke çapında hangi davranışların suç oluşturduğu konusunda adil ve tutarlı bir durum sağlar. Eyaletlere verilen yetki ise, sivil mahkemelerinin prosedürleri ve sivil ve ceza mahkemelerinin organizasyonu ve bakımını da dahil olmak üzere, eyalet adalet idaresi üzerindeki yetkidir.²⁴

Kanada Anayasası'nın 92. maddesi federe devletlere, federe mahkemelerin organizasyonunu, sürekliliğini sağlama ve kurallarını sap-tama yetkisi veren kanunlar çıkarma, 96. madde ise, federal devlete, üst ve federe mahkemelerin üyelerini atama yetkisi vermektedir.²⁵

Temel olarak Kanada dört seviyede mahkeme vardır. Öncelikle bölge/eyalet mahkemeleri vardır. Bunlar sistemde görülen davaların büyük çoğunluğuna bakar. İkinci olarak, bölge/eyalet üst mahkemeleri vardır. Bu mahkemeler ciddi suçlara ve bölge/eyalet mahkeme kararlarına karşı yapılan itirazları incelerler. Aynı seviyede fakat farklı konulardan sorumlu olan eyalet mahkemeleri (vergi ve askeri mahkemeler vb) vardır. Bir sonraki seviyede bölge/eyalet temyiz mahkemeleri ile federal temyiz mahkemesi yer alır. En üst seviyede de Kanada Anayasa Mahkemesi yer alır.

IV. KANADA'DA MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI VE HAKİM TEMİNATI

Yargı bağımsızlığı ilkesi Kanada Anayasası'nda köklerini, İngiliz Kuzey Amerika Antlaşması'nda (*The British North America Act 1867*)

²⁴ <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/just/09.html>, 30.03.2009.

²⁵ Morton, Frederick L., *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, Third Edition, University Of Calgary Press, s. 93.

bulur. Bağımsız ve tarafsız bir yargı, Kanada'da uzun süredir özgür ve demokratik bir toplum için önemli olarak kabul edilmektedir. Kanada Anayasa Mahkemesi bu ilkelerin önemini şu şekilde ifade etmektedir: Bağımsızlık ve tarafsızlık kapasitesi sadece belli bir durumda adalet için değil, aynı zamanda adalet yönetimi, bireysel ve kamu güveni için esastır. Bu güven olmadan, sistemi saygın ve etkin olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle, bir mahkemenin bağımsız ve tarafsız olması önemlidir.²⁶ Kanada Anayasa Mahkemesi gerçek tarafsızlığın, yargıcın hiçbir sempati veya görüşünün olmaması şeklinde değil, açık fikirlilikle olayın farklı noktalarının değerlendirilmesi şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.²⁷

Kanada'da yargı bağımsızlığı Anayasa'nın yazılı olmayan bir kuralıdır. Bununla beraber, yargı bağımsızlığının ne anlama geldiği konusunda tam bir görüş birliği yoktur.²⁸ Kanada'da yargı bağımsızlığı, 1867 Anayasa Kanunu'ndan beri kabul edilmiştir. İlk halinde yargı bağımsızlığı, görev süresi teminatı ve ücretlerin Parlamento tarafından belirlenmesi ile sağlanmaya çalışılmıştır. Daha sonra 1982 yılında, yargı bağımsızlığı ceza alt mahkemelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. 1997 yılında da Anayasa Mahkemesi'nin bölgesel hakimlerle ilgili referans kararında, bölgesel sivil hakimleri de kapsayacak şekilde bütün hakimlerin yargı bağımsızlığına sahip olduğu karara bağlanmıştır. Kanada Anayasa Mahkemesi'nin, 1997 yılında vermiş olduğu Bölgesel Hakimler Referans Kararı iki açıdan önemlidir. İlk olarak, Anayasa Mahkemesi yargı bağımsızlığının anayasal olarak korunduğuna, ikinci olarak da yargı bağımsızlığının yazılı olmayan anayasal bir prensip olduğuna karar vermiştir.²⁹ Yargı bağımsızlığı sadece üst mahkemelere değil, bütün mahkemelere tanınmış olan bir hakır.³⁰

²⁶ Richard, John D., *Maintaining A Strong Judiciary: The View From Canada*, s. 1, http://www.fca-caf.gc.ca/bulletins/speeches/strong_judiciary_e.shtml, 30.03.2009.

²⁷ Richard, a.g.k., s. 3, http://www.fca-caf.gc.ca/bulletins/speeches/strong_judiciary_e.shtml, 30.03.2009.

²⁸ Dodek, Adam M., *Judicial Independence as a Policy Instrument*, s. 5, <http://ssm.com/abstract=1338285>, 30.03.2009.

²⁹ Dodek, Adam, Sossin Lorne, *Looking Back, Looking Forward: Judicial Independence in Canada and the World*, http://utorontolaw.typepad.com/faculty_blog/2007/11/why-judicial-in.html, 02.04.2009.

³⁰ Seniuk, Gerald T. G., *Judicial Independence and The Supreme Court of Canada*, s. 4, http://www.judges-juges.ca/fr/de_nous/docs/seniuk.pdf, 02.04.2009.

Valente davasında Kanada Anayasa Mahkemesi yargı bağımsızlığını şu şeklide tanımlamıştır: Yargı bağımsızlığı, bireysel ve kurumsal ilişkiler içerir. Yargıcın bireysel bağımsızlığı, hakimlik teminatı olarak adlandırılabilir. Görevle ilgili ona sağlanan güvenlidir. Mahkemenin kurumsal bağımsızlığı ise, yürütme ve yasamaya karşı olan bağımsızlığıdır. Yargı bağımsızlığı, yargı fonksiyonlarını yerine getirirken, hukukun üstünlüğünü sağlamak için, objektif koşullar ortaya koyan ve bunları garanti eden anayasal bir prensiptir.³¹

Kanada Anayasası'na göre yargı yasama ve yürütmeden bağımsızdır. Yargı bağımsızlığı hakimlerin kararlarının etki altında kalmadan gerçeklere ve hukuka dayalı olarak vermesinin garantisidir. Kanada Anayasa Mahkemesine göre yargı bağımsızlığının üç bileşeni vardır:³² hakim teminatı, mali (finansal) teminat ve idari bağımsızlık. Bu üç bileşenin iki boyutu vardır. Yargıcın bireysel bağımsızlığı ve kurumsal veya mahkemenin kolektif bağımsızlığıdır.

Kanada yargı sisteminin ayırıcı yanı, bütüncül bir karakter arz etmesidir. Bu durum onu "ikili mahkeme sistemi"ne sahip olan Amerika Birleşik Devletleri'nden ayırır. İkili mahkeme sistemi, federal yollarla yasama gücünü bölünmesi gibi, federal yasalar ile federal mahkemelerin, eyalet yasaları ile eyalet mahkemelerin kurulmasını gerektirir. Kanada yargı sistemi ise, bölgesel farklılıkların oluşturulması yerine, bütün ulus çapında devamlılık ve bütünlüğün oluşturulduğu bir sistemdir. Her ne kadar mahkeme üyelerini atama konusunda federal hükümetin tekel yetkisi varsa da, Quebec ve Alberta gibi eyaletlerinin, Kanada Anayasası'nın 96. maddesine göre, hakimleri atama yetkisinin eyaletlere verilmesini talep hakları vardır. ABD'de eyalet mahkeme üyeleri, atama ve seçim veya ikisinin birleşimi metoduyla eyaletin yürütme organı tarafından seçilir. Kanada yargı sisteminin bütüncül karakteri, federal ve federe hükümetlerin ortak sorumluluğu ile sağlanır.³³

³¹ prefontaine, Daniel C., LEE, Joanne, The Rule of Law and The Independence of the Judiciary, World Conference on the Universal Declaration of Human Rights Montreal, 1998, s. 9. <http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/Ruleof-Law.pdf>, 02.04.2009.

³² <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/ccs-ajc/page4.html>, 30.03.2009.

³³ Morton, a. g. e., s. 93.

A. Mahkemelerin Bağımsızlığı

Demokratik ülkelerde mahkemeler, yasama ve yürütme organı karşısında bağımsız olması gerektiği gibi, hakimlerin de ekonomik, sosyal, etnik ve dinsel açıdan bağımsız olarak hareket etmesi gereklidir.³⁴

Kanada Anayasa Mahkemesi *Beauregard* davasında kurumsal bağımsızlığın mahkemelerin Anayasa'yı ve hukuk devletini korumaları ve adaleti sağlamaları bakımından önemli olduğunu ifade etmiştir.

Kanada'da hakimlerin bağımsızlığının sağlanması, yargı bağımsızlığının sağlanmasının önemli bir parçası olarak görülmekte, yaşanan bazı olaylar ve gelişmeler neticesinde, bu konuda prensip kararlarında ve kanun maddelerinde düzenlemeler yapılmıştır. Yine mahkeme içtihatlarında da hakimlerin bağımsızlığı konusuna değinilerek bu konuda içtihatlar oluşturulmuştur. Örneğin, Kanada Anayasa Mahkemesi, 1980'lerdeki Donald Marshall skandalı ile ilgili olarak açılan davada, hakimlerin bağımsızlığı ile olarak 1692'li yıllara dayanan "*Knowles' Trial*" davasına atıf yaparak, hakimlerin hüküm verdikleri davaların gerekçeleriyle ilgili olarak ifade vermeye ve açıklama yapmaya zorlanamayacaklarını belirtmiştir.³⁵

1. Hakimlerin Göreve Gelmesinde Uygulanan Sistem

1867 Kanada Anayasası'na göre, yargıçların atanması iki farklı seviyedeki hükümet tarafından üç farklı seviyedeki mahkemeye yapılır. 101. madde uyarınca, Federal Hükümet, Kanada Anayasa Mahkemesi'nin 9 üyesini, Federal Mahkeme'nin 25 ve Vergi Mahkemesi'nin 25 üyesini atamakla sorumludur. Bunun yanında Anayasa'nın 96. maddesi uyarınca kurulan eyalet mahkemelerinin 1000 civarındaki üyesini de federal hükümet atar. Bu durum Kanada üniter yargı sisteminin en belirleyici özelliklerinden birisidir. Böylece eyalet üst mahkemelerinin yerel politika ve etkilerden arındırılması amaçlanmıştır. Eyalet hükümetleri de 1867 Anayasası'nın 92. maddesine göre oluşturulan eyalet mahkemelerinin 1.500 civarındaki hakimlerini atamaktadır.³⁶

³⁴ Özer, Türkiye'de..., s. 15.

³⁵ Morton, *a. g. e.*, s. 172.

³⁶ Morton, *a. g. e.*, s. 117.

1988 yılından beri, Federal Yargı İşleriyle İlgili Hükümet Birimi (*Office of The Commissioner for Federal Judicial Affairs*) tarafından oluşturulan öneri komitesi, yargıçların atanma sürecine nezaret eder. Komite kamudan, barodan ve hakimlerden oluşan yedi üyeden oluşur ve atanma sürecini denetler. Komite, önerilerini mesleki yeterlilik, deneyim, kişisel özellikleri ve toplumsal bilinç gibi bir dizi ölçüte dayanarak yapar.³⁷

Kanada Hakimler Kanunu'nun "atanma ehliyeti" başlıklı 3. maddesine göre, herhangi bir eyalette üst mahkemeye hakim olarak atanacak kişinin, kanunla aranacak diğer şartlar yanında, bir avukat ya da dava vekili olarak en az on yıl bir eyaletin barosuna kayıtlı olması gerekir.³⁸

Üst mahkemelerin hakimlerinin atanması yanı sıra, genel yargı ve dava mahkemelerinin, eyalet temyiz mahkemelerinin hakimlerinin atanması yetkisi federal hükümete aittir. Hakimler mahkeme seviyesine bağlı olarak, federal veya eyalet/bölgesel hükümetler tarafından atanır. Federal hükümet tarafından bir üst mahkemeye, Federal Mahkeme veya Yüksek Mahkeme'ye atanacak bir adayın en az on yıllık avukat olması şarttır. Bölgesel veya eyalet üst mahkemelerine atılacak olanların aynı zamanda, yetki alanı içinde hukuku pratik biçimde kalifiye olarak uygulayabilmeleri gerekir. Benzer şartlar bölgesel/eyalet çapında atanacak hakimler için de söz konusudur.³⁹

Kanada'da, hakimler atanmadan önce herhangi bir resmi eğitimden geçmesi gerekli değildir. Ancak, bir kez atandıktan sonra, bölgesel ve federal düzeydeki tüm yargılama konularında ve hukukun uygulama alanlarında bir dizi eğitimden geçirilir. Ulusal Yargı Enstitüsü, özellikle, tüm eyalet, federal ve bölgesel yargıçlar için eğitim programları hazırlar ve koordine eder. Enstitü her iki düzeydeki hükümetler tarafından finanse edilir ve düzenli olarak yeni hakimler için kurslar düzenler.⁴⁰

³⁷ Richard, a.g.k., s. 5.

³⁸ <http://laws.justice.gc.ca/en/ShowFullDoc/cs/J-1///en>, 30.03.2009.

³⁹ <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/ccs-ajc/page4.html>, 02.04.2009

⁴⁰ <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/ccs-ajc/page4.html>, 02.04.2009.

2. Hakim Bağımsızlığının Kapsamı

Hakimlerin bağımsızlığı, hakimlerin hiçbir müdahaleye ve baskıya maruz kalmaksızın, kanuna, hukuka, hukuka ve vicdanlarıyla baş başa kalarak karar vermesi demektir. Hakim olaylar hakkında karar verirken hiçbir müdahaleye ve baskıya maruz kalmamalıdır. Yargıçlar gerek işe başlarken gerekse görevi devamınca kararlarına etki yapabilecek hiçbir işleme tabi olmamalıdır. Görevleri dolayısıyla kimseye borçluluk duygusu taşımamalıdır.⁴¹

Kanada'da hakimlerin bağımsızlığı şu başlıklar altında inceleyeceğiz:

2.1. Yürütme Organına Karşı Bağımsızlık

Hakimlerin yürütme organı ile ilişkileri ve bu ilişkinin kapsamı toplumun sosyal ve kültürel yapısı ve adalet anlayışıyla yakından ilgilidir. Hakimlerin yürütme organına karşı bağımsızlığından maksat, yürütme organının hakimlere emir ve talimat verememesi ve hakimlerin iradesine baskıyı sağlayacak veya hakimlere telkinde bulunma imkânını verecek vasıtalarla yoksun bırakılmasını ifade eder.⁴²

Kanada'da hakimlerin yürütme organına karşı bağımsızlığı konusunda önceleri herhangi bir uygulama yoktu. Trudeau hükümeti zamanında kabinenin birçok üyesinin görülmekte olan davalarla ilgili olarak yargıçlara telefon ettiklerinin ortaya çıkmasından sonra, "1976 Yargıçlarla İlişkiler" isimli politika kılavuzunda kendisini gösteren yargıçlara karışılmaması doktrini ortaya çıktı. Hükümetin kabul ettiği prensibe göre, Adalet Bakanı veya Adalet Bakanının yetkilendirdiği memurlar dışında, Hükümetin herhangi bir üyesinin gelecekte yargılama işleri ile iştigal eden kişilerle irtibat kurması yasaklanmıştır.⁴³

Bu kılavuzun kabulünden iki yıl sonra, görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak Çalışma Bakanının hakime telefon ettiğinin tespit edilmesi sonucu bakan istifa etmek zorunda kalmıştır. Yine 1989 yılında, Fitness ve Amatör Spor Bakanının görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak yargıca telefon ettiğinin ortaya çıkması sonucu bakan istifa

⁴¹ Özer, Anayasa...,s. 243.

⁴² Özer, Anayasa...,s. 245.

⁴³ Morton, a. g. e., s. 171.

etmiştir.⁴⁴

Yaşanan gelişmeler sonucunda, 1977 yılında Federal Hükümet, Adalet Bakanlığı'ndan bağımsız olarak, federal yargı işlerini yürütmek için, Federal Yargılama İşleri Komiserliği müessesesini oluşturmuştur. Bu komiserlik müessesesinin görevi "*federal olarak atanan yargıçların kişisel ofisi*" olarak tanımlanabilir. Bu komiserin görevleri Yargıçlar Kanununda yapılan değişiklik ile bu kanuna da girmiştir. 1988 yılında komisere, federal olarak atanan yargıçların Adalet Bakanlığı nezdindeki emeklilik işlerini de takip etme görevi verilmiştir.⁴⁵

Kanada'da hakimlerin atanması ve görevden alınması konusunda yürütmenin bazı görevleri vardır. Örneğin hakimlerin atanması, mahkeme seviyesine bağlı olarak, federal veya eyalet/bölgesel hükümetler tarafından yapılır. Fakat Federal Yargı İşleriyle İlgili Hükümet Birimi (*Office of The Commissioner for Federal Judicial Affairs*) tarafından oluşturulan öneri komitesi, atama işlerine nezaret ederek, atanacak kişilerde gerekli niteliklerin bulunup bulunmadığını değerlendirir ve bu değerlendirmelerini kamuoyu ile paylaşır. Yine hakimlerin görevden alınması, Kanada Yargı Konseyi tarafından yapılacak bir soruşturma sonucunda, Adalet Bakanının önerisi, Parliamentonun her iki kanadının kabulü ile Genel Vali tarafından yapılabilir.

Bu nedenle Kanada'da hakimlerin yürütmeye karşı bağımsızlıkların sağlanması amacıyla önemli düzenlemelerin yapıldığını, bununla beraber, hakimlerin atanması ve görevden alınması konusunda ise yürütmenin sahip olduğu bazı yetkilerin, hakimlerin yürütmeye karşı tam olarak bağımsız olduğunu söyleyebilmemiz konusunda engel teşkil ettiği söylenebilir.

2.2. Yasama Organına Karşı Bağımsızlık

Demokratik rejimlerde yasama organlarının ülkenin sorunlarının tartışıldığı ve bu konuda ihtiyaca göre yasal düzenlemelerin yapıldığı yerdir. Yani yasama organları kanunların kabul edildiği yerlerdir. Hakimler de ihtilafları çözerken mevcut kanunları uygulamaktadır. Başka bir ifadeyle, yasama organları kanunları yapar, yargı organları da

⁴⁴ Morton, *a. g. e.*, s. 172.

⁴⁵ Morton, *a. g. e.*, s. 172.

yasama organının yaptığı kanunu yorumlayarak hukuki ihtilafları çözüme bağlar. Ancak yasama organı mensupları herhangi bir yasal düzenleme yapmaksızın, görülmekte olan bir davayla ilgili olarak, yasama organında hakimlere etki edecek bir şekilde telkinde bulunamaz, yorumlar yapamazlar. Aksi durum yargının siyasileşmesine sebebiyet verir ki, bundan da toplum zarar görür.⁴⁶

Kanada Anayasasında hakimlerin yasama organına karşı bağımsızlıklarını düzenleyen doğrudan doğruya bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, Kanada Anayasasının 99. maddesine göre, üst mahkemelerinin hakimleri, iyi davranış gösterdikleri sürece görevlerini yerine getirirler ve ancak Genel Vali tarafından, Senatonun ve Avam Kamarası'nın onayı ile görevinden alınabilirler. Dolayısıyla, hakimlerin görevden alınmasında Parlamento'nun iki kanadının da onayının olması gerekir. Hakimin görevinden alınması da, Kanada Yargı Konseyi tarafından yapılacak soruşturma sonucunda, Adalet Bakanının önerisi üzerine gerçekleştirilecek bir durum olduğu için, görevden alma hemen hemen imkânsız gibidir.

Kanada'da hakimlerin yasama organına karşı bağımsızlığının sağlandığını, sadece hakimlerin görevden alınması konusunda yasama organının da bir fonksiyonu olduğunu söyleyebiliriz. Hakimlerin görevden alınmasında yasama organının da onayının alınması, hakimlerin bağımsızlıklarını zedeleyen bir durum olmayıp, tam tersine hakimlerin görevlerini tam bir bağımsızlık içinde, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre yapabilmeleri için, onlara sağlanan bir teminattır.

2.3. Medyaya Karşı Bağımsızlık

Teknolojik gelişmelere paralel olarak çağımızda medyanın gücü de artmaktadır. Medya artan gücün neticesi olarak, kamuoyu yaratmakta etkili olabilmektedir. Özellikle görsel medya araçları toplumun oluşmasında, toplum tarafından bazı hususların benimsenmesinde önemli bir etkidir. Medyanın sahip olduğu bu güç, hakimlere karşı da kullanılabilir. Bu sebepten demokratik ülkelerde yargıya intikal etmiş olaylarla ilgili olarak hakimleri etki altında bırakacak tarzda yayım yapılması yasaktır.⁴⁷

⁴⁶ Özer, Anayasa..., s. 248.

⁴⁷ Özer, Anayasa..., s. 249.

Kanada Anayasası'nın 2. maddesi temel özgürlükleri düzenlemektedir. Bu maddenin (b) bendinde, basın özgürlüğü ve diğer medya iletişim araçları da dahil olmak üzere, herkesin düşünce, inanç, görüş ve ifade özgürlüğü bulunduğu belirtilmektedir.⁴⁸

Kanada'da medyanın, düşünce, inanç, görüş özgürlüğünü ifade hakkı var. Fakat bu hak sınırsız değildir. Çeşitli sınırlamaları vardır. Kanada Basın Kanunu'na göre mahkemeler, medyaya şu nedenlerle yasaklar getirebilirler:

1. Yanlış yayın veya bir bireyin itibarına zarar veren materyalin yayını,
2. Kişinin adil yargılanmasını ihlal eden yayınlar,
3. Sahibinin izni olmadan sanatsal ve edebi eserlerin kullanımı,
4. Yanlış ve yanıltıcı reklam,
5. Müstehcen veya ahlaksız materyallerin yayını.⁴⁹

Görüleceği üzere Kanada'da, kişinin adil yargılanmasını engelleyici durumların ortaya çıkması durumunda medyaya bazı yasaklar getirilebilmektedir. Bu yasaklamalarda amaç toplum yararındır. Bir yandan basın ve yayın hürriyeti hakimlinin bağımsızca yargılama yapmasına engel olmamalıdır, diğer yandan da basının yapacağı yayınlarla, kanunda belirtilen sebeplerin dışında herhangi bir nedenle sınırlandırma getirilmemelidir.

2.4. Taraflara ve Kamuoyuna Karşı Bağımsızlık

Hakimin kişiliği davanın tarafları ile ilgili olarak herhangi bir töhmet altında bulunmamalıdır. Taraflar hakimlinin dava ile ilgili olarak tarafsız ve objektif olarak karar vereceği görüşü kabul görmelidir.⁵⁰ Hukuki ihtilafın var olduğu konuda tarafların yargıya gitmelerinin amacı yargının adaleti gerçekleştirme temel unsuru adaleti gerçekleştirmeyle görevli olan kişinin ve kişilerin olayın taraflarına karşı bağımsız olduğunun kabulüdür. Aksi halde tarafların yargıya başvurusunu

⁴⁸ Robert, Martin/Adam, G. Stuart, *A Sourcebook of Canadian Media Law, Second Edition*, Carleton University Press, s. 73.

⁴⁹ Hildebrand, Renee, *Laws and Regulations Affecting Canadian Media*, 2002, s. 1.

⁵⁰ Özer, Türkiye'de..., s. 19.

beklemek, gerçeklerle fazla bağdaşmaz. Bu sebepten hakimler ihtilafın taraflarına karşı da bağımsız olmak zorundadır.⁵¹

Kanada'da hakimlerin siyasi, sosyal ve diğer dış baskılardan arınarak, yasa ve gerçekler doğrultusunda karar vermeleri beklenmektedir. Hakimlerin tarafsız olmaları konusunda şüphe olmaması gerekir. Hakimin tarafsızlığını etkileyecek şekilde, hakimin yakınlarından birinin davası olması durumunda, hakimin o davadan çekilme hakkı vardır. Bir toplumda çeşitli gruplar ve gruplara hakim olan çeşitli görüş ve düşünceler vardır. Özellikle demokratik toplumlarda kamuoyu karar mekanizmalarının sevkinde hatırı sayılır bir etki sahibidir. Baskı grupları ve menfaat grupları toplumda kendi arzu ve isteklerini kamuoyunun arzu ve isteği olarak takdim ederler. Kullandıkları baskı yöntemleri ile kamuoyunu kendi arzu ve isteklerine göre yönlendirirler. Bu nedenle hakimler, verecekleri her türlü kararlarında kamuoyunun etkisinden uzak, hissi olmadan, akılcı ve objektif olarak, yasalara uygun hareket etmek zorundadırlar.⁵²

Kanada'da hakimlerin kamuoyuna karşı bağımsızlığı konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, hakimlerin kamuoyuna karşı bağımsızlığı, genel olarak yargı bağımsızlığı ve hakimlere sağlanan diğer teminatlar çerçevesinde ve hakimlerin bu şuur ve anlayışla hareket etmesi ile sağlanmaya çalışılmaktadır.

B. Hakim Teminatı

Yargı organının devlet hayatındaki önemi dolayısıyla, yargıda görev yapan yargıçlar tarihin her döneminde kamuda görev yapan diğer kişilerden farklı olarak korunmuş ve onların sahip olmadığı belirli bazı haklara sahip olmuşlardır. Yargıçlara tanınan bu ayrıcalık onların yaptığı işte objektif ve akılcı davranmaları içindir. Bunda da yargıdan ziyade toplumun menfaati vardır. Aksi halde yargıçlar verdikleri bir karar sonunda belirli olaylara maruz kalacakları korkusunu taşırsa sağlıklı, objektif ve adil karar veremezler.⁵³ Hakim teminatının esası hakimin iktidar karşısında, kendisini tam bir emniyette hissetmesi ve

⁵¹ Özer, Anayasa..., s. 249.

⁵² Özer, Türkiye'de..., s. 22.

⁵³ Özer, Anayasa..., s. 242.

kararlarını her türlü korku ve endişeden uzak olarak verebilmesidir.⁵⁴

Valente davasında Kanada Anayasa Mahkemesi hakim teminatını şöyle tanımlamaktadır: yargı makamı yürütmenin veya atamaları yapmakla görevli otoritenin, isteğe bağlı veya keyfi her türlü müdahalesinden uzaktır. Hakim teminatına göre, bir hakim sadece yargılama kapasitesi ile ilgili bir sebep nedeniyle görevinden uzaklaştırılabilir ve bu nedene bağımsız bir inceleme ve tanımlama sonucunda karar verilebilir. Anayasa Mahkemesi bu korumanın gelenekler ile yapılmasının yeterli olmadığını, bunun yasa ile koruma altına alınması gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁵ Aynı davada Kanada Anayasa Mahkemesi, hakim teminatının, görev süresi teminatını kapsadığı, emeklilik yaşına kadar veya belirli bir zamana kadar hakim sıfatı ile karar vermek üzere atanan kimsenin, yürütmenin veya diğer atama yetkisine sahip kurumların müdahalelerine karşı güvende olduğu manasına geldiğini ifade etmektedir.

Kanada'da hakimler, cezai ve hukuki mutlak dokunulmazlığa sahiptirler. Hakim, yargı fonksiyonu ile ilgili olarak, kendisinin verdiği adli veya idari kararlar ile ilgili her hangi bir soruya cevap vermek zorunda değildir.⁵⁶

Hakim teminatı şu konuları kapsamaktadır:

1. Hakimlerin Azledilmesi

Hakimler göreve başladıktan sonra Anayasa veya yasada belirtilen yaşa kadar görevlerinden alınamaz ve yine Anayasa ve yasada belirtilen şartlar gerçekleşmeden görevlerinden azledilemezler.

1971 yılına kadar, federal olarak atanan hakimler hakkındaki şikâyetleri Adalet Bakanlığı soruşturmakta idi. Bu tarihten sonra, Hakimler Kanunu ile kurulan Kanada Yargı Konseyi bu görevi yerine getirmektedir.⁵⁷ 1971 yılında kabul edilen, Hakimler Kanunu (*The Judges Act*) ile temyiz mahkemelerinin başkan ve başkan yardımcılarının oluştuğu bir Kanada Yargı Konseyi (*Canadian Judicial Council*) ku-

⁵⁴ Kapani, *a. g. e.*, s. 85.

⁵⁵ http://www.forces.gc.ca/site/reports/mjcc04/page4_e.asp, 02.04.2009.

⁵⁶ Prefontaine, Lee, *a.g.m.*, s. 12.

⁵⁷ Richard, *a.g.k.*, s. 7.

rulmuştur. Hakimler Kanunu'na göre, oluşturulan Kanada Yargı Konseyi, federal olarak atanan hakimlerden sorumludur ve federal olarak atanan 39 mahkeme başkanından oluşur. Anayasa Mahkemesi Başkanı, Konsey'in de başkanıdır. Federal olarak atanan hakimler için olan konsey yargı üyelerinden oluşur. Bölgesel/eyalet bazında atanan hakimler için oluşturulan konsey ise, hakimlerden, avukatlardan ve kamuoyundan kişilerden oluşur. Bu Konsey, mahkemelerde, verimliliği, tutarlılığı ve iyi hizmeti sağlamak amacıyla oluşturulmuştur. Kanada Yargı Konseyi, yargı idaresi ile ilgili politikaların oluşturulmasından ve hakimlerin eğitiminden sorumludur. Yargı konseyi, hakimler için politika ve davranış kurallarından oluşan kılavuz hazırlar. Konseyin kamuoyu için en önemli rolü, yargılamaya yakışmayan davranışlarla ilgili şikâyetleri soruşturmasıdır.⁵⁸

Hakimler Kanunu'nun 58. vd. maddelerinde Kanada Yargı Konseyi'nin kuruluşu, görevleri ve hakimlerle ilgili soruşturmanın nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Konseyin amacı Hakimler Kanunu tarafından öngörülen şekilde, Kanada'daki tüm üst mahkemelerin yargı hizmet kalitesini, verimliliği, hesap verilebilirliği ve kalitesini artırmaktır. Konsey, federal olarak atanan 1070'den fazla hakim üzerinde yetki sahibidir.⁵⁹

Konsey, hakimlerle ilgili şikâyetleri inceler ve soruşturma için bir komite oluşturarak, yargıcın yaş, sakatlık, kötü davranış ya da başarısızlık nedeniyle yargılamayı gerektiği gibi yönetip yönetemediğine karar verir. Bu komite Konsey tarafından atanan üç hakim ve Adalet Bakanı tarafından atanan iki avukattan oluşur.⁶⁰ Konsey, eğer suiistimale ilişkin ciddi kanıt bulursa, Konsey, Adalet Bakanına yargıcın görevden uzaklaştırılmasını tavsiye edebilir.⁶¹ Kanada Anayasası'nın 99. maddesine göre, üst mahkemelerinin hakimleri, iyi davranış gösterdikleri sürece görevlerini yerine getirirler ve ancak Genel Vali tarafından, Senatonun ve Avam Kamarası'nın onayı ile görevinden alınabilirler.⁶² Ka-

⁵⁸ <http://polisci.nelson.com/legal.html>, 30.03.2009

⁵⁹ http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/about_en.asp?selMenu=about_mandate_en.asp, 03.04.2009.

⁶⁰ Prefontaine, Lee, a.g.m., s. 10. <http://www.icclr.law.ubc.ca/Publications/Reports/RuleofLaw.pdf>, 02.04.2009.

⁶¹ <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/ccs-ajc/page4.html>, 02.04.2009.

⁶² Prefontaine, Lee, a.g.m., s. 9.

nada tarihinde çok az sayıda hakim, soruşturma neticesi hakimlik makamından uzaklaştırılmıştır.⁶³

2. Hakimlerin Resen Emekliye Ayrılması

Yargıçlar göreve geldikten sonra anayasada veya kanunda belirtilen yaştan önce emekliye sevk edilemezler. Hakimlerin kendisi istemedikçe belirtilen yaştan önce emekliye sevk edilmesi demokratik ülkelerde imkansızdır.⁶⁴

Kanada'da hakimler, hakimlik mesleğine bir kez atandığında federal olarak atanan hakimler 75, bazı bölgesel/eyalet hakimleri ise 70 yaşına kadar görev yaparlar. Yürütme organı tarafından görevlerine keyfi biçimde son verilemez. Hakimin görevden alınabilmesi ise, sadece bağımsız bir soruşturma sonucunda geçerli bir nedenin olması ile mümkündür.⁶⁵ Bu husus Kanada Anayasası'nın 99. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir.

3. Hakimlerin Mali Teminatı

Maddi açıdan tatmin edilmeyen insanlar ilk önce maddi ihtiyaçlarını gidermeyi hedefler, bilgi ve görgülerini, kültürel ihtiyaçlarını ve sosyal ilişkilerini geliştirmeyi daha sonraya bırakırlar. Adalet dağıtacak insan üstün meziyetlere sahip olmak zorundadır. Adil olmanın temel taşı olgun olmaktan geçer. Maddi ve manevi ihtiyaçlarını gidermeyen bir insanın olgun olmasını beklemek fazla iyimserlik olur.⁶⁶ Yargılama görevlerini ifa eden yargıçlar her türlü maddi kaygıdan uzak olmalıdır. Yargıçların yaptıkları görevin özelliği dolayısıyla diğer kamu personelinden farklı mali imkâna sahip olması zorunludur.⁶⁷

Mali teminat, hakimlerin yeterli maaş almaları, baskıya veya bağımsızlıklarını zedeleyebilecek bir pozisyonda kalmamaları anlamına gelir. Kanada'da, hükümetler bağımsız bir komisyona danışmadan

⁶³ <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/ccs-ajc/page4.html>, 02.04.2009.

⁶⁴ Özer, Anayasa..., s. 250.

⁶⁵ <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/sys/index-eng.asp>, 30.03.2004.

⁶⁶ Özer, Türkiye'de..., s. 25.

⁶⁷ Özer, Anayasa..., s. 251,

hakim maaşlarını veya ücretlerini değiştiremezler.

Valente davasında, Kanada Anayasa Mahkemesi mali teminatı; maaş ve emeklilik düzenlemelerinin kanunla yapılması ve yürütmenin keyfi müdahalelerine maruz kalmaması olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸ Anayasa Mahkemesi kararında, yargı bağımsızlığının sağlanması ve hakimlerin ücretlerinin belirlenmesi sürecinin politik etkiye maruz kalmaması amacıyla hakimlerin gelirlerinin bağımsız bir komisyon tarafından kararlaştırılmasını, objektif bir komisyon kurulmasının anayasal bir gereklilik olduğunu ve Komisyonun kararlarının Parlamento'yu bağlaması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁹

1975 yılında Hakimler Kanunu'nda Parlamento tarafından yapılan değişiklik ile, her üç yılda bir, Federal olarak atanan hakimlerin maaşlarının ve gelirlerinin yeterli olup olmadığını araştırmak üzere, hükümet tarafından bağımsız bir komisyonun atanması kararlaştırılmıştır.⁷⁰

Kanada Anayasası'nın 100. maddesi, federal seviyede hakimlerin maaşları ve diğer özlük haklarının Parlamento tarafından tespit edilmesini hükme bağlamaktadır. 1998 yılında, Hakimler Kanunu (*Judges Act*) ile her dört yılda bir, hakimlerin maaş ve özlük haklarının yeterliliğini sorgulamak için, Yargı Maaşları ve Ödemeler Komisyonu (*Judicial Compensation and Benefits Commission*) kurulmuştur. Bu Komisyon üç üyeden oluşmaktadır. Bir üye, yargı tarafından, bir üye Kanda Adalet Bakanlığı tarafından atanır. Bu iki üye de başkan olarak bir üçüncü kişiyi atarlar. Komisyon her dört yılda bir öneride bulunur.⁷¹ Komisyon öneride bulunurken, Hakimler Kanunu ile düzenlenen dört faktörü göz önünde bulundurur: Yaşam maliyeti ve federal hükümetin genel ekonomik ve mali konumu dahil olmak üzere Kanada'nın ekonomik koşulları; yargı bağımsızlığının sağlanması için, yargının mali bağımsızlık rolü; hakim olmak isteyen adaylar için cazibiyet durumu ve Komisyonun ilgili olduğunu göz önüne aldığı başka objektif kriterler göz önüne alınarak, hakimlerin maaşlarının yeterli miktarda belirlenmesi şartı getirilmiştir.⁷²

⁶⁸ http://www.forces.gc.ca/site/reports/mjcc04/page4_e.asp, 02.04.2009.

⁶⁹ http://www.forces.gc.ca/site/reports/mjcc04/page4_e.asp, 02.04.2009.

⁷⁰ Prefontaine, Lee, a.g.m., s. 11.

⁷¹ Richard, a.g.k., s. 5.

⁷² <http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/just/07.html>, 02.04.2009.

Hakimler Kanunu'nun 9 ve devamı maddelerinde hakimlerin maaşları düzenlenerek, bu konuda yürütüme organına bir taktir yetkisi tanınmamıştır. 9. maddede Anayasa Mahkemesi başkan ve üyelerinin, 10. maddede federal mahkeme başkan ve üyelerinin ve devamı maddelerde de diğer mahkeme başkan, üye maaşları düzenlenmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi Başkanı için 1 Nisan 2004 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yıllık \$298,500, diğer sekiz üye için de yıllık \$276,400 dolar, federal mahkeme başkanı için yıllık \$254,600, diğer üyeler için ise yıllık \$232,300 dolar ücret öngörülmektedir.⁷³ Yargı Maaşları ve Ödemeler Komisyonu'nun 1 Nisan 2008 tarihinden geçerli olmak üzere, Anayasa Mahkemesi Başkanı için önerdiği ücret \$349.800'dür.

Bir mahkemenin kurumsal bağımsızlığını mali olarak korumakla ilgili anayasal gereklilikler; yargıdaki ücret, emeklilik ve diğer yan ödemelerdir. Bu konu ile ilgili Kanada'daki ilkeler şu şeklide ifade edilebilir:

1. Bölgesel mahkeme hakimlerinin maaşlarının bir kısmı ya da tamamı, ya kamu fonlarından maaş alanların bir kısmı ya da tamamını etkileyen genel ekonomik tedbirin bir parçası olarak veya bölgesel mahkeme hakimlerin bütününe ilişkin bir önlem olarak, azaltılabilir, arttırılabilir, dondurulabilir ya da düşürülebilir.

2. Yargıdaki ücretin dondurulması veya herhangi bir değişiklik, ekonomik manipülasyon yoluyla siyasi etkiye muhal vermemek için, önce etkin ve tarafsız bağımsız özel bir komisyon sürecinden geçirilir.

3. Bölgeler, bu komisyonların kurulması için anayasa ile bağlıdır ve bu komisyona müracaat edilmeden yapılacak değişiklikler anayasaya aykırıdır.

4. Komisyon, son raporundan bu yana (örneğin üç-beş yıl) yaşanan gelişmeleri, diğer ilgili faktörlerin maliyetlerini, hakim maaşlarının yeterliliğini göz önüne alarak toplar.

5. Komisyonun önerileri bağlayıcı değildir, fakat hükümetin önerilere uymaması durumunda rasyonel gerekçeler ortaya koyması gerekir.

⁷³ <http://laws.justice.gc.ca/en/ShowFullDoc/cs/J-1///en>, 30.03.2009.

6. Hükümetin ortaya koyduğu rasyonel gerekçeler, mahkeme önünde test edilebilir.

7. Hiçbir şekilde yargı, yürütme veya yasama organı ile ücret konusunda müzakerelerde bulunamaz, pazarlık yapamaz, ancak ilgili kaygılarını paylaşır ve temsilcilikler verebilir.

8. Hakimlerin maaşları, hakim ofisi tarafından öngörülen temel asgari seviyenin altına indirgenemez.⁷⁴

Kanada Anayasa Mahkemesi, hakimlerin maaşlarını yürütme ile müzakere etmesini gerektiren bir sistemin yargı bağımsızlığını zedelediğini belirtmiştir. Bununla beraber Mahkeme, bölgesel yasama organlarının ekonomik şartlar gerektirmesi halinde, hakimlerin maaşlarını azaltma yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme bağımsız bir kurumun hakimlerin maaşları ve gelirleri ile ilgili öneri yapmasının, hakimler üzerindeki politik etkinin ekonomik manipülasyon yoluyla olmaması adına önemli olduğunu, önerilerin Parlamento'yu bağlamaması gerektiğine, fakat rasyonellik testine tabi olduğuna işaret etmektedir.⁷⁵

Yukarıda belirtilen hükümler çerçevesinde, Kanada'da hakimlere mali teminat sağlandığı söylenebilir. Zira hakimlerin maaşları Hakimler Kanunu ile düzenlenmiş, hakimlerin maaşları, yaşam maliyeti ve federal hükümetin genel ekonomik ve mali konumu dahil olmak üzere Kanada'nın ekonomik koşulları; yargı bağımsızlığının sağlanması için, yargının mali bağımsızlık rolü; hakim olmak isteyen adaylar için cazibiyet durumu gibi koşullar dikkate alınarak bir Komisyon tarafından dört yılda bir gözden geçirilmekte ve yapılacak değerlendirme sonucu hazırlanacak rapor Parlamento'ya sunulmaktadır.

4. Coğrafi Teminat

İnsanlar içinde buldukları ortamın ve çevrenin etkileri ile mutlu olu veya olmazlar. Hakimler içinde buldukları ortamın ve çevrenin onların objektif, histen uzak ve adil karar vermesi için önemli olduğu bir gerçektir. Bu sebepten hakimlere kendileri için ıstırap veren

⁷⁴ Senuik, a.g.m., s. 6-7.

⁷⁵ Profontaine, Lee, a.g.m., s. 11.

bir çevre ve ortamdaki uzak olmak ve kendileri için memnuniyet veren ortam ve çevrede yaşamak imkanı tanınmalıdır.⁷⁶

Coğrafi teminat ya da yer bakımından teminat; bir yargıç ya da savcının, kendi isteği dışında görev yaptığı yerden başka bir yere nakledilememesidir. Aksi durum, coğrafi teminat ve yargı bağımsızlığının yokluğuna dalalet eder.

Kanada'da hakimlerin coğrafi teminatı söz konusudur. Zira hakimler bir kez atandıktan sonra ancak kendilerinin istifa etmesi veya "iyi davranış" göstermemeleri şartı ile haklarında soruşturma açılıp, Kanada Yargı Konseyi tarafından yapılacak soruşturma sonucunda suçlu bulunmaları, Adalet Bakanının talebi ve Parlamento'nun her iki kanadının onayı ile Genel Vali tarafından görevden alınabilirler. Bunun dışında hakimlerin görevden alınması ve dolayısıyla yer değiştirmeleri söz konusu değildir.

5. İdari Bağımsızlık

Yargı bağımsızlığı için bir diğer koşul, idarenin doğrudan kendi yargı fonksiyonunun icrasıyla ilgili konularda, mahkemenin kurumsal bağımsızlığıdır. İdari bağımsızlık, mahkemelerin dava sürecini nasıl yönettiğine ve yargı fonksiyonlarını nasıl yerine getirdiklerine kimse'nin karışmamasıdır.

Valente davasında Anayasa Mahkemesi idari bağımsızlığı, yargılama fonksiyonunun yerine getirilmesi ile ilgili idari kararlar, hakimlerin görevlendirilmesi, mahkeme celselerine karar verilmesi, mahkeme listeleri ve mahkeme salonlarının tahsisi ve bu görevi yerine getiren memurların yönetimi vb. konulardaki kontrolün mahkemelerde olması gerektiğini ifade ettiğini belirtmektedir. Mahkemelerin idari bağımsızlığı konusunda çok az sorun çıkmakta ve mahkemeler, kendilerine tahsis edilen bütçe üzerinde daha fazla kontrol, mahkeme memurları ve diğer idari fonksiyonlarla alakalı olarak daha fazla söz sahibi olmaktadır.⁷⁷

⁷⁶ Özer, Türkiye'de..., s. 26.

⁷⁷ Profontaine, Lee, a.g.m., s. 12.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kaynağını John Locke ve Charles de Montesquieu'dan alan kuvvetler ayrılığı prensibi, bu kuvvetlerin birbirinden bağımsız olarak çalışmasını öngörür. Demokrasilerde, farklı organlar tarafından ifa edilen bu kuvvetler, yasalarla kendilerine verilen görevi yerine getirirken, birbirleri arasında ayrı bir denge söz konusudur. Bu dengenin sağlanabilmesi için, yargının bağımsız olması gerekir. Yargının bağımsız olması da mahkemelerin ve hakimlerin bağımsız olmasını gerektirir.

Tarafsız ve hukuka dayalı kararlar verilebilmesi, bireysel ve kurumsal yargı bağımsızlığını gerektirir. Yargının gerçekten bağımsız olabilmesi için anayasa ve yasalarla bunun teminat altına alınması yanı sıra, yargının idari ve mali olarak da bağımsız olması şarttır.

Yargı bağımsızlığı hem bireysel ve kurumsal elemanları kapsamaktadır. İlk olarak, yargıç olayı dinlemeli ve hükümet, barolar, kamuoyu, medya vb. kurumların dışarıdan müdahalesi olmaksızın yürürlükteki hukuka göre kararını vermelidir. İkinci olarak, mahkemeler, Anayasa'nın koruyucusu olarak, kurumsal olarak hükümetin diğer dallarından bağımsız olmalıdır.

Mahkemeler kendi başlarına gerçek bir yargı bağımsızlığını sağlayamazlar. Hakimlerin atanması, aldıkları maaş, emeklilik, eğitim, sicil, denetim, mahkemelerin yönetimi gibi bir çok faktör, yargı bağımsızlığının sağlanmasında önemlidir.

Kanada 1867 Anayasası'nın 96 ve 100. maddeleri arasında yerini sağlamlaştıran yargı bağımsızlığına sahiptir. Yargı bağımsızlığı hakim teminatı, mali teminat ve idari bağımsızlığı içermektedir. Kanada'da mahkemelerin, mahkeme personeli ve diğer idari işlevlerin bütçelerini kontrol imkanı vardır.

Kanada'da hakimlerin federal hükümet tarafından atanması, yargı üzerinde yürütmenin etkili olduğu şeklinde bir izlenim doğurabileceği düşünülürse de, anayasada yer alan hükümler, hakimlere tanıyan mali teminat, görev teminatı, hakimın görevinden alınmasına ilişkin kurallar, hakimler kanunu ile getirilen düzenlemeler, bunun pek de böyle olmadığının en önemli göstergesidir.

Kanada Yargı Konseyi, Federal Adli İşler Komisyonu ve Ulusal Yargı Enstitüsü gibi kurumlar yargı bağımsızlığını sağlamaya yardımcı olan, yargı bağımsızlığını teşvik eden kurumlardır. Bu kurumlar di-

siplin, ödemeler, hakimlerin sürekli eğitimi gibi alanlarda, yargı ile hükümet arasındaki mesafenin korunmasına yardımcı olan kurumlardır.

Kanada’da hakimleri ne kadar maaş alacağına yasa ile düzenlenmesi, bu konuda yürütmenin herhangi bir tasarrufta bulunmasını engellemektedir. Bu durum, hakimlerin yürütmeye karşı olan bağımsızlıklarının sağlanmasında önemli bir gelişmedir.

Bugün Kanada’da yargı bağımsızlığını güçlendirmek için ayrıca bir çaba vardır. Ancak bazı sorunlar da devam etmektedir. Her ne kadar yargı bağımsızlığı için, hakimlik teminatının sağlanması, hakimler için mali teminat ve mahkemelerin idari bağımsızlığının sağlanması yönünde önemli adımlar atılmış olsa da, yargıya yeterli finansmanın ayrılamaması Kanada’da da temel bir sorundur. Yetersiz finansmanın, adalete erişimi azaltma etkisi vardır. Yetersiz finansman nedeniyle, oturumların gecikmesi ve kararların verilmesinin uzun süre alması, yargı sistemine olan kamuoyu güvenini sarsmaktadır.⁷⁸

Yargı, serbest ve demokratik toplumun gelişimine bu güne kadar olduğu gibi bundan sonra da önemli katlılar sağlayabilir. Yargının bu fonksiyonunu eda edebilmesi için, mahkemelerin bağımsızlığının ve hakim teminatının, dolayısıyla yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanması gerekir.

KAYNAKLAR

- Department of Justice, Canada’s Court System, Keeping the System Fair and Efficient, <http://www.justice.gc.ca>
- Dodek, Adam M., *Judicial Independence as a Policy Instrument*, Toronto: University of Toronto Press.
- Dodek Adam/Sossin Lorne, *Looking Back, Looking Forward: Judicial Independence in Canada and the World*, University of Toronto Press, 2007.
- Dursun Hasan, *Erkler Ayrılığı ve Hakim Bağımsızlığı*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ocak-Şubat 2009, Sayı 80.
- Flanz, Gisbert H., *Constitution of the Countries of the World*, Oceana Publications, 1999, New York, Cilt IV.

⁷⁸ Richard, a.g.k., s. 8.

