

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

**ON SEKİZİNCİ
BARO BAŞKANLARI
TOPLANTISI**

**22 KASIM 2009
ANKARA**

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

YIL: 22

SAYI: 87

MART-NİSAN 2010

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
28.02.2010

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN: 1304-2408

Sahibi

Av. Özdemir Özok, Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yayın Sorumlusu

Av. Cengiz Tuğral, TBB Genel Sekreteri

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Teoman Ergül

Yayın Yönetmen Yardımcısı

Av. Oya Günendi Yağan

TBB Yayın Eşgüdüm Kurulu

Av. Özdemir Özok

Av. Cengiz Tuğral

Av. Sitare Sağsen

Av. Teoman Ergül

Av. Özcan Çine

Dergi Yayın Kurulu

Av. Oya Günendi Yağan

Av. Özcan Çine

Av. Serkan Ağar

Av. Olcay Küçükpehlivan

Av. Sezercan Bektaş

Av. Alper Can Aykaç

Danışma Kurulu

(Soyadı sırasıyla)

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

Prof. Dr. Haluk Günuğur (Türkiye-AB Derneği Başkanı Bşk.)

Prof. Dr. Hamit Hancı (AÜ. Tıp Fak. Adli Tıp Anabilim Dalı Bşk.)

Sabih Kanadoğlu (Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı)

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Ü. Hukuk Fak.)

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz (Antalya Ü. Hukuk Fak. Dekanı)

Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Galatasaray Hukuk Fak.)

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.
- 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. "Windows Word" 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 1,5 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, yayinevi, 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-posta adreslerini göndermelidirler.
- Dergiye verilecek/gönderilecek yazılar Yayın Kurulu'nca ilk değerlendirilmesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde hakeme/hakemlere gönderilecek; hakemden/hakemlerden gelecek rapor doğrultusunda yazının "Hakemli Yazılar" bölümünde basılmasına, yazarından rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve durum yazara bildirilecektir.
- Yazarı tarafından "Hakemli Yazılar" bölümünde yayımlanması istenilmeyen yazılar, Dergi Yayın Kurulu'nun kararı ile yayımlanabilecektir.
- Gönderilen yazıların yayımlanması kabul edildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik 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 Yayınlarının Hazırlanması, Basım ve Dağıtım Yönetmeliği çerçevesinde telif ücreti ödenecek; ayrıca yazarına üç adet dergi gönderilecektir.

İÇİNDEKİLER

	11	Haberler
Ahmet M. GÜNEŞ	43	İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nden Kyoto Protokolü'ne...
Songül ATAĞ	90	Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler
M. Emin AKGÜL	121	Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Bağlamında AİHS ve Anayasa Hükümleri...
Aydan Ömür SURLU	150	İnsan Haklarının ve AİHS'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması
Feriha Bilge TANRIBİLİR	195	5718 Sayılı MÖHUK'nun Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine
Sercan Coşkun KULAK	228	Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi
Sacit YILMAZ	262	Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu
Elvan KEÇELİOĞLU	299	Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları
A. Eda MANAV	322	İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları
Hüsamettin UĞUR	365	Özel Ceza Yasalarına Göre Mahkemelerin Görevleri
İ. BİRİNCİOĞLU / E. ÖZKARA	403	Adli Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler...
Ö. KESKİNSOY / K. ERDİL	434	Salt Çoğunluk Kavramından Ne Anlaşılması Gerekliği Üzerine
İlhami ÖZTÜRK	442	Hak Arama Özgürlüğü Bağlamında Kamu İhale İşlemlerine Karşı Teminat Ödenmesi Şartı ile Tanınan İtirazen Şikâyet Hakkı
Müjgan KARYAĞDI		
Yonca F. YÜCEL	464	Tasarruf Sahiplerinin Hak ve Menfaatlerinin Korunmasına Dair Mevzuat
Yargıtay Kararları	489	
Disiplin Kurulu Kararları	504	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları	520	Avusturya Plastik Sanatçılar Birliği / Avusturya Çev.: B. GÜNAYDIN, E. GÜLER 28431/06, 5559/07, 2642/08, 38143/68 ve 58227/08 No.'lu Türkiye'ye Karşı Yapılan Başvurular Çev.: Ö. YILMAZ, S. CENGİZ Sinan Işık / Türkiye Çev.: İBİMİÇG
Yasalar, Tüzükler, Yönetmelikler	562	
Ekler	586	

GELECEK SAYILARIMIZDA

Yeni Türk Ceza Siyasetinin (De Facto) Yansımaları
Doç. Dr. Mustafa Tören YÜCEL

Ceza Hukuku Boyutuyla Mobbing
Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM / Av. Benay PARLAK

Özelleştirme Uygulamalarında Yolsuzluk ve Alınması Gereken Önlemler
Hasan DURSUN

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

Teselsülde Dış İlişkide Borçlunun Def'ileri
Av. Şevket GÜNAY

Tarım Reformu ve Mayınlı Araziler
Av. Halil YAZGI

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

Kasten Öldürmenin İhmalî Davranışla İşlenmesi "Türk Ceza Kanunu 83. madde"
Özlem KOÇAK SÜREN

Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Arama, Elkoyma ve Gözaltı
Ezgi KIZILKAYA

Teselsül Karinesi
Pınar AĞCA TOPLANDI

Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu /
Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu
Av. Ş. Cankat TAŞKIN

Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme
Av. Yonca F. YÜCEL

İktisadi Akılla Kanun Yapma Yöntemi: Düzenleyici Etki Analizi
Öykü BOZKURT

editör'den

Bu sayımızda hakemli ve hakemsiz çok sayıda makale yayımlamaktayız. Bunları “içindekiler” sayfasında topluca görmemiz mümkün olduğu için burada yinelemeyeceğim. Türkiye’de üniversite dergileri kadar büyük bir ciddiyetle “hakem” kurumunu çalıştırmaya çalışıyoruz. Bazen dostlarımızı hatta çalışma arkadaşlarımızı kırma pahasına titizlikle yapıyoruz bu işi. Bunun içindir ki Türkiye Barolar Birliği Dergisi hukuk yayıncılığında belli bir kaliteyi ifade etmektedir ve bilimsel çalışmalarını hukuk kamuoyu ile paylaşmak isteyen değerli hukukçuların ilk aklına gelen dergi olmaktadır. Bize bu disiplinli ve rahat çalışma olanağını sağlayan Türkiye Barolar Birliği Başkanı Özdemir Özok ve birlikte çalışmaktan zevk duyduğum üç dönem yönetim kurulu üyelerine teşekkürlerimi sunuyorum.

* * *

“Yargı reformu” düşüncesi ve sözü -altmış yıla yaklaşan uzun meslek yaşamımda- hiç gündemden düşmedi. Ancak hemen söylemeliyim ki, genellikle zor ve çalkantılı günlerde ortaya atılan ve tartışılan reformist düşünceler hemen kamplaşmalara neden olmakta bilimsel, tarihi ve sosyal gerçeklere uygun çözümler bulunmasına engel olmaktadır. Bunun için deneyimlerime dayanarak şunu söylemek istiyorum: Herkes “yargı reformu” konusunda çalışsın, ürünler ortaya koysun, gerçekleri sergilesin, ama kesin çözüm bulduğu iddiası ile ortaya çıkmasın. Hele “bilim adına” sabah kahvaltısında çocukları ile yaptıkları 23 Nisan sohbetlerini çözüm diye toplumun önüne koymasınlar. Gerçeği ve radikal çözümleri toplumun dingin günlerinde arayalım. Ancak, yine benim gördüğüm, ortalık durulunca da kimsenin “yargı reformu” lafını etmez olduğudur. Bizim sıkıntımız ve çelişkimiz burada...

Toplumsal yapı ve yargı algılaması üzerinde son günlerde yapılan çalışma ve yayınlar bu bağlamda büyük önem taşımaktadır. İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin işbirliğiyle gerçekleştirilen “yargı alanına ilişkin bir projenin nihai raporlarının” yer aldığı “Adalet Gözet” kitabı. TESEV'in geçen sayımızda eleştiri ve tanıtımını yaptığımız “Algılar ve Zihniyet Yapıları” ana başlıklı araştırmaya dayanan “Biraz Adil, Biraz Değil...” ve “Adalet Biraz Es Geçiliyor...” adlı iki kitap. Adalet Bakanlığı, Avrupa Etkin Yargı Komisyonu (CEPEJ) ile Avrupa Yargı Sistemleri adlı bir kitap yayımladı. Kitap “(2006 verileriyle) Adaletin Etkinlik ve Kalitesi” alt başlığını taşıyor.

İleriki günlerde gündeme geleceği anlaşılan “yargı reformu” ile tartışmalarımızda bu kitapların elden düşmeyeceğini, bizzat kitapların da tartışma konusu olabileceğini sanıyorum.

Saygılarımla.

Teoman Ergül

KARİKATÜRLERLE
İNSAN HAKLARI
ÇOCUK HAKLARI

ÖĞÜZ GÜREL



400 sayfa

KAMUOYUNA DUYURU

Erzincan Cumhuriyet Başsavcısının gözaltına alınması ve tutuklanması, hukuk devletine ve onun en önemli özelliği olan yargı bağımsızlığına son zamanlarda vurulan darbelerin yeni bir örneğidir.

Hukuk devletinde hakimler ve savcılar dahil hiç kimsenin hukuka aykırı işlem ve kararları sebebiyle sorumsuz olamayacağı açıktır. Yargının kurucu unsurlarının temsilcilerinin de, gerektiğinde soruşturulmalarının ve kovuşturulmalarının usul ve esasları, Anayasa ve diğer yasalarda düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını amaçlamaktadır.

Yaşanan son örneklerle; hukuk bilimi, yasalar ve hukukun kuralları pervasızca aşındırılmakta; hukuka ve yargıya olan güven sarsılmakta ve toplum güvenceden yoksun bırakılarak korku ortamına itilmektedir.

Hukuk devletinde hukuk kuralları, herkes bakımından eşitlik içinde doğru ve dürüstçe uygulanmalıdır. Aksine davranışlar hukuk ihlali niteliği taşır. Halkımızın hukuk ihlallerini görmeye değil, hukuk düzeni içinde yaşamaya ihtiyacı vardır.

Daha da ilginç olan; yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığına ağır darbe vuran bu gelişmelerin; siyasi iktidarın, yargı reformu çalışmalarını sürdürdüğü bir dönemde hız kazanmış olmasıdır. Siyasi iktidarın “*birey hakkının güvencesi olan*” yargı bağımsızlığını ortadan kaldırmayı hedefleyen keyfi uygulamalarının en büyük zararı; demokrasiye, hukuk devletine, onun en önemli özelliği yargı bağımsızlığına, halkın hak arama özgürlüğünün sesi olan savunmaya ve en önemlisi halkımıza yansımaktadır.

Toplumun, “*yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi*” ve “*yargının tarafsızlığının geliştirilmesi*”ne bugün her zamankinden daha çok ihtiyacı vardır.

Bu tür hukuka aykırılıklar düzeltilse bile, bugün için yararı bir hayli ağırlaşan hukuk devletine ve yargı bağımsızlığına verilen zararlar hiçbir şekilde telafi edilemeyecektir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin “*Başlangıç*” bölümünde, çağdaş anlamda özgür bir toplumdan söz edebilmek için, en başta o toplumu oluşturan insanların “*korkudan kurtulmuş*” olmaları gerektiği vurgulanmaktadır.

Yaratılmaya çalışılan korku toplumu, hukuk devleti ve insan hakları gibi kavramlar için değil; totaliter ve otoriter yönetimler için elverişli bir zemin oluşturur.

Sağlıklı ve huzurlu bir yargı düzeni, çağdaş demokrasinin de ön koşuludur. Böyle bir yargı düzeni kurulmamışsa, “hukuk devleti”, “insan hakları” ve “demokrasi” gibi kavramlar, güvenceden yoksun, boş laflar olmaktan ileri geçemez.

TBB; bugüne kadar olduğu gibi bundan sonra da, hukukun üstünlüğünden, hukuk devletinden, yargı bağımsızlığından, savunma özgürlüğünden, ülkemizde demokrasinin eksiksiz uygulanmasından yana olan ve ödün vermeyen anlayışıyla, mücadelesini sürdürmeye devam edecektir.

Herkesi hukuk düzeni içinde kalmaya davet ederek, görüşlerimizi kamuoyuyla saygıyla paylaşıyoruz.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

TBB’NİN KABUL ETTİĞİ “AVUKATLIK ASGARİ ÜCRET TARİFESİ” YAYIMLANDI

Her yılsonunda TBB Yönetim Kurulu tarafından hazırlanarak Resmi Gazete’de ilan edilmesi gereken (Av. K. m.168), “Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi” yayımlandı. (RG, 24.12. 2009/ 27442)

Tarife ayrıca kitapçık halinde barolara, mahkemelere gönderildi; meslektaşlarımızın yararlanmasına sunuldu.

ANAYASA MAHKEMESİ AVUKATLIK SİNAVINA İLİŞKİN GEREKÇELİ KARARINI AÇIKLADI

28.11.2006 günlü, 5558 sayılı “Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 1. maddesinin Anayasa’nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyile Anayasa Mahkemesi’nde açılan davada

verilen 15.10.2009 tarihli kararın gerekçesi 08.01.2010 tarih ve 27456 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.*

ANKARA BAROSU ENERJİ HUKUKU KURULU TARAFINDAN “KOPENHAG ÖNCESİ VE SONRASI KYOTO PROTOKOLÜ” KONUSU PANEL YAPILDI

Ankara Barosu tarafından düzenlenen “Kopenhag Öncesi ve Sonrası Kyoto Protokolü” konulu panelde Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol bir konuşma yaptı. Konuşmanın bir bölümünü aşağıda bulacaksınız. (Konuşmanın tam metni internet sitesinde bulunmaktadır.)

“Küresel ısınma ortalamalarını tespit açısından, aletli sıcaklık gözlemlerinin XIX. yüzyıl ortalarından itibaren yapıldığı bilinmektedir. Günümüz XXI. yüzyılında sıcaklık artışının o tarihlere oranla 0.4 - 0.8 derece arttığı ifade edilmekte, yaşadığımız yüzyıl ile bu

yüzyıl arasındaki farkın da bir ila üç buçuk derece olacağı öngörüsünde bulunulmaktadır.

Bu kadar küçük miktardaki ısı değişim ve artışları ilk bakışta önemli gibi görülmeyebilir. Ancak bilim adamları bu değişim ve artışların dünyamız ve tüm canlılar için felaket olduğunu ve olacağını dile getirmektedirler.

Ancak entelektüel dürüstlük adına bu rakamların abartılı olduğunu söyleyenlerin de var olduğunu ifade etmemiz gerekir. Hatta kimileri küresel ısınmanın yeni tarım alanları açacağı ve bu nedenle de insanlığa yararlı olduğunu iddia etmektedirler.

Bu tehlike ve felaketlerden korunmak ve ciddi tedbirler almak gerektiğini anlayan Birleşmiş Milletler, 1992 yılının Mayıs ayında New York'ta ; "Günümüz ve gelecek kuşaklar için iklim sistemini korumak kararlığıyla", Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ni imzalamışlardır. Bu sözleşmenin 1994 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, 1997 yılının Aralık ayında da küresel ısınma ve iklim değişikliği konusunda mücadeleyi sağlamaya yönelik uluslararası tek çerçeve olan Kyoto Protokolü imzalanmıştır.

Sözleşmenin başlangıcında, "Günümüz ve gelecek kuşaklar için iklim sistemini korumak kararlığının" nihai amaç olduğu belirtilmektedir.

Bu protokolü imzalayan ülkeler karbondioksit ve sera etkisine sebep olan diğer beş gazın salınımını azaltmaya veya bunu yapamıyorlarsa salınım ticareti yoluyla haklarını arttırmaya söz vermişlerdir. Protokol, ülkelerin atmosfere saldıkları karbon miktarını 1990 yılındaki düzeylere düşürmelerini gerektirmektedir.

2004 yılında Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesine taraf olan

Türkiye, KYOTO protokolünü ancak 2008 yılında imzalamıştır. Protokole katılmayın uygun bulunduğu kanun tasarısı 5.2.2009 tarihinde TBMM de kabul edilerek kanunlaşmıştır.

Bildiğiniz gibi, geçerlilik süresi 2012 yılında dolacak olan KYOTO Protokolünün yerine yeni bir protokolün hazırlanması amacıyla düzenlenen ve Türkiye dahil 192 ülkenin katıldığı Kopenhag'taki İklim Değişikliği Zirvesi 7-18 Aralık 2009 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

Toplantı sonrası genel olarak bir hayal kırıklığı yaşandığı ifade edildi. Hatta kimileri sonucun, "tarihi bir kepezelik olduğunu", "varılan anlaşmanın bir otobüs biletiinden daha fazla anlamı olmadığını" iddia etti.

Hemen, belirtelim: her ne kadar iklim değişikliği (küresel ısınma) sorununun varlığı, önemi ve acilen çözülmesi gerekliliği genel olarak bir tartışma konusu yapılmamakta ise de sorunun nedenleri, boyutu ve çözüm yolları hakkında tam bir görüş birliğine varılmış değildir.

Bazılarına göre sorun insan kaynaklıdır. Bunlara göre sanayileşme ve modern yaşam tarzı, sera etkisi yapan karbondioksit salımında tehlikeli bir yükselişe yol açıyor. Genelde en çok kullanılan enerji kaynaklarından fosil yakıtlarının (petrol,gaz,kömür gibi) bunda büyük payı bulunuyor. Sonuçta artan karbondioksit emisyonu doğanın dengeğini bozuyor,küresel çapta ısınmaya neden oluyor.

Bu konudaki ilk uyarı bildiğiniz gibi, Club of Rome tarafından hazırlatırılıp 1972' de yayınlanan "Gelişmenin Sınırları" adlı raporda yapılmıştı.

Diğer yandan, Avrupa Vakfı'nın siyasi analisti Jim McConalogue'a hazırlattığı rapor-

da ise iklim değişikliğinin insan kaynaklı değil, doğal olduğu ileri sürülmektedir.

Gaz salımı ve ısınma limitleri üzerinde de henüz tam bir mutabakat yok. Daha önemlisi bazı rakamlar belirlenebilse de anlaşmaya taraf olacak devletlerin hangi kıstasa göre ne oranda buna katkıda bulunacağı konusunda bağlayıcı bir anlaşmanın sağlanması da çok zor görünüyor.

"Az gelişmiş ülkeler", ABD, AB ve Japonya gibi ileri sanayi ülkelerinin daha geniş katkısını beklerken "zengin ülkeler" de Çin ve Hindistan gibi "devlerin" ve gelişme halinde olan ülkelerin gaz emisyonlarını yüksek oranda kısmalarını istiyorlar. Bu ülkeler ise sanayileşme sürecini aksatacak böyle bir şartı kabul etmiyorlar. Bu son nokta sanayileşme sürecindeki Türkiye'yi de yakından ilgilendiriyor.

Sorunun nasıl çözüleceği konusunda da bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Kimilerine göre ne yapıp yapıp emisyon miktarlarını asgariye çekecek anlaşmaları yapacak siyasi iradeyi oluşturmak ve sonra da bunları gerçekleştirecek yasal dayanakları ve mali kaynakları yaratmak.

Kimilerine göre ise, artan karbondioksit emisyonunun azaltılması için öngörülen tedbirlerin maliyetinin çok yüksek olması nedeniyle bunların yerine alternatif yenilenebilir enerji kaynaklarının geliştirilmesi ve belirli bir seviyeye yükselmelerini sağlayacak araştırma ve geliştirme çalışmalarına daha fazla kaynak ayrılması ve bu tür enerji kaynaklarına daha fazla ve öncelikli olarak yatırım yapılması daha yararlı olacaktır.

Burada bu tartışmalara daha fazla girmek istemiyorum. Esasen toplantımızın yetkin konuşmacıları bu tartışmaları en iyi şekilde değerlendireceklerdir.

Ancak konuşmama son vermeden önce izninizle konuya ilişkin olarak önemli bulduğum bir-iki noktaya değinmek istiyorum.

Dünyanın dengelerini bozan biz insanoğlu olduğumuza göre düzelterek olan da biziz. Ancak bunun için toplumsal ve çevresel duyarlılık gerekmektedir. Önce kendimiz sorgulayacağız sonra da yönetimimizi ve diğer ülke insanlarını ve yönetimlerini sorgulayacağız. Sonra da dünyayı yaşanılır olmaktan çıkartan davranışlarımızı değiştirip ego ve hırslarımızı dengeleyeceğiz.

Günlük yaşantımızda çevreyi ve havayı kirlilemeyeceğiz, su kaynaklarını doğru kullanacağız. Tarımda ve sanayide toprağı ve havayı bozmadan üretim yapacak, dünya yerküresi ve havasına verdiğimiz daha önce verdiğimiz zararları da telafi etmeye çalışacağız. Kendimizi, diğer tüm insanları ve ülke yönetimlerini de buna zorlayacağız. Ve bunları bizim insan olmağımızdan gelen sorumluluk ve gelecek kuşaklara olan görevimiz gereği yapacağız.

Aslında, Kopenhag bir son değil, devam eden süreçte bir noktayı teşkil ediyor. Bu nedenle, Kopenhag öncesi nasıl fazla umutlanmak doğru değil idiyse şimdi de umutsuzluğa kapılmak doğru değil. Esasen bu toplantının düzenlenmesi de bu umudun mevcudiyetinin kanıtıdır."

TBB, CMK TARİFESİ ALEYHİNE İPTAL DAVASI AÇTI

Türkiye Barolar Birliği tarafından 31 Aralık 2009 tarih ve 27449 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı "Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Görevlendirilen Müdafî ve Vekillere Yapılacak Ödemelere İlişkin 2010

Yılı Tarifesi" aleyhine tarifedeki ücretlerin çok düşük ve Asgari Ücret Tarifesi'ndeki ücretlerin çok altında olması nedeni ile, "Tarife'nin iptali için 19.01.2010 tarihinde Danıştay'da yürütmenin durdurulması istemli iptal davası açılmıştır.

"ATATÜRK'Ü ÇAĞDAŞ YORUMLAMA VE ANMA" PROGRAMININ İKİNCİSİ ÇANAKKALE'DE YAPILDI

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nun önümüzdeki dört yıl boyunca yapılmasına karar verdiği "Atatürk'ü Çağdaş Yorumlama ve Anma Programı'nın ikincisi Çanakkale kara savaşlarının bitim tarihinde Çanakkale'de yapıldı.

İlgi ile izlenen sempozyumdan sonra Bülent Yılmaz'ın koleksiyonundan seçilen ve Av. Turan Tanyer'in küratörlüğünü yaptığı "Çanakkale Savaşı'nın Bilinmeyen Cephesi: Hava Savaşları" konulu sergi açıldı. Açık kaldığı süre içinde sergi büyük ilgi gördü.

Sempozyumun açılış konuşmasında TBB Başkan Yardımcısı Bera Yılmaz şu konuşmayı yaptı:

"Çanakkale savaşlarının sonlanması 94. yıl dönümünde burada sizlerle birlikte olmaktan büyük bir mutluluk, heyecan ve onur duyuyorum ve sizleri Türkiye Barolar Birliği adına saygı ile selamlıyorum. Çok değerli Başkanım sayın Av. Özdemir Özok'un sevgi, saygı ve selamlarını iletiyorum.

Bizlere manevi miras olarak "akıl ve bilimi" bırakan, devletimizin kurucusu büyük önderimiz Mustafa Kemal Atatürk'ü, bilgi çağı olarak adlandırılan XXI. yüzyılda, onun ilkelere ve mirasına sadık kalarak anmayı ve anlamayı yerine getirilmesi gereken önemli bir görev olarak görmekteyiz.

Yüce Atatürk'ü anlayabilmenin; tören ve seremonilerin kuru kalabalığında değil, gerçekçi, adil, cesur ve bilimsel bir düşünce ortamında gerçekleşebileceğine inanıyoruz.

Bu anlayışla; Türkiye Barolar Birliği olarak "XXI. Yüzyılda Atatürk'ü Düşünmek" başlığı altında "ATATÜRKÜ ÇAĞDAŞ YORUMLAMA ve ANMA" programı çerçevesinde düzenlediğimiz ve 4 yıl boyunca devam edecek olan etkinlikleri 9-14 Kasım 2009 tarihinde Ankara'da başlatmış bulunmaktayız.

Az önce sözünü ettiğim programın ikinci etkinliği; Çanakkale Barosu ve On Sekiz Mart Üniversitesi Atatürk ve Çanakkale Savaşları Araştırma Merkezi ile birlikte düzenlediğimiz hepimiz için heyecan, coşku ve gurur verici olduğuna içtenlikle inandığım, bugün, birlikte gerçekleştireceğimiz etkinliktir.

Çanakkale Savaşlarının sona ermesinin 94. yıl dönümünde bir onur tablosu olan bu etkinliğin değerli düzenleyicilerine, katkıları ile bizleri aydınlatacak, bilgilerimizi zenginleştirecek olan değerli panelistlere ve özellikle programın gerçekleştirilmesinde büyük emeği geçen AÇASAM Müdürü sayın Prof. Dr. Mete Tunçoku'ya şükranlarımı ve saygılarımı sunuyorum.

Hepimizin bildiği gibi, I. Dünya Savaşı'nın en kanlı cephesi olan Çanakkale, efsanevi bir direnişin de simgesi olmuştur.

Türk ulusunun Çanakkale'de verdiği direnişi en güzel tanımlayan ifade; "Kurtuluş Savaşının Önsözü" nitelemesidir.

Çanakkale'de kazanılan zafer, Türk ulusunun kendisine olan güvenini arttırmış ve o ulus, üç yıl sonra başlayacak olan Kurtuluş Savaşı'nı Mustafa Kemal'in etrafına kenetlenerek, ona inanarak, ona güvenerek kazanmıştır.

Sekiz buçuk ay süren kara savaşlarında Çanakkale'ye yarbay olarak gelen Mustafa Kemal, buradan "Anafartalar Kahramanı" olarak dönmüş ve ulusun umudu, ışığı olmuştur.

İşgal güçlerinin 25 Nisan 1915 günü gerçekleştirdiği çıkartmada asıl hedefi gören ve büyük bir risk üstlenerek komutasındaki ordu yedeği güçleri harekete geçiren Mustafa Kemal, İngiliz resmi tarihine ve dönemin İngiltere Denizcilik Bakanı Churchill'e göre "Kaderin adamı"dır.

İngiliz General Oglender; Arı Burnu çıkartmasını anlatırken "bizim için en kötüsü, bir deha sahibi küçük rütbeli Türk komutanının tam o anda o noktada bulunmasıdır" demektedir.

1915 yılının Ağustos ayında Anafartalar Grubu Komutanlığı'na getirilen Mustafa Kemal'in bizzat yönettiği taarruzlarda, kahraman Mehmetçiklerimiz işgal güçlerini pes ettirmeyi başarmışlardır.

Çanakkale'nin geçilemeyeceğini anlayan İttifak Devletleri, 19-20 Aralık 1915 tarihinde sahilî gizlice boşaltırlar ve 8-9 Ocak 1916 tarihinde tamamen çekilirler.

I. Dünya Savaşı'nda Türkiye'nin de tarafı olduğu İttifak Devletleri'nin yenilgisinden sonra 9 Kasım 1918 de Çanakkale Boğazı'nın iki yakasını yeniden işgal eden İngilizler, Kurtuluş Savaşı'nın ardından bölgeyi bir defa daha boşaltmak zorunda kalmışlardır.

Ortaya çıkan kriz üzerine istifa eden Lloyd George, 1922 yılında parlamentoda yaptığı konuşmada kendisini savunurken; "arkadaşlar, yüzyıllar nadir olarak dahi yetiştirir. Şu talihsizliğe bakınız ki o büyük dahi, çağımızda Türk milletine nasip oldu. Mustafa Kemal'in dehasına karşı elden ne gelirdi" diye konuşmuştu.

Çanakkale Savaşı'nın bir mucizesi de, birbirlerine düşman olmaları, birbirlerinden nefret etmeleri için tarihsel tek bir nedeni bile olmayan Anzak ve Türk askerlerinin göğüs göğse çarpışırken dost olmaya başlamalarıdır.

Kıyasıya savaşan Türk ve Anzak askerleri, birbirlerini ölümlerini gömmek için ilan edilen ateşteste, o vahşetin içinde tanındılar.

Anzaklar, kendilerine "vahşi, acımasız, korkak" olarak anlatılan Türklerin hiç de öyle olmadıklarını;

Türkler de Anzakların yayam olmadığını gördüler.

İki tarafta kahraman, iki tarafta centilmen-di.

Türk askerlerinin vatanlarını koruma, savunma azmine saygı duyan Anzaklar, çektikleri acılar, verdikleri kayıplar karşısında; "Çanakkale'de ne işleri olduğunu düşünmeye ve İngiltere'ye olan bağlılıklarını sorgulamaya başlamışlardı.

Savaştan evlerine dönebilenlerin anlattıkları; Avustralya ve Yeni Zelanda'nın uluslaşma sürecini başlatacağı.

Arı Burnu ve Sarı Bayır Grup Komutanı Yeni Zelandalı generalin Çanakkale'yi terk etmeden önce Mustafa Kemal'e bıraktığı mektup ile; "Türk topraklarında gömülü İngiliz askerlerinin mezarlarını kendisine emanet etmesi" ve ulu Önderimiz Atatürk'ün bu mektuptan sekiz yıl sonra Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk Cumhurbaşkanı olarak, ancak onun asaletine yakışacak sözleri ile düşman askerlerini, "bu memleket topraklarında kanlarını döken kahramanlar" olarak nitelemesi ve onları "bu topraklarda canlarını verdikten sonra artık bizim evlatlarımız olmuşlardır" diyerek bağrına basması, uzak diyarlardan evlatlarını harbe

gönderen analara verdiği güvence ile onların yüreklerini rahatlatması tarihin derinliklerinde eşi emsali görülemeyecek büyük bir insanlık örneği olmuştur.

Mustafa Kemal Atatürk gerçekten “yüzyılların nadir olarak yetiştirdiği” bir dahi idi.

Onun değerini bu gün hala bağınazlıktan ve karanlıktan çıkamamış toplumları, toplulukları, eylemleri gördükçe çok daha iyi anlıyoruz.

Bu topraklarda yaşamış, yaşayan ve yaşayacak olan herkesin ona minnet borcu olduğunu biliyor ve bunun unutulmamasını diliyoruz. Onun açtığı aydınlık yolda yürüye-bilenlere ve onu anlayabilenlere ne mutlu.

Ulu önderimiz ve silah arkadaşlarının dünyada benzeri olmayan fedakârlıkları ve Türk halkının yaşlısı, genci, kadını, erkeği, çocuğu ile gösterdikleri kahramanlıklarla gerçekleştirilen kurtuluş ve ilan edilen Cumhuriyetimiz paha biçilemeyen bir nimettir.

Büyük Atatürk’ün; kurduğu Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin sonsuza kadar barış içinde yaşamasını istemesi, onun ve Cumhuriyetin ilanında emekleri geçenlerin ödenemeyecek haklarıdır. Cumhuriyetimizi; kurumları, kavramları, kuruluş felsefesini yaşatmak ve bu bilinci gelecek nesillere aktarmak ta Türk insanının önde gelen görevidir.

Türkiye Barolar Birliği olarak:

SONSUZLUĞA UĞURLAYIŞIMIZIN 71. YILINDA, ÇANAKKALE SAVAŞLARININ BİTİMİNİN 94. YILDÖNÜMÜNDE, BAĞIMSIZLIK SAVAŞIMIZIN ÖNDERİ; LAİK, DEMOKRATİK, ÇAĞDAŞ CUMHURİYETİMİZİN KURUCUSU VE EŞSİZ DEVLET ADAMI MUSTAFA KEMAL ATATÜRK’ÜN VE AZİZ ŞE-

HİTLERİMİZİN ANISINI MİNNET, ŞÜKRAN VE SAYGIYLA SELAMLİYORUZ”.

BÜYÜK ATATÜRK;

AKLIN VE İLMİN REHBERLİĞİNDE EN BÜYÜK ESERİNİZ CUMHURİYET’İ YÜCELTMEK, EN BÜYÜK HEDEFİNİZ ÇAĞDAŞ UYGARLIĞI YAKALAMAK, İLKE VE DEVRİMLERİNİZİ ÖDÜNSİZ GERÇEKLEŞTİRMEK İÇİN SARSILMAZ BİR İNANÇLA ÇALIŞACAĞIMIZI VE BU HEDEFLER YOLUNDA BİZİ GERİYE GÖTÜRMEYİ AMAÇLAYAN HER TÜRLÜ GİRİŞİMİ GÖĞÜLEYECEĞİMİZİ BÜTÜN DÜNYAYA BİR KERE DAHA İLAN EDİYORUZ.”

TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ’NİN DÜZENLEDİĞİ ÇOCUK HAKLARI SERGİSİ BÜYÜK İLGI GÖRDÜ

10 Aralık İnsan Hakları Günü dolayısıyla Karikatür Vakfı ile birlikte düzenlenen “Karikatürlerle Çocuk Hakları Sergisi” açık kaldığı sürede büyük ilgi gördü. Bu sergi TBB ile Vakfın ortaklaşa düzenlediği dördüncü sergi olmaktadır. TBB Kültür Merkezi’ndeki, 50 karikatürden oluşan sergiyi ziyaret edenler serginin anlamı üzerinde durdular.

Serginin ayrıca kataloğu da basılmış olup ilgililere sunulmuştur.

2010 YILI TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ FARUK EREM ÖDÜLLÜ YARIŞMASI’NIN KONUSU VE KOŞULLARI AÇIKLANDI

Türkiye Barolar Birliği’nin kurucu Başkan Prof. Dr. Avukat Faruk Erem adına her yıl düzenlemekte olduğu ödüllü “Türkiye Barolar Birliği Faruk Erem Ödülü” yarışması bu

yıl Yönetim Kurulu kararı gereğince “Meslek Etiği” konusunda yapılacaktır.

Yarışmaya katılma koşulları ulusal bir gazetede ilan edildiği gibi, internet sitemizde de yayımlanmaktadır. Bu konudaki duyuru dergimizde de yer almaktadır. Hukukçuların geniş katılımı sağlamak üzere bu yıl yönetmelikte yapılan değişiklikle yarışma altı ay önceden kamuoyuna duyurulmaktadır. Son katılım tarihi 9 Ağustos 2010 olarak tespit edilmiştir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ (AİHM), NÜFUS CÜZDANLARINDA “DİNİ” HANESİNİN KALDIRILMASI GEREKTİĞİNE KARAR VERDİ

AİHM, Sinan Işık adlı bir vatandaşın Nüfus cüzdanındaki din hanesine “Alevi” yazdırma istemesinden sonra, bu yöndeki başvuru ve açtığı davalar reddedilmesi bu hane nin din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olduğunun tespiti için yaptığı başvuruyu kabul ederek nüfus cüzdanlarından din hanesinin kaldırılması gerektiğine karar verdi.

Hükümet, resmi kararının gelmesinden sonra bu konuda adım atmaya hazırlanıyor. Bir süredir İçişleri Bakanlığı gündeminde de olan çalışmaya göre ilk etapta nüfus cüzdanının değiştirmek isteyenlere öncelik verilecek, ikinci aşamada ise “dini” hanesi olmayan nüfus cüzdanlarının basımı gerçekleştirilecek.

Başbakan Recep Tayyip Erdoğan, AİHM'nin “dini” hanesi ile ilgili kararı ile ilgili olarak sorulan “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararı, laikliğin bir gereği olarak değerlendirir misiniz? İnsan haklarıyla ilgili bir karar mıdır?” sorusuna şu yanıtı verdi: “AİHM'nin verdiği son karar, Anayasa Mahkememizin de bu noktadaki attığı adımla paralellik arz eden bir konu. Nüfus kağıtlarında din ile ilgili sütunun olup olmaması çok

şeyi değiştirmez. Burada AİHM'nin vermiş olduğu kararı ben anormal bir karar olarak görmüyorum. Yani bu oradan kaldırılabilir çok da önemli değil.”

AİHM'nin kararı, Dışişleri Bakanlığı'nın da gündeminde olan konular arasında yer alıyor. Dışişleri Bakanlığı kaynakları, “Karar din hanesine Alevi yazılmasını değil, din hanesinin kaldırılmasını öngörüyor. Din hanesi korunursa bu da ayrımcılık teşkil edecek. Bu konuda AİHM'nin önceki kararları da inceleme ye alındı.” görüşünü tartışıyor.

ANAYASA MAHKEMESİ HARÇLAR KANUNU'NUN 28/1. MADDESİNİN BİR BÖLÜMÜNÜ İPTAL ETTİ

Anayasa Mahkemesi Bolu 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin “Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bularak” Anayasa Mahkemesi'ne gönderdiği Harçlar Kanunu'nun 28/1. maddesinin “karar ve ilâm harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez” hükmünü iptal etti. Bilindiği gibi bu hüküm dolayısıyla davayı kazanan taraf, mahkemeye ilam harcını yatırmadıkça kararı alıp icra işlemlerine başlayamıyordu. Bu hüküm özellikle dar gelirli davacılar için önemli bir sorun teşkil ediyordu.

Anayasa Mahkemesi kararı, iptal hakkındaki gerekçeli kararın *Resmi Gazete*'de yayımlanmasının ardından yürürlüğe girecektir.

YARGITAY'A 34 YENİ ÜYE SEÇİLDİ

Adalet Bakanlığı ile HSYK arasında uzun süreden beri çekişme konusu olan Yargıtay üye seçimleri Ocak ayı sonunda gerçekleşebildi. Yargıtay'a, on ikisi bayan olmak üzere, 34 yeni üye seçildi. Üyeler arasında savcılık sınıfından Ankara C. Başsavcısı Hüseyin Poyrazoğlu ile Yargıtay Cumhuriyet Sav-

cısı M. Şebnem Günaydın bulunuyor. Adalet Bakanlığı merkez teşkilatından ise Müsteşar yardımcısı Hüseyin Yıldırım, Adalet Başmüfettişi Halit Baysoy, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdür Yardımcısı Hüsni Uğurlu Yargıtay üyesi oldular.

Diğer üyeler arasında sekiz Yargıtay tetkik hâkimi bulunuyor. Diğer üyeler hâkim sıranından seçilmişlerdir.

TBB TEKEL İŞÇİLERİNİ ZİYARET ETTİ

Türkiye Barolar Birliği Başkan yardımcısı Av. Berra Besler ile Yönetim Kurulu Üyesi Av. Serhan Özbek; TEKEL işçilerinin, çözüme kavuşmayan hak talepleri doğrultusunda, hukuk çerçevesinde sürdürdükleri mücadelelerine destek vermek amacıyla; Türk-İş Genel Başkanı Mustafa Kumlu ile Tektıda-İş Sendikası Genel Başkanı Mustafa Türkel'e bir ziyarette bulundu.

Ziyaretin ardından hak mücadelelerini sürdüren emekçilere hitaben bir konuşma yapan TBB Başkan yardımcısı Av. Berra Besler, işçileri onurlu ve bilinçli mücadelelerinden dolayı kutladı.

Besler konuşmasında şunları söyledi:

“Özelleştirme politikaları sonucunda fabrikalarınız kapandı. Kazanılmış haklarınız ortadan kaldırılmak isteniyor. Sizlerin bu direnişiniz, hukuk çerçevesinde yürüttüğünüz demokratik bir hakkın kullanımudur.

Sizlerin mağduriyetinizi ortaya koyan hukuk ihlalleri; Anayasa'nın 2. maddesinde, hukuk devleti ile birlikte uygulama alanı bulan sosyal devlet ilkesini zedelemektedir.

Özlük haklarınızı korumak için Ankara'da başlattığınız hak arama eylemlerinizin başlangıcında orantısız güç uygulamasına mu-

hatap olmanız üzüntü vericidir. Sorunun çözümlenmesi mümkünken bu yola gidilmemesi, son olarak diyalog yollarının kapatılması, hak arayışlarını açlık grevlerini kullanma noktasına getirmiştir. Bu durumdan üzüntü ve kaygı duymaktayız.

Altı konfederasyonun kararı doğrultusunda Türkiye genelinde yarın yapılacak iş bırakma eyleminin, Hükümetin konuyu bir kez daha, sosyal devlet anlayışı çerçevesinde değerlendirmesine yol açmasını diliyoruz. TEKEL işçilerinin kazanılmış haklarına saygı duyulmasını, iş güvencelerinin sağlanmasını, sorunun ILO normlarına uygun olarak çözüme kavuşturulmasını umuyor, hukuk çerçevesinde sürdürdüğünüz onurlu direnişlerini destekliyoruz ve sorunun barışçı yollarla çözüme ulaşacağına inanıyoruz.”

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu ayrıca bu konuda bir de basın açıklaması yayımlamış bulunmaktadır:

“Türkiye Barolar Birliği, her zaman; insan haklarından, emekten, demokrasiden, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünden yana olmuş; ülkemizde barışın, kardeşliğin ve huzurun yerleştirilmesine ve geliştirilmesine destek vermiştir.

Cumhuriyetimizin kurucu önderi Mustafa Kemal Atatürk'ün bize gösterdiği hedef çağdaşlaşmadır. Demokrasilerde sorunlar insan hakları çerçevesinde, barışçı yöntemlerle ve hukuka uygun olarak çözülür. Türkiye cumhuriyeti devleti de Anayasa'nın 2. maddesinde belirtildiği gibi; demokratik, laik, sosyal bir hukuk devletidir.

Son zamanlarda hepimizi üzen; hukuk devletini ve yargı bağımsızlığını zedelemeye yönelik Anayasa ve insan hakları ihlalle-

rinin yanı sıra, TEKEL işçilerinin mağduriyetini ortaya koyan hukuk ihlalleri de sosyal devlet ilkesinin tam olarak yaşama geçirilemediğini göstermektedir.

Bilindiği gibi; kazanılmış haklarının özelleştirme politikaları ile ortadan kaldırılmasına karşı, Ankara'da uzun bir süredir eylem yapan TEKEL işçilerinin hak arayışı, orantısız güç uygulamasının muhatabı olmuştur. Çalışanların sorunlarını hukuk çerçevesinde, toplantı ve gösteri yaparak kamuoyuna duyurmaları demokratik bir hakkın kullanımudur.

Sorunun, çalışanların hak kaybına yol açmadan, hukuk çerçevesinde ve barışçı yollarla çözümlenmesi mümkünken bu yola gidilmemesi; hak arayışlarını ölüm oruçlarını kullanma noktasına getirmiştir.

İnsanların en temel hakları olan yaşama haklarının tehlikeye girmesi ve sağlıklarını yitirmeye başlamaları, toplumun vicdanını yaramakta, huzur ve güveni zedelemektedir.

Özlenen; insan haklarına ve emeğe saygılı, hukukun egemen olduğu, insanların kendisini huzur ve güven içinde hissettiği, devletin herkese eşit hizmet anlayışını öne çıkardığı eksiksiz demokrasidir. Toplumun huzursuzluğa değil, huzura; gerginliğe değil barışa ihtiyacı vardır.