- Hildebrand, Renee, *Laws and Regulations Affecting Canadian Media*, January 2002
- Kanada Adalet Bakanlığı (Department of Justice) web sitesi, <http://www.justice.gc.ca>
- Kanada Anayasa Mahkemesi (Supreme Court of Canada) web sitesi, <http://www.scc-csc.gc.ca>
- Kanada Büyükelçiliği web sitesi, <http://www.canadainternational.gc.ca/turkey-turquie/>
- Kanada Yargı Konseyi (Canadian Judicial Council) web sitesi, <http://www.cjc-ccm.gc.ca/>
- Kapani, Münci, *İcra Organı karşısında Hakimlerin İstiklali*, Ankara 1956.
- Kritzer, Helbert M., *Legal Systems of the World: A Political, Social, and Cultural Encyclopaedia*, 2002.
- Morton; Frederick L., *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, Third Edition, University of Calgary Press.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- Özer, Attila, *Anayasa Hukuku Genel İlkeler*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2005.
- Özer, Attila, *Türkiye'de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Teminatı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- Prefontaine, Daniel C., Lee, Joanne, *The Rule of Law and The Independence of the Judiciary*, World Conference on the Universal Declaration of Human Rights, Montreal 1998.
- Richard, John. D., *Maintaining A Strong Judiciary: The View From Canada* 5th Worldwide Common Law Judiciary Conference, Sydney, Australia.
- Robert, Martin/Adam, G. Stuart, *A Sourcebook of Canadian Media Law*, Second Edition, Carleton University Press.
- Selçuk, Sami, *Bağımsız Yargı Özgür Düşünce*, İmge Kitabevi, 1. Bası Mart 2007
- Seniuk, Gerald T. G., *Judicial Independence and The Supreme Court of Canada*, 1998, Canada Bar Review, 381.
- Yüce, Turhan Tufan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları*, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum, 1968.

5812 SAYILI KANUN İLE KAMU İHALE KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Hüseyin BİLGİN*

Giriş

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, TBMM tarafından 04.01.2002 tarihinde kabul edilerek, 22.01.2002 gün ve 24648 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanmış ve 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 4734 sayılı Kanun'un amacı, 1. maddesinde; '*kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek*' olarak vurgulanmıştır.

Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun uygulamada ortaya çıkardığı aksaklıkları, eksiklikleri gidermek amacıyla çıkartılmış olan 4734 sayılı Kanun'da yürürlük tarihi öncesinden başlamak üzere birçok kez değişikliğe uğramıştır.¹ 4734 sayılı Kanun'da yapılan bu değişikliklere baktığımızda, bazılarında Kanun'un birkaç maddesinde değişiklik yapıldığı, bazılarında ise daha kapsamlı ve daha çok maddesinde değişikliğe gidildiği görülmektedir. Nitekim 4734 sayılı Kanun'da en kapsamlı değişiklik 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanun ile olmuştur.

Çalışmamıza konu olan, 5812 sayılı Kanun, '*Kamu İhale Kanunu İle Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Ka-*

* Denizli İdare Mahkemesi Hâkimi, SÜ SBE Kamu Hukuku doktora öğrencisi.

¹ 4734 sayılı Kanun'da Yapılan Değişikliklere ilişkin Kanun Tarih ve Sayıları: 12/06/2002 tarihli ve 4761 sayılı Kanun, 30/07/2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanun, 07/06/2007 tarihli ve 5680 sayılı Kanun, 14/07/2004 tarihli ve 5226 sayılı Kanun, 03/03/2005 tarihli ve 5312 sayılı Kanun, 22/02/2007 tarihli ve 5583 sayılı Kanun, 05/01/2008 tarihli ve 5726 sayılı Kanun, 09/07/2008 tarihli ve 5784 sayılı Kanun, 28/03/2007 tarihli ve 5615 sayılı Kanun, 2/12/2003 tarihli ve 5020 sayılı Kanun, 15/05/2008 tarih ve 5763 sayılı Kanun, 10/11/2004 tarihli ve 5255 sayılı Kanun.

nun' adı altında 20.11.2008 tarihinde kabul edilerek, 05.12.2008 gün ve 27075 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanmıştır. 5812 sayılı Kanun da 4734 sayılı Kanun'da değişiklik yapan Yasa olarak karşımıza çıkmakta olup, 4964 sayılı Kanun gibi 4734 sayılı Kanun'da kapsamlı değişiklikler yapmıştır. Bu değişikliklerin neler olduğu ve getirdiği yeni durumları ele alan bu çalışmamızda 5812 sayılı Kanun'un sadece Kamu İhale Kanununda yaptığı değişiklikler incelenmiş olup, 4735 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler bu çalışmamız kapsamına alınmamıştır.

1. 4734 Sayılı Kanun'a Tabi Olmayan İstisnalara İlişkin Değişiklikler

5812 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 4734 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı halleri -istisnaları- düzenleyen ve 3. maddesinde mevcut istisnaların 4 tanesinde değişiklik yapılırken ayrı bir bent altında yeni bir istisnaya da yer verilmiştir. Buna göre;

A. 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (b) bendi, "*Savunma, güvenlik ve istihbaratla ilgili mevzuat uyarınca gizlilik içinde yürütülmesi gerektiği, her bir ihale için ihale yetkilisince onaylanan; uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzeme ve teçhizatı ve sistemleri ve harp malzemeleri ile bunların araştırma-geliştirme, eğitim, üretim, modernizasyon, yazılım ve mühimmat ihaleleri ile bunlarla ilgili sefer stokları, bakım, işletme ve idameye yönelik mal ve hizmetler, Devlet güvenliği ve istihbaratı kapsamındaki hizmet, malzeme, teçhizat ve sistem alımları,*" şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, "*Savunma, güvenlik veya istihbarat alanları ile ilişkili olduğuna veya gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğine ilgili bakanlık tarafından karar verilen veya mevzuatı uyarınca sözleşmenin yürütülmesi sırasında özel güvenlik tedbirleri alınması gereken veya devlet güvenliğine ilişkin temel menfaatlerin korunmasını gerektiren hallerle ilgili olan mal ve hizmet alımları ile yapım işleri,*" şeklinde değiştirilmiştir. Burada önceki düzenlemeden farklı olarak yapım işleri de kapsam içine alınarak istisna kapsamı genişletilmiştir. İstisna kapsamına giren (uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, roket, füze gibi araç, silah, silah malzeme ve teçhizatı ve sistemleri ve harp malzemeleri) mal ve malzemelerin neler olduğunu tek tek saymadan vazgeçilerek, mal kapsamı içinde değerlendirilmiştir. Kanaatimizce yerinde bir değişiklik olmuştur. Mal ve hizmetlerin neler olduğunu örnekleme metodu ile sayma yerine genel olarak "*....mal ve hizmet alımları ile yapım*

işleri" denilmiştir. Yine bu değişiklikle "gizlilik içinde yürütülmesi gerektiğine ilgili bakanlık tarafından karar verilen" ibaresi eklenmiş olup, önceki düzenlemede bu konuda karar verme yetkisi her bir ihale için ilgili ihale yetkilisi şeklinde idi. Buradaki bakanlık tabirinden anlaşılması gereken ise, İçişleri Bakanlığı ile Milli Savunma Bakanlığı'dır.

B. 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (e) bendindeki, "Bu Kanun kapsamına giren kuruluşların; Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumları, tutukevleri işyurtları kurumları, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı huzurevleri ve yetiştirme yurtları, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı üretim yapan okullar ve merkezler, Tarım ve Köy İşleri Bakanlığına bağlı enstitü ve üretme istasyonları ile Başbakanlık Basımevi İşletmesi tarafından bizzat üretilen mal ve hizmetler için anılan kuruluşlardan, Devlet Malzeme Ofisi Ana Statüsünde yer alan mal ve malzemeler için Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğünden, yük, yolcu veya liman hizmetleri için Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünden, akaryakıt ve taşıt için Tasfiye İşleri Döner Sermaye İşletmeleri Genel Müdürlüğünden yapacakları alımlar" şeklinde iken maddede geçen "malzemeler" ibaresi yerine "hizmetler" ibaresi getirilmiştir. Burada aslında malzeme ile kastedilen hususların mal ibaresi kapsamında yer aldığı düşünüldüğünde mal ve malzeme demek suretiyle gereksiz tekrara düşme yerine mal ve malzeme dışında hizmet alımlarını belirten yerinde bir düzenleme olmuştur. Bentteki bu değişiklik dışında yeni alımlar da bent kapsamına dahil edilmiştir. Bende eklenen yeni alımlar "ile araştırma-geliştirme faaliyetleri kapsamında Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumundan yapacakları mal, hizmet ve danışmanlık hizmet alımları, et ve et ürünleri için Et ve Balık Kurumu Genel Müdürlüğünden, ray üstünde çeken ve çekilen araçlarda kullanılan monoblok tekerlek ve tekerlek takımları için Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu Genel Müdürlüğü'nden yapacakları alımlar" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, TÜBİTAK'tan AR-GE faaliyetleri kapsamında yapılacak alımlar, Et ve Balık Kurumundan yapılacak alımlar ve MKE'den yapılacak bir takım alımlar istisna kapsamına alınmıştır.

C. 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (f) bendi, "Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve hizmet alımları" şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle "Ulusal araştırma-geliştirme kurumlarının yürüttüğü ve desteklediği araştırma-geliştirme projeleri için gerekli olan mal ve

hizmet alımları ile finansmanının tamamı Kanun kapsamındaki bir idare tarafından karşılanarak elde edilen sonuçların bu idare tarafından sadece kendi faaliyetlerinin yürütülmesinde faydalandığı haller hariç, her türlü araştırma ve geliştirme hizmeti alımları," şeklinde değişmiştir. Bu değişiklikle istisna kapsamı genişletilmiş, her türlü araştırma ve geliştirme hizmet alımları da kapsam içine alınmıştır.

D. 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (h) bendi, "Bu Kanun kapsamındaki idarelerin kendi özel mevzuatı uyarınca hak sahiplerine sağlayacakları teşhis ve tedaviye yönelik hizmet alımları ile tedavisi kurumlarınca üstlenilen kişilerin ayakta tedavisi sırasında reçeteye bağlanan ilaç ve tıbbi malzemelerin kişilerce alımları," şeklinde iken 5812 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle bendin sonuna, "sağlık hizmeti sunan bu Kanun kapsamındaki idarelerin teşhis ve tedaviye yönelik olarak birbirlerinden yapacakları mal ve hizmet alımları," cümlesi eklenmek suretiyle maddenin kapsamı genişletilmiş; ilgili idarelerin birbirlerinden yapacakları alımlarda kapsama dahil edilmiştir.

E. 5812 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'a (n) bendi başlığı altında yeni bir bent eklenmiştir. "Uluslararası mükellefiyetlerden doğan veya ulusal amaçlı; savunma, güvenlik, insani yardım gibi durumlarda ortaya çıkabilecek acil ihtiyaçların, süratli ve etkin bir biçimde temini amacıyla, önceden güvenceler alınmasına olanak sağlayan anlaşmalar veya sözleşmeler yapmak suretiyle mal ve hizmet alımları" şeklindeki bu yeni bent, ülkemizin uluslararası bir takım yükümlülüklerini yerine getirebilmesini sağlamak amacıyla yasaya eklenmiştir. Kanaatimizce de yerinde bir düzenleme olmuştur.

2. 4734 sayılı Kanun'da Yer Alan Tanımlarla İlgili Değişiklikler

5812 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle sadece 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "Tanımlar" başlığı altında yer alan tanımlardan sadece "hizmet" tanımının içeriğinde değişiklik yapılmış ve bunun dışında, "istekli olabilecek", "ön ilan", "Elektronik Kamu Alımları Platformu", "dinamik alım sistemi", "elektronik eksiltme", "çerçeve anlaşma" tanımları eklenmiştir. Anılan yeni tanımların Kanun'a eklenmesi Kanun'un uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri ortadan kaldırıyor olması nedeniyle yerinde olmuştur.

A. 4734 sayılı Kanun'da "Hizmet: Bakım ve onarım, taşıma, haberleş-

me, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar uygulama, her ölçekte imar planı, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri," şeklinde tanımlanmış iken "mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, imar uygulama, her ölçekte imar planı" tanımdan çıkartılmıştır. Bu değişiklikle hizmet tanımının kapsamı daraltılmıştır.

B. "İstekli olabilecek: İhale konusu alanda faaliyet gösteren ve ihale veya ön yeterlik dokümanı satın almış gerçek veya tüzel kişiyi ya da bunların oluşturdukları ortak girişimi," şeklinde tanımlanmış olup, 4. maddede yer alan "istekli" tanımından sonra gelecektir.

C. "Ön ilan: Yıl içerisinde ihale edilmesi planlanmış işlere ilişkin olarak, mali yılın başlangıcını izleyen mümkün olan en kısa sürede yapılan duyuru-yu," şeklinde tanımlanmış olup, "Kurul" tanımından sonra gelecektir.

D. "Elektronik Kamu Alımları Platformu: İdareler ile kamu alımları sürecine taraf olanların bu sürece ilişkin işlemleri internet üzerinden gerçekleştirebilecekleri ve Kurum tarafından yönetilen elektronik ortamı," şeklinde tanımlanmış olup, "ön ilan" tanımından sonra gelecektir.

E. "Dinamik alım sistemi: İhale dokümanına uygun ön teklif veren ve sistemin geçerlik süresi içerisinde yeterli kriterlerini sağlayan bütün isteklilerin sisteme kabul edildiği, piyasada mamul olarak bulunan malların tedarikine yönelik tamamen elektronik ortamda gerçekleştirilen alım sürecini," şeklinde tanımlanmış olup, "Elektronik Kamu Alımları Platformu" tanımından sonra gelecektir.

F. "Elektronik eksiltme: Tekliflerin değerlendirilmesinin ardından elektronik ortamda eksiltme şeklinde sunulan yeni fiyatların veya belirli teklif unsurlarına ilişkin yeni değerlerin bir elektronik araç marifetiyle otomatik değerlendirme metotları kullanılarak yeniden değerlendirilmesi ve sıralandırılması şeklinde tekrar eden işlemleri," şeklinde tanımlanmış olup, "Dinamik alım sistemi" tanımından sonra gelecektir.

G. "Çerçeve anlaşma: Bir veya birden fazla idare ile bir veya birden fazla istekli arasında, belirli bir zaman aralığında gerçekleştirilecek alımların özellikle fiyat ve mümkün olan hallerde öngörülen miktarlarının tespitine ilişkin

şartları belirleyen anlaşmayı," şeklinde tanımlanmış olup, "Elektronik ek-siltme" tanımından sonra gelecektir.

3. İhaleye Katılımda Yeterlilik Koşulları ile İlgili Yapılan Değişiklikler

5812 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 10 maddesinde de bir takım değişiklikler yapılmıştır. Buna göre;

A. 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 1. fıkrasının mesleki ve teknik yeterliliğin belirlenmesi için istenilen belgeleri düzenleyen (b) bendinin (2) numaralı alt bendi, "İsteklinin ihale konusu iş veya benzer işlerde; mal ve hizmet alımları için son beş yıl içinde, yapım işleri için ise son on beş yıl içinde kamu veya özel sektörde o işe ait sözleşme bedelinin en az % 70'i oranında gerçekleştirdiği veya % 50'si oranında denetlediği veyahut yönettiği idarece kusursuz kabul edilen benzeri işlerle ilgili deneyimini gösteren belgeler," şeklinde iken 5812 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle, "2) İstekli tarafından kamu veya özel sektöre bedel içeren bir sözleşme kapsamında tahhüt edilen ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin olarak; a) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleriyle ilgili deneyimi gösteren belgeler, b) Son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işlerinde sözleşme bedelinin en az % 80'i oranında denetlenen ya da yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler, c) Devam eden yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde; ilk sözleşme bedelinin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde gerçekleşme oranı toplam sözleşme bedelinin en az % 80'ine ulaşan ve kusursuz olarak gerçekleştirilen, denetlenen veya yönetilen işlerle ilgili deneyimi gösteren belgeler, d) Son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarına ilişkin deneyimi gösteren belgeler, e) Devredilen işlerde sözleşme bedelinin en az % 80'inin tamamlanması şartıyla, son onbeş yıl içinde geçici kabulü yapılan yapım işleri ile kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri ve son beş yıl içinde kabul işlemleri tamamlanan mal ve hizmet alımlarıyla ilgili deneyimi gösteren belgeler." şeklinde değiştirilmiştir. Burada yapılan değişiklikler iş deneyim belgeleri ile ilgili olup, önceki düzenlemedeki %70 gerçekleştirilme oranı madde metninden çıkartılmış ve mal ve hizmet alımları için kabul işlemlerinin tamamlanması, yapım işleri için ise geçici kabulün yapılması ibareleri getirilmiştir. Maddenin kapsamı da genişletilmiş ve kabul işlemleri tamamlanan yapımla ilgili hizmet işleri de iş deneyiminin-

de değerlendirme kapsamı içine alınmıştır. Devam eden ve devredilen işlerle ilgili iş deneyim belgesi olarak istenilen belgelere yeni düzenleme de yer verilmiştir.

B. 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, "Birinci fıkranın (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen belgelerden, yapım ve yapımla ilgili hizmet işlerinde, denetleme veya yönetim görevi nedeniyle alınanlarda gerçek kişinin mühendis veya mimar olma şartı aranır. İş bitirme, yönetim veya denetim suretiyle elde edilecek belgeler, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılamaz, belgeler devredilemez, kiraya verilemez ve satılamaz. Bu belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmaları, her ihalede bu oranın aranması ve teminat süresince bu oranın muhafaza edilmesi zorunludur." şeklindeki düzenlemeye 5812 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle "tüzel kişiliğin" ibaresinden önce gelmek üzere "en az bir yıldır" ibaresi eklenmiştir. Burada tüzel kişiliğin en az 1 yıllık olma koşulu getirilmiştir.

C. 4735 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi "Yönetim (...) faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler, en fazla beşte bir oranında dikkate alınır." şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle "Denetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler ilk beş yıl en fazla beşte bir oranında, daha sonraki yıllarda gerçek kişiler ile tüzel kişilerin en az beş yıldır yarısından fazla hissesine sahip olan mühendis ve mimarların iş denetleme nedeniyle alacakları belgeler tam olarak, yönetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler en fazla beşte bir oranında dikkate alınır." şeklinde düzenlenmiştir. Burada yönetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgelerin aynı şekilde beşte bir oranında dikkate alınacağı düzenlemesine yer verilmeyle birlikte denetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler ve mühendis ve mimarların alacakları belgelere de yer verilmiştir.

4. İhaleye Katılamayacak Olanlarla İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun'un 11. maddesi ihaleye katılamayacak olanları bentler halinde tek tek saymıştır. 4734 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi, "a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan ve organize suçlardan dolayı hükümlü bulunanlar." şeklinde iken, 5812

sayılı Kanun'un 4. Maddesiyle, "a) Bu Kanun ve diğer kanunlardaki hükümler gereğince geçici veya sürekli olarak kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmış olanlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan veya örgütlü suçlardan veyahut kendi ülkesinde ya da yabancı bir ülkede kamu görevlilerine rüşvet verme suçundan dolayı hükümlü bulunanlar." şeklinde değiştirilmiştir. Anılan değişikliğe baktığımızda, önceki düzenlemede yer alan "organize suçlar" yerine "örgütlü suçlar" ibaresi kullanılmış, rüşvet vermek suçundan dolayı hükümlü bulunanlar da ihaleye katılması yasaklananların içerisine dahil edilmiştir. Kamu görevlisine rüşvet verme eylemi ülkemizde de yurt dışında da olabilir ve bu suçu Türkiye vatandaşı ya da yabancı da işlemiş olabilir.

5. İhale İlan Süreleri ve Kuralları ile İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun'un ihale ilan süreleri ve kurallarını düzenleyen 13. maddesinde 5812 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle bazı önemli değişiklikler olmuştur. Buna göre,

A. 4734 sayılı Kanun'un 13. maddesinin "ihale ilan süreleri ve kuralları" şeklindeki başlığı 5812 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle "İhale ilan süreleri ve kuralları ile ön ilan" olarak değiştirilmiştir. Başlığın bu şekilde değiştirilmesinin nedeni ise daha önceki metinde bulunmayan ön ilan konusunun madde metnine eklenmesidir.

B. 4734 sayılı Kanun'un 13. maddesinin 2. fıkrasından sonra gelmek üzere, ön ilan konusunu düzenleyen yeni hükümler getirilmiştir. Buna göre, yukarıda verdiğimiz tanımlarla ilgili değişiklikler içerisinde tanımlanan "ön ilana" ilişkin yeni düzenleme; "İlanların, elektronik araçlar ile hazırlanması ve gönderilmesi halinde, birinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendindeki ilan süresi yedi gün kısaltılabilir. İlan ile ihale ve ön yeterlik dokümanına Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden doğrudan erişimin temin edilmesi halinde, birinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendindeki ilan süresi ile belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılacak ihalelerde ön yeterliği belirlenen adaylara yapılacak kırk günlük davet süresi beş gün kısaltılabilir. İdareler, yaklaşık maliyeti 8 inci maddede belirtilen eşik değerlere eşit veya bu değerleri aşan ihaleler için Kamu İhale Bülteninde ön ilan yapabilirler. Uluslararası ilan yapılan haller dahil ön ilan yapılması halinde kırk günlük ilan ve davet süresi yirmi dört güne kadar indirilebilir.

Ön ilanda aşağıdaki hususların belirtilmesi zorunludur: a) İdarenin adı, adresi, telefon ve faks numarası ile elektronik posta adresi. b) İhalenin adı, niteliği, türü ile mal ve hizmet alımlarında kalemler ve tahmini miktarlar, yapım işlerinde ise işin yapılacağı yer, yapı tekniği ve ihtiyaç programına göre tahmin edilen fiziki miktarı veya kapsamı. c) Çerçeve anlaşma yapılıp yapılmayacağı. d) İhalenin yapılacağı yer. e) İhale ilanının yılın hangi çeyreğinde yayımlanacağı. Ön ilan yapılan hallerde, dördüncü fıkrada belirtilen süre indiriminden faydalanılabilmesi için ihale ilanının ön ilan tarihinden itibaren en az kırk gün sonra yayımlanması gerekir. Ön ilan yapılmış olması idareye ihale yapma yükümlülüğü getirmez. Ön ilan yapılan hallerde ihalenin açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usullerinden biriyle gerçekleştirilmesi zorunludur. Ön ilanlar Kamu İhale Bülteninde ücretsiz yayımlanır." şeklinde. Yeni düzenleme ile birlikte, ön ilan müessesesi getirilmiştir. Yaklaşık maliyetleri eşik değer olarak belirlenen değer üzerinde ise ihalenin ücretsiz olarak Kamu İhale Bülteninde yayımlanması imkânı getirilmiştir. İhale ilan ve davet süresi 40 günden 24 güne kadar indirilebilme imkânı sağlanmıştır. Ancak, bunun için ihale ilanının ön ilan tarihinden en az 40 gün sonra yayımlanması gerekir. Ayrıca yasa koyucu ön ilanda bulunması gereken hususların neler olduğunu bentler halinde saymıştır. Ön ilanın yapılmış olması idarenin ihale yapma hususunda zorlanmasına neden olamaz. Öte yandan ön ilan yapılan hallerde ihalenin açık ihale ya da belli istekliler arasında ihale usullerinden biriyle yapılması zorunludur. Yasa koyucu, ihale ilanlarının elektronik ortamlarda hazırlanması ve sunulması halinde, ön görülen bazı sürelerin kısaltılabileceğine de yer vermiştir. Bu sürelerdeki kısaltmalar iki ayrı durumda olmak üzere 7 ve 5 gün olarak karşımıza çıkmaktadır. Buradaki kısaltmaları, ihalenin bir an evvel sonuçlanmasına sağlayacağı katkı nedeniyle yerinde bir düzenleme olarak görmek mümkündür.

C. 4734 sayılı Kanun'un 13. maddesinde geçen "Resmi Gazetede" ibareleri "Kamu İhale Bülteninde" olarak değiştirilmiştir. Bundan sonra artık ihale ilanlarının Resmi Gazete ilanı yerine "Kamu İhale Bülteninde" ilanı yoluna gidilecektir. Resmi Gazete'de yayımı gereken hususlar arasında ihalelerin de yer almasına rağmen bu şekilde özel mevzuatla düzenlenen hususların yine o işe özel yetkili kurumlar tarafından çıkartılan bültenlerde ilan şartı aranması yerinde bir düzenleme olmuştur.

6. Belli İstekliler Arasında İhale Usulü ile İlgili Değişiklikler

Belli istekliler arasında ihale usulünü düzenleyen 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinde 3 önemli değişiklik yapılmıştır. Buna göre,

A. 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin birinci fıkrası *"Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebildiği usuldür. İşin özelliğinin uzmanlık ve/veya yüksek teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihalesi bu usule göre yaptırılabilir."* şeklinde iken, fıkradaki son cümle *"Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri bu usule göre yaptırılabilir."* şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikte birlikte belli istekliler arasında ihale yapılacak durumun kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi de belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilebileceği hükmüne yer vermiştir.

B. 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin üçüncü fıkrası, *"10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez."* şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle anılan fıkranın sonuna, *"Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir."* cümlesi eklenmiştir. Burada idarenin ihaleye davet konusundaki takdir yetkisi genişletilmiştir. İdare tarafından yeterliliği tespit edilenlerin tamamı ya da bir kısmı ihaleye davet edilebilecektir.

C. 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin dördüncü fıkrasının *"Ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterli bulunmayan adaylara da yeterli bulunmama gerekçeleri yazılı olarak bildirilir..."* şeklindeki birinci cümlesi, 5812 sayılı Kanun ile *"Teklif vermeye davet edilmeyenlere davet edilmeme gerekçeleri yazılı olarak bildirilir."* şeklinde değiştirilmiştir. Burada idare tarafından teklif vermeye davet edilmeyen teklif sahiplerine davet edilmeme sebeplerini gerekçesi ile bildireceği hükmü getirilmiş ve ön yeterlik değerlendirmesi sonucu yeterli bulunmayan adaylara ka-

rarın gerekçesinin yazılı olarak bildirileceği hükmü madde metninden çıkartılmıştır.

7. Pazarlık Usulü ile İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun'un pazarlık usulünü düzenleyen 21. maddesinde 4 fıkrada değişiklik yapılmış ve 2 fıkra ise yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrası, değişiklikler açısından önem arz ettiğinden burada yer vermek gerekirse; *"Aşağıda belirtilen hallerde pazarlık usulü ile ihale yapılabilir: a) Açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması. b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması. c) Savunma ve güvenlikle ilgili özel durumların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması. d) İhalenin, araştırma ve geliştirme sürecine ihtiyaç gösteren ve seri üretime konu olmayan nitelikte olması. e) İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenememesi. f) İdarelerin yaklaşık maliyeti ellimilyar (altmışüçmilyar altıyüzelliiki milyon) Türk Lirasına kadar olan mamul mal, malzeme veya hizmet alımları...."* şeklinde yer almıştır.

A. 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin ikinci fıkrası, *"(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. Ancak, bu bentlere göre yapılacak ihalelere en az üç istekli davet edilmelidir."* şeklinde iken 5812 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle *"(b), (c) ve (f) bentlerinde belirtilen hallerde ilan yapılması zorunlu değildir. İlan yapılmayan hallerde en az üç istekli davet edilerek, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri istenir."* şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikle, ilanı zorunlu olmayan hallerde de ilan yapılabileceği sonucu çıkmıştır. Şayet ilanı zorunlu olmayan hallerde ilan yapılmazsa en az üç istekli davet edilmesi gerektiği aynen vurgulandığı gibi, bu davet edilen isteklilerden yeterlik belgesi ile fiyat teklifleri de istenecektir.

B. 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin dördüncü fıkrası, *"(a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde, İstekliler, öncelikle ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşıla-*

yacak yöntem ve çözümler üzerine ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür. Teknik görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi üzerine bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde son tekliflerini vermeleri istenir.” şeklinde iken 5812 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle, “(a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde, ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilen istekliler, öncelikle ihale konusu işin teknik detayları ve gerçekleştirme yöntemleri gibi hususlarda fiyatı içermeyen ilk tekliflerini sunar. İdarenin ihtiyaçlarını en uygun şekilde karşılayacak yöntem ve çözümler üzerinde ihale komisyonu her bir istekli ile görüşür. Teknik görüşmeler sonucunda şartların netleşmesi üzerine bu şartları karşılayabilecek isteklilerden, gözden geçirilerek şartları netleştirilmiş teknik şartnameye dayalı olarak fiyat tekliflerini de içerecek şekilde tekliflerini vermeleri istenir.” şeklinde değiştirilmiştir. Önceki düzenlemede sayılan bentlere göre yapılacak ihalelerde isteklilerden söz ederken yeni düzenlemede “ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilen istekliler” şeklinde değiştirilmiş ve sadece istekli olmanın yeterli olmadığı vurgulanmıştır.

C. 4734 sayılı Kanun’un 21. maddesinin beşinci fıkrası “(a), (b) ve (c) bentlerine göre yapılacak ihalelerde, verilen son teklifler üzerinde fiyat görüşmesi yapılarak ihale sonuçlandırılır.” şeklinde iken 5812 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle, “Bu madde kapsamında yapılacak ihalelerde, ilk fiyat tekliflerini aşmamak üzere isteklilerden ihale kararına esas olacak son yazılı fiyat teklifleri alınarak ihale sonuçlandırılır.” şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklikle birlikte son tekliflerin yazılı olarak yapılması ve bu son teklifin ilk fiyat teklifini aşmaması yönünde bir yenilik getirilmiş ve aynı şekilde son teklif üzerinden görüşülerek karara bağlama önceki düzenlemede sadece (a), (b) ve (c) bentleri ile sınırlı iken, değişiklik sonrası bu sınırlama kaldırılarak tüm madde metnini kapsar hale gelmiştir.

D. 4734 sayılı Kanun’un 21. maddesinin yedinci fıkrası, “(f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir.” şeklinde iken 5812 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle, “(b), (c) ve (f) bendi kapsamında yapılan mal alımlarında, malın sözleşme yapma süresi içinde teslim edilmesi ve bunun idarece uygun bulunması halinde, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir.” şeklinde değiştirilmiştir. Önceki düzenlemeden

farklı olarak “(b) ve (c)” bentleri de fıkra kapsamına alınmış ve bu fıkranın uygulama alanı da genişletilmiştir.

E. 5812 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle 4734 sayılı Kanun’un 21. maddesinin üçüncü ve altıncı fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kalkan bu fıkra hükümlerine baktığımızda; üçüncü fıkrada: “İlan yapılacak hallerde, ilanda ihale konusu alanda faaliyet gösteren ve idarece yeterliği tespit edilen adaylar ile görüşme yapılacağı belirtilir. Gerek ilan yapılan gerekse ilan yapılmayan hallerde, sadece idare tarafından 10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ihale dokümanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yeterliği tespit edilenler ile görüşme yapılır.” hükmü ve altıncı fıkrada ise, “(a), (d) ve (e) bentlerine göre yapılacak ihalelerde teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihale iptal edilir.” hükmü yer almaktaydı. Anılan her iki fıkra hükmü de yürürlükten kaldırılmıştır. Altıncı fıkra hükmünün yürürlükten kaldırılmasıyla fıkrada sayılan bentlere göre yapılacak ihalelere en az üç isteklinin teklif verme koşulu kaldırılmıştır. Dolayısıyla bu ihalelerde teklif veren istekli sayısı üçten az olsa da ihale yapılabilecektir.

8. Doğrudan Temin ile İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun’un 22. maddesinde 5812 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle 1. fıkrasında yer alan iki bentte değişiklik yapılarak birde yeni bent eklenmiştir. Buna göre;

A. 4734 sayılı Kanun’un 22. maddesinin 1 fıkrasının (f) bendi, “Özelliklerinden dolayı stoklama imkânı bulunmayan ve acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, tıbbi sarf malzemeleri ile test ve tetkik sarf malzemesi alımları” şeklinde iken 5812 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle “Özelliklerinden ve belli süre içinde kullanılma zorunluluğundan dolayı stoklanması ekonomik olmayan veya acil durumlarda kullanılacak olan ilaç, aşı, serum, anti-serum, kan ve kan ürünleri ile ortez, protez gibi uygulama esnasında hastaya göre belirlenebilen ve hastaya özgü tıbbî sarf malzemeleri, test ve tetkik sarf malzemeleri alımları.” şeklinde değiştirilmiştir. Yeni düzenleme ile önceki maddede yer alan tıbbi malzemelerle ilgili örnekleme olarak sayma yoluna gidilmiş ve bent daha ayrıntılı ve açıklayıcı olarak düzenlenmiştir.

B. 4734 sayılı Kanun’un 22. maddesinin 1 fıkrasının (h) bendi, “4353 sayılı Kanununun 22 nci ve 36 ncı maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları” şeklinde iken 5812 sayılı Kanun’un 8.

maddesiyle, “08.01.1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanununun 22 ve 36 ncı maddeleri uyarınca Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan hizmet alımları ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilini sağlamak için gerçekleştirilen hizmet alımları.” şeklinde değiştirilmiş ve avukatlık hizmeti alımları yanına fikri ve sınai mülkiyet haklarını tescil için gerçekleştirilen alımlar bent kapsamına dâhil edilmiştir.

C. 4734 sayılı Kanun’un 22. maddesinin 1. fıkrasına, 5812 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle yeni bir bent eklenmiştir. Yeni eklenen (i) bendi, “Seçim dönemi bitmeden önce seçimlerin yenilenmesine veya ara seçime ya da Anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulmasına karar verilen hallerde; Yüksek Seçim Kurulu tarafından yapılacak filigranlı oy pusulası kâğıdı ve filigranlı oy zarfı kâğıdı alımı ile oy pusulası basım hizmeti alımı, mahalli seçimlerde ise İl Seçim Kurulu başkanlıkları tarafından alınacak oy pusulası basım hizmeti alımı.” şeklinde olup, bentte sayılan seçimler için gerekli olan bir takım malzemelerin temininde de doğrudan temin imkânı getirilmiştir.

9. İlanın Uygun Olmaması ile İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun’un 26. maddesinin 1. fıkrası, “13, 24 ve 25 inci maddelerdeki hükümlere uygun olmayan ilanlar geçersizdir. Bu durumda, ilan bu maddelere uygun bir şekilde yenilenmedikçe ihale veya ön yeterlik yapılamaz.” şeklinde, 2. fıkrası ise, “Ancak, 13 üncü maddede belirtilen ilanın yapılmaması veya ilan sürelerine uyulmaması halleri hariç, yapılan ilanlarda 24 ve 25 inci madde hükümlerine uygun olmayan hatalar bulunması durumunda, idarelerce ilanların yayımlanmasını takip eden on gün içinde hatalı hususlar için düzeltme ilanı yapılmak suretiyle ihale veya ön yeterlik gerçekleştirilebilir.” şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun’un 9. maddesiyle 2. fıkraya hükmü, “Ancak, 13 üncü maddede belirtilen ilânın yapılmaması veya ilân sürelerine uyulmaması halleri hariç, yapılan ilânlarda 24 ve 25 inci maddeye göre yirmibeş ve kırk günlük ilan süresi bulunan ihalelerde ilânların yayımlanmasını takip eden onbeş gün diğer ihalelerde ise on gün içinde hatalı hususlar için düzeltme ilânı yapılmak suretiyle ihale veya ön yeterlik gerçekleştirilebilir.” şeklinde değiştirilmiştir. Değişiklik incelendiğinde eski 2 fıkra hükmünün korunması yanı sıra 13. maddeye göre 25 günlük ve 40 günlük ilan süresi bulunan ihaleler için 15 günlük hatalı hususları düzeltme ilanı yapılması imkanı da getirilmiştir.

10. Tekliflerin Alınması ve Açılması ile İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun'un 36. maddesinin ikinci fıkrası, "İsteklilerin belgelerinin eksik olup olmadığı ve teklif mektubu ile geçici teminatlarının usulüne uygun olup olmadığı kontrol edilir. Belgeleri eksik veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmayan istekliler tutanakla tespit edilir. İstekliler ile teklif fiyatları açıklanır. Bu işlemlere ilişkin hazırlanan tutanak ihale komisyonunca imzalanır. Bu aşamada; hiçbir teklifin reddine veya kabulüne karar verilmmez, teklifi oluşturan belgeler düzeltilemez ve tamamlanamaz. Teklifler ihale komisyonunca hemen değerlendirilmek üzere oturum kapatılır." şeklinde iken 5812 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle, "teklif fiyatları açıklanır" ibaresi "teklif fiyatları ve yaklaşık maliyet tutarı açıklanır" şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan bu değişiklikle yaklaşık maliyet tutarının da teklif zarflarının açılmasından sonra açıklanması yolu açılmış ve yaklaşık maliyetin gizliliği kaldırılmıştır.

11. Tekliflerin Değerlendirilmesi ile İlgili Değişiklikler

5812 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un Tekliflerin Değerlendirilmesiyle ilgili 37. maddesinin bir fıkrasında değişiklik yapılmış ve bir fıkrası da yürürlükten kaldırılmıştır.

A. 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinin ikinci fıkrası, "Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36 ncı maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerin eksik olması veya belgelerde önemsiz bilgi eksikliği bulunması halinde, idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik belge veya bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede eksik belge veya bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır. Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Bu aşamada, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır." şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle, "Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle belgeleri eksik olduğu veya teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olmadığı 36 ncı

maddeye göre ilk oturumda tespit edilen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılmasına karar verilir. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerde bilgi eksikliği bulunması halinde idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir. Bu ilk değerlendirme ve işlemler sonucunda belgeleri eksiksiz ve teklif mektubu ile geçici teminatı usulüne uygun olan isteklilerin tekliflerinin ayrıntılı değerlendirilmesine geçilir. Bu aşamada, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitelerini belirleyen yeterlik kriterlerine ve tekliflerin ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı incelenir. Uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri ile birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunan teklifler değerlendirme dışı bırakılır." şeklinde değiştirilmiştir. Anılan değişiklikle birlikte, teklif sunanların teklife ilişkin belgelerinde bir eksiklik bulunması halinde, eksikliklerin giderilmesi için istekliye yazılı olarak belirli bir süre tanınarak bu süre zarfında tamamlanmazsa istekli değerlendirme dışı tutularak geçici teminatları hazineye gelir kaydedilir. Burada geçici teminatın gelir kaydedilmesi cümlesi fıkraya eklenmiştir.

B. 4734 sayılı Kanun'un 37. maddesinin son fıkrası, 5812 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan düzenleme, "En son aşamada, isteklilerin teklif mektubu eki cetvellerinde aritmetik hata bulunup bulunmadığı kontrol edilir. Teklif edilen fiyatları gösteren teklif mektubu eki cetvelde çarpım ve toplamlarda aritmetik hata bulunması halinde, isteklilerce teklif edilen birim fiyatlar esas alınmak kaydıyla, aritmetik hatalar ihale komisyonu tarafından re'sen düzeltilir. Yapılan bu düzeltme sonucu bulunan teklif isteklinin esas teklifi olarak kabul edilir ve bu durum hemen istekliye yazı ile bildirilir. İstekli düzeltilmiş teklifi kabul edip etmediğini tebliğ tarihini izleyen beş gün içinde yazılı olarak bildirmek zorundadır. İsteklinin düzeltilmiş teklifi kabul etmediğini süresinde bildirmesi veya bu süre içinde herhangi bir cevap vermemesi halinde, teklifi değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatı gelir kaydedilir." şeklindedir. Buna göre, birim fiyat teklif cetvellerinde aritmetik hata bulunması halinde teklif değerlendirme dışı bırakılmıştır. Oysa önceki düzenlemede, birim fiyat cetvellerindeki aritmetik hatalar ihale komisyonunca re'sen düzeltilerek isteklinin kabulüne sunuluyor ve isteklinin cevabına göre işlem yapılıyordu.

12. Aşırı Düşük Tekliflerle İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun'un "aşırı düşük teklifler" başlıklı 38. maddesi "İhale komisyonu verilen teklifleri 37 nci maddeye göre değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister. İhale komisyonu; a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması, b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar, c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü, hususlarında belgelendirilmek suretiyle yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir." şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle "İhale komisyonu, aşırı düşük tekliflerin tespiti ve değerlendirilmesinde Kurum tarafından belirlenen kriterleri esas alır. Kurum bu maddenin uygulanmasında; aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değer veya sorgulama kriterleri ya da ortalamalar belirlemeye yetkilidir." fıkrası eklenmiştir. Yeni düzenlemeyle aşırı düşük tekliflerin belirlenmesi ve değerlendirilmesiyle ilgili olarak Kamu İhale Kurumu'na yetki verilmiştir. İhale komisyonları, Kurum tarafından belirlenen kriterlere göre işlem tesis edeceklerdir.

13. İhalenin Karara Bağlanması ve Onaylanması ile İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanununun 40. maddesinin ikinci fıkrası ile son fıkrasında, 5812 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle 2 önemli değişiklik yapılmıştır. Buna göre;

A. 4734 sayılı Kanun'un 40. maddesinin ikinci fıkrası, "Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin sadece en düşük fiyat esasına göre belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlarda; işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar dikkate alınarak ekonomik açıdan en avantajlı teklif belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerler olarak ifade edilmesi zo-

runludur. Parasal değerler olarak ifade edilmesi mümkün olmayan unsurlar için ihale dokümanında nispi ağırlıklar belirlenir.” şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun’un 13. maddesiyle, “Ekonomik açıdan en avantajlı teklif, sadece fiyat esasına göre veya fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirleneceği ihalelerde, ihale dokümanında bu unsurların parasal değerleri veya nispi ağırlıkları belirlenir.” şeklinde değiştirilmiştir. Aslında bu fıkra hükmünde esas açısından, bir başka ifadeyle düzenlediği konu açısından herhangi bir değişiklik olmamış, sadece biçimsel açıdan fıkra metni biraz daha sade ve açık bir şekle getirilmiştir.

B. 4734 sayılı Kanun’un 40. maddesinin son fıkrası, “İhale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan isteklinin 58 inci maddeye göre yasaklı olup olmadığını anılan maddeye göre teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır.” şeklinde iken 5812 sayılı Kanun’un 13. maddesiyle, “İhale kararları ihale yetkilisince onaylanmadan önce idareler, ihale üzerinde kalan istekli ile varsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığını teyit ettirerek buna ilişkin belgeyi ihale kararına eklemek zorundadır. İki isteklinin de yasaklı çıkması durumunda ihale iptal edilir.” şeklinde değiştirilmiştir. Burada ihaleyi kazanan isteklinin yanısıra varsa ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibinin de 4734 sayılı Kanun’un 58. maddesi uyarınca yasaklı olup olmadığına ilişkin araştırma yapılarak bunun da ihale kararına ekleneceği hükmü ile ihaleyi kazanan ve diğer isteklinin yasaklı olması halinde ihalenin iptal edileceği hükmü ilave olarak getirilmiştir.

14. Kesinleşen İhale Kararının Bildirilmesi ile İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun’un 41. maddesi, “İhale sonucu, ihale kararlarının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dahil ihaleye teklif veren bütün isteklilere imza karşılığı tebliğ edilir veya iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirilir. Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın isteklilere tebliğ tarihi sayılır. İhaleye katılan isteklilerden teklifi değerlendirmeye alınmayan veya uygun görülmeyenlerin tebliğ tarihini izle-

yen beş gün içinde yazılı talepte bulunmaları halinde, idare talep tarihini izleyen beş gün içinde yazı ile gerekçelerini bildirmek zorundadır. İhale kararlarının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda da isteklilere aynı şekilde bildirim yapılır." şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle, "İhale sonucu, ihale kararının ihale yetkilisi tarafından onaylandığı günü izleyen en geç üç gün içinde, ihale üzerinde bırakılan dâhil olmak üzere, ihaleye teklif veren bütün isteklilere bildirilir. İhale sonucunun bildiriminde, tekliflerin değerlendirmeye alınmama veya uygun bulunmama gerekçelerine de yer verilir. İhale kararının ihale yetkilisi tarafından iptal edilmesi durumunda da isteklilere gerekçeleri belirtilmek suretiyle bildirim yapılır. İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren; 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmedikçe sözleşme imzalanamaz." şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikle birlikte, ihalenin bildirim ne şekilde yapılacağı hususu madde metninden çıkartılmıştır. Zira bildirim ve tebligatlar konusu aşağıda değineceğimiz 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde önceki düzenlemede yer alan teklifleri uygun bulunmayan veya teklifleri değerlendirmeye alınmayan isteklilerin tekliflerinin uygun bulunmaması ya da değerlendirmeye alınmamasının sebebini öğrenme amacıyla yapacakları başvuru ve bu başvuru sonucu idarenin cevap verme yükümlülüğü madde metninden çıkartılmıştır. Bu değişikliğin nedeni ise maddeye eklenen son cümlede yer almaktadır. İdareler yeni düzenleme ile artık isteklilerin tekliflerinin uygun bulunmaması ya da değerlendirmeye alınmamasının sebebini herhangi bir başvuru olmaksızın gerekçeli olarak ilgisine bildirecektir. Ayrıca sözleşmenin imzalanması için belli bir sürenin de geçmesi gerektiği vurgulanmıştır.

15. Sözleşmeye Davet ile İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun'un 42. maddesinin birinci fıkrası, "41 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sürelerin bitimini veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde kalan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu imza karşılığı tebliğ edilir veya iadeli taahhütlü mektup ile tebligat adresine postalanmak suretiyle bildirilir. Mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. Yabancı istekliler için bu süre-

ye oniki gün ilave edilir.” şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun’un 15. maddesiyle “41 inci maddede belirtilen sürelerin bitimini, ön mali kontrol yapılması gereken hallerde ise bu kontrolün tamamlandığı tarihi izleyen günden itibaren üç gün içinde ihale üzerinde bırakılan istekliye, tebliğ tarihini izleyen on gün içinde kesin teminatı vermek suretiyle sözleşmeyi imzalaması hususu bildirilir. Yabancı istekliler için bu süreye oniki gün ilave edilir. Sözleşmenin imzalanacağı tarihte, ihale sonuç bilgileri Kuruma gönderilmek suretiyle ihale üzerinde kalan isteklinin ihalelere katılmaktan yasaklı olup olmadığının teyit edilmesi zorunludur.” şeklinde değiştirilmiştir. Bu yeni düzenleme ile, ihale üzerine kalan isteklinin ihalelerden yasaklı olup olmadığının tespiti amacıyla ihale sonuç bilgilerinin Kamu İhale Kurumuna gönderilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Aynı şekilde, önceki düzenlemede Maliye Bakanlığı’nın vizesi gereken haller yerine, ön kontrol yapılması gereken hallerde bu kontrolün yapılma tarihi esası getirilmiştir.

16. Kesin Teminata İlişkin Değişiklikler

4734 sayılı Kanun’un kesin teminatı düzenleyen 43. maddesinde, “Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır.” şeklindeki birinci fıkrasından sonra gelmek üzere, “Yapım işlerinde, 38 inci maddeye göre gerekli değerlendirmeler yapıldıktan sonra, ihalenin aynı madde uyarınca hesaplanan sınır değerinin altında teklif veren isteklilerden biri üzerinde bırakılması halinde, kesin teminat sınırı değerinin yüzde altısı oranında alınır.” fıkrası eklenmiştir. Bu yeni fıkra hükmü ile 38. madde uyarınca hesaplanan sınır değerinin altında verilen tekliflerde, kesin teminat miktarının sınır değerinin %6’sından az olmayacağı hususuna ilişkin alt sınır hükmü getirilmiştir.

17. Sonuç Bildirimiyle İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun’un ‘sonuç bildirim’ başlıklı 47. maddesi, “Sözleşme bedeli, mal veya hizmet alımı ihalelerinde birtrilyon Türk Lirasını, yapım ihalelerinde ise ikitrilyon Türk Lirasını aşan ihalelere ilişkin ihale sonuçları, sözleşmenin Sayıştay Başkanlığınca tescilinin idareye tebliğ edildiği, bu tescilin gerekli olmadığı durumlarda ise sözleşmenin taraflarca imzalandığı tarihi izleyen en geç onbeş gün içinde Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle

ilan edilir. İdareler ihale konusu işin önem ve özelliğine göre ihale sonuçlarını, yurt içinde ve yurt dışında çıkan başka gazeteler veya yayın araçları, bilgi işlem ağı veya elektronik haberleşme (internet) yolu ile de ayrıca ilan edebilirler. İlanlarda aşağıda belirtilen hususlara yer verilir: a) İhaleyi yapan idare, b) İhale tarihi, c) İhale usulü, d) İhale konusu işin adı, niteliği, türü, miktarı ve yeri, e) İhaleye katılan istekli sayısı, f) Üzerine ihale yapılan isteklinin adı veya ticaret unvanı, g) Sözleşme bedeli, h) Sözleşme bedelinin hangi kaynaktan karşılanacağı ve kaynağın miktarı, i) İşin başlama ve bitiş tarihi.” şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun’un 17. maddesiyle değiştirilerek, “Bu Kanun kapsamında yer alan idarelerin yapım işleri ile mal ve hizmet alımlarının sonuçları, 42 nci maddeye göre gönderilenler hariç, en geç onbeş gün içinde Kuruma bildirilir. Bu sonuçlardan Kanun kapsamındaki ihalelere ilişkin olanlar Kurum tarafından Kamu İhale Bülteninde yayımlanır. Sonuç bildirimlerinde yer verilecek bilgiler ile savunma, güvenlik ve istihbarat alanlarında görev yapan idarelerin Kanun kapsamında yaptıkları mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihale sonuçlarından hangilerinin yayımlanacağı ilgili idarenin görüşü alınarak Kurum tarafından belirlenir.” şeklini almıştır. Yeni düzenleme ile birlikte, mevcut madde metni biraz daha akıcı ve sade bir hale getirildiği gibi, 4734 sayılı Kanun’un 42. maddesi uyarınca gönderilenler hariç olmak üzere, bütün yapım işleri, mal ve hizmet alımları sonuçlarının Kamu İhale Kurumuna bildirim zorunluluğu getirildiği, Kamu İhale Kurumunca bu bildirimlerden yayımlanmasında sakınca bulunmayanların Kamu İhale Bülteninde yayımlanmasına karar vereceği, hükmü getirilmiştir. İdarenin isteğe bağlı olarak ihale sonuçlarını ilan etme konusundaki tercih hakkı bulunması hususu ile bu ilanda yer alacak konulara ilişkin hükümler madde metninden çıkartılmıştır.