Türkiye Barolar Birliği olarak; iç hukukumuza ve uluslararası sözleşmelere olduğu gibi, insan haklarına da aykırı olan uygulamaların son bulmasını, toplumsal barışın korunmasını; TEKEL işçilerinin kazanılmış haklarına saygı duyulmasını, iş güvencelerinin sağlanmasını ve ILO normlarına uygun olarak kullandıkları demokratik haklarının, hukuk çerçevesinde çözüme kavuşturulması diliyor, bu düşüncelerimizi kamuoyuyla saygıyla paylaşıyoruz.”

HATAY BAROSU 66. KURULUŞ YILINI ÇEŞİTLİ ETKİNLİKLERLE KUTLADI

Hatay Barosu, kuruluşunun 66. yıldönümünü çeşitli etkinliklerle kutladı. Bu bağlamda törenlere katılan Türkiye Barolar Birliği Başkan yardımcısı Av. Berra Besler bir konuşma yaptı. Konuşmanın bir bölümünü aşağıda bulacaksınız.

“Ülkemizde son zamanlarda yaşanan ve hepimizi gerçekten çok üzen olaylar yargı bağımsızlığını yok etmeye yönelik uygulamalar, anayasa ve insan hakları ihlali niteliği taşıyan eylemler parlamenter sisteme dayalı devlet yapımızda; yürütme lehine erkler arası bozulan dengeler toplumda huzur bırakmamış, halkın yargıya güven duygularını sarsan boyutlara ulaşmıştır. Sayın Yargıtay başkanımızın bir aydır açıklamaları da bu yolda olmuştur. Son olarak Yargıtay başkanımızın geçtiğimiz hafta bir panelde yaptığı ve basında yer alan “yargıya karşı sistematik saldırı, hücum, yargıyı yıpratma kampanyası, yargıya güveni sarsma, azaltma noktasında çok büyük zararlar vermektedir, yargıya güvenin azalması suçla mücadele konusunda da büyük zafiyetler yaratmaktadır” yolundaki beyanları çok dikkat çekicidir.

Yargıda yaşanan çok can sıkıcı böyle bir ortamda, yargı reformu çalışmaları bir şans, bir umut olabilir. Bunun çok iyi değerlendirilerek ülkemizde her şeyin hukuk düzeni içerisinde gerçekleşmesini sağlayacak köklü çözümler yargı reformu ile getirilebilir. Yargı reformunu sadece AB istiyor anlayışı ile değil, ülkemizin ihtiyaçları gerektirdiği için yapmak, toplumda huzurun ve refahın kaynağının hukuk düzeni olduğu bilinci ile hareket etmek, gerçekten yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirmek ve öyle kalmasını sağlamak, savunmanın yargının kurucu unsuru olduğunu gerçekten kabul ederek sorunlara çözüm getire-

rek reform çalışmalarını yürütmek toplumu-muzun ve hukuk düzenimizin yararına ola-caktır.

Yargı Reformu, yıllardır Türk kamuoyu-nun gündeminde olan, yapılmasının gereğinden her zaman söz edilen ülkemizin ve yargı sistemimizin önemli bir ihtiyacıdır.

Bildiğiniz gibi yargı reformu ile ilgili olarak Türkiye Barolar Birliği, Barolarımız, Hukuk fakültelerimiz ve hukukçularımız yıllardır çeşitli çalışmalar yapmışlar, görüşler ileri sürmüşlerdir. Ne var ki gerçekten ihtiyacımız olan Yargı Reformu; bazı temel konularda görüş birliği sağlanamadığı için bir türlü gerçekleşmemiş ve böylece ihtiyaç fazlalaşmış, özlem giderek artmış, yargı konusunda yapılan her yasa değişikliği veya çıkarılan yeni bir yasa "reform" olarak nitelendirilmeye başlanmış ve "reform"un gerçek anlamından uzaklaşmıştır. Yargı reformu bakımından uluslararası hukukun gerektirdiği kanun yapma yükümlülükleri olabilir. AB kazanımları olsun, Avrupa Konseyi sözleşmeleri olsun bu alandaki yükümlülükler yanında ilgili düzenlemelerin mutlaka kamuoyunda tartışılması, olgunlaştırılması ve ulusal düzenlemelerin yapılması çok önemlidir.

Aksi halde yapılan her iyileştirme, yenilik bir süre sonra yeni sorunları da beraberinde getirecektir.

Önemli olan, reforma ihtiyaç duyulan hususların çok yönlü bir yaklaşımla, titizlikle tespiti ve toplumu rahatlatacak, sorunları giderecek, ihtiyaçları karşılayacak köklü çözümlerin getirilmesidir.

Hepinizin çok iyi bildiği gibi 2004 yılında Brüksel'de yapılan AB zirvesinde, Türkiye ile, Avrupa Birliği üyeliğine katılım müzakerelerine başlanması kararlaştırılmış ve tes-

pit olunan 35 fasıl çerçevesinde müzakereler başlamıştı.

Müzakerelere konu olan fasıllardan "Yargı ve Temel Haklar" başlığını taşıyan 23. fasılın 2006 yılının Ekim ayında başlayan "tarama toplantıları"ndan elde edilen "tarama sonu raporu" da taslak halinde Adalet Bakanlığına sunulmuştu. AB uzmanları ile Bakanlığımız mensuplarının yaptığı tarama toplantıları sonunda ortaya çıkan bu "tarama sonu rapor taslağı" kamuoyu ile paylaşılma-mış ve 2008 yılında Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı strateji raporu müsveddeminin İngilizce metin olarak Oli Rehn'e verilmesi büyük tepkilere yol açmış ve Türkiye Barolar Birliği de "Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Strateji Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu" konulu bir sempozyum düzenleyerek bu sempozyumda ortaya konan değerli çalışmaları Yargı reformu çalışmalarına ışık tutacak bir kaynak teşkil etmek üzere kitap haline getirmişti.

Bunlardan sonra yine bilindiği gibi konu ile ilgili olarak Adalet Bakanlığı bir süre suskun kalmış ancak 2008 yılında Bakanlığımız kendisinden beklenen ve bizleri gerçekten memnun eden uygar bir yaklaşımla çok önceden haber vererek, bilgilendirerek Türkiye Barolar Birliğini "Yargı Reformu Strateji Taslağı"nın ilgililerce bildirilen görüş ve öneriler ışığında tartışılması amacı ile 8-10 Haziran 2009 tarihleri arasında Kızılcahamam Hakim Evi'nde düzenlenen toplantıya davet etmişti. Sayın Bakanımıza Adalet Bakanlığı'nın bu yaklaşımı nedeniyle bir defa daha teşekkür ediyoruz.

Yüksek Mahkemeler, Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu, Milli Savunma Bakanlığı, Adalet Akademisi, Noterler Birliği, YÖK ve Türkiye Barolar Birliği temsilcilerinin katıldığı iki günlük çalıştay, Yargı Reformu Strate-

ji çalışmalarının ilk adımları olarak çok önemsemekteyiz.

Türkiye Barolar Birliği bu çalıştayda genel bir değerlendirme yapmış ve öncelikle strateji belgesinde amaçlara eklenmesi istenilen ilkelere belirlemiştir. Çalıştayda strateji belgesinde yargının kurucu unsuru savunmaya ve onun temsilcisi avukatlara yer verilmeyişine Türkiye Barolar Birliği karşı çıkmış ve özellikle taslak halindeki belgede bulunmayan savunma mesleği hakkındaki ileride yapılacak çalışmalarda bizlere yol açabilecek 3. not ve 3. paragrafının strateji belgesine girmesini sağlamıştır.

Bu kısım aynen şöyledir;

“3.3. ADİL YARGILANMA HAKKI VE SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE SAVUNMANIN ETKİNLİĞİNİN ARTTIRILMASI İÇİN TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ İLE İŞBİRLİĞİ HALİNDE ÇALIŞMALAR YÜRÜTÜLMESİ

BAĞIMSIZ YARGININ PAYDAŞI VE KURUCU UNSURLARINDAN OLAN SAVUNMANIN, YARGILAMA ÖNCESİ VE SONRASI EVRELERDE ETKİNLİĞİNİN ARTTIRILMASI VE GELİŞTİRİLMESİ İÇİN İLGİLİ KURUM VE KURULUŞLARLA ÇALIŞMALAR YAPILACAKTIR.

ORTAYA ÇIKACAK YARGI KARARININ KALİTESİ ONA “PAYDAŞ” OLAN UNSURLARIN KALİTESİ İLE DOĞRU ORANTILIDIR. BU GERÇEK İLK AŞAMADA HUKUK EĞİTİMİNİN SEVİYESİNİN YÜKSELTİLMESİNİ GEREKTİRMEKTEDİR. “YARGILAMA DİYALEKTİĞİ” AÇISINDAN SON DERECE ÖNEMLİ ROLE SAHİP KURUMUN MESLEĞE ALINMA KOŞULLARI, MESLEK İÇİ EĞİTİM, YENİ AVUKATLARIN MESLEKLERİNİN ÖNEMİNE UYGUN OLMAYAN ŞARTLARDA ÇALIŞMALARI, AMACINA UYGUN

VE VERİMLİ STAJ İMKANLARININ KISITLILIĞI, RESMİ KURUMLAR NEZDİNDEKİ KONUMLARI GİBİ YAŞADIKLARI BAZI SORUNLAR BULUNMAKTADIR.

YARGILAMA DİYALEKTİĞİNİN SAVUNMA BÖLÜMÜNÜ OLUŞTURAN AVUKATLAR, ADİL YARGILANMA AÇISINDAN HUKUK VE CEZA YARGILAMASINDA ÖNEMLİ ROLE SAHIPTIRLER. AVUKATLARIN DELİL TOPLAMASI, MAHKEMEYE SUNMALAR, MAHKEMEYE KARŞI TARAF VE SAVCILIKLAR TARAFINDAN SUNULMUŞ DELİLLERİN İNCELEMELERİ, BU TÜR BELGELERİN TARAF VEKİLLERİNE SUNULMASI, ZORUNLU MÜDAFİLİĞİN ADİL YARGILAMA HAKKI KAPSAMINDA ETKİN HALE GETİRİLMESİ, CEZA EVLERİ GÖRÜŞMELERİNİN MAKUL ÖNLEMLER DIŞINDA ENGELSİZ YAPILMASI VE “SAVUNMANIN İTİHAM İLE BAŞLAMASI” İLKESİNİ GERÇEKLEŞTİRMeye YÖNELİK TEDBİRLERİN İLGİLİ KURUMLARLA İŞBİRLİĞİ HALİNDE ALINMASI GEREKMEKTEDİR. “ADİL YARGILANMA HAKKI”NIN EN ÖNEMLİ UNSURU OLAN “SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ”NİN YARGI ALANINDA UYGULANABİLMESİ BU KOŞULLARIN GERÇEKLEŞMESİ İLE DOĞRU ORANTILIDIR. AYRICA, BUNUN İNSAN HAKLARI İHLALLERİ KONUSUNDAKİ ÖNLEYİCİ ETKİSİNDEN YARARLANILACAKTIR.

ADALET BAKANLIĞI’NIN, TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ KARARLARININ BOZULMASI VE ONANMASI ANLAMINA GELEBİLECEK HÜKÜMLER İLE AVUKATLAR HAKKINDAKİ CEZA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMASI EVRELERİNDEKİ YETKİLERİ İLE İLGİLİ TBB İLE ORTAK ÇALIŞMALAR YAPILACAKTIR.

Yargı reformunun stratejik amaçlarının sıralanan başlıkları malumunuzdur. Bun-

lar içerisinde yer alan “yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi” ve “yargının tarafsızlığının geliştirilmesi” başlıklarını taşıyan kısımları kuşkusuz çok önemlidir. Yargıya bağımsızlık sağlanmadığı, yargının tarafsız kalmasına imkan tanınmadığı takdirde yapılacak yargı reformunun yararlı olacağını düşünmek olası değildir. Çünkü çağdaş toplumların ulaştığı en doruk nokta olan hukuk devletinin en önemli özelliği yargı bağımsızlığıdır.

Bu nedenledir ki Türkiye Barolar Birliği, barolar, sivil toplum örgütleri, üniversiteler, demokratik kurumlar “yargı bağımsızlığının olmadığı bir ülkede hukuk devletinden bahsedilemez” demekten; yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması, korunması için mücadelelerini sürdürmekten vazgeçmemişlerdir.

Anayasamızın cumhuriyetin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesinde yazılı olduğu üzere Türkiye Cumhuriyeti Devleti başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

O halde, devletimizin hukuk devleti olma niteliği bakımından o'nun en önemli özelliği olan yargı bağımsızlığının dikkatle, özenle, hassasiyetle korunması hukuk devletinin işlerliği bakımından da gereklidir. Hukuk devletine işlerlik kazandıran yargı bağımsızlığının da olmazsa olmazı ve en önemli özelliği “savunma” ve savunmanın özgürce yapılabilmesidir.

Anayasamızın 3. Kısımında yer alan Cumhuriyetimizin temel organlarından olan sav-savunma karar unsurlarından oluşan yargı erki; kurucu unsurlarının temsilcileri hakim-savcı ve avukat birlikteliğiyle gerçekleştirdiği yargılama faaliyeti ile yargısal denetimi sağlar ve hukuk devletine işlerlik kazandırır.

Yargı bağımsızlığının çağdaş toplumlara katkılarının başında anayasa ve temel kanunlarla güvence altına alınan uluslararası bazı hukuk metinlerine dahil edilen temel haklardan olan “adil yargılanma hakkı” gelir. Doğru ve güvenli yargılanma hakkının uygulanması, korunması, güçlendirilmesi, bağımsız mahkemelerin, donanımlı, teminatlı yargıç ve savcılarının varlığına bağlı olduğu kadar yaptığı işin sorumluluğunda bağımsız ve teminatlı avukatların varlığına da ihtiyaç göstermektedir.

Yargı erkinin (Avukatlık Kanunu m. 1'e göre) kurucu unsuru, (TCK m. 6'ya göre) yargı görevi yapan, (istişari ziyaret raporlarına göre) yargının paydaşı olan ve savunmayı temsil eden hukuk uygulayıcılarından avukatlar ile yargının diğer kurucu unsurlarının temsilcileri savcı ve yargıçların nitelikli hukukçu olmaları ve birlikte güçlendirilmeleri, görev özellikleri dikkate alınarak konumlarının eşitliği sağlanmalıdır. Çünkü hukuk uygulayıcılarının uygulamalarının sonuçları hukuk devletini doğrudan etkiler niteliktedir.

Bu nedenlerdir ki biz avukatların meslek örgütlerimiz olan barolarımızın ve Türkiye Barolar Birliği'nin kamu kurumu niteliğiyle beraber Anayasamızın 135. maddesinde yer alan diğer kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları gibi görülmesi ve anayasamızda yürütme erki içinde yer almaları yanlıştır.

Bu düzenleme yargı bağımsızlığına gölge düşüren, yargının bütünlüğünü bozan, yargıyı kurucu unsurları bakımından noksan bırakan, yürütmenin yargıya üstün olduğu düşüncesine anayasal dayanak sağlayan ve Anayasamızın başlangıç kısmında yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çelişen bir düzenlemedir.

Anayasamız, yukarıda örneklemediğim kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çelişen m. 135 ve benzeri hükümlerden arındırılmadıkça yargı reformunun ne derecede sağlıklı sonuçlar vereceği iyice düşünülmelidir.

Sorunlara getirilecek çözümlere sağlam temeller atabilmek ve yapılacak yargı reformunun gerçekçi, yararlı, uzun ömürlü olabilmesi bakımından öncelikle anayasamızda yeni düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç olduğu kanısındayım.

Özet olarak;

- Yürütmenin sav-savunma- karar bütünlüğü içinde yargıya üstünlüğünü sağlayan mevcut hükümler, anayasamızdan çıkarılmalıdır.

- Savunmanın yargı içinde önemini gösteren ve yargının diğer kurucu unsurları ile bütünleşmesini sağlayacak yeni anayasal düzenlemeler yapılmalıdır.

- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yeniden yapılandırılmalı ve birbirinden ayrılmalıdır. Ancak aldığımız haberlere göre bunun olamayacağı anlaşılıyor ama bu durumda hakimler ve savcılar yüksek kurulu içinde mutlaka avukatlar üye olarak yer almalıdırlar.

- Yargının kurucu unsurlarının temsilcileri hakim-savcı ve avukatların görev özellikleri dikkate alınarak konuları özlük haklarını da kapsayacak şekilde eşitlenmeye çalışılmalı, avukatlar teminatlı bir statüye kavuşturulmalıdır.

Bütün bu konular hakkında Türkiye Barolar Birliği gündeminde mevcut hazırlık çalışmaları yapılmakta, özellikle avukatlık mesleğini dünya standartları ile örtüşür hale getirecek çağdaş yeni bir avukatlık yasasının çıkarılması Türkiye Barolar Birliği tarafından çok

önemsenmektedir. Yeni yasada mesleğe giriş koşullarının mutlaka yeniden düzenlenmesi avukatlık stajının kurumsal bir yapıda yapılmasının sağlanması, stajın ciddi bir sınav sistemine bağlı tutulması ve staj sırasında stajyerlere kaynağını yasadan alan bir ücret ödenmesi, hakim savcı ve avukat stajyerlerinin staj sürelerinin eşitlenmesi, meslekte uzmanlaşmanın getirilmesi öncelikler arasındadır.

Bu hususları 12 Aralıkta Kayseri’de yapılan ve sayın Adalet Bakanımızın da hazır olduğu bir toplantıda kendilerine de sundum. Toplantı sonrası Sayın bakanın basın da yer alan beyanlarında “TBB’nin hazırlayacağı Avukatlık Kanunu Tasarısı’ını hiçbir müdahaleye uğratmadan Meclise sevk edeceğim” yolunda açıklamaları oldu. Pek tabidir ki bu açıklamalar bizleri memnun etti. Sayın bakanın bu açıklamalarını bir vaat bir söz olarak kabul ediyorum. Hatay Barosu’nun da sayın bakanın bu sözlerinin yakın takipçisi olacağına da inanıyorum.

Türkiye Barolar Birliği kurulduğu günden bu yana “Hukuk Devrimi” ilkeleri doğrultusunda bir hukuk reformu özlemi ve çabası içinde olmuştur. Strateji belgesinde olumlu görülen yerlerde vardır ancak Adalet Bakanlığı’nın yargı üzerindeki etkinliği tartışılmadan ve bunlar giderilmeden; yargıç – savcı birlikteliğine son verilmeden ve “silahların eşitliği” ilkesi yaşama geçirilmeden hukuka ve gerçeklere uygun bir yargı reformundan söz etmek ve bundan fayda ummak mümkün değildir.

Hatay Barosu’nun kuruluş yıldönümünü tekrar kutluyor, kendilerine bütün çalışmalarında üstün başarılar diliyor, beni dinlediğiniz için teşekkür ve saygılarımı sunuyorum.”

ADALET BAKANI SADULLAH ERGİN, TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'Nİ ZİYARET ETTİ

Adalet Bakanı Sadullah Ergin, Türkiye Barolar Birliği'ni ziyaret ederek yönetim kurulu üyeleri ile birlikte bir akşam yemeği yemiştir.

Yemekte yargı sorunları konuşulmuştur.

TBB BAŞKAN YARDIMCISI TALAY ŞENOL VİYANA'DA YAPILAN 38. AVRUPA BARO BAŞKANLARI TOPLANTISINA KATILDI

11-13 Şubat tarihleri arasında Avusturya'nın Viyana Kentinde Palais Ferstel'de Avusturya Federal Barolar Birliği tarafından gerçekleştirilen "Hukuk Devletinden Gözetim Devletine mi?" konulu 38. Avrupa Baro Başkanları toplantısına, Türkiye Barolar Birliği'ni temsilen Başkan Yardımcısı Av. Talay ŞENOL katıldı.

Toplantıdan önce İngilizce olarak hazırlanan ülke raporu (Türkiye) toplantı başkanlığına iletilmiştir.

Toplantı, Avusturya Barolar Birliği Başkanı Dr. Gerhard Bennibler'in açılış konuşmasıyla başlamış, Avrupa Parlamento'su Başkan Yardımcısı Dianne Wallias, Avrupa Birliği Temel haklar Ajansı Direktörü Morten Kjaerum, Viyana Üniversitesi Öğretim Üyelerinden Prof.Dr.Hannes Tretter, Ludwig Boltzman ve Avukat Georg Bürstmayr birer sunum yapmışlardır.

Konferansın tartışmalar bölümünde Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Talay Şenol konuya ilişkin Almanca bir sunum yapmıştır. Yapılan sunumda, "bağımsız Türk avukatların her zaman hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ve adil yargılanma hakkı için

mücadele sürdürdükleri ve bu konuda azimli oldukları., özgürlük ve güvenliğin her yerde olduğu gibi ülkemizde de çatışma halinde olduğu, özellikle terör ve organize suçlar konusunda acı deneyimleri olan Türkiye'nin bu konuda çok hassas olduğu ancak; temel hak ve özgürlüklerin her zaman öncelik taşıması gerektiği çünkü özgürlüklerin bulunmadığı yerde güvenliğin anlam taşıyamayacağı belirtilmiş ve güvenlik için özgürlükten vazgeçilmesi durumunda, sonuçta her ikisinin de kaybedileceği" hususu vurgulanmıştır.

Toplantı dışında 11 Şubat 2010 saat 21.10 da gerçekleşen Viyana Belediye Başkanlığı'nın yemeğine; 12 Şubat 2010'da da Avusturya Federal Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı ve Başbakanı tarafından ayrı ayrı verilen kabullere de katılmıştır.

DİYARBAKIR BAROSU'NUN DÜZENLEDİĞİ "BAROLAR DEMOKRATİK AÇILIMI TARTIŞIYOR" KONFERANSI YAPILDI

Diyarbakır Barosu, 16.01.2010 tarihinde "Demokratik Açılım" konulu bir toplantı düzenledi. Bu toplantıya Türkiye Barolar Birliği ile birlikte kırk beş baro başkan veya yöneticisi katıldı.

Diyarbakır Barosu Başkanı Av. Mehmet Emin Aktar'dan sonra söz alan TBB Başkan yardımcısı Av. Berra Besler'in konuşmasının bir bölümü aşağıdadır. Konuşmanın tam metnine Türkiye Barolar Birliği web sitesinden ulaşmak mümkündür.

Türkiye Barolar Birliği Başkan yardımcısı Av. Berra Besler, "açılım" konusunda şunları söyledi:

"Türkiye'de Barolar Birliği, 40 yıllık geçmiş boyunca; insan haklarından, demokra-

siden, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünden yana olmuş; ülkemizde barışın, kardeşliğin ve huzurun yerleştirilmesine ve geliştirilmesine destek vermiştir.

Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgemizden, zaman zaman devlet yöneticilerinin politikalarından, zaman zaman bölgenin ekonomik ve coğrafi koşullarından kaynaklanan sorunlar yıllar içinde katlanarak büyümüş ve günümüze taşınmıştır.

Ayrılkçı terör örgütünün eylemleri bölge ekonomisinin gelişmesine engel olmuş, eğitime büyük darbe vurmuş, insanlarımızın huzur ve güvenini bozmuş, bununla birlikte; terörle mücadele yöntemlerinin uygulanmasındaki yanlışlar durumu daha da ağırlaştırmıştır.

Her demokratik devletin, kendi varlığına yönelik tehlikelere karşı kendisini koruma hakkı vardır. Ancak devlet bu mücadeleyi hukuk içinde kalarak yapmak zorundadır. Devlet; bütün yurttaşlarının huzurunu, güvenliğini, refahını ve mutluluğunu sağlamakla yükümlüdür.

Sorunun, insan hakları temelinde, insan onuru ve kimliğinin öne çıkarılarak değerlendirilmesi gerektiğine inanıyorum. Bu bağlamda, terör sorunuyla; asırlardır aynı tarihi, aynı kaderi paylaştığımız Kürt kökenli yurttaşlarımızın kimliklerini ve kültürlerini ifade etme, huzur ve güven içinde yaşama haklarını mutlaka birbirinden ayırmak gerektiğini vurgulamak istiyorum.

Devlet yöneticilerinin geçmiş dönemde; bölgeyi aşiret, tarikat, cemaat gibi feodal güçlerle yönetmeye çalıştığı hepimizin malumdur ve bu politikaların sonuçları da ortadadır.

Cumhuriyetimizin kurucu önderi Mustafa Kemal Atatürk'ün bize gösterdiği hedef çağdaşlaşmadır ve çağdaş demokrasilerde

sorunlar insan hakları çerçevesinde, barışçı yöntemlerle, demokrasi içinde çözülür. Bu çerçevede; bizlere emanet edilen demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'ne hepimizin sahip çıkması yurttaşlık görevimizdir.

Cumhuriyetimizin temelini oluşturan üniter yapı başta olmak üzere ulus devlet ile Türkçenin resmi dil ve eğitim dili olması bizim vazgeçilmezlerimizdir.

Bu sınırlar içerisinde kalmak üzere; demokrasimizin çitasını yükseltecek her adımı destek verilmesi doğaldır. Bizim özlemimiz; insan haklarına ve emeğe saygılı, hukukun egemen olduğu, insanların kendisini huzur ve güven içinde hissettiği, devletin herkeसे eşit hizmet anlayışını öne çıkardığı eksiksiz demokrasidir.

Bu nedenle, sorunun çözümünde hem devleti yönetenlerin hem de Kürt kökenli yurttaşlarımızın konuya böyle yaklaşmasını diliyorum.

Temel hedef barış, huzur ve kardeşlik olmalı; nereden gelirse gelsin şiddete, teröre pirim verilmemeli; konu siyasi çekişme ve çıkar hesaplarından uzak tutulmalı, etnik milliyetçilik yerine insan unsuru ön plana çıkarılmalıdır.

Birlikte yaşama ortak iradesinin içtenlikle ortaya konduğu bir zeminde, bütün fikirlerin samimiyetle ifade edilmesi gerekir. Herkesin birbirini suçladığı bir ortamda değil, herkesin bütün saplantılardan, kişisel ve siyasal hesaplardan arınıp kendi özeleştirisini de yapabildiği bir ortamın daha sağlıklı olacağı kuşkusuzdur.

Bildiğiniz gibi birkaç aydır ülkemizin gündemine yerleşen "açılımın" adı üzerinde bile mutabakata varılamamıştır. Esasen, akılları karıştıran ve güven duygularını zedeleyen

konulardan biri açılımın içeriğinin ne olduğunun bilinmemesinden, ikincisi de siyasi aktörlerin çözüm önerileri ve taleplerini içtenlikle ortaya koymamış olmasından kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle herkesin konuya samimiyetle, açık ve net olarak yaklaşması gerektiğini düşünüyorum.

Türkiye Barolar Birliği, ülkemizin enerjisini tüketen bu soruna duyarsız kalmamış, tespitlerini ve çözüm önerilerini, bundan on yıl önce, 1999 yılının Aralık ayında hazırladığı Güneydoğu Raporu ile kamuoyunun değerlendirmesine sunmuştur. Raporda, değerli barolarımız tarafından bildirilen görüşlere ağırlıklı olarak yer verilmiştir.

Ağustos ayında Türkiye Barolar Birliğini ziyaret eden Sayın İçişleri Bakanımız da 45 dakika süren görüşmeler sırasında bize açılımın ne olduğu konusunda bir bilgi vermemiş, yalnızca görüşlerimizi sormuştur.

Bizim, on yıl önce ortaya koyduğumuz görüşlerimizde herhangi bir değişiklik yoktur.

Bildiğiniz gibi; Sayın İçişleri Bakanımız dün de konuyla ilgili bir basın toplantısı düzenledi. Basında "Demokratik açılım hız kazanıyor" başlığıyla duyurulan bu açıklamada da, açılımın ne olduğunun net bir şekilde tanımlanmadığını düşünüyorum.

Sayın Bakan'ın basın açıklamasında; "iç hukukun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uyumunu sağlayacak uyum paketi" ile taahhüt edilmiş hususlar, bugün için "demokratik açılım"la ilgili bir paket olarak ifade edilmiştir.

Sayın Bakan'ın açıklamalarına göre; demokratik açılım sürecinde bazı bağımsız mekanizmalar kurulacaktır. Bunlar;

• İnsan haklarına ilişkin şikâyetleri incelemek üzere Bağımsız ve tarafsız çalışacak, tü-

zel kişiliğe sahip İnsan Hakları Kurumu,

• Her türlü ayrımcılığı yasaklayan Anayasa'nın 10'uncu maddesinin uygulanmasını izleyecek olan Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurumu,

• İşkence ve kötü muamelenin önlenmesi doğrultusunda, kolluğun görevi sırasında yaptığı ileri sürülen ihlal iddialarının soruşturulmasından sorumlu Kolluk Gözetim Komisyonu,

• Ve İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi'nin İhtiyarı Protokolü'nün Onaylanmasına Dair Kanun Tasarısı olarak açıklanmıştır.

İnsan Hakları Kurumu'yla ilgili yasa tasarisını görmediğimiz için değerlendirme yapmıyoruz. Burada bizim için önemli olan oluşturulacak kurumun, gerçekten Paris İlkelerini tanıyıp tanımayacağıdır.

Kolluk Gözetim Komisyonu'nun oluşturulmasına ilişkin yasa çalışması konusunda da bize henüz bir bilgi gelmemiştir.

Bu kurumların oluşturulmasında ve işleyişinde gerçekten bağımsız ve tarafsız olmaları sağlanacak mıdır, sağlanmayacak mıdır? Sağlanacaksa, bu kurulların bağımsızlıkları ve tarafsızlıklarının devamlılığı garanti edilmiş midir, edilmemiş midir? Bizi ilgilendiren budur ve bu konuda bir yorumda bulunmak için henüz erkendir. Bekleyip göreceğiz ve hukuk çerçevesinde gereken neyse onları yapacağız.

Biz Türkiye Barolar Birliği olarak; konunun insan hakları ve hukuki boyutuyla ilgiliiyiz. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğünden; Cumhuriyetimizin temel değerlerinden, çağdaşlaşmadan, barıştan, kardeşlikten, huzurdan, insan onurunun mutlaka ve mutlaka korunmasından yanayız.

Diyarbakır Baromuzun düzenlediği bu

toplantının, siz değerli meslektaşlarımızın ortaya koyacağı görüşlerle çözüme katkı sağlayacağına ve başarılı geçeceğine inanıyor, hepinize saygılarımı sunuyorum.”

ANKARA BAROSU'NUN GELENEKSEL ULUSLARARASI HUKUK KURULTAYI ANKARA'DA YAPILDI

Ocak ayının ikinci haftasında Ankara Barosu'nun Geleneksel Uluslar Arası Hukuk Kurultayı Ankara'da yapıldı.

Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Av. Berra Besler'in "Erkler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı" konusunda yaptığı konuşma metninin bir bölümü aşağıdadır.

"Demokrasi, laiklik, hukuk ve hukukun üstünlüğü biz hukukçular için çok önemli olan ve yaşamımızın kaynağını teşkil eden kavramlardır.

Bu kavramlar bir araya geldikleri zaman toplumda hemen bir hareketlenme olmaktadır. Bu hareketlenme; kimileri için yaşamın manasını teşkil eder. Onlar mutluluk, heyecan ve güven duyarlar. Kimileri de bu hareketlenmeden korku veya endişeye kapılırlar. Bunlar arasından, elinde güç olanlar da toplumda korku yaratırlar, güven duygularını sarsarlar.

Acaba; demokrasi, laiklik, hukuk ve hukukun üstünlüğü kavramlarının toplumda yarattığı bir biri ile çelişen bu algıların sebebi nedir?

Değerli konuklar; hepimizin bildiği gibi bunun tek nedeni vardır, o da çağdaşlaşmadır.

Bu kavramları içine sindiren ve yaşama geçiren toplumlar, çağdaş olmaya kararlı toplumlardır.

Toplumsal örgütlenmelerin ulaştığı en

çağdaş düzey, demokratik hukuk devletidir. Demokratik hukuk devletinin de ulaştığı en doruk nokta çağdaşlaşmadır.

Hukuk devletinde, bütün ilişkiler hukuk düzeni içinde ve hukuka uygun olarak gerçekleşir. Anayasamızın, Cumhuriyetimizin temel niteliklerine ilişkin 2. maddesinde belirtildiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti Devleti de hukuka bağlı ve çağdaş bir devlettir.

Hukuk devleti olmanın ilk adımı toplumdaki hukuk bilincinin yerleşmesi ve hukuka saygı duyulmasıdır. Hukuk devletinde yaşamak isteyen herkes bu konuda kendi çapında kendisini sorumlu ve görevli saymalı, toplumda "her şeyin hukuk düzeni içinde hayata geçmesi için oluşan ortak irade" yaşam biçimi haline gelmelidir.

Kısaca toplum, hukuk devletini ve hukukun üstünlüğünü istemeli, benimsemeli, sahip çıkmalı ve korumalıdır.

Hukuk devletinin en önemli özelliği yargı bağımsızlığıdır.

Yargı bağımsızlığının da en önemli özelliği, olmazsa olmazı özgür savunmadır.

Yargı bağımsızlığı ile işlerlik kazanarak yaşayan hukuk devleti; demokrasinin bir ülkede yerleşmesini ve uygulanmasını sağlayan en güçlü ve sağlam zemini oluşturur. O halde demokrasinin koşulları üzerinde durulması gerekir.

Bilindiği gibi demokrasi; laiklik, ulus devlet ve kuvvetler ayrılığı olmak üzere üç ana ilke üzerine kurulu bir rejimdir. Bu üç ana ilke demokrasinin eksiksiz uygulanmasının temel koşuludur. İçlerinden birinin zayıf düşmesi veya olmaması halinde demokrasiden bahsedilmesi de mümkün olmayacaktır.

Demokrasiye en sağlam zemini oluşturan hukuk devleti; bilindiği üzere her geçen

gün tırmanış gösteren, yargı bağımsızlığına yönelik müdahalelerle, Yargıtay Başkanımızın ifadelerine göre saldırılarla, “yangın baca-yı sardı” sözleri ile yargı bağımsızlığını yok etmeye yönelik uygulamalarla, Anayasa ve insan hakları ihlali niteliği taşıyan eylemlerle büyük yara almaktadır.

Parlamentar sisteme dayalı devlet yapımızda, yürütme lehine, erkler arası bozulan dengeler, toplumda huzur bırakmamış ve halkın yargıya olan güven duyguları önemli ölçüde sarsılmıştır.

Son bir yıl içinde ne yazık ki, medyanın bir numaralı gündemini; “telekulak skandalından”, “HSYK krizlerine”, “masumiyet karnesinin göz ardı edilmesinden”, “uzayan gö-zaltılara” kadar, yürütmenin yargıya müdahalesini konu alan benzeri olaylar teşkil etmiştir.

Yargıda yaşanan çok can sıkıcı bu ortamda kamuoyunun gündeminde yargı reformu bulunmaktadır.

Siyasi iktidar yargı reformunu hızla gerçekleştirmek istemektedir. Acaba bu istek, bu çalışmalar bir şans, bir umut olabilir mi? Bunun çok iyi değerlendirilmesi gerekmektedir. Yarası bir hayli ağır olan yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti, bu reform çalışmalarıyla şifa bulabilir mi? Umarız ki, yargı reformu ile ülkemizde her şeyin hukuk düzeni içinde gerçekleşmesini sağlayacak köklü çözümler getirilebilsin.

Ancak yargı reformunu sadece AB istiyor anlayışı ile değil, ülkemizin ihtiyaçları gerektirdiği için yapmak, toplumda huzur ve refahın kaynağının hukuk düzeni olduğu bilinci ile hareket etmek, gerçekten yargıyı bağımsız ve tarafsız hale getirmek ve öyle kalmasını sağlamak, savunmanın yargının kurucu unsuru olduğunu gerçekten kabul ederek, sorunlara çözüm getirecek reform çalışmalarını yür-

rütmek, toplumumuzun ve hukuk düzenimizin yararına olacaktır.

Yargı Reformu Stratejik Amaçlarının içinde yer alan “Yargı Bağımsızlığının Güçlendirilmesi” ve “Yargının Tarafsızlığının Geliştirilmesi” başlıklarını taşıyan kısımları kuşkusuz çok önemlidir. Yargıya bağımsızlık sağlanmadığı, tarafsız kalmasına imkân tanınmadığı takdirde hukuk devletinin işlerlik kazanması, demokrasinin eksiksiz olarak yaşama geçirilmesi mümkün olmayacağı gibi, yapılacak yargı reformunun da yararlı olabileceğini düşünmek olası değildir.

Anayasamızın temel niteliklerini belirleyen 2’nci maddesinde yazılı olduğu üzere, Türkiye Cumhuriyeti devleti, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

Demokrasi ile idare edilen ve Parlamento rejimi benimsemiş olan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, “kuvvetler ayrılığı” esasına dayalı 1982 Anayasasının 6’ncı maddesinde, “kayıtsız şartsız millete ait olan egemenliğin”, millet adına; yasama, yürütme ve yargı olarak belirlenen “yetkili organları eliyle” kullanılacağı öngörülmüştür.

Anayasamızın başlangıç kısmında bu kuvvetler ayrımının; devletin organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği, ulus adına; devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı, medeni bir “iş bölümü-işbirliği” olduğu açıklanmıştır.

O halde devletimizin yapısına göre bu üç kuvvet bir biri ile eşittir. Biri diğerinin üzerinde değildir. Dolayısıyla birbirlerine müdahale etmeyeceklerdir. Aksine davranış, devletimizin yapısına ve Anayasamıza aykırı olacaktır.

Oysa yıllardır bilinen gerçek odur ki, siyasi iktidarların gücü ve antidemokratik uygulamaları “kuvvetler ayrılığı ilkesindeki” denge-

leri, yürütme organı lehine bozmuş, yasama ve yargı erkleri, yürütme erkinin egemenliği, daha doğrusu esareti altına alınmıştır.

Ülkemizde demokrasinin ve hukuk devletinin işlerlik kazanarak gelişip yerleşmesini ilke edinen aydınların, özellikle biz avukatların temel konular ile ilgilenmeleri elbette gereklidir. Görev anlayışımızın getirdiği haklı hassasiyetimiz tartışmasıdır. Bu nedenle başta Türkiye Barolar Birliği olmak üzere İstanbul, Ankara ve İzmir baroları, tüm barolar yıllardır; hukukun üstünlüğü, demokrasi, laiklik ilkesi, insan hakları, Cumhuriyetimizin kazanımları, üniter devlet yapısı, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve savunma özgürlüğü için bıkmadan usanmadan mücadele vermektedirler.

Hukuk devletinin ve demokrasinin olmazsa olmazı yargı bağımsızlığının çağdaş toplumlara katkılarının başında, "Adil Yargılanma Hakkı" gelir. Doğru ve güvenli yargılanma hakkının uygulanması, korunması, güçlendirilmesi, bağımsız mahkemelerin; donanımlı, teminatlı yargıç ve savcılarının varlığına bağlı olduğu kadar, bağımsız ve teminatlı avukatların varlığına da ihtiyaç göstermektedir.

Hukuk devletinde yargısal denetimi sağlayan yargılama faaliyetini hakim, savcı, avukat birlikte sağlarlar. Bu denetimin her türlü etkiden uzak, ancak bağımsız yargıyla gerçekleştirilmesi mümkündür.

Öyleyse, yargının bağımsızlığını olumsuz yönde etkileyecek bütün faktörler, bu kavramın yaşama geçirilmesi önünde engel oluşturmaktadır.

Yargı; yasamanın, yürütmenin, basının, kamuoyunun; ağaların, sermayenin, benzer güç odaklarının ve bizzat yargının etkilerinden korunmalıdır.

Pek tabiidir ki, yargıcın kişisel görüşle-

rinden, duygusal ve çıkar ilişkilerinden uzak durması, davaya ilişkin önyargı taşınamaması; mahkemenin hak arayanlara karşı güven vermesi, kişilerin mahkemeden korkmamaları, kendileri hakkında en adil kararın verileceğinden, haklarının korunacağından emin olmaları da çok önemlidir.

Ancak son olaylar da göstermiştir ki, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığını etkileyen en önemli faktör, yasamayı güdümüne almış olan yürütmenin, yargıya da egemen olma girişimleridir. Siyasal iktidarların geçmişten bu yana yargı üzerinde egemenlik sağlama çabası içine girdiği bilinmektedir. Ancak üzülerek görmekteyiz ki, yargı üzerindeki baskı hiçbir zaman bugün olduğu kadar sürekli, ağır, yaralayıcı, hukuk devletini ve toplumdaki güveni sarsıcı boyutlara ulaşmamıştır. Yürütmenin; yasama ile birlikte yargıya da egemen olmasının varacağı yer; artık ne hukuk devletinden ne de demokrasiden söz edemeyeceğimiz, otoriter ya da totaliter bir rejimdir.

Bu olumsuz gelişmelerin en acı yönü de; "yürütme erkini öne çıkararak"; sisteme, rejime, aykırılıklara cevaz veren hükümlerin bizzat Anayasamızda var oluşudur.

Öyleyse yargı bağımsızlığını engelleyen faktörlerin ortadan kaldırılması için, işe Anayasamızdan başlamamız gerekmektedir.

Hukuk devletine işlerlik kazandıran yargı bağımsızlığının olmazsa olmazı ve en önemli özelliği "savunma" ve savunmanın özgürce yapılabilmesidir.

Cumhuriyetimizin temel organlarından olan ve sav-savunma-karar unsurlarından oluşan yargı erki; kurucu unsurların temsilcileri hakim, savcı ve avukat birlikteliğiyle gerçekleştirdiği yargılama faaliyeti ile yargısal denetimi sağlar ve hukuk devletine işlerlik kazandırır.

Ancak yıllardır, yargının kurucu unsuru savunma ve savunma görevi yapan avukatlar, yasal düzenlemeler içinde konularına uyan yerlerde olamamışlar ve yargının kurucu unsuru olarak görülmemişlerdir.

Uzun mücadeleler sonucu olarak Avukatlık Yasasında 2.5.2001 tarih ve 4667 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle "Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil eder" hükmü getirilmiştir. Ancak haklı ve doğru olan bu durum, kaynağını Anayasamızda bulamamaktadır.

Avukatlık Kanunu m. 1'e göre yargının kurucu unsuru, TCK m. 6'ya göre yargı görevi yapan, istişari ziyaret raporlarına göre yargının paydaşı olan savunma ve onun temsilcileri avukatlar, bu yasal tanımlamalara Anayasa'da dayanak bulamamaktadırlar.

Anayasamızın 3. Kısım, 3. Bölümünde yer alan yargı ile ilgili hükümler (m. 138-160) incelendiğinde; bu bölümde sadece yargının kurucu unsurlarından sav (savcı) ve karar (hakim) ile ilgili düzenlemelerin bulunduğu, diğer kurucu unsur savunma (avukat)dan hiç bahsedilmediği görülecektir.

Yargı bağımsızlığında hakim ve savcı gibi sorumluluk ve fonksiyonu olan avukatların, yargılama faaliyeti içindeki yerinin ve öneminin Anayasada "yargı" bölümünde belirtilmemiş olması büyük bir noksanlık ve haksızlıktır.

Biz avukatların, meslek örgütlerimiz olan barolarımızın ve Türkiye Barolar Birliği'nin kamu kurumu nitelikleri olmakla beraber, Anayasa'nın 135. Maddesinde yer alan diğer kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları gibi görülmesi ve Anayasamızda yürütme erki içinde yer almaları yanlıştır.

Yargının kurucu unsuru, paydaşı ve özgürlüğün sesi savunma örgütlerinin

Anayasa'daki yeri ve konumu yürütmenin içinde olamaz.

Yürürlükteki düzenleme, yargı bağımsızlığına gölge düşüren, yargı bütünlüğünü bozan, yürütmenin yargıya üstün olması düşüncesine anayasal dayanak sağlayan ve savunma özgürlüğüne vurulan bir darbedir.

Ayrıca Avukatlık Kanunu'nda halen mevcut olan Adalet Bakanlığı'nın barolar üzerinde vesayet makamı niteliğinde bulunan "kararları onama yetkisi" yürütmenin savunmaya ve yargıya müdahalesinin bilinen örneklerinden bir başkasıdır. Yargı bağımsızlığını ve savunma özgürlüğünü önemli ölçüde zedeleyen bu düzenlemenin, yargı reformu çalışmaları sırasında dikkate alınması ve Adalet Bakanlığı'nın bu etkinliğinin giderilmesi gereklidir.

Savunmaya müdahale eden yürütme; Anayasamızda mevcut hükümlere dayanarak, sav ve karar makamlarına da egemen olmaktadır.

Anayasa;

Madde 138 "Mahkemelerin bağımsızlığından ve burada görev yapan yargıçların bağımsızlığından" söz ederken,

Madde 139 ile "hakimlik ve savcılık teminatını" getirirken,

Madde 140 ile "Hakim ve savcılarını idari görevleri yönünden yürütmeye, Adalet Bakanına bağlamış,

Madde 150 ile Adalet Bakanına "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna" başkanlık, Bakanlık Müsteşarına "kurul üyeliği" hakkı tanımış, "Bir mahkemenin ve hakimin veya savcının kadrosunun kaldırılması veya mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki teklifleri" kurula sunmakta Adalet Bakanını yetkili kılmıştır.

Anayasa'nın 159. maddesinde yer alan "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu"nun hukuki yapısı mevcut hali ile devam ettiği müddetçe, yargı bağımsızlığı için tehlike oluşturmaya devam edecektir.

Yargıtay'da boşalan üyeliklerinin seçiminin yapılamaması ve güz kararnamesinin gecikmesine ilişkin olarak basında yer alan haberler hepimizin malumudur ve üzüntü vericidir.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'ndan, yürütmenin temsilcileri olan Adalet Bakanı ve Müsteşarın çıkarılması, yerine yargının kurucu unsuru olan "savunmanın" temsilcileri girmeli ve kurul, kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda yeniden yapılandırılarak, yargı bütünlüğünü gerçekleştirecek bir konuma kavuşturulmalıdır.

Ayrıca kurulun sekreteryaya ve teşkilatının oluşturulması sağlanmalı, müstakil bir bütçeye sahip kılınarak görev ve yetkileri ayrı bir yasa ile düzenlenmeli, kurul kararlarına karşı yargı yolu açılmalıdır.

Yürütmenin yargıya üstünlüğünü gösteren diğer bir örnek de; yüksek mahkemelelerin teşkilinde Cumhurbaşkanına tanınan tercih yetkisidir.

Cumhurbaşkanı devletin başı ve yürütmenin başıdır. Cumhurbaşkanlığı ile ilgili anayasal düzenleme "yürütme" içinde belirlenmiştir. Bu itibarla; kanaatimce yüksek mahkemelerin teşkilinde ve ayrıca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumunda Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler "yargı" aleyhine "yürütmeye" güç kazandırmakta ve yürütmenin yargıya müdahalesi olarak görülmektedir.

Anayasamız kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çelişen hükümlerden arındırılmadıkça, yargı bağımsızlığına engel teşkil eden yasal düzenlemeler giderilmedikçe; yapılmakta olan yargı reformunun ne derecede sağlıklı sonuçlar vereceği iyice düşünülmelidir.

Yargı reformu sırasında, sorunlar yerinde ve gerçekçi biçimde tespit olunmalı, tartışılmalı, olgunlaştırılmalı, stratejik amaçlar ilkesel bir şekilde düzenlenmelidir.

Bütün bunların gerçekleştirilmesi parlamento çalışmalarına bağlıdır. Yargı bağımsızlığını sağlayacak çalışmaların yapılmaması veya eksik bırakılması halinde hiçbir milletvekilinin ve siyasetçinin bundan böyle eleştiri haklarının olamayacağı burada bulunan sayın milletvekili dostlarımızın dikkatlerine sunulur.

Türkiye Barolar Birliği, kurulduğu günden bu yana, "hukuk devrimi" ilkeleri doğrultusunda bir "hukuk reformu" özlemi ve çabası içinde olmuştur. Ancak Adalet Bakanlığının yargı üzerindeki etkinliği tartışılmadan ve bunlar giderilmeden; yargıç-savcı birlikteliğine son verilmenden ve "silahların eşitliği" ilkesi yaşama geçirilmeden; Anayasamız yürütmenin yargıya müdahalesine olanak tanıyan hükümlerden arındırılmadan, kuvvetler ayrılığına dayalı dengeler kurulmadan; hukuka ve gerçeklere uygun, kendi içinde tutarlı bir reformdan söz etmek ve fayda ummak mümkün olmayacağı gibi; Yargı Reformu Stratejik Amaçları içinde yer alan "yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi" ve "yargının tarafsızlığının geliştirilmesi" de sağlanamayacaktır."

AB VE DÜNYADAN HABERLER

Haz.: TBB Uluslararası İlişkiler ve Avrupa Birliği Merkezi

• Değişen Roller ve İspanya'nın Dönem Başkanlığı

İsveç'in AB dönem başkanlığının 31 Aralık 2009 tarihinde sona ermesi ve dönem başkanlığının İspanya'ya geçmesiyle birlikte Avrupa Birliği'nde yeni bir dönem başlıyor. Zira, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesi sonucunda, Konsey Başkanlığı'nın görev kapsamı da değişmiş oluyor. Bundan önceki dönemlerde, dönem başkanı olan ülke AB Üyesi devletlerin yaptığı tüm toplantılara başkanlık etmekteydi. Ayrıca, dönem başkanı, AB'nin menfaatlerini küresel düzeyde temsil etmek ve Konsey adına AB'nin diğer kurumlarıyla irtibat kurulmasından da sorumluydu. Bu nedenle dönem başkanlığını yürüten ülke, AB'nin çalışmalarını ve politikasını belirleme ve yönlendirmede etkin rol oynamaktaydı. Ancak, Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, dönem başkanı Avrupa Konseyi'ndeki müadilleriyle gerçekleştirilen toplantılara başkanlık etmeyecek. Bu toplantılarda başkanlığı doğrudan Konsey Başkanı gerçekleştirecek. Ancak; dış politika konusu hariç, Avrupa bakanları toplantılarına, dönem Başkanı ülke başkanlık edecek. Dış politika konulu bakanlar toplantılarına ise, Birliğin Dış İlişkiler ve Güvenlik Politikası'ndan sorumlu Yüksek Temsilcisi başkanlık edecek. Lizbon Antlaşması'nın dönem başkanı ülkenin görev alanıyla ilgili düzenleme ve sınırlandırmalarına rağmen, Antlaşma'da Avrupa Konseyi Başkanı ile dönem başkanı ülkenin Devlet Başkanı arasındaki ilişkinin belirtilmemiş olması ve dönem başkanı ülkenin Devlet Başkanı'nun Avrupa Konseyi'ndeki rolünün net olmaması sebebiyle, İspanya'nın bundan sonra AB'nin karar alma mekanizmasında etkili olmak için çok fırsatı olacağı düşünülüyor.

Ancak, dönem başkanı olarak İspanya'nın Avrupa'nın karar verme mekanizmasında etkili olması, Başbakan Zapatero'nun atacağı adımlara bağlı. Nitekim İspanya'nın AB İşlerinden sorum-

lu Devlet Sekreteri Lopez Garrido, İspanya'nın dönem başkanlığında ekonomik politikalara ağırlık verileceğini; ayrıca AB'in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmasına ve ayrımcılıkla mücadele ve cinsiyete dayalı şiddete karşı mevzuatın güçlendirileceğini ve AB'nin küresel bir güç olarak hareket edeceğini söylemesi, dönem başkanı ülkenin etkisinin devam edeceğini gösteriyor.

• Avrupa'da Yargı Bağımsızlığı

Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi, hukuk devleti ve insan haklarının korunması açısından son derece önemli olan bir kararı oyladı. Kararla, tüm Avrupa'da ceza adaleti sisteminin, her tür siyasi müdahaleye karşı korunması hedefleniyor.

Ancak bu korumanın, savcılarının ve avukatlarının bağımsızlık derecesiyle ve usul hukukunun ve maddi kaynakların niteliğine bağlı olduğu da biliniyor.

Örneğin, Fransa ve Almanya gibi, savcılarının yetkili makamlara sıkı sıkıya bağlı olduğu ülkelerde, hâkimlerin ve savunma avukatlarının, soruşturmalarda daha aktif rol oynayabilmesi gerekiyor.

Asamble, Almanya ve Fransa örneğinde olduğu gibi, daha bağımsız konumda olan hâkimler ve savunma avukatları ile bu tür bir bağımsızlığı olmayan Baş Savcılık ve Polis arasında bir denge kurulmasını öneriyor. Asamble, bu çerçevede Birleşik Krallık, Fransa, Almanya ve Rusya Federasyonu'ndaki durumu tanımlamakta ve tüm üye devletleri, hukuk sistemine adli yardım da dâhil olmak üzere yeterli ölçüde kaynak ayırmaya; savunma avukatlarına önemli ölçüde usul hakkı tanımaya ve Hukuk Sisteminin özerkliğini güçlendirmeye davet etmektedir.

• Avukat Adayının Açtığı Davada Adalet Divanı'nın Kararı

Adalet Divanı, Polonya vatandaşı Krzysztof Pela'nın Alman Adalet Bakanlığı aleyhinde açtığı davada kararını verdi. Pela, Alman Adalet Bakanlığı aleyhinde, Bakanlığın, Pela'nın, staja başla-

madan önce Alman öğrencilerin taşınmasının gerekli olduğu nitelikleri taşımadığına yönelik tespiti ve bu nedenle Almanya’da staj yapmasına izin verilmemesi gerekçesiyle dava açmıştı. Pela, dava açarken, avukatlık stajını hukuk diplomasının alındığı ülke dışında bir AB ülkesinde yapmasına engel olunduğu ve bunun da AB vatandaşlarının serbest dolaşımına aykırı olduğu iddiasında bulunmuştu. Divan ise kararını verirken, her ne kadar Topluluk hukukunda, avukatlık stajını diploma aldığı AB üyesi dışında bir ülkede yapmak isteyen adayların tecrübe ve niteliklerinin mutlaka dikkate alınmasının gerekli olduğu belirtilse de; buradan, avukatlık stajını diploma aldığı ülke dışında bir AB ülkesinde yapmak isteyen adaylar için stajın yapılacağı ülkelerin kanunlarının öngördüğü bilgi düzeyinin ve staj şartlarının göz ardı edilmesi gibi bir sonuca ulaşamayacağını belirtmiştir.

- **Stokholm Programı: Yurttaşlarını Koruyan Güvenli Bir Avrupa’ya Doğru**

Avrupa Konseyi’nin özgürlük, güvenlik ve adalet alanlarında mutabık kaldığı ilk çok yıllık program olan Tampere Programı’ndan on yıl sonra, Konsey 11 Aralık 2009 günü, Tampere Programı’na dayalı olan yeni bir program olan Stokholm Programını benimsedi.

Stokholm Programı, AB üyesi ülkelerin, Lizbon Antlaşmasıyla ortaya konulan fırsat ve avantajları en iyi şekilde kullanmasını hedefliyor. Programda, AB’nin gelecekte karşılaşacağı en önemli sorunun temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması olduğu; aynı zamanda Avrupa’da güvenliğin tesisinin de büyük önem taşıyacağı ifade ediliyor. Bu çerçevede, AB üyesi ülkelerden, özgürlük, güvenlik ve adaleti, temel hakların korunduğu tek bir alan gibi algılamaları ve bu çerçevede AB’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ivedilikle katılımı talep ediliyor.

Programda ayrıca, AB vatandaşlarının haklarını daha kolay bir şekilde aramalarını sağlayacak mekanizmaların geliştirilmesi; terörizm ve diğer tehditlere karşı güvenliğin kapsamını genişletmek üzere iç güvenlik stratejisinin oluşturulması; meşru amaçlar

doğrultusunda Avrupa'ya giriş yapmak isteyenlere kolaylık sağlanması; uzun vadeli ve kapsamlı bir göçmenlik politikasının geliştirilmesi ve bu bağlamda 2012 itibariyle ortak sığınma sistemine geçilmesi; ve AB vatandaşlarına Dünya çapında çalışma ve iş yapma imkanı sağlanması hedefleri yer almaktadır.

• **Stokholm Programı: Avrupa, Adalet ve İçişlerinde Birleşiyor**

Avrupa Birliği liderleri, bir "*iç güvenlik stratejisi*" oluşturarak, Topluluk mercilerine, adalet ve iç işleri alanlarında daha fazla görev veren beş yıllık bir planı benimsediler. Plana göre, yargıçlar ve polisler, karşılıklı değişim programları çerçevesinde diğer Üye Devletlere gönderilecekler.

Bu çerçevede, AB Konseyi dâhilinde "*iç güvenlik*" birimi de oluşturulacak. Plan kapsamında geliştirilen "*İç Güvenlik Stratejisi*", terörizmle mücadele, sınır yönetimi, sivillerin korunması ve suçla ilgili konularda adli işbirliği gibi hususlarda, Brüksel ile üye devletlerin başkentleri arasında bir iş bölüşümü yapılmasını öngörüyor. Bu bağlamda, oluşturulan yeni güvenlik birimi COSI, bu stratejinin geliştirilmesi, takibi ve uygulanmasından sorumlu birim olacak. Ne var ki, sivil özgürlük savunucuları, oluşturulan bu yeni birimin (COSI), şeffaflık ve hesap verebilirlik anlayışına göre çalışmayacağı ve gereğinden fazla yetkili bir kurum halini alacağı uyarısında bulunuyorlar.

Dönem başkanlığını İspanya'ya devreden İsveç'in dönem başkanlığı sırasında hazırlanan planın, İsveç'in ulusal koşullarına göre düzenlendiği ve İsveç'in sosyal anlayışını yansıttığına inanılıyor. Nitekim plan kapsamında getirilen hedeflerden biri de 2012 yılı itibariyle Ortak Sığınma sistemine geçilmesi ki, özellikle Afrika'dan gelen sığınmacılar, bu politika uygulanırsa sadece Güney Avrupa ülkeleri tarafından kabul edilmeyecek ve diğer ülkeler arasında dağıtılacak. Bu durum ilk bakışta sığınmacılar için yeni bir hak ve göç düzenlemelerinde iyileştirme gibi algılsa da, yeni planda güvenlik ve kolluk güçlerine daha fazla yetki verilmesi ve Avrupa Birliği'ne yönelik göçün daha fazla kontrole

tabi tutulması, insan hakları kuruluşlarını rahatsız ediyor.

Öte yandan Stokholm Programı'nda avukatların göz ardı edildiği de özellikle Avrupa Barolar Federasyonu'nda yaygın bir kanı. Avrupa Komisyonu'nun açıklamaları da dâhil olmak üzere, Stokholm Programı'nın daha ilk ifadelerinde avukatlar tamamıyla göz ardı edilmiş görünüyor. Her ne kadar programın dayandığı temel konular olan, adalet, güvenlik, göç, özgürlük ve temel haklar doğrudan avukatlık mesleğini etkilese de, Program'da avukatların Adalet ve Kanun'daki yeri ve görevleri dikkate alınmamış görülüyor. Keza, Program metninde yeni hâkim ve savcılarının eğitimine yer verilirken, avukatların eğitiminden söz edilmemesi de Program üzerindeki endişeleri artırıyor. Dolayısıyla, Stokholm Programı'nın hazırlanmasında avukatların ve baroların katılımının ne denli önem taşıdığı özellikle Avrupa Barolar Federasyonu'nda hâkim bir görüş olarak öne çıkıyor.

• Müvekkillerle İlişkilerde Yeni Kurallar

Hizmetler Direktifi olarak da bilinen iç piyasada verilen hizmetlere ilişkin 2006/123 sayılı Direktif, 28 Aralık 2009'da yürürlüğe girdi. Direktife göre, Üye Devletler, bir hizmet faaliyetinin oluşturulması ya da yürütülmesini etkileyen haksız ya da ayrımcılık içeren koşulları kaldırmak durumunda. Direktifle, tüm AB çapında hizmetlere erişimin iyileştirilmesi hedefleniyor. Direktif, 77/249 sayılı Avukatlık Hizmetleri Direktifi ya da 98/5 sayılı Avukatların Yerleşmesine ilişkin Direktif hükümlerine aykırı olmayacak şekilde, davaya çıkmayan avukatlara ("Solicitor"), müvekkillerine mesleki tazminat sigortası ve adli olmayan anlaşmazlıkların çözümüne dair prosedürler hakkında mutlaka bilgi vermesi zorunluluğu getiriyor.

• AB'de Tek Bir Patent Sistemine Doğru

Rekabet Konseyi'nde yapılan Bakanlar toplantısında, tüm AB çapında tek bir patentin geçerli olmasının öngörüldüğü düzenleme kabul edildi. Toplantıda ayrıca, patentlerin geçerliliği ve

patent ihlalleri hususunda münhasır yetki sahibi olacak Avrupa patent mahkemesi sisteminin oluşturulmasına da karar verildi. Bu konuda Adalet Divanı'nın görüş bildirmesi de istendi. Tüm AB'de geçerli olacak ortak AB patentinin uygulamaya geçebilmesi için, Avrupa Patent Sözleşmesi'nde değişiklik yapılması gerekiyor.

- **Sahte İlaçlar, AB'yi Endişelendirmeye Devam Ediyor**

Gitgide artan sahte ilaç sorunu, Avrupa Birliği'nin kıdemli politika yapımcılarını endişelendiriyor.

Sahte ilaçlarda etken madde çok az miktarda bulunuyor. Hatta kimi zaman, bu tip ilaçlarda etken maddeye rastlanmıyor. Dolayısıyla, sahte ilaçlar, hastaların sağlığını doğrudan riske atabilecek miktarda toksik madde içermekte. Konuyla ilgili bir açıklama yapan AB Sanayii Komiseri Günter Verheugen, sorunun hızla arttığına işaret ederek, Avrupa Komisyonu'nun sahte ilaçların tüm Avrupa'yı sarmasından dolayı ciddi endişeler taşıdığını belirtiyor. AB'de sadece iki ay içerisinde 34 milyon tablet sahte ilacın ele geçirilmesi, durumun vahametini açıkça gösteriyor. Verheugen, AB'nin sahte ilaçlara karşı kapsamlı bir mücadele içine girdiğini belirtiyor. Nitekim, Aralık ayı içerisinde AB Komisyonu, hastaların ilaçlarla ilgili bilgi düzeyini artırmak ve sahte ilaçların yayılmasını önlemek amacıyla yeni bir ilaç mevzuatı hazırladı. Komisyon, yeni mevzuat kapsamında, sahte ilaçların önünü kesmek ve ilaç dağıtıcılarını daha iyi denetlemek amacıyla güvenlik tedbirlerinin artırılmasını öneriyor.

- **Avrupa Avukatları Açısından 2010 Yılı**

Akzo Nobel davasının Şubat ayı içerisinde ele alınması ve 2010 yılı içerisinde bir karara varılması bekleniyor. Davada, kurum içi dava vekillerine hukuki mesleki ayrıcalık vermeyen mevcut Avrupa içtihadının üst mahkemece bozulup bozulmayacağı karara bağlanacak. Bilindiği üzere, hukuki mesleki ayrıcalık, profesyonel bir avukatla müvekkili arasındaki tüm haberleşmelerin,

müvekkilin izni olmadan ifşa edilmesine karşı bir koruma sağlıyor. Öte yandan, daha önce ertelenen Avrupa e-adalet portalının 2010 yılı ortalarında devreye konulması bekleniyor. E-adalet portalıyla birlikte, sınır aşan davalarda video konferans; şirket, iflas ya da tapu sicili gibi kayıtlara yargı personelinin sınır ötesinden erişimi ve diğer AB üyesi ülkelerden avukat bulabilme imkânı gibi olanaklar getiriliyor. Bu çerçevede, Avrupa Barolar Konseyi'nin (CCBE), avukatların, tüm resmi dillerde, AB üyesi ülkelerde uygulanmakta olan ceza usulleriyle ilgili temel bilgilere erişimini mümkün kılacak, Avrupa Komisyonu'nun finanse ettiği bir proje üzerinde çalışmakta olduğu da biliniyor.

• **Kürtaj Hakkı İçin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Başvuru**

Üç kadın, İrlanda'da uygulanmakta olan kürtaj yasağını, sağlıklarını tehdit ettiği gerekçesiyle Strasburg'taki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürdü. İrlanda yasaları gereği ömür boyu hapis cezasına çarptırılmamak için isimlerini vermeyen üç kadından biri, kısa bir süre öncesine kadar kanser tedavisi almış ve çocuk doğurmasının yeni atlattığı kanseri geri getirebileceği korkusundan dolayı çocuğunu aldırma istiyor. Diğer iki kadından birinin dış gebelik riski; diğerininse ciddi alkol sorunu bulunuyor. İrlanda'da 1861 yılından bu yana kürtaj yasağı. 26 yıl önce yapılan bir referandumda da halkın çoğunluğu bu yasanın devamından yana oy kullandı. "Doğmamış olanın yaşam hakkı" ifadesi, İrlanda Anayasası'nda yer alıyor. Bundan dolayı, kürtaj yaptırmak zorunda kalan İrlandalılar, ülke dışına; çoğunlukla da İngiltere'ye gitme zorunda kalıyor.

Ayrıca, İrlanda'da Avrupa Birliği'nin kürtaj hakkı getirmesinden ve İrlanda hükümetinin kürtaj konusundaki uygulamalarının hükümsüz kalmasından korkuluyor. Lizbon Antlaşması'nın uygulamaya geçirilmesiyle birlikte, İrlanda hükümeti, uygulamakta olduğu kürtaj karşıtı mevzuatın Avrupa İnsan Hakları Şartı'ndan olumsuz etkilenmemesi için hukuki garanti arayışına girdi.

- **Sırbistan, Soykırım Yaptığı İddiasıyla Hırvatistan**

- **Aleyhinde Uluslararası Adalet Divanı'nda Dava Açtı**

Yugoslavya'nın dağılmasından sonra çıkan iç savaşta yöneticilerinin adı sıklıkla "katliam" ve "soykırım" kavramlarıyla birlikte anılan ve eski Cumhurbaşkanı Karacic'in Lahey'de uluslararası mahkemede yargılandığı Sırbistan, kendisi gibi Yugoslavya'nın parçalanmasıyla ortaya çıkan devletlerden Hırvatistan aleyhinde, 1991-1995 Balkan Savaşı sırasında soykırım suçu işlediği iddiasıyla Uluslararası Adalet Divanı'nda dava açtı. Bu davanın, Hırvatistan'ın daha önce Sırbistan aleyhinde benzer suçlardan dolayı açtığı davalara bir karşılık niteliğinde olduğuna inanılıyor. Nitekim, bu konuda Sırbistan Dış İşleri Bakanı Vuk Jeremic, Hırvatistan Sırbistan aleyhinde açtığı davadan geri adım atmayınca, Sırbistan'ın da Hırvatistan aleyhine dava açtığını açıkça belirtti. Sırbistan, Uluslararası Adalet Divanı nezdinde açtığı davada, Hırvatistan'ı 1995 yılında Hırvatistan'da yaşayan Sırp nüfusu sınır dışı ederek soykırım yapmakla suçluyor. Uluslararası Adalet Divanı'nın, 2007 yılında Bosna Hersek'in Sırbistan aleyhinde açtığı benzer davada verdiği kararda, Sırp hükümeti, savaş sırasında doğrudan soykırım yapmakla sorumlu tutulmamakla birlikte, 1948 yılına ait Soykırım Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesinden dolayı suçlu kabul edilmişti.

- **Tayland'ın Hmong Halkını Sınır Dışı Etmesi, İnsan Hakları Savunucularını Korkutuyor**

Tayland hükümetinin, Tayland'da bir mülteci kampında yaşamakta olan 4000 Hmong'u sınır dışı etmesi ve Laos'a göndermesi nedeniyle, insan hakları savunucuları bölgede şiddetin artmasından ve Laos hükümetinin, Hmonglar'a zulüm yapmasından endişe ediyorlar. Tayland hükümeti ise, Hmongların Tayland'a yasa dışı yollarla giriş yaptığı ve bu nedenle mülteci olarak korunamayacakları görüşünde. Hmonglar, ABD'ye destek verdikleri gerekçesiyle Vietnam Savaşı'ndan bu yana Laos hükümetiyle sorunlu bir şekilde yaşıyorlar. Nitekim, 1970'li yılların başında

300.000 Hmong'un Tayland'a iltica ettiği ve halen binlercesinin Tayland'da yaşamakta olduğu biliniyor.

- **İran İçişleri Bakanı'ndan Muhaliflere İdam Tehdidi!**

İran İçişleri Bakanı Mostafa Mohammad Najjar, geçtiğimiz yıl Haziran ayında yapılan Başkanlık seçimleri sonrası başlayan ve yakın bir zaman önce Aşure Günü kutlamaları sırasında devam eden ve dört kişinin ölümüyle sonuçlanan hükümet karşıtı gösterilere devam etmeleri halinde göstericilerin idam cezasına çarptırılacağı uyarısında bulundu. Najjar, bu gösterilerde çok sayıda yabancıda yer aldığı için altını çizerek, suçlu bulunmaları halinde bu yabancıların da cezalandırılacağını belirtti. Hükümet karşıtı gösterilere karşı son derece katı bir tutum takınan İran Hükümeti, özellikle Başkanlık seçimi sonrasında meydana gelen gösterilerde binlerce kişinin tutuklanmasıyla ilgili olarak ciddi bir uluslararası incelemeyle karşılaşmış bulunuyor. Nitekim, Uluslararası Af Örgütü, İran hükümetinin son dönemde sergilediği insan hakları ihlalinin son 20 yılın en kötü düzeyinde seyrettiğini bildirdi. Ayrıca, çok sayıda insan hakları grubu, BM Genel Kurulu'ndan İran'daki insan hakları ihlallerini araştırması için özel bir temsilci tayin etmesini talep etti.

- **"Dünya Adalet Projesi": Dünya'ya Önerilen Amerikan Programı**

Amerikan Barolar Birliği, "Hukuk Devleti" kavramının Dünya'daki uygulamalarının incelenmesine ve bu çerçevede projeler geliştirilmesine dayalı olan "Dünya Adalet Projesi" fikrini ortaya atmıştı. Proje, zamanla Amerikan Barolar Birliği'nden bağımsız bir düşünce haline aldı. Ancak, uygulamada projenin çok da Amerikan Barolar Birliği'nin dışına çıkamadığı görülüyor. Nitekim, geçtiğimiz Kasım ayında Viyana'da İkinci Dünya Adalet Forumu'na katılan hukukçu ve avukatların çok azı Amerikan Barolar Birliği dışından gelen katılımcıydı. Toplantıya katılanlar daha ziyade, kendi projelerine finansman arayan sivil toplum ku-

ruluşlarıydı. Forumun genel oturumunda, Dünya devletlerinin gelecekte sınıflandırılmasına dayalı bir endeks oluşturuldu. Endekste yer alan sınıflandırma kriterlerini de ABD’de yaşamakta olan Amerikan uzmanları belirledi. Bu çerçevede, hükümetin ve devlet memurlarının hukuka saygı duyması ve bu hususta hesap verebilir olmaları; kanunların insanların güvenlik ve mülkiyeti de dahil olmak üzere temel hakları savunacak ölçüde açık ve net olması; kanun yapma sürecinin açık ve verimli olması; ve sayıca yeterli olan ve yeterli düzeyde kaynağa sahip bulunan ahlaken sağlam, bağımsız ve yetkin hukukçu ve hakimler vasıtasıyla adalete erişim gibi prensipler çerçevesinde sınıflandırma yapılacaktır. Bu amaçla, “*Hukuk Devleti Endeksi*”nin hazırlanmasına başlanmış olup; gerekli değerlendirmeleri yapmaları için 35 ülkeden uzmanlara soru formları gönderilmiştir. Ancak, bu uzmanların kim olduğu belli değil. Dolayısıyla değerlendirmenin ne kadar sağlıklı ve doğru olacağı şimdiden tartışma konusu.

- **Afganistan, Bagram Islahevini Devralıyor**

Afgan yetkilileri, daha önceleri Bagram Hava Üssü’nde bulunan Amerikan ordusuna ait Parvan Islahevi’nin devralınmasına yönelik süreci belirleyecek bir mutabakat zaptını imzaladı. Islahevi’nin devrine ilişkin sorumlulukların altı ay içerisinde gerçekleştirileceği bildirildi. Islahevi’nin Adalet Bakanlığı Merkez Hapishaneleri Müdürlüğü’ne devrinin ne zaman gerçekleştirileceği ise Afganistan Cumhurbaşkanı Hamit Karzai’nin vereceği karara bağlı.

Parvan Islahevi, daha önce Bagram Hava Üssü’ndeki bir hangarda bulunan tutukevinin yerini alacak. Tutuklular için yeni bir bina yapılırsa da, uluslararası insan hakları savunucuları, Obama yönetiminden, uygulanmakta olan gözaltı politikalarının uluslararası hukuka uygunluğunu sağlamasını talep ettiler. Bagram’da daha önceki yönetim zamanında iki tutuklunun, ciddi ölçüde şiddete maruz kaldıktan ve uzun süren tutukluluk döneminden sonra öldüğü bildirilmişti.

İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ ÇERÇEVE SÖZLEŞMESİ'NDEN KYOTO PROTOKOLÜ'NE KÜRESEL ISINMAYA KARŞI ULUSLARARASI ALANDAKİ HUKUKİ GELİŞMELER

Ahmet M. GÜNEŞ*

I. Giriş

Dünyayı tehdit eden çevresel sorunların başında gelen küresel ısınma ve iklim değişikliği, yaklaşık otuz yıldır toplumun değişik kesimlerinde yoğun tartışmalara neden olmuş ve XXI. yüzyılda artık insanlığın inkâr edilemez gerçeklerinden biri olmuştur. Küresel ısınma, insanların giriştiği faaliyetler ile neden olduğu sera gazlarının atmosferde yoğun bir şekilde artması sonucunda, yeryüzüne yakın atmosfer tabakalarının ve yeryüzü sıcaklığının yapay bir şekilde artması süreci olarak tanımlanabilir. Küresel ısınmanın bir sonucu olarak ortaya çıkan küresel iklim değişikliği ise, yağış, nem, hava hareketleri ve kuraklık gibi iklim unsurlarının değişme hadisesidir.¹ Günümüzde özellikle sel, kuraklık, kasırga ve fırtına gibi olağandışı hava olaylarının geçmiş yıllara oranla daha sık ve şiddetli bir şekilde vuku bulması, küresel ısınma sorununu toplumun her kesimini yakından ilgilendiren güncel bir mesele haline getirmiştir.

Küresel ısınma sorununda kilit bir rol oynayan sera gazları, atmosferde doğal olarak bulunan gazlardan olup, yeryüzündeki ısının bir kısmını tutarak yeryüzünün aşırı bir ısı kaybına uğramasına engel olmaktadır. Atmosferin sera gazlarının tesiriyle oluşan ısıtma ve yalıtma işlevine ise, sera etkisi denir.² İnsanoğlu tarafından yürütülen en-

* Dr., LL.M. (Münster), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim görevlisi.

¹ Krş. Doğan, *C.Ü.İ.B.D.*, 2005, C. 6, S. 2, s. 58; Klopfer, *Umweltrecht*, § 17, N. 7 vd.; Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 27 vd.; Koch/Verheyen, *NuR* 1999, s. 1 vd.; Zwingmann, *Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie*, s. 11 vd.

² Sera etkisinin yokluğu durumunda yeryüzünün ortalama sıcaklığı, 15 °C değil de -18 °C olacak idi.

düstriyel faaliyetler sonucunda, günümüzde sera gazlarının atmosferdeki yoğunluğu ciddi bir şekilde artmış, bu artış atmosferin dengesini bozarak doğal sera etkisinin zayıflamasına ve dünyanın yüzey ısısının yükselmesine neden olmuştur. Küresel ısınma olarak adlandırılan çevre sorunu bu bakımdan, atmosferdeki sera gazlarında meydana gelen artışın doğrudan bir sonucudur. Küresel ısınmaya neden olan başlıca altı tane sera gazı, karbondioksit (CO₂), Metan (CH₄), Nitröz Oksit (N₂O), hidrofluorokarbonlar (HFCs), perfluorokarbonlar (PFCs) ve Kükürt heksaflorür'dür (SF₆). Ancak toplam sera gazı miktarı içindeki payı % 75'in üzerinde olan Karbondioksit'in küresel ısınmada en etkili olan gaz olduğunu belirtmek gerekir. Ekonominin her sektöründe kullanılan fosil yakıtlarının (kömür, petrol, doğal gaz) yakılması sonucu Karbondioksit gazının salımı (emisyon), bu gazın sera gazları içinde küresel ısınmaya neden olan en önemli gaz olmasına yol açmıştır. Bu bağlamda küresel ısınmanın en önemli nedenin fosil kaynaklarının yoğun olarak kullanımı sonucunda atmosferde biriken karbondioksit olduğunu vurgulamak gerekir. Bunun haricinde, orman arazilerinin ve bitki örtüsünün tahrip edilmesi, hızlı ve çarpık kentleşme ve sanayileşme küresel ısınmaya neden olan diğer faktörlerdir.³

Yapılan araştırmalar, küresel ısınmanın ekolojik, ekonomik ve toplumsal birçok sorunu da beraberinde getireceğini göstermektedir.⁴ Küresel ısınmanın ortaya çıkaracağı en önemli ekolojik sonuç kuşkusuz iklim değişikliği olacaktır. İklim değişiklikleri sonucu, önümüzdeki dönemlerde bazı bölgelerinde aşırı kuraklıkların baş göstereceği, diğer bazı bölgelerde ise şiddetli sel felaketlerinin yaşanacağı tahmin edilmektedir. Küresel ısınmanın engellenmemesi durumunda, gerek kutuplardaki buzulların gerekse de karalardaki kar örtüsü ve buzlanmanın eriyerek, dünya deniz seviyesinin yükseleceği vurgulanmıştır.

³ Çepel, *Ekolojik Sorunlar ve Çözümleri*, s. 132; Samur, *Küresel İklim Değişiminin Etkileri*, s. 6.; Winkler, *Klimaschutzrecht*, s. 19 vd.; Bail, *EuZW 1998*, s. 457; Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 2.

⁴ Krs. Winkler, *Klimaschutzrecht*, s. 21 vd.; Karakaya/Özçağ, *Türkiye Açısından Kyoto Protokolü'nün Değerlendirilmesi*, s. 2; Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 33 vd.; Kloepper, *Umweltrecht*, § 17, N. 9; Kreuter-Kirchhof, *Neue Kooperationsformen im Umweltschutzrecht*, s. 93 vd.; Doğan, *C.Ü.İ.B.D.*, 2005, C. 6, S. 2, s. 58; Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 4; Duru, *Viyana'dan Kyoto'ya İklim Değişikliği Serüveni*, s. 3 vd.; Bail, *EuZW 1998*, s. 457; Müller, *Klimaschutz als Herausforderung der Rechtsordnung*, s. 191 vd.; Zwingmann, *Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie*, s. 22 vd.

Böyle bir durumda, denize yakın yerleşim birimlerinin büyük bir tehlike ile karşı karşıya gelebileceğini belirtmek gerekir. Ayrıca, iklim değişikliği sonucu oluşacak kasırgalar, seller ve aşırı kuraklıklar, biyolojik çeşitliliğin ve bazı hayvan türlerinin yok olması neticesini de doğuracaktır. İklim değişikliği ekonomik bağlamda da birçok önemli sonuç doğurabilecektir. Küresel ısınmanın tarım, sanayi, turizm ve sigortacılık sektörleri başta olmak üzere birçok alanda ciddi tehlikeler ortaya çıkarabileceğini belirtmek gerekir. Küresel ısınma bunun haricinde, insanların yaşam ortamlarını ve geçim kaynaklarını tehdit ederek, küresel bir yoksullaşmayı, yeni hastalıkları, çatışmaları ve politik istikrarsızlığı da beraberinde getirebilecektir.⁵ Bir diğer husus, küresel ısınmanın sebep olacağı bir su kıtlığı sorununun uluslararası çatışmalara neden olabileceğidir.

İnsanlığın ortak geleceğine yönelmiş küresel bir tehdit olarak iklim değişikliği, uluslararası kamuoyunun acil bir şekilde çözmek zorunda olduğu çevresel sorunların başında gelmektedir. Küresel ısınma her ne kadar çoğu kez güncel bir çevre sorunu olarak ele alınsa da, bu sorunun bilim çevrelerinde farkına varılışının esasında eskiye dayandığı görülmektedir. İsveçli bilim adamı Svante Arrhenius henüz 1896 yılında, Karbondioksit emisyonlarının küresel bir ısınmaya sebep olacağı konusunda ilk uyarılarda bulunmuştur. Sera gazlarının atmosferdeki yoğunluğunun artışı ve iklim değişikliği arasındaki bağlantıya ilişkin bilimsel araştırma sonuçlarına karşı ilk ciddi tepkilerin, ancak 1970'li yıllarda ortaya çıktığından bahsetmek mümkündür. İklim değişikliğine karşı uluslararası düzeyde atılan ilk somut girişimlerin ise, Kasım 1988'e rastladığı söylenebilir. Zira bu tarihte Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) ve Dünya Meteoroloji Örgütü'nün (WMO) himayesinde insanoğlunun sebep olduğu iklim değişikliklerini değerlendirmek üzere Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (*Intergovernmental Panel on Climate Change - IPCC*) adıyla uluslararası bir komisyon kurulmuştur. IPCC ilk raporunu 1990 yılında yayınlamıştır. Yüzlerce bilim adamının çalışmaları ile ortaya çıkan bu raporda, iklim değişikliği sorununun temelinde yatan nedenler kapsamlı bir şekilde ortaya kon-

⁵ Krş. Samur, *Küresel İklim Değişiminin Etkileri*, s. 1 vd.; Kreuter-Kirchhof, *Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht*, s. 93 vd.; Samur, *Küresel İklim Değişikliği: Fırsatlar ve Tehditler*, s. 142 vd.; Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 34; Samur, *Küresel İklim Değişikliği: Fırsatlar ve Tehditler*, s. 142; İncecik, *İnsan Kaynaklı İklim Değişimi ve Türkiye*, s. 33 vd.

maya çalışılmıştır. IPCC'nin 1995, 2001 ve 2007 yıllarında yayınladığı ikinci, üçüncü ve dördüncü raporlar ise, bilhassa insan kaynaklı küresel ısınmanın sebepleri ve küresel ısınmanın çevre ve insanlık için doğurabileceği olası sonuçların ayrıntılı bir şekilde ele alınıp, çözüm önerilerinin sunulması bakımından önem arz etmektedir. IPCC, iklim değişikliği üzerine uluslararası alanda yürütülen çalışmaların merkezi olmanın ötesinde, iklim değişikliği konusunu ele alan hukuki belgelerin tohumunun atıldığı ve bu konudaki sözleşme ve protokollerin hazırlanmasında doğrudan etkili olmuş bir platformdur.

Küresel ısınmanın doğurduğu bir sonuç olarak iklim değişikliği sorunu ile mücadele etme amacını taşıyan iki uluslararası hukuk belgesinin varlığından söz etmek mümkündür. Bunlardan birincisi, 1992 yılında imzalanan Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi (BMİDÇS), ikincisi ise 1997 yılında imzalanan Kyoto Protokolü'dür (KP). Çalışmamızın bundan sonraki kısmında bu iki hukuki metin ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

II. İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi

A. Hazırlanış Süreci

IPCC'nin oluşturulması, her ne kadar yerkürenin iklimsel dengesinin korunması için uluslararası düzeyde yürütülen çabaların somutlaştırılması sürecinde kilit bir rol üstlenmişse de, küresel ısınmaya karşı uluslararası çözümlerin geliştirilmesi amacıyla bir müzakerelere süreci başlatılmasına ilişkin girişimlerin daha eskiye dayandığı görülmektedir.⁶ 1985 yılında Avusturya'nın Villach kentinde gerçekleştirilen bir konferansta, iklim değişikliği sorunu ilk defa tüm bo-yutları ile ayrıntılı bir şekilde dile getirilmiştir. Haziran 1988'de ise Kanada'nın Toronto kentinde "Değişen Atmosfer: Küresel Güvenlik Bakımından Etkileri" adıyla düzenlenen konferansta, Karbondioksit emisyonlarının 2005 yılında 1988'e göre % 20 oranında azaltılmasına yönelik detaylı önerilere yer verilmiştir. Bu iki konferansı takip eden

⁶ Bu konuda daha detaylı bkz. Oberthür, *Politik im Treibhaus – Die Entstehung des internationalen Klimaschutzregimes*, s. 17 vd.; Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 6 vd.; von Heinegg, *Umweltvölkerrecht*, N. 47; Samur, *Küresel İklim Değişikliği: Fırsatlar ve Tehditler*, s. 144; Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht*, s. 21.

birçok konferansta da küresel ısınma sorunu ele alınmıştır. Kasım 1990'da İsviçre'nin Cenevre kentinde ikincisi düzenlenen Dünya İklim Konferansı ise, küresel ısınmaya karşı uluslararası bir müzakere sürecinin başlatılmasını hedefleyen konferansların sonuncusu olmuştur. IPCC'nin yayınladığı ilk rapor çerçevesinde yürütülen tartışmaların damgasını vurduğu Cenevre'deki konferansın sonuç bildirgesinde, iklimin korunmasına yönelik bir çerçeve sözleşmenin oluşturulması amacıyla Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun müzakerelere başlaması gerektiği belirtilmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ise 21.12.1990 tarihinde aldığı bir karar ile İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi Hakkında Hükümetlerarası Görüşme Komitesi'ni⁷ oluşturmuştur. Bu komitenin amacı, Haziran 1992'de Brezilya'nın Rio de Janeiro kentinde gerçekleştirilmesi planlanan BM Çevre ve Kalkınma Konferansı'ndan önce sonlandırılmak üzere uluslararası iklim koruma rejimi üzerinde müzakereleri başlatmaktır. On beş ay süren ve çok sert geçen tartışmaların ardından, yaklaşık 150 devletin temsilcileri geniş kapsamlı bir hukuki metin üzerinde mutabakata varmıştır. Bu metnin görüşmeleri sırasında yaşanan tartışmalarda, Avrupa Birliği'ne üye devletler Karbondioksit emisyonlarının sınırlandırılması veya sabitlenmesi yönünde hukuken bağlayıcı düzenlemelerin getirilmesi yönünde taleplerde bulunurken, ABD bu tür hukuken bağlayıcı hükümlerin sözleşme metnine konulmaması yönünde çaba göstermiştir. Gelişmekte olan ülkelerce dile getirilen talep ve itirazlar ise, farklılık arz etmekte idi. Bir iklim fonunun oluşturulması ve adil, ekonomik açıdan hesaplı ve ticari amaç taşıyacak bir şekilde gelişmiş ülkelere gelişmekte olan ülkelere bir teknoloji transferinin sağlanması konusunda gelişmekte olan ülke temsilcileri arasında bir uzlaşma mevcut iken, emisyonların azaltılması konusunda hukuken bağlayıcı kuralların getirilmesine gelişmekte olan ülke temsilcileri arasından bilhassa OPEC ülkelerinin temsilcilerinden ciddi itirazlar yükselmiştir.⁸

Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin⁹ metnine nihayetinde 09.05.1992 tarihinde son şekli verilerek, Haziran

⁷ İngilizce: Intergovernmental Negotiating Committee for a Framework Convention on Climate Change (INC).