18. Danışmanlık Hizmetleriyle İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun’un ‘danışmanlık hizmetleri’ başlıklı 48. maddesi, “ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlarda niteliği itibarıyla kapsamlı ve karmaşık olduğu, özel uzmanlık ve deneyim gerektirdiği idarece tespit edilen hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınabilir. Danışmanlık hizmet ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yapılır. Ancak, aday ve istekli seçimi ile değerlendirilmesinde bu bölümde belirtilen özel hükümler uygulanır. Danışmanlık hizmetleri, bu bölümde yer alan hükümlere uygun olarak sadece belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale

edilir.” şeklinde iken 5812 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle, “Mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje, harita ve kadastro, her ölçekte imar planı, imar uygulama, ÇED raporu hazırlanması, plan, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim ve kontrolörlük gibi teknik, mali, hukuki veya benzeri alanlardaki hizmetler, danışmanlık hizmet sunucularından alınır. Danışmanlık hizmetleri, bu bölümde yer alan hükümlere uygun olarak sadece belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edilir. Ancak yaklaşık maliyeti 13 üncü maddenin (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde hizmet alımları için öngörülen üst limit tutarının altında kalan danışmanlık hizmetleri, hizmet alımı ihalesiyle gerçekleştirilebilir.” şekilde değiştirilmiştir. Yeni düzenleme ile, danışmanlık hizmeti alınacak hususların içine her ölçekteki imar planları ile imar uygulamaları harita ve kadastro uygulamaları, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje işleri, denetim yanında koordinatörlük işleri de dahil edilmiştir. Yeni düzenleme ile danışmanlık hizmet alımları isteğe bağlılıktan çıkarılarak zorunlu hale getirilmiştir. Danışmanlık hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanun’a göre yapılacağı ifadesi madde metninden çıkartılarak bu ihalelerin belli limitlerin altında olanların hizmet alımı, üstünde olanların ise belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale edileceği hükmü getirilmiştir.

19. Tekliflerin Değerlendirilmesi ve İhalelerin Yapılmasıyla İlgili Değişiklikler

5812 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle 4734 sayılı Kanun’un Tekliflerin Değerlendirilmesi ve İhalelerin Yapılması başlıklı 52 maddesinin 2 maddesinde değişiklik yapılmıştır. Buna göre;

A. 4734 sayılı Kanun’un 52. maddesinin 5. fıkrası, “Tekliflerin değerlendirilmesinde, öncelikle isteklilerin teknik değerlendirmeye esas bütün belgelerinin ihale dokümanında istenilen şartlara uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği incelenir. Belgeleri eksik olan veya istenilen şartlara uygun olmadığı tespit edilen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılır. Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla, belgelerin eksik olması veya belgelerde önemsiz bilgi eksikliği bulunması halinde, idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik belge veya bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede eksik belge veya bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır.” şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle, anılan fıkranın üçüncü ve dördüncü cümleleri “Ancak, teklifin esasını değiştirecek nitelikte olmaması kaydıyla belgelerde bilgi eksik-

liği bulunması halinde, idarece belirlenen sürede isteklilerden bu eksik bilgilerin tamamlanması yazılı olarak istenir. Belirlenen sürede eksik bilgileri tamamlamayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır ve geçici teminatları gelir kaydedilir." şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, burada ihalede teklif sunanların bir takım esasa etkili olmayan bilgi eksikliklerin bulunması halinde bu eksikliklerin giderilmesi için süre verileceği ifade edilerek bilgi ve belgeleri tamamlama madde hükmünden çıkartılmıştır. Ayrıca bu eksik bilgileri tamamlamayanların istekleri değerlendirme dışı bırakılmasının yanı sıra yeni düzenleme ile geçici teminatlarının gelir kaydedilmesi hükmü getirilmiştir.

B. 4734 sayılı Kanun'un 52. maddesinin 8. fıkrası, "İhale komisyonunca bildirilen tarih ve saatte öncelikle teknik değerlendirme sonuçları ile teknik puanlar hazır bulunanlar önünde açıklanır. İhale komisyonunca toplu halde muhafaza altına alınmış olan ve mali teklifleri içeren paket açılır. Teklifleri değerlendirme dışı bırakılan isteklilerin mali teklif zarfları açılmaksızın kendilerine veya vekillerine elden iade edilerek, bu istekliler ihale salonundan çıkarılır. Bu işlemlerden sonra, asgari teknik puan ve üzerinde puan alan isteklilerin mali teklif zarfları açılır ve teklif fiyatları okunarak bir tutanakla tespit edilir. İade edilemeyen mali tekliflere ait zarflar ihalenin sonuçlandırılmasından hemen sonra posta ile gönderilir." şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle, anılan fıkranın dördüncü cümlesi, "Bu işlemlerden sonra, asgari teknik puan ve üzerinde puan alan isteklilerin mali teklif zarfları açılır ve teklif edilen fiyatlar ile yaklaşık maliyet açıklanarak bir tutanakla tespit edilir." şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, isteklilerin teklif ettikleri fiyatların yanı sıra önceki düzenlemede olmayan yaklaşık maliyetin açıklanması da hükme eklenmiştir.

20. Kamu İhale Kurumu ile İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun'un 53. maddesi Kamu İhale Kurumunu düzenlemektedir. 5812 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle anılan hükümde birçok değişiklik yapılmıştır. Buna göre;

A. 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen "Kurum gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğuna ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır." paragrafı yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikte birlikte, Kamu İhale Kurumu önüne gelen her iddiayı inceleyip so-

nuçlandırma yükümlülüğünden kurtulmuştur. Kurumun iş yükünün azalması açısından yerinde olmuştur.

B. Anılan maddenin (c) fıkrasının üçüncü paragrafı, “Kurul üyelerinin görev süresi beş yıldır. Bir üye bir defadan fazla seçilemez. Kurul üyelerinin görev süresi dolmadan görevlerine son verilemez. Ancak üyeler, ciddi bir hastalık veya sakatlık nedeniyle iş görememeleri veya atamaya ilişkin şartları kaybetmeleri halinde atandıkları usule göre süresi dolmadan görevden alınır. Üyeler görevi kötüye kullanmaktan veya yüz kızartıcı bir suçtan mahkûm olmaları halinde ise Başbakan onayıyla görevden alınır. Görevden alma nedeniyle veya süresi dolmadan herhangi bir sebeple boşalan Kurul üyeliklerine bir ay içerisinde yukarıda belirtilen esaslara göre yeniden atama yapılır. Bu durumlarda atanmış üye, yerine atandığı üyenin görev süresini tamamlar.” şeklinde iken, bu paragrafın son cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre, süresi dolmadan herhangi bir nedenle görevinden ayrılan üye de artık 5 yıl görev yapacaktır. Yürürlükten kalkan düzenlemeye göre, bu üyenin görev süresi yerine seçildiği üyenin kalan süresi kadardı.

C. Anılan maddenin (c) fıkrasının sonuna 5812 sayılı Kanun’un 20. maddesiyle “Dava açma, icra takibi yapma ve mahkemelerce verilen kararlara karşı üst mercilere başvurmadan vazgeçme yetkisi ile üst dereceli mahkemelerce verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesinden vazgeçme yetkisi Kurula aittir.” hükmü eklenmiştir. Son eklenen bu cümle ile Kamu İhale Kurumuna uyuşmazlıkların dava konusu olup olmayacağı ya da dava konusu olursa verilen kararlara karşı üst merciciye başvuru yapılıp yapılmayacağı konusunda takdir yetkisi verilmiştir. Kanaatimizce, bu düzenleme de yerinde olmuştur. Bazı dava konusu olacak olan uyuşmazlıklar da ilk derece mahkemelerinin yerinde karar vermesi halinde bu kararlara karşı mutlaka temyiz ya da karar düzeltme yoluna gidilmemesi mahkemelerin iş yükünde de bir azalma sağlayacaktır.

D. Aynı maddenin (e) fıkrasının birinci paragrafı, “Kurul üyeleri özel bir kanuna dayanmadıkça resmi veya özel hiç bir görev alamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz, ücret karşılığı konferans veya ders veremez, her türlü ticari amaçlı ortaklıklarda hissedar veya yönetici olamazlar. Kurul üyeleri, göreve başlamadan önce sahip oldukları Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan borçlanmaya ilişkin menkul kıymetler dışındaki, piyasada faaliyet gösteren tüzel kişilere veya bunların iştiraklerine ait

her türlü hisselerini ya da menkul kıymetlerini üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımlar ve evlatlıkları dışındakilere, görev sürelerinin başlamasını izleyen otuz gün içinde satmak veya devretmek suretiyle elden çıkarmak zorundadır. Bu hükme uygun hareket etmeyen üyeler üyelikten çekilmiş sayılır.” şeklinde iken, anılan paragrafın birinci cümlesi “Kurul Başkan ve üyeleri, asli görevlerini aksatmamak kaydıyla telif ücreti karşılığı bilimsel amaçlı yayın yapabilir, ücret karşılığı ders verebilir, bunun dışında özel bir kanuna dayanmadıkça resmi veya özel hiçbir görev alamaz, dernek, vakıf, kooperatif ve benzeri yerlerde yöneticilik yapamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz.” şekilde değiştirilmiştir. Yeni düzenleme ile kurul başkanın ismi de madde metninde zikredilerek kurul başkan ve üyelerinin telif ücreti karşılığında bilimsel yayın yapma ve ders verme yasağı kaldırılmış olup, yasak olan faaliyetler ise daha sadeleştirilmiş olarak ve açık bir şekilde ifade edilmiştir.

E. Aynı maddenin (e) fıkrasının birinci paragrafından sonra gelmek üzere, “Kurul kararları yerindelik denetimine tabi tutulamaz. Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli hakemlik ve bilirkişilik yapamazlar.” paragrafları eklenmiştir. Yeni düzenleme ile Kurum kararlarına karşı açılan davalarda yerindelik denetim olamayacağı ve Kurul üyeleri ile personelinin hakemlik ya da bilirkişilik yapamayacağı ifade edilmiştir.

F. Aynı maddenin (e) fıkrasının ikinci paragrafı, “Kurul üyeleri ile Kurum personeli görevlerini yerine getirmeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait edindikleri gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri, bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrılmalarından sonra da devam eder. Kurul üyeleri ve Kurum personeli, görevleri nedeniyle işledikleri ve kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından Devlet memuru sayılırlar ve bunlar hakkında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Soruşturma izni, Kurul Başkan ve üyeleri için ilişkili Bakan, Kurum personeli için ise Kurum Başkanı tarafından verilir.” şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun’un 20 maddesiyle anılan ikinci paragrafın üçüncü ve dördüncü cümlesi “Kurul üyeleri ve Kurum personeli, görevleri nedeniyle işledikleri ve kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından Devlet memuru sayılırlar. Kurul üyeleri ile Kurum personelinin cezai ve hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 104 üncü madde-

si² hükümleri uygulanır.” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikle birlikte, Kamu İhale Kurumu üyeleri, işledikleri suçlar açısından 4483 sayılı Kanun’a tabi olmaktan çıkartılmış ve aşağıdaki dipnot 2’de verilen usule göre işlem tesis edileceği hükmü getirilmiştir. Bir başka deyişle Kamu İhale Kurumu üyelerine de, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu üyelerine uygulanan usuller uygulanacaktır.

G. Aynı maddenin (h) fıkrasının birinci paragrafı, “Başkana görevlerinde yardımcı olmak üzere Kurul kararıyla üç başkan yardımcısı atanabilir. Başkan yardımcıları, Kurul üyeliğine atanacaklarda aranan niteliklere sahip olanlar arasından veya en az dört yıllık öğrenim veren hukuk, iktisat, siyasal bilimler, işletme, iktisadi ve idari bilimler, mimarlık ve mühendislik fakülteleri

² **5411 sayılı Kanun madde 104 - Kurul Üyeleri İle Kurum Personelinin Cezaî Ve Hukukî Sorumluluğu :** “Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar, Kurul Başkan ve üyeleri için ilişkili Bakanın, Kurum personeli için ise Başkanın izin vermesi kaydıyla genel hükümlere göre yapılır. Kurul üyeleri ile Kurum personelinin iştirak hâlinde işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalarda Kurum personeli hakkında soruşturma izni verme yetkisi ilişkili Bakana aittir. Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli hakkında görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı soruşturma izni verilmesi için, bu kişilerin kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamak veya Kuruma ya da üçüncü kişilere zarar vermek kastıyla hareket ederek bu işlemler sonucunda kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamış olmaları hususunda açık ve yeterli emarelerin olması gerekir. Soruşturma izni verilmesi hâlinde bu durum ilgililere tebliğ olunur. Soruşturmaya izin verilmesine ya da verilmemesine dair kararlar aleyhine, tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içerisinde Danıştay nezdinde itiraz yoluna başvurulabilir. İzin verilmiş olsa dahi, itiraz süresi geçene kadar veya Danıştaya yapılan itiraz sonucunda hüküm tesis olunana kadar soruşturma başlatılamaz. Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin, görevden ayrılmış olsalar dahi, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlardan dolayı başlatılan soruşturma ve kovuşturmalar, ilgili üye veya personelin talebi hâlinde, bunlarla vekâlet akdi yapmak suretiyle görevlendirilecek bir avukat tarafından takip edilir. Söz konusu davalara ilişkin dava giderleri ve Türkiye Barolar Birliğince açıklanan asgarî ücret tarifesinde belirlenen avukatlık ücretinin onbeş katını aşmamak üzere avukatlık ücreti, Kurum bütçesinden karşılanır. Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personeli aleyhine, Kurulun veya Kurumun bu Kanunda yazılı görevlere ilişkin karar, eylem ve işlemleri sebebiyle, gerek görevlerinin ifası sırasında gerek görevden ayrılmalardan sonra, açılmış veya açılacak her türlü tazminat ve alacak davası, Kurum aleyhine açılmış sayılır. Bu davalarda husumet Kuruma yöneltilir. Avukatlık ücreti ve dava giderine ilişkin bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü bu hukuk davaları için de aynen geçerlidir. Yargılama sonucunda Kurum aleyhine karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi nedeniyle Kurumun ödeme yapması hâlinde, Kurum bu meblağı, ilgililerinden talep eder. Kurumun, yaptığı ödemeleri ilgililerinden talep edebilmesi için, bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi gerekir.

ile bunlara denkliği yetkili makamlarca kabul edilen yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olduktan sonra aralıksız olarak en az on yıldan beri Kurumda meslek personeli olarak çalışmakta bulunanlar arasından atanır." şeklinde iken, anılan paragrafın birinci cümlesi, "Başkana görevlerinde yardımcı olmak üzere Başkanın önerisi üzerine Kurul kararı ile üç başkan yardımcısı atanabilir." şeklinde değiştirilmiştir. Yeni düzenleme ile birlikte başkan yardımcılığına atanacak üç kişi için başkan önerisinin de atanması yolu açılmıştır. Kanaatimizce, yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira başkanın beraber çalışacağı başkan yardımcılarını belirlemede bu şekilde öneri yetkisi bulunmalıdır.

H. Aynı maddenin (h) fıkrasının "Kurumun hizmet birimleri, kurumun görev ve yetkilerinin gerektirdiği sayıda daire başkanlıkları şeklinde teşkilatlanmış ana hizmet birimleri, danışma birimleri ve yardımcı hizmet birimlerinden oluşur." şeklindeki ikinci paragrafının sonuna, "Daire başkanlarının ataması başkanın önerisi üzerine Kurul kararı ile diğer personelin ataması ise Başkan tarafından yapılır." cümlesi eklenmiştir. Buna göre, daire başkanlarını başkanın önerisi üzerine Kamu İhale Kurulu atayacakken, diğer personeli bizzat kurul başkanı atayacağı yönünde hüküm getirilmiştir.

I. Aynı maddenin (i) fıkrasının beşinci paragrafından sonra gelmek üzere "Mükteseplerine uygun bir kadroya atamaları gerçekleşinceye kadar süresi dolması sebebiyle görevi sona eren Kurul Başkan ve üyelerine almakta oldukları aylık ücret ile sosyal hak ve yardımların Kurum tarafından yapılmasına devam olunur. Mükteseplerine uygun kadrolara atanarlara, atama yapıldığı tarih itibarıyla Kurum tarafından ödemede bulunulmasına son verilir. Bir kamu kurumunda çalışmayanlardan Kurul Başkan ve üyeliğine atanıp süresi dolması sebebiyle görevi sona erenlere herhangi bir göreve veya işe başlayıncaya kadar, görevlerinin sona erdiği tarihte almakta oldukları aylık ücret ile sosyal hak ve yardımların Kurum tarafından yapılmasına devam olunur. Kurum tarafından bu kapsamda yapılacak ödemeler üç ayı geçemez." paragrafı eklenmiştir. Burada kurul başkan ve üyeleri ile kurulda görevlendirilen diğer personelin özlük ve parasal haklarıyla ilgili yeni düzenlemelere yer verilmiştir.

İ. Aynı maddenin (i) fıkrasının altıncı paragrafının birinci cümlesinin başına "Kamu ihale uzmanlığı hariç olmak üzere" ibaresi eklenmiş ve paragraf, "Kamu ihale uzmanlığı hariç olmak üzere Kurumun görev alanı ile ilgili konularda genel bütçeye dahil daireler ile katma bütçeli idareler ve

kamu iktisadi teşebbüslerinde çalışanlar kurumlarının, hakimler ve savcılar ise kendilerinin muvafakati ile Kurumda görevlendirilebilir. Bu personel, kurumlarından maaşsız izinli sayılır ve aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatları ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları Kurumla ilgili arasında imzalanacak sözleşmede belirlenir. İzinli oldukları sürece memuriyetleri ile ilgili özlük hakları devam ettiği gibi, bu süreler terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır, terfileri başkaca bir işleme gerek duyulmadan süresinde yapılır. Üniversite öğretim elemanları uzmanlıklarına uyan işler için, 04/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 38 inci maddesine göre Kurumda görevlendirilebilir. Bu şekilde görevlendirilecek personel sayısı toplam kadro sayısının % 10'unu aşamaz." şeklini almıştır. Bu yeni düzenleme ile kamu ihale uzmanlarının sınavla alınacağı ve başka kurumdan görevlendirilemeyeceği ifade edilmek istenmiştir.

J. Aynı maddenin (j) fıkrasının 2 numaralı bendi, "Şikâyetle bulunan isteklilerden alınacak yüz elli milyon Türk Lirası" şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle, "Mal ve hizmet alımı ihalelerinde; yaklaşık maliyeti beş yüz bin Yeni Türk Lirasına kadar olanlarda bin Yeni Türk Lirası, beş yüz bin ile bir milyon Yeni Türk Lirası arasında olanlarda iki bin Yeni Türk Lirası, bir milyon Yeni Türk Lirası ve üzerinde olanlarda üç bin Yeni Türk Lirası, yapım işi ihalelerinde yaklaşık maliyeti bir milyon Yeni Türk Lirasına kadar olanlarda bin Yeni Türk Lirası, bir milyon ile on milyon Yeni Türk Lirasına kadar olanlarda iki bin Yeni Türk Lirası, on milyon ile yirmi milyon Yeni Türk Lirası arasında olanlarda üç bin Yeni Türk Lirası, yirmi milyon Yeni Türk Lirası ve üzerinde olanlarda dört bin Yeni Türk Lirası tutarındaki itirazın şikâyet başvuru bedeli." şeklini almıştır. Yeni düzenleme ile itirazın şikâyet başvuru bedelleri artırılmış ve kademeli olarak bu bedeller belirlenmiştir.

K. Aynı maddenin (j) fıkrasının 4 numaralı bendi, "Her türlü basılı evrak, form, doküman ve yayınlardan elde edilecek gelirler." şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle, "Her türlü basılı evrak, form, ilan, doküman ve yayınlar ile Elektronik Kamu Alımları Platformunun işletilmesinden elde edilecek gelirler." şeklini almıştır. Yeni düzenleme ile "Elektronik Kamu Alımları Platformu" nun işletilmesinden elde edilecek gelirler de kurum gelirleri içinde sayılmıştır.

21. İnceleme Talebinde Bulunulması ile İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun'un "inceleme talebinde bulunulması" başlıklı 54. maddesi "İdareler ve ihale komisyonları, ihalelerin bu Kanunda belirtilen esas ve usullere uygun olarak yapılması hususunda yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusuna karşı da sorumludur. Bu sorumlulukların ihlali sonucu bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu aşağıda belirtilen aşamaları takip ederek yazılı şikâyet suretiyle inceleme talebinde bulunabilir." şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle "İhalelere yönelik başvurular" başlığı altında, "İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler. Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır. Şikâyet başvuruları idareye, itirazın şikâyet başvuruları Kuruma hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle yapılır. Dilekçelerde aşağıdaki hususlara yer verilir: a) Başvuru sahibinin, varsa vekil ya da temsilcisinin adı, soyadı veya unvanı ve adresi. b) İhaleyi yapan idarenin ve ihalenin adı veya ihale kayıt numarası. c) Başvuruya konu olan durumun farkına varıldığı veya bildirildiği tarih. d) Başvurunun konusu, sebepleri ve dayandığı deliller. e) İtirazın şikâyet başvurularında idareye yapılan şikâyetin ve varsa şikâyete ilişkin idare kararının bildirim tarihi. Şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneğinin eklenmesi zorunludur. Aday veya isteklinin başvuru belgeleri veya teklif zarfı içerisinde bu belgelerinin bulunması durumunda, dilekçe ekinde söz konusu belgeler aranmaz. İtirazın şikâyette bulunanlardan 53 üncü maddenin (j) bendinin (2) nolu alt bendinde belirtilen bedelin dört katı tutarına kadar başvuru teminatı alınmasına Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Başvuru teminatları Kurum hesaplarına yatırılır. Bu teminatlar Kurum gelirleri ile ilişkilendirilmeksizin ayrı hesaplarda tutulur. İtirazın şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, varsa şikâyete idarece verilen cevabın bir örneği ile başvuru bedeli ve teminatının Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgenin eklenmesi zorunludur. Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından ise aynı ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulamaz. Belirtilen hususlara aykırılık içeren ve henüz başvuru süresi dolmamış olan başvurularda-

ki eksiklikler, idare veya Kurumun bildirim yapma zorunluluğu bulunmaksızın, başvuru süresinin sonuna kadar başvuru sahibi tarafından giderilebilir. Başvurular üzerine ihaleyi yapan idare veya Kurum tarafından gerekçeli olarak; a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline, b) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine, c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikâyete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikâyet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine, karar verilir. Kurumun görev alanında bulunmaması hali hariç, itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi durumunda, başvuru teminatı yatırılan hallerde teminatın gelir kaydedilmesine de karar verilir. Dinamik alım sistemi, elektronik eksiltme ve çerçeve anlaşmalara ilişkin başvuru esas ve usulleri Kurum tarafından yürürlüğe konulacak yönetmelikle belirlenir.” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişikliklere baktığımızda, öncelikle maddenin başlığının değiştiği, ihalelere yönelik başvurular başlığı altında, itiraz ve şikâyet yoluna kimlerin hangi yolla başvurabilecekleri, başvuru dilekçelerinde yer alması gereken hususları, başvuru için hangi şartları yerine getirilmesi gerektiği, başvuru üzerine kurum tarafından yapılacak işlemlerin neler olduğu, kurum kararının ne şekilde olacağı hususları düzenlenmiştir. Özellikle belirtmek gerekirse başvuru hakkı tanınanların içerisine istekli olabilecekler de dâhil edilmiş ve başvuru yapma hakkı bulunanların kapsamı genişletilmiştir.

22. İdare Tarafından İncelemeyle İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun’un “idare tarafından inceleme” başlıklı 55. maddesi, “İhalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusu tarafından öncelikle idareye şikâyette bulunulur. Bu şikâyetler; a) Sözleşme imzalanmamışsa, b) Yapım müteahhidi, tedarikçi veya hizmet sunucusunun şikâyete yol açan durumların farkına vardığı veya farkına varmış olması gerektiği tarihi izleyen onbeş gün içinde yapılmışsa, İdarece dikkate alınır. İdare, şikâyetin verilmesini izleyen otuz gün içinde gerekçeli bir karar alır. Bu kararda, şikâyet tamamen veya kısmen haklı bulunmuşsa alınması gereken düzeltici önlemler de belirtilir. Alınan karar, bütün aday veya isteklilere karar tarihini izleyen yedi gün içinde bildirilir. Belirtilen süre içinde bir karar alınmama-

sı veya süresinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda aday veya istekli, karar verme süresinin bitimini veya karar tarihini izleyen onbeş gün içinde Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilir. Şikâyet sunulduktan sonra, ihale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi gerektiği onaylanmadıkça idare sözleşme imzalamaz. İhale işlemlerine devam edilmesi konusunda gerekçeli olarak alınan bu onay, sözleşme imzalanmadan en az yedi gün önce şikâyette bulunan aday veya istekliye tebliğ edilmiş olmasını sağlamak üzere gerekli süre dikkate alınarak bildirilir. İdarece usulüne uygun bildirim yapılmadan sözleşme imzalanmışsa, ihale kararı ve sözleşme hükümsüz sayılır. İhale işlemlerine devam edilerek sözleşme imzalanabileceğinin bildirilmesi durumunda ise, şikâyette bulunan aday veya istekli, kendisine bildirim yapıldığı tarihi izleyen üç gün içinde Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilir.” şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun’un 22. Maddesiyle, “İdareye şikâyet başvurusu” başlığı altında, “Şikâyet başvurusu, ihale sürecindeki işlem veya eylemlerin hukuka aykırılığı iddiasıyla bu işlem veya eylemlerin farkına varıldığı veya farkına varılmış olması gereken tarihi izleyen günden itibaren 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün içinde ve sözleşmenin imzalanmasından önce, ihaleyi yapan idareye yapılır. İlanda yer alan hususlara yönelik başvuruların süresi ilk ilan tarihinden, ön yeterlik veya ihale dokümanının ilana yansımaya diğer hükümlerine yönelik başvuruların süresi ise dokümanın satın alındığı tarihte başlar. İlan, ön yeterlik veya ihale dokümanına ilişkin şikâyetler birinci fıkradaki süreleri aşmamak üzere en geç ihale veya son başvuru tarihinden üç iş günü öncesine kadar yapılabilir. Bu yöndeki başvuruların idarelerce ihale veya son başvuru tarihinden önce sonuçlandırılması esastır. Şikâyet üzerine yapılan incelemede tekliflerin hazırlanmasını veya işin gerçekleştirilmesini etkileyebilecek maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin bulunması ve idarece ihale dokümanında düzeltme yapılmasına karar verilmesi halinde, gerekli düzeltme yapılarak 29 uncu maddede belirtilen usule göre son başvuru veya ihale tarihi bir defaya mahsus olmak üzere ertelenir. Ancak belirlenen maddi veya teknik hataların veya eksikliklerin ilanda da bulunması halinde 26 ncı maddeye göre işlem tesis edilir. İdare, şikâyet başvurusu üzerine gerekli incelemeyi yaparak on gün içinde gerekçeli bir karar alır. Alınan karar, şikâyetçi ile diğer aday veya istekliler ile istekli olabileceklere karar tarihini izleyen üç gün içinde bildirilir. İlan ile ihale veya ön yeterlik dokümanına yönelik başvurular dışında istekli olabileceklere bildirim yapılmaz. Belirtilen süre içinde bir karar alınmaması durumunda başvuru sahibi tarafından karar verme süresinin bitimini, süre-

sinde alınan kararın uygun bulunmaması durumunda ise başvuru sahibi dahil aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından idarece alınan kararın bildirimini izleyen on gün içinde Kuruma itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. İdareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz." şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişikliklere baktığımızda ise, idareye başvuru sürelerinin ve idarenin bu başvuru üzerine karar verme sürelerinin kısaltıldığı, kurum tarafından ihalenin ertelenmesine veya düzeltme ilanı yapılmasına karar verme zorunluluğu getirildiği, bu nedenle ivedilik ya da kamu yararı gibi gerekçeler gösterilerek ihaleye devam etme yolunun kapatıldığı, ihale sözleşmesinin yenilenmesi ile ilgili yeniliklerin getirildiği görülmektedir.

23. Kamu İhale Kurulu Tarafından İncelemeyle İlgili Değişiklikler

4734 sayılı Kanun'un "Kamu İhale Kurulu Tarafından İnceleme" başlıklı 56. maddesi, "İhalelere ilişkin olarak yapım müteahhidi, tedarikçi ya da hizmet sunucusu tarafından, Kurumun nihai kararları üzerine yargıya başvurma hakkının saklı olduğu da belirtilmek suretiyle bu Kanun hükümlerine uygun olmadığı iddia edilen ve düzeltilmesi istenilen durumların bildirilmesi kaydıyla, yukarıda belirtilen hallerde ve sürede Kuruma sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. Kurul, Kuruma gelen itirazın şikâyet başvurularıyla ilgili olarak gerekçesini belirtmek suretiyle aşağıdaki işlemlerden birine karar verir: a) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayacak durumlarda, düzeltici işlemi belirler. b) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı bir durumun tespit edilmesi halinde, ihale işlemlerini iptal eder. c) İtirazın şikâyet başvurusunun uygun bulunmadığını belirler. İtirazın şikâyet konusunun açıkça bu Kanuna ve ilgili mevzuatına aykırı olması veya ihale sürecinin devam etmesi ile yapım müteahhidi, tedarikçi, hizmet sunucusu, kamu, idare veya diğer isteklilerin telafisi güç ya da imkânsız zararlarının doğma olasılığının bulunması durumlarında, kesin karar verilin-

ceye kadar ihale sürecini durdurur. İhale yetkilisince ivedilik ve kamu yararı bulunması nedeniyle ihale işlemlerine devam edilmesi kararı üzerine yapılan itirazın şikâyet başvuruları, gerekli görülmesi halinde ihale süreci durdurularak öncelikle incelenir. Sözleşme imzalandıktan sonra yapılan itirazın şikâyet başvuruları Kurul tarafından değerlendirmeye alınmaz. Usulüne uygun olarak yapılan itirazın şikâyet başvurularının Kurul tarafından sözleşme imzalanıncaya kadar incelenerek sonuçlandırılması zorunludur. İtirazın şikâyet, dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yoludur. Kurum, yapılan itirazın şikâyet başvuruları üzerine, idarece ihale işlemlerine devam edilmesi kararı alınan hallerde beş gün, diğer hallerde ise onbeş gün içinde ihale sürecinin devamına ilişkin karar alır. Kurum, nihai kararını başvuruyu izleyen kırkbeş gün içinde verir. Kurul tarafından verilen bütün kararlar, taraflara karar tarihini izleyen beş gün içinde tebliğ edilir. Ayrıca, bu kararlar Resmi Gazetede Kurum tarafından yayımlattırılır.” şeklinde iken 5812 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle, “Kuruma itirazın şikâyet başvurusu” başlığı altında, “İdareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55 inci maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınanlar itirazın şikâyete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir. Kurum itirazın şikâyet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikâyet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. İdare tarafından şikâyet veya itirazın şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikâyet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir. Kanunda belirtilen sürelerle ve usule uyulmadan sözleşme imzalanmış olması veya itirazın şikâyet başvurusundan feragat edilmesi itirazın şikâyet başvurusunun incelenmesine ve 54 üncü maddede sayılan kararlardan birinin alınmasına engel teşkil etmez. Kurul tarafından gerekli görülen hallerde tarafların ve ilgililerin dinlenmesine karar verilir. Bu durumda, Kurul tarafından tespit edilen tarihte taraflar ve ilgililer dinlenir. Kurum, itirazın şikâyete ilişkin nihai kararını, incelenen ihaleye ilişkin gerekli bilgi ve belgeler ile ihale işlem dosyasının kayıtlara alındığı tarihi izleyen yirmi gün içinde vermek zorundadır. Bu süre 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihaleler ile şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazın şikâyet başvurularında on iş günü olarak uygulanır. Kurum, ge-

rekli gördüğü takdirde özel uzmanlık gerektiren teknik hususlarla ilgili olarak ihtisas sahibi kamu veya özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşüne başvurulabilir. Görüşüne başvurulmuş özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere (8000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarı geçmemek üzere Kurul tarafından belirlenen miktarda ödeme yapılır. Kamu görevlilerinin görüşüne başvurulması halinde ise personele diğer mevzuatta yer alan kısıtlamalara bağlı olmaksızın (5000) gösterge rakamı esas alınmak suretiyle aynı esaslar çerçevesinde ödeme yapılır. Bu fıkra uyarınca yapılacak ödemeler damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz. Kurul tarafından verilen bütün kararlar, karar tarihini izleyen beş iş günü içinde taraflara tebligata çıkarılır ve tebligata çıkarıldığı tarihi izleyen beş gün içinde Kurumun internet sayfasında yayınlanır. Kararlara erişim ücrete tabi tutulamaz. İdareler hukuki durumda değişiklik yaratan Kurul kararlarının gerektirdiği işlemleri ivedilikle yerine getirmek zorundadır." şeklinde değiştirilmiştir. Anılan değişikliklerin neler olduğuna baktığımızda ise, Kamu İhale Kurumunun alabileceği kararlar 56. madde hükmünden çıkartılarak 54. madde içinde düzenlenmiştir. Yukarıda bu kararların neler olduğuna yer vermiştik. Kuruma yapılacak itirazın şikâyet başvuru süresi 15 günden 10 güne düşürülmüştür. Kurumun incelemedeki geniş takdir yetkisi sınırlandırılmış ve artık Kurum itiraza konu işlemler ve iptal başvurularında iptal gerekçeleri ile sınırlı olmak üzere eşit muamele ilkesi açısından bir inceleme yapacaktır. Kurum gerekli gördüğü halde ilgileri dinleyebilecek, ücreti karşılığında bilirkişi incelemesi yaptırabilecek ve itirazın şikâyetten vazgeçme ile bağlı olmayacaktır. Kurumun nihai karar verme süresi itirazın şikâyetinde 45 günden 20 güne inmiştir. Kurum kararları artık resmi gazete yerine internet sitesinde yayımlanacaktır.

24. İdarelerce Uyulması Gereken Diğer Kurullarla İlgili Değişiklikler

5812 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin 2 ayrı bendinde değişiklik olmuştur. Buna göre;

A. 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (e) bendi, "İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, ihale yetkilisinin onayı alınmak kaydıyla bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir." şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle, "e) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetme-

liklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Ancak danışmanlık hizmet alım ihalelerinde, istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz." şeklinde değiştirilmiştir. Son değişiklikle istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması halinde bu hizmetler için yapılacak ihalede ihale yetkilisinin onayı alınması şartı kaldırılmıştır. Bunun yanı sıra danışmanlık hizmet ihalesi için herhangi bir şart aranmayacağı hükmü getirilmiştir.

B. 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (h) bendi, "Yapım işlerinde denetim ve yönetim görevlerinde bulunmayan mühendis veya mimarların, yapım ihalelerine girebilmeleri için mezuniyetinden sonra geçen her yıl için altmış milyar lira olarak hesaplanmak üzere dikkate alınır ve bu Kanununun 10 uncu maddesi kapsamındaki mesleki ve teknik yeterlilik şartı ilgilinin işe başladığı yıl için aranmaz." şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle, "İş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların, aldıkları lisans eğitimine uygun yapım işi ihalelerine başvurularında, toplam süresi onbeş yılı geçmemek kaydıyla mezuniyetlerinden sonra geçen her yıl, yüzüymükibinüçyüzseksenyedini Yeni Türk Lirası olarak hesaplanmak üzere 10 uncu maddede kapsamındaki benzer iş deneyimi olarak dikkate alınır. Bu süre iş deneyimi bulunan mimar ve mühendisler için uygulanmaz. Bu bent kapsamında elde edilen deneyim mühendis ve mimarın beş yıldır en az % 51 hissesine sahip olduğu veya her iki ortağın da mühendis olup % 50-% 50 ortak olduğu tüzel kişiler tarafından da kullanılabilir." şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, bent yeniden düzenlenerek on beş yıl sınırı getirilmiş ise de bu süre, iş deneyimi bulunmayan mimar ve mühendisler için öngörülmüş olup, iş deneyimi olan mimar ve mühendislerde ise aranmamıştır.

25. Tebliğat Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler

4734 sayılı Kanun'un 65. maddesi, "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde yapılacak tebliğat hakkında Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır." şeklinde iken, 5812 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle, "Bildirim ve tebligat esasları" başlığı altında ve "Aday, istekliler ve istekli olabileceklere yapılacak her türlü bildirim ve tebligatlarda aşağıdaki hususlara uyulması zorunludur: a) Tebligatlar idareler veya Kurum tarafından aşağıdaki yöntemler kullanılarak yapılabilir: 1) İmza karşılığı elden. 2) İadeli taahhütlü mektupla. 3) Elektronik ortamda. 4) Faksla. İadeli taahhütlü mektupla yapılan tebligatlarda mektubun postaya verilmesini takip eden yedinci gün, yabancı istek-

lilerde ise ondokuzuncu gün kararın istekliye tebliğ tarihi sayılır. Tebligatın bu tarihten önce muhataba ulaşması halinde ise fülü tebliğ tarihi esas alınır. b) İdareler veya Kurum tarafından elektronik ortamda veya faks ile yapılan tebligatlar ile çerçeve anlaşmaya dâhil olan istekliler tarafından elektronik ortamda sunulan fiyat tekliflerinin aynı gün teyit edilmesi zorunludur. Elektronik ortamda veya faks ile yapılan bildirimlerde bildirim tarihi tebliğ tarihi sayılır. Ancak, idareler veya Kurum ile aday, istekli ve istekli olabilecekler tarafından, elektronik imza kullanılarak yapılan işlemlerde ve şikayet başvurularına ilişkin işlemler dahil Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden yapılacak ihale sürecine ilişkin işlemlerde teyit aranmaz. c) Elektronik haberleşmede kullanılacak araçlar ile bunların teknik özellikleri, yaygın olarak kullanılan haberleşme ve bilgi teknolojisi ürünleri ile uyumlu ve kolay erişilebilir olmalı ve eşit muamele ilkesini sağlamalıdır. d) Her türlü bilgi alışverişi ile bilginin muhafazasında; verilerin bütünlüğü ile tekliflerin ve başvuru belgelerinin gizliliğinin sağlanması esastır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde yapılacak tebliğler hakkında Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.” şeklinde değişmiştir. Bu değişiklikte birlikte 4734 sayılı Kanun uyarınca yapılacak tebligatların neler olduğu ve ne şekilde yapılacağı ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş ve bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde ise 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uygulanacağı yinelenmiştir.

26. Ek 1. Maddede Yapılan Değişiklikler

4734 sayılı Kanun’un “Bu Kanununun 13 ve 47 nci maddelerinde geçen Resmi Gazetede yayım zorunluluğuna ilişkin hükümlerden, Kanununun 53 üncü maddesinde öngörülen Kamu İhale Bülteninde yayım zorunluluğu anlaşılmıştır.” şeklindeki Ek-1. maddesi tamamen yürürlükten kaldırılmış olup, onun yerine “Elektronik Kamu Alımları Platformu” başlığı altında yeni bir Ek 1. madde hükmü getirilmiştir. Bu hükmü baktığımızda ise; “Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerde; bu Kanununun 13 üncü maddesi hükümleri saklı kalmak üzere, ilan, ihale dokümanının hazırlanması ve verilmesi, katılım ve yeterliğe ilişkin belgelerin sunulması, tekliflerin hazırlanması, sunulması ve değerlendirilmesi, ihalenin karara bağlanması ve onaylanması, kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesi ve sözleşmenin imzalanması gibi ihale süreciyle ilgili aşamalar ile her türlü bildirimler kısmen veya tamamen, Kurum tarafından oluşturulan Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden gerçekleştirilebilir. Elektronik Kamu Alımları Platformunun kurulması ve işletilmesi ile ihale sürecinde elektronik araçların kullanımına ilişkin esas

ve usuller Kurum tarafından belirlenir. Bu Kanununun 13 üncü maddesi uyarınca yapılacak bütün ilanlar aynı zamanda Elektronik Kamu Alımları Platformunda da yayımlanır. Bu Kanun kapsamındaki alımlarda aday veya isteklilerin yeterliğinin tespitine ilişkin olarak Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden sistemler kurulabilir. Bu sistemlerin kurulması, kurdurulması, denetlenmesi, yetkilendirilen kuruluşların yetkilerinin iptal edilmesi veya tedbir niteliğinde kararlar alınması hususlarında Kurum yetkilidir.” şeklinde olduğunu görürüz. Bu düzenleme ile ihalelere ilişkin tüm hazırlık ve ilanların tekliflerle ilgili yapılan değerlendirme sonuçlarının ve sözleşme ile ilgili hususların Elektronik Kamu Alımları Platformu üzerinden takip edileceği ve burada ilan edileceği hususu düzenlenmiştir.

27. Ek 2. Maddede Yapılan Değişiklikler

4734 sayılı Kanun’un, “Çerçeve Sözleşme Kapsamında Mal ve Hizmet Alımı” başlıklı Ek 2. maddesinin başlığı “Çerçeve Anlaşma” olarak değiştirilerek madde içeriği de, “İdareler ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin olarak açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulünü uygulamak kaydıyla çerçeve anlaşmalar yapabilir. Çerçeve anlaşmalar rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu şekilde kullanılmaz. Çerçeve anlaşma kapsamında temin edilecek mal ve hizmet alımları ile yapım işleri Kanununun 13 üncü maddesine göre ilan edilir. Çerçeve anlaşma kapsamında karşılanması planlanan tahmini ihtiyaç miktarları ilanda gösterilir. Teminat alınmasına ilişkin hükümler hariç olmak üzere, ihalelerin sözleşmeye bağlanması hakkında bu Kanunda yer alan hükümler çerçevesinde, süresi kırksekiz ayı geçmemek üzere çerçeve anlaşma imzalanır ve sonuçlar Kamu İhale Bülteninde ilan edilir. Çerçeve anlaşmalar, koşulların tamamının baştan belirlendiği hallerde, bir istekli ile de yapılabilir. Birden fazla istekli ile yapılacak çerçeve anlaşmalarda istenilen şartları karşılayan yeterli sayıda teklif sunulması kaydıyla çerçeve anlaşmaya taraf olacak istekli sayısı üçten az olmamak üzere ihale dokümanında belirtilir. Çerçeve anlaşmaların bir istekli ile yapıldığı haller hariç, yapılan değerlendirme sonucunda teklifleri geçerli kabul edilen istekliler, ekonomik açıdan en avantajlı tekliften başlanmak suretiyle sıralanarak listeye alınır. Çerçeve anlaşmaya taraf olan istekli sayısının üçün altını inmesi halinde, mevcut çerçeve anlaşmanın sona erdiği taraflara bildirilir. Koşulların tamamının baştan belirlendiği çerçeve anlaşma kapsamında yapılacak alımlarda isteklilerden ilk tekliflerini aşmamak kaydıyla yeniden teklif alınabilir. Koşulların tamamının baştan belirlenmediği hal-

lerde ise çerçeve anlaşma koşullarında esaslı değişiklik yapılmaması kaydıyla isteklilerden yeniden teklif alınır. İsteklilere ihale konusu işin karmaşıklığı ve özgünlüğü gibi hususlar dikkate alınarak tekliflerini sunmaları için yeterli süre tanınır. İstekliler yeterliklerinin devam ettiğini oniki ayda bir belgelerlendirir. Yeterliği devam etmeyenler ile teklif vermeye davet edildiği halde iki kez geçerli teklif vermeyen isteklilerin çerçeve anlaşmaları feshedilir. Münferit sözleşmeye davet edildiği halde ihale dokümanında belirtilen süre içerisinde sözleşme imzalamayan istekliyle yapılan çerçeve anlaşma feshedilir ve istekli hakkında 58 inci madde hükümleri uygulanır. Münferit sözleşme aşamasına ilişkin olarak bu Kanunun 6, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 54, 55 ve 56 ncı maddeleri uygulanmaz. Bu maddelerde belirtilen hususlar dâhil çerçeve anlaşma kapsamında yapılacak alımların usul ve esasları ile nitelik ve kapsamını belirlemeye ve sınırlar koymaya, sözleşme düzenlenmesine gerek görülen durumlarda sözleşmelerin şeklini ve kapsamını belirlemeye Kurum yetkilidir. Çerçeve anlaşma yapılmış olması, idareye alım yapma yükümlülüğü getirmez. İdare, çerçeve anlaşma kapsamındaki ihtiyaçlarını bu Kanunda yer alan diğer usulleri kullanmak suretiyle de temin edebilir." şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

28. Yeni Getirilen Ek Maddeler

5812 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle, sırasıyla 4, 5 ve 6. ek maddeler olmak üzere 3 tane yeni ek madde getirilmiştir. Bu ek maddelerde ise, Dinamik Alım Sistemi, Elektronik Eksiltme ve Finansal Kiralama konuları düzenlenmiştir. Anılan ek maddelere baktığımızda ise;

A. Ek Madde 4'de "Dinamik Alım Sistemi" düzenlemiş olup madde metni, "Dinamik alım sistemi, piyasada mamul olarak bulunan malların elektronik ortamda alımında kullanılabilir. Sistemin kurulmasında açık ihale usulü uygulanır. Dinamik alım sistemi rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu şekilde işletilemez. Sistemin tesis edileceği hususu Kamu İhale Bülteninde ilan edilmek suretiyle duyurulur. İhale dokümanında; planlanan alımın niteliği, türü ve miktarının yanı sıra satın alma sistemine, bu sistemin işletilmesinde kullanılacak elektronik ekipmana, sisteme teknik olarak bağlanabilmek için gerekli düzenlemelere, sistemin işleyişini düzenleyen kurallara ve diğer hususlara ilişkin bilgilere yer verilir. Yeterlik kriterlerini sağlayan ve ihale dokümanında yer alan şartlara uygun ön teklif veren bütün isteklilere sisteme dahil olma imkanı verilir. Ön teklifler ihale dokümanında yer alan şartlara uygun olduğu sürece sürekli olarak geliştirilebilir. Ön tekliflerin değer-

lendirilmesi, verildikleri tarihten itibaren onbeş gün içinde tamamlanır. Teklif vermeye davetin henüz yapılmamış olması halinde değerlendirme süresi onbeş güne kadar bir defa uzatılabilir. Dinamik alım sisteminin tesis edildiği veya sistemin kurulmasından vazgeçildiği ile ön tekliflerin sisteme kabul veya reddedildikleri hususu isteklilere karar alındıktan sonra en geç üç gün içinde bildirilir. Her bir alım için sisteme kabul edilmiş istekliler teklif vermeye davet edilir. Yapılacak alımlar bu davetten en az onbeş gün önce basitleştirilmiş ilan yoluyla duyurulur. Sisteme kabul edilen bütün istekliler, tekliflerini sunmaları için yeterli süre tanınmak suretiyle teklif vermeye davet edilir. Teklifler, ihale dokümanında belirtilen esaslara göre değerlendirilmek suretiyle alım sonuçlandırılır ve sözleşmeye bağlanır. Dinamik alım sisteminin süresi kırk sekiz aydan fazla olamaz. Dinamik alım sisteminde yapılacak ihalelerde Elektronik Kamu Alımları Platformu kullanılır. Sisteme kabul edilme ve sistemin yürütülmesine ilişkin olarak herhangi bir ücret talep edilmez. Dinamik alım sistemi dahilinde yapılacak alımlara ilişkin sözleşme düzenlenmesi gerekli haller ile bu sözleşmelerin şeklini ve kapsamını belirlemeye Kurum yetkilidir." şeklindedir.

B. Ek Madde 5'te "Elektronik Eksiltme" konusu düzenlenmiş olup, madde metni "İlan ve ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, açık ihale, belli istekliler arasında ihale ve 21 inci maddenin (a), (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan pazarlık usulü ihalede tekliflerin değerlendirilmesi aşamasının tamamlanmasından sonra elektronik eksiltme yapılabilir. Dinamik alım sistemi ve çerçeve anlaşma kapsamında yapılan ihalelerde de elektronik eksiltme uygulanabilir. 48 inci madde uyarınca yapılan danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde ise elektronik eksiltme uygulanmaz. Elektronik eksiltme ancak ihale konusu alımın bütün teknik özelliklerinin net olarak belirlendiği hallerde kullanılabilir. Elektronik eksiltmeye başlamadan önce ihale dokümanında belirlenen şartlara göre tekliflerin ilk değerlendirmesi yapılır. Yeterli kabul edilen istekliler elektronik ortamda yeniden teklif vermeye aynı anda davet edilir. Davette, eksiltmenin başlama tarihi ve saati ile kullanılmakta olan elektronik araca isteklinin bağlantı kurabilmesi için gerekli bütün bilgilere yer verilir. Elektronik eksiltmenin her aşamasını gösteren bir zaman çizelgesi davet ile birlikte iletilir. Birbirini izleyen birden fazla aşamada elektronik eksiltme yapılabilir. Davetin gönderildiği tarihten iki iş günü geçmeden eksiltmeye başlanamaz. Ekonomik açıdan en avantajlı teklifin fiyat dışı unsurlar da dikkate alınarak belirlendiği hallerde, yapılan ilk değerlendirme sonucu ile eksiltmede verilen yeni tekliflere göre sıralamayı düzenleyen matematiksel formül de davette bildirilir. Bu formül, ihale ilanında veya ihale dokümanında belir-

tildiği şekilde ekonomik açıdan en avantajlı teklifin tespitinde kullanılan bütün unsurların varsa nispi ağırlıklarını da içerir. Elektronik eksiltmenin her aşamasında, o andaki sıralamalarını öğrenebilmeleri için gerekli bilgiler anında isteklilere ulaştırılır. İhale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, diğer isteklilerin teklifleri hakkında bilgiler ve eksiltmenin herhangi bir aşamasındaki istekli sayısı da duyurulabilir. Ancak elektronik eksiltme süresince isteklilerin kimlikleri açıklanamaz. Elektronik eksiltme aşığıdaki durumlardan biri veya birkaçının gerçekleşmesi halinde sona erdirilir: a) Eksiltmeye katılım için yapılan davette eksiltmenin tamamlanacağı belirtilen tarih ve saatin dolması. b) Yeni tekliflerin verilebilmesine ilişkin olarak davette bildirilen bekleme süresi içinde asgari fark aralığını sağlayan tekliflerin alınamaması. c) Davette bildirilen tur sayısının tamamlanması." şeklindedir.

C. Ek Madde 6' da "Finansal Kiralama" konusu düzenlenmiş olup, madde metni, "Kanun kapsamındaki idarelerin finansal kiralama suretiyle yapacakları mal alımlarında uygulanacak esas ve usuller Kurum tarafından belirlenir." şeklindedir.

29. Geçici Maddelerle İlgili Değişiklikler

5812 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesine bir fıkra eklenirken, 30. maddesiyle de, sırasıyla geçici 8,9 ve 10. maddeler eklenmiştir. Bu geçici madde hükümlerine baktığımızda ise;

A. 4734 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesine eklenen fıkra hükmü, "Bu Kanunun 3 üncü maddesinin (f) bendi gereğince Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu tarafından uygulanacak usul ve esaslar Maliye Bakanlığı ve Kurumun görüşleri alınarak Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu tarafından; (n) bendine ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığı ve Kurumun görüşleri alınarak ilgili bakanlıklar tarafından hazırlanacak yönetmeliklerle belirlenir." şeklindedir.

B. 4734 sayılı Kanun'a "Başlanmış olan ihaleler" başlığı ile eklenen geçici 8. maddesi, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar ilan edilmiş veya yazılı olarak duyurulmuş ihaleler hakkında, bu Kanunun yayımlandığı tarihte yürürlükte bulunan kanun hükümlerinin uygulanmasına devam edilir. Bu Kanunun 35 inci maddesinin (b) bendinde sayılanların yürürlüğe girdiği tarihe kadar yapılmış olan şikayet başvuruları ile bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık iddiaları içeren başvurular, başvurunun yapıldığı

tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılır." şeklindedir.

C. 4734 sayılı Kanun'a "Mevcut görevlendirmeler" başlığı ile eklenen geçici 9. maddesi, "31/5/2008 tarihinden önce 53 üncü maddenin (i) fıkrasının son paragrafına göre Kurumda kamu ihale uzmanı olarak görevlendirilenlerden fülân görev yapanların görevlendirmeleri Kurumun ihtiyacına göre devam ettirilebilir." şeklindedir.

D. 4734 sayılı Kanun'a "Kurul başkan ve üyelerinin görev süreleri" başlığı ile eklenen geçici 10. maddesi "Kurulun mevcut başkan ve üyelerinden bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce başka bir üyenin görev süresini tamamlamak üzere atanmış olanların görev süreleri atandıkları tarihten itibaren beş yıl olarak uygulanır." şeklindedir.

SONUÇ

5812 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun'da önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklere baktığımızda, Kamu İhale Kanununa tabi olmayan istisna hallerin sayısında ve düzenledikleri konularda bir artışa gidildiği ve yeni istisna konuların getirildiği görülmektedir. Tanımlar başlığı altındaki maddede sadece hizmet tanımının kapsamı daraltılırken yeni bir takım kavramların da tanımına yer verilmiştir. Bu şekilde, yeni tanımlara yer verilmesi uygulamada muhtemel doğabilecek sorunların önüne geçme açısından yerinde olmuştur.

4734 sayılı Kanun'un ihaleye katılmada yeterlilik koşulları ile ilgili maddesinin özellikle iş deneyimi için istenilen belgeler kısmında önemli değişiklikler yapılarak istenilen belgelerin türleri, yeterlilik ve işin bitirilme oranları konusunda artışa gidilmiştir. İhaleye katılması yasaklı olan kişilerin içerisine, kamu görevlilerine rüşvet vermek suçundan mahkûm olan kişilerde katılmıştır. Kanaatimizce, bu kişilerin ihalelere alınmayacak olması da isabetli bir düzenleme olmuştur.

4734 sayılı Kanun'un 13. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte ihalelerin ilanlarının resmi gazete yerine kamu ihale bülteninde yayımlanması yolu getirilmiş ve yeni bir müessese olarak ön ilan müessesesi öngörülmüştür. Yine aynı şekilde gelişen teknolojinin bir sonucu olarak elektronik ortamda yapılacak ilanlar konusu da düzenlenmiştir. Kanun'un 26. maddesinin 2. fıkrasına yapılan ilave ile 25 günlük ve 40 günlük ilan süresi olan ihalelerde hata olması halinde 15 gün

içinde düzeltme ilanı yapılması imkânı getirilmiştir.

Belli istekliler arasında ihale usulünde, idareye ihaleye davet edeceği firmaları belirleme konusunda takdir yetkisinin kapsamı genişletilmiş ve yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işlerinde de belli istekliler arasında ihale usulü yolu açılmıştır. Pazarlık usulü ile ihalelerle ilgili olarak, ilan yapılması zorunlu olmayan hallerle ilgili ilan yapılabilmesi yolu getirilmiş, bazı ihalelere katılmak isteyen isteklilerin taşınması gereken nitelikleri belirleme, sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu olmayan haller ve son teklife ilişkin konularda bir takım değişikliklere gidilmiştir. Doğrudan temin yoluyla ilgili olarak sağlık malzemelerinin temini ile ilgili bent daha ayrıntılı düzenlenerek bu konudaki tereddütler giderilmiş, fikri ve sınai hakların tescili ile ilgili alımlar ile seçimler için yüksek seçim kurulu ve il seçim kurullarında yapılan bazı alımlara da doğrudan temin imkânı getirilmiştir.

İhale ile ilgili tekliflerin alınmasına teklif zarfları açıldıktan sonra değişiklik öncesi gizli kabul edilen yaklaşık maliyet tutarının açıklanması yolu getirilmiştir. Aynı şekilde, tekliflerin değerlendirilmesi aşamasında ilgili komisyonca eksik bilgi ve belgeleri olduğu bildirilen isteklilerin bu eksiklikleri gidermemesi halinde geçici teminatlarının gelir kaydedileceği hükmü getirilmiş ve aynı maddedeki fiyat cetvelindeki aritmetik hataların idarece resen düzeltilmesi de kaldırılmıştır. Aşırı düşük tekliflerin belirlenmesi ve değerlendirilmesiyle ilgili olarak Kamu İhale Kurumu'na yetki verilmiştir. Buna göre, İhale komisyonları Kurum tarafından belirlenen kriterlere göre işlem tesis edeceklerdir.

İhalelerin karara bağlanması ve onaylanması safhasında idareler, ihale üzerinde kalan dışında varsa en avantajlı teklif sahibinin de 4734 sayılı Kanun uyarınca ihalece yasaklı olup olmadığını araştırarak ve her ihale üzerinde kalan ve en avantajlı teklif veren diğer kişiden her ikisi de ihalede yasaklı ise, bu takdirde ihale iptal edilecektir. İhale sonucunda yapılan bildirim ve tebligatlar konusu 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlendiğinden 41. madde metninden bu hususlar çıkartılmış ve isteklilerin tekliflerinin uygun bulunmaması ya da değerlendirmeye alınmamasının sebebini herhangi bir başvuru olmaksızın gerekçeli olarak ilgisine bildirileceği ve ihale sonrası sözleşme imzalanması için belli bir sürenin geçmesi de gerek-

tiğine ilişkin yenilikler getirilmiştir. Aynı şekilde 42. maddedeki değişikliklerle ihalenin sonuç bilgilerini, üzerine kalan isteklinin ihalelerden yasaklı olup olmadığının tespiti amacıyla Kamu İhale Kurumu'na gönderilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

İhalenin sona ermesi üzerine yatırılan kesin teminatın her zaman 4734 sayılı Kanun'un 38. maddesine belirlenen eşik değerin yüzde altısından az olamayacağı yine getirilen yeniliklerdendir. İhale sonuçlarının ilanı konusunda idarelerin isteğe bağlı olarak ihale sonucunu ilan etmesi ile ilanda yer alacak hususlar madde metninden çıkartılmış, bütün yapım işleri, mal ve hizmet alımları sonuçlarının Kamu İhale Kurumu'na bildirim zorunluluğu getirilmiş ve Kurumun bu bildirimler içinden yayımlanmasında sakınca bulunmayanları Kamu İhale Bülteni'nde yayımlanmasına karar vereceği düzenlemesine yer verilmiştir.

Danışmanlık hizmetleri ile ilgili olarak, bu hizmetin alımının belli bir miktarın üzerinde ise, belli istekliler arasında; altında ise hizmet alımı şeklinde olacağı ve bu alımların zorunlu olduğu öngörülerek önceki düzenlemede yer almayan her ölçekteki imar planları ile imar uygulamaları, harita ve kadastro uygulamaları, mimarlık ve mühendislik, etüt ve proje işlerinin danışmanlık hizmeti kapsamına alınmıştır.

"Tekliflerin Değerlendirilmesi ve İhalelerin Yapılması"yla ilgili 52. maddesinde yapılan değişikliklerle, İsteklilerin teslim ettikleri evraklarında esasa etkili olmayan bilgi eksiklikleri bulunması halinde bu eksikleri gidermeyen isteklilerin geçici teminatlarının gelir olarak kaydı imkanı ve isteklilerin teklif ettikleri fiyatların yanı sıra yaklaşık maliyetin açıklanması yoluna gidilmiştir.

4734 sayılı Kanun'un Kamu İhale Kurumu'nu düzenleyen 53. maddesinde oldukça fazla değişiklik yapılmış olup, özet olarak bunlara baktığımızda ise, Kurumun her iddiayı araştırma yükümlülüğü kaldırılmış, herhangi bir nedenle görev süresi dolmadan kuruldan ayrılan kişi yerine atanan kişinin 5 yıl süre ile görev yapma imkanı getirilmiş, yargısal faaliyetlerle ilgili kurula takdir yetkisi tanınmış, kurul üyelerine bilimsel yayın yapma ve bunlardan gelir elde etme yolu ile ücreti karşılığında ders ve konferans verme imkanı yolu açılmış ancak hakemlik ve bilirkişilik yapımları yasaklanmış, 4483 sayılı Kanun'a tabi olmaktan çıkarılarak, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu üyeleri gibi işlem yapılması yolu açılmış, başkan yardımcıları atan-

masında başkana da öneride bulunma hakkı sağlanmış, atamaya ilişkin hükümlere yer verilmiş, itirazın şikâyet başvuru yolu ücretleri artırılmış ve Elektronik Kamu Alımları Platformu'nun işletilmesinden elde edilecek gelirlerde kurum gelirleri içinde sayılmıştır.

İhalelere yönelik başvurular başlığı altında, yapılan yeniliklerle birlikte 4734 sayılı Kanun'un 54. maddesinde yeni olarak istekli olabileceklerin de şikâyet yoluna başvuru yapma imkanı getirildiği, şikâyet dilekçesinden nelerin yer alması gerektiği ayrıntılı olarak belirtildiği, başvuru için teminat arandığı, başvuru üzerine idarece verilebilecek kararların neler olduğu hususlarında yeni düzenlemelere yer verildiği görülmüştür. İdare tarafından yapılan inceleme başlıklı 55. maddenin başlığı, idareye şikâyet başvurusu olarak değiştirilmiş, başvuru ve karar alma sürelerinde kısaltmalar yapılmış, kamu yararı gerekçesiyle ihaleye devam etme imkanı kaldırılarak ihalenin gerekli durumlarda bir defa ertelenmesi konusunda idarenin takdir yetkisi kaldırılmış ve sözleşmenin imzalanmasıyla ilgili yeni düzenlemeler yapılmıştır. Kanun'un 56. maddesindeki değişikliklerle birlikte ise, Kamu İhale Kurumunun alabileceği kararlar 56. madde hükmünden çıkartılarak 54. madde içinde düzenlenmiştir. Kuruma yapılacak itirazın şikâyet başvuru süresi 15 günden 10 güne düşürülmüştür. Kurumun incelemedeki geniş takdir yetkisi sınırlandırılmış. Kurum gerekli gördüğü halde ilgileri dinleyebilecek, ücreti karşılığında bilirkişi incelemesi yaptırabilecek ve itirazın şikâyetten vazgeçme ile bağlı olmayacaktır. Kurumun nihai karar verme süresi itirazın şikâyetinde 45 günden 20 güne indirilmiş. Kurum kararları artık resmi gazete yerine internet sitesinde yayımlanacaktır.

4734 sayılı Kanun uyarınca tebligatların ne şekilde yapılacağı hususları yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, imza karşılığı elden, iadeleli taahhütlü mektupla, elektronik ortamda ve faksla tebligat yapılabilir.

İŞ MAHKEMELERİ VE İŞ MAHKEMELERİNDE YARGILAMANIN ÖZELLİKLERİ

Ayşe KILINÇ*

GİRİŞ

İş mahkemeleri, çalışma hayatından kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek amacıyla kurulmuş özel mahkemelerdir. Bu mahkemeler, işçinin kendisine iş kanunlarıyla tanınan hakları mümkün olduğu kadar masrafsız, çabuk ve kolay kullanabilmesini amaçlar.

Bu amacın gerçekleştirilmesi için iş mahkemelerinde ayrı bir yargılama usulüne ihtiyaç duyulmuş ve hukukumuzda iş mahkemelerinde uygulanmak üzere özel yargılama usulü öngörülmüştür.

Hukukumuzda iş mahkemeleri, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'yla (İMK) 1950 yılında kurulmuştur. Bu kanunda iş mahkemelerinin teşkilatı, görevi, yetkisi ve bu mahkemelerde uygulanacak yargılama usulü gösterilmiştir. 1950 yılında toplu mahkeme olarak kurulan iş mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi'nin 1971 yılındaki iptal kararıyla tek hakimli mahkemeler durumuna girmişlerdir.

İMK'da davaların yazılı yargılama usulüne göre daha çabuk sonuçlanması amacıyla sözlü yargılama usulü kabul edilmiş, fakat bu usul gerektiği gibi uygulanamamıştır. Böylece, sözlü yargılama usulüyle amaçlanan iş davalarının hızlı sonuçlanması amacına ulaşılamamıştır.

Bu çalışmada İMK'nın hükümleri esas alınmak suretiyle, hukukumuzda iş mahkemelerinin teşkilatı, iş mahkemelerindeki görev ve yetki sorunu ve bu mahkemelerde uygulanacak yargılama usulü incelenecektir.

* Av., Eskişehir Barosu, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktorası bölümü öğrencisi.

1. İŞ MAHKEMELERİNİN TEŞKİLATI, GÖREVI VE YETKİSİ

1.1. İş Mahkemeleri Teşkilatı

İş mahkemeleri, ülkemizde 30.01.1950 tarihli, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile kurulmuştur.¹ Ancak bu kanunla kurulan İş Mahkemelerinin ilk şekli bugünkünden farklıdır. Zira, iş mahkemelerinin ilk şeklinde toplu bir mahkeme olarak hakim sınıfından bir başkanın yanında işçi ve işveren tarafından birer üye bulunmaktaydı.²

Toplu mahkeme olarak kurulan iş mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra tek hakimli mahkeme halini almıştır.³ Anayasa Mahkemesi, İMK'nın işçi ve işveren temsilcilerine ilişkin hükümlerini Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı gö-rerek iptal etmiştir.⁴

İMK'nın işçi ve işveren kesiminden gelen üyelerle ilgili hükümlerinin iptaline rağmen, iş mahkemelerindeki uzmanlaşma unsurunun korunması gerekir. Bu konuda doktrinde bazı yazarlarca çeşitli öneriler getirilmiştir.⁵

Bugün ülkemizde her ilçede ayrı bir iş mahkemesi bulunmamaktadır. Bu sebeple, iş mahkemelerinin teşkilatını, ayrı iş mahkemesi olan ve olmayan yerler olarak ikiye ayırarak incelemek gerekir.

1.1.1. Ayrı İş Mahkemesi Olan Yerler

Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri Anayasa'nın md. 142'ye göre kanunla düzenlenir. 5235 sayı-

¹ Güray Erdönmez, İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 1998, s. 7; Mürsel Çukur, "İş Mahkemelerinin İşleyişinin Değerlendirilmesi", *Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi*, Nisan-Haziran 2002, Y. 4, S. 14, s. 82.

² Erdönmez, s. 7; Safa Erkin, "İş Mahkemeleri Kurulurken Bazı Düşünceler", *İçtimai Siyaset Konferansları*, İstanbul, 1949, s. 44; Fevzi Şahlanan, "İş Yargılaması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1976, C. XLII, S. 1-4, s. 379.

³ Anayasa Mahkemesi'nin 13.4.1971 tarih ve E: 63, K: 38 sayılı kararı (RG, 16.11.1971, S. 14047, s. 1-7).

⁴ Şahlanan, s. 379.

⁵ Bu konudaki görüşler için bkz. Baki Kuru, "İş Mahkemeleri", TBB'nin Düzenlediği I. Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğ, Ankara, 1971, s. 7 ayrıca bkz. Erdönmez, s. 13, Şahlanan, s. 380.

lı Kanun'un md. 5'e göre de mahkemeler Adalet Bakanlığı tarafından kurulur.⁶ Dolayısıyla bir yerde yeni bir iş mahkemesi kurma yetkisi Adalet Bakanlığı'na aittir.

İş Mahkemeleri "lüzum görülen yerlerde" kurulur. İş uyuşmazlıkları daha çok sanayi ve hizmetin yoğun olduğu yerlerde çıkacağından, iş mahkemelerine de buralarda ihtiyaç vardır.⁷

Ankara, Bursa, Eskişehir, İstanbul, İzmir, Kırıkkale, Kütahya ve Zonguldak gibi iş davalarının çok olduğu yerlerde ayrı iş mahkemesi kurulmuştur. Bunlardan Ankara, İstanbul gibi iş davalarının daha çok olduğu yerlerde birden fazla iş mahkemesi vardır.⁸

Ayrı bir iş mahkemesinin bulunduğu yerlerde, iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan davaların bu mahkemede görüleceği doğaldır. Ancak iş çokluğu nedeniyle bir yerde birden fazla iş mahkemesi bulunursa; bu mahkemeler arasındaki ilişki, iş dağılımı (iş bölümü) ilişkisidir. İş dağılımı, nöbetçi iş mahkemesince gerçekleştirilir. Yapılan dağıtıma taraflar itiraz edemezler. Ayrıca mahkeme de kendisine verilen davayı diğer iş mahkemelerinden birine gönderemez.⁹

Diğer taraftan iş mahkemeleriyle diğer mahkemeler (örneğin, Asliye Hukuk Mahkemesi veya Sulh Hukuk Mahkemesi) arasındaki ilişki görev ilişkisi olduğu için, dava görevsiz mahkemeye açıldığı takdirde, bu husus hüküm kesinleşinceye kadar mahkemece (ve Yargıtay'ca) re'sen gözetileceği gibi, taraflarca da ileri sürülebilecektir.¹⁰

⁶ 5235 sayılı Kanun m. 5 "Hukuk mahkemeleri, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur. Sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri tek hakimlidir. Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemede bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır. Özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin hükümler saklıdır."

⁷ Erdönmez, s. 15; Şahlanan, s. 378, Kamil Turan, *İş Hukukunun Genel Esasları*, Ankara, 1990, s. 282; Ender Gülver, "İş Yargılamasında Görev", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2001, C. LIX, S. 1-2, s. 377.

⁸ H. Argun Bozkurt, *İş Yargılaması Usul Hukuku*, 2. Bası, Ankara, 2003, s. 27; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 18. Baskı, Ankara, 2007, s. 809; Gülver, s. 377.

⁹ Erdönmez, s. 16; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 194.

¹⁰ Erdönmez, s. 16; Gülver, s. 141; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 141.

1.1.2. Ayır İş Mahkemesi Olmayan Yerler

İş mahkemesi kurulmasını gerektirecek kadar çok iş davası bulunmayan yerlerdeki iş davalarına hangi mahkemenin bakacağı konusunda İMK'ndaki m. 1/3'teki, "İş mahkemesi bulunmayan yerlerdeki davalara, görevlendirilecek mahkemece bakılacaktır." ifadesi yeterince açık değildir. Ancak gerek doktrin¹¹ gerekse Yargıtay,¹² kanundaki "mahkeme" ifadesinden asliye hukuk mahkemelerini kabul etmektedirler.

İş mahkemesi bulunmayan bir yerde görevlendirilecek olan asliye hukuk mahkemesinin o yerdeki tek asliye hukuk mahkemesi olması halinde, bu mahkemenin iş davalarına bakmakla görevlendirilmesi doğaldır.¹³

Bir yerde birden fazla asliye hukuk mahkemesi varsa, bu mahkemelerden sadece birisi iş davalarına bakmakla görevlendirilir. Bu mahkemelerden hangisinin iş davalarına bakmakla görevlendirileceğine ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu karar verecektir.¹⁴

1.2. Görevli Mahkeme

1.2.1. İMK m. 1/1'e Göre Görev

İş mahkemelerinin görevini düzenleyen temel hüküm, İMK'nun m. 1/1'de yer almaktadır. Buna göre, işçi sayılan kimselerle, işveren veya işveren vekilleri arasındaki iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddiasından doğan hukuk uyuşmazlıkları iş mahkemelerinde görülür. Aynı maddenin parantez içi hükmünde İş Kanunu'nun değiştirilen ikinci maddesinin Ç, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanların hariç olduğu belirtilmiştir.¹⁵

¹¹ Mustafa Çenberci, *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*, İstanbul, 1969, s. 12; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, İstanbul, 1991, s. 43; Erdönmez, s. 17; Şahlanan, s. 380-381.

¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.10.1964 tarih ve E: 1, K: 613 sayılı kararı için bkz. Çenberci, s. 12; aynı yönde çeşitli kararlar için bkz. Eyüp Sabri Erman, *İş Davaları ve Tatbikatı*, Ankara, 1955, s. 225-226.

¹³ Erdönmez, s. 17; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, s. 43; Şahlanan, s. 381.

¹⁴ Erdönmez, s. 20; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, s. 3848; Gülver, s. 379; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 807.

¹⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 119; Şahlanan, s. 303.

Genel olarak bir mahkemenin görevi, belli bir davaya, dava konusunun değer ve niteliğine göre, bir yerdeki aynı yargı koluna ait mahkemelerden hangisinin bakabileceğini anlatır.¹⁶ Ancak, iş mahkemelerinin görevini belirlemede dava konusu şeyin değerinin önemi yoktur. Söyle ki; uyuşmazlığın değerinin HUMK m. 8’de belirtilen değerden az olması iş mahkemelerinin görevli olup olmamasına bir etki yapmaz. Yeter ki uyuşmazlığın niteliği kanuna göre iş mahkemelerinin görevine girebilecek nitelikte bir uyuşmazlık olsun.

İMİK’nın m. 1/1’deki ifadeden anlaşılacağı üzere, bir uyuşmazlığın iş mahkemesindeki görülebilmesi için uyuşmazlığın iki unsurunun bulunması gereklidir; şahıs unsuru ve konu unsuru. Bu unsurları taşımayan bir uyuşmazlık, iş mahkemesinde görülemez.¹⁷

1.2.1.1. Şahıs Unsuru

İMİK m. 1/1’de işçi sayılan kimselerle, işveren ve işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu’na dayanan her türlü hak iddialarından doğan davalara iş mahkemesinde bakılacağı belirtilmiştir. Bu nedenle şahıs unsuruna işçi, işveren ve işveren vekili girmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlığın taraflarından birinin işçi, diğerinin işveren veya işveren vekili olması gerekir¹⁸. Buna karşılık, uyuşmazlık İş Kanunu’ndan doğmakla birlikte, işçi ile işveren arasında bir uyuşmazlık niteliğinde değilse bu durumda iş mahkemelerinin görevli olduğu söylenemez.¹⁹

İMİK m. 1/1 gereğince, uyuşmazlığın işçi tarafının “İş Kanunu’na göre işçi sayılan kimse” olması gerekir. Buna göre doktrinde kabul edildiği üzere, işçinin herhangi bir işte çalışması, işverenle arasında bir hizmet akdinin bulunması ve işçinin bu işi ücret karşılığında yapması gerekir.²⁰

¹⁶ Gülver, s. 386; Suat Taş, “İş Mahkemeleri”, *Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi*, Ağustos 2001, S. 160, s. 91; Erdönmez, s. 20; Şahlanan, s. 384; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 808.

¹⁷ Erdönmez, s. 21; Gülver, s. 386.

¹⁸ Erdönmez, s. 23; Gülver, s. 386; Şahlanan, s. 384.

¹⁹ Gülver, s. 386.

²⁰ Kenan Tunçomağ, *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul, 1988, s. 40; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 17. Baskı, İstanbul, 2004, s. 33.

İş mahkemesindeki davanın diğer tarafı da işveren veya işveren vekilidir. İşveren kavramından ne anlaşılması gerektiği de İMK m. 1’de İş Kanunu’na²¹ göre belirleneceği belirtilerek açıklığa kavuşturulmuştur.²² Diğer kanunlarda da tanımlanan işverenler de ancak İş Kanunu’na aykırı düşmedikleri takdirde işveren olarak kabul edilir ve ancak bu halde davaları iş mahkemelerinde görülür.²³

İşveren vekilinde de durum işverenden farklı değildir. İşveren vekilinden ne anlaşılması gerektiği yine İş Kanunu’na göre belirlenecektir. Buna göre, işveren vekilini de Kanun’daki tanıma istinaden işyerinde işveren adına hareket eden ve işin ve işyerinin yönetiminde görev alan kimse olarak tanımlayabiliriz.²⁴

İMK’nın m. 1/1’de iş mahkemelerinin görevli olabilmesi için uyumsuzluğun, işçi ile işveren veya işveren vekilleri arasında olması gerektiği belirtilmiştir. Buna karşılık, işverenlerle işveren vekilleri arasındaki uyumsuzluklarda iş mahkemelerinin görevli olup olmadığı konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Kanımızca; aradaki ilişki hizmet ilişkisi olduğu sürece bu konudaki davalarda da iş mahkemelerinin görevli olması gerekir.²⁵

1.2.1.1. Konu Unsuru

İMK m. 1/1’e göre işçi ile işveren arasındaki uyumsuzluğun hizmet sözleşmesinden veya İş Kanunu’ndan kaynaklanan bir uyumsuzluk olması gerekir. Diğer bir ifadeyle işçi ile işveren veya işveren vekili arasında hizmet sözleşmesi dışındaki sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzluklarda iş mahkemeleri görevli değildir.²⁶

Ayrıca, uyumsuzluk bir hukuk uyumsuzluğu olmalıdır. Zira İMK m. 1/1’de “*hukuk uyumsuzlukları*” ifadesine yer verildiğinden iş mahkeme-

²¹ 4857 sayılı İş Kanunu’nun m. 2’ye göre işveren, “işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye” denir.

²² Erdönmez, s. 26; Gülver, s. 400.

²³ Çenberci, s. 26.

²⁴ Çelik, s. 42; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, *Ferdi İş İlişkileri*, İzmir, 1994, s. 112.

²⁵ Çenberci, s. 20-21; Şahlanan, s. 387; Erdönmez, s. 27; Gülver, s. 400-401; Bozkurt, s. 145.

²⁶ Gülver, s. 401; Erdönmez, s. 27; Şahlanan, s. 389; Bozkurt, s. 154-156.

leri ancak söz konusu uyuşmazlığın bir hukuk uyuşmazlığı olması halinde görevli olacaktır.²⁷

1.2.2. Diğer Kanunlar Bakımından Görev

2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 63/2’de *“Bu Kanunun uygulanmasından doğan bütün uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli mahkemelerde çözümlenir.”* Denmektedir.²⁸

2822 sayılı Toplu Sözleşme Grev ve Lokavt Kanunu’nda (TSGLK) da, Sendikalar Kanunu’ndaki gibi paralel bir düzenlemeye yer verilerek m. 66/2’de, iş mahkemelerinin görevli olduğu hususu açıkça belirtilmiştir.²⁹

Sosyal Sigortalar Kanunu bakımından görevli mahkemeyi düzenleyen iki ayrı hüküm vardır. İlki, İMK m. 1/B diğeri ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 101’dir. İMK m. 1/B’ye göre, Sosyal Sigortalar Kurumu ile sigortalı kişiler veya bu kişilerin yerine geçenler arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalar iş mahkemelerinin görevine girer. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 101’de ise, *“Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür.”* hükmü yer almaktadır.

1470 sayılı Bağ-Kur Kanunu m. 70’e göre; *“Bu kanunun uygulanmasından doğacak uyuşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür.”* hükmü yer alarak, Bağ-Kur Kanunu’nda da diğer kanunlara paralel bir düzenleme yapılmıştır.

854 sayılı Deniz İş Kanunu’nun m. 46’ya göre; *“Bu kanun kapsamına giren gemi adamlarıyla, bunların işveren veya işveren vekilleri arasında, bu kanundan veya hizmet akdinden doğan davalar hakkında 5521 sayılı kanun hükümleri uygulanır.”* hükmü ile iş mahkemeleri görevli kılınmıştır.

²⁷ Gülver, s. 401; H.Argun Bozkurt, *“İş Mahkemelerindeki Yargılama Usulünün Ana Hatları”*, *İş ve Hukuk Dergisi*, Y. 28, S. 237, Ekim-Kasım 1993, s. 12; Turgut Uygur, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar- Yargılama*, Ankara, 1980, s. 303.

²⁸ Ayrıca bkz. 2821 sayılı Sendikalar K. m. 4, 6/6, 17/3, 22/3, 53, 54, 56 ve 58/1-2.

²⁹ Ayrıca bkz. 2822 sayılı TSGLK m. 3/3, 12/4, 15, 16, 36/2, 39/2-4, 46, 47/1-2, 51/4, 60, 61.

5953 sayılı Basın İş Kanununu değiştiren 212 sayılı Kanun'un ek m. 2 ile basın mesleğinde çalışanlarla çalışanlar arasındaki uyumsuzluklardan doğan davalar da iş mahkemeleri görevli kılınmıştır.

1.3. İş Davalarında Yetkili Mahkeme

Hukuksal anlamıyla yetki, bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirten bir kavramdır.³⁰ Yetki kuralları genel olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 9-25 arasında düzenlenmiştir. Ancak İMK, bu yetki kurallarından ayrılarak md. 5 ile iş mahkemelerinin yetkisini özel olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla İMK m. 5 ile yetkiye ilişkin özel bir hüküm getirilerek iş mahkemelerinde görülmesi gereken davalarda hangi mahkemenin yetkili olacağı artık HUMK'ya göre değil, İMK'ya göre belirlenecektir.³¹

İMK m. 5'e göre dava açmak hem işçinin hem de işverenin hakkıdır.³² Başka kanunlarla iş mahkemelerinin görevli kılındığı durumlarda, özel olarak yetkili mahkeme gösterilmedikçe, yetkili mahkeme İMK m. 5'e göre belirlenecektir.

İMK m. 5'e göre; *"İş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte dava olunan tarafın Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde bakılabileceği gibi, işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme yapılamaz."* ifadesini içeren hüküm incelendiğinde maddede belirtilen yetkili mahkemelerin seçimlik olduğu görülür. Bunlardan ilki HUMK m. 9'daki genel yetki kuralını³³ tekrar ederken, ikincisi ise işçi lehine, işyeri için yetkili mahkemeyi de yetkili kılmıştır.

1.3.1. Davalının İkametgahı Mahkemesi

İMK m. 5 ile getirilen ilk yetki hükmü davalının ikametgahı mahkemesidir. Bu kural, bilindiği gibi HUMK m. 9'da yer alan genel kura-

³⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 148; Bozkurt, s. 206; Şahlanan, s. 401.

³¹ Erdönmez, s. 53; Şahlanan, s. 401.

³² Narmanlıoğlu, s. 57.

³³ HUMK m. 9'daki genel yetki kuralına göre; davanın, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça açıldığı tarihte, davalının Türk Medeni Kanunu gereğince ikametgahı sayılan yer mahkemesinde görülmesi gerekir.

lın bir tekrarından ibarettir.³⁴

Davalının ikametgahına gelince, bu durum gerçek ve tüzel kişiler için ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Gerçek kişilere karşı dava, onların dava açıldığı tarihte ikametgahı sayılan yer mahkemesinde açılır. (HUMK m. 9/1, c. 1) Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 19'a göre; Bir kimsenin ikametgahı, yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir.³⁵

Tüzel kişilerin ikametgahı ise TMK m. 50'de düzenlenmiştir. Tüzel kişilerin ikametgahı, tüzüğünde aksine hüküm bulunmadığı sürece, işlemlerinin yönetildiği yerdir. İşlemlerinin yönetildiği yer ise kural olarak tüzel kişinin merkezini bulduğu yerdir.³⁶

1.3.2. İşyerine İlişkin Yetki

İşçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkeme için her şeyden önce İş Kanunu'nun işyeri kavramı göz önünde tutulmalıdır.³⁷ Öte yandan da burada yetkili mahkeme belirlenirken işçinin davanın açıldığı tarihteki işyeri göz önünde bulundurulmalıdır.³⁸ Diğer bir ifadeyle bu işyerinin uyumsuzlukla bağlantısı bulunan işyeri olarak anlaşılmasında zorunluluk yoktur. Örneğin, işyerinden ayrılmış ve başka bir işyerinde çalışan işçinin eski işvereni aleyhine açacağı dava için de yeni işyeri için yetkili mahkemenin yetisini kabul etmek gerekir. Zira İMK m. 5'teki hüküm işçileri korumak amacıyla konulmuştur.³⁹

İşyeri, büyüklüğü sebebiyle birden çok iş mahkemesinin yetki alanına girebilir. Bu takdirde işçinin çalıştığı bölüme veya eklentiye bakılarak, burası için hangi iş mahkemesi yetkiliyse, dava o yerdeki iş mahkemesinde açılmalıdır.⁴⁰

³⁴ Erdönmez, s. 54; Şahlanan, s. 401.

³⁵ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 1, S. 264-265.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.1, s. 224 vd. ; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I, II, İstanbul, 1992, s. 161 vd. ; Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara, 1978, s. 178 vd.

³⁷ İşyeri kavramı, ayrıntılı bilgi için bkz. Tunçomağ, s. 162 vd.

³⁸ Şahlanan, s. 401-402.

³⁹ Aksi görüş için bkz. Uygur, s. 417; Çenberci, s. 65; Turan, s. 292.

⁴⁰ Çenberci, s. 65.

1.3.3. İMK m. 5'in Diğer Kanunlar Bakımından Uygulanması

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m. 101'de "Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür." hükmü yer almış, fakat yetkili mahkemenin hangi kanuna göre belirleneceği konusunda açık bir hükme yer verilmemiştir.

Bir görüşe göre;⁴¹ İMK m. 5, sadece işçi ve işveren (veya işveren vekili) arasındaki uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklarda, yetkili mahkeme genel hükümlere göre belirlenmelidir.

İkinci görüşe göre ise;⁴² İMK m. 5'teki "iş mahkemelerinde açılacak her dava" deyimi geniş yorumlanarak Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklarda, yetkili iş mahkemesi İMK'ya göre belirlenmelidir.

Kanımızca; İMK'ndaki yetki kuralları işçilerin Sosyal Sigortalar Kurumu'na karşı açtıkları davalarda da uygulanmalıdır. Ayrıca Sosyal Sigortalar Kurumu'nun işçinin halefi olarak açtığı davalarda da yetkili mahkeme İMK m. 5'e göre belirlenmelidir. Diğer taraftan işverenle Sosyal Sigortalar Kurumu arasındaki davalarda yetkili mahkeme İMK m. 5'e göre belirlenemez. Zira hükmün konuluş amacı, işçilerin dava açmakta karşılaştıkları zorlukların önlenmesi olup, bu durumda korumaya konu olan işçi, davanın tarafı değildir.⁴³

1470 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun m. 70'te sadece "yetkili iş mahkemelerinde görülür." ifadesi yer almıştır. Bağ-Kur Kanunu'nda da yetkili iş mahkemelerinin hangi kanuna göre belirleneceği konusunda açık bir hüküm yoktur. Ancak Bağ-Kur, bir işverene bağlı olmadan çalışanları kapsamına aldığı için İMK m. 5 uygulanmayacak, Bağ-Kur Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklar için HUMK'da yer alan (m. 9 vd.) genel hükümler uygulanacaktır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun çeşitli maddelerinde hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu açıkça belirtilmiştir. Örneğin;

⁴¹ Çenberci, s. 62.

⁴² Şahlanan, s. 406-407.

⁴³ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.IV, s. 3862; Erdönmez, s. 57.

Kanun'un 4, 22, 25, 30, 61. maddelerinde belirtilen işyeri ve işverenle ilgili uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesidir.⁴⁴

Toplu Sözleşme Grev ve Lokavt Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklarda hangi yer mahkemesinin yetkili olacağı da çeşitli maddelerde belirtilmiştir.⁴⁵

Basın İş Kanunu'nun 212 sayılı Kanun'un m. 2 ile yapılan ekte bu kanun ile bunun ek ve tadillerine dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarında İMK hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden İMK m. 5'teki yetki kuralları uygulanacaktır.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun m. 46/1'de "hizmet akdinde ayrıca bir hüküm yoksa dava, geminin bağlama limanında iş davalarına bakmaya yetkili mahkemede görülebilir" hükmüne yer verilerek Deniz İş Kanunu'ndan doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, geminin bağlama limanı olarak belirtilmiştir.

2834 sayılı Kanun'un m. 22 ile tarım satış kooperatifleri veya birlikleri ile bunların işçileri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar için özel bir yetki kuralı kabul edilmiştir. Bu maddeye göre açılan davalar "o kooperatif veya birliğin yönetim merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede" görülür.

1.3.4. Yetki Sözleşmesi Bakımından

Yetki kuralları, kural olarak kamu düzeninden sayılmadıkları için taraflar yazılı bir sözleşme ile yetkisiz bir mahkemeyi yetkili hale getirebilirler. (HUMK m. 22) Ancak bazı yetki kuralları kamu düzeninden olup, kesindir ve bu durumlarda taraflar yetki sözleşmesi yaparak yetkili mahkemeyi belirleyemezler.

İMK m. 5'te, İMK açısından yetkili mahkemeler belirtildikten sonra "bunlara aykırı sözleşme muteber sayılamaz" denilmektedir. Dolayısıyla bu kuralın emredici nitelikte ve kamu düzenine ilişkin olduğu ve bu nedenle de m. 5'te gösterilen iki yer mahkemesinin yetkisini orta-

⁴⁴ Ayrıca bkz. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu m. 6, 53, 54, 56.

⁴⁵ Örneğin, Kanun'un m. 3, 39, 60 "işletme merkezinin bulunduğu yer", m. 15, 16, 22, 39, 47, 51, 60'tan doğan uyuşmazlıklarda ise işyerinin bağlı olduğu Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün bulunduğu yerdeki iş mahkemesi yetkili kılınmıştır.

dan kaldırıcı sözleşmelerin hükümsüz olduğuna şüphe yoktur.⁴⁶ Ancak m. 5'te gösterilen yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmamak koşuluyla onların yanında yetkili olabilecek mahkemeleri yetkili hale getiren yetki sözleşmesi yapılabilirdir.⁴⁷

Doktrinde⁴⁸ hizmet akitlerine konulacak yetki şartları veya yetki sözleşmelerinin işveren tarafından kötüye kullanılabilceği gerekçeyle m. 5'te belirtilen iki yetkili mahkeme yanında başka mahkemelerin yetkili kılınmayacağı görüşü de savunulmuştur.

2. İŞ MAHKEMELERİNDE UYGULANAN YARGILAMA USULÜ

2.1. Dava Açılması

İş mahkemesinde dava, ya sözlü yargılama usulünde olduğu gibi davacının dava açması ile ya da idari mercilerin iş mahkemesine başvurusu suretiyle açılır.

2.1.1. İdari Mercilerin İş Mahkemesi'ne Başvurusu Suretiyle Dava Açılması

İMK m. 10'da "İş Kanunu'nun uygulanması ile görevli olan idari merciler kendilerine yapılan müracaatları 15 gün içinde idari yoldan neticelendiremedikleri ve iş mahkemelerinin görevi içinde gördükleri takdirde bu hususa dair olan evrak ve belgeleri yetkili iş mahkemelerine tevdi ederler. Mahkeme re'sen gün tayin ederek tarafları davet ve müracaat sahibinin davacı olduğunu tespitten ve zabıtnameye imzasını aldıktan sonra bu kanundaki esas ve usullere göre davayı görerek kararını verir. İdari merciin tevdi mahkemenin göreve müteallik kararını takyit etmez" denilerek idari mercilerin kendilerine yapılan başvuruları neticelendiremedikleri hallerde Yargıya tevdiine olanak tanınmıştır.

Uyuşmazlık çıktığında taraflar konuyu isterlerse Yargı'ya, isterlerse idareye götürebilirler. Böylece uyuşmazlıkların Yargıya başvuru

⁴⁶ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, s. 3861; Şahlanan, s. 402; Tunçomağ, s. 476-477; Erdönmez, s. 62.

⁴⁷ İlhan Postacıoğlu, "İş Mahkemelerinin Yetkisi", *İş Hukuku Dergisi*, 1969/5, s. 480.

⁴⁸ Erdönmez, s. 65; Şahlanan, s. 403-404.

rulmadan idareye başvurularak zaman ve masraf kaybına girilmeden çözülmesinin sağlanması düşünülmüştür. Ayrıca mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve işçiler açısından da uyumsuzluk çözülmezse Yargı'ya başvurmada kolaylık sağlanabilecektir.⁴⁹

Maddede sözü edilen idari mercilerden maksat; vali, kaymakam ve Çalışma Bakanlığı'nın bütün örgütü özellikle Bölge Çalışma Müdürlükleridir.⁵⁰

Söz konusu merciler taraflardan birinin başvurusu üzerine her iki tarafı da çağırıp bir anlaşma sağlayamazlarsa 15 gün içerisinde sorunu iş mahkemesinin görev alanı içerisinde gördükleri takdirde yetkili iş mahkemesine gönderirler. Ancak idari mercilerin bu göndermesi mahkemeyi görev veya yetki bakımından vereceği karada bağlamaz. Dosya, idari merci tarafından kendisine gönderilen mahkeme, re'sen gün tayin ederek idari mercie başvuran kişinin davacı olup olmadığını saptayarak tutanağı imzalatır. Dikkat edilecek olursa davanın açılma tarihi başvurma sahibinin mahkemeye davacı olduğunu bildirip tutanağı imzaladığı tarihtir. Yoksa dosyanın idari merci tarafından mahkemeye gönderilmesi ile dava açılmış olmaz.⁵¹

Doktrinde başvuru sahibinin mahkemeye gelerek davacı olduğunu beyanla tutanağı imzalaması koşuluna bağlı olmak kaydıyla davanın açılış tarihini geriye götürerek idareye başvurma tarihinde davanın açılmış sayılması şeklinde görüş sahipleri vardır.⁵²

Ancak uygulamada idareye başvurma sonucu konunun halledilememesi halinde şikayetin yargıya tevdi yolu fiilen işlememektedir.⁵³

⁴⁹ Fatma Başterzi, İş Yargısı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999, s. 171; Çukur, s. 86.

⁵⁰ Şahlanan, s. 412.

⁵¹ Erdönmez, s. 70; Şahlanan, s. 412-413; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 810.

⁵² Çenberci, s. 101-102; Aksi görüş için Dündar Devres, "İş Mahkemelerinde Dava Açılması", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1969/10, s. 857.

⁵³ "Uygulamada herhangi bir idari merci tarafından kabul edilen uyumsuzluğa ilişkin dilekçeler nihai olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu'na ulaştırılmakta ve adı geçen Kurula bağlı İş müfettişleri tarafından uyumsuzluk incelenmektedir. Uyumsuzluğun incelenmeye verilip sonuçlanan kadar da, iş yoğunluğu ve yazışmaların seyrinin zaman alması gibi nedenlerle, Kanun'daki 15 günlük süre 2 ayı geçmektedir. Ayrıca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından uyumsuzluğun çözümlenmemesi halinde de doğrudan iş mahkemesine tevdi söz konusu olmaktadır. Şikayetçilere inceleme sonucu hakkında yazılı olarak bilgi

2.1.2. Sözlü Yargılama Usulüne Göre Dava Açılması

İMK m. 7'ye göre iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanır. HUMK'ta sözlü yargılama usulü için öngörülen dava açma yolları iş mahkemelerinde de geçerlidir.

Sözlü yargılama usulüne göre dava, kural olarak yazılı yargılama usulünde olduğu gibi dava dilekçesiyle açılır. Ayrıca, bu usulde iki taraf beraber mahkemeye gidip bir dava dilekçesi vermek suretiyle dava açabilecekleri gibi, yazı bilmeyenler de sözlü olarak dava açabilirler.

HUMK m. 474'e göre, işçi ve işveren birlikte mahkemeye gelerek bir dava dilekçesi vermek suretiyle dava açabilirler. Dava dilekçesinin iddia ve savunmayı delilleriyle birlikte içermesi gerekir. Davanın açılma tarihi, iki tarafın birlikte gelerek dava dilekçesini verdikleri tarihtir.

Yazı bilmeyen bir kişi, iş mahkemesinde vekili vasıtasıyla yazılı şekilde dava açabileceği gibi, kanunun tanıdığı imkandan faydalanmak suretiyle kendisi sözlü şekilde de davasını açabilir. Bu yolla dava, hakim yazı bilmeyenin iddialarını delilleriyle birlikte zabıt katibine yazdırıp dava tutanağı düzenlettirmesiyle açılır.

Sözlü yargılama usulünde de dava, davacının dava dilekçesi vermesiyle de açılabilir. Aslında şu anda uygulamada işletilen usul de budur. Bilindiği gibi yazılı yargılama usulünde dava, nöbetçi mahkemeye verilecek dava dilekçesiyle açılır.

2.1.2.1. Sözlü Yargılama Usulü ve Özellikleri

İMK'nda iş mahkemelerinde uygulanmak üzere bazı özel usul hükümleri konulmuş ve bu hükümler dışında sözlü yargılama usulüne yollamada bulunulmuştur. (İMK m. 15, HUMK m. 473/2) Buna göre, İMK'da yer alan özel usul hükümleri (İMK m. 5, 10 gibi) dışında, iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanacaktır.

HUMK m. 507/1'deki basit yargılama usulünün uygulanacağı davalar arasında hizmet akdinden doğan davalara da yer verilmiştir. Ancak, kanundaki yollamadan hizmet akdinden doğan davalarda basit yargılama usulünün uygulanacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Zira HUMK m. 507'de diğer kanunlarda başka yargılama usulü gösterildi-

verilmektedir." Çukur, s. 86-87.

ği takdirde, o kanunda gösterilen usulün uygulanacağı belirtilmiştir.⁵⁴

İMK m. 7'de iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulünün uygulanacağı belirtildiğinde seri yargılama usulünün uygulandığı istisnai durum dışında iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanacaktır.⁵⁵

İMK m. 7 gereğince iş mahkemesinde hakim, tarafları sulha teşvik eder. İMK m. 7/1'e göre sulh girişimi, ilk duruşmada tarafların iddia ve savunmalarından önce yapılmalıdır. Tarafların uzlaşmaları halinde dava son bulur ve sulh anlaşması tutanağa yazılır. Hukukumuzda genel kabul gören görüşe göre; sulh anlaşmasının yapılmış olması yeterli olmayıp ayrıca mahkemenin buna uygun bir hüküm vermesi gerekir. Ancak kanımızca; sulh anlaşmasının yapılması yeterli olup hakim ayrıca bir hüküm vermesine gerek duyulmamalıdır. Zira mahkeme önünde sulh yapılan hallerde davanın sonuçlanmasının nedeni sulhtur, başka bir işleme gerek yoktur.⁵⁶

Taraflar uzlaşamazlarsa, mahkeme yargılamaya devam ederek esas hakkında hükmünü verir. Taraflardan biri veya vekili ilk oturuma gelmezse mahkeme, tarafları sulha teşvik etmeden, yargılamaya devam ederek esas hakkında hükmünü verir.⁵⁷

Sözlü yargılama usulünde ilk itirazların ileri sürülme zamanı yazılı yargılama usulünden farklıdır ve davalı ilk itirazlarını esasa cevaplarıyla birlikte ilk oturuma kadar ileri sürebilir.