⁸ Krş. Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 8.

⁹ Bu sözleşmenin Türkçe metnine <http://www.iklim.cevreorman.gov.tr/mevzuat/>

1992’de yapılan Rio Konferansı’nda imzaya açılmıştır. İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi’nin 23. maddesi uyarınca sözleşme, ellinci ülkenin onay tarihinin üzerinden doksan gün geçtikten sonra 21 Mart 1994 tarihinde resmen yürürlüğe girmiştir. İklim Çerçeve Sözleşmesi’ni Kasım 2009 itibarıyla aralarında Türkiye’nin de bulunduğu 192 devlet ve Avrupa Birliği imzalamıştır.¹⁰

B. Amaç ve İlkeler

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi, her ne kadar sadece genel bir hukuki çerçeve ortaya koyarak içerik bakımın somutlaştırılmaya ihtiyaç duyan bir düzenleme olsa da, uluslararası çevre hukukunda bir dönem noktasını temsil etmektedir.¹¹ İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi’nin nihai hedefine, sözleşmenin 2. maddesinde yer verilmiştir. Atmosferdeki sera gazı birikimlerini, iklim sistemi üzerindeki tehlikeli insan kaynaklı (antropojen) etkiyi önleyecek düzeyde tutmak (sabitlemek), sözleşmenin uzun vadede erişmek istediği gayedir. İnsan kaynaklı bir etkinin hangi durumlarda tehlikeli olarak nitelendirilebileceğine ise, sözleşmede değinilmemiştir. Bununla birlikte, insan faaliyetleri ile doğadaki ekosistemlerin varlığını sürdürülebilmelerini engelleyecek tarzda bir iklim değişikliğine sebebiyet verildiği durumlarda, bu tarz bir tehlikenin mevcudiyetinden bahsetmek yanlış olmayacaktır.¹²

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi’nin 3. maddesinde, sözleşmenin taraflarca yürütülmesi sürecinde göz önünde bulundurulması gereken beş ilkeye yer verilmiştir. Bu ilkeler, sözleşmenin ortaya koyduğu hukuki çerçevenin doldurulmasında dikkate alınması gereken

BM_iklimcerceve.pdf internet adresinden erişmek mümkündür. Bu sözleşmenin İngilizce, Fransızca ve İspanyolca dillerindeki web sitesine ise <http://unfccc.int> linkinden erişilebilir.

¹⁰ Irak, Vatikan, Somali ve Andora, Ekim 2009 itibarıyla Birleşmiş Milletler İklim Değişimi Çerçeve Sözleşmesi’ne taraf olmayan dört ülkedir.

¹¹ Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 10; Heinegg, *Umweltvölkerrecht*, N. 47 vd.; Zwingmann, *Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie*, s. 26 vd.

¹² Krş. Winkler, *Klimaschutzrecht*, s. 63 vd.; Kloepfer, *Umweltrecht*, § 17, N. 50 vd.; Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 10.

direktifler olmakla birlikte, sözleşmenin tarafları için somut yükümlülükler doğurmamaktadır.¹³

3. maddenin 1. fıkrasında, sözleşmenin taraflarının iklim sistemini, eşitlik temelinde ve ortak fakat farklılaşmış sorumluluklarına ve güçlerine uygun olarak, günümüz ve gelecek kuşakların yararı için koruması gerektiği ifade edilmiştir. Taraflarının ortak fakat farklılaşmış sorumlulukları ilkesi, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin benimsediği anlayışın en önemli öğelerinden biri olup, iklimin gerek günümüz gerekse gelecek kuşaklar için tüm insanlığın ortak malı olduğunu vurgulamaktadır. 1. fıkranın devamında ise, taraflardan gelişmiş ülkelerin iklim değişikliği ve onun zararlı etkileri ile mücadelesine öncülük etmeleri gerektiği belirtilmiştir. Gelişmiş ülkelere iklim değişikliği ile mücadele konusunda öncülük rolünün verilmesi, iki şekilde açıklanabilir: Birincisi, gelişmiş ülkeler yürüttükleri endüstriyel faaliyetlerle iklim değişikliği hadisesinin ortaya çıkmasında belirleyici olmuştur. İkinci olarak, gelişmiş ülkelerin küresel ısınma ile mücadele konusunda sahip olduğu mali, teknik ve bilimsel imkânlar diğer ülkelere göre çok daha iyi bir düzeydedir.¹⁴

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 2. fıkrasında, sözleşmeye taraf gelişmekte olan ülkelerin ve bilhassa bu ülkelere iklim değişikliğinin zararlı etkilerine karşı savunmasız olanların ve sözleşme uyarınca gereğinden fazla veya anormal yük altında kalanların ihtiyaç ve özel koşullarının tümüyle dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.

3. maddenin 3. fıkrasında ise, çevre hukukunun temel ilkelerinden biri olan ihtiyat ilkesine¹⁵ yer verilmiştir. Buna göre taraflar, iklim değişikliğinin nedenlerini önceden tahmin etmek, önlemek veya en aza indirmek ve zararlı etkilerini azaltmak için önleyici önlemler almak zorundadır. Bu bağlamda iklim değişikliğinin nedenleri konusundaki bilimsel belirsizlik, tarafların harekete geçmemesinin gerekçesi olamaz.¹⁶ Zira ihtiyat ilkesi, bir faaliyetin çevre açısından olumsuz

¹³ Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 11.

¹⁴ Krş. Kloepfer, *Umweltrecht*, § 17, N. 53; Kreuter-Kirchhof, DVBl 2005, s. 1552 vd.

¹⁵ Bu ilkeyle ilgili olarak daha ayrıntılı bkz. Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 179 vd.; Güneş/Coşkun, *Çevre Hukuku*, s. 97 vd.; Kröger/Klauß, *Umweltrecht*, s. 10 vd.; Schmidt/Kahl, *Umweltrecht*, s. 9 vd.

¹⁶ Bail, EuZW 1998, s. 458; Kloepfer, *Umweltrecht*, § 17, N. 51.

neticeler doğuracağı hususunda ciddi bir şüphenin var olması halinde, bilimsel bir kanıtın ortaya çıkışı beklenmeden önleyici tedbirlerin alınmasını öngörmektedir.

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin dayandığı dördüncü ilke, 3. maddenin 4. fıkrasında yer alan, taraf ülkelerin sürdürülebilir kalkınmalarını teşvik hakkıdır. Buna göre, iklim sistemini insanların neden olduğu değişikliğe karşı koruma politika ve önlemleri, tarafların her birinin özel koşullarına uygun olmalı ve iklim değişikliğine cevap verecek önlemleri almak için ekonomik gelişmenin gerekli olduğu dikkate alınarak, bu politika ve önlemler ulusal kalkınma programlarına entegre edilmelidir. Bununla birlikte, burada yer alan ifadelerin taraflara sürdürülebilir kalkınma konusunda uluslararası bir talep hakkı öngörmediğini de belirtmek gerekir.¹⁷

Son olarak İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 5. fıkrasında yer alan ilke taraf ülkeleri, özellikle gelişmekte olan taraf ülkelerde sürdürülebilir ekonomik büyüme ve kalkınmaya yol açacak açık ve destekleyici bir uluslararası ekonomik sistemi teşvik etmek ve böylece iklim değişikliği sorunlarıyla daha iyi ilgilenebilmelerini sağlamak için işbirliği yapmak ile yükümlü kılmaktadır. Bunun devamında, iklim değişikliğine karşı alınan önlemlerin, tek taraflı olanlar dâhil, keyfi, haksız ayrımcı veya uluslararası ticarete gizli bir kısıtlama oluşturmak açılarından bir araç oluşturur nitelikte olmaması gerektiği dile getirilmiştir. Burada ifadesini bulan bu ilke bir bakıma, tarafların iklim değişikliği ile mücadeleye yönelik tedbirler ile Dünya Ticaret Örgütü tarafından konulan, uluslararası ticarete keyfi ve haksız ayrımcılık ve örtülü kısıtlamalara yönelik yasağını ihlal etmemesini öngörmektedir.¹⁸

C. Temel Hükümler

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi, bir önsöz, yirmi altı madde ile EK-I ve EK-II isimlerini taşıyan iki ekten oluşmaktadır. EK-I'de, OECD'ye üye ülkeler, Avrupa Topluluğu ve piyasa ekonomisine geçiş sürecindeki ülkelere yer verilmiştir. EK-II'de ise, OECD üyesi ülkeleri

¹⁷ Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 15; Bail, *EuZW* 1998, s. 458.

¹⁸ Krş. Bail, *EuZW* 1998, s. 458.

ve Avrupa Topluluğu'nu kapsayan bir liste yer almaktadır. Bu bakımdan EK-II, EK-I'in bir alt kümesi niteliğini taşımaktadır. EK-I ve EK-II'de yer alan listeler, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nden kaynaklanan sorumlulukların kapsamının tespitinde belirleyicidir. Türkiye, OECD üyesi olduğundan bu sözleşmenin 1992 yılında kabul edilen metninde hem EK-I hem de EK-II de yer almıştır. Bu iki listede de yer alması ise, Türkiye'nin emisyonların azaltımı konusunda gelişmiş olan ülkeler gibi ele alınıp, bu ülkelerin yüklenmesi gereken sorumlulukları yerine getirmesi sonucunu doğuracaktı. Bu durumdan dolayı Türkiye, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesini imzalamaktan uzun bir süre kaçınmıştır. Türkiye, bazı özel şartlarının tanınmasını sağladıktan sonra, 24 Mayıs 2004 tarihi itibarıyla İklim değişikliği Çerçeve Antlaşmasına taraf olmuştur.¹⁹ Sözleşmenin şuan yürürlükte olan metninde ise, Türkiye'nin adı sadece EK-I'de geçmektedir.

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin içeriği yakından incelendiğinde, bu sözleşmede yer alan hükümlerin büyük ölçüde usule ilişkin düzenlemeler olduğu fark edilecektir. Sözleşmede yer alan az sayıda maddi yükümlülüğün ise, daha ziyade sözleşmenin EK-I ve EK-II'sinde yer alan devletlere yönelik olduğu görülür. EK-I ve EK-II'de yer alan listeye göz atıldığında, OECD üyesi ülkelerin genel anlamda gelişimlerini tamamlamış olan sanayi ülkeleri olduğu, piyasa ekonomisine geçiş sürecindeki ülkelerin ise eski Doğu Bloku ülkelerinden oluştuğu anlaşılabilecektir. Her iki ekte de yer alan Avrupa Topluluğu ise, OECD üyesi ülkelerle bir bakıma denk tutulmuştur.²⁰ Avrupa Topluluğu'nun sahip olduğu hususiyet, sözleşmenin 1. maddesinin 6. fıkrasında ifadesini bulmaktadır. Zira burada, Avrupa Topluluğu'nun sahip olduğu nitelikler dikkate alınarak "bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşu" kavramının tanımına yer verilmiştir. Buna göre bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşu, belirli bir bölgenin egemen devletleri tarafından kurulan, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi çerçevesinde düzenlenen konularda yetki sahibi ve kendi iç mevzuatına göre ilgili belgeleri imzalamaya, onaylamaya, kabule, uygun bulmaya veya katılmaya tam yetkili kuruluştur. Sözleşme'nin 22. maddesinin 2. fıkrasında ise, sözleşmeye taraf olan herhangi bir bölgesel eko-

¹⁹ Ayrıca krş. Samur, *Küresel İklim Değişiminin Etkileri*, s. 17; Türkeş, *İklim Değişikliği*, s. 2.

²⁰ Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 18; Bail, *EuZW* 1998, s. 458.

nomik entegrasyon kuruluşunun, üye devletlerinden herhangi birinin taraf olmadığı hallerde de, sözleşme'den doğan tüm yükümlülüklerle bağlı olduğu vurgulanmıştır. Bunun devamında, bu tür bir kuruluşun bir veya daha fazla üye devletinin Sözleşme'ye taraf olması halinde, bu kuruluşun ve üye devletlerin sözleşme uyarınca üstlendikleri yükümlülüklerinin gerçekleştirilebilmesi için her birinin üstlenecekleri sorumluluklar hususunda karar verecekleri ifade edilmiştir. Bu tür durumlarda ise, kuruluş ve üye devletler, Sözleşme'den doğan hakları aynı zamanda kullanma hakkına sahip olmayacaktır. 22. maddenin 3. fıkrasında ise, bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşlarının onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgelerinde, sözleşmenin içerdiği konularla ilgili olarak yetkilerinin kapsamını belirtmekle yükümlü olduğu dile getirilmiştir. İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin ekleri ile ilgili olarak vurgulanması gereken bir husus, atmosfere saldıkları sera gazı miktarı küçümsenmeyecek Çin, Hindistan ve Brezilya gibi gelişmekte olan ülkelere ne EK-I ne de EK-II'de yer verildiğidir. Sözleşme'nin eklerinde yer almayan ülkeler için, sözleşmenin eklerinde yer alan ülkelere kıyasla oldukça hafif yükümlülüklerin öngörüldüğünü belirtmek gerekir.

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin eklerinde isminin geçmesine bakılmaksızın, Sözleşme'ye taraf olan her ülkenin muhatabı olacağı yükümlülüklerle genel anlamda sözleşmenin 4. maddesinin 1. fıkrasında yer verilmiştir. Bu yükümlülükler arasında öne çıkanları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Montreal Protokolü'nün²¹ düzenleme alanına girmeyen tüm sera gazlarının²² insan kaynaklı emisyonlarına ve yutaklar²³ ta-

²¹ Ozon tabakasının incelenmesi sorununa çözüm arayışlarının bir sonucu olarak 16 Eylül 1987 tarihinde imzalanan Montreal Protokolü, ozon tabakasına zarar veren CFC (Kloroflorokarbon) gazlarının üretiminin ve kullanımının belirli bir zaman içerisinde kısıtlanmasına yönelik hukuken bağlayıcı hükümler öngörmektedir. Bu protokol, Türkiye tarafından 6 Haziran 1990 tarihli ve 3656 sayılı Kanunla onaylanarak, 8 Eylül 1990 tarih ve 20629 sayılı *Resmî Gazete*'de yayınlanmıştır. Bu protokolün içeriği hakkında daha ayrıntılı olarak bkz. Kraus, *Schutz der Ozonschicht*, N. 10 vd.; Duru, *Viyana'dan Kyoto'ya İklim Değişikliği Serüveni*, s. 7 vd.

²² Sera gazı niteliğindeki CFC gazlarının daha önceden Montreal Protokolü'nün kapsamında düzenlenmiş olması, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne CFC gazlarının bu sözleşmesinin kapsamına girmediğine ilişkin bir hükmün konmasını gerektirmiştir.

²³ Yutak: Sera etkisine sebep olan gazları kimyasal yollarla parçalayarak veya başka

- rafından uzaklaştırılan bu tür gazlara ilişkin ulusal envanterler hazırlamak,
- İklimin korunmasına yönelik ulusal programların oluşturulması, uygulanması ve bu programların güncelleştirilmesi
 - İklimin korunmasına yönelik teknolojileri geliştirmek, uygulamak ve bu teknolojilere yaygınlık kazandırmak,
 - Emisyonların azaltımını sağlamak ve bu konuda gelişmeler kaydetmek,
 - Deniz ve orman gibi sera gazı yutaklarının korunup, geliştirilmesi,
 - İklim koruma politikasını diğer politik alanlara entegre etmek,
 - İklim korunmasına yönelik çalışmaları teşvik etmek,
 - İklimin korunması konusunda kamusal bir bilincin oluşumunu sağlamak,

Sözleşme'ye taraf olan tüm ülkeler için geçerli olacak bu yükümlülükler, bilhassa iklim değişikliği konusunda daha fazla bilgi elde edilmesine ve küresel bir bilgi ağının hayata geçirilmesine yöneliktir. Bu yükümlülüklerle ilgili olarak 4. maddenin 7. fıkrasında ise, gelişmekte olan ülkelerin bu yükümlülüklerini yerine getirmelerindeki başarının gelişmiş ülkelerin bu Sözleşme kapsamında gelişmekte olan ülkelere yönelik malî kaynak ve teknoloji transferine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmedeki etkinliğine bağlı olduğu belirtilmiştir. Böylelikle, gelişmekte olan ülkelerin yükümlülüklerini hayata geçirmesi önemli ölçüde, gelişmiş ülkelerin Sözleşme'den doğan diğer bazı yükümlülüklerini gerçekleştirmesine bağlanmıştır.

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 2. fıkrasında ise, yalnızca Sözleşme'ye taraf olan gelişmiş ülkeler ve EK-1'de anılan diğer taraflar için bazı yükümlülükler öngörülmüştür. Burada yer alan yükümlülüklerin daha ziyade sera gazlarının indirimine, ilgili raporların hazırlanmasına ve mali konulara ilişkin maddi yükümlülükler olduğu söylenebilir. İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin hazırlanması sürecinde en yoğun tartışmalara neden olmuş konula-

bir şekilde depolayarak miktarını azaltan sistemlerdir. Okyanuslar, bitkiler ve toprak en önemli yutak alanlarıdır.

rın başında ise, EK-I’de anılan ülkelerin insan kaynaklı sera gazı emisyonlarını sınırlama ve sera gazı yutaklarını koruması ve geliştirmesinin geldiğini belirtmek gerekir. Bilhassa hukuken bağlayıcı indirim hedeflerinin Sözleşme metnine eklenip eklenmemesi konusu, uzun soluklu tartışmaların yaşanmasına sebebiyet vermiştir. Bu tartışmalarda Avrupa Birliği, 2000 yılına kadar sera gazı salımlarını 1990 yılındaki seviyesine getirmeyi öngörecektir bir hükmün Sözleşme’ye konmasını talep ederken, diğer tarafların itirazı nedeniyle bu indirim hedefinin Sözleşme’ye eklenmesi sağlanamamıştır. Bu indirim hedefi ancak, Sözleşme’nin 4. maddesinin 2. fıkrasında EK-I ülkelerinin rapor hazırlama yükümlülüğünü düzenleyen bir hükmü içinde ve hukuki bağlayıcılıktan yoksun olan bir amaç olarak ele alınmıştır.

Sözleşme’ye taraf olan gelişmiş ülkeler ve EK-I’de anılan diğer ülkeler için öngörülmüş olan yükümlülükleri içeren 4. maddenin 2. fıkrası ile ilgili olarak belirtilmesi gereken ilk husus, bu düzenlemenin metninin oldukça karmaşık ve belirsiz ifadeleri içerdiği ve bu nedenle anlaşılmasının zor olduğunu²⁴ 4. maddenin 2. fıkrasının a) bendi ilgili taraflara öncelikle, iklim değişikliğini azaltmak amacıyla bölgesel ve ulusal politikalar benimsemek ve uygun tedbirleri almak yönünde genel bir yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülüğü mümkün olduğunca esnek kılmak amacıyla, bu politika ve tedbirlerin gerek içeriği gerekse de erişmesi gereken hedefler konusunda somut ifadeler yer verilmekten kaçınıldığı görülür. Bu düzenlemede ayrıca, ilgili taraflardan her birinin başlangıç noktalarındaki farklı durum ve yaklaşımlarının ve ekonomik yapı ve kaynaklarındaki farklılıkların dikkate alınması gerektiği ve ilgili tarafların insan kaynaklı sera gazı emisyonlarının azaltılmasına yönelik küresel çabalara adil ve uygun katkılarda bulunmaları gerektiğine değinilmiş olması, sözünü ettiğimiz genel yükümlülüğün esnekliğini pekiştirecek tarzdadır.²⁵ 4. maddenin 2. fıkrasının a) bendinde son olarak, ilgili tarafların söz konusu politika ve önlemleri diğer taraflarla ortaklaşa uygulayabilecekleri veya bu politika ve tedbirlerin hayata geçirilmesi sürecinde diğer tarafları destekleyebileceği hususuna değinilmiştir.

²⁴ Bail, EuZW 1998, s. 458. Ayrıca karşılaştırma için Duru, *Viyana’dan Kyoto’ya İklim Değişikliği Serüveni*, s. 11.

²⁵ Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 23; Bail, EuZW 1998, s. 458.

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 2. fıkrasının b) bendinde ise ilgili tarafların, genel rapor yükümlülüklerini aşacak şekilde bazı konularda bilgilendirme yükümlülüğü altına sokulduğu görülür. Buna göre EK-I'de ismi geçen taraflar, karbondioksit ve Montreal Protokolü'nün kapsamına girmeyen diğer sera gazlarının insan kaynaklı emisyonlarının ayrı ayrı veya ortak olarak 1990 yılı seviyesine çekilmesi amacıyla, 12. maddede yer verilen süreler dâhilinde 4. maddenin 1. fıkrasının a) bendinde belirtilen politika ve tedbirlere ve bu politika ve tedbirlerin sera gazı emisyonları üzerindeki etkilerine ilişkin ayrıntılı bilgileri vermek zorundadır. Sera gazı emisyonlarının 1990 yılı seviyesine çekilmesine ilişkin bu düzenlemede geçen hedef daha önce belirtildiği gibi hukuken bağlayıcı nitelikte değildir.

İklim Değişikliği çerçeve Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 3, 4 ve 5. fıkralarında ise, Sözleşme tarafı olan gelişmiş ülkelerin ve EK-II'de yer alan diğer tarafların (OECD üyesi ülkeler ve Avrupa Topluluğu) gelişmekte olan ülkelere lehine yerine getirmek oldukları bazı yükümlülükler yer verilmiştir. 4. maddenin 3. fıkrasına göre Sözleşme'ye taraf olan gelişmiş ülkeler ve EK-II'de yer alan diğer taraflar, Sözleşme tarafı olan gelişmekte olan ülkelere sözleşmenin 4. maddesinin 1. fıkrasında dile getirilen yükümlülüklerini yerine getirirken ortaya çıkan masrafların karşılanması için yeni ve ek malî kaynaklar sağlayacaktır. Bunun yanı sıra 4. maddenin 4. fıkrasında, Sözleşme'ye taraf olan gelişmiş ülkelerin ve EK-II'de yer alan diğer tarafların, iklim değişikliğinin zararlı etkilerine en fazla maruz kalan gelişmekte olan ülkelerin bu zararlı etkilere uyum sağlamak için yapacakları masrafların karşılanmasına yardım edeceği ifade edilmiştir. 4. maddenin 5. fıkrasında ise, Sözleşme'ye taraf olan gelişmiş ülkeler ve EK-II'de yer alan diğer tarafların, diğer taraflara ve bilhassa gelişmekte olan taraflara sözleşme hükümlerini uygulayabilmelerini sağlamak amacıyla, çevreye uyumlu teknolojiler ve bilgi transferi veya bunlara erişilmesini temin etmek için uygun görülecek teşvik, kolaylık ve mali imkânları sağlayacağı belirtilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, İklim Değişimi Çerçeve Sözleşmesi'ni imzalayan tarafların muhatabı olacağı yükümlülükleri kısaca şu şekilde özetleyebiliriz: EK-I'de yer alan taraflar, sera gazı emisyonlarının azaltılması konusunda uygulanacak politikalar ve alınacak tedbirlerde öncü rolü oynayacaktır. EK-II'de geçen taraflar ise, emisyon indirimin yanı sıra gelişmekte olan ülkelere emisyon indirimi için ge-

rekli mali ve teknik yardımı yapmakla mükellef kılınmıştır. Son olarak EK-I'de ismi geçmeyen ülkeler, emisyon indirimini gerçekleştirmeye yönelik herhangi bir mükellefiyetin muhatabı olmayıp, sadece iklim değişikliği konusunda gelişmiş ülkelerle işbirliği yapmakla yükümlüdür. Sözleşme'de yer alan bu yükümlülüklerden yola çıkarak, Sözleşme'nin, sera gazı emisyonlarının çoğunluğundan gelişmiş ülkelerin sorumlu olduğunu kabul ederek, iklim değişikliği konusunda yürütülecek çalışmalarda mali ve teknik külfetin öncelikli olarak gelişmiş ülkelere yüklenmesi gerektiği düşüncesini benimsediğini belirtebiliriz.²⁶

D. Kurumsal Yapı

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 7. maddesinde öngördüğü en üst organ, Taraflar Konferansı'dır (*Conference of the Parties-COP*). Taraflar, Konferansı'nın temel görevi, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve bu Sözleşme ile diğer hukuki belgelerin uygulanmasının denetimidir. Taraflar Konferansı'nın çalışma usulünü düzenleyen bir düzenleme şu ana kadar çıkarılamamıştır, zira Sözleşme'ye taraf olan ülkeler arasında bu organın karar alma usulleri konusunda henüz bir uzlaşma sağlanamamıştır. Taraflar Konferansı, 1995 yılından beri her yıl düzenli olarak toplanmaktadır. Taraflar Konferansı'nın on dördüncüsü, son olarak 1-12 Aralık 2008 tarihleri arasında Polonya'nın Poznan şehrinde toplanmıştır.

Taraflar Konferansı'nın haricinde İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nde iki yardımcı organ oluşturulmuştur. Bunlar, Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenmiş olan Bilimsel ve Teknik Danışma Yardımcı Organı (*Subsidiary Body for Scientific and Technical Advice-SBSTA*) ve 10. maddede yer alan Uygulama Yardımcı Organı'dır (*Subsidiary Body for Implementation-SBI*). Bilimsel ve Teknik Danışma Yardımcı Organı'nın vazifesi, ileride gerçekleştirilecek iklim değişikliği görüşmeleri için güvenilir bilimsel veriler oluşturmak iken; Uygulama Yardımcı Organı, Sözleşme'nin uygulanmasının denetimi konusunda Taraflar Konferansı'na yardım etmekte görevlendirilmiştir. Sözleşme'nin 8. maddesinde ise, daha çok idari işlevlere

²⁶ Samur, *Küresel İklim Değişiminin Etkileri*, s. 16; Kaplan, *Küresel Çevre Sorunları ve Politikaları*, s. 128.

sahip bir daimi “Sekretarya” oluşturulmuştur. Sekretaryanın merkezi daha önceleri Cenevre kentinde iken, 1996 yılında Bonn’a taşınmıştır. Dünya Bankası, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) ve Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) tarafından ortaklaşa oluşturulan Küresel Çevre Fonu (Global Environmental Facilities-GEF) gelişmekte olan ülkelere mali yardımlarda bulunmayı amaçlamaktadır.²⁷

İlk kez 1995 yılında Berlin’de toplanan Taraflar Konferansı’nda (COP-1) ayrıca, iki tane daimi niteliğe sahip olmayan organ oluşturulmuştur. Sözleşme’nin 13. maddesi çerçevesinde oluşturulan Berlin Ad hoc²⁸ Komitesi,²⁹ Sözleşme’nin uygulanması sürecinde ortaya çıkacak problemlerin çözümü için çok taraflı bir danışma usulü oluşturmakla görevlendirilmiştir. 1995 yılındaki ilk Taraflar Konferansı toplantısında oluşturulan diğer bir organ olan Berlin Buyruğu Ad hoc Komitesi (*Ad Hoc Group on the Berlin Mandate-AGBM*)³⁰ ise, üçüncü Taraflar Konferansı’na (COP-3) kadar, sera gazlarının sınırlandırılması ve azaltılmasına yönelik bir protokol veya hukuki bağlayıcılığı haiz başka bir belge hazırlamakla görevlendirilmiştir.

III. Kyoto Protokolü

A. Genel Olarak

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi’nin, nihai ve hukuken bağlayıcı yükümlülükler koymak yerine, iklimi korumaya ve sera gazı salımlarını azaltmaya yönelik genel ilkeler, eylem stratejileri ve hukuki bağlayıcılıktan yoksun bazı yükümlülükler içerdiğine yukarıda değinmiş idik. Bu açıdan bakıldığında İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi’nin esasında, sera gazı emisyonlarının azaltımı konusunda hukuken bağlayıcı hükümler içerecek bir uluslararası antlaşmanın hukuki çerçevesi olarak düşünüldüğü anlaşılacaktır.³¹ Bu niteliklerine

²⁷ Ayrıca krş. Kloepfer, *Umweltrecht*, § 17, N. 61.

²⁸ Kısa süreli ve tek bir görev için toplanan (Latince).

²⁹ Karar, 20/CP.1, UN Doc. FCCC/CP/1995/7 Add. 1. Bu konuda ayrıca bkz. Bail, *EuZW* 1998, s. 459; Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht*, s. 23; Kreuter-Kirchhof, *Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht*, s. 46 vd.

³⁰ Karar, 1/CP.1, UN Doc. FCCC/CP/1995/7 Add. 1.

³¹ Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 51 vd.; Brambilla, *Europäisches Umweltrecht und das internationale Klimaregime der Vereinten Nationen*, s. 36 vd.; Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht*, s. 23.

rağmen İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin, iklimin korunmasına yönelik olarak uluslararası alanda yürütülen politikaların o zamana dek elde ettiği en büyük başarı olduğunu da belirtmek gerekir.

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin ortaya koyduğu hukuki çerçevenin doldurularak, hukuken bağlayıcı emisyon indirim hedeflerinin belirlenmesi ise ancak, 11.12.1997 tarihinde kabul edilen Kyoto Protokolü³² ile gerçekleşmiştir. Taraf ülkeler için ilk defa bağlayıcı indirim yükümlülüklerinin öngörülmesi, bu yükümlülüklerin nasıl yerine getirileceğinin ayrıntılı bir şekilde ele alınması ve taraflara yüklenen yükümlülüklerin denetimi konusunda hükümlere yer verilmesi, Kyoto Protokolü'nü İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nden ayıran en temel niteliklerdir. Kyoto Protokolü'nü kendinden önce gelen düzenlemelerden farklı kılan diğer bir özellik ise, indirim yükümlülüklerinin hayata geçirilmesi için öngörülen esnek mekanizmalardır. Kyoto Protokolü, gerek içeriği gerekse de kapsamı bakımından iklim değişikliği konusunda uluslararası alanda bugüne kadar atılan en somut adımdır.

B. Hazırlanış Süreci

İlk kez 1995 yılında Berlin'de toplanan Taraflar Konferansı'nda (COP-1) oluşturulan Berlin Buyruğu Ad hoc Komitesi'nin, üçüncü Taraflar Konferansı'na kadar sera gazlarının sınırlandırılması ve azaltılmasına yönelik bir protokol veya hukuki bağlayıcılığa sahip başka bir yasal belge hazırlamakla görevlendirilmiş olduğunu yukarıda belirtmiş idik. Berlin Buyruğu Ad hoc Komitesi, bu yöndeki çalışmalarına hemen başlayarak, Temmuz 1996'da Cenevre'de gerçekleştirilen 2. Taraflar Konferansı'nda (COP-2) 134 ülkenin altında imzasının bulunduğu bir Bakanlar Bildirgesi'nin hazırlanmasını sağlamıştır. Bu bildirgenin en önemli özelliği, gelişmiş ülkelerin 1997 yılı sonuna kadar sera gazı indirimine yönelik bağlayıcı yükümlülüklerinin tartışılması kararını içermesiydi.

³² Tam adı: Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne Yönelik Kyoto Protokolü, UN Doc. FCCC/CP/1997/7/ Add. 1. http://web.ogm.gov.tr/diger/iklim/Dokumanlar/Kyoto_tr.doc linkinden Kyoto Protokolü'nün Türkçe metnine erişmek mümkündür.

Aralık 1997'de Japonya'nın Kyoto kentinde düzenlenen 3. Taraflar Konferansı'na ise dünya çapında oldukça yoğun bir katılım gerçekleşmiş, uzun süren tartışmalardan sonra, sera gazlarının salımının indirimine yönelik hukuken bağlayıcı hükümler içeren ilk belge olan Kyoto Protokolü kabul edilmiştir. Bu protokolün hazırlanma sürecindeki tartışmalar ise daha ziyade, Avrupa Birliği ile ABD, Japonya, Avustralya ve Kanada gibi bazı gelişmiş ülkelerin oluşturduğu blok arasında yaşanmıştır.³³ İklim değişikliği konusunda hukuken bağlayıcı indirim yükümlülükleri içerecek uluslararası bir belgenin oluşturulmasında en başından beri öncü bir rol üstlenen Avrupa Birliği, bu protokole taraf olacak gelişmiş ülkelerin karbondioksit ve öteki sera gazı salımlarını 2010 yılına kadar 1990 düzeyinin % 15 altına indirmeyi talep etmekte idi. Bu azaltmanın % 7.5'i ise, 2005 yılına kadar gerçekleştirilecekti. ABD ve Japonya gibi ülkeler ise, Avrupa Birliği'nin talep ettiği indirim düzeyinin düşürülerek, hedef yıl olarak belirlenen 2010 yılı yerine 2008-2010 arasındaki dönemin esas alınması ve Montreal Protokolü kapsamına girmeyen tüm sera gazlarının hazırlanacak protokole alınması yönünde taleplerde bulunmuştur. ABD bunun yanı sıra, indirim hedeflerine ulaşılmasını kolaylaştırmak gayesiyle emisyon ticaretinin de protokole eklenmesini istemekteydi. Çetin pazarlıklar ve zorlu görüşmelerden sonra taraflar, 2008-2012 yılları arasındaki dönem için sera gazı salım düzeylerini 1990 yılındaki seviyelerine göre en az % 5 azaltma konusunda uzlaşmaya varmıştır. İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin uygulama şartlarını somutlaştıran Kyoto Protokolü, iklim değişikliğine karşı uluslararası alanda ciddi bir konsensüsün ortaya çıkması bakımından o zamanlar büyük bir heyecan yaratmışsa da, aslında önemli bir müzakere sürecinin sonunu temsil etmekteydi. Bu protokol aynı zamanda, birçok yeni düzenlemenin hazırlanması bakımından bir başlangıç noktası olarak görülmekte idi; zira Kyoto Protokolü, birçok bakımdan hala eksiklikler barındırmaktaydı. Bu eksiklikler, protokolde imzası bulunan tarafların bu protokolü iç hukukları çerçevesinde onaylamalarını bir hayli zorlaştırmaktaydı. Bu nedenle 1998 yılında Buenos Aires'te toplanan 4. Taraflar Konferansı'nda (COP-4), 2000 yılında gerçekleştirilecek 6. Taraflar Konferansı'na (COP-6) kadar

³³ Bu konuda daha detaylı olarak bkz. Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 33 vd.; Duru, *Viyana'dan Kyoto'ya İklim Değişikliği Serüveni*, s. 14 vd.; Bail, *EuZW* 1998, s. 459 vd.; Zwingmann, *Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie*, s. 28 vd.

bu meselelerle ilgili ayrıntılı hükümlerin hazırlanması yönünde karar alınmıştır. Gelişmekte olan ülkelerin statüsü, esnek mekanizmalar, raporların hazırlanması ve kontrolü ile sözleşmenin uygulanmasının denetimi, düzenlemelere konu edilmesi istenen hususların başında gelmektedir.

Kasım 2000'de Hollanda'nın Lahey (Den Haag) kentinde toplanan 6. Taraflar Konferansı'nda ABD, Rusya, Japonya ve Kanada gibi gelişmiş ülkeler, Kyoto Protokolü'nün yürürlüğüne ilişkin yukarıda belirttiğimiz konularda bir uzlaşmaya yanaşmaktan çekinmiştir.³⁴ Bu ülkelerin uzlaşmaz tavırlarından dolayı bu toplantıdan beklenen sonuçlar elde edilemediğinden, Kyoto Protokolü'nün yürürlüğe girişi ile ilgili ciddi bir belirsizlik sürecine girilmiştir. Mart 2001'de Amerika devlet başkanı George Bush'un Kyoto Protokolü'nün telafi edilemeyecek kusurlar içerdiğini belirterek, ABD'nin bu protokole taraf olmayacağını belirtmesinden sonra, Kyoto Protokolü'nün yürürlüğe girişine ilişkin şüpheler daha da derinleşmiştir. Zira Kyoto Protokolü'nün uluslararası geçerlilik kazanabilmesinin önkoşulu, toplam sera gazı emisyon oranı dünyadaki sera gazı emisyonunun % 55'ine tekabül eden ve en az 55 ülkenin bu antlaşmayı onaylamasıdır. Neden olduğu sera gazı emisyonlarının dünyadaki tüm sera gazları emisyonlarına oranı yaklaşık olarak % 25 olan ABD'nin Kyoto Protokolü'ne taraf olmaması ise, bu protokolün yürürlüğe girmesini bu bakımdan iyice zorlaştıracak idi. ABD'nin Kyoto Protokolü'nden çekilmesi yeni arayışları gündeme getirerek, Rusya ve Japonya gibi sera gazı salımı yüksek olan gelişmiş ülkelerin öneminin artmasına neden olmuştur. Kyoto Protokolü'nün yürürlüğe girmesi için Avrupa Birliği'nin öncülük ettiği diplomatik çabalar sonucunda, Temmuz 2001'de 6. Taraflar Konferansı'nın Bonn'da ikinci kez toplanması sağlanmıştır. Taraflar Konferansı'nın bu toplantısı, bilhassa tartışmalı olan hususlarda ortak bir politik uzlaşının elde edilmesi bakımından önem taşımaktadır.³⁵ Kasım 2001'de Fas'ın Marakeş kentinde toplanan 7. Taraflar Konferansı'nda (COP-7) ise, Taraflar

³⁴ Ayrıca krş. Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 37 vd.; Duru, *Viyana'dan Kyoto'ya İklim Değişikliği Serüveni*, s. 21 vd.; Karakaya/Özçağ, *Türkiye Açısından Kyoto Protokolü'nün Değerlendirilmesi*, s. 6 vd.

³⁵ Krş. Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 37 vd.; Duru, *Viyana'dan Kyoto'ya İklim Değişikliği Serüveni*, s. 22 vd.; Karakaya/Özçağ, *Türkiye Açısından Kyoto Protokolü'nün Değerlendirilmesi*, s. 6 vd; von Heinegg, *Umweltvölkerrecht*, N. 49a.

Konferansı'nın dört ay önce Bonn'da üzerinde ortak bir politik uzlaşmaya vardığı hususları detaylı olarak hukuki bir belgeye yansıtmak ve halen tartışmalı olan bazı konulardaki sorunları nihai bir biçimde çözüme kavuşturmak amaçlanmıştır. 7. Taraflar Konferansı'nın sonunda imzalanan Marakeş Sözleşmesi ile ise, Kyoto Protokolü'nün uygulanma esaslarının belirlenmesi yolunda çok önemli bir adım atılmıştır. Marakeş Sözleşmesi özellikle, gelişmekte olan ülkelere yönelik politikaların tespiti, Kyoto mekanizmalarının uygulanma esaslarını detaylı bir şekilde ele alma ve Kyoto Protokolü'nün uygulanması ile ilgili olarak bazı yumuşatıcı kurallara yer vermesi bakımından, 6. Taraflar Konferansı ile çözümlenmesi hedeflenen hususları büyük ölçüde açıklığa kavuşturmuştur. Temmuz 2001 ve Kasım 2001'de gerçekleştirilen Taraflar Konferansı toplantıları ile elde edilen somut neticeler ile özellikle Avrupa Birliği, Eylül 2002'de Johannesburg'ta gerçekleştirilecek Dünya Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi'nden önce Kyoto Protokolü'nün onanması için gerekli olan zeminin oluşturulmasını amaçlamıştır. Ancak Kyoto Protokolü'nün yürürlüğe girebilmesi, bu protokolün Rusya parlamentosunun alt kanadı Duma tarafından 22 Ekim 2004 tarihinde onaylanması ile mümkün olmuştur.

C. Protokolün İçeriği

1. Genel Görünüm

Kyoto Protokolü, kısa bir önsöz, yirmi sekiz madde ve iki ekten oluşmaktadır. Bu eklerden ilki olan EK-A'da, bu protokolün kapsamına giren sera gazlarına ve sera gazı emisyonlarına neden olan sektör ve kaynaklara yer verilmiştir. Burada anılan sera gazları şunlardır: Karbondioksit (CO₂), Metan (CH₄), Nitroz Oksit (N₂O), Hidrofluorokarbonlar (HFCs), Perfluorokarbonlar (PFCs) ve Kükürt heksaflorür (SF₆).³⁶ Enerji, endüstriyel faaliyetler, tarım ve atık sektörleri ise, EK-A'da yer verilen başlıca sektörlerdir. EK-B'de ise, gelişmiş ülkelerin ve Avrupa Topluluğu'nun sayısallaştırılmış emisyon sınırlandırma veya indirim taahhütlerine yer verildiği görülür.

Kyoto Protokolü'nün öngördüğü en önemli yükümlülük, protokolün 3. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, İklim De-

³⁶ Burada sayılan altı gaz, esas olarak Montreal Protokolü'nün kapsamına girmeyen gazlardır.

ğişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin EK-I'inde yer alan taraflar 2008-2012 yıllarını kapsayan taahhüt döneminde, EK-A'da listelenen faaliyetlerin neden olduğu Karbondioksit eşdeğeri sera gazlarının salımları toplamını, 1990 yılı seviyelerinin en az % 5 aşağısına indirmek için, Ek-B'de yer verilen sayısallaştırılmış salım sınırlandırma ve indirim taahhütlerine uygun olarak belirlenmiş olan miktarları aşmamasını, bireysel veya ortaklaşa sağlayacaktır. İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin EK-I'inde kayıtlı olmayan gelişmekte olan ülkeler için ise Kyoto Protokolü, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nde öngörülenlerin ötesinde bir hukuki yükümlülük içermemektedir. Bununla birlikte gelişmekte olan ülkelerin, Kyoto Protokolü'nde öngörülen bazı esnek mekanizmalara katılabilme imkânına sahip olduğunu da belirtmek gerekir.

2. Politika ve Tedbirler

Kyoto Protokolü'nün 2. maddesinin 1. fıkrasının a) bendi uyarınca EK-I'de yer alan taraflardan her biri, ulusal koşullarına uygun olarak, bazı politika ve önlemleri uygulamak ve/veya daha da geliştirmekle mükellef kılınmıştır. Bu politika ve tedbirlerin başlıcaları şunlardır:

- Ulusal ekonominin ilgili sektörlerinde enerji verimliliğini artırılması.
- Sera gazı yutaklarının korunup, geliştirilmesi. Örneğin sürdürülebilir orman yönetimi uygulamaları ile ağaçlandırma ve yeniden ormanlaştırmanın teşvik edilmesi.
- Sürdürülebilir tarım yöntemlerinin iklim değişikliği mülâhazaları ışığında teşvik edilmesi.
- Yeni ve yenilenebilir enerji türleri, karbondioksiti gideren teknolojiler ile çevre dostu ileri ve yenilikçi teknolojilerin araştırılması, teşvik edilmesi, geliştirilmesi ve kullanımlarının artırılması.
- Sera gazı salımlarına neden olan tüm sektörlerde, Kyoto Protokolü'nün amacına aykırı olan piyasa aksaklıklarının, mali teşviklerin, vergi ile gümrük istisnalarının ve sübvansiyonların, tedrici olarak azaltılması veya ortadan kaldırılması.