İş mahkemelerinde uygulanan sözlü yargılama usulünün yazılı yargılama usulünden ayrılan en önemli yanlarından biri de davalının dava dilekçesine vereceği cevabın süresidir. Bu süre, yazılı yargılama usulündeki gibi esasa cevap süresi olan dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren 10 gün değil, ilk oturuma kadardır.⁵⁸

Taraflar tahkikat bitinceye kadar delil gösterebilirler. İş mahkemelerinde bilirkişilik kurumu da çok büyük öneme sahiptir. Birçok defa

⁵⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 804.

⁵⁵ Erdönmez, s. 78; Şahlanan, s. 418.

⁵⁶ Başterzi, s. 185.

⁵⁷ Erdönmez, s. 82; Şahlanan, s. 418-419; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 810.

⁵⁸ Erdönmez, s. 85.

hesaplama ve tespitte bilirkişiye gidilmesi gerekmektedir.⁵⁹

Delillerin birinci oturumda sunulup, incelenmesi gerekir. Birinci oturumda sunulmayan deliller ikinci oturuma kadar mahkemeye verilmelidir. Ayrıca hakim, birinci oturumda tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmaları dikkate alarak gerekli gördüğü diğer delillerin de gösterilmesini isteyebilir (HUMK m. 486/3). Deliler, ikinci oturumda hep birlikte incelenmelidir.

İş mahkemelerinde taraflarca hazırlama ilkesi uygulanmaktadır. Bu ilkeye göre dava malzemesi (maddi vakıalar ile bunların ispatı için gerekli olan deliller) sadece taraflarca mahkemeye getirilebilir, mahkemenin re'sen araştırma yetkisi yoktur.⁶⁰ Taraflarca hazırlama ilkesinin bir istisnasını oluşturan re'sen araştırma ilkesi (HUMK m. 75/1) yargılamada istisnai hallerde uygulanmaktadır. Bu ilke ile söz konusu işlemler için yapılacak giderler de hazineden karşılanacağı için aynı zamanda ucuzluk ilkesinin gereği de yerine gelecektir.⁶¹

İş hukukumuzda re'sen araştırma ilkesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasına karşın, Yargıtay'ın re'sen delil toplanabileceği yönünde kararları bulunmaktadır.⁶²

Delillerin incelenmesi bittikten sonra sözlü yargılama aşamasına geçilecektir. Hakim, taraflara tahkikat sonucu hakkında bir layiha vermelerini emir veya müsaade edebilir. (HUMK m. 488) Sözlü yargılamanın yapılacağı oturumda, hakim, taraflara kural olarak davacıdan başlamak suretiyle ikişer defa süre verir (HUMK m. 376/2).

Sözlü yargılama usulünde taraflar tahkikatın sonucunu tartışarak kendi lehlerine sonuç çıkarmaya çalışırlar. Taraflar iddia ve savunmalarını bitirdikten sonra hakim, sözlü duruşmanın sona erdiğini tefhim eder (HUMK m. 376/2).

Eğer ikinci oturumda layiha için süre verilmeyip, sözlü yargılama yapılmışsa üçüncü oturumda hakim hükmünü tefhim edecektir. Hükmün tefhimi için tarafların hazır bulunmasına gerek yoktur. Her iki ta-

⁵⁹ Erdönmez, s. 94; Çukur, s. 83.

⁶⁰ Erdönmez, s. 92.

⁶¹ Başterzi, s. 177.

⁶² Y. 9. HD, 10.3.1998, 1997-20667/1998-3761, YKD, Ocak 1999, s. 40-41 için bkz. Başterzi, s. 178.

raf veya bir taraf hazır bulunmasa bile, hakim hükmünü tefhim edebilir. Buna göre kararın tefhimi en az HUMK md. 388'de belirtilen hüküm sonucunun okunması suretiyle olur (HUMK m. 381/2).⁶³

2.2. İş Mahkemesi Kararına Karşı Kanun Yolları

Kanun yolları, davanın taraflarına tanınan ve yanlış olan kararın değiştirilmesini, yeniden incelenmesini sağlayan hukuki bir yoldur.

İş mahkemelerinde kanun yolları için genel olarak yazılı yargılama usulünden ayrılarak temyiz süresi ve karar düzeltme hakkında özel hükümler konulmuştur. Bunun dışındaki hallerde ise İMK m. 15'in yollamasıyla yine HUMK'daki hükümler uygulanacaktır. Örneğin; İMK'da yargılamanın iadesine ilişkin bir hüküm yoktur. Dolayısıyla, iş mahkemelerinde yazılı yargılama usulünde yargılamanın iadesi için öngörülen kurallar uygulanacaktır.⁶⁴

2.2.1. TEMYİZ

Bir tarafın mahkemenin verdiği nihai kararı temyiz edebilmesi için o tarafın kararı temyiz etmekte hukuki yararının olması ve temyiz talebinde de süresi içerisinde bulunması gerekir.⁶⁵

Asliye ve Sulh Hukuk mahkemelerinde temyize, kararın tebliğinden itibaren 15 ve 8 gün içerisinde başvurulabilir. İş mahkemelerinde ise bu süre, 8 gündür ve tefhimden itibaren başlar.⁶⁶ Yüze karşı tefhim edilen kararın üzerinden 8 gün geçtikten sonra yapılan temyiz talebinin reddi gerekir. Usulüne uygun tefhim edilmeyen kararlarda temyiz süresi tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar.⁶⁷

Bilindiği gibi temyiz edilebilen kararlar, nihai kararlardır. Ara kararlar ise ancak esas hükümle birlikte temyiz edilebilir. Diğer taraftan nihai kararların da tümü temyiz edilemez. İş mahkemelerinden verilen nihai kararların da bir kısmı ya özel kanun hükmü gereği ya da bel-

⁶³ Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, s. 3176.

⁶⁴ Erdönmez, s. 97; Şahlanan, s. 419.

⁶⁵ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 654-662.

⁶⁶ Bozkurt, s. 546-547; Erdönmez, s. 98; Şahlanan, s. 419-420.

⁶⁷ Bozkurt, s. 547.

li bir miktarın altında olduğu için temyiz edilemez.⁶⁸

Davacı veya davalı temyiz talebini yazılı yargılama usulündeki kurallara göre yapacaktır. Buna göre temyiz talebi, dilekçe ile yapılmalıdır. Temyiz dilekçesinin içeriği yazılı yargılama usulünde olduğu gibidir (İMK m. 15, HUMK m. 431, 435).

Temyiz eden taraf 8 gün içerisinde temyiz dilekçesini verir. Yazılı yargılama usulünde temyiz dilekçesi hüküm mahkemesi aracılığıyla karşı tarafa tebliğ olunur. Ancak iş mahkemelerinden verilen nihai kararların temyiz edildiğinde temyiz dilekçesinin karşı tarafa tebliğinin gerekip gerekmeyeceği hususunda açık bir düzenleme mevcut değildir. Kanımızca; savunma hakkının ihlal edilmemesi açısından temyiz dilekçesinin bir sureti karşı tarafa tebliğ edilmelidir.⁶⁹

İş davalarının temyiz incelemesi Yargıtay'ın 9. ve 10. Hukuk Daireleri tarafından yapılmaktadır. Aleyhine temyiz yoluna başvuru iş mahkemesi kararları iki ay içerisinde incelenerek karara bağlanır (İMK m. 8/2).

Temyiz istemi duruşmalı olabileceği gibi duruşmasız da olabilir (HUMK m. 438/1). HUMK'daki incelemenin duruşmalı yapılmasına ilişkin kurallar, İMK'nda hüküm bulunmadığı için burada da uygulanır.

2.2.2. KARAR DÜZELTME

Olağan kanun yollarından ikincisi ve Yargıtay'ca verilen kararların sınırlı bazı sebeplerin varlığı halinde, talep üzerine tekrar aynı dairece gözden geçirilerek incelenmesini öngören karar düzeltme yolu, İMK m. 8 ile iş davaları için kapatılmıştır. Diğer bir ifadeyle, iş mahkemesi kararlarının temyizi üzerine verilen Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemeyecektir.⁷⁰

⁶⁸ Özel kanun hükümleri gereği bazı nihai kararların kesin olduğu kabul edilmektedir. Örneğin; Sendikalar Kanunu, m. 25/2, 30; TSGLK m. 15/2, 36/2 gibi. "İş mahkemelerinden verilen nihai kararların da müddeabihi 1400, 00-TL'nin altında bulunanları temyiz edilemez (HUMK m. 427/4)." Erdönmez, s. 100.

⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Mercimek, "İş Mahkemelerinden Verilen Nihai Kararlar Temyiz Edildiğinde Temyiz Dilekçesinin Karşı Tarafa Tebliği Gerekir mi?", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 200/2, Y. 57, s. 93-99.

⁷⁰ Erdönmez, s. 103; Şahlanan, s. 420; Bozkurt, s. 580; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 811.

Bunun gibi, ayrı iş mahkemesi bulunmayan yerlerde, iş davalarına bakan asliye hukuk mahkemelerinin kararlarının temyizi üzerine verilen Yargıtay kararlarına karşı da karar düzeltme yoluna gidilemeyecektir.⁷¹

Doktrinde bu hüküm haklı eleştirilere uğramaktadır. Kanun koyucunun söz konusu hükmü koymaktaki amacı, iş mahkemelerinde görülen davaların çabuklukla sonuçlanması içindir.⁷² Ancak bu imkanın olmaması önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bazı hallerde yerel mahkemelerin açıkça hatalı olan kararları Yargıtay'ca da onanmıştır. Ancak kararlardaki isabetsizliğin çok açık olması Yargıtay'ı bu hataları ortadan kaldırmak için çeşitli çözüm yolları aramaya itmiştir. Yargıtay bunun için karar düzeltme yolu olmamasına karşın, karar düzeltme amacıyla kullandığı en yaygın yol, karar tavzihidir.⁷³

Karar düzeltme yolunun davaları uzatması, iş yükünü artırması gibi olumsuz tarafları da vardır.⁷⁴ Kanımızca; yine de karar düzeltme yolunun kapalı tutulması, işçi aleyhine sonuçlar doğurduğundan, karar düzeltme yolunun olmaması bir eksikliklerdir.

2.3. İş Mahkemelerindeki Yargılamanın Diğer Özellikleri

İMK'nın m. 9'da "*İş mahkemelerinin çalışma zamanları ihtiyaca göre haftanın münasip günleri ve iş bakımından günün münasip saatleri nazara alınarak Adalet Bakanlığı'nca tespit olunur.*" denilerek çalışma saatlerinin daha esnek düzenlenebilmesine imkan tanınmıştır.

HUMK m. 176/6'da "*hizmet akdinden doğan davalara*" adli tatilde de bakılacağı belirtildiğinden bu ifadeyi hizmet akdinden doğmayan diğer iş davalarını da kapsayacak şekilde yorumlayarak değerlendirmek gerekir.⁷⁵

21.11.1980 tarihinde 2345 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle İMK'nın harç muafiyetiyle ilgili m. 11'in ilk fıkrası ortadan kaldırılmış-

⁷¹ Necip Bilge, *Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Ankara, 1973, s. 124.

⁷² Erdönmez, s. 103; Şahlanan, s. 420.

⁷³ Erdönmez, s. 105.

⁷⁴ Başterzi, s. 266.

⁷⁵ Erdönmez, s. 108-109; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, s. 3789; Bozkurt, s. 586.

tır. Yürürlükteki Kanun'un m. 11/son'a göre "Türkçe bilmeyen yabancı uyruklu kişilerin taraf oldukları iş davalarında mahkemeye çağrılacak tercüman ve mütercim ücreti, mütekabiliyet şartı ile Devlet hazinesinden karşılanır." hükmü getirilerek iş yargısında Türkçe bilmeyen yabancı uyrukular için harç muafiyeti korunmuştur. Harçlar Kanunu m. 123'e göre yalnızca İş Kanunu'na tabi işçiler harçtan bağışık olacaklardır. İşverenler bu bağışıklıktan yararlanamazlar. Ancak, harçtan muafiyet bakımından öngörülen işçi ücretlerinin çok düşük olması bu muafiyete uygulama alanı bırakmamıştır.⁷⁶

SONUÇ

Çalışmamızdan da, anlaşıldığı gibi iş davalarına bakmakla görevli iş mahkemeleri günümüzde işlevlerini tam olarak yerine getirememektedir. Uygulamada, bu mahkemelerde sözlü yargılama usulünden çok uzaklaşmıştır. Bu nedenle, davalar bazen yazılı yargılama usulündeki kadar uzun sürmektedir. Çalışmamızda da belirtildiği gibi, iş mahkemeleri kamu düzeni gerekçesiyle re'sen delil toplamaktadır. Halbuki iş mahkemelerinde taraflarca hazırlama ilkesi uygulanmaktadır. Dolayısıyla bu uygulama kanuna aykırıdır. Ancak, yargılamanın daha etkin ve verimli yürütülebilmesi için, bu mahkemelerde re'sen araştırma ilkesi kabul edilmelidir.

Günümüzde artık iş mahkemelerince verilen kararlara karşı karar düzeltme yolu açılmalıdır. Ancak bu konuda bazı tedbirler alınarak, karar düzeltme yoluna gidilmesi nedeniyle davanın geç sonuçlanması önlenmelidir.

Harçlar Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılarak iş mahkemelerinin kurulmasındaki amaçlar sağlanmalıdır. Bunun için, İMK'na harçtan muafiyeti düzenleyen yeni bir hüküm konulmalıdır. En azından işçilere dava açmaktan kaçınmalarını önleyecek önemli indirimler sağlanmalıdır.

Sonuç olarak, günümüzde ihtiyaçları karşılamada yetersiz olan ve iş mahkemelerinin kurulmasındaki amaçların gerçekleştirilmesine hizmet etmek amacıyla 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda köklü değişiklikler yapılmalıdır.

⁷⁶ Başterzi, s. 236.

KAYNAKLAR

- Başterzi Fatma, *İş Yargısı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999.
- Bilge Necip, *Medeni Yargılama Hukukunda Karar Düzeltme*, Ankara, 1973.
- Bilge Necip /Önen Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Ankara, 1978.
- Bozkurt H. Argun, *İş Yargılaması Usul Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2003.
- Bozkurt H.Argun, "İş Mahkemelerindeki Yargılama Usulünün Ana Hatları", *İş ve Hukuk Dergisi*, Y. 28, S. 237, Ekim-Kasım 1993.
- Çelik Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, 17. Baskı, İstanbul, 2004.
- Çenberci Mustafa, *İş Mahkemeleri Kanunu Şerhi*, İstanbul, 1969.
- Çukur Mürsel, "İş Mahkemelerinin İşleyişinin Değerlendirilmesi", *Sosyal Güvenlik Dünyası Dergisi*, Nisan-Haziran 2002, Y. 4, S. 14.
- Devres Dünder, "İş Mahkemelerinde Dava Açılması", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1969/10.
- Erdönmez Güray, *İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılama Usulü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 1998.
- Erkin Safa, "İş Mahkemeleri Kurulurken Bazı Düşünceler", *İçtimai Siyaset Konferansları*, İstanbul, 1949.
- Erman Eyüp Sabri, *İş Davaları ve Tatbikatı*, Ankara, 1955.
- Gülver Ender, "İş Yargılamasında Görev", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2001, C. LIX, S. 1-2.
- Kuru Baki, "İş Mahkemeleri", TBB'nin Düzenlediği I. Türk Hukuk Kongresi'ne Sunulan Tebliğ, Ankara, 1971.
- Kuru Baki / Arslan Ramazan / Yılmaz Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 18. Baskı, Ankara, 2007
- Kuru Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. I, II, III, IV, İstanbul, 1991.
- Mercimek Serkan, "İş Mahkemelerinden Verilen Nihai Kararlar Temyiz Edildiğinde Temyiz Dilekçesinin Karşı Tarafa Tebliği Gerekir mi?", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 57, S. 200/2.
- Narmanlıoğlu Ünal, *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri*, İzmir, 1994.

Postacıoğlu İlhan, "İş Mahkemelerinin Yetkisi", *İş Hukuku Dergisi*, 1969/5.

Şahlanan Fevzi, "İş Yargılaması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1976, C. XLII, S. 1-4.

Taş Suat, "İş Mahkemeleri", *Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi*, Ağustos 2001, S. 160.

Tunçomağ Kenan, *İş Hukukunun Esasları*, İstanbul, 1988.

Turan Kamil, *İş Hukukunun Genel Esasları*, Ankara, 1990.

Uygur Turgut, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Temel Kavramlar- Yargılama*, Ankara, 1980.

Üstündağ Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I, II, İstanbul, 1992.

BİR SOSYAL HAK OLARAK SAĞLIK HAKKI

İbrahim ŞAHBAZ*

I. GİRİŞ

Anayasamızda sağlık hakkı sosyal haklar arasında yer almıştır (m. 56). Ancak Anayasa'da sosyal haklar bakımından devletin ekonomik gelişmeye paralel olarak -mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde- hak yararlanıcıları için katkıda bulunması da kabul edilmiştir (m. 65). Bu sosyal haktan yararlanma bakımından özellikle kamu görevlilerinin göreve başladıkları tarihten sonra, zaman içerisinde sürekli iyileştirmelerde bulunulması gerektiği halde, ekonomide iyiye gidışlerden söz edilmesine karşın, sosyal haklarda hak yararlanıcılarının aleyhine uygulamalar olmaktadır. Örneğin, en yeni Tebliğlerde,¹ kimi sağlık hizmeti sunucularında yapılan muayenelere ilişkin masrafların çalışanların aylık ve ücretlerinden nasıl kesilerek tahsil edileceğine yer verilmiştir. Oysa devletin, özel veya kamu hastanesi ayrımı yapılmaksızın, ilgililerin sağlıkları için gerekli olan tedavilerin ücretlerini alması gerekirdi. Çünkü Anayasa'nın 56. maddesinin 4. fıkrasında, dev-

* Doç. Dr., Yargıtay 11. CD üyesi

¹ 13/12/1983 tarihli ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici 9. maddesi uyarınca çıkarılan, "2008 Yılı Sosyal Sigortalar Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ" (Sıra No: 12) (RG, 18 Eylül 2009, Sayı:27353). Bu Tebliğde belirtilen esaslar çerçevesinde ayakta tedavi şeklinde sunulan hekim ve diş hekimi muayene hizmeti, vücut dışı protez ve ortez kullanımları ile yardımcı üreme yöntemi tedavi hizmetini alanlardan katılım payının tahsil edilmesine ve muhasebeleştirilmesine ilişkin olarak kamu idareleri, sağlık kurum ve kuruluşları ile muhasebe birimlerince yapılacak işlemlerle ilgili olarak çıkarılan, Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan, "Tedavi Katılım Paylarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" de(Sayı:2009-2) (RG, 31.10.2009, Sayı: 27392), tedavi katılım paylarına ve bu konuda tedavi katılım payının ilgililerden nasıl tahsil edileceğine ilişkin hususlara yer verilmiştir.

let ve özel hastane ayrımı yapılmamaksızın, devletin sağlıkla ilgili görevini yerine getireceğine işaret edilmektedir.

Bu uygulama, zaman içerisinde kamu kurumlarında çalışmayanlar da dahil, sağlık hakkı sahiplerine ek yükümlülükler getirilmesi biçiminde sürdürülmektedir. Yıllar önce kamu görevine başlayanlardan bu şekilde ek katkı alınmazken ve bunların kazanılmış hak kabul edilmeleri gerekirken, sürekli olarak kamuda çalışanların ve diğer halk kesiminin aleyhine uygulamalarla sağlık hakkı kullanılamaz hale getirilmektedir.

Sadece sağlık hakkı bakımından değil, sosyal hakların birçoğunda da devletin bu haklara katkısı yeterli olmadığı gibi, iyileştiği ileri sürülen ekonomiye paralel olarak bu haklarda daha da iyileştirmeler yapılması gerektiği halde, Devlet'in katkısı sürekli azaltılmakta ve ilgililere ek yükümlülükler getirilmektedir.

Diğer yandan, sosyal güvenlikle ilgili yasada,² sağlık hakkı bakımından getirilmiş düzenlemede, kimlerin genel sağlık sigortalısı sayılacaklarına (5510, m. 60 vd.); bunların katılım paylarına (5510, m. 67) ve katılım payı alınmayacak hallerin neler olduğuna (5510, m. 69) yer verilmiş olunması bu konuda atılmış olumlu bir adım olmakla beraber, düzenlemelerin uygulanabilirlik bakımından açık olmaması nedeniyle amaca uygun işlerliği konusunda kuşkular bulunmaktadır.

Yine, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun "*İşsizlik Sigortası*" başlıklı 46. maddesindeki düzenlemede 5510 ve 506 sayılı Kanunlara yollamada bulunmaktadır.³ Bu Kanun'un 46/son maddesinde işsizlik fonu öngörülmesine karşın,⁴ bu düzenlemenin gereğinin istenilen

² 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (Kabul Tarihi: 31.5.2006, RG, 16.6.2006, Sayı: 26200). Bu yasada yer alan hükümler farklı tarihlerde yürürlüğe girmiştir (m.108).

³ 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu (RG, 8.9.1999, Sayı: 23810).

⁴ 4447 sayılı Kanun'un 46/son maddesinde, " İşsizlik sigortası primlerinin toplanmasından Sosyal Sigortalar Kurumu, diğer her türlü hizmet ve işlemlerin yapılmasından İş ve İşçi Bulma Kurumu Genel Müdürlüğü görevli, yetkili ve sorumludur. Bu amaçla, İş ve İşçi Bulma Kurumu bünyesinde; İşsizlik Sigortası Fonu'na aktarılan işçi, işveren ve devlet katkılarının Yönetim Kurulu kararları çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin işlemleri yürütmek, primlerin kişi bazında kaydını tutmak, işsizlik ödeneği ödenmesine ilişkin her türlü işlemleri yapmak, sigorta primlerinin Sosyal Güvenlik Kurumuna yatırılmasını sağlamak, işsizlere yönelik mesleki eğitim tedbirleri ile ilgili işlemleri yapmak ve bu Kanunun uygulanması ile il-

düzeyde yapıldığından söz edilememektedir.⁵

Günümüzde uluslar arası sermayenin (küreselleşmenin) kendi belirlediği ekonomik düzen, yine kendisi tarafından oluşturulan/yaratılan krizlerle yaşarken, her krizin faturası özellikle dar gelirliilere ödetilmektedir. Sosyal devletin gereği olarak iç ve dünya barışının korunması zorunluluğunun bir parçası olan sosyal adalet ilkesinin yine bu sermaye tarafından doğrudan veya dolaylı olarak ihlal edildiği, sürekli kemer sıkma politikalarının gündeme getirildiği, öteden beri ucu açık bir ekonomik cennetin vaat edildiği bilinmektedir.

Küresel sermaye sadece ekonomik sorunlar yaratmakla kalmayıp, sebebiyet verdiği çevre sorunları ile de insan sağlığını tehdit ederken, bu olumsuzluklardan etkilenen kesimlerin sağlık sorunlarına katkı yerine, tam tersine, her geçen gün sağlık hizmetlerinden yararlananlara ek yükümlülükler getirilmektedir. Örneğin, genetiği değiştirilmiş organizmaların insan sağlığını tehdit etmesine karşın, bu konuda gerekli ve etkili önlemlerin alınmaması; devletin yaşama hakkına saygıyı güvenceye alma ve sağlık sorunlarını çözme görevlerine karşın, sağlık konusunun özel sektörün de alanına aktarılmasında hak sahiplerine ek maddi yük getirilmesi gibi. Böylece sağlık konusunda hemen her gün yeni bir uygulama ile kazanılmış hakların çiğnendiğine tanık olunmaktadır. Yani sağlık hakkının gereğinin yapılmaması bir yana, sağlıkla ilgili uygulamalarda hak sahiplerinin aleyhine durumlar yaratılmaktadır.

İnsan için çok gerekli olan sosyal güvenlik ve sağlık hakkının, dar gelirliiler bakımından sadece öneminin kavranması/kavratılması değil, istisnasız herkesin bu haklardan yararlandırılması ve bunun göstermelik olmaktan çıkarılması zorunludur.

Sadece yasayla böyle bir düzenlemenin getirilmesi değil, tedavi yöntem ve süresi, hastanın hastane ve hekim seçimi hakkını kullana-

gili olarak Kanunla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere İşsizlik Sigortası Daire Başkanlığı kurulmuştur" düzenlemesi yer almıştır.

⁵ İşsizlik Sigortası Fonu'nda biriken paraların nasıl değerlendirildiği konusunda haklı olarak tartışmalar bulunmaktadır. Bu paraların yasadaki amaca uygun olarak ilgililerine hizmet olarak sunulması yerine genel bütçeye aktarılacağı ve farklı alanlarda harcanacağı (13 Ağustos 2009 günlü gazeteler) ve bu uygulamanın anayasaya aykırı olacağı ileri sürülmektedir (Boratav, Korkut; "Fonun Devri Anayasa-ya Aykırı", 22.8.2009 günlü *Cumhuriyet*).

bilmesinin önündeki engellerin kaldırılması, hastanelerin yeterli sayıda uzman hekim ve diğer profesyonel elamanlara sahip olması, tedavi merkezlerinin yeterli ve sağlıklı tıbbi malzemeye sahip olması, hekimlerin baktıkları günlük hasta sayısının fazla olmaması, hastadan ek ödenek (katkı payının) alınmasının önlenmesi, cerrahi müdahalelerden sonra bakım görevlilerinin uzman olmalarının sağlanması ve sayılarının artırılması, hastanelere yeterli ödeneğin aktarılması vs. de gerekir.

Oysa sağlık ve sosyal güvenlik hakkı yeterince tanınmadığı gibi, tanınmış olduğu kişiler bakımından da kazanılmış hak gözetilmeden sağlık hakkı ile ilgili önemli harcama kalemlerinden sürekli kısıntılara gidildiğine tanık olunmaktadır. Örneğin hastanın ücretsiz ilaç alma hakkına sınırlama getirilmesi, alınan ilaç sayısının sınırlandırılması, kimi sağlık gereçlerinin hastaya yüklenmesi, ilaç veya diğer sağlık malzemelerine hastaların fazlaca katkılarının istenmesi gibi uygulamalar, bu hakların güvencede olmadığını göstermektedir⁶. İstikrarlı bir sosyal hukuk devletinde kazanılmış hakların çiğnenmesi mümkün değildir.

Bu çalışmada, sağlık hakkı ile yakın bağlantıları nedeniyle yaşama hakkı, sosyal devlet ve sosyal haklar üzerinde durulmakta ve bir sosyal haklar olan sağlık hakkı ile yakın bağlantılı hakların artık klasik haklar gibi Anayasa koruması altına alınması veya sosyal hak olarak düzenlenecekse, yasama ve yürütme organının bu hakkın kullanımında geniş bir takdir yetkisine sahip olmasının engellenmesi zorunluluğuna dikkat çekilmesi amaçlanmaktadır.

II. YAŞAMA HAKKI

Yaşama hakkı diğer tüm hakların özünü oluşturmaktadır. Diğer hakların kullanılabilmesi için öncelikle sağlıklı olmak gerekir. Sağlıklı olmayan, sağlığı korunmayan, ekonomik ve sağlık sorunları çözülemeyen insanın diğer hakları ile ilgili güvencelerinin anlamı olamaz. O nedenle haklar arasında hiyerarşinin varlığı tartışmalı olmakla beraber, yaşama hakkının bazı haklar gibi, diğer haklara oranla daha güvenceli olarak düzenlendikleri görülmektedir. Öyleyse, bir ülkede sağ-

⁶ Örneğin, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun trafik kazalarını yasa kapsamı dışında kabul ederek giderleri karşılamamasına (7 Ağustos 2009 günlü *Cumhuriyet Gazetesi*).

lık hakkını güvenceye almadan, diğer hakların varlığı veya güvencesinden söz edilemez. Sağlık hakkının kullanılabilmesinin en temel hareket noktalarından biri de, sosyal güvenlik hakkının tüm güvenceleleriyle tanınmasıdır. Yaşama hakkına önem verilirken, sağlık hakkının korunmaması düşünülemez. Bu çelişkinin ortadan kaldırılabilmemesinin yolunun sosyal devlet ilkesinin gereği, şeklen(sadece mevzuatta) düzenlenerek kabulü değil, öz itibarıyla yapılmalıdır.

Yaşama hakkı ulusal ve uluslar arası metinlerde diğer tüm hak ve özgürlüklerin varlığı için koruma altına alınmıştır.

Yaşama hakkı “herkes” için geçerlidir.

AİHS'nin 2. maddesinde yaşama hakkı düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesindeki düzenlemeye göre, “herkesin yaşama hakkı yasayla korunur”.

Yaşama hakkına verilen önemden dolayı sözleşmenin 15. maddesinde bu hak, istisnaları bir yana, olağanüstü hallerde askıya alınamaz haklar arasında düzenlenmiştir.⁷

Diğer yandan bu hak ile işkence yasağı arasında da yakın bağ olduğu ve bu iki hususun demokratik toplumların temel değerlerinden olduğuna işaret edilmektedir.⁸

1982 Anayasası'nın 17. maddesinin ilk üç fıkrasında, “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.”

⁷ Anayasa'nın 15 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinde kimi haklar daha fazla koruma görmektedir. Bunlar Anayasa'nın 15. maddesi:

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası huktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”. Benzeri düzenlemeye AİHS'de de yer verilmiştir.

⁸ AİHM Kararı, McCann ve diğerleri/İngiltere, 27.9.1995; Salman/Türkiye, 26.6.2000.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz” düzenlemesine yer verilmiş; 15. maddesinin 2. fıkrasında da, AİHS’nin 15. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak, “birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve maneî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz” düzenlemesine yer verilmek suretiyle, olağanüstü dönemler bakımından dahi, yaşama hakkına verilen öneme işaret edilmiştir.

III. SAĞLIK HAKKI

Sağlık hakkı içerisinde hasta hakkı, sağlık profesyonellerinin ödevleri ve sorumlulukları, sağlık riskleri ve bunların onarımı, sağlık bakıcılarının sorumlulukları ile mağduriyetlerin giderilmesi hususları yer almaktadır.⁹

Ayrıca sosyal güvenlik hakkı çalışanların mesleki hastalıkları ile iş kazalarına karşı koruma öngöreceğinden sağlık hakkı ile yakın bağlantılı bir haktır.¹⁰

Bu nedenlerle sosyal güvenlik hakkının olmadığı ülkelerde sağlık hakkı ve dolayısıyla yaşama hakkı, özellikle yoksul kesimler bakımından, kullanılamaz bir hak haline gelmektedir.

1982 Anayasası’nın 56. maddesindeki düzenlemelere göre, “herkes, sağlık ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir” (m. 56/1); “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler” (m. 56/3); “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir” (m. 56/4) ve “sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir” (m. 56/5).¹¹

⁹ http://www.lexinter.net/JF/droit_de_la_sante.htm (Siteyi Ziyaret tarihi: 26.7.2009).

¹⁰ <http://www.lexinter.net/JF/dsocialfr.htm> (Siteyi Ziyaret Tarihi: 26.7.2009).

¹¹ Özbudun Önerisi (Özbudun ve diğer Anayasa hukukçuları tarafından 2007 yılında hazırlanan Anayasa Önerisi):

“Sağlık ve sosyal güvenlik hakları ile sosyal yardım ve hizmet

Madde 49- (1) Herkes, sağlık ve sosyal güvenlik haklarına sahiptir.

Maddenin bu düzenlemesinde, başlıkta yer alan “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması”na paralel olarak, çevre ve sağlık arasındaki yakın bağ da gözetilerek, “çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir” (m. 56/2) denmiştir.¹² Bu fıkrada sadece devlete değil, vatandaşlara da ödev yüklenmiştir.

Madde tümünden değerlendirildiğinde, “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” mutlak olarak (1. f.) kabul edilirken; diğer fıkralarda ise, devlete hitap edilirken “ödevlidir” (2. f.), “düzenler” (3. f.), “yerine getirir” (4. f.) ve “genel sağlık sigortası kurulabilir” (5. f.) şeklinde yükümlülük getirilmiştir.

Özetle Anayasa’nın 56. maddesinde sağlıkla ilgili olarak devlete kesin bir yüküme yer verilirken (ilk 4 fıkra); son fıkrada, “kurulabilir” demek suretiyle, somut koşulların gözetileceğine işaret edilmiştir.

Devlet, Anayasa’nın yürürlüğe girmesinden itibaren çeşitli dönemlerde “yeşil kart” benzeri uygulamalar yapmış, ancak bundan istenilen sonuç alınamamıştır. Oysa “yeşil kart”, “fakir fakara fonundan yararlandırma” vb. uygulamalar, sosyal güvencesi olmayanlara hitap ettiğine göre, seçimden seçime gündeme getirilen uygulamalar yerine, Anayasa’nın 56. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenleme dikkate alınarak, genel sağlık sigortası tüm güvenceleriyle kurulabilmelidir.

Bu hususlar 1961 Anayasası’nda iki ayrı maddede düzenlenmişti. 1961 Anayasası’nın 48. maddesindeki düzenleme, “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Bu hakkı sağlamak için sosyal sigortalar ve sosyal yardım teşkilâtı kurmak ve kurdurmak Devletin ödevlerindedir” ve 49. maddesindeki düzenleme, “Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbî bakım görmesini sağlamakla ödevlidir. Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır” şeklindeydi.

(2) Devlet, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimlerini, malûl ve gazileri, engellileri, yaşlıları ve korunmaya muhtaç çocuklar gibi kesimleri özel olarak korur.
(3) Devlet, bu hakları sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar”.

¹² Özbudun Önerisi (Özbudun ve diğer Anayasa hukukçuları tarafından 2007 yılında hazırlanan Anayasa Önerisi): “Çevrenin korunması

Madde 129- (1) Devlet herkesin, insanî gelişimini mümkün kılan sağlıklı bir çevrede yaşaması için gerekli tedbirleri alır.

(2) Çevrenin en üst düzeyde korunması ve çevre kalitesinin iyileştirilmesi, sürdürülebilir kalkınma ilkesiyle uyumlu olarak, herkesin ve Devletin görevidir”.

Her iki Anayasa'da (1961, m. 53; 1982, m. 65), sağlık hakkının ekonomik ve sosyal haklar arasında yer alması nedeniyle, Devlet'in bu hakkın gereğini "*mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde*" yerine getireceğine yer verilmiştir.

Her iki Anayasa'daki müşterek maddede, özel maddede yer alan sağlık hakkıyla ilgili düzenlemenin gereğinin yerine getirilmesindeki güçlük dikkate alınarak, belli bir ölçüye yer verilmiştir. Ancak bu düzenlemelerde, yürütme organına açık yükümlülük getirilmeyip, uygulamanın Devleti yönetenlerin takdirine bırakılması ve bu konuda hak sahiplerine doğrudan mahkemeye dava açma yetkisi tanınmaması nedeniyle, maddedeki düzenlemenin gereği bugüne kadar yapılamamıştır. Bu nedenle yürütme organının bu konuda kullanacağı takdir yetkisinin çerçevesi, "*mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde*" kullanılacağı biçiminde çizilmesine karşın, bu yetkinin sağlık hakkı yararlanıcılarının lehine kullanılmaması karşısında, yürütmeye çerçevesi belirsiz bir takdiri yetki vermek yerine, yine yürütme organını çalışamaz hale getirmemek kaydıyla, çerçevesinin yeniden ve hak sahiplerinin yararı gözetilerek yeniden çizilmesi gerekmektedir.

IV. SOSYAL DEVLET

Yirminci yüzyılda Batı demokrasilerinde ortaya çıkan sosyal devlet kavramı, devletin sosyal barış ve adaleti sağlamak amacıyla ekonomik ve sosyal hayata aktif olarak müdahale etmesini meşru ve gerekli görmektedir. Sosyal devlet anlayışı, devletin ekonomik ve sosyal yaşama müdahale yoluyla, toplumdaki sınıf çatışmalarını yumuşatarak, ulusal bütünleşmeyi sağlamayı hedeflemektedir. Sosyal devlet anlayışı bu yaklaşımla, bireyi sadece devlete karşı korumayı değil, aynı zamanda özgürleştirmeyi de amaçlamaktadır. Ancak günümüzde ekonomik krizler nedeniyle sosyal devlet ilkesinde kimi değişikliklere gidildiğine tanık olunmaktadır.¹³

1982 Anayasası, tıpkı 1961 Anayasası'nda olduğu gibi (m. 10/2), bireyi özgürleştirme ödevini, "*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk dev-*

¹³ Fabio Bertozzi, Giuliano Bonoli et Benoît Gay-des-Combes; Réforme de L'Etat Social en Suisse, April 2005; <http://www.poly.mtl.ca/pub/argumentaire.php?l=eng&id=7229> (Siteyi Ziyaret Tarihi: 26.7.2009).

leti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” biçiminde düzenlemiştir (1982, m. 5).

Bu düzenlemeyle Anayasa, sosyal devletin bunları gerçekleştirmeye çalışırken, mutlak bir ekonomik ve sosyal eşitlik anlayışından değil, nisbi bir fırsat eşitliğinden hareket edilmesini öngörmektedir. Nitekim ekonomik ve sosyal haklarla ilgili olarak devletin ödevi, “bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği” şeklinde ifade edilmiştir (m. 65).¹⁴

Anayasa Mahkemesi’nin kararlarından da sosyal devlet ilkesinden, emek-sermaye dengesi, çalışanların insanca yaşamaları, işsizliğin önlenmesi ve ulusal gelirin adaletli dağıtılması gibi unsurların ön plana çıktığı anlaşılmaktadır.¹⁵

Ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 65. maddesindeki düzenlemeyi yorumlarken, ekonomik gelişmişlikten hareketle devleti yönetenlerin, ekonomik ve sosyal haklar bakımından tamamen keyfi hareket edemeyeceklerine işaret etmiştir. Örneğin, Anayasa’nın 60. maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkı ile 17. maddesinde yer alan, “yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma” hakkı birbiriyle çok yakın bağlantılıdır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’ne göre, “devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda ‘yaşama hakkını’ ortadan kaldıran düzenlemeler” yapamaz.¹⁶

Aynı düzenlemeye kimi yeni Anayasa önerilerinde de¹⁷ yer verilmiştir. Örneğin TBB (Türkiye Barolar Birliği) önerisine göre, “herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayarak gerekli önlemleri alır ve buna uygun örgütü kurar” (m. 62/1-2); “sağlık hizmetlerinin

¹⁴ 4709 sayılı Kanun’la değişiklik öncesi 65. madde metninde, devletin bu görevini yerine getirmesinde “ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek” ibaresi bulunmaktaydı. Ancak değişiklikle, bu kavramların yerine, “bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek” ibaresi getirilmiştir.

¹⁵ AMK, T.26-27.9.1967, E.1963/336, K.1967/29, AMKD, Sayı: 6, s.26-27; AMK, T. 18.2.1985, E. 1984/9, K.1985/4, AMKD, Sayı: 21, s.59; AMK, T.21.10.1986, E. 1986/16, K.1986/25, AMKD, Sayı: 22, s.290 vd.; AMK, T.26.10.1988, E.1988/19, K.1988/33, AMKD, Sayı: 24, s.451 vd..

¹⁶ AMK, T.17.1.1991, E.1990/27, K.1991/2, AMKD, Sayı: 27, Cilt: 1, s.13-39.

¹⁷ TBB Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, 2007, m.62, 65 ve 69.

yaygın bir biçimde yerine getirilmesi için yasayla genel sağlık sigortası kurulur” (m. 65/3); “yurttaşlar temel sağlık hizmetlerinden yoksun bırakılamaz. Bu hakkın uygulama esasları kanunla düzenlenir” (m. 65/4).

Görüldüğü gibi TBB'nin önerisinde, mevcut Anayasa'da yer alan “kurulabilir” ibaresi yerine, “kurulur” ifadesi kullanılarak devlet için genel sağlık sigortası yükümlülüğü getirilmiştir (madde gerekçesi).

Ancak TBB önerisinde, özellikle, insanların/işsizlerin genel sağlık sigortası kapsamına alınmaları zorunluluğuna vurgu yapıldığı halde, önerinin 69. maddesinde, mevcut Anayasa'nın 65. maddesinden biraz farklı olmakla beraber, yine de Devlet için bu konuda takdir yetkisine yer verilmiştir. Kuşkusuz TBB önerisinde yer alan, “Devlet ekonomik ve akçalı kaynaklarını; ekonomik ve sosyal alanlarda Anayasayla belirlenen görevlerinin gerektirdiği öncelikleri gözeterek kullanır” (m. 69)¹⁸ düzenlemesi, gerçekte önceki anayasalarda yer almayan “ekonomik ve akçalı kaynaklarını bu amaçlara uygun öncelikleri gözeterek yerine getirir” şeklindeki yenilik takdire şayandır. Ancak getirilmek istenen bu düzenleme dahi, devletin olumlu edimde bulunması şeklinde olduğundan, tecrübeyle sabit olan, takdire dayalı konularda hantal olan yapının bertaraf edilmesini önleyemeyeceğinden, kimi sosyal ve ekonomik hakların –hiç değilse çok gerekli olanlarının– herkesin sahip olacağı en az ölçüler ortaya konarak klasik haklar arasına alınmaları veya sosyal haklar arasında yer verilmekle beraber, yaşam için çok gerekli olan hususlarda belli bir ölçüden aşağı olmamak kaydıyla, yasama ve yürütmenin takdirine bırakılmaksızın doğrudan Anayasa güvenceleriyle düzenlenmesi gerekir.

Konunun bir de Anayasa'nın değiştirilmez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez ilkeleri arasında yer olan sosyal devlet ilkesi yönünden (m. 2) ve dolayısıyla sosyal hakların diğer temel haklardan ayırt edilmesini sağlayan ölçütlerden hareketle değerlendirilmesi gerekir.

¹⁸ Benzeri bir çalışma için bkz. Özbudun Önerisi (Özbudun ve diğer Anayasa hukukçuları tarafından 2007 yılında hazırlanan Anayasa Önerisi): “Devletin sosyal ve ekonomik ödevlerinin sınırları” başlıklı 50. maddedeki düzenlemeye göre, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen ödevlerini, bu ödevlerinin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir”.

V. SOSYAL HAKLAR

Sosyal hakların ne oldukları konusunda farklı yaklaşımlar vardır.¹⁹ Buna göre sosyal haklar, ya toplu kullanılabilen haklar; ya sadece kişiyi ilgilendiren bireysel özgürlükler dışında kalan ve ülkenin ekonomik ve sosyal yapısı bakımından önem taşıyan haklar; veya doğrudan doğruya kamu özgürlükleri anlamında kullanılmaktadır.

Sosyal hakların esasları üzerinde durulurken, teknik ölçütten hareketle, bunların devletin olumlu (pozitif) edimde bulunması gereken haklar oldukları ifade edilmektedir. Bu yaklaşıma göre sosyal haklar, hak sahibine, devletten bir şeyin yapılmasını veya bir edimde bulunmasını isteyebilme yetkisi verdikleri; oysa klasik hakların, bir konuda devlete “karışmama”, “dokunmama” veya “kaçınma” görevi yükledikleri ifade edilmektedir. Bu görüş Avrupa ülkeleri arasında yaygın olarak kabul edildiği gibi, Türk hukuk öğretisinde de egemendir denebilir.

Bir görüşe göre, klasik haklar ile sosyal hakların farkını belirlemek için, bir hakkın devlete olumlu veya olumsuz edim yükleyip yüklenmediğine bakmak gerekir. Eğer bir hak devlete olumsuz edim, yani dokunmama yükümü getiriyorsa, o hak (negatif statü hakları) klasiktir; buna karşın, devlete olumlu bir edimde bulunma yükümü getiriyorsa, o hak sosyal haktır. Bu nedenle devlete olumlu edimde bulunma, o hakkın yararlanıcısına da isteme hakkı veriyorsa o hak sosyal haktır.

Diğer bir görüşe göre, sosyal haklar ile klasik hakları ayırmada hakkın konusuna bakmak gerekir. Eğer bir hak ekonomik ve sosyal içerikli ise sosyal haktır; aksi halde klasik haktır.

Üçüncü görüşe göre, klasik hakların bireylere tanınmasına karşın, sosyal haklar özellikle korunması gereken grup, kategori veya sınıflara tanınmış haklardır.

Dördüncü görüşe göre, sosyal haklar ancak “amaçlarına” göre ayırt edilebilir. Bu yaklaşımda, sosyal haklar ister olumlu ister olumsuz edim gerektirsinler; ister bireysel ister toplu kullanılsınlar fark etmez. Önemli olan sosyal adaleti sağlamak, toplumdaki sosyal eşitsizlikleri azaltmaya, ekonomik bakımdan zayıf olan grup veya sınıfları koruma-

¹⁹ Tanör, Bülent, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, May Yayınları, İstanbul 1978, s. 13 vd.

ya yönelik olmalarıdır. Bir hak bu hususlarla ilgili ise sosyal haktır.²⁰

Değerlendirme

1. Bir hakkın sosyal hak olarak kabul edilebilmesi için olumlu edim gerektiren hak olması yetmez. Klasik haklar bakımından da devletten istekte bulunulması mümkündür. Ayrıca, devletten olumlu edimde bulunulması gereken her hak da sosyal hak değildir. Hak bildirilerinde ve anayasalarda devletin olumlu edimde bulunması gereken haklara sosyal, gerekmeyenlere klasik hak denebileceğine ilişkin görüşü doğrulayan açık düzenleme yoktur. Zaten klasik bir hak bakımından da devletin o hakka yönelik olumsuzluklara karşı önlem alma yükümlülüğü vardır. Çünkü hak sahibi, devletten klasik hakkın doku-nulmazlığının korunmasını isteyebilecektir. Aksi takdirde o hakkı klasik kabul etmenin de anlamı yoktur. Bu nedenle, sosyal hakların devletten isteme hakları olarak kabulü ile klasik haklarla farkını buraya bağlamak eksik olur. Örneğin, işkence görmeme veya işkenceye karşı korunma hakkı Anayasa'daki düzenleniş biçimiyle sosyal değil, klasik bir haktır. Ancak bu düzenlemeden yola çıkarak, devletin sadece işkence yasak demesi ve bunu ceza yasasında yaptırıma bağlaması yetmez. İnsanlara işkence yapılmaması için başka önlemler de alması gerekir. İşkenceye karşı korunmanın yolu, devletin pasif kalması değil, olumlu faaliyette bulunması ve insanların da devletten işkenceye karşı korunmayı isteme hakları vardır.

O nedenle devletin tüm haklar bakımından sınırlama yetkisi yanında, klasik haklar da dahil, o haktan yararlanılabilmesi için olumlu faaliyette bulunması zorunludur.

Diğer yandan, sosyal hakların olumlu edim gerektiren haklar kabulü veya isteme hakları olarak tanımlanması ve sadece devlete karşı yönelen haklar olarak nitelendirilmesi de bizi yanılgıya götürebilir. Kuşkusuz 1982 Anayasası'nın 65. maddesindeki düzenleme, sosyal ve ekonomik hakların, "*mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde*" yerine getirilmesi görevini devlete yüklüyor. Ancak Anayasa'daki bu düzenlemenin devletin ekonomik gelişmişliği oranında ve ekonomik katkısının gerektiği haklar bakımından dikkate alınması gerekir. Örneğin,

²⁰ Tanör, 1978, s. 13-109.

Anayasa'da sosyal haklar arasında yer alan grev hakkı, sendikal haklar ve toplu sözleşme haklarının sadece devlete karşı ileri sürülebildikleri söylenemez. Çünkü grev hakkının kullanımında devletin tutumu, her hangi bir klasik haktan farklı değildir. Devlet, grev hakkının kullanımında, bu hak sahiplerine saygılı davranmak, hakkın yasaya uygun olarak kullanılmasına karışmamak zorundadır.

2. Hakların içeriklerine göre klasik veya sosyal hak olarak kabul edilmeleri de mümkün değildir. Çünkü hakların maddi içerikli olan veya olmayan biçiminde ayrılarak değerlendirmede bulunulması, hakları, "akrabalık" bağına göre kümelenmek, hak ve özgürlükleri "salt hukuki ölçülere" göre belirlemek olur. Oysa hakların sosyal ve tarihi boyutuyla ele alınması gerekir. Hukuk sorununun yapay ayrım tabii tutulması klasik-sosyal hak ayrımını ortaya koymada eksik kalmaktadır.²¹

3. Sosyal hakların öznelerin özelliklerine göre tanımlanması ve klasik hakların bireye; sosyal hakların topluluklara tanınmış kolektif haklar olarak tespiti de yerinde değildir. Örneğin, Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan sağlık hakkı sosyal hak olarak kabul edilmekle beraber, topluluk için değil, ayrımsız "herkes" için tanınmış haktır.