- Önemli endüstri sektörlerinde, sera gazlarının salımlarını sınırlandıran veya azaltan politika ve önlemleri teşvik etmeyi amaçlayan uygun reformların özendirilmesi.
- Sera gazlarının salımlarının sınırlandırılması ve/veya azaltılmasına yönelik önlemlerin ulaştırma sektöründe teşvik edilmesi.
- Metan gazı salımlarının gerek atık yönetimi ve geri kazanım ve kullanım sırasında, gerekse enerji üretimi, nakli ve dağıtım aşamasında sınırlandırılması ve/veya azaltılması.

Avrupa Birliği'nin Kyoto Protokolü'nün hazırlanması sürecindeki tüm çabalarına karşın, 2. maddenin 1. fıkrasının a) bendindeki hükmün belli bazı tedbirlerin uygulanmasına dair bir yükümlülük içermediğini ifade etmek gerekir.³⁷ Bununla birlikte 2. maddenin 1. fıkrasının b) bendi EK-I'de ismi geçen tarafları, ilgili politika ve önlemlerin bireysel ve müşterek etkinliğini arttırmak amacıyla, bu konudaki deneyim ve bilgilerini paylaşmak suretiyle, ortaklaşa çalışmakla mükellef kılmaktadır. EK-I'de yer alan taraflar bunun haricinde 2. maddenin 2. fıkrasını uyarınca, Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO) ve Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) ile işbirliği yaparak hava ve deniz ulaşımından kaynaklanan sera gazları salımlarının sınırlandırılması veya azaltılması için çaba göstermekle yükümlüdür. Kyoto Protokolü'nün 2. maddesinin 3. fıkrasında ise, EK-I'de yer alan tarafların ilgili politika ve tedbirlerin uygulanması sürecinde ortaya çıkacak olumsuz etkilerden bilhassa gelişmekte olan ülkelerin etkilenmemesi için çaba göstermesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Son olarak 2. maddenin 4. fıkrasında, Kyoto Protokolü'nün Taraflar Toplantısı'na oturum organı işlevi gören Taraflar Konferansı'nın (*Meeting of the Parties – MOP veya COP/MOP*), farklı ulusal koşullar ve olası etkileri göz önünde tutarak ilgili politika ve tedbirlerden birini koordine etmenin yararlı olacağına karar vermesi durumunda, bu politika ve tedbirlerin koordinasyonunun oluşturulmasına yönelik yöntem ve araçların değerlendireceği belirtilmiştir.

³⁷ Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 42; Bail, *EuZW* 1998, s. 460.

3. Sayısal Emisyon Sınırlama ve İndirim Yükümlülükleri

Kyoto Protokolü'nün netice itibariyle varmak istediği hedef, protokolün 3. maddesinin 1. fıkrasında ifadesini bulmaktadır. Bu düzenleme EK-1'de yer alan tarafları, 2008-2012 yıllarını kapsayan taahhüt dönemindeki karbondioksit eşdeğeri sera gazlarının salımları toplamını, 1990 yılı seviyelerinin en az yüzde 5 aşağısına indirmekle yükümlü kılmaktadır. Bu hedefin belirlenmesinde ise, Kyoto Protokolü'nün hazırlanması sürecindeki koşullar ve bilhassa 90'lı yılların başından beri faaliyetlerini durdurmak veya bir dönüşüm sürecine girmek zorunda kalan eski Doğu Bloğu ülkelerinin sanayi tesislerinin gerçekleştirebileceği emisyon indirimleri etkili olmuştur.³⁸ Burada dikkat çekilmesi gerekli bir husus, yukarıda belirttiğimiz % 5'lik indirim oranının genel olarak EK-1'de yer alan taraflar için öngörüldüğü, EK-B'nin ise her bir gelişmiş ülke için hukuken bağlayıcı bir şekilde farklı emisyon sınırlama ve indirim yükümlülükleri belirlemiş olduğudur. Örneğin, 15 eski üye, İsviçre, Lihtenştayn, Monako, Bulgaristan, Estonya, Letonya, Lituanya, Romanya, Slovenya ve Çek Cumhuriyeti'ni kapsayacak şekilde Avrupa Birliği için öngörülen emisyon indirim hedefi % 8, ABD için % 7, Japonya, Kanada, Macaristan ve Polonya için % 6'dır. Rusya, Ukrayna ve Yeni Zelanda için ise herhangi bir indirim hedefi öngörülmemiştir. Buna karşın, Norveç için % -1, Avustralya için % -8, İzlanda için ise % -10'luk emisyon indirim hedefleri belirlenmiştir. Burada belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus, Kyoto Protokolü'nde öngörülen emisyon sınırlama ve indirim hedeflerinin protokolün kapsamına giren altı sera gazının her birinin belirtilen oranda düşürülmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilmesi gerektiğidir. Bunun aksine, bu altı sera gazının toplamında belirtilen oranda bir düşüşün sağlanması, öngörülen emisyon indirim hedefine ulaşılması için yeterlidir. 3. maddenin 1. fıkrasında dile getirilen emisyon sınırlama ve indirim yükümlülüğünün yanı sıra, aynı maddenin 2. fıkrasında EK-1'de yer alan bütün tarafların, 2005 yılına kadar protokol kapsamındaki taahhütlerini yerine getirmek konusunda gözle görülür bir ilerleme kaydetmeleri gerektiği ifade edilmiştir.

³⁸ Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 44; Bail, *EuZW* 1998, s. 460. Ayrıca krş. von Heinegg, *Umweltvölkerrecht*, N. 49b.

4. Müşterek İfa

Kyoto Protokolü'nün 4. maddesinin 1. fıkrası EK-I'de yer alan taraflara, sera gazı emisyon sınırlama ve indirim yükümlülüklerini bağlayıcı bir anlaşma çerçevesinde ortaklaşa yerine getirme imkanı tanımaktadır. Buna göre, 3. maddede belirtilen yükümlülüklerini müştereken yerine getirme konusunda bir anlaşmaya varmış olan EK-I tarafları, EK-A'daki faaliyetlerin neden olduğu karbondioksit eşdeğeri sera gazları salımları toplamının bileşik yekûnunun, EK-B'de geçen sayısallaştırılmış salım sınırlandırma ve azaltım yükümlülükleri uyarınca ve 3. maddeye uygun olarak hesaplanıp belirlenmiş miktarları aşmaması koşuluyla, bu yükümlülüklerini yerine getirmiş kabul edilecektir. Bunun devamında, anlaşmaya varan taraflardan her birine tahsis edilen salım düzeyinin sınırlarının o anlaşmada belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Burada dile getirilen imkândan bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşlarının da faydalanması mümkündür. Bu madde, zaten Avrupa Birliği'nin önerisi ile Kyoto Protokolü'ne eklenmiştir. Birliğin mevcut yetkileri, ortak pazarın işleyişi ve üye ülkelerin farklı yük dağılımları dikkate alındığında, müşterek ifa imkânının Avrupa Birliği açısından taşıdığı önem daha iyi anlaşılacaktır.³⁹ Bu nedenlerden ötürü Avrupa Birliği, Nisan 1998'de Kyoto Protokolü'nü imzaladığında Protokol'de öngörülen yükümlülüklerini 4. maddede tanınan müşterek ifa imkânı çerçevesinde yerine getirmek istediğini açıklamıştır. 4. maddenin 6. fıkrasında ise, müştereken hareket eden tarafların, kendisi de bu protokole taraf olan bir bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşu çerçevesinde ve bu kuruluşla birlikte hareket etmeleri durumunda, toplam müşterek salım azaltımları seviyesini elde etmede bir başarısızlık söz konusu olduğunda, bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşu üye her bir devletin münferiden ve bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşuyla beraber, bu maddeye uygun olarak belirtilen kendi salım seviyelerinden sorumlu olacağı belirtilmiştir. Buna göre Avrupa Birliği, kendisi için belirlenmiş toplam emisyon indirim seviyesinin tutturulamamasından üye ülkelerle birlikte sorumlu tutulacak; topluluk için belirlenmiş toplam emisyon indirim seviyesinin tutturulamaması durumunda ise üye devletlerden her biri, kendisi için ortaklık an-

³⁹ Bail, EuZW 1998, s. 461; Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 53; Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 59; Winkler, *Klimaschutzrecht*, s. 65; Zwingmann, *Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie*, s. 48 vd.

laşmasında öngörülen emisyon indirim seviyesinden ferdi olarak sorumlu olacaktır.⁴⁰

5. Esnek Mekanizmalar

a. Genel Olarak

Kyoto Protokolü, küresel iklim değişikliğinin önüne geçebilmek için birbirinden farklı mekanizma ve yaklaşımları içermektedir. Kyoto Protokolü'nün İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nden farklı olarak hukuken bağlayıcı hedefler içermesine rağmen, bu hedeflere erişim için öngörülen sürelerin esnek tutulması, bu Protokol'e esneklik kazandıran niteliklerinden ilkidir. Zira Kyoto Protokolü'nün 3. maddesi, protokolün erişmek istediği hedeflerin EK-B'de yer alan taraflarca 5 yıllık bir zaman diliminde (2008-2012) gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Hedeflere varış için belli bir yılın yerine bir dönemin öngörülmesi, bilhassa meteorolojik ve konjonktürel etkiler nedeniyle ortaya çıkacak sıkıntıları en aza indirme işlevini görmektedir.⁴¹ Kyoto Protokolü'nde öngörülen diğer bir esneklik unsuru, küresel ısınmaya sebep olan altı gazdan kaynaklardan emisyonlarının karbondioksit eşdeğerinin Protokol'ün öngördüğü hedeflerin hesaplanmasında esas alınmasıdır. 3. maddenin 5. fıkrasında, piyasa ekonomisine geçiş sürecindeki ülkeler için 1990 yılı dışında bir yılın emisyon indirim hedeflerinin belirlenmesinde baz yılı olarak esas alma imkanının tanınması, Kyoto Protokolü'nü esnek kılan başka bir ögedir.⁴²

Esnek mekanizmalar veya Kyoto mekanizmaları olarak adlandırılan düzenekler ise, Kyoto Protokolü'nde öngörülen indirim hedeflerine erişimi kolaylaştırmaktadır. Bu mekanizmaların oluşturulmasına temel teşkil eden düşünce, iklim değişikliği ile mücadeleye yönelik faaliyetlerin maliyetini düşürmektir.⁴³ Ortak yürütme mekanizma-

⁴⁰ Bail, EuZW 1998, s. 461; Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 55; von Heinegg, *Umweltoölkerrecht*, N. 49d; Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 59 vd.

⁴¹ Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht*, s. 28; Kreuter-Kirchhof, *Neue Kooperationsformen im Umweltoölkerrecht*, s. 130 vd.

⁴² Nitekim Macaristan 1985-1987 yılları arasındaki dönemi, Polonya ve Slovakya 1988 yılını, Bulgaristan ve Romanya ise 1989 yılını baz almışlardır.

⁴³ Krş. Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht*, s. 28 vd.; Frenz, NuR 2001, s. 302 vd.; Bail, EuZW 1998, s. 461; Zenke/Handke, NuR 2007, s. 669.

sı (*Joint Implementation-II*), temiz kalkınma mekanizması (*Clean Development Mechanism-CDM*) ve emisyon ticareti (*Emissions Trading-ET*), Kyoto Protokolü'nde öngörülen esnek mekanizmalardır.

Esnek mekanizmaların Kyoto Protokolü'ne eklenmesinde özellikle, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin hazırlanması sürecinde Norveç'in, tarafların emisyon hedeflerini sadece kendi ülkelerindeki yürüttükleri tedbirlerle değil de, aynı zamanda yabancı ülkelerdeki yatırımlarla gerçekleştirme imkanının tanınması yönündeki talebi belirleyici olmuştur. Avrupa Birliği, esnek mekanizmaların Kyoto Protokolü'ne eklenmesi sürecinde her ne kadar bu mekanizmalara başvurulmasının nicel bakımdan sınırlandırılması yönünde çaba göstermişse de, bu çabalardan somut bir netice elde edilememiştir.⁴⁴ Avrupa Birliği'nin bu yöndeki çabalarının tek meyvesi, esnek mekanizmaların tarafların kendi ülkelerinde yürüttükleri politika ve tedbirleri tamamlayıcı bir nitelikte olduğu ve bunların EK-B'de yer alan tarafların sera gazı emisyonlarını indirmeye yönelik çabalarının önemli bir ögesi olduğunun kabulü olmuştur. Atom enerjisi ile ilgili projelerin esnek mekanizmalar çerçevesinde ele alınmaması yönündeki Avrupa Birliği önerisi ise, kabul görmemiştir. Bunun haricinde, Kyoto Protokolü'nün bir ülkenin esnek mekanizmalardan faydalanmasını belli koşullara bağladığını belirtmek gerekir.⁴⁵ Esnek mekanizmalardan faydalanmak isteyen ülke öncelikle, Kyoto Protokolü'ne taraf olmalıdır. İlgili ülke bunun haricinde, Kyoto Protokolü'nün 5. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında ile 7. maddenin 1. ve 4. fıkralarında geçen rapor hazırlama ve denetim yükümlülüklerini yerine getirmeli, ayrıca ulusal bir emisyon sivil ve net emisyonların gösterildiği ulusal bir sistem kurmalıdır.

b. Ortak Yürütme Mekanizması

Kyoto Protokolü'nde öngörülen esnek mekanizmalardan ilki olan ortak yürütme mekanizması, 6. maddede düzenlenmiştir. Buna göre EK-I'de yer alan herhangi bir taraf, 3. maddedeki yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla belli şartlar altında, ekonominin herhangi bir sektöründe insan faaliyetlerinin neden olduğu sera gazlarının kaynak-

⁴⁴ Krş. Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 57.

⁴⁵ Bu koşullarla ilgili olarak daha ayrıntılı bkz. Graichen/Harders, ZUR 2002, s. 73 vd.; Zenke/Handke, NuR 2007, s. 670.

lardan emisyonlarının azaltımını ya da insan kökenli yutaklarca uzaklaştırılmasının arttırılmasını amaçlayan projelerden elde edilen emisyon azaltım birimlerini (*Emission Reduction Units-ERUs*) diğer herhangi bir EK-I'de yer alan başka bir tarafa aktarabilir. Başka bir deyişle ortak yürütme mekanizması, emisyon hedefi belirlenmiş gelişmiş bir ülkenin emisyon hedefi belirlenmiş başka bir gelişmiş ülkede emisyon azaltıcı projelere yatırım yaparak, emisyon azaltma kredisi kazanması ve bu kredilerin yatırımı yapan ülkenin toplam kredisinden düşürülmesine dayanmaktadır.⁴⁶ Buradan anlaşılacağı üzere ortak yürütme mekanizması, iklim değişikliğini önlemeye yönelik tedbirlerin gelişmiş ülkelerde ortaklaşa yürütülmesini mümkün kılan bir nitelik taşımaktadır. Ortak yürütme mekanizmasından yararlanmak, dört koşula bağlanmıştır. Öncelikle, ilgili projenin ilgili taraflarca onaylanması gerekir. Bu proje ayrıca, kaynaklarca emisyonların azaltılmasının ya da yutaklarca uzaklaştırılmasının arttırılmasına ilâve bir katkı sağlamalıdır. Emisyon azaltım birimi kazanabilmek için bunun yanı sıra, 5 ve 7. maddelerdeki yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekir. Son olarak emisyon azaltım birimlerinin kazanılması, 3. maddedeki yükümlülüklerin yerine getirilmesine yönelik olarak ülke içi faaliyetleri tamamlayıcı olmalıdır.

6. maddenin 2. fıkrasında dile getirilen ortak yürütme mekanizmasının yürütülmesi sürecinde dikkate alınması gereken rehber ilkeler, Taraflar Konferansı'nın Temmuz 2001'de Bonn'da ve Kasım 2001'de Marakeş'te gerçekleştirilen toplantılarında ortaya konmuştur.⁴⁷ Bu toplantılarda ortak yürütme mekanizması çerçevesinde hayata geçirilmek istenen projeler için ikili bir onama prosedürü öngörülmüştür. Öncelikle, yatırımların yapılacağı ülke ortak yürütme mekanizmasına katılma koşullarını yerine getiriyorsa, kayıt ve denetim prosedürünü bizzat bu ülke yürütecektir. Yatırımların yapılacağı ülkenin ortak yürütme mekanizmasına katılma koşullarını taşımaması durumunda ise, ortak projelerin sırf bunun için oluşturulmuş bir denetim komisyo-

⁴⁶ Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 56; Kreuter-Kirchhof, *Neue Kooperationsformen im Umweltschutzrecht*, s. 139; Kloepper, *Umweltrecht*, § 17, N. 76; Zenke/Handke, NuR 2007, s. 671; Zwingmann, *Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie*, s. 41.

⁴⁷ Krş. Karar, 5/CP.6, UN Doc. FCCC/CP/2001/5; Karar, 16/CP.7, UN Doc. FCCC/CP/2001/13/ Add. 2. Ayrıca bkz. Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 59; Kreuter-Kirchhof, DVBl 2005, s. 1554 vd.

nu (*Jl-Supervisory Commitee*) tarafından tescil edilmesi ve denetlenmesi gerekir. Bu komisyon, on üyeden oluşacak ve dörtte üç çoğunlukla karar alacaktır. Bu komisyonun üyelerinin üçünün gelişmiş ülkelerden, üçünün orta ve doğu Avrupa ülkelerinden, dördünün ise gelişmekte olan ülkelerden olması gerekir.⁴⁸

Ortak yürütme mekanizması ile ilgili olarak belirtilmesi gereken son bir husus, 6. maddenin 3. fıkrasının EK-I'de yer alan tarafları, özel hukuk kişilerini kendi sorumluluğu altında olmak üzere emisyon azaltım birimlerinin oluşturulma, aktarılma veya kazanılmasına yol açan faaliyetlere katma konusunda yetkili kıldığıdır. Özel sektörün ortak yürütme mekanizmasına katılması, bilhassa özel sektörün sahip olduğu mali kaynaklar, teknik kapasite ve işletme anlayışı ile bu mekanizma kapsamında yürütülmesi düşünülen projelerin etkililiği ve hızlandırılması açısından önem arz etmektedir.⁴⁹

c. Temiz Kalkınma Mekanizması

Kyoto Protokolü'nde yer alan diğer bir esnek mekanizma, 12. maddede düzenlenen temiz kalkınma mekanizmasıdır. Bu mekanizmaya göre, emisyon hedefi belirlenmiş olan EK-I'de ismi geçen bir ülke, emisyon hedefi belirlenmemiş EK-I'de ismi geçmeyen bir ülke ile işbirliğine giderek o ülkede sera gazı emisyonlarını azaltmaya yönelik projeler gerçekleştirir, bu projeler sonunda gelişmiş ülkenin elde ettiği onaylanmış emisyon azaltım birimleri (*Certified Emission Reductions-CERs*) bu ülkenin toplam hedefinden düşülür. 12. maddenin 2. fıkrasında temiz kalkınma mekanizmasının amacının, EK-I'de yer almayan taraflara sürdürülebilir kalkınmayı gerçekleştirmek ve Protokol'ün nihai amacına katkıda bulunmak üzere destek sağlamak ve EK-I'de yer alan tarafların Protokol'ün 3. maddesinde ifadesini bulan emisyon sınırlama ve indirim yükümlülüklerini yerine getirmelerine yardım etmek olduğu dile getirilmiştir. Temiz kalkınma mekanizması, gelişmekte olan ülkelere teknoloji ve mali kaynakların transferini sağlarken, gelişmiş ülkelerin emisyon indirim yükümlülüklerini de hayata geçirmelerine yardımcı olduğundan, gelişmiş ülkeler ve gelişmek-

⁴⁸ Krş. Karar, 16/CP.7, UN Doc. FCCC/CP/2001/13/ Add. 2.

⁴⁹ Kreuter-Kirchhof, *Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht*, s. 241; Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 58; Kreuter-Kirchhof, DVBl 2005, s. 1553 vd.

te olan ülkeler arasında iklim değişikliği ile mücadele konusunda ciddi bir işbirliği zemini oluşturmaktadır.⁵⁰ Temiz kalkınma mekanizmasına yöneltilen en önemli eleştiri, bu mekanizmanın iklimin korunması konusunda gerçekte nötr bir etkiye sahip olduğudur. Zira temiz kalkınma mekanizması ile EK-I'de yer verilmeyen ülkelerin emisyonlarında ortaya çıkan azalmalar, EK-I'de yer alan ülkelerin bu azalmaların eş değeri olan bir emisyon artırımını mümkün kıldığından, atmosferdeki toplam sera gazı oranında bir indirimden yoksundur.⁵¹

Kyoto Protokolü'nün 12. maddesinin 5. fıkrasında, ilgili projelerden elde edilen salım azaltımlarının Kyoto Protokolü'nün taraflar toplantısı olarak işlev gören Taraflar Konferansı'nca (COP/MOP) atanacak yetkili kuruluşlar tarafından belli bazı esaslar dikkate alınarak onaylanacağı ifade edilmiştir. İlgili her bir tarafın kabul ettiği gönüllü katılım; iklim değişikliğinin azaltılması ile ilgili gerçek, ölçülebilir ve uzun vadeli yararlar ve onaylı proje faaliyetleri olmaksızın ortaya çıkacak ilave emisyon indirimler, burada yer verilen esaslardır. 12. maddesinin 4. fıkrasında ise, temiz kalkınma mekanizmasının COP/MOP'nin yetki ve rehberliğine tabi olduğu ve bir temiz kalkınma mekanizması icra kurulu (CDM-Executive Board) tarafından denetleneceği belirtilmektedir. Bunun yanı sıra 6. fıkarda, temiz kalkınma mekanizmasının gerektiğinde, onaylı proje faaliyetleri ile ilgili fonların düzenlenmesine de yardım edeceği dile getirilmiştir. COP/MOP'nin ilk oturumunda, proje faaliyetlerinin bağımsız denetimi ve doğrulanması yoluyla şeffaflığın, etkinliğin ve hesap verilebilirliğin sağlanabilmesi amacıyla gerekli usul ve yöntemleri belirleyeceği hususu ise, 12. maddenin 7. fıkrasında yer almaktadır. Bunun haricinde 8. fıkarda, COP/MOP'nin onayını alan projelerden elde edilen gelirlerin bir kısmının, idarî harcamaların karşılanmasında ve iklim değişikliğinin olumsuz etkilerine maruz kalan gelişmekte olan ülkelerin uyum masraflarının karşılanmasında kullanılacağından söz edilmiştir. 12. maddenin 9. fıkrası ise, özel ve kamusal kuruluşlara temiz kalkınma mekanizması kapsamında yürütülen proje faaliyetlerine katılma imkânı tanımakta-

⁵⁰ Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 57; Kloefer, *Umweltrecht*, § 17, N. 76; von Heinegg, *Umweltvölkerrecht*, N. 49f; Kreuter-Kirchhof, DVBl 2005, s. 1554; Zenke/Handke, NuR 2007, s. 670; Zwingmann, *Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie*, s. 42.

⁵¹ Krş. Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 57; Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagerecht*, s. 30 vd.; von Heinegg, *Umweltvölkerrecht*, N. 49e.

dır. Son olarak 10. fıkrada, 2000 yılından ilk taahhüt döneminin başlamasına kadar olan dönemde elde edilen onaylı salım azaltımlarının birinci taahhüt dönemindeki uygunluğun yerine getirilmesine yardımcı olmak amacıyla kullanılabilceği ifade edilmiştir.

Temiz kalkınma mekanizmasının hayata geçirilmesi için ihtiyaç duyulan koşullar, büyük ölçüde Taraflar Konferansı'nın Temmuz 2001'de Bonn'da ve Kasım 2001'de Marakeş'te gerçekleştirilen toplantılarında oluşturulmuştur. Temiz Kalkınma Mekanizması İcra Kurulu da, bu toplantıların sonucunda kurulmuştur. Temiz Kalkınma Mekanizması İcra Kurulu on üyeden mürekkep olup ve dörtte üç çoğunlukla karar alacaktır. Kurul üyelerinin beşi Birleşmiş Milletler Bölgesel Grupları'ndan, ikisi EK-I ülkelerinden, ikisi EK-I'de yer almayan ülkelerden ve son bir tanesi de gelişmekte olan ülkelere olan küçük ada devletlerinden olması gerekir.⁵²

d. Emisyon Ticareti

Kyoto Protokolü'nün 17. maddesinde düzenlenmiş olan emisyon ticareti, emisyon hedefi belirlenmiş olan EK-B ülkelerinin protokolün 3. maddesinde belirlenmiş olan emisyon sınırlama ve indirim yükümlülüklerini yerine getirebilmek için ulusal bazda yürüttükleri tedbir ve politikaları tamamlayıcı bir şekilde kendi aralarında emisyon ticareti yapabilmelerini mümkün kılan bir esnek mekanizmadır. Bu düzenlemeye göre, sera gazı emisyonunu belirlenen hedeften daha düşük bir seviyeye indiren bir EK-B ülkesi, gerçekleştirmiş olduğu bu ek indirimi protokole taraf olan başka bir EK-B ülkesine satabilecektir. Emisyon ticareti, atmosferin ekonomik maliyeti olan bir nesne olarak ele alınarak, atmosferden yararlanmaya ilişkin hakların kişilere satılabilmesi düşüncesine dayanmaktadır.⁵³ Emisyon ticareti bir bakıma, iklimin korunması amacıyla yönelik olarak piyasa ekonomisi araçlarının kullanılmasıdır.⁵⁴ Belirtilmesi gereken bir diğer husus, emisyon ticare-

⁵² Krş. Karar, 17/CP.7, UN Doc. FCCC/CP/2001/13/ Add. 2. Ayrıca bkz. Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 57; Kreuter-Kirchhof, *Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht*, s. 297 vd.

⁵³ Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht*, s. 31; Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 58.

⁵⁴ Kreuter-Kirchhof, DVBl 2005, s. 1554; Gärditz, JuS 2008, s. 326. Ayrıca krş. Shin, *Kyoto-Protokoll, internationaler Handel und WTO-Handelssystem*, s. 20 vd.; Zwing-

tinin tamamlayıcı niteliğinden dolayı ulusal politika ve tedbirlerin yerini alacak şekilde uygulanamayacağıdır.⁵⁵

Emisyon ticareti mekanizmasının Kyoto Protokolü'ne eklenmesinde, bilhassa başını ABD'nin çektiği gelişmiş ülkelerin ısrarlarının etkili olduğunu belirtmek gerekir.⁵⁶ Kyoto Protokolü'nün hazırlanması sürecinde ABD, emisyon ticaretinin bu protokole eklenmemesi durumunda ortaya çıkacak metni kesinlikle onaylamayacağını belirtmiş iken, Avrupa Birliği bu mekanizmaya karşı başından beri hep şüpheyle yaklaşmıştır. Emisyon ticareti ABD gibi ülkeler tarafından, Protokol'ün 3. maddesinde geçen emisyon sınırlama ve indirim yükümlülüklerini mümkün olan en düşük maliyetle yerine getirecek bir araç olarak düşünülmüş idi. Bu bağlamda önem arz eden bir başka husus, emisyon ticaretini ele alan 17. maddenin Kyoto Protokolü'ne son anda eklendiği, bu nedenle de bu mekanizmanın uygulanması ile ilgili düzenlemelere protokolde yer verilmediğidir. Bunun yerine, emisyon ticaretine ilişkin prensip, usul ve rehber ilkelerin ileriki Taraflar Konferansı'nda ayrıntılı bir şekilde tespit edileceği ifade edilmiştir.⁵⁷

Emisyon ticaretinin hayata geçirilmesi için gereksinim duyulan prensip, usul ve rehber ilkeler, Taraflar Konferansı'nın Temmuz 2001'de Bonn'da ve Kasım 2001'de Marakeş'te gerçekleştirilen toplantılarında ortaya konmuştur. Buna göre, ticarete konu edilebilecek dört türlü emisyon biriminden söz etmek mümkündür:⁵⁸

- Tahsis edilmiş miktar birimleri (Assigned Amount Units-AAUs)
- Yutakların karbonu uzaklaştırması ile oluşan alacaklar (Removable Units-RMUs)

mann, *Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie*, s. 40.

⁵⁵ Gärditz, JuS 2008, s. 326; Zenke/Handke, NuR 2007, s. 670.

⁵⁶ Bu konuda bkz. Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 63; Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht*, s. 31; Karakaya/Özçağ, *Türkiye Açısından Kyoto Protokolü'nün Değerlendirilmesi*, s. 6; Koch/Verheyen, NuR 1999, s. 3 vd.; Bail, EuZW 1998, s. 462.

⁵⁷ Bkz. Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht*, s. 32; Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 77; Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 58.

⁵⁸ Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 65; Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 59; Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht*, s. 32; von Heinegg, *Umweltvölkerrecht*, N. 49g.

- Ortak yürütme mekanizması çerçevesinde yürütülen projeler ile elde edilen emisyon indirim birimleri (ERUs)
- Temiz kalkınma mekanizmaları kapsamında elde edilen onaylanmış emisyon indirim birimleri (CERs)

Yukarıda belirttiğimiz bu emisyon birimlerinin kural olarak tümü EK-I'de yer alan taraflar arasında serbestçe ticarete konu edilebilir. Ancak sadece tahsis edilmiş miktar birimlerinin (AAUs), herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan bir sonraki yükümlülük dönemine devredilmesinin mümkün olduğunu da belirtmek gerekir. EK-I'de yer alan bir ülkenin emisyon ticaretine başlamasının ilk şartı, tahsis edilmiş birimlerin oluşturulmasına ilişkin raporun protokolün 8. maddesi çerçevesinde denetimi ve denetim komisyonu tarafından herhangi bir itirazın yapılmamasıdır. Marakeş Sözleşmesi, ilgili taraflarca yetkilendirilmek şartıyla özel kuruluşların da emisyon ticaretine katılabileceğini ifade etmiştir. Marakeş Sözleşmesi tarafları ayrıca, kazanılan ve transfer edilen emisyon birimlerinin tutulduğu ulusal bir sicil oluşturmakla mükellef kılmaktadır. Bu ulusal sicillerden bağımsız olarak İklim Sekretaryası, emisyon ticaretine ilişkin tüm faaliyetlerin kaydedileceği bir sicil tutmakla yükümlüdür. Ulusal sicillerin en önemli işlevi, tarafların ilgili yükümlülük döneminde kendilerine yüklenen emisyon sınırlama ve indirim yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini tespit etmektir. Marakeş sözleşmesi bunun haricinde, EK-I'de yer alan tarafları ulusal sicillerinde bir emisyon rezervi oluşturmakla mükellef kılmıştır. Bu rezervler, ilgili ülkenin sahip olduğu emisyon birimlerini gereğinden fazla satması nedeniyle, 3. maddede belirtilen yükümlülüklerini yerine getirememesi gibi bir durumla karşılaşmasına engel olma amacını taşımaktadır. Her ülke, kendi ihtiyaç duyduğu emisyon birimlerinin haddinden fazla satılmasını engellemek amacıyla, kendine tahsis edilmiş emisyonların en azından yüzde doksanını ya da önceki yıl sahip olduğu emisyonların beş katı değerindeki rezerv olarak tutmak zorundadır.⁵⁹

Emisyon ticareti ile ilgili olarak belirtilmesi gereken son bir husus, 2003 yılında yayınlanan Avrupa Birliği Emisyon Ticareti Yönergesi⁶⁰ esas alınarak 1.1.2005 tarihinde Avrupa Birliği çapında geçerli ol-

⁵⁹ Krş. Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 65; Kreuter-Kirchhof, DVBl 2005, s. 1556; Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht*, s. 32 vd.

⁶⁰ Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Okto-

mak üzere bir emisyon ticaret sisteminin kurulduğudur. Bu yönergede öngörülen emisyon ticareti sistemi, gerçi Kyoto Protokolü'nden bağımsız bir şekilde oluşturulmuştur. Bununla birlikte, üye ülkelerin ve Topluluğun Kyoto Protokolü'nde öngörülen indirim yükümlülüklerini, ekonomik gelişmeyi mümkün olduğunca az zedeleyecek bir şekilde, yerine getirmelerine katkıda bulunmak bu yönergenin hedefleri arasında sayılmıştır. Bu yönergede öngörülen ilk yükümlülük dönemi, 2005-2008 yılları arasındaki zaman dilimini içermekte idi. Bu ilk yükümlülük döneminden elde edilen tecrübelerin, uluslararası emisyon ticareti sisteminin işleyişi bakımından birçok açıdan aydınlatıcı olacağı açıktır.⁶¹

6. Rapor Düzenleme Yükümlükleri ve Protokolün Uygulanmasının Denetimi

Gerek Kyoto Protokolü gerekse de Marakeş Sözleşmesi'nde, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin öngördüğü yükümlülükleri esas alan ve bunları genişleten birçok rapor düzenleme yükümlülüğüne yer verilmiştir. Kyoto Protokolü'nde yer verilen rapor yükümlülükleri, bilhassa tarafların Protokol'de öngörülen yükümlülüklerini ne ölçüde hayata geçirdiklerinin belirlenmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda Kyoto Protokolü'nün 5. maddesinin 1. fıkrası, EK-I'de yer alan tarafların her birinin, birinci taahhüt döneminin başlamasından en geç bir yıl önce Kyoto Protokolü kapsamına giren tüm sera gazlarının kaynaklardan salımları ve yutaklarca uzaklaştırılmalarının hesaplanması için ulusal bir sistemi yürürlüğe koyacağına değinmektedir. Bunun yanı sıra Kyoto Protokolü'nün 7 ve 8. maddelerinde, oldukça geniş kapsamlı rapor düzenleme yükümlülüklerine yer verildiği görülmektedir. Yukarıda belirttiğimiz düzenlemeleri somutlaştıracak ayrıntılı hükümler ise, 7. Taraflar Konferansı'nın Marakeş'te gerçekleştirdiği ilk COP/MOP'sinde ortaya konmuştur. Gerek ulusal sistemlere ilişkin rehber ilkeler, gerekse de rapor yükümlülüğü-

ber 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABLEU Nr. L 275, 25.10.2003, s. 32. Bu yönerge ile ilgili olarak daha ayrıntılı bkz. Stewing, *Emissionshandel in der Europäischen Gemeinschaft*, s. 23 vd.; Gärditz, *JuS 2008*, s. 326 vd.; Epiney, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, s. 324 vd.; Reuter/Busch, *EuZW 2004*, s. 39 vd.

⁶¹ Kreuter-Kirchhof, *DVBl 2005*, s. 1557.

ne ilişkin ilke, usul ve yöntemler, burada tespit edilmiştir. Marakeş Sözleşmesi kapsamında ayrıca, EK-I ülkelerinin esnek mekanizmalara katılması için gerekli olan kriterler belirlenmiştir. Buna göre, Taraflar Konferansı'nın tespit ettiği tarihten itibaren altı hafta geçmiş olmasına rağmen ilgili ülkenin emisyon listesini hala teslim etmemiş olması veya ilgili ülkenin sunduğu raporda, daha önceden kendi emisyonları arasında en azından % 7'lik bir orana tekabül eden temel bir emisyon kategorisine yer verilmemiş olması, ilgili ülkenin esnek mekanizmalara katılma talebinin reddi için yeterlidir.

Kyoto Protokolü'nü kabul eden taraflar, her ne kadar kural olarak bu protokolün layığıyla uygulanması ile mükellef olsalar da, etkin bir denetim sisteminin Kyoto Protokolü'nden beklenen hedeflere ulaşmak açısından büyük bir öneme sahip olduğunu belirtmek gerekir. Kyoto Protokolü'nün uygulanmasının denetimine ilişkin bu tarz bir sisteme, Protokol'ün 18. maddesinde yer verildiği görülür. Bu düzenlemeye göre COP/MOP ilk oturumunda, Kyoto Protokolü'ne aykırılık teşkil eden durumları belirlemek ve ele almak için, aykırılığın nedenini, türünü, derecesini ve sıklığını dikkate alan sonuçlarını gösteren bir listenin geliştirilmesi de dâhil olmak üzere, uygun ve etkin yöntem ve mekanizmaları onaylayacaktır. Marakeş'te düzenlenen 7. Taraflar Konferansı kapsamında, 18. maddede öngörülen bir denetim sisteminin içeriği üzerine uzlaşa sağlanmıştır. Burada ortaya konan denetim sisteminin temelini, Uyum Komitesi (*Compliance Committee*)⁶² olarak adlandırılan bir organ ve şikayet davası açma imkanını da içeren detaylı usul kuralları oluşturmaktadır. Bu usul kuralları, her ne kadar karmaşık niteliklerinden dolayı birçok eleştiriye konu olmuşsa da,⁶³ Uyum Komitesi'ne tanınan yetkiler protokolün etkin bir şekilde uygulanması açısından önemli bir gelişmedir. Uyum Komitesi, tespit edeceği teşvik, destekleyici tedbirler ve Protokol'e aykırılıklara sebebiyet veren taraflara uygulayacağı müeyyidelerle Protokol'ün uygulanmasını güvence altına almakla mükelleftir. Uyum Komitesi'nin başvuracağı müeyyidelerin başında, Protokol'e aykırılık teşkil edecek tarzda hareket eden tarafların esnek mekanizmalara katılımının yasaklanma-

⁶² Bu komite ile ilgili olarak daha ayrıntılı bkz. Kreuter-Kirchhof, DVBl 2005, s. 1558.

⁶³ Krş. Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 60; Oberthür/Marr, ZUR 2002, s. 82 vd.; Holtwisch, *Das Nichteinhaltungsverfahren des Kyoto-Protokolls*, s. 168 vd.

sı gelmektedir.⁶⁴ Protokol'e aykırılık teşkil eden eylemlere karşı konulacak müeyyidelerle ilgili olarak burada belirtilmesi gereken bir nokta, taraflar için bağlayıcı nitelikte sonuçlar doğuracak yaptırımların 18. maddenin açık hükmü gereği Protokol'de değişiklik yapılmasını gerektirdiğidir. Bu tür bir değişiklik ise, Protokol'ün 20. maddesi gereği oturumda hazır bulunan ve oy kullanan tarafların dörtte üç çoğunluğunun onayını gerekli kılmaktadır. Buradan hareketle, Uyum Komitesi tarafından verilen cezaların aslında hukuken bağlayıcı olmadığını belirtmek gerekir.⁶⁵

7. Tüm Protokol Tarafları İçin Öngörülen Yükümlülükler

Kyoto Protokolü'nün içeriği göz önünde bulundurulduğunda, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nde olduğu gibi bu Protokol'de de esas olarak gelişmiş ülkelerin yükümlülük altına sokulduğu görülecektir. Bu bağlamda Kyoto Protokolü Berlin Buyruğu'nda öngörüldüğü şekilde gelişmekte olan ülkeler için İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nde öngörülenlere ilave olarak nitelendirilebilecek herhangi bir yükümlülük içermemektedir. Kyoto Protokolü'nün hazırlanması sürecinde her ne kadar, gelişmekte olan ülkelere protokolde yer verilen yükümlülükleri gönüllü olarak yerine getirebilmesine yönelik bir imkânın tanınmasına ilişkin öneriler gündeme gelmişse de, bu tarz öneriler kabul edilmemiştir. Bununla birlikte Kyoto Protokolü'nün 10. maddesinde, gerek gelişmiş gerekse de gelişmekte olan protokol taraflarına yönelik bir kısım yükümlülükler yer verildiği görülür. Buna göre tarafların her biri, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 1. fıkrasında dile getirilen yükümlülükleri yeniden teyit ederek, burada yer verilen yükümlülüklerin hayata geçirilmesini desteklemek ve hızlandırmakla mükellef olup, şu hususları yerine getirecektir:⁶⁶

⁶⁴ Krş. Kloepfer, *Umweltrecht*, § 17, N. 83; Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 80; Kreuter-Kirchhof, DVBl 2005, s. 1558; Zwingmann, *Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie*, s. 46 vd.

⁶⁵ Kreuter-Kirchhof, DVBl 2005, s. 1558; Holtwisch, *Das Nichteinhaltungsverfahren des Kyoto-Protokolls*, s. 172 vd.

⁶⁶ Krş. Bail, *EuZW* 1998, s. 462; Bail/Marr/Oberthür, *Klimaschutz und Recht*, N. 72.

- Yerel emisyon faktörlerinin, verilerin ve modellerin kalitesinin iyileştirilmesine yönelik maliyeti uygun ulusal veya bölgesel programların hazırlanması
- İklim değişikliğinin etkilerinin azaltılmasına ve iklim değişikliğine uyum sağlamanın kolaylaştırılmasına yönelik tedbirleri içeren ulusal veya bölgesel programları hazırlama, uygulama ve denetleme
- Çevre dostu teknolojilerin teşviki, yaygınlaştırılması ve transferi konularında işbirliği
- İklim değişikliği alanında bilimsel ve teknik işbirliği
- İklim değişikliği alanındaki eğitim programlarının hazırlanması ve uygulanmasında uluslararası işbirliği

D. Kurumsal Yapı

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nde en yüksek organ olarak nitelendirilen Taraflar Konferansı (COP), Kyoto Protokolü'nün 13. maddesinin 1. fıkrası uyarınca protokolün de en yüksek mercii olup, Taraflar Toplantısı'na (COP/MOP) oturum organı olarak hizmet etmektedir. 13. maddenin 2. fıkrasında, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne taraf olmakla birlikte, Kyoto Protokolü'ne taraf olmayan ülkelerin COP/MOP oturumlarına gözlemci olarak katılabileceğini belirtmiştir. Bunun haricinde 13. maddenin 4. fıkrasında, COP/MOP'nin Kyoto Protokolü'nün uygulanmasını düzenli olarak gözden geçireceği ve bu Protokol'ün işleyişini daha etkin hale getirmek için kendine verilen yetki çerçevesinde gerekli kararları alacağına değinilmiştir. 4. fıkranın a)-j) bentlerinde ise, COP/MOP'nin yerine getirmekle mükellef olduğu görevlere yer verilmiştir. Bunun yanı sıra 13. maddenin 5. fıkrasında, Taraflar Konferansı'nın usul kuralları ve İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi için uygulanan mali prosedürlerin, COP/MOP'nin oybirliği ile aksi bir karar almadığı müddetçe Kyoto Protokolü kapsamında da uygulanacağı belirtilmiştir. Son olarak COP/MOP ile ilgili 12. maddede yer alan bir düzenlemeye değinmek faydalı olacaktır. Bu düzenlemeye göre COP/MOP mümkün olduğunca yakın bir zamanda, Taraflar Konferansı'nın ilgili kararları ışığında, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 13. maddesinde ifadesini bulan çok

tarafı danişma usulünün Kyoto Protokolü'ne uygulanmasını gözden geçirecek ve gerektiği durumlarda bu usulü değiştirecektir.

Kyoto Protokolü'nün 14. maddesinde, İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca oluşturulan sekreteryanın Protokol'ün de sekreteryası olarak hizmetine devam edeceği ifade edilmiştir. Protokol'ün 15. maddesinde ise, Bilimsel ve Teknolojik Danışma Yardımcı Organı (SBSTA) ve Uygulama Yardımcı Organı'nın (SBI) görevlerini aynı şekilde Kyoto Protokolü çerçevesinde devam ettireceğine değinilmiştir. Bunların haricinde Marakeş Sözleşmesi'nde, Kyoto Protokolü kapsamında belli bazı görevleri yerine getirmek amacıyla, aralarında Temiz Kalkınma Mekanizması İcra Kurulu (CDM-Executive Board), Ortak Denetim Mekanizması Denetim Komisyonu (JI-Supervisory Committee) ve Uyum Komitesi'nin (Compliance Committee) de bulunduğu, birçok organ oluşturulmuştur.

E. Kyoto Protokolü'nün Yürürlük Sorunu

Kyoto Protokolü'nün taraflarca imzalanması, kabulü ve yürürlüğü girişi ile ilgili hükümlere, Protokol'ün 24. ve 25. maddelerinde yer verildiği görülür. Öncelikle 24. maddenin 1. fıkrasında, protokolün 16 Mart 1999 tarihinden itibaren bu protokole taraf olmak isteyen ülke ve bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşların katılımına açık olduğu ve bu protokole katılmak isteyen tarafların onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgelerini Depoziter'e teslim edeceğinden söz edilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, herhangi bir üye devleti Kyoto Protokolü'ne taraf olmazsa bile ilgili bölgesel ekonomik bütünleşme örgütünün Kyoto Protokolü'ne taraf olması durumunda, bu protokol kapsamında yer alan tüm yükümlülükler ile bağlı olacağına değinilmiştir. Bu tür bir kuruluşun bir veya daha fazla üye devletin bu protokole taraf olması durumunda ise, kuruluş ve üye devletlerin taahhütlerini yerine getirmek için kendi sorumlulukları hakkında karar verecektir. Ancak böylesi durumlarda kuruluş ve üye devletler, Protokol'den kaynaklanan haklarını aynı zamanda kullanmaya yetkili değildir. Bunlara ilaveten 24. maddenin 3. fıkrasında, bölgesel ekonomik entegrasyon kuruluşunun onay, kabul, uygun bulma veya katılım belgelerinde, protokol tarafından düzenlenen konulardaki yetkilerinin kapsamı hakkında beyanatta bulunacağı ifade edilmiştir.

Kyoto Protokolü'nün yürürlüğe girişi ile ilgili hususlara, genel olarak Protokol'ün 25. maddesinde yer verildiği görülür. Buna göre Kyoto Protokolü, EK-I'de yer alan tarafların 1990 yılı toplam karbondioksit emisyonları en az % 55'ine tekabül eden, aralarında EK-I taraflarının da bulunduğu İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ni kabul eden en az elli beş tarafın onay, kabul, uygun bulma ya da katılım belgelerini Depoziter'e tevdi ettikleri tarihten sonraki doksanıncı günde yürürlüğe girecektir. Protokol'ün yürürlüğünün bu tarz bir şarta bağlanmasının temelinde, dünyadaki önemli sera gazı emisyon üreticisi konumundaki ülkelerin katılımı olmadan bu Protokol'den beklenen hedeflere ulaşmanın zor olduğu düşüncesi bulunmaktadır.⁶⁷

Daha önce belirttiğimiz gibi, dünyanın en büyük sera gazı emisyonu üreticisi olan ABD'nin Kyoto Protokolü'nü onaylaması, bu protokolün yürürlüğe girmesi açısından ta başından beri hayati bir önem taşımakta idi. Ancak ABD'nin Mart 2001'de Kyoto Protokolü'ne taraf olmayacağını açıklaması, bu Protokol'ün yürürlüğe gireceğine ilişkin umutların ciddi bir şekilde zayıflamasına neden olmuştur.⁶⁸ Marakeş'te düzenlenen 7. Taraflar Konferansı'nda dünyanın iki önemli sera gazı emisyonu üreticilerinden olan Rusya ve Japonya'nın Kyoto Protokolü'ne taraf olmak yönünde beyanatta bulunmaları, Kyoto Protokolü'nün yürürlüğe girmesine ilişkin umutları tekrar yeşertmiştir. Nihayet Rusya'nın 18 Kasım 2004 tarihinde onaylamasıyla, Kyoto Protokolü 16 Şubat 2005 tarihinde resmen yürürlüğe girerek işlerlik kazanmıştır. Rusya'nın Kyoto Protokolü'nü imzalamasında ise özellikle, emisyon ticareti gibi esnek mekanizmaların Rusya'nın lehine işleyeceğine olan inanç belirleyici olmuştur. Kyoto Protokolü'nün onay sürecinin 26 Ağustos 2009 tarihi itibarıyla içinde bulunduğu durumu ifade edecek olursak, şu tespitlerde bulunmak gerekir:⁶⁹ Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 188 devlet ve Avrupa Topluluğu, Kyoto Protokolü'nü onaylayarak bu protokole taraf olmuştur. ABD, Kyoto Protokolü'nü imzalamasına rağmen hala onaylamayarak, bu proto-

⁶⁷ Bail/Marr/Oberthür, Klimaschutz und Recht, N. 87; Bail, EuZW 1998, s. 463.

⁶⁸ ABD'nin Kyoto Protokolü'ne taraf olmak istememesinin temelinde, küresel pazardaki yerini korumak, ekonomik gelişmişliğini devam ettirmek ve işsizliğe neden olmamak gibi ekonomik kaygılar vardır.

⁶⁹ http://unfccc.int/files/kyoto_protocol/status_of_ratification/application/pdf/kp_ratification_20090826corr.pdf linkinden daha ayrıntılı bilgilere erişmek mümkündür.

kole taraf olmayan tek gelişmiş ülke olmayı sürdürmektedir. Bunun haricinde, Irak, Afganistan, Somali, Tayvan ve Vatikan gibi ülkelerin, Kyoto Protokolü'nü hala imzalamamış olduğunu ifade etmek gerekir.

IV. Post Kyoto Dönemi

İklimin korunmasına yönelik uluslararası sistem, iklim değişikliği için yürütülen çabaların sürekli olarak geliştirilmesi fikrine dayanmaktadır.⁷⁰ İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 1. fıkrası bu bağlamda, tarafların iklim sistemini insanoğlunun günümüz ve gelecek kuşaklarının yararı için koruması gerektiğini vurgulamıştır. Kyoto Protokolü ile ilgili olarak yukarıda belirttiğimiz tüm açıklamalar, her ne kadar bu protokolün yalnızca 2008-2012 yıllarını kapsayan zaman dilimi (ilk yükümlülük dönemi) için yükümlülükler öngördüğüne işaret etse de, Kyoto Protokolü'nün 3. maddesinin 9. fıkrasında, COP/MOP'nin ilk yükümlülük döneminin bitiminden en az yedi yıl önce, yani en geç 2005 yılı sonuna kadar, 2013 yılından itibaren geçerli olacak yükümlülükler konusunda görüşmelere başlayacağı belirtilmiştir. 2013 yılından itibaren geçerli olacak bu dönem, "Post Kyoto süreci" veya "Kyoto sonrası dönem" veyahut "2. Kyoto dönemi" olarak da adlandırılmaktadır. Kyoto sonrası dönemde EK-I' de anılan taraflar için geçerli olacak yükümlülükler ise, Kyoto Protokolü'nün 21. maddesinin 7. fıkrası çerçevesinde alınacak kararlarla EK-B' de yapılacak değişikliklerle gerçekleştirilecektir. 21. maddenin 7. fıkrası, 20. maddeye atıfta bulunmakla birlikte bu maddede sözleşme ve protokol değişiklikleri için öngörülen usulden farklı olarak, EK-B' ye ilişkin herhangi bir değişikliğin sadece ilgili tarafın yazılı onayı ile yapılacağı ifade etmektedir. Böylece 20. maddenin 3. fıkrasında, sözleşme ve protokol için öngörülen dörtte üç çoğunluk kuralı, yeni dönemde tarafların yükümlülüklerinin belirlenmesinde uygulanmayacaktır. EK-I' de yer alan tarafların 2012 yılı sonrası emisyon sınırlama veya indirme yükümlülükleri bu bakımdan, ancak ilgili tarafın rızasının alınması ile kararlaştırılabilir.

⁷⁰ Krş. Kreuter-Kirchhof, DVBl 2005, s. 1560; Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 61 vd.

Kyoto sonrası dönemde geçerli olacak yükümlüklerin belirlenmesine ilişkin ilk somut adımların esas olarak Aralık 2004 Buenos Aires'te toplanan 10. Taraflar Konferansı'nda (COP-10) atıldığı görülür. Bu toplantıda, 2012 yılından itibaren geçerli olacak iklim koruma rejimine ilişkin ilk ciddi tartışmalar yapılarak, taraflarca ilk somut öneriler ortaya konmuştur. Bunlar arasında en çok göze çarpanı, ikinci yükümlülük döneminde tarafların sadece emisyon sınırlama ve indirme yükümlülüğünü artırma yerine, gelişmiş olan ülkelerle gelişmekte olan ülkeler arasındaki ayrımı ortadan kaldıracak bir sistem değişikliğine geçilmesine ilişkin öneri idi.⁷¹

Kyoto sonrası dönemde geçerli olacak iklim koruma rejiminin somutlaştırılması amacına yönelik ilk önemli çalışmaların ise, Aralık 2005'te Montreal'de başladığını belirtmek gerekir. Montreal kentinde tertiplenen 11. Taraflar Konferansı'nı önemli kılan diğer bir durum ise, Kyoto Protokolü'nün Rusya'nın Şubat 2005'teki onayından sonra artık yürürlüğe girmiş olması idi. Ancak, Taraflar Konferansı'nın Montreal'deki toplantısından önce vuku bulan iki hadiseye değinmek faydalı olacaktır. Bunlardan ilki, 2005 yılının başında Avrupa Birliği'nin Kyoto sonrası dönem için öngördüğü emisyon indirim hedefini ve bu hedeflere erişmek için başvuracağı stratejileri açıklaması oldu. Böylelikle Avrupa Birliği, Kyoto sonrası döneme ilişkin emisyon indirim hedeflerini ortaya koyan ilk Protokol tarafı oldu. Diğer bir gelişme ise, 11. Taraf Konferansı'nın (COP-11) toplanmasından önce Eylül 2005'te Taraflar Konferansı'na üye devletlerin bakanları nezdinde Kanada hükümetinin öncülüğünde düzenlenen gayri resmi bir buluşmada, Kyoto sonrası dönemde geçerli olacak iklim koruma rejimine içeriğinin şekillendirilmesine ilişkin olarak çeşitli tartışmaların gerçekleştirilmesi olmuştur.⁷² Montreal kenti, 11. Taraflar Konferansı (COP-11) toplantısı dışında Kyoto Protokolü'nün 1. Taraflar Toplantısı'na (MOP-1) da ev sahipliği yapmıştır. 188 devlet ve Avrupa Birliği'nin katıldığı Montreal'deki bu toplantılar sonucunda, ortak bir uzlaşa sağlanması beklenenden daha kolay gerçekleşmiştir. Bu uzlaşa genel olarak, Kyoto Protokolü'nde öngörülen istikametinin 2012 yılı sonunda da devam ettirilmesini esas almaktaydı. Bu toplantıların bir sonucu ola-

⁷¹ Krş. Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 62 vd.; Kreuter-Kirchhof, DVBl 2005, s. 1559; Hohmuth, *Emissionshandel und deutsches Anlagerecht*, s. 37 vd.

⁷² Krş. Hoffmann, *Herausforderung Klimaschutz*, s. 63.

rak Mayıs 2006'da EK-1'de ismi yer alan taraflar, ilk ve ikinci yükümlülük dönemi arasına bir boşluk girmeyecek şekilde, 2012 yılı sonrasında geçerli olacak emisyon indirim yükümlülüklerine ilişkin müzakerelere başlamıştır. COP-11/MOP-1'e katılan taraflar bunun haricinde, beş yıllık ayrıntılı bir program üzerinde mutabakata varmıştır. Bu program, iklim değişiminin kaçınılmaz sonuçlarından sakınılmasına yönelik tedbirlerin geliştirilmesi ve hayata geçirilmesi sürecinde ortaya çıkan problemlerin ortaya konmasını hedeflemiştir. Bu programın temel amacının ise, tüm tarafları ve bilhassa gelişmekte olan ülkeleri, iklim değişikliği olgusunun etkileri ile ilgili olarak bilgilendirme ve bu etkilere karşı ulusal, bölgesel ve yerel bazda geliştirilecek tedbirler konusunda destek sağlamak olduğu belirtilmiştir. Bilgi alışverişi, ilgili verilerin sağlanması sürecinde teknolojik ve yöntemsel destek, uygun tedbirlerin değerlendirilmesi ve saptanması, bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik önerilen faaliyetlerdendir. COP-11/MOP-1'de ayrıca, temiz kalkınma mekanizmasının uygulamasının iyileştirilmesine ilişkin kararlar alınmıştır.

Kasım 2006'da Kenya'nın Nairobi kentinde düzenlenen Birleşmiş Milletler İklim Konferansı kapsamında 12. Taraflar Konferansı (COP-12) ve 2. Taraflar Toplantısı (MOP-2) da gerçekleştirilmiştir. Burada özellikle iki soru cevaplandırılmaya çalışılmıştır. Bu sorulardan ilki, 2012 yılı sonrasında geçerli olacak iklim rejimi üzerine yürütülen müzakerelerin nasıl yapılandırılacağına dair idi. İkincisi ise, iklim değişimine ayak uydurmak ve temiz kalkınma mekanizmasının sorunsuz uygulanmasını ve teknoloji transferini sağlamak amacıyla gelişmekte olan ülkelerde nasıl bir eylem planı hayata geçirilebileceğine ilişkin idi. Tüm çabalara rağmen, Nairobi'de gerçekleştirilen toplantılardan arzu edilen hedeflerin elde edilemediği söylemek gerekir.

Aralık 2007'de ise, Bali'de toplanan Birleşmiş Milletler İklim Konferansı kapsamında 13. Taraflar Konferansı (COP-13) ve 3. Taraflar Toplantısı (MOP-3) vuku bulmuştur.⁷³ Bu toplantıların öncelikli amacı, Kyoto sonrası dönemde geçerli olacak iklim koruma rejiminin içeriğinin belirlenmesi olmuştur. Uzun süren müzakerelerin ardından ABD'nin uzlaşmaya yanaşmak istememesi, görüşmeleri çoğu kez tıkanma noktasına getirmiştir. Bu engellemelere rağmen Bali'de yürütülen müzakereler sonucunda varılan en önemli sonuç, iki yıl sürecek bir

⁷³ Daha ayrıntılı olarak bkz. Duru, *Mülkiye*, 2008, C. XXXII, S. 259, s. 205 vd.

müzakere sürecinin belirlenmesi ve bu sürecin sonunda Aralık 2009'da Kopenhag'da toplanacak Birleşmiş Milletler İklim Konferansı'nda, 2012 sonrası dönemde Kyoto Protokolü'nün yerini alacak sözleşmenin imzalanmasının kararlaştırılması olmuştur. Bali'de bunun dışında, iklim değişiminin sonuçları ile mücadeleye katkı sunmak amacıyla Birleşmiş Milletler İklim Koruma Fonu kurulmuştur. Gelişmekte olan ülkelere yönelik olarak öngörülen geniş kapsamlı teknoloji transferi, Bali'de kararlaştırılan diğer bir husustur. Tüm bu neticelelere rağmen, Bali'de elde edilen kazanımlar genel olarak yetersiz olarak görülmüştür.⁷⁴

14. Taraflar Konferansı (COP-14) ve 4. Taraflar Toplantısı (MOP-4) ise, Aralık 2008'de Birleşmiş Milletler İklim Konferansı kapsamında Polonya'nın Poznan kentinde gerçekleştirilmiştir. Aralık 2009'da Kopenhag'da tamamlanması planlanan sürecin orta noktasını teşkil etmekte olan Poznan'daki görüşmeler, bilhassa müzakere sürecinin devam edeceğinin garantilenmesi, 2009 yılında gerçekleştirilecek müzakerelerin çerçevesinin belirlenmesi ve bu zorlu süreç öncesinde tarafların birbirilerinin beklentilerini daha açık bir şekilde öğrenmeleri açısından önem taşımaktadır. İsviçre'nin küresel karbon vergisinin hayata geçirilmesi ve Brezilya'nın piyasa dışı araçların kullanılması yönündeki önerileri, Poznan'da derin bir yankı bulmuştur. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'nin Kopenhag'daki görüşmelerin başarısızlıkla sonuçlanmaması için elinden gelen tüm çabayı sarf edeceğini açıklaması da, önemli bir gelişmedir.

Buradaki açıklamalardan hareketle, Kyoto Protokolü'nün yerini alacak uluslararası sözleşmeye son şeklinin, 7-18 Aralık 2009 tarihleri arasında Kopenhag'da düzenlenecek olan Birleşmiş Milletler İklim Konferansı kapsamında yürütülecek müzakerelerde verileceğini belirtmek gerekir. Bunun dışında hatırlatılması gereken bir husus, Sözleşme Kapsamındaki Müzakere Grubu (AWG/LCA) ve Kyoto Protokolü Kapsamındaki EK-I Ülkelerinin Yükümlülüklerinin Belirleneceği Müzakere Grubu (AWG-KP), 2009 yılının Mart, Haziran ve Eylül aylarında gerçekleştirdikleri görüşmelerde 2012 sonrası dönemde geçerli olacak sözleşmenin içeriği üzerinde çalışmalarda bulunarak, EK-I ülkelerinin yükleneyeceği ortak ve ferdi emisyon sınırlama ve indirim he-

⁷⁴ Krş. Duru, *Mülkiye*, 2008, C. XXXII, S. 259, s. 210 vd.

deflerini belirlemeye çabalamıştır. Bu grupların sonuncu toplantısı ise, Aralık 2009'da Kopenhag'da gerçekleştirilecektir.

V. Türkiye Açısından Kısa Bir Değerlendirme

Türkiye'nin Kyoto Protokolü'ne katılma süreci bağlamında belirtilmesi gereken ilk husus, Türkiye'nin bu Protokol'e taraf olmasının Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde vazgeçilmez bir koşul olarak ortaya konduğu, buna rağmen Türkiye'nin bu Protokol'ü imzalamaya konusunda uzunca bir süre çekimser davrandığıdır. 2004 yılında İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne taraf olan Türkiye, Kyoto Protokolü'nü imzalamak konusunda uzun olarak nitelendirilebilecek bir müddet sonra 30 Mayıs 2008'de bu Protokol'ü imzalayacağını resmen açıklamıştır. Türkiye'nin Kyoto Protokolü'ne katılmasının uygun bulunduğuna ilişkin kanun tasarısı, 05 Şubat 2009 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilerek yasalaşmıştır.⁷⁵ 26 Ağustos 2009 tarihinden itibaren ise, Türkiye Kyoto Protokolü'ne resmen taraf olmuştur.

2001 yılında Marakeş'te düzenlenen 7. Taraflar Konferansı'nda kendi başvurusu üzerine Türkiye'nin isminin EK-II'den çıkarılarak, özgün koşulları dikkate alınarak diğer ülkelerden farklı bir konumla EK-I'de kalması, Türkiye'nin İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne taraf olmasında kuşkusuz belirleyici bir rol üstlenmiştir. Türkiye'nin İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'ne katılmasıyla elde ettiği özgün konum, Kyoto Protokolü'nün imzalamasında hızlandırıcı bir etki yaratmıştır. Zira Türkiye'nin EK-I'de yer alan bir taraf olarak AWG-KP kapsamında alınacak kararlara müdahale etme hakkını kazanması, Türkiye'nin Kyoto Protokolü'ne katılmasında belirleyici olmuştur. Burada belirtilmesi gereklilik arz eden bir başka husus, Kyoto Protokolü'ne taraf olan Türkiye'nin isminin EK-B'de yer almadığı, bu nedenle herhangi bir sayısallaştırılmış emisyon sınırlama ve indirim yükümlülüğünün muhatabı olmadığıdır. İsmi EK-I'de yer almasına rağmen sayısallaştırılmış herhangi bir emisyon sınırlama veya indirim yükümlülüğü bulunmayan Türkiye ayrıca, emisyon ticareti, ortak yürütme mekanizması ve

⁷⁵ Türkiye, 5 Şubat 2009 tarihinde ve 5836 sayılı yasa ile Kyoto Protokolü'ne taraf olmuştur. Koyoto Protokolü, 13 Mayıs 2009 ve 27227 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanmıştır.

temiz kalkınma mekanizması gibi esnek mekanizmalara katılma hakkına sahip değildir. Bununla birlikte Kyoto Protokolü'ne taraf olması hasebiyle Türkiye, Protokol'ün tüm tarafları için öngörülen yükümlülükleri yerine getirmekle mükelleftir.

Şubat 2009'da Kyoto Protokolü'nü imzalamış olmasına rağmen, Türkiye'de şuana kadar Kyoto Protokolü'nün iç hukuka aktarılmasına yönelik olarak sonlandırılmış ciddi bir yasama faaliyetinden söz etmek zordur. Bununla birlikte, Kyoto Protokolü'nün kabulünden önce çıkarılmış bazı kanunların kısmen de olsa bu Protokol'ün uygulanmasını kolaylaştıracak niteliklere sahip olduğunu belirtmek gerekir. Çevre dostu önlemler içeren ve bu önlemlerin hayata geçirilmesi için çeşitli kolaylıklar ve teşvikler öngören bu düzenlemeler, Elektrik Piyasası Kanunu,⁷⁶ Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun⁷⁷ ve Enerji Verimliliği Kanunu'dur.⁷⁸ Kyoto Protokolü'nde Türkiye için öngörülen yükümlülükleri hayata geçirebilecek nitelikteki düzenlemelerin hazırlanması için ise, 2012 sonrası dönemde geçerli olacak uluslararası iklim koruma rejiminin içeriğini ortaya koyacak olan Aralık 2009'daki Birleşmiş Milletler İklim Konferansı'nın doğuracağı sonuçların beklendiği açıktır. Zira 2004 yılından beri EK-I'de ismi geçen Türkiye'nin, 2012 yılı sonrası için sayısallaştırılmış bir emisyon indirim hedefinin muhatabı olması olasıdır.

Türkiye'nin iklim değişimi ile mücadeleye yönelik uluslararası çabalara katkıda bulunmak amacıyla atabileceği önemli adımları ise, şu başlıklar altında toplayabiliriz: Özellikle Kyoto Protokolü'nün içerdiği yükümlülüklerin dikkate alınarak bir yenilenebilir enerji yasasının hazırlanması. Fosil yakıtlar yerine rüzgâr ve güneş enerjisi gibi yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımına ilişkin esasların ayrıntılı bir şekilde yer alacağı bu yasa, sera gazı etkisini azaltacak tedbirlerin hayata geçirilmesine ilişkin altyapı yatırımlarının yapılmasını hızlandıracak ve halkın yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelmesini teşvik edici hükümler içermelidir. Çevre dostu teknolojilerin teşvik ve yaygınlaştırılması, enerji kullanımında verimlilik artışı ve tasarrufu, yutak işleviden dolayı orman alanlarının korunması ve yaygınlaştırılması, sera

⁷⁶ Kanun no: 4628, Kabul tarihi: 20.2.2001.

⁷⁷ Kanun no: 5346, Kabul tarihi: 10.5.2005.

⁷⁸ Kanun no: 5627, Kabul tarihi: 18.4.2007.

gazlarına neden olan tarım metotlarının değiştirilmesi ve sera gazı envanterlerinin hazırlanması gibi hususlara da, bu yasada teferruatlı bir şekilde yer verilmesi birçok cihetten faydalı olacaktır. Bunlara ilave-ten, iklim değişikliği ile mücadelede birçok Avrupa ülkesinde uygulan-kan karbon vergisinin ülkemizde de uygulanmasının, Türkiye'nin ileriki yıllarda muhatabı olabileceği bir sayısallaştırılmış emisyon sınırlama ve indirim yükümlülüğünün hayata gerçekleştirilmesine ciddi bir katkı sunacağını da belirtmek gerekir. Son olarak, iklim değişikliği ile mücadeleye yönelik politikaların diğer politika alanlarına entegre edilmesinin, iklim değişikliğine karşı yürütülen politikaların başarı elde etmesi bakımından büyük önem taşıdığını ifade etmek gerekir.

VI. Sonuç

İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve Kyoto Protokolü, küresel ısınmanın engellenmesi amacıyla uluslararası alanda atılmış en önemli hukuki adımlardır. İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi, nihai ve hukuken bağlayıcı yükümlülükler koymak yerine, iklimi korumaya ve sera gazı emisyonlarını azaltmaya yönelik genel ilkeler, eylem stratejileri ve hukuki bağlayıcılıktan yoksun yükümlülükler içerirken; Kyoto Protokolü, hukuken bağlayıcı emisyon sınırlama ve indirim hedefleri öngörmektedir. Kyoto Protokolü'nü İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi'nden ayıran diğer bir özellik ise, indirim yükümlülüklerinin hayata geçirilmesi için öngörülen esnek mekanizmalardır. Esnek mekanizmalar, emisyon sınırlama ve indirim yükümlülüklerin hayata geçirilmesi sürecinde taraflara önemli kolaylıklar sağlamaktadır. ABD'nin onaylamaması nedeniyle yürürlüğe girmesi uzun bir süre geciken Kyoto Protokolü, Rusya'nın katılması ile ancak 2005 yılında işlerlik kazanabilmiştir. Bununla birlikte, dünyadaki toplam sera gazı emisyonlarının yaklaşık % 25'inden sorumlu olan ABD'nin Kyoto Protokolü'nü onaylamaya yanaşmaması, bu Protokol'ün ulaşmak istediği hedefleri ciddi anlamda tehdit etmektedir. Kyoto Protokolü'nde yer alan diğer bir eksiklik ise, Çin ve Hindistan gibi gelişmekte olan ülkelerin saldıkları ciddi miktardaki sera gazlarına rağmen herhangi bir emisyon sınırlama veya indirim yükümlülüğünün muhatabı olmamasıdır. 2012 sonrası dönemde bu ülkeler için de emisyon sınırlama ve indirim yükümlüklerinin öngörülmesi, küresel ısınmayla mücadele yolundaki çabalara şüphesiz önemli bir katkı sunacaktır. Şubat 2009'da

Kyoto Protokolü'ne taraf olan Türkiye, 2008-2012 yılları arasındaki zaman dilimini kapsayan ilk yükümlülük dönemi için herhangi bir emisyon sınırlama veya indirim yükümlülüğünün muhatabı değildir. Ancak, 2012 sonrası dönemde geçerli olacak yükümlülüklerin belirleneceği Aralık 2009'daki iklim konferansı sonunda, Türkiye için de sayısallaştırılmış emisyon sınırlama veya indirim yükümlülüklerinin öngörülmesi muhtemeldir. Gerek Türkiye'nin Kyoto Protokolü'nden kaynaklanan yükümlülüklerinin hayata geçirilmesi, gerekse de iklim değişikliği ile mücadele amacıyla küresel alanda yürütülen çalışmalara katkı sağlamak amacıyla, ilgili hususları detaylı bir şekilde ele alacak bir yenilenebilir enerji yasanının hazırlanması birçok açıdan gereklilik arz etmektedir.

KAYNAKLAR

- Bail, Christoph, *Das Klimaschutzregime nach Kyoto*, EuZW 1998, s. 457 vd.
- Bail, Christoph/ Marr, Simon/ Oberthür, Sebastian, *Klimaschutz und Recht*, in: *Rengeling*, Hans-Werner (Hrsg.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, Band II, 2. Auflage, Köln 2003 (Bail/Marr/Oberthür, Klimaschutz und Recht).
- Brambilla, Pietro, *Europäisches Umweltrecht und das internationale Klimaregime der Vereinten Nationen*, München 2004.
- Çepel, Necmettin, *Ekolojik Sorunlar ve Çözümleri*, Ankara 2003.
- Duru, Bülent, Kyoto Protokolü'nden Halkların Protokolü'ne, *Mülkiye*, 2008, C. XXXII, S. 259, s. 205 vd.
- Duru, Bülent, Viyana'dan Kyoto'ya İklim Değişikliği Serüveni (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/2037.pdf>)
- Epiney, Astrid, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, 2. Auflage, Köln 2005.
- Frenz, Walter, *Klimaschutz und Instrumentenwahl*, NuR 2001, s. 301 vd.
- Gärditz, Klaus Ferdinand, *Schwerpunktbereich – Einführung in das Klimaschutzrecht*, JuS 2008, s. 324 vd.
- Graichen, Patrick/Harders, Enno, *Die Ausgestaltung des internationalen Emissionshandels nach dem Kioto-Protokoll und seine Umsetzungsvooraussetzungen*, ZUR 2002, s. 73 vd.
- Güneş, Yusuf/ Coşkun, Aynur A., *Çevre Hukuku*, İstanbul 2004.
- Hoffmann, Jan, *Herausforderung Klimaschutz*, Baden-Baden 2007.

- Hohmuth, Timo, *Emissionshandel und deutsches Anlagenrecht*, Köln 2006.
- Holtwisch, Christoph, *Das Nichteinhaltungsverfahren des Kyoto-Protokolls*, Berlin 2006.
- İncecik, Selahattin, İnsan Kaynaklı İklim Değişimi ve Türkiye, in: Öztopal, Ahmet/ Şen, Zekai (Edit.): I. Türkiye İklim Değişikliği Kongresi – TİKDEK 2007 Bildiri Kitabı, İstanbul 2007 (İncecik, İnsan Kaynaklı İklim Değişimi ve Türkiye).
- Kaplan, Ayşegül, *Küresel Çevre Sorunları ve Politikaları*, Ankara 1997
- Karakaya, Etem/ Özçağ, Mustafa, *Türkiye Açısından Kyoto Protokolü'nün Değerlendirilmesi ve Ayırıştırma (Decomposition) Yöntemi İle CO2 Emisyonu Belirleyicilerinin Analizi* (Karakaya/Özçağ, Türkiye Açısından Kyoto Protokolü'nün Değerlendirilmesi).
- (http://www.econturk.org/Turkiyeekonomisi/odtu_paper.pdf)
- Kloepfer, Michael, *Umweltrecht*, 3. Auflage, München 2004.
- Koch, Hans-Joachim(Hrsg.), *Umweltrecht*, 2. Auflage, Köln 2007.
- Koch, Hans-Joachim/ Verheyen, Roda, *Klimaschutz im deutschen Anlageneingenehmigungsrecht: völkerrechtlicher Rahmen, europarechtliche Vorgaben, innerstaatlicher Anpassungsbedarf*, NuR 1999, s. 1 vd.
- Kraus, Heinrich Wilhelm, *Schutz der Ozonschicht*, in: Rengeling, Hans-Werner (Hrsg.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, Band II, 2. Auflage, Köln 2003 (Kraus, Schutz der Ozonschicht).
- Kreuter-Kirchhof, Charlotte, *Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht*, Berlin 2005.
- Kreuter-Kirchhof, Charlotte, *Die Weiterentwicklung des internationalen Klimaschutzregimes*, DVBl 2005, s. 1552 vd.
- Kröger, Detlef/ Klauß, Ingo, *Umweltrecht*, Berlin 2001.
- Müller, Thorsten, *Klimawandel als Herausforderung der Rechtsordnung*, in: *Dokumentation zur 31. wissenschaftlichen Fachtagung der Gesellschaft für Umweltrecht e.V.*, Berlin 2007 (Müller, Klimawandel als Herausforderung der Rechtsordnung).
- Oberthür, Sebastian/ Marr, Simon, *Das System der Erfüllungskontrolle des Kyoto-Protokolls*, ZUR 2002, s. 81 vd.
- Oberthür, Sebastian, *Politik im Treibhaus – Die Entstehung des internationalen Klimaschutzregimes*, Berlin 1993
- Reuter, Alexander/ Ralph, Busch, *Einführung eines EU-weiten Emissionshandels – Die Richtlinie 2003/87/EG*, EuZW 2004, s. 39 vd.
- Samur, Hayriye, *Küresel İklim Değişikliği: Fırsatlar ve Tehditler*, in:

- Öztopal, Ahmet/ Şen, Zekai (Edit.): *I. Türkiye İklim Değişikliği Kongresi – TİKDEK 2007 Bildiri Kitabı*, İstanbul 2007 (Samur, Küresel İklim Değişikliği: Fırsatlar ve Tehditler).
- Samur, Hayriye, *Küresel İklim Değişiminin Etkileri ve Uluslararası Alandaki Mücadele Stratejileri* (Samur, Küresel İklim Değişiminin Etkileri) (http://www.ukidek.org/bildiriler/SorununTanimi_5.doc).
- Schmidt, Reiner/ Kahl, Wolfgang, *Umweltrecht*, 7. Auflage, München 2006.
- Shin, Soonjae, *Kyoto-Protokoll, internationaler Handel und WTO-Handels-system*, Hamburg 2004
- Stewing, Clemens, *Emissionshandel in der Europäischen Gemeinschaft*, Köln 2006.
- Turgut, Nükhet Y., *Çevre Politikası ve Hukuku*, Ankara 2009.
- Türkeş, Murat, *İklim Değişikliği: Türkiye-İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi İlişkileri ve İklim Değişikliği Politikaları* (Türkeş, İklim Değişikliği) (http://www.tubitak.gov.tr/tubitak_content_files/vizyon2023/csk/EK-7.pdf)
- Von Heinegg, Heintschel, *Umweltvölkerrecht*, in: *Rengeling*, Hans-Werner (Hrsg.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, Band II, 2. Auflage, Köln 2003 (von Heinegg, *Umweltvölkerrecht*).
- Winkler, Martin, *Klimaschutzrecht*, Münster 2005.
- Zenke, Ines/ Handke, Alexander, *Das Projekt-Mechanismen-Gesetz – Eine erste und kritische Bewertung*, NuR 2007, s. 668 vd.
- Zwingmann, Katja, *Ökonomische Analyse der EU-Emissionshandelsrichtlinie*, Hamburg 2006.

AVRUPA KONSEYİ'NİN KİŞİSEL VERİLER AÇISINDAN SAĞLADIĞI TEMEL GÜVENCELER

Songül ATAĞ*

I. GENEL OLARAK

On Avrupa devleti tarafından 1949 yılında kurulan Avrupa Konseyi'nin temel amacı üye devletlerde demokrasiyi, insan haklarını ve hukuk devletini güçlendirmektir. Konsey bu amaca ulaşabilmek için 1950 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. Sözleşme'nin oluşturduğu etkili koruma mekanizması yoluyla üye devletlerde insan haklarının korunması konusunda önemli adımlar atılmıştır.

Kişisel verilerin korunması konusunun Avrupa Konseyi'nin gündemine ilk girişi 1960'ların sonlarına doğru olmuştur. Bu alanda yapılan çalışma ve tartışmaların sonucunda Konsey 1981 yılında "*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 sayılı Sözleşme*"yi kabul etmiştir.¹ 1985 yılında yürürlüğe giren Sözleşme güçlü bir koruma mekanizması içermemekle beraber, kişisel verilerin korunması konusunda kabul edilmiş olan bağlayıcı ilk uluslararası belge olması nedeniyle büyük bir önem taşımaktadır.

Avrupa Konseyi'nin kişisel veriler açısından sağladığı koruma 108 sayılı Sözleşme'deki düzenlemelerle sınırlı kalmamıştır. Daha sonraki yıllarda özellikle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin yayınladığı kararlar ile birçok alanda kişisel veriler açısından etkili bir koruma sağlama yoluna gidilmiştir.

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

¹ Convention for the Protection of Individual with Regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.I.1981, European Treaty Series-No.108.

108 sayılı Sözleşme ve Bakanlar Komitesi'nin yayınladığı kararların yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de kişisel verilerin korunması konusunda önemli bir rol oynamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kişisel verilerin korunmasına ilişkin doğrudan bir hüküm yer almamasına rağmen, özel yaşam hakkını koruyan 8. madde bu alanı da kapsamaktadır. Nitekim Sözleşme hükümlerinin üye devletlerde uygulanmasını izlemekten sorumlu olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 8. maddenin sağladığı korumanın kişisel verileri de kapsadığı yönünde kararlar vermiştir.

II. KİŞİSEL VERİLERİN OTOMATİK İŞLEME TABİ TUTULMA SÜRECİNDE BİREYLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN 108 SAYILI SÖZLEŞME

A. Tarihçe

1960'larda bilgi ve iletişim teknolojileri alanında sağlanan gelişmeler, kişisel verilerin gizliliğinin güvence altına alınması konusunda mevcut hukuki ve teknik önlemlerin yetersizliği konusunda artan bir endişenin oluşmasına neden olmuştur. Dijital devrimin potansiyel etkisi güçlü bir şekilde görülmeye başlanmış ve kişisel verilerin kapsamlı bir şekilde işlenmesine karşı bireyleri korumak için önlemler alınması ihtiyacı net bir şekilde fark edilmeye başlanmıştır.²

Avrupa Konseyi ilk olarak 1960'ların sonlarında özel yaşam hakkı ve kişisel verilerin korunması sorunu ile ilgilenmeye başlamıştır. Bakanlar Komitesi ilk kez 1968 yılında, kişisel verilerin korunması konusunu ele almak ve mevcut insan hakları belgelerinin ve iç hukuklardaki düzenlemelerin verilerin gizliliğini korumaya yeterli olup olmadığını incelemek amacıyla toplanmıştır.³ Bakanlar Komitesi bu tarihten itibaren üye devletlerde özel yaşam hakkı ve kişisel verilerin korunma-

² Graham Pearce/Nicholas Platten, "Achieving Personal Data Protection in the European Union", *Journal of Common Market Studies*, Vol.36, No.4, December 1998, s. 531.

³ Fritz H. Grupa/William Kuechler/Scott Sweeney, "Dealing with Data Privacy Protection: An Issue for the 21st Century", *Law, Investigations, and Ethics*, January/February 2002, s. 46.

sıyla ilgili yasal düzenlemeleri incelemeye başlamıştır.⁴ Özellikle bilgisayar teknolojisindeki modern ilerlemelere karşı özel yaşam hakkının nasıl en iyi şekilde korunabileceği konusunda tavsiyelerde bulunması için bir Uzmanlar Komitesi kurmuştur. Komite üyeleri bu alanda tavsiyelerde bulunarak verilerin korunması çabalarında oldukça önemli bir rol oynamışlardır.⁵

Bu alanda yapılan çalışmalar, kişisel verilerin etkili bir şekilde korunabilmesi için yasal düzenlemeler yapılması gerektiğini ortaya koymuştur. Bu ihtiyaçtan yola çıkan Bakanlar Komitesi 1973 yılında “Özel Sektörde Elektronik Veri Bankaları Karşısında Bireylerin Özel Yaşamalarının Korunmasına İlişkin Karar”⁶ ile 1974 yılında “Kamu Sektöründe Elektronik Veri Bankaları Karşısında Bireylerin Özel Yaşamalarının Korunmasına İlişkin Karar”⁷ kabul etmiştir. Bu kararlar elektronik veri bankalarında tutulan kişisel bilgilerin korunması için asgari standartları ortaya koyan kararlardır. Söz konusu iki karar aynı zamanda 1981 tarihinde kabul edilen 108 sayılı Sözleşme’nin hazırlayıcısı olmuştur.

Sözleşme’nin tasarı metni Uzmanlar Komitesi tarafından 1979 yılında hazırlanmıştır. Komitenin hazırladığı metin Bakanlar Komitesi tarafından 1981 yılında kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. Sözleşme’nin yürürlüğe girebilmesi için beş devlet tarafından onaylanması şartı aranmıştır.⁸ Sözleşme’nin Fransa, Norveç, İsveç, İspanya ve Federal Almanya tarafından onaylanması ile bu koşul gerçekleşmiş ve beşinci onayı takip eden üç aylık sürenin sonunda 1985 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, kişisel verilerin korunması konusunda kabul edilmiş olan bağlayıcı ilk uluslararası belgedir.

Sözleşme’nin hazırlandığı dönemde, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü de “Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Öte-

⁴ Pearce- Platten , a. g. m., s.531

⁵ Colin J. Bennett/Charles D. Raab, *The Governance of Privacy Policy Instruments in Global Perspective*, Ashgate Publishing Company, England, 2004, s. 72.

⁶ Resolution (73) 22 on the Protection of Privacy of Individuals vis-a-vis Electronic Data Banks in the Private Sector.

⁷ Resolution (74) 29 on the Protection of Individuals vis-a-vis Electronic Data Banks in the Public Sector.

⁸ Bu şart Sözleşme’nin 22. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, Sözleşme, Avrupa Konseyi üyesi beş devletin, Sözleşmeyle bağlanma yönündeki rızalarını açıkladıkları tarihten sonraki üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

si *Transferine İlişkin Rehber İlkeler*” başlığıyla bir belge yayınlamıştır.⁹ Bu belge kişisel verilerin korunması konusunda dünya genelinde kabul edilen ilk belge olmakla beraber, yalnızca tavsiye niteliğindedir ve bağlayıcı özelliği yoktur.

1981 Sözleşmesi’nin hazırlandığı 1979 yılından beri Avrupa Parlamentosu da Avrupa Birliği bünyesinde kişisel veriler açısından koruma sağlanması amacıyla bir belge hazırlanması için Avrupa Komisyonu’na birkaç kez çağrı yapmıştır. Ancak Komisyon bu konuda adım atmaya uzun yıllar yanaşmamıştır.¹⁰ Avrupa Birliği’ne üye bütün devletler, Avrupa Konseyi’nin bir üyesi olarak, 1981 Sözleşmesi’ni onayladıkları için Avrupa Birliği bünyesinde ayrı bir belge hazırlanmasına gerek görülmemiştir. Ancak Birliğe üye devletlerin hepsi bu Sözleşme’yi onaylamış olmalarına rağmen, hem iç hukuklarında farklı düzenlemelere yer vermeye devam etmişler hem de bu alanda etkili bir koruma sağlamamışlardır.¹¹ Bu durum, Avrupa Birliği bünyesinde daha etkili bir koruma sağlayacak bir belgenin kabul edilmesi konusunda Avrupa Parlamentosu’nun ısrarını sürdürmesine neden olmuştur. Bu ısrarların sonucunda Avrupa Birliği tarafından 1995 yılında “*Kişisel Verilerin İşlenmesi Sürecinde Kişilerin Korunması ve Bu Verilerin Özgür Dolaşımına İlişkin Yönerge*” kabul edilmiştir.¹²

Avrupa Konseyi’nin kabul etmiş olduğu 108 sayılı Sözleşme yalnızca Avrupa Konseyi üyesi olan devletlerin katılımına açık değildir. Konsey üyesi olmayan devletler de Sözleşme’ye taraf olabilir.¹³ Ancak

⁹ OECD Recommendation of the Council Concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, OECD Document C (80) 58 (Final) October 1, 1980.

¹⁰ Spiros Simitis, “From the Market to the Polis: The EU Directive on the Protection of Personal Data” *IOWA Law Review*, Vol. 80, No. 3, March 1995, s.446.

¹¹ Andrew Charlesworth, “Implementing the European Data Protection Directive 1995 in UK Law: The Data Protection Act 1998”, *Government Information Quarterly*, Vol. 16, No.3, 1999, s.210.

¹² Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data.