4. Sosyolojik ölçüt olarak adlandırılan görüşe göre,²² sosyal haklar ekonomik ve sosyal durumları ne olursa olsun, herkese tanınmış değil, sadece ekonomik bakımdan zayıf durumda olanlara, fiili veya sosyal eksikliklerin giderilmesi için tanınmış haklardır.

Dördüncü görüş, diğer görüşler içerisinde, sosyal hak-klasik hak ayrımını ortaya koyma bakımından, en çok savunulabilecek görüştür. Çünkü haklar sürekli zenginleşmektedir. Belli bir dönem hak olarak kabul edilmeyen hususlar, toplumlar ilerledikçe hakka dönüşüyorlar. Özellikle savaş, doğal afetler gibi nedenlerle mağduriyetleri olanların asgari bir ekonomik yaşam seviyesinde tutulmaları zorunluluğu sosyal hakların doğumunu başlatmış ve hızlandırmıştır.

Buna karşın sosyal haklardan herkes yararlanacak diyebiliriz. Çünkü Anayasa'da, "kimse" (m. 42/1), (m. 50/1); "herkes" (m. 48/1), (m. 56/1), (m. 60/1); "çalışanlar ve işverenler" (m. 51/1), "işçiler ve

²¹ Tanör, 1978, s. 32-33.

²² Tanör, 1978, s. 39

işverenler"den (m. 53/1) söz edilmektedir. Ancak Anayasa'da kullanılan kavramlardan sosyal hak yararlanıcılarını belirlemek suretiyle, sosyal hakların yararlanıcılarının sadece dar gelirli olmadıklarını anlarız. Çünkü "*işverenler*" sosyal bakımdan "*dar gelirli*" grubuna dahil olmadıkları halde, Anayasa'da kimi sosyal haklar bakımından, örneğin "*sendika kurma hakkı*" (m. 51), "*toplu iş sözleşmesi hakkı*" (m. 53) gibi haklar bakımından sosyal hakkın yararlanıcısı olabiliyorlar.

Özellikle sağlık ile sosyal güvenlik hakkı bakımından, sosyal güvenlik hakkı (m. 60/1) ile sağlık ve çevre hakkının "*herkes*"e (m. 56/2) tanınması, ayrımsız herkese tanındıkları anlamına mı gelir, yoksa buradaki "*herkes*" kavramı, bu haklara ihtiyacı olanları mı içermektedir. Eğer, bu hakları gereksinimleri olmayanları içermiyor dersek, sadece dar gelirli için kabul etmiş oluruz. Oysa "*herkes*" kavramı ayrımsızdır.

Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan, devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda üstlendiği görevleri, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğine ilişkin düzenleme genellikle, grev, toplu sözleşme ve sendika hakkı gibi bazı haklar dışında kalan haklar bakımından, devletin sosyal hakların gerçekleştirilmesi görevini yerine getirmesinden sıyrılmasına olanak verdiği biçiminde yorumlanabilmektedir. Hatta yargı organlarının bu konuda karar vermesinin bir hukuki denetim olmaktan çıkıp, yerindelik denetimi olacağı da söylenebilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasa'nın 65. maddesini yorumlarken, Anayasa'daki açık düzenlemeyi haklı olarak aşamamış, yasama ve yürütmeyi zor durumda bırakmama yolunu seçmiştir. Örneğin, "*Anayasamız, iktisadi ve sosyal amaçları, koşulları ne olursa olsun, derhal yerine getirilmesini zorunlu kılan sert kurallara bağlamamış, bunların, ülkenin sosyal ve iktisadi gelişmesine eşit olarak ve aşama aşama sağlanacak ereklere olduğu açıkça belirtmiştir*".²³ Yüksek Mahkeme'ye göre, "*Devlet, sosyal güvenlik hakkını, şimdiki ekonomik gücü ve toplumun genel ekonomik dengesi ile orantılı olarak sağlayabilir*";²⁴ "*Devlet, ekonomik gelişmeye ve mali kaynaklarının gücüne göre sosyal sigortalar ve sosyal yardım örgütlerini ya kendisi kurmak, ya da kaynakları yeterlilik göstermiyor*

²³ AMK, T.21.10.1963, E.1963/172, K.1963/244, AMKD, Sayı:1, s. 450; Polatcan, İ., Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler, İstanbul 1989, s. 200.

²⁴ AMK, T.6.6.1972, E.1972/44, K.1972/29, AMKD, Sayı:10, s. 424; Polatcan, s. 200.

*veya güvenliğin daha elverişli olarak sağlanacağı anlaşılıyorsa, kurdurmak ve onu gözetip denetlemek ödevi altındadır”.*²⁵

Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, yorum yoluyla Anayasa’yı zorlamak yerine, 65. maddedeki düzenlemeyi dikkate almıştır.

Yüksek Mahkeme’nin Anayasa’nın bu maddesini etkisiz kılacak bir içtihat vermesi halinde yetkisini aşmış olacağı için, konunun yargı kararıyla değil, sosyal güvenlik ve sağlık hakkına ilişkin olarak Anayasa’da daha açık ve hak yararlanıcılarını güvenceye alacak, yararlanıcıların talep edebilecekleri biçimde düzenlenmesi gerekir.

Böyle açık ve hakkı etkin hale getiren düzenlemenin olmaması, Anayasa’da tanınmış bir sosyal hakkın hükümetler tarafından yararlanılabilir hale getirilmemesi ve bunun için yargı yoluna da gidilememesi karşısında, bu tür hakların hak olarak değil, devletin hedefleri olarak kabul edildiği de söylenebilir. Bu nedenle, Anayasa’yla tanınmış bir hakkın kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle o hakkın özünün Anayasa’yla çiğnendiği de söylenebilir. Veya Anayasa’nın hiç kullanılamayan bir hakkı sadece tanıyıp olması ve onlarca yıllara karşın kullanımında yeterli adım atılmaması nedeniyle, bunlara hak denmemesi gerektiği de dile getirilebilir. Çünkü hak, sahibine devletten veya toplumdan/ diğeri bireylerden talepte bulunabilme veya karışma yetkisi vermektedir. Anayasada yer almakla beraber, yargı yoluyla ulaşılamayan veya talepte bulunulsa da sahibinin isteği doğrultusunda bir işlemde bulunulamayan düzenlemelerin hak olarak kabul edilmesi gülünçtür.

Öyleyse sosyal haklarla ilgili düzenlemelerdeki “herkes” kavramını, devletten isteme bakımından, tüm yurttaşları kapsadığını kabul etmek gerekir. Çünkü herkese tanınan haklardan, Devletin, bu haklara sahip olmayanlardan başlamak üzere, 65. maddedeki düzenlemeyi dikkate alarak, ekonomik gelişme düzeyine göre herkesi asgari bir sağlık ve çevre hakkına kavuşturması; sosyal güvencesi olmayanlardan başlayarak ekonomik gelişmeye göre herkesin daha iyisine sahip olmasını temin etmesi gerekir. İşte o zaman, yasama ve yürütme organları Anayasa’nın 65. maddesindeki düzenlemenin arkasına sığınarak, hem temel hak olarak düzenlenmiş bir hususun Anayasa’da yer almasına uygun olarak kullanımına engel olamaz, hem gereğini yap-

²⁵ AMK, T.25.1.1977, E. 1977/36, K. 1972/2, AMKD, Sayı:15, s. 70; Polatcan, s. 200.

maktan kaçınmazlar. Anayasa'da güvenceleriyle düzenlenen sağlık hakkının yasama ve yürütmenin takdirine bırakılmaması ve açık düzenleme sayesinde hak sahibinin doğrudan yargı organına başvurarak hakkını elde etmesi sağlanmış olur.

VI. SOSYAL HAKLARIN KLASİKLEŞMESİ

Anayasamızdaki düzenlemede olduğu gibi, öğretide sağlık hakkı ile bu hak ile yakın bağlantılı haklar sosyal hak olarak kabul edilmektedir.²⁶

Ancak kimi sosyal hakların zamanla klasikleştikleri ileri sürülmektedir.²⁷ Buna göre, *"birtakım sosyal hakların iyice genelleşip yaygınlaşması (özellikle çalışma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, konut hakkı v.b.), sosyal hakların 'sınıf taleplerini yansıtan özellikleri'nin de silinmesine yol açmaktadır"*. Böylece bazı sosyal haklar, belli kimselerin hakkı olmaktan çıkarak, *"insan hakları"*na dönüştüklerinden, bunların hiç değilse ilke olarak, *"topluluğun bütün üyelerinin korunmasını hedef alan haklar"* şeklinde, herkesin haklarına dönüşmeleri nedeniyle klasikleştikleri söylenebilir.²⁸ Çünkü günümüzde artık herkese *"sosyal güvenlik"* ve *"genel sağlık sigortası"*nın sağlanması, sosyal devletin başlıca görevleri arasındadır. Devletlerin, ekonomik ve sosyal alandaki gelişmeler ile, demokrasinin katılımcı yönüne yaptıkları vurgular dikkate alındığında, herkesin kimi yaşamsal haklarının klasik haklar olarak kabul edilmeleri zorunludur. Tüm anayasalarda ve uluslararası sözleşmelerde, yaşama hakkı, işkence ve kötü muamele görmeme hakkı tanınırken, korunan bu değerlerden önce gelen kimi hakların da sosyal haklar olmaktan çıkarılmaları gerekmektedir.²⁹

Diğer yandan, yeşil kart gibi uygulamalarla bir kısım vatandaşlara tam işletilemeyen hizmetlerde bulunulurken, kalan bir kısım insanlara bu hizmetlerin götürülememesi eşitlik ilkesiyle çelişmektedir. Bu uy-

²⁶ Tanör, 1978, s. 101 vd..

²⁷ Tanör, 1978, s. 80 vd.

²⁸ Tanör, 1978, s. 83. Tanör bu görüşe katılmamaktadır.

²⁹ Özellikle her ailenin üç çocuk sahibi olması savunulurken, öncelikle ailenin yaşamını sağlayacak hakların (sigorta, sağlık vb.) dokunulmaz biçimde güvenceye alınması gerekir. Sosyal güvenlik hakkı veya genel sağlık sigortası olmayan bir aile neyle ve nasıl yaşayacak?

gulamalar, Anayasa Mahkemesi'nin, devlet "ekonomik gelişme ile mali kaynaklarını yeterli görerek bir hakkı sağlayınca, herkesi bunun kapsamına alması zorunludur"³⁰ şeklindeki kararı ile çelişmektedir. Mademki bir kısım veya tüm vatandaşlara kimi hizmetler sunuluyor veya sunulması zorunluluğu var, öyleyse bunun zaman zaman veya takdire dayalı değil, yasama organına da bırakılmayıp, Anayasa'da açıkça dokunulmaz bir hak olarak düzenlenmesi gerekir. Çünkü bir hususun, özellikle yürütmenin takdirine bırakılmaması veya yürütmenin keyfiliğe kaçmasının önlenmesi amacıyla, mevcut Anayasa'nın 65. maddesinde daha güvenceli düzenlemede bulunulması gerekir. Bu nedenle sağlık hakkı ile bu hakkın kullanılabilmesini sağlayacak hakların, uluslararası ölçütler (AB üyesi ülkeler gibi) dikkate alınarak, gereksinimi olan herkese mutlak bir hak olarak tanınması gerekir. Pratikte, sağlıkla ilgili uygulamaların istikrarsızlığı dikkate alındığında, sağlık hakkında böyle bir düzenlemenin kaçınılmazlığı kolaylıkla söylenebilir.³¹

VII. SONUÇ

AB'ye girmenin eşliğinde bir ülke olarak, sağlık hakkı ile bunu besleyen haklara, ya Anayasa'nın sosyal haklar bölümünden çıkartılıp klasik haklar arasında yer verilmesi; ya da sosyal haklar arasında düzenlenmeleriyle beraber, bu hakların uluslararası sağlıklı yaşama/ sosyal güvenlik hakkına ilişkin en az seviyenin yasama organının takdirine bırakılmaksızın, Anayasa'da güvenceli olarak düzenlenmesi zorunludur. Sağlık hakkı, ya asgarisi belirlenerek klasikleştirilmeli veya asgari güvencesine yer verilerek sosyal haklar arasına alınmalıdır. Ancak ister klasikleştirme şeklinde, ister yine sosyal hak şeklinde düzenlenmiş olsun, bu hakkın yasama ve yürütmenin takdirine bırakılmayacak bir asgari alanının oluşturulması gerekir. Tecrübeler bunu göstermektedir.

Böylece, klasikleşmiş veya sosyal hak şeklinde hem dokunulmaz hak, hem isteme hakkı tanınarak mahkemelerden doğrudan talepte

³⁰ AMK, T.11.12.1964, E.1963/138, K. 1964/71, AMKD, Sayı: 2, s. 215.

³¹ Sosyal Güvenlik Reformu Kanunu'nun çıkarılmış olmasına karşın, on sekiz yaş altı çocukların genel sağlık kapsamına alınmasına karşın, işverenlerin biraz fazla para verme karşılığında sigortadan vazgeçmek istemeleri, sistemin düzgün işletilmeyeceğini göstermektedir. Bkz. Çetinkaya, İsmail, "Paran Kadar Sağlık", Cumhuriyet, 4 Temmuz 2009, s. 2.

bulunabilme, hem de dar gelirlilere devletin katkıda bulunması gerektiğine işaret edilmiş olunacaktır. Yürütme organının canının isteği zaman (seçim, ödül veya cezalandırma gibi) sosyal yardım adı altında verdiği ve objektifliği olmayan uygulamaları yüzünden,³² vatandaşı tebaaya dönüştüren sistemden bir an önce uzaklaşılması gerekir. Bunun yolu, uluslar arası ölçüte göre, ayrımsız tüm dar gelirliler için, vatandaşı dilenci biçimine getirmeden, vatandaş olmanın gururu ile Anayasa önünde isteyebileceği hak olarak düzenlemeler getirilmesinden geçer.

Sağlık ve sosyal güvenlik hakkının Anayasa ile bu şekilde düzenlenmesi, eşitlik ve sosyal devlet ilkesinin gereğinin yapılmasını sağlayacağı gibi, özgür yurttaş yaratmanın ve dolayısıyla demokrasinin güvencesi olacaktır. Seçimlere yakın dönemlerde dağıtılan ve vatandaşları siyasilere bağımlı kılan sistemden (uygulamadan) bir an önce vazgeçilmesi zorunludur. Bu nedenle AB'ye giriş aşamasında, Anayasa değişikliğinin gündemde olduğu bugünlerde, işsizlik ve sefillik sıkıntısı yaşayan insanların kimseye muhtaç olmaksızın yaşayabilmesini sağlayacak bu düzenlemelerin öncelikle dikkate alınması gerekir. Aksi takdirde, aynı kaynaktan doğan siyasal haklar ile sosyal haklardan,³³ demokrasi bayrağının yükseldiğinden bahisle sadece siyasal hakların öne çıkarılması, sosyal hakların gölgelenmesi sonucunu verecektir. Siyasal haklar ile sosyal hakların birlikte güvenceye alınmadığı, demokrasinin sadece seçimlerde oy vermeye dönüştüğü bir sistemin, vatandaşı tebaa haline getirmesi sürüp gidecektir.

Nitekim AB ülkelerince dikkate alınması gereken önemli ilkelerden birinde, sağlıkla ilgili hususlarda, devletlerin ekonomik gelişmişlik düzeylerini dikkate almak bahanesiyle, bu hakkın insana yaraşır biçimde kullanılmasının engellendiği dile getirilmektedir. Buna göre,³⁴ *"Avrupa vatandaşları gibi, hakların teorik olarak doğrulanıp, uygulamaya gelince finansman sıkıntısı (mali sınırlamalar) yüzünden inkar edilmelerini kabul edemeyiz. Mali kısıtlamalarının mevcudiyeti, hasta haklarını inkar et-*

³² Örneğin, yeşil kart veya fakir fukara fonundan gerçekte ihtiyacı olmayanların yararlandıklarına ilişkin günlük basın haberlerine bakılabilir.

³³ Kaboğlu, İbrahim Ö., *Kolektif Haklar*, DÜHF Yayınları, Diyarbakır 1989, s. 43.

³⁴ Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi) (Roma, Kasım 2002) (Önsözünden) (<http://sbu.saglik.gov.tr/hastahaklari/avrupastatusu.htm>; Siteyi Ziyaret Tarihi: 25.7.200

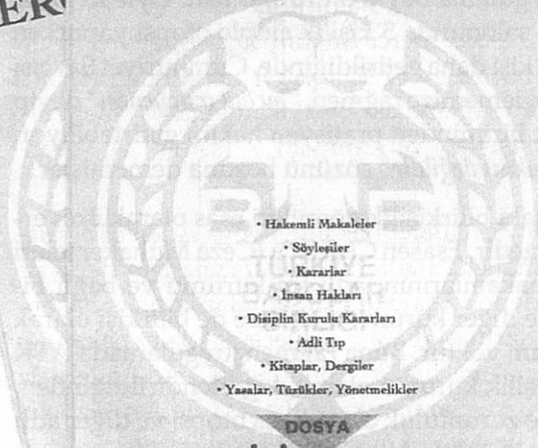
meysi ve zedelemeyi gerektirmez. Bu hakların yasa ile belirlenip sonradan kale alınmamaları ve seçim kampanyalarında(programlarında) gündeme getirilip sonra yeni hükümet kurulunca unutulmaları kabul edilemez”.

AB yolunda olan ülkemizde genellikle siyasal haklar ön plana çıkarılmaktadır. Kuşkusuz tüm temel haklar alanında iyileştirmelerde bulunulması gerekmektedir. Ancak ekonomik ve sosyal haklar alanında gerekli anayasal ve yasal adımlar atılarak, gerçek iyileştirmelerle somutlaştırma sağlanmadıkça, ekonomik ve sosyal haklarla bağlantılı olan diğer hakların kullanımında istenen sonuca ulaşılması mümkün değildir. Anayasa ve yasa değişikliklerinde bu hususun mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

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

HARÇLAR KANUNU'NUN 28/A MADDESİNİN AİHM'İN ÜLGER / TÜRKİYE KARARI VE TÜRK YARGISININ UYGULAMASI İŞİĞİNDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Mehmet Akif POROY*

I. Giriş

Doğal yaşam teorisine göre, insanlar toplum halinde, yani bir devlet düzeni içinde yaşamadan önce doğal yaşama dönemi adı verilen bir aşamadan geçmiş, tam bir özgürlük içinde, dönemin kendine özgü doğal yasalarının sınırları dahilinde diledikleri gibi yaşamışlardır. Bu teoriye göre, bu dönemde kişiler bir saldırı ile karşı karşıya kaldıklarında, bu saldırılar bir siyasi otorite olmadığı için cezalandırılmamaktaydı. Cezalandırma süreci saldırıya uğrayan ve/veya yakınları tarafından gerçekleştirilmekteydi. İnsanlar saldırılar karşısında güvenliği sağlayabilmek, varlıklarını korumak ve nesillerini sürdürmek içgüdüleriyle birlikte yaşama, belli bir topluma dahil olma ihtiyacı içine girmişler, kendilerini ve mallarını haksız saldırılara karşı koruyacak bir otoritenin varlığını gerçekleştirmek amacıyla aralarında bir anlaşma yaparak doğal yasayı uygulama hakkını siyasal otoriteye yani devlete devretmişler ve bu anlaşmanın temeli gereği, doğal yasaya aykırı davranışları cezalandırma haklarından vazgeçmişlerdir.¹

Bunun neticesinde de insanların bir araya gelerek oluşturduğu bu toplumdaki ilişkilerin belli bir düzen ve ahenk içinde yürütülmesi, kişiler arasında çıkar çatışmalarının çözümlenmesi, toplumda barış, huzur ve güven ortamının sağlanması sorununu ortaya çıkmıştır. Söz konusu ahenk ve toplumsal düzenin sağlanması ancak bir kurallar bütünü ile gerçekleştirilebilir. Toplumsal kurallar, insanların uyması gere-

* Av., İstanbul Barosu AB Hukuku Komisyonu Başkan Yardımcısı, Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku doktora öğrencisi.

¹ Göze, A., *Liberal, Marxist, Faşist ve Sosyal Devlet*, Beta Yayınlar, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1995, s. 3- 4.

ken kurallarla, kaçınması gereken davranışları düzenler. Bu noktada, hukuk bilimi ortaya çıkmaktadır. En basit tanımıyla hukuk, toplumu düzenleyen ve kamu gücü ile desteklenen kurallar bütünü olarak tanımlanabilir. Bu kurallara uyulmaması halinde, kamu otoritesi maddi müeyyide uygular.²

Hukuk alanında uygulanan müeyyidenin tarihsel gelişimine baktığımızda, müeyyidenin ilk biçimi yukarıda da belirttiğimiz gibi kişisel oç alma olmuştur. Ancak bugünkü çağdaş hukuk düzeninde ihkaki hak yani bir haksızlığa uğrayan veya uğradığına inanan kişinin kendi kendine hakkını alması yasaklanmıştır. Haksızlığa uğradığını iddia eden kişi, haksızlığın giderilmesini ve haksızlığa sebep olanın cezalandırılmasını ancak yargıya başvurarak isteyebilecektir.³ Diğer bir ifadeyle, kişiye hakkını devlet eliyle arama zorunluluğu getirilmiş, ancak aynı zamanda kişinin hak arama özgürlüğü de güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda meşru haklarını korumak için kişinin mahkemeye başvurma hakkı, adil bir yargılamanın ön koşuludur.

Adil yargılanma hakkı başlıklı, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi, adil yargılanma hakkına ilişkin belli güvenceler tanımıştır. Bu güvencelerden biri de bir yargı yerine başvuru hakkıdır. Buna göre kişinin bir hakkına ilişkin olarak bir yargı yerine başvurma hakkının güvence altına alınması gerekmektedir. Mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen ya da hukuken geçici de olsa kapatılması veya bu hakkın kullanılmasını imkansız kılacak derecede bir takım şartlarla sınırlandırılması AİHS'nin 6. maddesi'nin ihlali anlamına gelir.

Bu çalışmada, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesinde hüküm altına alınan "*Karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez.*" şeklindeki düzenlemenin hak arama özgürlüğü önünde oluşturduğu engel ve bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) 26 Haziran 2007 tarih ve 25321/02 Başvuru no.'lu Ülger/Türkiye Kararı ve Türk Yargısının uygulaması inceleme konumuz olacaktır.

² Bu konuda daha kapsamlı bilgi için bakınız. Dinçkol, A., *Hukuka Giriş Hukukun Temel Kavramları*, Der Yayınları, 5. Basım, İstanbul 2008, s. 1 - 28.

³ Gözübüyük, A. Ş., *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, 25. Bası, Ankara 2006, s. 9, 10.

II. Harçlar Kanunu'nun 28/A Maddesinin Uygulamada Yarattığı Haksızlık

02 Temmuz 1964 tarihinde kabul edilen 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesi, *"Karar ve ilâm harçlarının dördte biri peşin, geri kalanı kararın verilmesinden itibaren iki ay içinde ödenir. Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez."* hükmüne amirdir.

Bu düzenleme özellikle harç bedelinin yüksek olduğu ihtilaflarda sıkıntı yaratmaktadır. Her ne kadar davayı kazanan taraf bakiye karar ve ilam harcını ödemek zorunda olmasa da Kanun açıkça karar ve ilam harcı ödenmediği sürece kararın verilmeyeceğini düzenlediğinden, davayı kaybeden taraf bu bakiye karar ve ilam harcını ödemediği sürece -genelde davayı kaybeden bu harcı ödememektedir- karar taraflara tebliği edilmeyecek, kesinleşmesi tebliğe bağlı kararlar açısından ise kesinleşme süreci başlamayacak ve en önemlisi kararın icrası sağlanamayacaktır. Aynı Kanun'un 32. maddesi de, *"Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz. Ancak ilgilisi tarafından ödenmeyen harçları diğer taraf öderse işleme devam olunmakla..."* hükmü ile adeta bu durumu daha da pekiştirmektedir.

Dolayısıyla, kararın icraya konulabilmesi için uygulamada davayı kazanan bu harcı ödemekte, daha sonra başlattığı icra takibinde davayı kaybedenden bu harcın da tahsilini talep etmektedir.

Uygulamadaki bu durum, hak arayan kişi üzerinde gereksiz bir yük oluşturmakta ve kimi zaman da hak kaybına sebep olmaktadır. Zira zaten hakkını korumak için dava açan kişi dava süresince keşif, bilirkişi, tebligat, ilan, avukatlık ve benzeri ücretleri ödemiş, ekonomik açıdan kaynaklarını yeterince kullanmak durumunda kalmıştır. Bunun dışında haklılığı mahkeme kararı ile tescil edilen kişi bir de haksız çıkan tarafın ödemekle yükümlü olduğu harcı ödemek zorunda bırakılmaktadır. Bu da kimi zaman davasını kazananın, sırf yüksek karar ve ilam harçlarını ödemeye gücü yetmediği için kararı icraya koymasına engel olmaktadır. Unutulmaması gerekir ki devlet eliyle gerçekleştirilen yargılama faaliyetinin temel amacı adaletin gerçekleşmesidir. Salt davanın kazanılması, karar infaz edilmediği yani haksızlık giderilmediği sürece hiçbir anlam ifade etmeyecektir. Bu da zamanla toplumun adalete olan güvenini azaltacak, toplumsal düzenin, barışın ve güvenin bozulmasına sebep olacaktır.

Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesine göre; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". Bu kapsamda iddia ve savunma hakkı, hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Hak arama özgürlüğü bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller ve sınırlamalar kaldırılmalıdır.

Bu konuda Anayasa Mahkemesi, E. 1991/2, K. 1991/30 sayılı ve 19.09.1991 tarihli kararında aşağıdaki hükme varmıştır;

"Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde herkesin geçerli araç ve yollardan faydalanarak yargı yerlerinde davacı ya da davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. "Sav ve savunma hakkı" birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelidir. ... bu hakka işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle insanlık yaşamında yadsınmaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir. Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan, hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle insan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 6.-12. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu özgürlük de, öbür hak ve özgürlükler gibi, ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun biçimde yasa ile ve geçici olarak sınırlanabilir. Anayasa'ya aykırı olarak, açık ya da üstü kapalı sınırlamalar, hangi yolla yapılırsa yapılsın uygun karşılanamaz, insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir. Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüsüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasa'yla bağdaşmaz."⁴

Ülkemizin de taraf olduğu AİHS'nin 6. maddesi ile adil yargılanma hakkı kapsamında kişilere yargılanma hakkına ilişkin belli baş-

⁴ Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 28, Cilt 1, s. 116-117.

lı hak ve güvenceler verilmiştir. Bu güvencelerden birisi de yargı yerine başvuru hakkıdır. Adil bir yargılamanın ön koşulu olan başvuru hakkı; *“Hukuk devletinde hak ve özgürlüklerin gerçek anlamda güvence altında olabilmesi için, haklarının çiğnendiğini düşündükleri zaman kişilerin; ihlalin tespitini, duruma göre ortadan kaldırılmasını veya telafi edilmesini sağlamak üzere başvurabilecekleri hukuki yolların açık olması”* şeklinde tanımlanmaktadır.⁵ Bu başvuru hakkına getirilecek sınırlamaların, AİHS madde 6 ile öngörülen garantilerin özünü zedelememesi gerekmektedir. Bu bağlamda örneğin aşırı derecede yüksek yargılama masrafı öngörülmesi, AİHS madde 6'nun ihlali olarak değerlendirilmiştir.⁶

AİHM'nin 11.1.2001 tarihli Lunari/İtalya kararına göre; *“Dava hakkı, bir niza nedeniyle mahkemeye başvurabilme olanağına sahip olmaktan ibaret değildir. Kesinleşmiş mahkeme kararlarının, gereğinde cebri icra yoluyla yerine getirilmesi de bu hakka dahildir. Böylece, bir mahkeme kararının yerine getirilmesi için kamu gücü kullanılmasını isteyen kişinin bu talebinin reddi adı geçen hakkın ihlalidir.”* AİHM'nin 14.12.1999 tarihli Antonakopoulos/Yunanistan kararına göre de; *“... görülmekte olan bir davaya yasa yolundan müdahale de dava hakkının çiğnenmesidir.”*⁷

Yukarıda belirttiğimiz sebepler incelendiğinde Harçlar Kanunu'nun 28. maddesi'nin gerek Anayasamız gerekse AİHS ile teminat altına alınan, hukuka ve adalete erişim hakkı ile çeliştiği ve bu hakkın kullanılmasını kısıtladığı, engellediği açıktır.

III. AİHM'nin 26.06.2007 Tarih ve 25321/02 Başvuru No.'lu Ülger / Türkiye Kararı⁸

AİHM'nin bu kararı hak arama ve adalete erişim hususunda, Türk hukuku ve uygulamasında çok sık karşılaşılan bir haksızlığa dikkat çekmektedir. AİHM'nin bu kararına ilişkin olayda, AİHM'ne başvuru

⁵ Erdoğan, M., *Anayasal Demokrasi*, 6. Bası, Ankara 2004, s. 130.

⁶ Tezcan, D. / Erdem, M. R. / Sancakdar, O., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 332, 333.

⁷ Gözübüyük, A. Ş. / Gölcüklü, A. F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara 2005, s. 279.

⁸ Kararın, Dışişleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasî İşler Genel Müdürlüğü tarafından Türkçe'ye çevrilmiş gayriresmî tercümesi için bakınız www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/ulger.doc

ran, Türkiye’de kazanmış olduğu bir davaya ilişkin ilamı icraya koymak için Türkiye’deki ilgili mahkemeden talepte bulunmuştur. Ancak ulusal mahkeme bu talebi, 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 28/a maddesi çerçevesinde gerekli harç ödenmedikçe kararın ilgiliye verilmeyeceği gerekçesiyle reddetmiştir. Ulusal mahkemenin bu kararı sebebiyle başvuran kazandığı davaya ilişkin kararın uygulanmasını sağlamak için icraya koyulmasını sağlayamamıştır.

Başvuran, ulusal mahkemede kazandığı davaya ilişkin olarak yargılama süresinin gereğinden uzun olduğu ve ulusal mahkemenin kararı kendisine vermemesi nedeniyle kararın uygulanmasını sağlayamadığından şikayetçi olmuş, kazandığı davaya ilişkin kararın uygulanmamasını, AİHS’nin adil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddesinin 1. bendi⁹ ile AİHS’nin Ek 1 No.’lu Protokolü’nün 1. maddesi’ni¹⁰ ihlal ettiğini iddia etmiştir.

AİHM, kararında AİHS’nin 6/1 maddesinin herkese, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili olarak, bir mahkeme tarafından davasının görülmesini isteme hakkı verdiğini, mahkemelerde dava açma hakkı anlamına gelen erişim hakkının yani mahkemeye gitme hakkının da adil yargılama kapsamında olduğunu belirtmektedir. *AİHM’ye göre, AİHS’ye taraf devletlerden birinin iç hukuk sistemi, nihai ve bağlayıcı bir kararın, taraflardan birinin zararına geçersiz kılmasına izin verirse, bu hak aldatıcıdır.* AİHS’nin 6. maddesinin yalnız mahkemelere erişim ve davaların idaresi ile ilgili olduğu biçiminde yorumlanması, Sözleşmeye taraf devletlerin AİHS’yi kabul ettiklerinde uymayı taahhüt ettikleri hukukun üstünlüğü ilkesi ile uyuşmayan durumlara yol açabilir. Bu ne-

⁹ AİHS’nin Adil yargılanma hakkı kenar başlıklı 6. maddesinin 1. bendi; *“Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir...”*

¹⁰ AİHS’nin Ek 1 No.’lu Protokolü’nün “Mülkiyetin Korunması” kenar başlıklı 1. maddesi; *“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasadaki öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.”*

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.”

denle mahkemelerin verdiği kararların uygulanması, AİHS'nin 6/1 Maddesi'nin amaçları doğrultusunda "yargılamanın" tamamlayıcı parçası olarak değerlendirilmelidir (bkz. Hornsby/Yunanistan ve Burdov/Rusya, 59498/00).

AİHM, Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesine atıfta bulunarak, mahkemenin, başvurana, mali bir sorumluluk yüklemiş olduğunu, böylece karara erişimini ve kararın uygulanmasını engellediğini belirtmektedir.

AİHM, bir kimsenin erişim hakkından yararlanıp yararlanmadığını belirlemek için, yargılama giderlerinin makullüğünün, başvuranın bu meblağı ödeme kapasitesi, davanın özel ayrıntıları ve bu sorumluluğun yüklendiği dava safhası ışığında değerlendirilmesi gerektiğini, davaya konu olayda ise başvuranın, kendisine ödenecek meblağı alabilmek için harcı ödemeye istekli olduğunu ancak, imkanının bulunmadığını, yargılama giderlerinin karşılanmasında tüm sorumluluğu başvurana yükleyerek, devletin, kararların uygulanması için hem hukuken hem de uygulamada etkin bir yöntem belirleme yönünde genel ya da özel her türlü uygun tedbiri alma yükümlülüğünden (pozitif yükümlülük) kaçındığı kanısındadır (bkz. Fuklev/Ukrayna, 71186/01).

AİHM, bu davaya ilişkin olarak yargılama giderlerinin miktarı ile bu giderlerin ödenmesinin, başvuranın bu meblağları ödeme kapasitesi ve kararın bir kopyasının başvurana verilmesi arasındaki makul orantılılık ilişkisinin göz önünde bulundurulması gerektiği, başvuranın kararın bir kopyasını alamadan mahkeme harcını ödemekle yükümlü tutulmasının, başvuran üzerinde aşırı bir yük oluşturduğu ve mahkemeye erişim hakkını bu hakkın özünü zedeleyecek derecede kısıtladığı ve bu sebeple AİHS'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiği kanaatindedir.

IV. AİHM'nin Ülger / Türkiye Kararı Üzerine Türk Yargısının Uygulaması

AİHM'nin Ülger/Türkiye kararından sonra da uygulamada ağırlıklı olarak Harçlar Kanunu m. 28/a hükmü uygulanmaya devam edilmektedir. Genel uygulama Kanununun 28/a maddesinin uygulanmasından yana olmakla birlikte, yaptığımız araştırma neticesinde, bu uygulamanın hak ihlaline sebep olduğu ve AİHS hükümlerinin ve

AİHM'nin almış olduğu kararın bağlayıcı olduğu bu bakımdan mahkeme kararının harç ödenmeksizin talep edene tebliği edilmesi gerektiği yönünde hüküm veren iki adet mahkeme kararı tespit edilmiştir.

Samsun Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2008/108, K. 2008/233 sayılı ve 14.01.2009 tarihli kararında,¹¹ davacı vekilinin, mahkemeye verdiği dilekçe ile 2008/233 Karar ilamı ile harcın davalıdan alınmasına karar verildiğini, ancak bakiye harcın davalı tarafından yatırılmadığını dolayısıyla kararın tebliğe çıkarılmadığını, bu konudaki müracaatlarının ise Yazı İşleri Müdürlüğü nezdinde kabul görmediği, halbuki AİHM'nin Ülger/Türkiye davasına ilişkin kararında, harç ödenmeden kararın tebliğ edilmemesinin AİHS'ne aykırı olduğundan bahisle hüküm kurulduğunu, AİHM'nin kararlarının bağlayıcı olduğunu belirterek, söz konusu ilamın harç yatırılmadan tebliğ edilmesi için talepte bulunduğu belirtilmiştir.

Samsun Asliye Ticaret Mahkemesi, kararın devamında ülkemizin AİHS'yi imzaladığını ve AİHM'ye kişisel başvuru yolunu da kabul ettiğini böylece AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini tanıdığını ve dolayısıyla Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'nin hükümlerinin kanun hükmünde olduğu, ayrıca temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmaların, iç hukukta başka bir kanun hükmü veya düzenlemesi ile çeliştiği durumda milletlerarası anlaşmaların esas alınacağına hüküm altına alınmış olduğunu tespit etmektedir. Mahkeme, kararın sonuç kısmında, AİHM'nin Ülger/Türkiye kararı ile AİHS'nin Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesi ile çeliştiğinin açıkça ortaya konduğunu, bu durumda AİHS'nin ve AİHM kararları esas alındığından, davacının bu anlamda talebinin kabulü ile kararın harç ödenmeksizin talep edene tebliğine karar vermiştir.

Bu kararın dışında, Ünye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin E. 2005/507, K. 2008/394 sayılı ve 20.04.2009 tarihli kararı¹² da Samsun Asliye Mahkemesi'nin kararı ile aynı içeriktedir. Ünye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, kararında AİHS'nin Ülger/Türkiye kararı ile Samsun

¹¹ Samsun Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E. 2008/108, K. 2008/233 sayılı ve 14.01.2009 tarihli kararı için bakınız *Yargı Dünyası (Aylık İçtihat, Mevzuat ve Bilimsel İncelemeler Dergisi)*, Sayı 160, Nisan 2009, s. 247-248.

¹² Ünye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin E. 2005/507, K. 2008/394 sayılı ve 20.04.2009 tarihli kararı için bakınız, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 83, Sayı 4, Yıl 2009, s. 2338 - 2339.

Asliye Mahkemesi'nin yukarıda bahsettiğimiz kararına atıfta bulunmakta ve aynı gerekçe ile davacının talebinin kabulü ile kararın harç ödenmeksizin talep edene tebliğine karar vermiştir.

V. Samsun ve Ünye Mahkemelerinin Vermiş Oldukları Kararların Değerlendirilmesi

Söz konusu her iki karar dikkatle incelendiğinde, uygulamadaki haksızlığın giderilmesi ihtiyacı ve duygusallığı ile her iki mahkemenin de AİHM'nin Ülger/Türkiye kararının bu her iki davada da bağlayıcı olduğu yönünde yanlış bir kanaate vardıkları anlaşılacaktır. Daha önce yukarıda belirttiğimiz üzere Harçlar Kanununun 28/a Maddesi hem Anayasamızın hak arama hürriyetiyle ilgili 36. maddesine hem de AİHS'nin adil yargılanma hakkıyla ilgili 6. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Ancak buna rağmen söz konusu her iki mahkeme kararında da AİHM'nin Ülger/Türkiye kararının bu iki dava açısından bağlayıcı olduğuna hükmetmek büyük bir hukuki yanılıdır. Zira AİHM'nin kararları sadece o karara konu dava açısından bağlayıcı olup başka davalar açısından bağlayıcı değildir. Bağlayıcı olan AİHS ve protokolleridir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin E. 2008/15602, K. 2008/19983 sayılı ve 13.11.2008 tarihli kararı¹³ da AİHM'nin kararının karara konu olan dava için bağlayıcılığının söz konusu olduğunu, karar doğrultusunda yürürlükteki yasa değiştirilmedikçe anılan kararın eldeki davaya uygulanma olanağının bulunmadığını belirtmektedir.

Bunun dışında her iki mahkeme de Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasını kanaatimce yanlış yorumlamaktadır. Zira Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 07.05.2004 tarihinde kabul ettiği 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesi'nin son fıkrasında yapılan anayasal değişiklik, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda çıkabilecek uyuşmazlıklarda andlaşma hükümlerinin esas alınmasını öngörmektedir. Her ne kadar AİHS'ni yorumlayan organ olan AİHM, Harçlar Kanunu'nun ilgili maddesinin AİHS'ne aykırı oldu-

¹³ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin E. 2008/15602, K. 2008/19983 sayılı ve 13.11.2008 tarihli kararı için bakınız, Kazancı Hukuk Otomasyon Programı www.kazanci.com

ğunu tespit etmiş ve AİHS'nin kapsamında hak arama ve adalete erişme hakkının ihlal edildiğini tespit etmişse de, AİHS'nin 6. maddesi'nin lafıyla Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesi arasında aynı konuda açık bir çatışma bulunmamaktadır.

AİHS'nin 6. maddesinde yer alan düzenleme, adil yargılanma hakkına ilişkin genel nitelikte soyut bir düzenlemedir. Oysa Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesi'ndeki düzenleme ise, nispi harçlarda ödeme zamanını belirleyen somut bir düzenlemedir. Bu iki düzenleme doğrudan aynı konuyu düzenlememektedir.

Dolayısıyla, her ne kadar Harçlar Kanunu'nun 28/a Maddesi, AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkı kapsamındaki hak arama ve başvuru hakkı ile Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen hak arama hürriyetine aykırılık teşkil ediyorsa da, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki düzenlemenin bu konu açısından doğrudan uygulama alanı bulması hukuk tekniği açısından doğru görünmemektedir.

Dikkatimizi çeken bir başka husus ise gerek Samsun Asliye Mahkemesi'nin, gerekse Ünye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin verdikleri kararlarda, Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesinin Anayasa'nın "*Hak Arama Hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesine açıkça aykırı olmasını hiç tartışmamış olmalarıdır. Anayasa'nın 36. maddesine ilişkin görüşlerimizi yukarıda belirttiğimiz için burada tekrarlamıyoruz.

Kanaatimizce, hukuk tekniği açısından yapılması gereken, Harçlar Kanunu'nun 28/a maddesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunun yorumlanması ve bunu müteakip ilgili maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesi ile iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi gereğiydi. Nitekim Bolu 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülmekte olan bir davada konu bu kapsamda ele alınmış ve 02.07.1964 günlü 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun; **1)** 28. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin "*Karar ve İlâm Harcı ödenmedikçe ilgiliye ilam verilmez*" biçimindeki ikinci tümcesinin; **2)** 32. maddesinin "*Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz*" biçimindeki birinci tümcesinin, iptaline karar verilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Bu iptal istemi üzerine Anayasa Mahkemesi, konuyu 2009/27 Esas sayılı dosyası ile Harçlar Kanunu'nun ilgili maddelerinin Anayasa'ya

aykırı olup olmadığı hususunu incelemeye başlamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu makalenin yazıldığı tarihte bu konuya ilişkin henüz bir karar vermemiştir.

VI. Sonuç

Ümit ederiz ki, adil yargılanma hakkı kapsamında yer alana hak arama özgürlüğü önünde önemli bir engel teşkil eden Harçlar Kanunu'nun ilgili maddesi Anayasa'ya aykırı olması sebebiyle iptal edilir. Aksi takdirde, ülkemiz taraf olduğu AİHS ile üstlenmiş olduğu yükümlülüklerini tam anlamıyla ifa edemeyecek ve bu konuda AİHM'de açılacak her dava neticesinde tazminat ödemek zorunda kalacaktır. Daha da önemlisi ülkemiz, adil yargılamanın önemli bir unsuru olan adalete erişim hakkını sağlayamayacak ve bu kapsamda bir hukuk devleti olmanın gereğini de yerine getiremeyecektir.

Bu konuda yapılabilecek diğer bir husus ise Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda karar vermesi beklenmeksizin, yasama organının söz konusu ilgili maddeleri değiştirerek hem Anayasa'ya hem de AİHS'de uygun olacak bir düzenleme yapmasıdır.

Aslında bu kapsamda, 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu'nun 4/b maddesine göre; *"Türkiye'nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla TC Anayasası ve diğer ilgili mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve ülke uygulamalarının düzeltilmesi için uluslararası sözleşmeleri inceleyerek uygulama ile mevzuat arasında tespit ettiği sorunlar hakkında yasal düzenlemeler önermek"* TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun (Komisyon) görevidir.

Ancak, Komisyon'un kendisinin de ifade ettiği üzere, Anayasa'nın 88. maddesindeki kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekillerinin yetkili olduğu ve İçtüzüğü'nün 35. maddesindeki komisyonların kanun teklif edemeyeceğine ilişkin düzenleme, Komisyon'un görevini gereği gibi yerine getirmesine engel teşkil etmektedir. Bu düzenleme sebebiyle, Komisyon'un görev alanı kısıtlanmakta, Komisyon'un görevi, uygulama ile uluslararası sözleşmeler arasındaki sorunları tespit etmek ve tespit edilen yasal düzenleme ihtiyaçlarını bir rapor veya yazı ile Başbakanlık veya ilgili Bakanlığa göndermekten ibaret olmaktadır.

Birey hak ve özgürlüklerinin korunması, hukuk devleti ilkesinin sıkı sıkıya uygulanmasının sağlanmasını kolaylaştırmak amacıyla öncelikle Komisyonu'nun görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmesini sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Zira Komisyon, uygulama ile uluslararası sözleşmeler arasında tespit ettiği sorun ve farklılıkların giderilmesi için doğrudan kanun teklifi sunma imkânına sahip olursa uygulamadaki aksaklıkların giderilmesi daha basit ve kolay bir şekilde, gereksiz hak ve zaman kayıplarına sebep olunmadan halledilebilir

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 09.05.2007

E. 2007/13-247

K. 2007/262

* Alacak

* Vekalet ücreti alacağı için görevli mahkeme

* Genel yetkili mahkeme-özel yetkili mahkeme

(5521 sayılı İş Mah. K. m. 1, 2;

5018 sayılı K. m. 4/E;

4857 sayılı İş K. m. 8; 818 sayılı BK

m. 313/1; 1136 sayılı Av. K. m. 164.)

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Fatih Asliye 2. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 23.12.2005 gün ve 2004/372, 2005/348 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 09.05.2006 gün ve 2006/4415-7353 sayılı ilamı ile; (...Davacı, davalı bünyesinde kurulu Belbim AŞ kadrosu ile Sosyal Sigortalar Kurumu’na tabi olarak avukatlık yaptığını çalıştığı dönemde emanet hesabında biriken ve avukatlara dağıtılan vekalet ücretinden yararlandırılmadığını ileri sürerek 8.278.310.163 TL’nin faizi ile ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı ile davalı arasındaki ilişki hizmet sözleşmesine dayanmaktadır. Bu gibi hizmet sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin

davaların İş Mahkemelerinde görülmesi 4857 ve 5521 sayılı kanunların 1. maddeleri hükümleri 'gereğidir. Mahkemece bu yönler göz önünde tutularak ayrı bir iş mahkemesi varsa dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi, tersi durumda davaya iş mahkemesi niteliği ile bakılması gerekir.

Bu yönlerin gözden kaçırılması bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine ger 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, alacak istemine ilişkindir.

Davacı vekili; avukat olan müvekkilinin, davalı İSKİ Genel Müdürlüğü ile BELBİM AŞ arasında imzalanan "Hukuk Hizmetleri Protokolü" çerçevesinde, 24.7.1997-13.5.2002 tarihleri arasında İSKİ Genel Müdürlüğü bünyesinde çalıştığını; davalı kurumda çalışan tüm avukatların müşterek vekaletname ile davalıyı temsil etmeleri nedeniyle, dava ve icra dosyalarından tahsil edilen vekalet ücretlerinin emanet hesabında toplandığını ve fiili uygulamaya göre, memur ve avukatlar arasında eşit dağıtıldığını; ancak müvekkilinin, fiili uygulamaya ve Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine aykırı olarak, çalıştığı dönemde emanet hesabında biriken ve avukatlara dağıtılan vekalet ücretlerinden yararlandırılmadığını ileri sürerek, toplam 8.278.310.163 TL vekalet ücretinin, her bir kalem vekalet ücreti için ödeme tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü vekili; müvekkilinin, dava dışı BELBİM AŞ'den 13.06.1996 tarihli Hukuk Hizmetleri Protokolü çerçevesinde avukatlık hizmeti satın aldığını; BELBİM A.Ş. personeli olup, davalı İSKİ Genel Müdürlüğü bünyesinde çalışan davacının, söz konusu Protokol hükümlerine göre müvekkilinden vekalet ücreti talep edemeyeceğini savunarak, davanın reddine karar verilmesi gerektiğini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, “davacının Belbim AŞ’nin kadrolu avukatı olarak İSKİ Genel Müdürlüğü hukuk servisinde çalıştığı; idari veya mali kaza mercilerince idare veya avukat yararına takdir olunan vekalet ücretinin avukatlar arasında bordro tanzimi suretiyle eşit olarak dağıtılmasını öngören İSKİ Genel Müdürlüğü Birinci Hukuk Müşavirliği’nin Kuruluş Görev ve Yetki Yönetmeliği’nin 30. maddesi hükmüne göre, emanet hesabında toplanan vekalet ücretinden davacıya da ödeme yapılması gerektiğinin anlaşıldığı” gerekçesiyle “davanın kısmen kabulüne” dair verilen karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkemece “davacının isteminin, dava ve icra takibi nedeni ile mahkeme ve icra dairelerince taraf lehine takdir edilen ve borçlulardan tahsil edilen avukatlık ücretinden payına düşen miktarın, Avukatlık Kanununun 164. maddesi uyarınca davalıdan tahsiline yönelik bulunduğu, bu itibarla vekalet akdi hükümlerine göre çözümlenmesi gereken davanın, genel mahkemelerde görülüp sonuçlandırılması gerektiği” gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden, davalı İSKİ Genel Müdürlüğü’nün ihtiyaç duyduğu avukatlık hizmetinin, davalının ortağı olduğu dava dışı BELBİM AŞ bünyesinde çalışan avukatlar tarafından bila bedel verilmesine ilişkin olarak anılan taraflar arasında imzalanan 13.6.1996 tarihli “Hukuk Hizmetleri Protokolü”ne göre, İSKİ Genel Müdürlüğü 1. Hukuk Müşavirliği’nde görevlendirilen davacının, işe alınma ve ücreti ile ilgili değerlendirme ve işlemlerin davalı tarafından düzenlendiği; davacının, davalı İSKİ Genel Müdürlüğü’nü dava ve takipler ile sair ihtilaflardan dolayı temsil etmek üzere vekil tayin edildiği anlaşılmaktadır.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davanın, iş mahkemesinde mi yoksa genel mahkemelerde mi görülüp sonuçlandırılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle genel mahkeme ile özel mahkeme arasındaki ilişkinin hukuki mahiyeti üzerinde durulmasında yarar vardır.