¹³ Sözleşme’nin 23. maddesi Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletlerin de Sözleşme’ye taraf olmasına olanak tanımaktadır. Ancak Konsey üyesi olmayan bir devletin Sözleşme’ye taraf olabilmesi için Bakanlar Komitesi’nin bu yönde karar alması ve Komite’de temsil hakkına sahip taraf devlet temsilcilerinin oy birliği ile o devleti Sözleşme’ye katılmaya davet etmesi gerekir.

Sözleşme'ye taraf devletlerarasında Avrupa Konseyi üyesi olmayan bir devlet yer almamaktadır.

Sözleşme'yi, Ocak 2010 itibariyle Avrupa Konseyi üyesi 41 devlet onaylamıştır.¹⁴ Türkiye, Sözleşme'yi 1981 yılında imzalamış ancak henüz onaylamamıştır. Sözleşme'nin onaylanmamasının nedeni Sözleşme'nin 4. maddesindeki düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, taraf devletler Sözleşme'deki ilkeleri uygulayabilmek için iç hukuklarında gerekli önlemleri almalıdır. Bu önlemler en geç Sözleşme'nin taraf devlet açısından yürürlüğe girdiği tarihte alınmış olmalıdır. Türkiye'de kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasa henüz yürürlüğe girmediği için Sözleşme'nin onaylanması mümkün olmamaktadır.

2001 yılında Sözleşme için bir Ek Protokol imzaya açılmıştır.¹⁵ Protokol, Sözleşme'ye taraf devletlerde ulusal kontrol makamlarının oluşturulmasını zorunlu kılmış ve kişisel verilerin yeterli düzeyde koruma sağlamayan ülkelere ve uluslararası örgütlere transfer edilmesini yasaklamıştır. 2004 yılında yürürlüğe giren bu Protokolü, Ocak 2010 itibariyle Avrupa Konseyi üyesi 25 devlet onaylamıştır.¹⁶

B. 108 Sayılı Sözleşme'nin Temel Amacı ve Uygulama Alanı

Sözleşme'nin temel amacı 1. maddede şöyle açıklanmıştır: Sözleşme'ye taraf devletlerin kendi egemenlik alanında bulunan bireylerin, vatandaşlık ya da oturma durumlarını dikkate almaksızın, kişisel bilgilerinin otomatik işleme tabi tutulması konusunda gerekli güvenceleri sağlayarak, başta özel yaşam hakkı olmak üzere, tüm temel hak ve özgürlüklerini korumaktır.

Bu düzenleme ile taraf devlet topraklarında bulunan yerli yabancı herkes kişiliğini ilgilendiren, kendi ismine bağlı veya isim belirtilme-

¹⁴ Bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=108&CM=1&DF=&CL=ENG>.

¹⁵ Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, Regarding Supervisory Authorities and Transborder Data Flows, Strasbourg, 8.XI.2001, European Treaty Series- No. 181

¹⁶ Bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=181&CM=1&DF=&CL=ENG>

miş olsa bile kendisinin belirlenmesini sağlayabilecek her türlü verinin otomatik işleme tabi tutulmasında güvencelere sahip olmaktadır.¹⁷

Sözleşme'nin uygulama alanı ise 3. maddede belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, Sözleşme kamusal ve özel sektörde kişisel verilerin otomatik yollarla işlenmesine uygulanacaktır. Bu düzenleme ile Sözleşme'nin uygulama alanı dar tutulmuştur. Yalnızca gerçek kişilere ait veriler için koruma sağlamakta ayrıca verilerin otomatik olmayan yollarla işlenmesini kapsamamaktadır.

Sözleşme'nin yalnızca otomatik yollarla işlenen kişisel veriler açısından güvenceler öngörmesi Sözleşme'nin eksikliklerinden biridir. Ancak Sözleşme'deki düzenleme bu yönde olmakla beraber, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin Sözleşme'de öngörülen güvencelerden daha geniş güvenceleri kendi iç hukuklarında kabul etmeleri mümkündür. Nitekim Sözleşme'nin 11. maddesi, taraf devletlerin Sözleşme'de öngörülen güvencelerden daha fazla güvenceler sağlayabileceğini, Sözleşme'nin hiçbir hükmünün buna engel olmadığını belirtmiştir.

C. 108 Sayılı Sözleşme'de Yer Alan Temel Kavramlar

108 sayılı Sözleşme'de yer alan temel kavramlara 2. maddede açıklık getirilmiştir. Bu maddeye göre;

Kişisel veri: Kimliği belirlenmiş ya da belirlenebilir bir gerçek kişiyle (veri sahibi) ilgili tüm bilgileri ifade etmektedir.¹⁸

Otomatik işleme tabi tutulan veri kategorileri: Otomatik işleme konu olan bilgilerin tümü anlamına gelmektedir.

Otomatik işleme: Kısmen ya da tamamen otomatik yollarla gerçekleştirilen veri kaydını, bu verilere mantıksal ve/ya aritmetik işlem-

¹⁷ Tekin Akıllıoğlu, "İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması", www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm.

¹⁸ Bakanlar Komitesi'nin yayınlamış olduğu "Emniyet Alanında Kişisel Verilerin Kullanımının Düzenlenmesine İlişkin (87) 15 No.lu Tavsiye Kararı"nda da, Sözleşme'nin 2. maddesinde yer alan kişisel veri tanımı tekrarlanmış ancak kimliğin belirlenmesinin makul olmayan bir zaman, masraf ve emek gerektirmesi durumunda bireyin kimliğinin "belirlenebilir" olarak kabul edilemeyeceği açıklanmıştır.

lerin uygulanmasını, bu verilerin değiştirilmesi, silinmesi, düzeltilmesi ya da açıklanmasını içerir.

Veri işlem sorumlusu: İç hukuka göre otomatik veri işlemenin amacına, hangi veri kategorilerinin kaydedileceğine ve onlara hangi işlemlerin uygulanacağına karar vermeye yetkili olan gerçek ya da tüzel kişi, kamu görevlisi, kurumu ya da diğer herhangi bir organdır.

D. 108 Sayılı Sözleşme'nin Sağladığı Temel Güvenceler

Sözleşme kişisel veriler açısından önemli güvenceler getirmekte ve bu alanda uygulanacak temel ilkeleri belirlemektedir. Kişisel verilerin otomatik yollarla işlenmesinde uygulanacak temel ilkeler 5. maddede belirtilmiştir. Bu maddeye göre, otomatik işleme tabi tutulacak kişisel veriler dürüstlük kuralına ve hukuka uygun olarak elde edilmeli ve işlenmelidir; belli ve meşru amaçlar için kaydedilmeli ve bu amaçlarla bağdaşmayan bir şekilde kullanılmalıdır; kaydetme amaçlarının gerektirdiğinden fazla olmamalı, yeterli ve bağlantılı olmalıdır; doğru olmalı ve gerektiğinde güncelleştirilmelidir; kaydetme amacının gerektirdiğinden daha uzun olmamak koşuluyla, veri sahibinin kimliğini tespit etmekte olanak tanıyacak bir formda saklanmalıdır.

Sözleşme hassas veriler açısından daha kapsamlı bir koruma içermektedir. Sözleşme'nin 6. maddesi ırksal kökeni, siyasi görüşleri, dinsel ya da diğer inançları açığa çıkaran kişisel veriler ile kişinin sağlığı ya da cinsel yaşamı ile ilgili olan verilerin ve cezai mahkumiyetlere ilişkin verilerin otomatik yollarla işlenmesini yasaklamaktadır. Ancak bu yasak mutlak değildir. İç hukukun yeterli güvenceyi sağlaması durumunda buna izin verilebileceği belirtilmiştir.

Sözleşme'nin 7. maddesi kişisel verilerin kazara ya da yetkisiz kişilerce imha edilmesini ya da kazara kaybedilmesini önlemek ve yetkisiz kişilerin ulaşmasını, değiştirmesini ya da açıklamasını engellemek amacıyla gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü taraf devletlere getirmektedir.

Sözleşme'nin sağladığı güvenceler bunlarla sınırlı değildir. Sözleşme'nin 8. maddesi kişisel verilerin korunabilmesi için ek güvenceler sağlanmasını öngörmüştür. Ek güvenceler arasında şunlar yer almaktadır: Veri sahibi verilerin otomatik olarak kaydedildiği bir kişisel veri dosyasının olup olmadığını, temel amacını ve veri işlem sorumlusu-

sunun kimliğini, adresini ve çalıştığı temel kurumu öğrenebilmelidir; kendisine ait verilerin kaydedilip kaydedilmediği konusunda makul aralıklarla ve aşırı gecikme ya da masraf olmaksızın bilgi edinebilmeli ve bu veriler anlaşılabilir bir tarzda kendisine iletilmelidir; şayet veriler Sözleşme’de sağlanan güvencelere aykırı bir şekilde işlenmişse, verileri düzeltebilmeli ya da sildirebilmelidir; bu maddede belirtilen güvencelerin yerine getirilmemesi durumunda hukuksal yollara başvuru hakkı tanınmalıdır.

Sözleşme’de yer alan güvencelere hangi durumlarda istisna ve sınırlamalar getirilebileceği ise 9. maddede belirtilmiştir. Bu maddeye göre; 5, 6 ve 8. maddelerde belirtilmiş olan güvencelere yalnızca bu maddelerde belirtilmiş olan sınırlamalar getirilebilir. Bunların dışında sınırlama getirilmesi ise ancak sınırlamanın yasa ile yapılması ve demokratik bir toplumda gerekli olması koşuluyla, devletin güvenliği ile kamu güvenliğini ve devletin ekonomik menfaatlerini korumak ya da suçu önlemek ya da veri sahibinin veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla yapılması durumunda mümkündür.

Sözleşme’nin 10 maddesi de, verilerin korunması konusunda Sözleşme’de düzenlenen temel ilkelerin uygulanmasını sağlamak için iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapma ve bu düzenlemelerin ihlali durumunda gerekli yaptırımları ve hukuki çözümleri sağlama görevini taraf devletlere yüklemiştir.

Görüldüğü gibi 108 sayılı Sözleşme taraf devletlere önemli yükümlülükler getirmektedir. Her şeyden önce Sözleşme’ye taraf olacak ülke iç hukukunda bir yasayla verilerin hukuki rejiminin tanımlanması gereklidir. Kısaca, bu Sözleşme doğrudan uygulamaya elverişli olmayıp, bir uygulama yasası aracılığıyla hükümlerinin ayrıntılandırılması ve ülke şartlarına uydurulması gerekmektedir.¹⁹ İç hukuklarda yürürlüğe konulan bu yasalar ile hem Sözleşme’nin etkili hale gelmesi sağlanmış olacaktır hem de kişisel verilerin işlenmesi konusunda ortak temel güvenceler sağlanacaktır.²⁰

¹⁹ Akıllıoğlu, a.g.m., s. 6-7.

²⁰ Paul M. Schwartz, “European Data Protection Law and Restrictions on International Data Flows”, *IOWA Law Review*, Vol. 80, No.3, March 1995, s. 477.

E. Sınır Ötesi Veri Transferi

108 sayılı Sözleşme, bir taraf devletten diğerine yapılacak veri transferinin, özel yaşam gerekçesiyle engellenmesini ya da özel bir izne tabi tutulmasını yasaklamaktadır. Ancak bu yasağa bazı durumlarda istisnalar getirme yetkisi taraf devletlere tanınmaktadır. Konuyu düzenleyen 12. maddeye göre, taraf bir devletin mevzuatı belirli kategorilerdeki kişisel veriler için özel bir düzenleme içeriyorsa ve diğer taraf devletin mevzuatı bu konuda eşit bir koruma içermiyorsa, o devlete yapılacak veri transferine sınırlama getirebilir.

Verilerin sınır ötesi transferi konusu 2004 yılında yürürlüğe giren Ek Protokol'ün 2. maddesinde de ele alınmıştır. Bu düzenleme ile kişisel verilerin Sözleşme'ye taraf olmayan bir uluslararası örgüte ya da ülkeye gönderilmesine ancak bu devletin ya da örgütün eşit düzeyde bir koruma sağlaması koşulu ile izin verilmektedir. Ancak Sözleşme'ye taraf devletin iç hukuku veri sahibinin spesifik menfaatlerini korumak için ya da meşru menfaatleri, özellikle de önemli kamusal menfaatleri korumak için veri transferine izin veriyorsa bu şart aranmayacaktır.

F. 108 Sayılı Sözleşme'nin Öngördüğü Denetim Mekanizması

Sözleşme, kişisel verilerin korunabilmesi için uygulanması zorunlu olan temel ilkeleri ortaya koymakla beraber, bu ilkelerin uygulanmasını kontrol etmekle görevli bir denetim makamı oluşturmamıştır.

Bir denetim organının oluşturulmamış olması Sözleşme'nin diğer bir eksikliğidir. Sözleşme'deki ilkelerin uygulanmasını güvence altına almak amacıyla bir hukuki kurum oluşturulmadığı için, Sözleşme'nin onaylanması kişisel verilere ilişkin ortak bir minimum standardın gerçekten uygulanabileceği anlamına gelmemektedir.²¹

Sözleşme'nin kurulmasını öngördüğü tek organ Danışma Komitesi'dir. Sözleşme'ye taraf olan devletlerin temsilcilerinden oluşan bu organ Sözleşmedeki güvencelerin uygulanmasını denetleme yetkisine sahip değildir. Danışma Komitesi, adının da ifade ettiği gibi bir danışma organıdır.

²¹ Bennett- Raab, *a. g. e.*, s. 72-73.

Danışma Komitesinin işlevleri Sözleşme'nin 19. maddesinde şöyle açıklanmıştır: Sözleşme'nin uygulanmasını kolaylaştırmak ya da geliştirmek amacıyla önerilerde bulunabilir; Sözleşme'de değişiklik yapılmasını önerebilir; Sözleşmede yapılması öngörülen değişiklik önerileri hakkında görüş bildirir; Sözleşme'ye taraf olan devletlerin isteği üzerine, Sözleşme'nin uygulanması ile ilgili tüm sorunlar hakkında görüş bildirir.

Danışma Komitesi düzenlediği her toplantının sonunda, yaptığı çalışmalar ve Sözleşme'nin işleyişi hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne rapor sunmaktadır. Komite'nin şimdiye kadar yaptığı çalışmalar içinde, 2002 yılında yayınladığı, *"Kişisel veriler açısından yeterli düzeyde koruma sağlamayan üçüncü ülkelere veri transferini sağlayacak sözleşme şartlarının hazırlanmasına ilişkin rehber"*²² ile 2005 yılında yayınladığı, *"Biometrik verilerin toplanması ve işlenmesine Sözleşme'deki ilkelerinin uygulanması konusunda ilerleme raporu"*²³ önem taşımaktadır.

Sözleşme, taraf devletlere iç hukuklarında Sözleşme'ye uygun olarak yürürlüğe koydukları yasal düzenlemelerin uygulanmasını izlemeden sorumlu bir kontrol makamı oluşturma yükümlüğü getirmiştir. Sözleşme'nin bu eksikliği, 2004 yılında yürürlüğe giren Ek Protokol ile giderilmiştir. Protokol'ün 1. maddesi, taraf devletlere kendi iç hukuklarında aldıkları önlemlerin Sözleşme ve Protokol'de yer alan ilkelere uygunluğunu güvence altına almaktan sorumlu olacak bir ya da birden fazla kontrol makamı oluşturma zorunluluğu getirmektedir. Bu kontrol makamları özellikle araştırma ve müdahalede bulunma yetkisine ve aynı zamanda hukuki sürece dahil olma ve kişisel verilerin işlenmesi ile bağlantılı olarak bireylerin kendi temel hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla yaptıkları şikayetleri inceleme yetkisine sahip olacaklardır. Kontrol makamlarının görevlerini tam bir ba-

²² Guide to the preparation of contractual clauses governing data protection during the transfer of personal data to third parties not bound by an adequate level of data protection (2002) Bkz.http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/data_protection/documents/reports_and_studies_of_data_protection_committees/

²³ Progress report on the application of the principles of Convention 108 to the collection and processing of biometric data (2005) Bkz.http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/data_protection/documents/reports_and_studies_of_data_protection_committees/

ğimsızlık içinde yerine getirmeleri öngörülmüş, ancak verdikleri kararlara karşı mahkemelere başvurma olanağı tanınmıştır.

III. BAKANLAR KOMİTESİNİN KARARLARI

Avrupa Konseyi bünyesinde kişisel verilerin korunması konusunda Bakanlar Komitesi tarafından alınan kararlar da büyük önem taşımaktadır. Bakanlar Komitesinin 1973 yılında yayınladığı “*Özel Sektörde Elektronik Veri Bankaları Karşısında Bireylerin Özel Yaşamlarının Korunmasına İlişkin Karar*” ile 1974 yılında yayınladığı “*Kamu Sektöründe Elektronik Veri Bankaları Karşısında Bireylerin Özel Yaşamlarının Korunmasına İlişkin Karar*”ı 108 sayılı Sözleşme’nin hazırlanmasında önemli bir rol oynamıştır. Söz konusu bu iki karar üye devletleri bağlayıcı nitelikte olan kararlardır.

Bakanlar Komitesi bu iki karar dışında çok sayıda tavsiye kararı da kabul etmiştir. Ancak tavsiye kararları üye devletler açısından bağlayıcı olmayan kararlardır. Bunlar açıklayıcı ve yol gösterici nitelikte olan kararlardır.²⁴ Bununla birlikte, bu tavsiyeler Sözleşme’nin temel ilkelerinin verilerin işlenmesine nasıl uygulanacağını belirleyerek taraf devletlerde kişisel veriler açısından sağlanan korumanın güçlenmesine neden olmaktadır.²⁵

Bakanlar Komitesi’nin kişisel veriler alanında şimdiye kadar kabul etmiş olduğu tavsiye kararları şunlardır;

- Doğrudan Pazarlama Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı.²⁶

- Sosyal Güvenlik Amacıyla Kişisel Verilerin Korunması Konusunda Tavsiye Kararı.²⁷

²⁴ Renate Gertz, “Is it ‘Me’ or ‘We’? Genetic Relations and the Meaning of ‘Personal Data’ under the Data Protection Directive”, *European Journal of Health Law* 11, 2004, s. 236.

²⁵ Schwartz, a.g.m., s.479.

²⁶ Recommendation No.R (85) 20 on the Protection of Personal Data Used for the Purposes of Direct Marketing, (25.10.1985)

²⁷ Recommendation No.R (86) 1 on the Protection of Personal Data for Social Security Purposes, (23.01.1986)

- Emniyet Alanında Kişisel Verilerin Kullanımının Düzenlenmesine İlişkin Tavsiye Kararı.²⁸

- İstihdam Amacıyla Kullanılan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı.²⁹

- Ödeme ve Diğer İşlemler İçin Kullanılan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı.³⁰

- Kamu Makamlarının Elinde Bulunan Kişisel Verilerin Üçüncü Kişilere İletilmesine İlişkin Tavsiye Kararı.³¹

- Telefon Hizmetleri Alanındaki Kişisel Veriler Başta Olmak Üzere, Telekomünikasyon Hizmetleri Alanındaki Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı.³²

- Tıbbi Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı.³³

- İstatistiksel Amaçlarla Toplanan ve İşlenen Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı.³⁴

- İnternette Özel Yaşamın Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı.³⁵

- Sigorta Amacıyla Toplanan ve İşlenen Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı.³⁶

²⁸ Recommendation No.R (87) 15 Regulating the Use of Personal Data in the Police Sector (17.09.1987)

²⁹ Recommendation No.R (89) 2 on the Protection of Personal Data Used for Employment Purposes (18.01.1989)

³⁰ Recommendation No. R (90) 19 on the Protection of Personal Data Used for Payment and Other Operations (13.09.1990)

³¹ Recommendation No.R (91)10 on the Communication to Third Parties of Personal Data Held by Public Bodies (09.09.1991)

³² Recommendation N.R (95) 4 on the Protection of Personal Data in the Area of Telecommunication Services, With Particular Reference to Telephone Services (07.02.1995)

³³ Recommendation No. R (97) 5 on the Protection of Medical Data (13.02.1997)

³⁴ Recommendation No. R (97) 18 on the Protection of Personal Data Collected and Processed for Statistical Purposes (30.09.1997).

³⁵ Recommendation No. R (99) 5 for the Protection of Privacy on the Internet (23.02.1999)

³⁶ Recommendation No. R (2002) 9 on the Protection of Personal Data Collected and Processed for Insurance Purposes (18.09.2002)

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sağladığı Koruma

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi özel yaşam hakkını güvence altına alan bir düzenlemeye yer vermiştir. Özel yaşamın ve aile yaşamının korunması başlığını taşıyan 8 (1). madde şöyledir: *"Herkes özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir"*.

8. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen hak mutlak bir hak değildir. Sözleşme'ye taraf devlet yine Sözleşme'de belirtilmiş olan neden veya nedenlere dayanarak bu hakta sınırlama yapabilecektir. Bu konudaki düzenleme 8. maddenin 2. fıkrasında yer almıştır. Buna göre: *"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 olması koşuluyla söz konusu olabilir"*.

Sözleşme kişisel verilerin korunması ile ilgili ayrı bir hüküm içermemektedir. Ancak Sözleşme'de öngörülen hakların ihlaline ilişkin iddiaları inceleme yetkisine sahip olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişisel verilerin özel yaşam alanı içinde yer aldığını kabul etmekte ve bu konuyla ilgili başvuruları 8. madde altında incelemektedir.

8. maddenin özel yaşamın korunması konusunda taraf devletlere yüklediği yükümlülük yalnızca keyfi müdahalede bulunmayı yasaklayan negatif bir yükümlülük değildir. Maddede yer alan *"saygı gösterilmesi"* ifadesi, devletin yalnızca müdahalede bulunmamayı değil, aynı zamanda bu hakların fiilen ve gerçekten kullanılmasına olanak verecek önlemleri alma konusunda pozitif bir yükümlülük yüklediğini de ifade etmektedir.

Devletin negatif yükümlülüğü, özel yaşamın korunması amacıyla belirli eylemleri yapmaktan kaçınmasını ifade eder. Kişisel verilerin korunması açısından devletin negatif yükümlülüğü, Sözleşme'ye aykırı olarak kişisel verileri toplama, saklama ve işleme gibi müdahalelerden kaçınmasını ifade eder. Devletin pozitif yükümlülüğü ise, özel yaşam hakkına saygıyı güvence altına almak için gerekli önlemleri al-

masını ifade eder.³⁷ Devlet kişisel verilerin gizliliğini güvence altına alabilmek için, kişisel verileri koruyacak kuralları yürürlüğe koymak ve gerekli güvenceleri sağlamak yükümlülüğü altındadır.³⁸

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan sonra Mahkeme olarak anılacaktır), kişisel verilerin korunmasıyla bağlantılı başvurulara ilişkin verdiği kararlarda, kişisel verilerin özel yaşam alanı içinde yer aldığını belirtmekte ve kişiye ilişkin verilerin kamusal görevliler tarafından toplanması, saklanması ve açıklanmasıyla ilgili sorunları Sözleşme'nin 8. maddesi içinde ele almaktadır.

Mahkeme bu alanda yapılan başvuruları incelediğinde öncelikle yapılan işlemin ya da alınan önlemin Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel yaşam hakkına yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığını değerlendirmektedir. Bir müdahalenin olduğuna kanaat getirmesi durumunda, bu müdahalenin ulusal yasalara uygunluğunu incelemektedir. Ancak müdahalenin ulusal yasalara uygunluğunu yeterli bulmamakta ayrıca ulusal yasanın hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne hem de 108 sayılı Sözleşme'ye uygun olup olmadığını değerlendirmektedir.

a. Kişisel Verilerin Toplanması ve Saklanması

Kişisel verilerin toplanması ve saklanması ile ilgili sorunların Avrupa İnsan Mahkemesi'ne getirilmesi ancak 1970'li yıllarda olmuştur. Mahkeme bu alanda vermiş olduğu ilk önemli kararda kişisel veri kavramını kullanmamakla beraber kişiye ilişkin bilgilerin gizli izleme yöntemleriyle toplanması konusunu ele almıştır.

Mahkeme'nin bu konuyu ele aldığı ilk dava *Klass ve Diğerleri v. Almanya* davasıdır.³⁹ Mahkeme bu davada verdiği kararla, istihbarat örgütlerinin gizli izleme yoluyla bireylerin haklarına yönelik gerçekleştirdikleri müdahalelerin etkili bir denetime tabi olması gerektiğini

³⁷ Bkz. X and Y v. The Netherlands, 8978/80, 26.03.1985, prg. 23.

³⁸ Bkz. I v. Finland, 20511/03, 17.07.2008, prg.37.

³⁹ *Klass and Others v. Germany*, 5029/71, 06.09.1978.

kabul etmiş⁴⁰ ve ulusal güvenlikten kaynaklanan ihtiyaçlara her durumda öncelik verilemeyeceğini, Avrupa ülkelerinin casusluk ve terörizmle mücadeleyi gerekçe göstererek uygun gördükleri her türlü tedbiri alamayacaklarını açıklamıştır.⁴¹

Mahkeme bu davada, mektupların ve telgrafların okunmasına, telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve kaydedilmesine olanak tanıyan bir yasanın Sözleşme'ye uygunluğunu incelemiştir. Mahkeme genel olarak gizli izleme yöntemlerine demokratik kurumların korunması için kesinlikle zorunlu olması durumunda başvurulabileceğini kabul etmiş, ancak bireyin 8. maddede güvence altına alınan hakkı kullanabilmesi ile demokratik bir toplumu koruma amacıyla gizli izlemenin yapılmasının gerekliliği arasında bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, bu konuda devletlerin sınırsız bir takdir yetkisi yoktur. Sınırsız önlemler alınmasına izin veren bir yasa demokrasi için tehdit oluşturur. Gizli izlemeye olanak tanınması durumunda bunun kötüye kullanılmasının engellenmesi için yeterli ve etkili güvencelerin sağlanması gerekir. İzleme ancak başka bir yöntemle bilgilere ulaşılamıyorsa yapılmalı, yazılı izin şartı aranmalı ve belli bir süreyle sınırlı tutulmalıdır. İzlemeyi gerektiren nedenlerin ortadan kalması durumunda izlemeye son verilmeli, elde edilen veriler başka bir amaç için kullanılmamalı, izlemenin amacının gerçekleşmesi durumunda veriler en kısa süre içinde imha edilmelidir. Mahkeme, mevcut yasanın bu güvenceleri sağladığını saptamış ve bu nedenle 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin kişisel verilerin toplanması ve saklanması konusunu ele aldığı en önemli davalardan biri Leander v. İsveç davasıdır.⁴² Mahkeme'nin bu davada vermiş olduğu karar, yargı yolunun kullanılmasına gerek kalmaksızın da etkili bir denetim yolunun kolaylıkla sağlanabileceğini göstermektedir.⁴³ Davaya konu olan olayda başvuru- rucunun, askeri güvenlik bölgesinde yer alan denizcilik müzesindeki

⁴⁰ B. Van Loenen/J. A. Zevenbergen, "The Impact of the European Privacy Regime on Location Technology Development", *Journal of Location Based Services*, Vol.1, No.3, September 2007, s. 171.

⁴¹ Van Loenen/Zevenbergen, a.g.m., s.172.

⁴² Leander v. Sweden, 9248/81, 26.03.1987.

⁴³ Hiral Bhatt, "RIPA 2000: A Human Rights Examination", *The International Journal of Human Rights*, Vol. 10, No.3, September 2006, s. 304.

görevine son verilmiştir. Buna gerekçe olarak da kendisi hakkında yapılan güvenlik soruşturmasının sonucunun olumsuz olması gösterilmiş ancak bu bilgilerin içeriği hakkında kendisine bilgi verilmemiştir. Başvurucu, kendisi hakkında bilgi toplanmasının, toplanan bilgilerin içeriği hakkında kendisine bilgi verilmemesinin ve bu bilgilerin yanlışlığını kanıtlama hakkının kendisine tanınmamasının özel yaşam hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Mahkeme bu davada özel yaşam hakkına yönelik bir müdahale olduğunu kabul etmiş ancak bu müdahaleyi haklı kılacak koşulların mevcut olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, söz konusu müdahale yasaya dayanılarak yapılmıştır. Konuyu düzenleyen yasa kişisel verilerin korunması açısından yeterli güvenceyi sağlamaktadır. Bu güvenceler arasında; yalnızca bağlantılı bilgilerin toplanmasına ve açıklanabilmesine izin verilmesi, bu verilere dayanılarak alınan kararlara itiraz etme hakkının tanınmış olması, bu alandaki işlemlerin Meclis Adalet Komisyonu, Meclis Ombudsmanı ve Adalet Bakanı tarafından denetlenmesi gibi güvenceler yer almaktadır. Başvurucu hakkında toplanmış olan verilerin içeriği hakkında başvurucuya bilgi verilmemiş olması, müdahaleyi Sözleşme'ye aykırı hale getirmez. Devletin bu konuda bir takdir yetkisi vardır. Bu tür bir müdahale ulusal güvenliğin korunması amacıyla demokratik bir toplumda gerekli olan bir müdahaledir ve izlenen meşru amaçla orantılıdır. Bu nedenler dikkate alındığında 8. maddenin ihlali söz konusu değildir.

Mahkeme, devletin ulusal güvenliğin korunması açısından önem taşıyan görevlere getirilecek adayların bu görevler için uygun olup olmadığını değerlendirirken, bu adaylar hakkında toplanan verileri kullanabileceğini kabul etmiştir. Ancak bu olayda, başvurusunun müzede yapacağı işin niteliği üzerinde durmamış ve bu işin ulusal güvenlik açısından tehlike taşıyıp taşımadığı konusunu incelememiştir.⁴⁴

Leander v. İsveç kararı pek çok açıdan eleştirilebilir. Ancak Mahkeme bugünkü yapısı ve anlayışı ile Leander kararından birkaç adım

⁴⁴ Leander v. İsveç kararının verildiği 1987 yılında Danıştay tarafından verilen bir karar bu açıdan ele alınmaya değerdir. Danıştay, davacının güvenlik görevlisi olarak görev yapmasına engel olarak gösterilen hususların yapacağı görevin niteliği de göz önüne alındığında görevine son verilmeyi gerektirecek ve hukuken geçerli kabul edilebilecek nitelikte olmaması nedeniyle kararın bozulmasına ve dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Bkz. Danıştay 5. Daire, 19.03.1987, E. 1987/193, K. 1987/433, *Danıştay Dergisi*, S.68-69, 1988, s. 385-386.

ötede sayılabilir.⁴⁵ Bu kararın verildiği yıl Bakanlar Komitesi tarafından yayınlanmış olan “Emniyet Alanında Kişisel Verilerin Kullanımının Düzenlenmesine İlişkin Tavsiye Kararı”nda da Mahkemenin vermiş olduğu karardan daha ileri bir yaklaşım ortaya konulduğu söylenebilir. Tavsiye Kararı’nın 2. ilkesinde verilerin polisiye amaçlarla toplanmasına ancak gerçek bir tehlikenin önlenmesi ya da belirli bir suçun engellenmesi için zorunlu olması durumunda başvurulması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca kişinin bilgisi dışında kişiye ilişkin verilerin toplanması ve saklanması durumunda, bu veriler silinmediği takdirde, kişiye bu konuda bilgi verilmesi istenmiştir.

Mahkeme Leander v. İsveç davasında kişisel verilerin korunması konusunda devletin negatif yükümlülüğünü ele almıştır. Bu davadan kısa bir sonra incelediği Gaskin v. Birleşik Krallık⁴⁶ davasında ise kişisel verilerin korunması konusunda devlete düşen pozitif yükümlülüğü ele almıştır.

Gaskin v. Birleşik Krallık davasına konu olan olayda, çocukluğunu sosyal hizmetlerin bakımı altında geçirmiş olan başvurucu, geçmiş hakkında bilgi edinmeyi, nerelerde yaşadığı ve kimler tarafından hangi koşullarda bakıldığı konusunda tutulan raporların kendisine açıklanmasını istemektedir. Bu raporlardaki bilgilerin, kendi geçmişi hakkında bilgi edinmesini sağlayacağını ve bugün yaşamış olduğu sıkıntı ve sorunların çözümüne katkıda bulunacağını ileri sürmektedir. Ancak bu talebi, bu tür raporları hazırlayan görevlilerin söz konusu raporların ilgili kişiye açıklanmayacağını bildikleri için gerçek görüşlerini açıklıkla ortaya koydukları, eğer bu raporlar açıklanırsa bu görevlilerin yeterince açık olmaktan kaçınabileceği ve bu durumun mevcut sosyal hizmet sisteminin iyi işlemesine engel olabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir.

Mahkeme’nin Gaskin v. Birleşik Krallık davasında verdiği karar özellikle devletin kişisel verilerin korunması konusunda pozitif yükümlülüğünü ele aldığı bir karar olması açısından önem taşımaktadır. Mahkeme’ye göre, bay Gaskin ne kendisi hakkında veri toplanmasına ve saklanmasına itiraz etmekte ne de bu verilerin kendi zararına kullanıldığını iddia etmektedir. Kendisi hakkında tutulan raporların bü-

⁴⁵ Akıllıoğlu, a. g. m., s. 7.

⁴⁶ Gaskin v. the United Kingdom, 10454/83, 07.07.1989.

tününe ulaşamamaktan şikayet etmektedir. Burada başvuruçunun şikayet ettiği şey devletin eylemi değil, eylemsizliğidir. Bu nedenledir ki, başvuruçunun kendisi hakkında tutulan raporlara ulaşması talebini reddeden devletin, 8. maddenin getirdiği pozitif yükümlüğü ihlal edip etmediğinin incelenmesi gerekir. Davayı bu açıdan ele alan Mahkeme, başvuruçunun kendi çocukluğuna ilişkin bilgilere ulaşabilmesinde yaşamsal bir menfaatinin olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre, raporları hazırlayan kişilere ulaşamaması ya da bu kişilerin açıkça itiraz etmemesi durumunda, bu raporlara ulaşmak isteyen bireyin menfaatleri güvence altına alınmalıdır. Şayet raporların hazırlanmasına katkıda bulunan kişiler raporların açıklanmasına rıza göstermiyor ya da cevap vermiyorlarsa bu durumda, raporların açıklanmasına ilişkin nihai kararı bağımsız bir otoritenin vermesi sağlanmalıdır. Mevcut olayda bu sağlanmamıştır. Bu nedenle 8. maddenin öngördüğü pozitif yükümlülüğün ihlali söz konusudur.

Birleşik Krallık'ta yaşayan yaklaşık 350.000 yetişkinin çocukluk döneminin tamamını ya da bir kısmını sosyal hizmetlerin bakımı altında geçirdiği bilinmektedir. Bunların hepsi hakkında tutulmuş raporlar mevcuttur. Bu raporlardaki veriler o kişiler için çok büyük bir önem taşımaktadır. Bu verilere ulaşılması, kişinin ailesini araştırma ya da çocukluk deneyimlerini öğrenme sürecinde çok önemli bir rol oynayabilmektedir.⁴⁷ Gaskin v. Birleşik Krallık davasında tartışma konusu olan veriler de başvuruçunun psikolojik sağlığı açısından özel bir öneme sahip olan verilerdir. Bu verilere ulaşmasının reddedilmesi başvuruçunun kişisel gelişimini önemli ölçüde engelleyecektir. Bu nedenle, bu karar bireyin kendisine ait her türlü kişisel veriye ulaşmasına olanak tanıyan bir hakkın varlığını kabul eden bir karar şeklinde yorumlanamaz.⁴⁸

Kişisel verilerle ilgili diğer önemli bir karar da Amann v. İsviçre⁴⁹ kararıdır. Bir iş adamı olan başvuruçuyu Sovyet Büyükelçiliği'nde çalışan bir bayan telefonla arayarak bir ürün siparişi vermiştir. Büyükelçilik telefonlarını dinleyen İsviçre Federal Savcılığı başvuruçunun hakkın-

⁴⁷ Christine Horrocks/Jim Goddard, "Adults Who Grew Up in Care: Constructing the Self and Accessing Care Files", *Child and Family Social Work*, 2006, No. 11, s. 264.

⁴⁸ Lee A. Bygrave, "Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties", *International Journal of Law and Information Technology*, Vol.6, No.3, s.278

⁴⁹ Amann v. Switzerland, 27798/95, 16.02.2000.

da bir fiş oluşturmuştur. Söz konusu olay 1981 yılında gerçekleşmiştir. Kendisi hakkında tutulan fişin varlığını 1990 yılında öğrenen başvuru tazminat talebinde bulunmuş ancak bu talebi İsviçre makamları tarafından reddedilmiştir. Başvuruyu inceleyen Mahkeme, telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve kayda alınmasının ve bireyin özel yaşamına ilişkin bilgilerin kamu görevlileri tarafından saklanması özel yaşama bir müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, yapılan müdahalenin yasaya dayanılarak yapıldığını saptamış ancak mevcut yasal düzenlemenin yeterli korumayı sağlamadığını açıklamıştır. Mevcut yasa savcılık makamının veri toplama, kaydetme ve saklama yetkisini kullanma koşullarını ve kapsamını belirlememekte, hangi bilgilerin saklanacağı ve nasıl bir yöntem izleneceği konusunda açıklık içermemektedir. Bu nedenden dolayı 8. maddenin ihlali söz konusudur.

Rotaru v. Romanya davasında⁵⁰ ise Romanya İstihbarat Örgütü'nün başvuru hakkında tuttuğu gizli dosya ele alınmıştır. Bu dosyada, başvuru aşırı sağcı ve Yahudi düşmanı olan bir grubun mensubu olduğu belirtilmiştir. Bu bilgilerin gerçek dışı olduğunu iddia eden başvuru, dosyadaki bilgilerin silinmesini ya da düzeltilmesini istemiş ve tazminat talep etmiştir. İstihbarat Örgütü dosyadaki bilgilerin ilgili kişiye ait olmadığını, bir isim yanlışlığı olduğunu açıklamıştır. Ancak bu düzeltmeye rağmen ulusal mahkeme tazminata karar vermemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görülen bu davada ilgili devlet, dosyada yer alan bilgilerin özel yaşama ilişkin bilgileri içermediğini kamusal alandaki faaliyetlerle ilgili olan bilgileri içerdiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu itirazın kabul görmeyeceğini çünkü 108 sayılı Sözleşme'nin kişisel veriyi, kimliği belirlenmiş ya da belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi olarak tanımladığını belirtmiş, ayrıca, kamusal bilgilerin yetkililer tarafından sistematik bir şekilde toplanıp dosyalarda saklanması durumunda bu bilgilerin özel yaşam alanına girdiğinin kabul edileceğini açıklamıştır. Müdahalenin yasaya dayanılarak yapıldığını kabul eden Mahkeme, yürürlükte olan yasanın ulusal güvenliği etkileyecek bilgilerin toplanmasına, kaydedilmesine ve gizli dosyalarda arşivlenmesine izin verdiğini saptamış ancak bu yasanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu olmadığını

⁵⁰ Rotaru v. Romania, 28341/95, 04.05.2000.

belirtmiştir. Çünkü söz konusu yasanın hiçbir hükmü bu yetkinin kullanılmasına herhangi bir sınır getirmemiştir. Örneğin, hangi tür bilgilerin kaydedebileceğini, bilgi toplama ve saklama gibi izleme önlemlerinin hangi kategorideki insanlara uygulanabileceğini, bu tür önlemlerin hangi koşullarda alınabileceğini ve nasıl bir yöntemin izleneceğini açıklamamıştır. Ayrıca, bilgilerin ne kadar süreyle saklanacağına da açıklık getirmemiştir. Bu nedenle 8. maddenin ihlali söz konusudur.

Mahkeme, Segerstedt-Wiber ve Diğerleri v. İsveç davasında da⁵¹ kişisel verilerin kamusal makamlar tarafından toplanması ve saklanması konusunu ele almıştır. Bu davada başvuruçular, kendilerine ait kişisel verilerin Gizli Polis kayıtlarında saklanması ve bunların içeriği hakkında kendilerine bilgi verilmemesinin 8. maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, Gizli Polis kayıtlarında saklanan bilgilerin açık bir şekilde özel yaşam alanına giren veriler olduğunu saptamıştır. Ancak ilk başvurucuya ilişkin saklanan veriler arasında, ona ve başkalarına yönelik bir bombalı saldırı tehdidinde ilişkin bilgiler yer almaktadır. Mahkeme bu bilginin saklanması suçun önlenmesi amacıyla yönelik olduğunu ve bu nedenle 8. maddenin ihlalinin söz konusu olmadığını açıklamıştır. Diğer başvuruçular hakkında toplanan ve saklanan veriler ise, üye oldukları siyasi partiler ve katıldıkları mitingler gibi, siyasi faaliyetlerine ilişkin bilgileri içermektedir. Bu tür faaliyetlerin devletin ulusal güvenliğine yönelik ciddi bir tehdit oluşturduğuna ilişkin yeterli kanıt hükümet ortaya koyamadığı için, bu verilerin sürekli bir şekilde saklanması başvuruçuların özel yaşamına yönelik orantısız bir müdahale oluşturmaktadır. Saklanan verilerin tamamının başvuruçulara açıklanmaması konusunda ise, yasanın buna olanak tanıdığı ve bu veriler açısından yeterli güvencenin sağlanmış olduğu gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

b. Telefonların Dinlenmesi, Ses, Fotoğraf ve Görüntünün Kaydedilmesi

aa. Telefonların Dinlenmesi ve Ses Kaydı

Mahkeme'nin telefonların dinlenmesi ve bu yolla elde edilen verilerin kaydedilmesi ve kullanılmasının Sözleşme'ye uygunluğu konu-

⁵¹ Segerstedt/Wiberg and Others v. Sweden, 62332/00, 06.06.2006.

sunu ele aldığı davalar içinde Malone v. Birleşik Krallık davası⁵² önemli bir yer tutmaktadır. Mahkeme bu davada, telefon dinlemeye izin veren yasanın nasıl olması gerektiği üzerinde durmuştur. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'de belirtilmiş olan "yasayla öngörülmuş olma şartı" yalnızca iç hukukta bir yasal düzenlemenin mevcudiyetini zorunlu kılmamakta ayrıca bu yasanın hukukun üstünlüğüne de uygun olmasını gerektirmektedir. İç hukukta kamusal makamların keyfi müdahalelerine karşı koruyacak hukuki önlemlerin olması gerekir. Yasa, özel yaşama ve haberleşmeye saygı hakkına yönelik gizli ve tehlikeli olma olasılığı olan bir müdahalede bulunma yetkisinin kamusal makamlara hangi durumlarda ve koşullarda verildiği konusunda vatandaşlara yeterli bilgiyi verecek şekilde gerekli açıklığı içermelidir. Yasa, kamusal makamlara takdir hakkı tanıyorsa bunun alanını da net bir şekilde belirlemelidir.

Mahkeme telefonların dinlenmesiyle ilgili olan başvurulara ilişkin verdiği diğer kararlarda da yasanın niteliğine ilişkin Malone v. Birleşik Krallık kararında ortaya koyduğu ilkeleri tekrarlamıştır.⁵³

Mahkeme yalnızca ev telefonuyla yapılan görüşmelerin değil, aynı zamanda iş yerinden yapılan görüşmelerin dinlenmesi ve konuşmaların kaydedilmesi durumunda da özel yaşama saygı hakkının ihlal edilebileceğine karar vermiştir.⁵⁴

bb. Gizli Dinleme Cihazı ile Ses Kaydı

Mahkeme, telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve görüşmelerin kaydedilmesi dışında, gizli dinleme cihazı ile yapılan dinlemeler sonucunda veri toplanması ve bu verilerin kullanılması sorununu da incelemiştir.