Genel mahkeme ile özel mahkeme arasındaki ilişkinin bir görev ilişkisi olduğu ve görevle ilgili kuralların kamu düzenine ilişkin bulunduğu konusunda öğreti ve uygulamada duraksama yoktur.

Genel mahkemelerin bakacakları davalar belirli kişi ve iş gruplarına göre sınırlandırılmamış olup, aksi belirtilmedikçe, medeni yargıla-

ma hukukuna giren her türlü işe bakmakla görevlidirler. Açık kanun hükmü ile özel mahkemelerde görüleceği belirtilmemiş olan bütün davalar, genel mahkemelerin görevine girer (Prof. Dr. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 2001, Cilt 1, s: 164).

Buna karşın özel mahkemeler, belirli kişiler arasında çıkan veya belirli uyuşmazlıklara bakmakla görevlidir. Eş söyleyişle özel mahkemeler özel yasalarla kurulmuş olup, özel yasalarında belirtilen davaları yürütür.

Nitekim TC Anayasası'nın 142. maddesinde, mahkemelerin görevlerinin kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Bu noktada, mahkemelerin görevi kıyas veya yorum ile genişletilemez ya da değiştirilemez. Kanunda açıklık bulunmayan durumlarda görev genel mahkemelere aittir (5.12.1977 gün E. 1977/4, K: 1977/4 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararı gerekçesinden).

23.5.1960 günlü ve 11/10 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararında da belirtildiği gibi, ayrıık hükümlerin dar olarak yorumlanması yoruma ilişkin temel bir kuraldır.

Şu duruma göre, iş mahkemelerinin görevleri istisnaî nitelik taşıdığı için, görevlerinin geniş yoruma değil dar yoruma tabi tutulması esastır. (8.12.1982 gün, E:4, K:4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı)

Bu genel açıklamalardan sonra uyuşmazlığın hangi mahkemede görüleceğinin çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1.maddesi ve 29.6.1960 gün, 1960/13-15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, iş mahkemelerinin, işçi sayılan kimselerle (Kanun'un değiştirilen 2. maddesinin C, D ve E fıkralarında istisna edilen işlerde çalışanlar hariç) işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanununa dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuki uyuşmazlıkların bu mahkemelerde çözümleneceği açıklanmıştır. İş mahkemeleri ayrıca, 5018 sayılı; Kanun'un 4/E fıkrasına göre sendikaların açacakları ve bu sıfatla aleyhine açılacak hukuk davalarına işçi sigortalı kurum ile sigortalılar veya yerine kaim olan hak sahiplerinin arasındaki uyuşmazlıklardan doğan itiraz ve davalara bakacaktır.

4857 sayılı İş Kanununun 8. maddesinde, “iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir” tanımlaması yapılmıştır. Belirtmek gerekirse, 4857 sayılı İş Kanunu’nda “Hizmet akdi” sözcüğü terk edilmiş, yerine “İş sözleşmesi” ifadesi kullanılmıştır.

Hizmet sözleşmesinin, “Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeyeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeyi taahhüt eder” şeklindeki tanımı Borçlar Kanunu’nun 313/1. maddesinde yapılmıştır. Bu tanım da sadece hizmet ve ücret unsurları belirginken, 4857 sayılı yeni İş Kanunu’nda, daha önce Anayasa Mahkemesi ve öğretinin de kabul ettiği gibi “bağımlılık” unsuruna da yer verilmiştir.

Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır.

Zaman unsurundan amaç; bir kimsenin günlük belirli bir zaman dilimi içerisinde iş gücünü bir işveren emrine tahsis etmesidir.

Az yukarıda değinildiği üzere; ücret, BK m. 313 anlamında hizmet akdini oluşturan unsurlardandır. Görülen iş karşılığı işverenin belli bir zaman dilimi için ödemiş olduğu bedel, ücret unsurunu oluşturur.

Sonuç itibarıyla, hizmet sözleşmesini karakterize eden unsurlar, “zaman”, “bağımlılık” ve “ücret” olarak sıralanmakta ve “ücret” unsurunun yokluğu durumunda çalışma ya vekalet sözleşmesine, ya da bir sözleşme ilişkisi bulunmaksızın hatır, yardım, dayanışma, arkadaşlık gibi bir nedene dayanmaktadır.

Somut olayda; davalı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü’nde avukat olarak görev yapan davacının, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 164. maddesine dayanarak, yargı kararıyla karşı tarafa yükletilen ve davalı tarafça emanet hesabında biriktirilen vekalet ücretinden payına isabet eden bölümü dava etmesiyle ortaya çıkan görev sorununun, az yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda çözümlenmesi gerekir.

Gerçekten, İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Birinci Hukuk Müşavirliği'nin Kuruluş Görev ve Yetki Yönetmeliği'nin 30. maddesinde, davalı bünyesinde çalışan memurların takip ettikleri dava ve icra takipleri sonucunda tarifeye dayalı olarak karşı tarafa yükletilen vekalet ücretlerinin tahsilini müteakip emanet hesabına aktarılacağı ve belirli oranlarda avukatlara dağıtılacağı belirtilmiştir. Davacının isteminin dayandığı hukuki esas, kendisi ile davalı arasında yapılan hizmet sözleşmesi ile davalının üzerine aldığı "ücret" borcuna ilişkin olmayıp; emanet hesabında toplanan vekalet ücretinin, teamül ve Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak ödenmemesi esasına dayanmaktadır. Başka bir deyimle davacı, yargı kararıyla karşı tarafa yükletilen ve davalı tarafca emanet hesabında biriktirilen vekalet ücretinden payına isabet eden bölümü, anılan Yönetmelik hükümlerine ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesine dayanarak talep etmektedir. Uyuşmazlığın çözümünde, yanlar arasındaki hukuki ilişkide öncelikle Borçlar Kanunu'nun vekalet akdi hükümleri uygulanabilecektir.

Hal böyle olunca; açık kanun hükmü ile iş mahkemesinde görüleceği belirtilmemiş olan bu tür davalar genel mahkemelerde görüleceğinden Yerel Mahkemenin, genel mahkemenin görevli olduğuna ilişkin direnmesi usul ve yasaya uygun olup, yerindedir.

Ne var ki; davalı vekilinin esasa ilişkin temyiz itirazları Özel Daire'ce incelenmediğinden, bu yönden inceleme yapılmak üzere dosya Özel Daire'ye gönderilmelidir.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 24.10.2007

E. 2007/13-751

K. 2007/756

* Avukatın özen borcunun gereği gibi ifa edilmemesinden

kaynaklanan tazminat talebi

* Zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağının aranması

(818 sayılı BK. m. 388, 389, 390)

Taraflar arasındaki alacak (tazminat) davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 10. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 11.04.2006 gün ve 2005/478-2006/122 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 1.12.2006 gün ve 2006/9137-15858 sayılı ilamı ile, (...Davacı, davalının davacı kurum avukatı iken aleyhlerine açılan bir davada verilen kararı süresinde temyiz etmeyerek kararın kesinleşmesi nedeniyle 16.2.2005 tarihinde 6.691.25 YTL ödemek zorunda kaldıklarını bildirip bu miktarın davalıdan tahsilini talep etmiştir. Davalı, kararı süresinde temyiz ettiğini, önce süre tutumuna ilişkin verdiği dilekçesinin temyiz defterine kayıt edilmemesinde ve harcın geç yatırılmasında kendisinin değil mahkeme kaleminin kusurlu olduğunu, kaldı ki kararın süresinde temyiz edilmesi halinde de sonucun değişmeyeceğini bildirip, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm davalı tarafından temyiz edilmiştir, l- Dava hukuksal nitelikçe vekilin özen borcunun gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan tazminat talebine ilişkindir. Yasal dayanağı BK 388, 389 ve 390 maddeleridir. Bu madde hükümlerinde, vekaletin, vekilin kabullendiği işin yapılması için, icap eden tasarrufları ifa salahiyetini kapsadığı, vekilin, müvekkilinin sarıh olan talimatına aykırı hareket edemeyeceği, vekilin, mesuliyetinin genel olarak işinin mesuliyetine ait hükümlere tabi olduğu, vekilin, vekaleti iyi bir surette ifa zorunda olduğu belirtilmiştir. Vekilin işin başarılı olması için mesleki bilgi ve deneyimleri ile hayat deneyimlerine ve işlerin normal oluşuna göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması, başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan kaçınıp, basiretli olarak hareket etmesi, özen borcunun konusunu teşkil eder. Bir avukatın yasa ile öngörülen süre içinde yapılması gereken işleri yapmaması, süresinde dava açmaması, temyiz süresini ihtiyatsızca hareket ederek kaçırması, özen borcunun gereği gibi ifa edilmediğini ve ku-

surlu olduğunu gösterir. Avukatın kusurlu bir davranışından dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusurunun varlığından ayrı olarak, bu nedenle müvekkilinin bir zararının da meydana gelmesi şarttır. Kusurlu davranışından dolayı müvekkili zarara uğramış ise avukat zararı karşılamak zorundadır.

Somut olayımızda, davalı avukat davacı kurumun vekili olarak Ankara 10. İş Mahkemesi'nin 2003/1633 esas ve 2004/263 karar sayılı dosyasını takip etmiştir. Mahkemece kurum aleyhine verilen kararın temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nce 23.6.2003 tarihinde "ihtilafın idari yargıda çözümlenmesi gerektiği, adli yargının davaya bakmaya görevli olmadığı" gerekçesi ile bozulduğu, ancak mahalli mahkemenin eski kararında ısrar ettiği, ısrar kararının da davalı avukat tarafından temyiz edildiği, ancak Hukuk Genel Kurulu'nca temyiz dilekçesinin süre geçirilerek verildiğinden talebin reddine karar verildiği, karar düzeltme talebinin de reddedildiği, davacının kesinleşen ısrar kararına göre yapılan icra takibi sonucu karşı tarafa 4.3.2005 tarihinde 6.191,25 YTL ödediği, davalı avukatın süresinde temyiz etmemekle vekil olarak özen borcunu yerine getirmediği, davacının hakkını halele uğrattığı tüm dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Taraflar arasındaki ihtilafın çözümü, davalının ısrar kararını süresinde temyiz etseydi, ısrar kararının Hukuk Genel Kurulu'nca onanıp onanmayacağı veya daire kararı doğrultusunda bozulması ve davanın idari yargıda görülmesi halinde davacı müvekkil yararına bir sonuç alınıp alınmayacağıının incelenmesi gerekir. Çünkü tazminat hukukunda sadece eylemin yasaya ve sözleşmeye aykırı olması yetmez, ayrıca bu eylem sonucu bir zararın doğmuş olması ve zararla eylem arasında da uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Davalı avukatın vekillik görevini ihmal ettiği, kusurlu davrandığı anlaşılmakta ise de, bu kusurlu davranışın sonunda ve sırf bu kusurlu davranıştan dolayı davacının bir zararının doğmuş olup, olmadığını araştırılması zorunludur. Bu nedenle, ısrar kararının süresinde temyiz edilmesi halinde Hukuk Genel Kurulunca onanıp, onanmayacağı veya daire kararı doğrultusunda bozulması ve davanın idari yargıda görülmesi halinde, davacı yararına bir sonuç alınıp alınmayacağıının belirlenmesi gerekir. Bu belirlenmenin yapılması hukuki bir mesele olup, mahkemece dosya içerisindeki deliller, bu hususta tarafların gösterecekleri diğer deliller toplanarak değerlendirilmeli, gerektiğinde davacının uğradığı zararın mik-

tarı konusunda uzman bilirkişilerden açıklamalı, gerekçeli, denetime elverişli rapor alınarak belirlenip sonucuna uygun karar verilmesi gerekir. Mahkemece bu hususlar araştırılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. 2- Dava konusu alacağın ödeme tarihinden itibaren faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Borçlar Kanununun 101/1 maddesi hükmüne göre “muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur.” Davacının davalıya gönderdiği 8.6.2005 tarihli yazının tebliğ tarihi araştırılıp, verilen 10 günlük sürenin ilavesiyle davalının temerrüde düştüğü tarih belirlenerek, temerrüt tarihinden itibaren, şayet yazı davalıya tebliğ edilmemiş ise dava tarihinden itibaren faize hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi kabul şekli bakımından usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...” 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, avukat olan davalının özen ve sadakat borcuna aykırı davranmak suretiyle müvekkili davacıya zarar verdiği iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Davacı Sümer Holding AŞ Genel Müdürlüğü vekili, davalının sözleşmeli avukat olarak davacı bünyesinde çalıştığı dönemde, kıdem tazminatı istemiyle davacı aleyhine açılıp kabul ile sonuçlanan Ankara 10. İş Mahkemesinin 2003/1633 esas sayılı davasındaki mahkeme kararını süresi geçtikten sonra temyiz ettiğini, o nedenle temyiz dilekçesinin süre yönünden reddedildiğini, davalının kararı temyiz etmemek suretiyle davacıyı zarara uğrattığını, davacının anılan ilama bağlı olarak o davanın davacısına 16.2.2005 tarihinde 6.691,25 YTL ödemek zorunda kaldığını; davalının davadan önce gönderilen yazıya rağmen bu miktarı davacıya ödemediğini ileri sürerek, 6.691,25 YTL'nin 15.3.2005 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı S.K., Ankara 10. İş Mahkemesi'nin 2003/1633 esas sayılı direnme kararının kendisine 11.5.2004 tarihinde tefhim edildiğim, süre-

si içerisinde verdiği 18.5.2004 havale tarihli süre tutum dilekçesi ile hükmü temyiz ettiğini, gerekçeli temyiz dilekçesinin kararın tebliğinden sonra verileceği hususunu dilekçede açıkladığını, dilekçeyi havale gününde dosyaya konulmak üzere mahkeme kalemine teslim ettiğini, ancak, mahkeme kaleminin, temyiz dilekçesi olduğu açıkça belli bulunmasına rağmen, o tarihte temyiz harcının yatırılmasını temin etmek amacıyla herhangi bir işlem yapmadığını, dilekçeyi temyiz defterine kaydetmediği gibi, dosyaya da koymadığını, 2.6.2004 tarihinde dilekçenin bir temyiz dilekçesi olduğunun anlaşılması üzerine kaleme kendisine haber verildiğini, aynı gün harcın yatırıldığını, hal böyle olmasına rağmen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun süre geçtiği gerekçesiyle temyiz istemini reddettiğini; harcın geç yatırılmasında ve dilekçenin temyiz defterine geç kaydedilmesinde kendisinin bir kusuru bulunmadığını, esasen, kararın temyiz edilmemesinden dolayı davanın bir zarara da uğramadığını, mevcut delil durumuna göre, süresinde temyiz edilmiş olması halinde dahi sonucun değişmeyeceğini, aynı mahiyette olan davalara ilişkin karar örneklerini dosyaya ibraz etme hakkını saklı tuttuğunu ve davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Yerel Mahkeme, davalı avukatın, müvekkili davacı aleyhine verilen kararı yasal süresi geçtikten sonra temyiz etmesi nedeniyle hükmün kesinleştiği, ilama dayalı olarak davacıdan 6.691.250.000 TL tahsil edildiği, böylece avukat olan davalının, gerek Avukatlık Kanunu'ndan ve gerekse BK. nün vekaletle ilişkin hükümlerinden kaynaklanan görevlerini gereği gibi yapmamak suretiyle, müvekkilinin zarara uğramasına sebep olduğu, zararın tamamından sorumlu bulunduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne, 6.691,25 YTL'nin 15.03.2005 tarihinden itibaren faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar vermiş; Özel Daire, davalı vekilinin temyizi üzerine bu hükmü, yukarıdaki gerekçeyle bozmuştur.

Davalı avukatın, müvekkili aleyhine verilen, davanın kısmen kabulü yönündeki yerel mahkeme kararını süresinde temyiz etmemek suretiyle özen ve sadakat borcuna aykırı davrandığı hususu, hem yerel mahkemenin hem de özel dairenin kabulündedir. Bozma ve direnme kararlarının içerik ve kapsamı itibarıyla, Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalının bu eylemi ile davacının oluşan zararı arasında uygun nedensellik bağı bulunup bulunmadığının saptanması açısından, anılan hükmün süresi içerisinde temyiz edilmiş ol-

ması halinde, davacı yararına bir sonuç alınıp alınmayacağı konusunda Mahkemece araştırma ve değerlendirme yapılmasının gerekip, gerekmediği noktasındadır. Özel Daire bozma ilamında da belirtildiği üzere, tazminat hukukunda sorumluluktan söz edilebilmesi için, sadece eylemin yasaya veya sözleşmeye aykırı olması yeterli değildir; eylem sonucunda bir zararın doğmuş olması ve zararla eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunması da gerekir. Zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı hususu, her somut olayın kendine özgü yapısı içerisinde bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Somut olayda, davalı taraf, aşamalarda, mevcut delil durumu itibariyle, söz konusu İş Mahkemesi kararının süresinde temyiz edilmiş olması halinde dahi sonucun değişmeyeceğini, davacı aleyhine karara bağlanan aynı mahiyette başka davalar da bulunduğunu, bunlardan birinin Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiğini bildirmiş, karar örneğim sunmuştur. Belirtmelidir ki; davalının savunmasında belirttiği gibi, eğer söz konusu direnme kararı süresinde temyiz edilmiş olsaydı dahi sonuç değişmeyecek; yani, direnme kararının Hukuk Genel Kurulu'nca onanmasına veya bozulmasına bağlı olarak, adli veya idari yargıda devam edecek olan yargılama sonucunda, davacı şirket ilama bağlanan tutarı yine de ödemek zorunda kalacak idiyse; davacının bir zararının varlığından söz edilemeyecektir. Eş söyleyişle, böyle bir durumda, davalının kusurlu ve fakat davacıyı zarara uğratmayan bir davranışı söz konusu olacak; ortada bir zarar bulunmadığı için de, uygun nedensellik bağının var olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmasına dahi gerek kalmayacaktır. Açıklanan bu duruma göre yerel mahkemece yapılması gereken; davalının anılan savunması üzerinde durulup, tarafların konuya ilişkin delil ve karşı delilleri eksiksiz şekilde toplandıktan sonra; Ankara 10. İş Mahkemesi'nin 2003/1633 esas sayılı direnme kararının davalı tarafından yasal süre içerisinde temyiz edilmiş olması halinde, davacının mahkum edildiği tutarı ödemekten kısmen de olsa kurtulmasını sağlayacak bir sonuca ulaşılmamasının mümkün olup, olmayacağı hususu tartışılıp, değerlendirilmek; böylece, davalının temyiz süresini kaçırmak şeklinde gerçekleşen kusurlu eyleminden dolayı davacı yönünden bir zarar oluşup, oluşmadığı belirlenmek; bir zararın doğduğunun anlaşılması halinde ise, eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunup, bulun-

madığı ayrıca saptanmak suretiyle, ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermektir.

Yerel Mahkemece aynı yöndeki Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken; yukarıda açıklanan şekilde bir araştırma ve değerlendirme yapılmaksızın, davalının ihmali davranışından dolayı davacının zarara uğradığının ve zararlar eylem arasında nedensellik bağı bulunduğunun peşinen kabul edilmesi suretiyle, eksik incelemeye dayalı olarak kurulmuş önceki hükümde direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenle bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 16.05.2007

E. 2007/9-272

K. 2007/282

* Sendikal tazminat

* Temyiz edenin, kendisine tebliğ edilen muhtıradaki yedi günlük süre geçtikten sonra posta giderlerini yatırmış olması
(2821 sayılı Sendikalar K. m. 31;
1086 sayılı HUMK m. 434/3)

Taraflar arasındaki “sendikal tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kartal 1. İş Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 30.09.2004 gün ve 211-490 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 16.06.2006 gün ve 30125-21521 sayılı ilamı ile (...Davacı Türkiye Dok Gemi İş sendikası üyesi iken çalıştığı tersanenin askeri makamlara devredilmesi nedeniyle sendika değiştirmeye zorlandığını ve işverenin bu davranışlarıyla işçiler üzerinde sendikal baskı kurduğunu belirterek tazminat talebinde bulunmuştur.

Davalı işveren savunmasında, davacıya sendikadan ayrılmak hususunda baskı uygulanmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkeme isteği hüküm altına almış, karar davalı tarafça temyiz edilmiştir.

Sendikalar Kanunu'nun 31. maddesinde, "...işçiler sendikaya üye olmaları veya olmamaları nedeniyle işten çıkarılamaz veya farklı muameleye tabi tutulamazlar..." denilmektedir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; tersanenin 15.11.1999 da askeri makamlara devredildiği, davacının 24.11.1999 tarihinde üye olduğu sendikadan ayrılarak Harp-İş Sendikası'na aynı tarih itibariyle üyelik başvurusunda bulunduğu görülmektedir. Bu tarihe kadar sendikal baskı altında tutulduğunu iddia etmeyen davacı, iş akdinin üyelik işlemlerinin tamamlanmasından 5,6 ay sonra feshedilmesi üzerine sendikal tazminat talebinde bulunmaktadır. Fesih tarihinde davacının üyelik durumu bellidir. Askeri işyeri olan tersanede Milli Savunma iş kolunda yer alan Harp-İş Sendikası toplu iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra yetkili sendika durumuna gelecektir. Tersane yetkililerinin işçileri sendikasızlaştırma uğraşı içine girdikleri de iddia edilmektedir. Ayrıca yürürlükte olduğu ileri sürülen toplu iş sözleşmesinden işçilerin faydalanmaması için sendika değiştirme baskısı olduğu yönünde de kanıt getirilmemiştir.

Davacı tanığı yine işten çıkarılan bir işçi olmakla beraber sendikal baskı ile ilgili her hangi bir kanaat getirici bilgi vermemiş olup, davalı tanıkları ise işyerinde sendika değiştirilmesi ile ilgili olarak herhangi bir telkinde bulunulmadığını ifade etmişlerdir.

Sendikal tazminata karar verilebilmesi için yeterli ve inandırıcı kanıtların bulunması gerekir. Dosyada ki bilgi ve belgeler bu nitelikte olmamakla beraber mahkemenin adı geçen tazminata hükmetmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmektedir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURUL KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, sendikal tazminat istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece istemin kabulüne dair verilen karar, yüksek Dairenin yukarıda yazılı kararı ile bozulmuş olup, direnme kararı davalı vekilince temyiz edilmektedir.

1- Temyiz eden davalı vekilinin, kendisine 20.06.2006 günü tebliğ edilen muhtıradaki yedi günlük süre geçtikten sonra posta giderlerini yatırmış olmasının HUMK'nın 434/3. maddesi uyarınca temyiz isteminin reddini gerektirip gerektirmeyeceği hususu, görüşme sırasında ön sorun olarak incelenip, değerlendirilmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 434/3.maddesinde, temyiz dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamının ödeneceği; bunların eksik olduğunun tespiti halinde kararı veren hakim veya mahkemenin başkanı tarafından verilecek yedi günlük kesin süre içerisinde tamamlanması, aksi halde temyizden vazgeçmiş sayılacağı hususunun temyiz edene yazılı olarak bildirileceği ve verilen süre içerisinde tamamlamadığı takdirde kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verileceği hükme bağlamıştır.

Somut olayda, davalı vekiline çıkartılan muhtırada eksik giderin, belirtilen süre içerisinde "mahkeme veznesine" yatırılması değil, yer belirtilmeksizin "yatırması-getirmesi" istenilmiş olup, Yasanın aradığı biçimde ihtar yapıldığı kabul edilemez. Gerçekleşen bu durumda karşılarında anılan muhtıra geçersizdir. Davalı vekili, verilen süreden sonra gerekli giderleri tamamlamıştır. Bu durumda, HUMK'nın 434/3. maddesinde, hükmün temyiz edilmemiş sayılmasının koşulu olarak düzenlenen halin somut olayda gerçekleşmediğine oybirliğiyle karar verilerek, işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

2- Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 31.10.2007

E. 2007/5-718

K. 2007/805

* Kamulaştırmasız el atma
iddiasına dayalı tazminat* Kamulaştırmasız el atma davası
açılabilmesi için, mal sahibinin
tasarrufuna sürekli engel olmadığı
ve taşınmaz malı sahiplenme
kastiyle fiilen el koyma şartının
zorunluluğu

(3194 sayılı İmar K. m. 18/12;

3290 sayılı İmar Affı K. m. 10/b)

Taraflar arasındaki “Kamulaştırmasız el atma iddiasına dayalı tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Asliye 19. Hukuk Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 10.05.2005 gün ve 2003/784 E., 2005/180 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi’nin 24.04.2006 gün ve 2006/2657-5055 sayılı ilamı ile; (...Dava, imar uygulaması nedeniyle bedele dönüştürülen 215 metrekarelik arsa bedelinin kamulaştırmasız el atma nedeniyle tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir. Dosyada bulunan kanıt ve belgelerden; davacının hissedar olduğu 4962 parsel sayılı taşınmazda yapılan imar uygulaması neticesinde; 126 metrekare imar düzenleme ortaklık payı kesildiği, 163 metrekare imarın 15885 ada 4 parselinden hisse verildiği ve yine davacıya, dava konusu edilen ve imar planında oyun alanı olarak ayrılan 15886 ada 1 parsel sayılı taşınmazdan 215 metrekare hisse verildiği, davacının 15886 ada 1 parselde halen hissedar olduğu gibi, bu parselde bedele dönüştürülen bir hissesinin bulunmadığı anlaşılmıştır. Ayrıca dava konusu taşınmaz, fiilen el atılmamış boş arsa konumundadır. Bu durumda, dava konusu edilen 15886 ada 1 parsel sayılı taşınmazda davacının bedele dönüştürülen bir payı bulunmadığı gibi, taşınmaza fiilen el atılmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması, Doğru görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, kamulaştırmaz el atma iddiasına dayalı tazminat isteminde ilişkindir.

Davacı vekili; davalı Yenimahalle Belediye Başkanlığı tarafından yapılan imar uygulaması sonucu müvekkilinin 504/76733 pay maliki olduğu 4962 parsel sayılı taşınmazdan, 126 m2 imar düzenleme ortaklık payı kesildiğini, 15885 ada, 4 numaralı imar parselinden 163/794 payın ve 15886 ada, 1 numaralı imar parselinden 215/6835 payın müvekkilinin payına karşılık verildiğini, ancak 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmazın imar planında oyun alanı olarak ayrılması nedeniyle müvekkilinin taşınmazdan fiilen kullanımının engellendiğini; davalı Belediyenin, karşılık olarak verilecek yerlerin üzerine gerçek kişilerce yapı yapılabilmesine müsait yerlerden olmasını ve kabul edecek kişinin rızasının aranmasını öngören 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18/12 maddesine aykırı hareket ederek, salt bedel ödemekten kaçınmak için takyitli bir payı karşılık olarak verdiğini ileri sürerek; dava ve ıslah dilekçelerinde 15886 ada, 1 parselde 215 m2 için toplam 43.000.000.000 TL kamulaştırmaz el koyma bedelinin, ihzar tarihinden itibaren işleyecek kamu alacaklarına uygulanan en yüksek faiz ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Yenimahalle Belediye Başkanlığı vekili; 15886 ada, 1 parselin 71560/1 nolu kesin parselasyon planında Oyun alanı olarak ayrıldığını imar uygulaması nedeniyle davacının payına karşılık olmak üzere 15886 ada 1 parselden davacıya verilmiş bulunan 215/6835 payın tapuda davacı adına tescil edildiğini, bu itibarla kamu malı haline dönüşen bir pay bulunmadığından davacıya ait 215 m2 yer bedelinin hukuken talep edilemeyeceğini, Belediye tarafından taşınmaza fiilen el atılmadığı gibi her hangi bir bedele dönüştürme işleminin de yapılmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir. Mahkemenin, "dava konusu 15886 ada, 1 numaralı parselin imar planında oyun alanı olarak ayrılmış olması nedeniyle davacının payına karşılık taşınmazda tasarruf etme hakkının ortadan kalktığı, tapuda kayden malik olarak görünen davacı, böyle bir durumda yıllarca davalı idarenin keyfi uygulamasına tabi olacağından hukuken el atma-

nun da kamulaştırmasız el atma olarak kabulünü gerektirdiği” gerekçesiyle ve kamulaştırmasız el atmanın varlığını benimsemek suretiyle verdiği “davanın kabulüne” dair karar, Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçeyle bozulmuş; yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Davalı idarece 2981 sayılı Kanun ve bu yasayı tâdil eden 3290 sayılı Kanun’un 10/b maddesine göre yapılan işlem sonucu, davacı F.Ç.’nin 504/76733 pay maliki bulunduğu 4962 parseldeki payına karşılık, 15885 ada, 4 numaralı imar parselinden 163/794 payın ve 15886 ada 1 numaralı imar parselinden 215/6835 payın davacıya verildiği, 126/76733 payın ise imar düzenleme ortaklık payı olarak kesildiği; imar uygulaması nedeniyle davacı adına 215/6835 pay tahsis ve tescil edilen dava konusu 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmazın, 71560/1 nolu kesin parsellasyon planında “Oyun Alanı” olarak ayrıldığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yine, dava konusu 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmazın boş arsa konumunda olduğu ve davalı idarece fiilen oyun alanı olarak düzenleme yapılmadığı mahkemece keşfen tespit edilmiş olup, esasen bu husus da çekişme dışıdır. Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; imar uygulaması sonucu davacının payının şuyulandırıldığı 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmaza davalı idarece fiilen el atılmaması karşısında, salt imar planında oyun alanı olarak ayrılmış olması nedeniyle kamulaştırmasız 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.

Kamulaştırmasız el atma halinde kamu kurumu, Kamulaştırma Kanunu’na 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 (11.2.1959 gün, E:1958/17, K: 1959/15 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesinden).

Uyuşmazlığın sağlıklı bir çözüme kavuşturulabilmesi için bu noktada öncelikle “Kamulaştırmasız el koyma” kavramının açıklanmasını

da 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 kamulaştırmaz el koymuş sayılır (Ali Arcak, *Kamulaştırmazsız Elkoyma ve Yeni Hükümler*, Ankara, 1987, s. 23).

Dolayısıyla bir taşınmaza kamulaştırmazsız 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, kamulaştırmazsız 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; kamulaştırmazsız 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, kamulaştırmazsız 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 salt 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 benimsenmiştir.

Tüm açıklamalar ışığında somut durum değerlendirildiğinde; Mahkemece alınan fen bilirkişi raporunda, dava konusu 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmaza davalı idarece fiilen el atılmadığı, zeminde oyun alanı olarak düzenleme yapılmadığı ve hali hazırda boş arsa olarak durduğu ifade edilmiştir.

Davacının kayden paydaş olduğu 4962 sayılı kadastral parselde davalı idarece yapılan imar uygulaması neticesinde, dava konusu edilen ve imar planında oyun alanı olarak ayrılan 15886 ada 1 parsel sayılı taşınmazdan davacıya 215/6835 pay verilmiş olup; sözü edilen pay halen tapuda davacı adına kayıtlı olduğu gibi, davalı idarenin anılan payı, ya da davacı adına başka bir payı bedele dönüştürme işlemi de bulunmamaktadır. O halde idarenin bu tasarrufu, taşınmazı sahiplenme amacının bulunmadığını açıkça ortaya koymaktadır.

Öte yandan, taşınmazın davacının elinde bulunduğu ve mevcut haliyle arsa niteliği ile kiraya verme ve başka şekillerde tasarruf edebileceği anlaşıldığından, davacının kullanımının kalıcı ve sürekli şekilde idarece engellenmediği açıktır.

Esasen, davacıya ait tapulu yerin, salt imar planında oyun 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.

Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca; davalı idarenin, dava konusu 15886 ada, 1 parsel sayılı taşınmaza fiilen el atmadığı, taşınmazı elinde bulunduran tapu maliki davacıyı tasarruftan men etmediği, imar planında oyun alanında ayrılmış olsa dahi bu amaca yönelik olarak taşınmazda fiilen düzenleme yapıp, kamu hizmetine tahsis etmediği ve üzerinde her hangi bir tesis yapmadığı belirgin olup, bu haliyle kamulaştırmasız el atma olgusundan söz etme olanağı bulunmadığından, taşınmazın sadece imar planında oyun alanı olarak ayrılmış olmasının, 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.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 20.02.2009
E. 2008/483
K. 2009/101

* Avukatın CMK avukatları listesinde yer almadığı ve bu sıfatla görevlendirilmediği halde, sanığın ifadesinde bu sıfatla hazır bulunması
(Av. K. m. 34, 134, 141, 144, 158)

Şikâyetli avukat hakkında, İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun 07.06.2007 gün ve 2006/Ş.531 Esas, 2007/582 karar sayılı kararı ile "CMK avukatları listesinde yer almadığı ve CMK uygulama servisi tarafından görevlendirilmediği halde sanık M.B.'nin Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı'nca alınan 16.05.2006 günlü ifadesinde bu sıfatla hazır bulunduğu ve bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 34, 134. maddelere aykırı davrandığı" iddiasıyla açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat, sorgusuna katıldığı sanık M.B.'nin ne kısıtlı ne de hükümlü olmadığını, reşit olan sanığın istemi ile savunmasında hazır bulunduğunu, CMK seminerlerini almadığı gibi, görev de almadığını, CMK listesinde isminin olmadığını, 16.05.2006 günlü ifade zabtında "İstanbul Barosu avukatlarından 27443 sicil numaralı Av. Y.T. Baro tarafından müdafî tayin edildi. Şüpheliden müdafîsi huzurunda savunma ve delilleri soruldu" sözlerinin matbu olmakla hatanın matbu evraktan kaynaklandığını, sanığın Sulh Ceza Mahkemesi sorgusuna katılmadığını, Savcılık ve Sulh Ceza Mahkemesi ifadelerinin aynı olmakla kendisinin suçu üstlenmesi hususunda sanığa baskı yaptığı yönündeki iddianın doğru olmadığını saptandığını, ifadede şu veya bu hususu bildirmesi

hususunda baskıda bulunmadığını, dosya sanıklarından K. Ç.'nin önceki vekâlet ilişkisi nedeniyle savunmasını üstlendiğini, yasa ve meslek kurallarına aykırı davranmadığını bildirmiş, suçsuz olduğunu savunmuştur.

İncelenen dosya kapsamından 16.05.2006 günü Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından şüpheli M.B.'nin sorgusunda bulunmak üzere avukat istendiğine ilişkin bir belge olmadığı gibi, Şikâyetli Avukat Y.T.'nin CMK uygulama servisi listesinde isminin bulunmadığının bildirildiği görülmektedir.

Baro Disiplin Kurulu *“dosyada mevcut yakınan ve yakınılan avukatın yazılı ve sözlü beyanları, tanık anlatımları ve incelenen Bakırköy 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2006/287 esas sayılı ve Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2006/130 esas sayılı dosyaları kurulca değerlendirilmiş ve yakınılan avukatın CMK uygulama servisinde görevlendirilmediği halde ve diğer şüphelilere yardımda bulunduğu halde, şüpheli M.B.'nin savcılık ifadesine katılmasının meslek ilke ve etiğine aykırı eylem teşkil ettiği sabit görülmüş ve yakınılan avukat hakkında hüküm kurulmuştur”* gerekçesi ile eylemin Avukatlık Kanunu'nun 34, 144 maddelere aykırı olduğunu saptamış ve Avukatlık Kanunu'nun 158. maddesindeki takdir hakkında kullanılarak şikâyetli avukatın üç ay süre ile işten yasaklama kararı verilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 141. maddesi hükmüne göre disiplin kovuşturması Yönetim Kurulu tarafından verilen bir kararla açılır. Disiplin Kurulu, Yönetim Kurulu'nun *“disiplin kovuşturması açılmasına”* dair kararı çerçevesinde kovuşturmayı yürütmek, sonuçlandırmak ve gereken kararı vermekle görevlidir.

İncelenen dosya kapsamından, disiplin kovuşturmasının İstanbul Barosu Yönetim Kurulu'nun 07.06.2007 gün ve 2006/Ş.531 Esas, 2007/582 karar sayılı kararı ile *“CMK avukatları listesinde yer almadığı ve CMK uygulama servisi tarafından görevlendirilmediği halde sanık M.B.'nin Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı'na alınan 16.05.2006 günlü ifadesinde bu sıfatla hazır bulunduğu ve bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 34, 134. maddelerine aykırı davrandığı”* iddiası ile açıldığı görülmektedir.

O halde, sadece Yönetim Kurulu kararı doğrultusunda kovuşturma yapılmalı ve eylem sabit ise ona göre disiplin cezası tayin edilmelidir.

Şikâyetli avukat 16.05.2006 günlü ifade zabtında, Baro tarafından

görevlendirilmiş olduğunun yazılmasının matbu hatadan kaynaklandığını savunmakta ise de; uygulamada Cumhuriyet Başsavcılıkları'nca savcılık ifadelerinde görev alan avukatların işin acilliğine müsteniden Baro tarafından telefonla görevlendirildiği, görev yazısının bilahare gönderildiği tartışmasızdır. Sanık M.B.'nin sorgusuna Baro sicil numarasını da vermek suretiyle katılan şikâyetlinin, Baro tarafından görevlendirilmediği ve sanık istemi ile duruşmaya katılması halinde, durumunu Cumhuriyet Savcısına açıklaması ve zabtın ona göre tutulmasına yardımcı olması yasa ve meslek kuralları gereğidir.

Bu nedenle Baro tarafından görevlendirilmediği halde bu sıfatla sanık savunmasını üstlenme eyleminin disiplin suçu oluşturduğu tartışmasızdır. Disiplin kovuşturması dosyasına yansıyan ve karar gerekçesinde tartışılan diğer olaylar ayrı bir disiplin kovuşturmasına konu olabileceği, ancak 158. maddedeki ilkelerin uygulanarak tayin ve takdir olunun disiplin cezasının artırılmasına neden olamayacağından, eylemle tayin olunan disiplin cezası arasında adaletli bir denge sağlanmadığı anlaşıldığından üç ay süre ile işten çıkarma cezasının kınama cezasına çevrilmek suretiyle kararın düzeltilerek onanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, şikâyetli avukat Y.T'nin itirazının kabulü ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "üç ay süre ile işten yasaklama kararı verilmesine" ilişkin kararın "kınama" cezasına çevrilmesi suretiyle Düzeltilebilir Onanmasına yeniden inceleme ve araştırmayı gerektirir bir husus bulunmadığından şikâyetli Av. Y.T'nin kınama cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 20.02.2009
E. 2008/486
K. 2009/102

* **Avukata karşı takip edilen davayı baroya bildirme yükümlülüğü**
(Av. K. m. 34, 134;
TBB Meslek Kur. M.27/2)

Şikâyetli avukatın, şikâyetçi avukat aleyhine açtığı davayı baroya bildirmediği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem Avukatlık Kanunu'nun 34. ve 134.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle şikâyetli avukat hakkında uyarma cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli savunmasında, iddianın gerçek olmayıp, vekâlet ücretinden kurtulmaya yönelik olduğunu hak etmiş olduğu avukatlık ücretini icraya koyduğunu, ancak kastı olmayarak hazırlamış olduğu Baro'ya bildirim yazısını Baro'ya gönderdiği inancı ile unutulmuş olduğunu bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına karşı şikâyetçi ve şikâyetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Şikâyetli itirazında, bir avukatın iş sahibi hakkında ücret davası açmadan önce Baro'ya bildirimde bulunması gerekli olmadığından, usul ve yasalara aykırı olarak verilmiş Disiplin Kurulu kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

Şikâyetçi ise itirazında, eksik inceleme sonucu karar verildiğini, birden fazla şikâyet konusu olmasına rağmen tek eylem nedeniyle ceza verilmesinin yasaya aykırı olduğunu ve karara itiraz ettiğini bildirmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikâyetçinin, itiraz gerekçeleri arasında vurgulandığı gibi şikâyetçinin şikâyet dilekçesinde başka iddialara da yer verdiği anlaşılmakta ise de, Baro Yönetim Kurulunun şikâyetli hakkında sadece Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine aykırılıktan disiplin kovuşturması açılmasına karar verdiği, disiplin kovuşturması açılması kararında kabul edilmeyen hususlarda Baro Disiplin Kurulu'nun inceleme yapması ve karar vermesi yasaya uygun olmayacağından, Baro Disiplin Kurulu'nca yürütülen disiplin kovuşturmasının sadece Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesi uyarınca yürütülmüş ve hüküm verilmiş olması Avukatlık Kanunu'nun 107. madde hükmüne uygun olduğundan, şikâyetçinin bu yöne ilişkin itirazları kabul edilmemiştir.

Şikâyetli avukatın şikâyetçi vekili olarak dava takip etmiş olduğu, sonrasında şikâyetçinin şikâyetliyi vekillikten azletmiş olduğu, bunun üzerine şikâyetli avukatın müvekkili olan şikâyetçi aleyhine vekâlet ücretinin tahsili amacıyla Beykoz İcra Müdürlüğü'nün 2007/ 446 Esas sayılı dosyası ile icra takibi başlattığı, icra takibine yapılan itirazın iptali için şikâyetli avukat tarafından şikâyetçi aleyhine Beykoz 1. Asli-

ye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/ 129 Esasında kayıtlı davayı açtığı ve şikâyetli avukatın şikâyetçi avukat aleyhine icra takibi başlattığını baroya bildirmediği anlaşılmıştır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesine göre, "*Bir avukatın başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi Barosuna yazı ile bildirir*"

Şikâyetlinin eylemi Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2.maddesine açıkça aykırı olduğundan eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetçi ve şikâyetlinin itirazlarının reddi ile İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun "*Uyarma cezası verilmesine*" ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 20.02.2009

E. 2008/493

K. 2009/106

*** Kişilik haklarına saldırı kastı**

*** Savunma sınırı**

(Anayasa m. 36; TCK m. 128, 486)

Şikâyetli avukat hakkında, Manisa Sulh Hukuk Mahkemesi'ne açtığı dava dilekçesinde şikâyetçi hakkında "*...hiçbir hakkı olmadığı halde her ay kiraları alarak zimmetine geçirmiştir...*" "*...davalı müvekkilime ait kiraları kiracı B. E. B.'yi dolandırmak suretiyle ...*" ve benzeri şekilde sözler sarf ettiği ve şikâyetçinin kişilik haklarına saldırıda bulunduğu, iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülerek kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli savunmalarında özetle, şikâyetçi ile avukat olan babası müvekkilinin arasında miras nedeniyle anlaşmazlıklar bulunduğunu, müvekkiline ait taşınmazları ile ilgili olarak şikâyetçinin kiracılarla temas kurarak kontratlar düzenlediğini, babasının yaşlanması nedeniyle bundan sonra bu işleri kendisinin takip edeceğini bildirmek suretiyle kiracıları yanılttığını ve kira paralarını kendi zimmetine geçirdiğini, müvekkilinin şikâyetçi hakkında sahtecilik ve dolandırıcılık iddialarıyla şikâyetinde bulunduğunu, alacak davaları açtıklarını ve kullandı-

ğı zimmet ve dolandırıcılık kavramlarının hukuki terimler olduğunu, kasdının bulunmadığını, suçsuz olduğunu bildirmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikâyetli tarafından dilekçelerinde kullanmış olduğu ifadelerin savunma ile ilgili olup, olmadığı ve savunma sınırlarını aşıp, aşmadığına ilişkindir.

Anayasa'nın 36. maddesi "*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*", eski TCK'nın 486., yeni TCK'nın 128. maddesi, "*Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde ceza verilemez*" ile iddia ve savunma dokunulmazlığı anayasal ve yasal teminat altına alınmıştır. Her hakta olduğu gibi iddia ve savunma dokunulmazlığı da sınırsız olmayıp, madde devamında, "*Ancak, bunun için, isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerektiği*" bildirilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 20.10.1998 tarih, E. 1998/225, K. 1998/316 sayılı kararında "*...Anayasa'nın kabul ettiği esasa göre, iddia ve savunma hakkının kullanılması ancak meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle olmalıdır. İddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılması esastır. Bir davada tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını hiçbir endişeye kapılmadan serbestçe yapmaları gerekir. Ancak bu serbesti, dava konusu olayın aydınlığa kavuşması, bir başka anlatımla hakkın meydana çıkarılmasına vesile olması amacına hizmet etmelidir. Böyle olduğu takdirde Anayasanın öngördüğü meşru vasıta ve yollara başvurulmuş olur. Ancak o dava sebebiyle söylenmesinde ve yazılmasında yarar bulunmayan, diğer bir deyişle davanın aydınlığa kavuşmasında ve hakkın meydana çıkarılmasında hiçbir olumlu etkisi olmayan, hakareti oluşturan yazı ve sözlerin kullanılmasında meşruiyet vardır denilemez. Bu gibi durumlarda iddia ve savunma sınırı aşılmış ve dolayısıyla haysiyetler korunmamış olur...*"

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.05.1975 tarih, E.1974/1160, K. 1975/5782 sayılı kararında da, "*Avukat, müvekkillerinin çıkarlarını hasmının zararlarını gözetmeden, sert bir biçimde savunmak zorundadır. Çünkü meslek ödevi bunu gerektirir. Ancak karşılık avukatın, temsil ettiği tarafın çıkarlarını korumasının gerektirdiği ölçüyü ve objektif tartışma sınırını aşan, yersiz ve icapsız olarak karşı tarafın kişiliğini hedef tutan, O'nu küçük düşürmeye ve dürüst olmayan bir kişi olarak göstermeye yönelik saldırı*

lar hukuka aykırıdır ve avukatın sorumluluğunu gerektirir. Başka bir deyişle karşı tarafın kişisel ilişkilerini rencide edebilecek savunmasını, davanın amacı haklı gösterdiği, savunma gerçekten esasa yararlı ve etkili olduğu, hatta zaruri bulunduğu takdirde hukuka aykırılıktan söz edilmesi olanaksızdır" denilmektedir.

Dosyanın incelenmesinde, taraflar arasında miras ve alacak nedeniyle çok sayıda hukuk ve ceza davaları olduğu, şikayetli avukat tarafından şikayetçi hakkında dolandırıcılık iddiasıyla şikayette bulunduğu, Manisa 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2006/607 Esas sayılı davasında mahkemece şikayetçinin babası S. A.'ya karşı hakaret suçunun sabit görüldüğü yine Manisa 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007/417 Esasında kayıtlı ve dolandırıcılık, özel belgede sahtecilik suçundan dolayı açılan kamu davasında şikayetçinin S. A.'nın oğlu olduğu anlaşılma- makla ceza tayinine yer olmadığına özel evrakta sahtecilik suçundan cezalandırılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Disiplin kovuşturmasına konu sözler, davaların niteliği ve dilekçelerin bütünü incelendiğinde, şikâyetçinin iddiasının haksızlığını ve hukuki dayanaktan yoksunluğunu belirtilmesi, hakkın meydana çıkarılmasında olumlu etkisinin olacağı kanaatiyle kullanılmış olduğu, taraflar arasındaki davaların dayanağı ve hukuki tanımlama olarak kullanıldığı, böylece şikayetçinin kişilik haklarına saldırı kastının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Böylece kovuşturmaya konu sözlerin sübjektif inançla ve karşı tarafın kişiliğini hedef alan, bu sebeple O'nu küçük düşürmeye yönelik olmadığı ve savunma sınırları içinde kaldığı anlaşılma- makla, eylem disiplin suçunu oluşturmamaktadır.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulu'nun "kınama cezası verilmesine" ilişkin kararında hukuki isabet bulunmadığından Baro Disiplin Kurulu kararının kaldırılarak şikayetli hakkında "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının kabulü ile Manisa Barosu Disiplin Kurulu'nun "kınama cezası verilmesine" ilişkin kararının kaldırılmasına, şikayetli avukat E.A.S hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 20.02.2009
E. 2008/500
K. 2009/110

* **Önceki disiplin cezası
kesinleşmeden
cezanın tekerrüre esas alınmaması**
(Av. K. m. 38, 136/2, 158)

Şikâyetli avukat hakkında, daha önce H.A.'nın şikâyeti sebebiyle açılan disiplin kovuşturması sonucunda menfaati zıt taraflara vekil olduğu gerekçesi ile Avukatlık Kanunu'nun 38. maddesine aykırı eylemi sebebi ile Baro Disiplin Kurulu'nun 19.10.2004 gün, 2004/1-1 sayılı kararı ile kınama cezası verildiği, itiraz üzerine Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 25.02.2005 gün ve 2004/387 esas, 2005/63 karar sayılı kararı ile karar onandığı halde, bu cezanın verilmesine neden olan davalardaki vekillik görevini sürdürmeye devam ettiği, iddiası ile açılan disiplin kovuşturması sonucunda eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Dosya içindeki Sinop Barosu Disiplin Kurulu'nun 2004/1-1 sayılı kararında, şikâyetlinin daha önce B.A.A. vekili olarak, G.Ö. aleyhine, davalının davacının gerçek kızı olmadığı ve nüfus kaydından çıkarılarak gerçek anne ve babasının kaydına yazılması istemi ile dava açtığı halde, müvekkili B.A.A.'nın vefatından sonra, önceki davada murisin kızı olmadığını ileri sürerek dava açtığı G.Ö.'nün vekili olarak, ölen müvekkilinin mirasçısı olduğu ve mal kaçırıldığı iddiası ile diğer mirasçısı H.A. aleyhine davalar açtığı, G.Ö.'nün vekâletini kabul etmesi ve davalar açmasının Avukatlık Kanunu'nun 38. maddesine aykırı olduğu kabul edilerek kınama cezası verildiği görülmektedir. Bu karar Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 2004/387 esas, 2005/63 karar sayılı kararı ile 25.02.2005 tarihine onanmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak şikâyetli avukat hakkında Sinop Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/99 esas, 2007/88 karar sayılı davasında mahkemece 31.10.2007 tarihli karar ile sonuç olarak şikâyetlinin 440,00 YTL Adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Kararda suç tarihi olarak 26.12.2003-15.01.2004 kabul edilmiştir.

03.06.2008 tarihli dosya inceleme raporunda, şikâyetli avukatın kınama cezası almasına neden olan Ayancık Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/351, 2003/352 ve 2004/16 esas sayılı davalarında, şikâyetli avukatın Davacı G.Ö vekili olduğu, davaların 2003/351 esas sayılı dosyada birleştirildiği, davaların başından itibaren şikâyetli avukat ta-

rafından takip edildiği, Baro Başkanlığının 13.12.2007 de, önceki disiplin cezasına rağmen aynı dosyalarda vekillik görevini sürdürmesi sebebiyle açılan disiplin soruşturmasında savunmasının istenmesi üzerine şikâyetlinin 25.12.2007 tarihinde istifa ettiği görülmüştür.

Şikâyetli avukatın, daha önce Ayancık Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 2003/49 esas sayılı davasında B.A.A. vekili olarak G.Ö.'ın davacının kızı olmadığı iddiası ile açtığı davada müvekkilinin ölümünden sonra davayı takip etmeyerek, bu defa önceki davada murisin kızı dolayısı ile mirasçısı olmayacağını iddia ettiği G.Ö. vekili olarak, önceki müvekkilinin diğer mirasçısı aleyhine Ayancık Asliye Hukuk mahkemesi'nin 2003/351, 2003/252 ve 2004/16 esas sayılı davalarını, Avukatlık Kanunu'nun 38. maddesine göre işi ret zorunluğu bulunmasına rağmen açması ve takip etmesi, disiplin suçunu oluşturmuş ve bu nedenle verilen kınama cezası da kesinleşmiştir.

Şikâyetli avukat hakkında, aynı sebeple kamu davası ve disiplin kovuşturması açılması ile daha baştan işi almamak yükümlülüğünde olan şikâyetli avukatın, buna rağmen aldığı davalara devam etmesi suretiyle oluşan eylemi, teselsül eden disiplin suçunun açılan kovuşturma ve kamu davası sebebiyle hukuken kesilmesinden sonra yeni bir disiplin suçunu oluşturmaktadır. Bu sebeple Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin suç teşkil ettiğine ilişkin kabulünde hukuksal isabetsizlik bulunmamaktadır.

Aynı davalar sebebiyle verilen kınama cezasının onanmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu kararı şikâyetli avukata 17.04.2005 tarihinde tebliğ edilmiş bulunduğu ve bu davalarda davacı vekili olmasının mümkün olmadığı şikâyetli avukat tarafından kesinleşmiş karar ile de öğrenildiği halde, disiplin suçunu oluşturan eylemin şikâyetli avukat tarafından 25.12.2007 tarihine kadar sürdürüldüğü görülmektedir.

Bu tarihler arasında şikâyetli avukat hakkında kesinleşmiş bir kınama cezası bulunmaktadır. Baro Disiplin Kurulu tarafından verilen 05.04.2007 gün ve 2007/2-2 sayılı "Beş ay süre ile işten çıkarma" kararı kurulumuzun 29.02.2009 gün ve 2008/12-90 sayılı kararı ile "100 YTL Para Cezası" olarak düzeltilerek onanmıştır. Bu durumda, şikâyetli avukat hakkındaki para cezasına ilişkin disiplin cezasının kesinleşme tarihi, bu kovuşturmadaki eylem tarihinden sonradır.

Avukatlık Kanunu'nun 136/2 maddesine göre "Beş yıllık bir dönem içinde iki veya daha çok defa disiplin cezasını gerektiren davranışta bulunan avukata her yeni suçu için bir öncekinden daha ağır bir ceza verilir." Şikayetli avukatın sicil durumu bu düzenlemeye uygun bulunmadığı için, üç ay süre ile işten çıkarma cezası verilmesinde hukuki isabet bulunmamıştır.

Bu nedenlerle, şikayetli avukatın aynı eylemi sürdürmüş bulunması, aynı eylem sebebiyle açılan kamu davasında cezalandırılmasına karar verilmiş bulunması hususları da dikkate alındığında Baro Disiplin Kurulu'nun "üç ay işten çıkarma cezası verilmesine" ilişkin kararının Avukatlık Kanunu'nun 158. maddesindeki ilkelerde nazara alınmak suretiyle 250.00 TL para cezasına çevrilmesi suretiyle kararın düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetli avukatın itirazının kabulü ile, Sinop Barosu Disiplin Kurulu'nun "Üç ay süreyle işten çıkarma" cezası verilmesine ilişkin 13.10.2008 tarih ve 2008/4 Esas, 2008/4 Karar sayılı kararının "250.000.TL Para Cezasına çevrilmesi" suretiyle Düzeltilerek Onanmasına, incelenecek başkaca bir husus da bulunmadığından, şikayetli avukat İ. K. K.'nın 250.00 TL para cezası ile cezalandırılmasına oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 20.02.2009
E. 2008/501
K. 2009/111

*** Avukatın, her türlü mercide çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde, meslek onuruna uygun davranma yükümlülüğü.**
(TBB Meslek Kur. m. 25, 34)

Şikayetli avukat hakkında, duruşma saatinin geçmesi sebebiyle davanın duruşmasının yapılmış olmasına kızarak, mahkeme kaleminde çalışan görevlilere yönelik olarak "ne biçim yer burası, ne biçim adamsınız? Geçmişinizi sinkaf edeyim, böyle işin geçmişini sinkaf edeyim." Şeklinde sözler söylediği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu'nca eylem sabit görülmüş ve şikayetli hakkında kınama cezası tayin edilmiştir.

Şikayetli savunmalarında, olay günü müvekkillerine sitem ettiğini, o an kalemde bulunan personelin yanlış anlama sonucu alınarak tu-

tanak düzenlemiş olduklarını, söz konusu personelle yıllardan beri süren saygı ve sevgi çerçevesinde dostlukları bulunduğunu bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli tarafından itiraz edilmiştir. Şikayetli itirazında, hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı bulunmadığını, şikayetçilerin hiçbir zaman şikayetçi olmadıklarını ve yasa ya aykırı Disiplin Kurulu kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, şikayetli avukat hakkında, disiplin kovuşturmasına konu eylemi nedeniyle *"Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret"* suçundan dolayı Burdur Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2008/ 53 (Bozma öncesi 2007/41) Esasında kayıtlı kamu davasının açıldığı, mahkemece 09.05.2008 tarihinde 2008/99 Karar sayılı karar ile verilen kararda *"Sanığın eylemi 5237 sayılı TCK'da öngörülen kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunu teşkil ettiğinden, sonuç olarak eylemine uyan 5237 sayılı Kanun'un 125/1-3-a, 125/4, 43/2 delaletiyle 43/1 ve 62/1 maddeleri gereğince 1 yıl 2 ay 17 gün hapis Cezası ile cezalandırılmasına, sanığın sabıkasız oluşu ve suç işlemeyeceği yönünde kanaat oluşması nedeniyle, CMY'nin 5728 sayılı Kanun'la değişik 231/5 maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına"* ilişkin karar verildiği anlaşılmıştır. Mahkeme, kararının gerekçesinde, şikayetlinin vekil olarak takip ettiği Tefenni Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 05.07.2005 tarihli duruşmaları için Tefenni'ye geldiği, duruşmalarının yapıldığını ve dosyalarının müracaata bırakıldığını öğrenince, şikayetçi-mağdur mahkeme kalem görevlilerine hitaben: *"ne biçim yer burası, ne biçim adamsınız, geçmişini sinkaf edeyim böyle işin"* demek suretiyle kamu görevlilerine hakaret ettiği kabul edilmiştir.

"Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına" ilişkin düzenleme, yakın tarihte ceza mevzuatımıza girmiştir. Mahkemece bu yönde verilen kararlar adli sicil kaydına işlenmemekte, başka bir deyişle hakkında mahkumiyet kararı verilmiş sanıklar, sabıkalı addedilmemekte, kararlarda belirtilen cezaların infazı 5 yıllık süre içinde suç işlenmediği takdirde infaz edilmemektedir. Ancak yapılan yargılama sonucu, ceza mahkemesi suçun unsurlarına ilişkin maddi olayları tespit etmekte ve manevi unsuru da nazara almak suretiyle, suç vasfını belirleyerek cezalandırma kararı vermektedir. Bu durumda, hakkında hükmün açıklanmasını geri bırakılmasına karar verilen sanık, verilen cezanın infaz edilmemesi ve sabıka teşkil etmemesi imkanından yararlanmaktadır. Öte yandan, hakkında bu tür hüküm kurulan sanığın, atılı suçu işledi-

ği ve işlediği suçun ferdileştirilmesi sonucu mahkemesince, kendisine uygun yasa maddesi gereğince ceza verildiği de tartışmasızdır.

Bu durumda, disiplin kovuşturmasına konu eylemle ilgili olarak şikayetli hakkında açılan ve Ağır Ceza Mahkemesi'nce karara bağlanan dosyada, şikayetlinin mahkeme kalem görevlilerine hakaret ettiğine ilişkin mahkeme yargısını ve kabulünü nazara almak ve doğru kabul etmek zorunluluğu bulunmaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesine göre, *"Avukatlar, yüklenedikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliği'nce belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler."*

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 25. maddesindeki; *"Avukat, mahkeme kalemlerinde, icra dairelerinde ve her türlü mercilerde çalışan görevlilerle olan ilişkilerinde de meslek onuruna ve ağırbaşlılığına uygun tutum ve davranışlarını korur."*

Şikayetlinin eylemi Avukatlık Kanunu'nun 34. ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 25. maddesine açıkça aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Burdur Barosu Disiplin Kurulu'nun *"kınama cezası verilmesine"* ilişkin kararında hukuki isabetsizlik görülmemiş ve kararın onanmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetlinin itirazının reddi ile Burdur Barosu Disiplin Kurulu'nun *"Kınama cezası verilmesine"* ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

KARARLARI

TAVLI/TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No.11449/02)

Çev.: İsmail KAVAK*
Elif SOYKAN*

KARAR STRASBOURG

9 Kasım 2006

KESİNLEŞME
09.02.2007

Bu nüsha Mahkeme Kurallarınının 81. maddesi uyarınca 25 Ocak 2007 tarihinde düzenlenmiştir

Bu karar Sözleşme'nin 44/2. maddesinde düzenlenen koşullarda kesinleşecektir. Yazınsal düzeltmelere tabi tutulabilir.

* Av., İzmir Barosu, İzmir Barosu Mesleki İngilizce Çalışma Grubu üyeleri. ("İzmir Barosu Mesleki İngilizce Çalışma Grubu (İBMİÇG)", 2 Şubat 2009 tarihinden itibaren İzmir Barosu tarafından düzenlenen "Mesleki İngilizce" kursuna eğitmen ve öğrenci olarak katılan Av. Serkan Cengiz, Av. Ata Sabri Atılgan, Av. İsmail Kavak, Av. Nuray Rüzgar, Av. Sevgi Sakarya, Av. Elçin Kurt, Av. Emine Çileli, Av. Erkul Erdem, Av. Zeynal Değirmenci ve Av. Elif Soykan tarafından kurulmuş olup, İzmir Barosu tüzel kişiliğinden bağımsız, gönüllülük temelinde faaliyet gösteren bir çalışma grubudur. Çalışma Grubu tarafından ele alınmış olan Tavlı / Türkiye kararı, yukarıda isimleri belirtilen arkadaşlarca yeniden gözden geçirilerek, yayına hazır hale getirilmiştir.)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(Üçüncü Daire), Tavlı'nın Türkiye'ye karşı olan davasında,

Bay B. M. Zupancic (Başkan),

hakimler,

Bay J. Hedigan,

Bay R. Türmen,

Bay C. Birsan,

Bayan A. Gyulumyan,

Bay David Thor Björgvinsson,

Bayan I. Ziemele,

Daire Yazı İşleri Müdürü Mr. V. Berger'den oluşan heyet olarak, 19 Ekim 2006 tarihinde kapalı oturumda müzakerede bulunmuş olup, aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir.

YARGILAMA(USUL)

1. Bu dava, Türk Vatandaşı olan Bay Kazım Tavlı (başvuran) tarafından 1 Şubat 2002'de, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşmenin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca, Türkiye aleyhine yapmış olduğu başvurudan (no.11449/02) kaynaklanmaktadır.

2. Başvuran Aksaray'da avukatlık yapan Bay I.Baykan tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti (Hükümet) bu davada, Mahkeme önündeki yargılamanın takibi için bir ajan görevlendirmemiştir.

3. Mahkeme (3. Daire), 2 Mayıs 2005 tarihinde başvurunun Hükümete bildirilmesine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca Sözleşme'nin 29/3 maddesi uyarınca, başvurunun esası ile kabul edilebilirliğinin birlikte incelenmesine karar vermiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

4. Başvuran 1962 yılında doğmuş ve Dortmund/Almanya'da yaşamaktadır.

5. Başvuran, 25 Aralık 1980 tarihinde, Aksaray'da resmi nikahla

evlenmiştir. Başvuran, birkaç ay sonra çalışmak üzere Almanya'ya gitmiştir.

6. Bayan A., 30 Temmuz 1981 tarihinde S. Adında bir çocuk doğurmuştur. Başvuran S.'nin doğumundan haberdar edildikten hemen sonra, 28 Eylül 1981 tarihinde, Aksaray Asliye Hukuk Mahkemesi'nde, babalığın reddi için bir dava açmıştır. 5 Ocak 1982 tarihinde, Ankara Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü kan testi sonuçlarına dayanarak, başvuranın S.'nin biyolojik babası olmasının muhtemel olduğu sonucuna varmıştır.

7. Mahkeme 1 Haziran 1982 tarihinde, Adli Tıp Enstitüsü'nün raporu ışığında ve başvuran ile bayan A.'nin evlenmeden önce birlikte yaşadıkları ve çocuğun evlilik birliği içerisinde doğmuş bulunduğu olgularını göz önünde tutarak, başvuranın davasını reddetmiştir.

8. Söz konusu evlilik 6 Haziran 1989 tarihinde boşanma ile sona ermiştir. Mahkeme, sırasıyla, S.'nin bakımı ve bayan A. için başvuranın 1.500.000. Türk lirası (TL) ve 2.500.000.TL nafaka ödemesine karar vermiştir.

9. 4 Mart 1997 tarihinde Almanya'da başvuranın S.'nin biyolojik babası olmadığını ortaya koyan bir DNA testi yapılmıştır.

10. Başvuran 10 Nisan 1997 tarihinde, DNA testinin bulgularına dayanarak, babalığın reddi davası için Aksaray Asliye Hukuk Mahkemesi'ne, yargılamanın yenilenmesi talebiyle başvurmuştur. Mahkeme yeni bir DNA testi yapılmasına karar vermiştir.

11. Bu arada Bayan A., 30 Mayıs 1997 tarihinde, aynı mahkemede, başvuranın, S.'nin bakımı için ödemekle yükümlü olduğu nafakanın arttırılması istemli ayrı bir dava açmıştır. Aksaray Asliye Hukuk Mahkemesi, 26 Kasım 1997 tarihinde, söz konusu miktarın 10.000.000. TL'ye çıkarılmasına karar vermiştir. Yargıtay bu kararı, 11 Mayıs 1998 tarihinde onamıştır.

12. Adalet Bakanlığı, (Adli Tıp Kurumu) Biyoloji Bölümü'nde yapılan Adli DNA testi de, evvelki testin bulgularını doğrulamıştır.19 Ağustos 1998 tarihli rapor, başvuranın S.'nin biyolojik babası olmadığı sonucuna varmıştır.

13. Aksaray Asliye Hukuk Mahkemesi, 20 Mayıs 1989 tarihinde, başvurucunun 1 Haziran 1982 tarihli kararın iptali ve yargılamanın

yenilenmesi talebinin reddine karar vermiştir. Mahkeme HUMK m. 445/1'i, yeni elde edilen delilin ilk yargılama sırasında mevcut olması ve mücbir sebep nedeniyle elde edilememiş olması gerektiği anlamına gelecek şekilde yorumlamıştır. Ancak, DNA testi mahkemenin nihai hükmünü vermesinden yıllar sonra yapılmıştır. Mahkeme, Yargıtay'ın 1969 yılında benzer bir davada nihai karardan yıllar sonra yapılan kan testine dayanılarak, davacının babalığın reddi davasının yargılamasının iadesi isteminin kabul edilemeyeceğine ilişkin kararına atıfta bulunmuştur.

14. Başvuran, 6 Temmuz 1999 tarihinde, mahkemenin bir davanın esasını, ilgili davanın esasına girdikten sonra, usule ilişkin sebeplerle davayı reddedemeyeceğini ileri sürerek, Aksaray Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararına karşı temyize başvurmuştur. Başvuran ayrıca, 5 Ocak 1982 tarihli raporun sırf varsayımlara dayalı olduğunu, oysa 1997 ve 1998 yıllarında yapılan DNA testlerinin kendisinin S.'nin babası olmadığı biyolojik gerçeğini ortaya koyduğunu ileri sürmüştür.

15. Yargıtay, 1 Kasım 1999 tarihinde, ilk derece mahkemesinin kararını S.'nin reşit olması ve menfaatlerinin annesiyle çatışması dolayısıyla, davanın tarafı olması gerekçesi ile bozmuştur.

16. Aksaray Asliye Hukuk Mahkemesi'ndeki yargılama yeniden başlamıştır. S. davaya ikinci davalı olarak dahil edilmiş ve duruşmadan da haberdar edilmiştir. Buna rağmen ne Mahkemede hazır bulunmuş ne de yazılı bir beyan sunmuştur. Mahkeme, 28 Kasım 2000 tarihinde daha önceki gerekçelerle, başvuranın yargılamanın yenilenmesi talebini reddetmiştir. Başvuran kararı temyiz etmiştir.

17. Yargıtay, 19 Nisan 2001 tarihinde ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Yargıtay kendi içtihatlarının ışığında, fennin gelişmesinin, HUMK.445/1 de düzenlenen mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

18.12 Ekim 2001 tarihinde başvuranın karar düzeltme talebi reddedilmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

19. Yargılama zamanına ilişkin HUMK m. 445/1 aşağıdaki gibidir:

"Katiyen verilen veya katiyet iktisap etmiş olan kararlar hakkında aşağı-

daki sebeplere binaen iadei muhakeme talep olunabilir:

Muhakeme esnasında esbabı mücbireye veya lehine hükmolunan tarafın fiiline binaen elde edilemeyen bir senet veya vesikanın hükmün itasından sonra ele geçirilmiş olması”

20. Medeni Kanun’un (22 Kasım 2001 tarih, 4721 no.lu) ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 285

“Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.”

Madde 286

“Koca, soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır.”

Madde 287

“Çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüşse davacı, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır.”

“Evlendenen başlayarak en az yüzseksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üçyüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır.”

Madde 289

“Koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde açmak zorundadır.”

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİNİN İHLALİNE İLİŞKİN İDDİA

21. Başvuran temelde Sözleşme’nin 8. maddesine dayanarak, eski

eşinden doğan çocuğun babası olmadığına dair bilimsel delile sahip olmasına rağmen, bu durumu mahkemeye tespit ettiremediğinden yakınmaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesi aşağıdaki gibidir:

Madde 8

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi

hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik,

kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

A. Kabul Edilebilirlik

22. Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 35/3. maddesi çerçevesinde açık bir şekilde dayanaksız olmadığını belirtmektedir. Mahkeme ayrıca, başvurunun başkaca nedenlerle de kabul edilemez olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekmektedir.

B. Esas

23. Hükümet yasal babalık karinesinin amacının genel olarak, evliliği, aileyi ve toplumsal istikrarı korumak olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet aile ilişkilerinde yasal kesinliği sağlamak ve çocuğun menfaatlerini korumakta zorunluluk bulunduğunu savunmuştur. Hükümet bundan dolayı, Yerel Mahkemenin işbu davada, şikayetini biyolojik gerçeğe dayandıran başvurucudan ziyade çocuğun ve ailenin menfaatini koruduğunu savunmuştur.

24. Başvuran, 5 Ocak 1982 tarihli raporun sonucunun, zamanın teknolojisiyle gerçekleştirilen yalnızca bir kan testi sonuçlarına dayanması nedeniyle, sadece bir varsayım olarak değerlendirilebileceğini ileri

sürmüştür. Bununla beraber, hem Türkiye’de ve hem de Almanya’da gerçekleştirilen DNA testleri sonuçları, tartışılmaz bir biyolojik durumu yansıtmaktadır.

1.8. Maddenin Uygulanabilirliği

25. Mahkeme, evlilik birliği içerisinde doğan bir çocuğun babalığının reddine ilişkin koca tarafından açılmış davaları daha önce de ele almıştır. Bahsi geçen davalarda, amacı hukuken mevcut olan aile bağlarını sona erdirmek olan babalık davalarının her halükarda babanın varsayılan (tartışmalı) çocukla ilişkilerinin tespitinin onun “özel yaşamını” ilgilendireceği bulgusu nedeniyle başvurusunun “aile yaşamını” ilgilendirip ilgilendirmediği sorusu cevapsız bırakılmıştır (Yıldırım / Avusturya, no.34308/96, 19 Ekim 1999, ve Rasmussen / Danimarka, 28 Kasım 1984 tarihli karar, seri A no.87, p.13, &33).

26. İşbu davada başvuru, biyolojik delile dayanarak, yargı yoluyla babalık karinesini çürütmeyi amaçlamaktadır. Tüm bu yargılamaların amacı, aynı zamanda kendisi adına kaydedilen, bayan A.’nın kızı ile yasal ilişkisinin tespit edilmesidir.

27. Dolayısıyla, davanın olguları, Sözleşmenin 8.maddesi sınırları içerisine girmektedir.

2. Genel İlkeler

28. Mahkeme, 8.maddenin temel amacının, bireyi kamu görevlilerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak olduğunu yineler. Ek olarak, özel ya da aile yaşamına etkin saygının sağlanmasının içinde barındırdığı pozitif yükümlülükler de mevcut olabilir. Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında dahi özel hayata saygının güvence altına alınmasını düzenleyen önlemlerin alınmasını da ihtiva edebilir (bkz. Mikulic / Hırvatistan, no. 53176/99, &57, ECHR 2002-I).

29. Hal böyle olmakla birlikte, bu madde kapsamında düzenlenen Devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar, kesin bir tanımlama yapmaya izin vermemektedir. Her şeye rağmen uy-

gulanabilir ilkeler benzerdir. Her iki bağlamda da dikkat bireyle toplumun çatışan menfaatleri arasında bir bütün olarak kurulması zorunlu olan adil bir dengeye verilmelidir. Her iki bağlamda da Devlet belli bir miktarda takdir hakkına sahiptir (bkz. Keegan / İrlanda, 26 Mayıs 1994 tarihli karar, Seri A no.290,p.19, &49, ve Kron ve Diğerleri / Hollanda, 27 Ekim 1994 tarihli karar, Seri A no.297-C, p.56, &31).

30. Mahkeme görevinin, ulusal düzeyde babalık ihtilaflarını düzenlemekle görevli yerel makamların yerine geçmekten ziyade, bu yetkililerin takdir yetkilerini kullanırken verdikleri kararları, Sözleşme uyarınca gözden geçirmek olduğunu yineler (bkz. Mikulic, yukarıda bahsedilen ve Hokkanen / Finlandiya, 23 Eylül 1994 tarihli karar, Seri A no. 299-A, p.20, &55). Mahkeme, bu nedenle, davalı devletin, başvuranın babalık davasının ele alınmasında, Sözleşme'nin 8. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığını inceleyecektir.

3.8. Maddeye Uygunluk

31. Mahkeme, başvuranın 1 Haziran 1982 tarihli kararın iptali ve yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair Yerel Mahkeme kararının hukuka uygun olduğu konusunda taraflar arasında bir anlaşmazlık bulunmadığını gözlemlemektedir. Gerçekten de başvuranın talebi, Mahkemenin nihai kararını verdikten sonra elde edilen, yargılama sırasında mücbir sebepten dolayı elde edilemeyen bir belge nedeniyle Mahkemenin yargılamanın yenilenmesine karar verebileceğini düzenleyen HUMK'nın 445. maddesine dayanmaktadır. Bununla beraber, Yargıtay içtihatları, fennin (bilimin) gelişmesinin, yukarıda bahsedilen madde kapsamında mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceğini şart koşmaktadır. Buna karşın yerel mahkemenin 445. madde yorumu, DNA testinin yaygınlaşmasına kadar, babalığa ilişkin biyolojik gerçeği tespit ettiremeyen kişilere herhangi bir olanak vermemektedir.

32. Mahkeme daha önceden de, doğum kaydı yapıldığının öğrenilmesinden itibaren bir yıldan fazla süre geçtikten sonra baba olamayacağının farkına varan bir başvuranın, babalığı reddetmesinin engellenmesi olgusunun, ulaşılmak istenen yasal amaçlarla orantılı olmadığı

ğını olmadığına karar vermişti (Shofman / Rusya, no. 74826/01, &45, 24 Kasım 2005) Mahkeme, Mizzi / Malta kararında, başvuranın babalığı reddine asla izin verilmemesi olgusunun, hedeflenen yasal amaçlara uygun olmadığını tespit etmiştir (no. 26111/02, &114, AİHM 2006..). Ancak bu tespitler, başvuranın çocuğun kendisinden olmadığından şüphelenmediği ve ancak yalnızca bir dava açması için belirlenen yasal zamanaşımı süresi çoktan geçtikten sonra şüphelenmeye başladığı davalarda yapılmıştır.

33. Bununla beraber, işbu davada durum farklıdır. Başvuranın, daha baştan itibaren babalığı konusunda şüpheleri bulunduğu ve bundan dolayı Medeni Kanununun 289.maddesinde düzenlenen zaman süresi içerisinde ki, S.'nin doğumunu takiben iki aydan kısa bir sürede, babalığın reddi davasını açtığı görülmektedir. Buna karşın, başvuran Medeni Kanununun 287. maddesinde düzenlendiği şekilde S.'nin babası olmadığını ispatlama olanağından yoksun kalmıştır. Bu nedenle Mahkeme, çocuğun evlilik birliği içerisinde doğmuş bulunduğu olgusuna dayanarak, başvurucunun baba olarak kabul edilmesine hükmetmiştir.

DNA testinin yaygınlaşmasıyla, başvuru ve S. test yaptırmış ve başvurucunun S.'nin babası olmadığı sonucu ortaya çıkmıştır. Bununla beraber, testin doğruluğuna ilişkin hiçbir şüphe bulunmamasına rağmen, Mahkeme, başvurucunun yargılamanın yenilenmesi talebini reddetmiştir. Mahkeme, yeniden yargılama yapılabilmesi için, yeni elde edilen delilin yargılama sırasında mevcut olması ve mücbir sebep dolayısıyla elde edilememiş olmasının zorunlu olduğu kanaatinde. Mahkeme, hal böyle olmakla, bilimsel gelişmenin madde hükmü kapsamında mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

34. Mahkeme (AİHM), Hükümetin, başvuranın ilk babalığın reddi davasını açtığı tarih olan 1982 yılında DNA testi yaptırmanın teknolojik zorluğunu hesaba katmaksızın başvuranın yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesinin, demokratik toplum gereklerine neden uygun olduğu hususunda herhangi bir gerekçe sunmadığını gözlemlemiştir. Mahkeme (AİHM) bunun yanı sıra, Hükümetin, yerel mahkemelerin, başvurucudan ziyade çocuğun ve ailenin menfaatlerini koruduğu savunmasını inandırıcı bulmamıştır. Özellikle de çocuğun

menfaatlerinin ne şekilde korunduğu ortaya konulamamıştır. Mahkeme (AİHM) başvuruçunun bilimsel delillere göre kendisinden olmayan bir çocuğun babalığını en azından reddetme hususunda meşru bir hakka sahip olduğu kadar çocuk S'nin de biyolojik babasının kimliğini bilmekte bir menfaati bulunduğunu belirmektedir.

35. Mahkeme(AİHM) içtihatlarına göre, hem kanıtlanmış gerçekler hem de tüm ilgililerin istemleri göz önüne alınmaksızın, yasal bir karinenin biyolojik ve sosyal gerçekliğe üstün tutulduğu bu durum, Devlete bırakılan takdir marjı (hakkı) göz önüne alındığında dahi, özel ve aile yaşamına etkin bir saygının sağlanması yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır (bkz. Kron, yukarıda bahsi geçen, &40).

36. Mahkeme (AİHM) bilimsel gelişmenin, HUMK m. 445/1. maddesi kapsamında düzenlenen bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak değerlendirilmemesinden dolayı, başvuranın babalığı reddetmesinin engellenmesi olgusunun, hedeflenen meşru amaçlarla orantılı olmadığı kanaatindedir. AİHM ilaveten, aile ilişkilerinin hukuki kesinliğinin korunmasına ilişkin genel yarar ve başvuranın biyolojik delil ışığında yasal babalık karinesini yeniden inceletme hakkı arasında adil bir denge kurulamadığını ifade etmektedir. (bkz. Mizzi, yukarıda bahsi geçen, &114, ve Shofman, yukarıda bahsedilen &45). AİHM, yerel mahkemelerin mevcut yasayı bilimsel gelişmelerin ve takip eden sosyal yansımaların ışığı altında yorumlaması gerektiği görüşündedir.

37. Mahkeme, davalı kendine tanınan takdir marjına rağmen, devletin başvuruçunun sözleşme gereği sahip olduğu özel yaşamına saygının sağlanmasında başarısız olduğu sonucuna varmıştır.

38. Bundan dolayı bir Sözleşme madde 8 ihlali tespit edilmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNCE YAPILAN BAŞVURU

39. Sözleşmenin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

Madde 41

"Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihla-

li ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder. "

40. Başvuran maruz kaldığı zararın giderilmesini istemekte, ancak miktarı Mahkemenin takdirine bırakmaktadır.

41. Mahkeme, öncelikle, herhangi bir maddi zarar anlamında bir delil bulunmadığını belirtir. Diğer yandan, Mahkeme, başvuruçunun devletin özel yaşama saygı gösterilmesi hakkına ilişkin pozitif yükümlülüğüne uymakta başarısız olmasının sonucu olarak özünde bir manevi zarara maruz kaldığını kabul etmektedir. Mahkeme başvuranın maruz kaldığı manevi zararın yalnızca Sözleşme'nin ihlalinin tespitiyle tazmin edilemeyeceğini dikkate almaktadır. Adil bir temelde değerlendirme yapılarak, başvurana 5.000.EURO -bu miktara işletilmesi muhtemel her türlü vergi eklenmek suretiyle- ödenmesine karar verilmiştir.

B. Masraf ve giderler

42. Başvuran bu başlık altında bir talepte bulunmamıştır.

C.Gecikme faizi

43. Mahkeme, Avrupa Merkez Bankası'nın en yüksek kredi faiz oranına üç puan eklenmek suretiyle gecikme faizi işletilmesini uygun bulmuştur.

Bu nedenlerle, mahkeme oybirliği ile,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna,
2. Sözleşmenin 8.maddesinin ihlal edildiğinin tespitine,

3. (a) Davalı devletin, başvurana manevi tazminat olarak, kararın, Sözleşmenin 44/2 . maddesine uygun olarak kesinleşmesi tarihinden itibaren üç ay içerisinde 5.000.Euro (beşbin Euro)nun -işletilmesi muhtemel olan her türlü vergi ile birlikte - ödeme tarihindeki kurdan Yeni Türk Lirasına çevrilerek ödemesine,

(b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin geçmesinden itibaren ödeme tarihine kadar, yukarıdaki miktara Avrupa Merkez Bankasının en yüksek kredi faiz oranının üzerine üç puan ilave edilmek suretiyle basit faiz işletilmesine,

karar vermiştir.

ngilizce hazırlanmış ve Mahkeme Kurallarının 77/2. maddesine uygun olarak yazılı bir şekilde 9 Kasım 2006 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Vincent Berger

Bostjan M. ZUPANCIC

Yazı İşleri Md.

Başkan

Sözleşmenin 45/2. maddesi ve Mahkeme Kurallarının 74/2. maddesi uyarınca, Bay Zupancic'in ayrık görüşü karara eklidir.

B. M. Z.

V. B.

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 30 Ekim 2009/27391

5922 Milletvekili Seçimi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 24 Kasım 2009/27416

5923 Türkiye Cumhuriyeti ile Karadağ Arasında Serbest Ticaret Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 26 Kasım 2009/27418 (Mükerrer)

5924 Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

5925 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, İslam Konferansı Örgütü ve İslam Konferansı Diyalog ve İşbirliği Gençlik Forumu Arasında İslam Konferansı Diyalog ve İşbirliği Gençlik Forumunun İstanbulda Kurulması Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5926 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Singapur Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5927 Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 10 Aralık 2009/27428

5928 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Tacikistan Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Program Koordinasyon Ofisinin Faaliyetine İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

5929 2005 Uluslararası Zeytinyağı ve Sofralık Zeytin Anlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun

5933 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuveyt Devleti Hükümeti Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun

YÖNETMELİKLER

RG 16 Ekim 2009/27378

- Diyanet İşleri Başkanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı İmam-Hatip Liseleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Taşınmalı İlköğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ulaştırma ve Haberleşme Uzman ve Uzman Yardımcılarının Sınav, Atama, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Enez Bölgesi Arkeoloji Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Üniversitesi Türk Halkbilimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İstanbul Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Süleyman Demirel Üniversitesi Nörolojik Bilimler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 17 Ekim 2009/27379

2009/15480 Memurlara Yapılacak Giyecek Yardımı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Millî Savunma Bakanlığı Sevk Tehiri İşlemleri Yönetmeliği
- Organik Tarımın Esasları ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirai Karantina Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İller Bankası Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 18 Ekim 2009/27380

- Ağrı İbrahim Çeçen Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Çağ Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Okan Üniversitesi Ulaştırma Teknolojileri ve Akıllı Otomotiv Sistemleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 19 Ekim 2009/27381

- İzmir Üniversitesi Ana Yönetmeliği

RG 20 Ekim 2009/27382

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelik
- Muğla Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 21 Ekim 2009/27383

- Milli Eğitim Bakanlığı Özel Dershaneler Yönetmeliği
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Ekim 2009/27384

- Sağlık Bakanlığı Atama ve Nakil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevre Denetimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü Proje Destekleme Esaslarına Dair Yönetmelik

RG 23 Ekim 2009/27385

- Maliye Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme, Unvan Değişikliği ve Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Hizmet İçi Eğitim Merkezleri Yönetmeliği
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Ekim 2009/27386

- Türkiye Demiryolu Makinaları Sanayi Anonim Şirketi Genel Müdürlüğünün 4734 Sayılı Kanununun 3 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Hizmetlerinin Tanımı ve Bu Hizmetlere Atanacak Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolları Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliği

RG 25 Ekim 2009/27387

- Galatasaray Üniversitesi Atatürk İlkeleri ve İnkılâp Tarihi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 26 Ekim 2009/27388

- Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelik
- Türkiye Adalet Akademisi Başkan ve Başkan Yardımcıları Adaylarının Seçilme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Eski Hükümlü İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Kadın Hakları ve Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 27 Ekim 2009/27389

- Uluslararası Emniyet Yönetimi Kodunun Türk Bayraklı Gemilere ve İşletmecilerine Uygulanmasına Dair Yönetmelik

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tekel Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Tütün, Tütün Mamulleri, Tuz ve Alkol İşletmeleri Anonim Şirketi Satım ve Kiraya Verme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 28 Ekim 2009/27390

- 2809 Sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununun Ek 55 inci Maddesinde Belirtilen Özel Hesabın Oluşturulması, Kullanımı ve Denetimine Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliğinin Görev, Çalışma ve Vekalet Ücretinin Dağıtılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Muğla Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Arşiv Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Ekim 2009/27391

- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Kadın Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 31 Ekim 2009/27392

2009/15519 Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Sınır Ticaret Merkezlerinin Fiziki Olarak Düzenlenmesi, Eşya ve Stok Kontrollerinin Yapılması ile Bu Merkezlere Giriş ve Çıkışlara İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik
- Gümrük Laboratuvarlarının Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik

RG 02 Kasım 2009/27394

- Kırıkkale Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 03 Kasım 2009/27395

- Okul Spor Kulüpleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- 4123 Sayılı Kanunun Geçici Birinci Maddesinin Uygulanmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Piyasa Gözetimi ve Denetimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Kasım 2009/27396

- Erciyes Üniversitesi Psikolojik Danışma ve Rehberlik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Gaziantep Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ile Sınav ve Değerlendirme Esaslarına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Kasım 2009/27397

- Borsa Dışı Teşkilatlanmış Menkul Kıymetler Piyasalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

- Celal Bayar Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Erciyes Üniversitesi Astronomi ve Uzay Bilimleri Gözlemevi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 06 Kasım 2009/27398

- Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Orta Anadolu Biyoteknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Gelişim Meslek Yüksekokulu Zorunlu İngilizce Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 10 Kasım 2009/27402

- Tapu Sicil Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
- Tarıma Dayalı İhtisas Organize Sanayi Bölgeleri Uygulama Yönetmeliği
- Kimyasalların Envanteri ve Kontrolü Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Kadın Sorunları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 11 Kasım 2009/27403

- Denizcilik Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Denizcilik Müsteşarlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Yurtdışı İşçi Hizmetleri Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Atama, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Genel Müdürlüğü ve Bağlı Dağıtım Şirketlerinin 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin (g) Bendi Kapsamında Yapacağı Mal ve Hizmet Alımları Hakkında Yönetmelik

RG 12 Kasım 2009/27404

- Tarife Yönetmeliği
- Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Kasım 2009/27405

2009/15549 Ereğli Kömür Havzası Amelebirliği Biriktirme ve Yardımlaşma Sandığı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Hazine Müsteşarlığı Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hazine Müsteşarlığı Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 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
- Türk Vatandaşlarının Günlük Yaşamlarında Geleneksel Olarak Kullandıkları Farklı Dil ve Lehçelerde Yapılacak Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Yönetmelik

RG 14 Kasım 2009/27406

- Otomatik Olmayan Tartı Aletleri Yönetmeliğinde (90/384/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Havaalanları Yer Hizmetleri Yönetmeliğinde (SHY-22) 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
- Adnan Menderes Üniversitesi Tıp ve Sağlık Bilimleri Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Kasım 2009/27407

- Merkezi Finans ve İhale Birimi Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ankara Üniversitesi Önlisans ve Lisans Uzaktan Eğitim Yönetmeliği
- Atılım Üniversitesi Metal Şekillendirme Mükemmeliyet Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hacettepe Üniversitesi Farmasötik ve Biyofarmasötik Bilimler Teknoloji Uygulama ve Araştırma Merkezi (FATUM) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 16 Kasım 2009/27408

- İstanbul Üniversitesi Epilepsi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Dilek Sabancı Devlet Konservatuvarı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 17 Kasım 2009/27409

- Ulaştırma ve Haberleşme Uzman ve Uzman Yardımcılarının Sınav, Atama, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Gemilerin Teknik Yönetmeliği
- Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 18 Kasım 2009/27410

- Devlet Personel Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Sınav, Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Nanotıp İleri Teknolojiler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Teknik Üniversitesi Çift Diplomaya Yönelik Uluslararası Ortak Lisans Programları Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Marmara Üniversitesi Nöroşirurji Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Uludağ Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Kasım 2009/27412

- 2009/15559 Memurların Hastalık Raporlarını Verecek Hekim ve Sağlık Kurulları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Basın-Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İller Bankası Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Kasım 2009/27413

- Bitki Koruma Ürünlerinin Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Selçuk Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezleri Yönetmeliği

RG 22 Kasım 2009/27414

- İçişleri Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Trakya Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 23 Kasım 2009/27415

- Çevre ve Orman Bakanlığı Personelinin Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Kasım 2009/27416

- Sosyal Yardım Uzman Yardımcılığı ve Sosyal Yardım Uzmanlığı Sınav, Atama, Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Bartın Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Murat Sertel İleri İktisadi İncelemeler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Kasım 2009/27417

- İstanbul Teknik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yalova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Yalova Üniversitesi Yaz Öğretimi Yönetmeliği

RG 26 Kasım 2009/27418

2009/15594 Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Selçuk Üniversitesi Bölgesel Gelişme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 26 Kasım 2009/27418 (Mükerrer)

- Pan Avrupa Akdeniz Menşe Kümülyasyon Sistemi Kapsamı Ticarete Eşyanın Tercihli Menşenin Tespiti Hakkında Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Dengeleme ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Şebeke Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 01 Aralık 2009/27419

2009/15611 Kamu İhale Kurumu Teşkilatı ve Personelinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

- Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Jeofizik Mühendisleri Odası Meslek İçi Eğitim ve Belgelendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Aralık 2009/27420

DÜZELTME (16/11/2009 Tarihli ve 2009/15611 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Yürürlüğe Konulan “Kamu İhale Kurumu Teşkilatı ve Personelinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ile İlgili)

RG 03 Aralık 2009/27421

- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Türkiye-Avustralya Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Tunceli Üniversitesi Su Ürünleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 04 Aralık 2009/27422

- Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- İşletme Belgesi Hakkında Yönetmelik
- Ardahan Üniversitesi Önlisans-Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Uşak Üniversitesi Uzaktan Eğitim Meslek Yüksekokulu Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 05 Aralık 2009/27423

- Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Kadının Statüsü Uzman Yardımcılığı Giriş, Kadının Statüsü Uzmanlığı Yeterlik Sınavları ile Atama ve Yetiştirilmelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Yaş Sebze ve Meyve Üretici Birliklerinin Tabi Olduğu Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsünde Değişiklik Yapılmasına Dair Statü
- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Aralık 2009/27414

- İstanbul Teknik Üniversitesi Türk Musikisi Devlet Konservatuvarı Lisans Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- İstanbul Arel Üniversitesi Kariyer Planlama Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 07 Aralık 2009/27425

- İstanbul Arel Üniversitesi Psikolojik Danışma, Rehberlik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kadir Has Üniversitesi Teknoloji ve Hukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 08 Aralık 2009/27426

- Millî Eğitim Bakanlığına Bağlı Fen Liseleri, Sosyal Bilimler Liseleri, Güzel Sanatlar ve Spor Liseleri ile Her Türdeki Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ortez-Protezleri İsmarlama Olarak Üreten ve/veya Uygulayan Merkezler ile İşitme Cihazı Satış ve Uygulaması Yapan Merkezler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirai Karantina Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Arel Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- Ondokuz Mayıs Üniversitesi Temiz Enerji Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Yalova Üniversitesi Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Yalova Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 09 Aralık 2009/27427

- Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Disiplin Yönetmeliği
- Plato Meslek Yüksekokulu Ana Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Plato Meslek Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Sabancı Üniversitesi Temel Geliştirme Yılı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Aralık 2009/27428

- İstanbul Üniversitesi Küresel Siyaset ve Yönetim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 11 Aralık 2009/27429

- Bankaların Likidite Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zirve Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Zirve Üniversitesi Orta Doğu Stratejik Araştırmalar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 12 Aralık 2009/27430

- Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Avrupa Birliği İşleri Uzman Yardımcılığı Giriş ve Uzman Yeterlik Sınavı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Personeli Eğitim Merkezleri Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Aralık 2009/27431

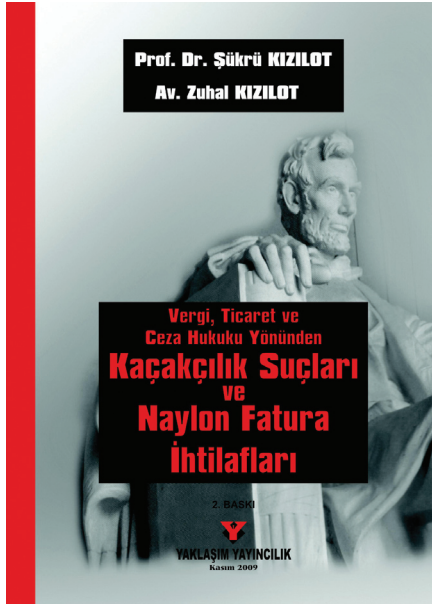
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne Ait Taşınmazların İdaresi Hakkında Yönetmelik

RG 14 Aralık 2009/27432

- Sporcu Lisans, Tescil, Vize ve Transfer Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Aralık 2009/27433

- 4046 Sayılı Kanun Kapsamında Danışmanlık Hizmetleri İhalelerinde Uygulanacak Esas ve Usullere İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Hastahanesi (Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Düzce Üniversitesi Dil, Tarih ve Kültürel Zenginlikleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Hitit Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği



Prof. Dr. Şükrü KIZILOL
Av. Zuhal KIZILOL
Vergi İhtilafları
ve Çözüm Yolları
Yaklaşım Yayıncılık,
Ankara 2009 (17. Baskı).

Türk vergi hukuku alanında yayımlanmış olan bu eser, uygulama açısından son derece önemli bir yere sahiptir. Eserde; vergi tarhiyatı ve vergi cezalarından idari aşamada kurtulma yolları, vergi ihtilaflarının çözümü, vergi mahkemesinde usule ilişkin açıklamalar, vergi tarhiyatlarına, vergi cezalarına ve ödeme emrine karşı yapılacak yargısal işlemler ve vergi idaresine, vergi mahkemesi, bölge idare mahkemesi ve Danıştay'a yapılacak başvurularda kullanılacak olan dilekçe örneklerine yer verilmiştir. Vergi

usul hukukunda yol haritası niteliğinde olan bu değerli eserin, hukukçular için incelenmesi zorunlu bir eser olduğu inancıyla bütün hukukçulara tavsiye ederiz.

Prof. Dr. Şükrü KIZILOL
Av. Zuhal KIZILOL
Vergi, Ticaret ve
Ceza Hukuku Yönünden
Kaçakçılık Suçları ve Naylon
Fatura İhtilafları
Yaklaşım Yayıncılık,
Ankara 2009 (2. Baskı).

Bu eser, ülkemiz hukuk literatüründe incelemesi çok az yapılmış bir konu olan “Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura” konusunu ayrıntılı olarak incelemiştir. Eserde, “Naylon Fatura” özelinde Vergi Usul Kanunu’nda yer alan “Kaçakçılık Suçları”, bu suçlar neticesinde ortaya çıkan adli-idari cezalar ve tedbirler irdelenmiş, okuyucuya uygulamaya yönelik önemli bilgiler verilmiştir. Naylon faturada idari ceza olan vergi ziyayı cezası, naylon fatura nedeniyle hapse girme, mükelleflerin koda alınması, bunlara karşı dava açılması başlıkları incelenirken, kaçakçılık suçları ile ilgili yüksek mahkemelerin vermiş oldukları özellikle yakın tarihli emsal kararlara da yer verilmiştir. “Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura” konusunda vergi, ticaret ve ceza hukuku yönünden ayrıntılı incelemenin yapıldığı, uygulamada ortaya çıkabilecek sorun ve

sonuçlara değinen bu önemli eseri özellikle uygulamacılara tavsiye ederiz.



Prof. Dr. Vahit DOĞAN
5901 Sayılı Kanuna Göre
Güncellenmiş Türk
Vatandaşlık Hukuku
Seçkin Yayıncılık,
Ankara 2009.

12.06.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu, Türk Vatandaşlık hukukunda önemli değişiklikleri de beraberinde getirmiştir. Böylece, Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybedilmesinde eski kanuna göre farklılıklar içermektedir. Bu değişikliklerin yer aldığı bu önemli eser, Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybedilmesi,

vatandaşlık ihtilafları ve çözüm yollarını, vatandaşlığın Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun dışında kazanılması ve kaybedilmesini ve tüzel kişi ve şeylerin tabiyetini ayrıntılı şekilde incelemiştir. Bu değerli eserin, hukukçular için incelenmesi zaruri bir eser olduğu inancıyla, bütün hukukçulara tavsiye ederiz.

Doç. Dr. Bülent ÇİÇEKLİ
Uluslararası
Hukukta Mülteciler
ve Sığınmacılar
Seçkin Yayıncılık,
Ankara 2009.

İltica ve sığınma taleplerinin yoğun olarak ortaya çıktığı günümüzde, bu kişilere yönelik uluslararası bir koruma sağlanabilmesi, uluslararası alanda devletlerin temel sorumlulukları içerisinde gösterilmektedir. Bu eser yazara göre, uluslararası alanda geliştirilmiş mülteci hukuku normlarının ulusal mülteci hukuku açısından değerlendirilmesine ve analiz edilmesine katkı sağlamayı hedeflemektedir. Eserde, mülteci hukuku, mülteci ve sığınmacı kavramı, mülteci statüsünün belirlenmesi, mültecilerin korunmasına ilişkin uluslararası anlaşmalar, iltica/sığınma prosedürü, mülteci ve sığınmacıların hak ve özgürlükleri incelenmiştir. Bu eseri alanı içerisinde önemli bir eser olduğu kanaatiyle, bütün hukukçulara tavsiye ederiz.