Bu konunun ele alındığı Khan v. Birleşik Krallık⁵⁵ davasında polis tarafından yerleştirilen gizli dinleme cihazı ile elde edilen verilerin de-

⁵² Malone v. the United Kingdom, 8691/79, 26.04.1985.

⁵³ Bkz. Kruslin v. France, 11801/85, 24.04.1990; Huvig v. France 11105/84, 24.04.1990; Halford v. the United Kingdom, 20605/92, 26.06.1997; Kopp v. Switzerland, 23224/94, 25.03.1998; Copland v. the United Kingdom, 62617/00, 03.04.2007.

⁵⁴ Bkz. Halford v. the United Kingdom, 20605/92, 26.06.1997; Copland v. the United Kingdom, 62617/00, 03.04.2007; Kopp v. Switzerland, 23224/94, 25.03.1998.

⁵⁵ Khan v. the United Kingdom, 35394/97, 12.05.2000.

lil olarak kullanılması sonucu mahkum edilmiş olan bir kişinin başvurusu incelenmiştir. Bu dinlemenin yasal bir bağlayıcılığı olmayan ve kamu tarafından ulaşılabılır olmayan bir rehberle dayandırıldığını saptayan Mahkeme 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme daha sonraki yıllarda da gizli ses kaydı ile veri toplamanın Sözleşme'ye uygunluğunu incelediği kararlarında gizli ses kaydı yapılmasının iç hukukta yasal dayanağının olması gerektiği üzerinde önemle durmuştur.

P. G. ve J. H. v. Birleşik Krallık⁵⁶ davasına konu olan olayda başvurucuların silahlı soygun yapacaklarına ilişkin ihbar alan polis, başvurucuların bulduklarını düşündükleri bir eve dinleme cihazı yerleştirmiştir. Bu işlem önce sözlü bir emre dayanılarak yapılmış ancak daha sonra geriye dönük olarak yazılı izin alınmıştır. Ayrıca bu evde bulunan telefonla hangi numaralarla görüşme yapıldığının saptanabilmesi için telefon kayıtları incelenmiştir. Bu olaylardan kısa bir süre sonra başvurucular hırsızlık eyleminde kullanılabilecek malzemelerin bulunduğu bir çalıntı otomobilde yakalanmış ve tutuklanmışlardır. Evde yapılan dinleme sonucunda kaydedilen seslerin başvuruculara ait olup olmadığını saptanabilmesi için, başvurucuların kaldıkları hücreye, onların bilgisi ve izni olmadan bir ses kayıt cihazı yerleştirilmiştir. Ses kayıtlarını inceleyen bir uzman evde kaydedilen seslerden birinin "*muhtemelen*" ilk başvurucuya diğerinin de "*çok muhtemelen*" ikinci başvurucuya ait olduğunu belirtmiştir. Bu veriler yargılama sırasında delil olarak kullanılmış ve başvuruculara ceza verilmiştir. Mahkeme, başvurucuların buldukları eve ve kaldıkları hücreye dinleme cihazı yerleştirilmesinin yasal bir dayanağı olmadığı için 8. maddenin ihlal edildiğine karar verirken, telefon kayıtlarının incelenmesinin yasal olduğuna ve demokratik bir toplumda gerekli bir önlem olduğuna karar vererek bu açıdan 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme, Lewis v. Birleşik Krallık⁵⁷ ile Chalkley v. Birleşik Krallık⁵⁸ davasında da yasal bir dayanağı olmadan gizli dinleme cihazı yerleştirilmesinin ve bu dinlemeden elde edilen verilere dayanılarak veri-

⁵⁶ P. G. and J.H. v. the United Kingdom, 44787/98, 25.09.2001.

⁵⁷ Lewis v. the United Kingdom, 1303/02, 25.11.2003.

⁵⁸ Chalkley v. the United Kingdom, 63831/00, 12.09.2003.

len mahkumiyet kararlarının Sözleşme'ye aykırı olduğuna karar vermiştir.

cc. Fotoğraf ve Kamera Çekimi

Murray v. Birleşik Krallık davasında,⁵⁹ güvenlik güçleri tarafından eve yapılan baskın sırasında başvurucuların kimliklerine ilişkin bilgilerin kayda geçirilmesi, gözaltına alınan ilk başvurucunun götürüldüğü merkezde fotoğrafının çekilmesi ve aile fertlerine ilişkin soruların sorulması konusu ele alınmıştır. Terör suçlarının özel niteliğine ve demokratik bir toplum için yarattığı tehlikeye dikkat çeken Mahkeme, ulusal makamların bu alanda alınacak önlemler konusunda takdir hakkının olduğunu, olayda kullanılan yöntemlerin izlenen amaçla orantılı ve demokratik toplumda suçla mücadele için zorunlu olduğunu, baskın sırasında evde bulunan kişilere ilişkin temel kişisel bilgilerin kayda geçirilmesinin ve gözaltına alınan kişinin fotoğrafının çekilmesinin hukuka uygun olduğunu belirtmiş ve 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Friedl v. Avusturya davası da⁶⁰ kişisel verilerin kaydı ve fotoğraf çekimi ile ilgilidir. Başvurucu, evsizlerin yaşadığı zorluklara kamuoyunun dikkatini çekmek amacıyla yapılan bir oturma eylemine katılmıştır. Eylemin sona erdirilmesi için yapılan çağrıya uymayan göstericilerin kimlik tespitleri yapılmış, fotoğrafları çekilmiş ve görüntüleri kameraya kaydedilmiştir. Hükümet kaydedilen kişisel bilgilerin ve çekilen fotoğrafların veri işletim sistemine dahil edilmediğini, gösteri ile ilgili oluşturulan dosyanın, normal uygulamaya göre, gerekli işlemlerin tamamlanmasının üzerinden on yıl geçtikten sonra imha edileceğini belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 8. maddenin ihlal edilmediğini ancak kişisel bilgilerin toplanmasına karşı başvurulabilecek etkili hukuk yollarının mevcut olmamasından dolayı 13. maddenin ihlal edildiği yönünde görüş açıklamıştır. Komisyon, fotoğrafların çekilmesi ve saklanması konusunda ise 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmamıştır. Davada dostça çözüm yoluna gidilmiştir. Avusturya hükümeti negatifler de dahil olmak üzere çekilmiş bütün fotoğ-

⁵⁹ Murray v. the United Kingdom, 14310/88, 24.10.1994.

⁶⁰ Friedl v. Austria, 15225/89, 31.01.1995.

rafların imha edilmesini kabul etmiş ve başvurucuya tazminat ödemiştir.

Perry v. Birleşik Krallık⁶¹ davasına konu olan olayda, gözaltına alınan başvurucunun görüntüleri polis merkezinde rutin bir şekilde görüntü alan kameralarla çekilmiştir. Ancak bu işlem yapılırken daha net görüntü alınabilmesi için gerekli ayarlamalar yapılmış ve kamera farklı bir hızla çalıştırılmıştır. Bu işlemin yapıldığı konusunda başvurucuya bilgi verilmemiş ve elde edilen net görüntülere fotomontaj yoluyla başka şahısların görüntüleri eklenerek teşhis amacıyla tanıklara gösterilmiştir. Başvurucu ve avukatına bu kaydın yapıldığı ve teşhis amacıyla kullanıldığı konusunda bilgi verilmemiştir. Mahkeme polis merkezlerinde ya da alışveriş merkezleri gibi yerlerde bulunan kameralarla rutin bir şekilde görüntü kaydı yapılmasının 8. maddeyi ihlal etmediğini açıklamış ancak olayda farklı bir durumun söz konusu olduğunu belirtmiştir. Olayda, daha net görüntü alınabilmesi için kameraların ayarı değiştirilmiş ve alınan görüntüler üzerinde fotomontaj yapılarak teşhis amacıyla kullanılmıştır. Bu tür bir hileye başvurulması bu tür kameraların olağan ya da beklenilebilir kullanımın ötesine geçmektedir. Bu nedenle, görüntü kaydı ve ileride kullanmak amacıyla fotomontaj yapılması başvurucu hakkında kişisel verinin toplanması ya da işlenmesi anlamına gelmektedir. Görüntü kaydı için başvurucunun izni alınmalı, bu görüntülerin teşhis amacıyla kullanılacağı konusunda kendisine bilgi verilmeli ve içeriğine itiraz etme hakkı tanınmalıydı. Yapılan bu uygulamayı haklı kılacak bir yasal dayanak iç hukukta mevcut değildir. Bu nedenle, kamera görüntülerinin kaydedilmesi ve kullanılması onun özel yaşamına yönelik bir müdahaledir.

Peck v. Birleşik Krallık⁶² davasında ise, kapalı devre kameralarla çekim yapılması değil, bu kameraların kaydettiği görüntülerin yayınlamasının özel yaşam hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Başvurucu, kapalı devre kameraların kayıt yaptığı kamuya açık bir alanda intihar teşebbüsünde bulunmuştur. Bu eylemine ilişkin kaydedilen görüntüler kameraların yararlarını anlatmak amacıyla yetkililer tarafından basın mensuplarına sunulmuş ve bazı televizyon kanalları da başvurucunun yüzünü kapatmadan bu görüntüleri yayınlamıştır. Başvurucu, kaydedilen görüntülerin yayınlamasının özel yaşam hakkını ihlal etti-

⁶¹ Perry v. the United Kingdom, 63737/00, 17.10.2003.

⁶² Peck v. the United Kingdom, 44647/98, 28.01.2003.

ğini ileri sürmüştür. Mahkeme, suçları izleme ve engelleme konusunda kamera sisteminin önemli bir rol oynadığını kabul etmiş, kaydedilen görüntülerin yayınlaması konusunda da yetkili makamlara bir takdir hakkı tanınması gerektiğini belirtmiştir. Ancak kaydedilen görüntülerin başvuruçunun yüzü kapatılmadan yayınlanmış olmasını oran-tısız ve haksız bir müdahale olarak görmüş ve 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

c. Tıbbi Verilerin Saklanması ve Açıklanması

108 sayılı Sözleşme tıbbi verileri hassas veri olarak kabul etmiş ve bu verilerin ancak iç hukukta gerekli güvencelerin sağlanması koşuluyla işlenmesine izin vermiştir. Bakanlar Komitesi de 1997 yılında yayınlamış olduğu Tıbbi Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı'nda, ancak iç hukukun gerekli güvenceleri sağlaması durumunda tıbbi verilerin toplanmasına ve işlenmesine izin verilebileceğini belirtmiştir (m. 3).

Söz konusu tavsiye kararında tıbbi veri kavramına açıklık getirilmiştir. Buna göre "tıbbi veri" kavramı, bireyin sağlığıyla ilgili olan bütün kişisel verileri ifade etmektedir. Tıbbi veri kavramı ayrıca genetik verilerle açık ve yakın bağlantısı olan verileri de ifade etmektedir (m. 1).

Avrupa Konseyi'nin tıbbi veriler açısından koruma sağlayan diğer bir düzenlemesi de "Biyoloji ve Tıbbin Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"nin 10. maddesinde yer almaktadır. Madde'ye göre, herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Ancak, bireylerin bilgilendirilmeme istekleri de dikkate alınacaktır.⁶³ Genetik veriler de bu çerçevede kabul edilmektedir. Kendi geleceğini "ümitsiz" gördüğü bir vakada kişinin genetik veriler de dahil olmak üzere bilgi-

⁶³ 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, 4.IV.1997, European Treaty Series-No.164.

lenme hakkını kullanmamak hususunda irade beyanında bulunması mümkündür.⁶⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de tıbbi verilerin korunmasına özel bir önem vermiştir. Mahkeme'nin bu konuyu ele aldığı davalar içinde en önemlilerinden biri Z v. Finlandiya davasıdır.⁶⁵ Bu davaya konu olan olayda, hem başvuru hem de boşanmış olduğu eşi HIV virüsü taşımaktadır. Başvurucunun eski eşine karşı hem tecavüz suçundan hem de kasıtlı olarak HIV virüsü bulaştırmak suçundan dava açılmıştır. Bu davada, delil olarak kullanmak amacıyla, başvuru kişinin sağlık durumuna ilişkin doktorlarından bilgi istenmiş, hastaneden temin edilen tıbbi kayıtlar soruşturma dosyasına konulmuştur. Temyiz mahkemesinin vermiş olduğu kararda da başvuru kişinin kimliğine ve sağlık durumuna ilişkin bilgilere yer verilmiş, ancak davaya ilişkin dokümanların on yıl geçmeden açıklanması yasaklanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davaya ilişkin vermiş olduğu kararda, öncelikle 108 sayılı Sözleşme ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 1989 yılında kabul edilmiş olan "*Sağlık Hizmetlerinde ve Sosyal Alanlarda HIV Virüsüne İlişkin Etik Konular Hakkında Tavsiye Kararı*"nda,⁶⁶ Konsey üyesi devletlerden tıbbi verilerin gizliliğine saygı göstermelerinin istendiğini hatırlatmıştır. Mahkemeye göre, bir kişinin HIV virüsü taşıdığına ilişkin verilerin gizliliğinin korunması ise özellikle önem taşımaktadır. Çünkü bu tür bir verinin açıklanması onun özel ve aile yaşamını, iş ve sosyal ilişkilerini ciddi bir şekilde etkileyebilir. Bu bilgilerin açıklanabileceği kaygısını taşıyan bir kişi teşhis ve tedaviden kaçınabilir. Bu da bulaşıcı hastalıkların engellenmesi için toplumun gösterdiği çabalara zarar verebilir. Bu nedenden dolayı, müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığına karar verirken, bu tür bilgilerin gizliliğinin korunmasına öncelik verilmelidir. Yapılan müdahale, önemli bir kamu yararı söz konusu olmadığı sürece, Sözleşme'nin 8. maddesine uygun olamaz. Ancak Mahkeme aynı zamanda, suçların soruşturulması ve cezalandırılması ile yargılama-

⁶⁴ Tuğrul Katoğlu, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 1, 2006, s.177.

⁶⁵ Z v. Finland, 22009/93, 25.02.1997.

⁶⁶ Recommendation N.R. (89) 14 on the Ethical Issues of HIV Infection in the Health Care and Social Settings (24.10.1989).

nın açık olmasının sağlayacağı yararın, bir hastanın ve toplumun tıbbi verilerin korunmasından sağlayacağı yarardan daha fazla olabileceğini kabul etmektedir.

Mahkeme ortaya koyduğu bu görüşler doğrultusunda, başvuru-
cunun doktorlarından bilgi istenmiş olmasının ve başvurucunun tıbbi
kayıtlarının soruşturma dosyasına konulmasının izlenen meşru amaç-
la orantılı olduğunu açıklamış ve bu açılardan Sözleşme'ye bir aykırılık
görmemiştir. Ancak, Helsinki Temyiz Mahkemesi'nin vermiş olduğu
kararda başvurucunun kimliğine ve tıbbi durumuna ilişkin bilgilere
açıkça yer verilmiş olmasının ve dava dosyasında yer alan bilgilerin
10 yıl sonra kamuya açık hale gelmesine izin verilmesinin, başvuru-
cunun özel ve aile yaşamına saygı hakkına yönelik orantısız bir müdahale
oluşturduğunu belirtmiştir.

Mahkeme'nin tıbbi verilerin gizliliği konusunu ele aldığı diğer bir
dava da M.S. v İsveç davasıdır.⁶⁷ Bu davada başvurucu işyerinde ya-
şadığı bir kaza sonucunda çok ağır bel ağrıları olduğu gerekçesiyle
tazminat davası açmıştır. Sosyal Sigortalar Kurumu başvurucunun ted-
davi görmüş olduğu klinikten başvurucunun tıbbi kayıtlarını istemiştir.
Kliniğin gönderdiği raporda, başvurucunun bel ağrılarının kazadan
önce geçirmiş olduğu bir rahatsızlıktan kaynaklandığı ve bu rahatsızlıktan
dolayı kürtaj olmak zorunda kaldığı açıklanmıştır. Başvuru-
cunun, tıbbi kayıtlarının klinik tarafından Sosyal Sigortalar Kurumu'na
gönderilmiş olmasının tıbbi verilerin gizliliğine yönelik bir müdahale
oluşturduğunu ileri sürmüştür.

Mahkeme söz konusu müdahalenin yasaya uygun olarak yapıldığı
ve meşru bir amacının olduğu kanaatine varmıştır. Mahkemeye göre,
tıbbi kayıtların gönderilmesinin nedeni, iş kazası yüzünden tazminat
ödenmesinin koşullarının oluşup oluşmadığı sorununa açıklık
getirmektir. Rahatsızlığın iş kazasından kaynaklandığının saptanması
durumunda kamusal kaynaklar kullanılarak tazminat ödenecektir.
Burada ülkenin ekonomik refahının korunması amacı gözetilmiştir. Bu
kayıtlar olmaksızın Sosyal Sigortalar Kurumu'nun, başvurucunun tazminat
talebinin haklı olup olmadığına karar vermesi çok zor olacaktır.
Kayıtların gönderilmesi için bağlantılı ve yeterli nedenler mevcuttur.

⁶⁷ M. S. v. Sweden, 20837/92, 27.08.1997.

Alınan önlem, izlenen meşru amaç ile orantılıdır. Bu nedenle özel yaşam hakkının ihlali söz konusu değildir.

Mahkeme'nin hem Z v. Finlandiya hem de M.S. v. İsveç kararında kullandığı test, gereklilik ve orantılılık olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. İlk kısımda, verinin açıklanıp açıklanamayacağına ve açıklanması istenen verilerin 8(2). maddedeki istisnalar alanına girip girmediğine karar verilir. İkinci kısım da ise, yalnızca ihtiyaç duyulan verilerin açıklanmasına olanak tanınır. Diğer bir ifadeyle, yalnızca çok az miktardaki verinin açıklanması da yeterli olabilir.⁶⁸

Mahkeme son yıllarda vermiş olduğu I v. Finlandiya kararında da⁶⁹ tıbbi verilerin gizliliği konusunu ele almıştır. Başvurucu bir devlet hastanesinde hemşire olarak çalışmaktadır. Aynı hastanede yaptığı tetkiklerde HIV pozitif olduğu ortaya çıkmıştır. Başvurucu, hastalığına ilişkin tıbbi bilgilerin yer aldığı kayıtlara, ilgili bölümde çalışan personel dışında, hastanede çalışan diğer personelin de rahatlıkla ulaşabildiğinden şikayetçi olmuştur. Bu şikayet üzerine hastane gerekli önlemleri almış, hastanın sahte bir isim ve sosyal güvenlik numarasıyla kaydı yapılmış ayrıca tedaviyi yapan personel dışında diğer personelin bu kayıtlara ulaşması yasaklanmıştır.

Mahkeme, tıbbi verilerin gizliliğine saygı gösterilmesinin Sözleşme'ye taraf devletlerin hukuk sistemlerinde güvence altına alınması gereken temel bir ilke olduğunu belirtmiş ve özellikle de bu ilkenin hastaların HIV pozitif olduklarına ilişkin bilgilerin gizliliğinin korunması açısından geçerli olduğunu açıklamıştır. Söz konusu hastane, fiillerinden devletin sorumlu olduğu bir devlet hastanesidir. Hastane yetkilileri, tıbbi kayıtların gizliliğinin hastane personeline karşı da korunması konusunda gerekli önlemleri ancak yapılan şikayet üzerine almıştır. Bu önlemlerin alınmasında başvurucu açısından geç kalmıştır. Ayrıca iç hukukta, başvurunun kişisel verilerinin hukuksal uygun olmayan bir şekilde açıklanmış olmasından dolayı gördüğü zararın tazminine ilişkin sunulan olanaklar, başvurunun özel yaşam hakkının korunması açısından yeterli değildir. Bu nedenle, başvurunun özel yaşam hakkına saygının güvence altına alınabilmesi

⁶⁸ Jose Miola, "Owning Information-Anonymity, Confidentiality and Human Rights", *Clinical Ethics*, Vol. 3, No.3, 2008, s.119.

⁶⁹ I. v. Finland, 20511/03, 17.07.2008.

için Sözleşme'nin 8. maddesinin yüklemiş olduğu pozitif yükümlülüğü devlet yerine getirmemiştir.

Mahkeme'nin I v. Finlandiya kararı kilometre taşı niteliğinde bir karar olarak değerlendirilmektedir. Çünkü yalnızca yasal düzenlemelerin yapılmasını yeterli bulmamış, kişisel verilerin korunmasında, en azından resmi görevlilerin açısından belirsizliğe yer verilmemesi için, alınması gereken güvenlik önlemlerinin altını çizmiştir.⁷⁰ Hastalara ait tıbbi verilerin hastane personeli tarafından dışarıya sızdırıldığına ve hatta satıldığına ilişkin birçok vakanın olduğu⁷¹ dikkate alındığında bu kararın önemi daha da artmaktadır.

Mahkeme I v. Finlandiya kararından kısa bir süre sonra verdiği S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararında⁷² ise parmak izi, DNA profilleri ve hücre örneklerinin saklanması sorununu ele almıştır. Başvurucu S. 11 yaşındayken hırsızlığa teşebbüs suçundan yakalanmış ve hakkında yürütülen ceza davasının sonucunda beraat etmiştir. Başvurucu Marper ise partnerini taciz suçundan yakalanmış ancak daha sonra aralarında uzlaşma sağladıkları için dava düşmüştür. Başvurucular, yakalandıkları dönemde kendilerinden alınmış olan parmak izlerinin, hücre örneklerinin ve DNA profillerinin hala ulusal veritabanında saklanıyor olmasından şikayetçi olmuşlar ve bu verilerin silinmesini istemişlerdir. Ancak yürürlükteki yasa bu verilerin saklanmasına izin verdiği için talepleri reddedilmiştir. Mahkeme, bu verilerin 108 sayılı Sözleşme'ye göre kişisel veri olarak kabul edileceğini belirtmiş ve özellikle hücre örnekleri ile DNA profillerinin çok hassas nitelikte veri olduğunu açıklamıştır. Mahkeme'ye göre, beraat eden ya da haklarındaki ceza davası düşen kişilere ait parmak izi, hücre örneği ve DNA profillerinin saklanması durumunda, yarışan kamusal ve özel menfaatler arasında denge bozulur ve devlete tanınmış olan takdir hakkının sınırları aşılır. Söz konusu verilerin saklanması başvuruçuların özel yaşamına saygı hakkına yönelik orantısız bir müdahaledir ve demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak değerlendirile-

⁷⁰ Jari Raman, "European Court of Human Rights: Failure to Take Effective Information Security Measures to Protect Sensitive Personal Data Violates Right to Privacy- I. v. Finland, no.20511/03, 17 July 2008", *Computer Law & Security Report* 24, 2008, s.562.

⁷¹ Bkz. Charles J. Sykes, *The End of Privacy*, St. Martin's Press, 1999, s. 106.

⁷² S. and Marper v. the United Kingdom, 30562/04 and 30566/04, 04.12.2008.

mez. Mahkeme bu gerekçelere dayanarak 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin vermiş olduğu bu karar oldukça önemli bir karardır. Çünkü Avrupa Konseyi üyesi 47 ülke arasında Birleşik Krallık, be-
raat eden ya da haklarındaki ceza davası düşen kişilere ait DNA profillerinin ve hücre örneklerinin sistematik ve süresiz bir şekilde tutulmasına izin veren tek ülkedir. Bu ülkede 5 milyondan fazla kişinin DNA profili saklanmaktadır. Bunun yaklaşık 1 milyonu herhangi bir suçtan dolayı mahkum olmamış kişilere aittir. Yarım milyonu ise yetişkin olmayan kişilere aittir.⁷³ Yaşları 10 ile 17 arasında değişen yaklaşık 300 çocuğa ait DNA profilleri her gün Birleşik Krallık ulusal veritabanına eklenmektedir.⁷⁴ Bu rakamlar göz önüne alındığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

V. SONUÇ

Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 sayılı Sözleşme, kişisel verilerin korunması alanında Avrupa'da atılan ilk adımdır. 1980 yılında Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü tarafından yayınlanan "*Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Transferine İlişkin Rehber İlkeler*" kişisel verilerin korunması konusunda dünya genelinde hazırlanan ilk belge olmakla beraber, bu belge tavsiye niteliğinde olan ve bağlayıcı özelliği olmayan bir belgedir. 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi bu alanda kabul edilmiş olan ilk bağlayıcı belge olması açısından da önem taşımaktadır.

108 sayılı Sözleşme kişisel verilerin korunması açısından önemli güvenceler içermektedir. Kişisel verilerin dürüstlük kuralına ve hukuka uygun olarak işlenmesi zorunluluğunu getirmesi, kişisel verilerin ancak belli ve meşru amaçlar için kaydedilmesine izin vermesi ve bu amaçlarla bağdaşmayan bir şekilde kullanılmasını yasaklaması, verilerin Sözleşme'deki güvencelere aykırı bir şekilde işlenmesi durumunda

⁷³ George J. Annas, "Protecting Privacy and the Public-Limits on Police Use of Bio-identifiers in Europe", *The New England Journal of Medicine*, July 9, 2009, s.199.

⁷⁴ James Slack, "300 Children a Day Added to DNA Database: 400.000 under-15s on Big Brother Roll", *The Daily Mail*, 12 Ağustos 2009.

verileri düzeltebilme, sildirebilme ya da hukuksal yollara başvurabilme hakkını veri sahibine tanımış olması Sözleşme'nin sağladığı önemli güvencelerdir.

108 sayılı Sözleşme sağlamış olduğu bu güvencelerle önemli bir belge olma özelliği taşımaktadır. Ancak içerdiği bazı eksiklikler kişisel verilerin korunması konusunda Sözleşme'nin etkili olmasını engellemektedir. Yalnızca otomatik yollarla işlenen kişisel veriler açısından güvenceler sağlaması Sözleşme'nin uygulama alanını daraltmaktadır.

Sözleşme'deki ilkelerin uygulanmasını denetleyecek bir denetim organının oluşturulmaması da önemli bir eksikliktir. 2004 yılında yürürlüğe giren Ek Protokol, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin kendi iç hukuklarında bir kontrol makamı oluşturmalarını öngörmektedir. Her taraf devletin kendi iç hukukunda kontrol makamı oluşturması önemli olmakla beraber, Sözleşme'nin uygulanmasını izlemekle görevli bir Sözleşme organının oluşturulması Sözleşme hükümlerinin uygulanması açısından önemli bir güvence sağlayacaktır.

Kişisel verilerin korunması açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesindeki düzenleme ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlar da kişisel verilerin korunması açısından önem taşımaktadır. Mahkeme'nin bu alandaki içtihadı çok yavaş gelişmiş olmakla beraber, kişisel verilerin korunmasına büyük ölçüde katkıda bulunacak çok önemli kararlar vermiştir.

KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ BAĞLAMINDA AİHS VE ANAYASA HÜKÜMLERİ ÇATIŞMASINDA ÖNCELİKLİ UYGULAMA SORUNU

M. Emin AKGÜL*

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlükler alanındaki uluslararası sözleşmeler, devletlerin hem siyasal yaşamları hem de hukuki alandaki düzenlemeleri için büyük önem taşımaktadır. Devletlerin temel hak ve özgürlüklerle ilgili konulara yaklaşımı ve uygulamaları kendi sınırları içinde kalmamakta; uluslararası ortamda hemen sonuç doğurmaktadır. Bu kapsamda, Türkiye'nin de taraf olduğu AİHS, üye ülkelerde ortak bir insan hakları anlayışının tesisi ve devamı için hazırlanmıştır. AİHM'nin de sürekli yorumlarla genişletip geliştirdiği temel hak ve özgürlüklerle ilgili bu yapıya, üye ülkelerin uymaları, Sözleşme hükümlerini ve anlayışını iç hukuklarına ithal ederek uygulamaları beklenmektedir.

Anayasa, iç hukuktaki temel ve normlar hiyerarşisinde en üstün kaynaktır. Bu çerçevede Anayasa'daki düzenlemelerin ve bunlara dayalı olarak dayalı olarak yapılan kanunların, AİHS hükümleri ile çatışması durumunda uygulama önceliğinin hangisinde olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kişi hürriyeti ve güvenliği çerçevesinde disiplin hukukundan kaynaklanan somut bir olaydan hareketle ortaya çıkan mevcut sorun çalışmamızın esasını oluşturacaktır. İncelememizde; AİHS, Anayasa ve kanunlardaki mevcut düzenlemeler ortaya konacak ve AİHM'nin konuya yaklaşımı tespit edilecektir. AİHS ile iç hukuk hükümleri arasındaki uyumsuzluk durumunda ülkemizdeki yüksek mahkemelerin kararları açıklanacak, doktrindeki görüşler ve mukayeseli hukuktaki durum ifade edilerek çözümle ilgili öneriyle çalışmamız sona erecektir.

* Dr., KHO Anayasa Hukuku öğretim görevlisi.

1. AİHS ve 1982 Anayasasında Kişi Hürriyeti ve Güvenliği

AİHS'nin 5. maddesi ¹ kişi hürriyeti ve özgürlüğü konusunu düzenlemektedir. Bu madde ile kişi özgürlüğü ve güvenliğinin tanınması ve korunması için gerekli güvenceler tanımlanmıştır. Kişi özgürlüğü kavramı insan haklarını konu alan bildirilerde taşıdığı önem nedeniyle her zaman yer almıştır. Kişi özgürlüğü kavramı, bireyin fiziksel olarak özgür olmasını başka bir ifade ile "bir yere kapatılmaması tutulu, tutuklu bulunmaması hakkıdır".² AİHS'nin 5. maddesinin kişi özgürlüğü ve güvenliğini garanti altına alan bir hüküm olduğu ifade edil-

¹ "Madde 5 -Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi;

b) Bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

c) Bir suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulu durumda bulundurulması veya kendisinin yetkili merci önüne çıkarılması için usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

e) Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir alkoliğin, uyuşturucu madde bağımlısı bir kişinin veya bir serserinin usulüne uygun olarak tutulu durumda bulundurulması;

f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmemekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anlattığı bir dille bildirilir.

3. Bu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullara uyarınca yakalanan veya tutulu durumda bulunan herkes hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne çıkarılır; kendisinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır. Saltörülme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminata bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutuklu durumda bulunma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutulu kalma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır. "

² A. Şeref Gözübüyük / A. Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 221.

mekle birlikte bu teminatın ancak yakalama ve tutuklama açısından anlam ifade ettiği ve hareket serbestisinin korunmasını esas aldığı m. 5 metninin bütününe bakıldığında ortaya çıkmaktadır.³ AİHS’de kişi özgürlüğü düzenlemesi ile özgürlük kavramının ifade ettiği geniş anlam bir kenara bırakılarak sadece bireyin fiziksel özgürlüğü güvence altına alınmaya çalışılmıştır.⁴ Devletin kişi özgürlüğünü kısıtlayabileceği durumlar ise AİHS’nin 5. maddesinde sayılarak belirlenmiş böylece devletlerin takdir haklarını kullanma sınırı oldukça daraltılmıştır.⁵ AİHS m. 5 kapsamındaki güvenlik kavramı ise özgürlük kavramından ayrı olmaktan ziyade diğerinin tamamlayıcısı olma halini ve kişi özgürlüğüne yapılacak “keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması” durumunu tanımlamaktadır.⁶

İncelenen konu açısından AİHS’nin 5. m. 1. fıkrası metni⁷ önem kazanmaktadır. Burada özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili genel kural ortaya konmaktadır. AİHS m. 5/1’deki düzenlemeye göre sözleşmeye üye ülke, herkes için bu güvenliği sağlama yükümlülüğü altına girmektedir. Sözleşme’ye üye ülke için, “yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz” hükmünden hareketle iç hukuk düzenlemelerinin de bu zorunluluğa uygun olması gereği açıktır. İç hukuk hükümlerinde özgürlükten yoksun kılınma hallerinin net olarak tanımlanması ve uygulamanın da öngörülebilir olması AİHM tarafından davalarda inceleme konusu yapılmaktadır.⁸ Üye devlet hukuk sistemi içinde kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilgili yapılan düzenlemelerin ve sınırlamaların bu hakkın üye ülke uygulamalarında ölçüt olarak kabul edileceği AİHS’de belirtilmektedir. Ancak üye ülke hukukunda bu alanda yapılan düzenleme ve sınırlamaların ne olduğu, konunun dava olarak AİHM önüne götürülmesi halinde mahkemenin

³ Durmuş Tezcan / M. Ruhan Erdem / Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin, Ankara 2004, s. 278.

⁴ Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayın No: 321, Ankara 2004, s. 179.

⁵ İ. Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 306.

⁶ Tezcan / Erdem / Sancakdar, a. g. e., s. 278, Safa Reisoğlu, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta, İstanbul, 2001, s. 96, Gözübüyük / Gölcüklü, a. g. e., s. 222.

⁷ **Madde 5 -Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**

1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

⁸ Tezcan / Erdem / Sancakdar, a. g. e., s. 281.

AIHS'deki hükümleri esas alarak davaya yaklaşacağı konusunda şüphe yoktur. Gemalmaz'ın "amaca bağlılık ya da uygunluk ölçütü" olarak ifade ettiği ve sınırlamada amaca uygunluk yükümlülüğünün içeriğini oluşturan geleneksel kabul AIHS m. 18'de⁹ vücut bulmuş ve yapılacak düzenlemelerle amacın saptırılmasının önüne geçilmiş ve iyi niyet güvence altına alınmıştır. Oran ve ölçü kavramı ile de sınırlama ile amaç arasındaki denge korunmuş, sınırlamanın hakkın özünü zedeleyerek onu yok etme tehlikesi önlenmiştir.¹⁰

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde düzenlenmiştir. Disiplin amirleri tarafından verilen hürriyeti bağlayıcı nitelikteki disiplin cezaları m. 19 metninde istisnalar arasında sayılmamıştır. Hürriyeti bağlayıcı disiplin cezaları ile ilgili düzenleme 1982 Anayasası'nın "suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinde "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir." haliyle mevcuttur. 129. maddede ise kamu hizmeti görevlileri ile ilgili olarak "görev ve sorumluluklar, disiplin kovuşturulmasında güvence" başlığı altında "Uyarı ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz. Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır." olarak hüküm altına alınmıştır.

Kanun bazında, disiplin cezası verilmesi ile ilgili esaslar 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununda 168-172. maddeler arasında düzenlenmiştir. 171. maddede disiplin amirlerinin astlarına hangi cezaları ne kadar vereceği tespit edilmiştir.¹¹ Amirler tarafından verilen cezaların infaz şekli ise As. Ceza Kanunu'nun 23-28. maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

⁹ Madde 18- Hakların Kısıtlanmasının Sınırları

Bu Sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir.

¹⁰ M. Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2003, s. 757, 758.

¹¹ As. Ceza K. 171. maddesinde de rütbelerine göre amirlerin hangi asker şahıslara hangi disiplin cezalarını (uyarı, aylıktan kesme, izinsizlik, sıra harici hizmet, göz hapsi, oda hapsi ve rütbenin geri alınması) ne miktarda verebilecekleri hüküm altına alınmıştır.

2. AİHM'nin İdare Tarafından Verilen Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Yaklaşımı

Disiplin cezaları konusunda AİHM'nin uyguladığı ölçütlerden önce AİHS'nin bu konudaki yaklaşımının incelenmesi gerekmektedir. AİHS "kişisel ve siyasal haklar" olarak tanımlanan hakların belirli bir kısmını sözleşme metninde güvence altına almıştır.¹² AİHS'de tanımlanan ve koruma altına alınan haklar, "İnsan Hakları Evrensel Bildirisi"nde sıralanan ve kişisel ve siyasal haklar olarak tanımlanan haklara karşılık gelmektedir. AİHS'de tanımlanan hakların kısıtlı olması, sonradan imzalanan protokollerle eksikliklerin tamamlanmasına bunun yanında AİHM'nin önüne gelen davalarda sosyal ve ekonomik boyutu da dikkate alan içtihatları ile bir gelişme sürecinin başlamasına yol açmıştır.¹³ AİHS ile güvence altına alınan haklar 1, 4, 6, 7, 12 ve 13 no.'lu Protokoller ile genişletilmiş bununla birlikte yeni haklarda tanımlanmıştır.¹⁴ 14. Protokol ile AİHS'deki kontrol sistemi ile ilgili bazı değişiklikler yapılmış, Türkiye bu protokolü 06.10.2004'te imzalamış, 02.10.2006 tarihinde onaylamıştır.¹⁵

AİHS'nin kimleri kapsadığı konusu Sözleşme'nin 1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre taraf devletlerin yargı sahasındaki herkesin daha açık bir ifade ile vatandaş, yabancı uyruklu kişi ve vatansızların Sözleşme ile Sözleşme'ye taraf devletlere karşı temel hak ve özgürlükleri koruma altına alınmıştır. AİHS'nin uygulanabilmesi için Sözleşme'ye taraf devletle kişi arasında hukuksal bir ilişkinin varlığı aranmamaktadır. Sözleşme'ye taraf devletin etkin olduğu alan içinde bulunmak, kişiye temel hakları ileri sürebilmesi gerekli yetkiyi sağlamaktadır.¹⁶ Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlüklerden bazıları sınırlamalara tabi tutulmuştur. Sözleşme bu anlamda bir kısmı sınırlanabilen ve sınırlanamayan haklar olarak ikinci bir tutuma sahiptir. Sınırlama rejimi de farklı şekillerde ortaya çıkmıştır. Bazı sınırlamalar ilgili maddede açıkça ifade edilmiştir. Bir diğer sınırlama şekli ise kişilerin statüsüne göre ortaya çıkan sınırlamalardır. Olağanüstü hal rejimi, kamu yararı ve özel yarar kavramlarına dayalı olarak yapılan sı-

¹² Gözübüyük / Gölcüklü, *a. g. e.*, s. 11.

¹³ Reisoğlu, *a. g. e.*, s. 34, Gemalmaz, *a. g. e.*, s. 424.

¹⁴ Özdek, *a. g. e.*, s. 31, 32.

¹⁵ www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts ,25.08.2009.

¹⁶ Tezcan / Erdem / Sancakdar, *a. g. e.*, s. 80, Özdek, *a. g. e.*, s. 33.

nırlamalar da yine AİHS metninde yer almaktadır.¹⁷

İdarenin hürriyeti bağlayıcı ceza vermesi AİHS'ne göre tanımlanmayan bir durum olup medeni hak ve yükümlülükler ile ceza hukuku alanında bu nevi bir yaptırımın ancak yasa ile kurulu "bağımsız ve tarafsız" mahkemeler tarafından verileceği yine AİHS'de belirtilmiştir.¹⁸ Ancak AİHM medeni ve ceza hukuku alanı dışında, kamu düzeni ve askeri faaliyetler dolayısıyla ortaya çıkan bu tür yaptırımlarla ilgili olarak da bu alanda içtihat oluşturmuştur.

AİHS sistemi içinde AİHM'nin askeri hizmetle ilgili bir konuda, idare tarafından hürriyeti bağlayıcı ceza ile karşılanan asker kişilerin eylemleri ile ilgili davalar için yaklaşımını ortaya koyduğu karar 08.06.1976 tarihli Engel ve diğerleri davasıdır.¹⁹ Bahse konu davada, Hollanda ordusunda askerlik görevlerini yerine getiren farklı rütbe-lerdeki asker kişilere, disipline aykırı eylemlerinden dolayı amirlerince verilen hafif göz hapsi, sıkı göz hapsi ve oda hapsi cezaları, bu cezaya mahkûm olanlar tarafından AİHS'nin 5/1. maddesine aykırı olduğu iddiası ile AİHM önüne götürülmüştür. Davanın ismi ile anıldığı Engel ve arkadaşları Hollanda ordusunda çavuş olarak görev yapmaktadır. Engel, disipline aykırı eylemleri nedeniyle aldığı önce üç gün göz hapsi cezası almış, verilen cezaya uymaması nedeniyle üç gün sıkı göz hapsi cezasına mahkûm edilmiş, disiplinsiz davranışlarının devamı üzerine amiri tarafından bu sefer üç gün ağır göz hapsi cezası verilmiştir. Bu kararlar, Hollanda Ordusu Yüksek Askeri mahkemesinde AİHS'nin 5. maddesi ihlal edildiği gerekçesi ile Engel tarafından temyiz edilmiş ancak askeri mahkeme verilen cezalarla ilgili bir hukuksuzluğun olmadığı kararını vermiştir. Hafif göz hapsinin infazı mesai içinde görevin yapılması, mesai dışında kışlanın terk edilmemesi ancak kışla içinde serbestçe dolaşabilmesi şeklinde infaz edilmektedir. Sıkı göz hapsi cezasının infaz usulü ise mesaiye devam, mesai sonrasında da kışlada kilitli olmayan bir odada kalmak şeklinde, ağır göz hapsinin infaz şekli ise mesai saatleri içinde ve dışında subay-

¹⁷ Gemalmaz, *a. g. e.*, s. 424,426, Tezcan / Erdem / Sancakdar, *a. g. e.*, s. 89-91.

¹⁸ AİHS 5. madde, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağını belirttiikten sonra bu genel kurala aykırı istisnalarda yetkili mahkeme tarafından mahkum edilme halini ifade etmiştir. 6. madde ise medeni ve cezai davalarda yöneltilecek suçlamalarla ilgili olarak karar verecek mahkemenin niteliklerini tespit etmiştir.

¹⁹ Engel and others v. Netherland, www.echr.coe.int./Ne/, 31.08.2009.

lar için evlerinde oturma diğerleri için ise bir koğuşa kapatılarak yerine getirilmektedir.²⁰ Bahsi geçen olaydaki asker kişiler AİHM'ne, verilen disiplin cezalarının AİHS'nin 5. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla dava açmışlardır. Göz hapsinin AİHS'nin 5. maddesine aykırı olmadığını düşünen Komisyon, oda hapsi ve ağır oda hapsi cezası için ise AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiş ve başvuruyu AİHM'ye götürmüştür. AİHS'nin sivil asker herkesi kapsamakla birlikte askerliğin kendisine has durumunun AİHM önündeki davalarda dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.²¹

Askeri disiplinin doğası, sivil şahıslar için öngörülemez olan hak ve özgürlüklere ait kısıtlamaların askerler için öngörülebilir olmasına olanak verir. Bu durum üye devlet için sözleşmeye aykırı bir durum yaratmaz. Bununla birlikte üye ülkenin askeri disiplin rejimi AİHS m. 5/1 kapsamı dışında tutulamaz. AİHS 1 ve 14. maddeleri bu bağlamda 5/1. madde ile birlikte değerlendirilmelidir.²² Sözleşmeye taraf ülkeler askeri disiplin rejimlerini düzenlerken belli bir takdir hakkına sahip olup, askerler için sivillere uygulanamayacak olan yaptırımlar öngörebilirler. Bu tür bir yaptırımın AİHS'nin 5. maddesine aykırı olup olmadığına ise disiplin cezasının niteliği, süresi, etkileri ve uygulama tarzı dikkate alınarak karar verilecektir. Sözleşme'nin 5. maddesinde gösterilen özgürlükten yoksun kalma halleri sınırlı sayma yolu ile belirtilmiştir. Buradan hareketle disiplin cezasının yaptırımının m. 5/1'e aykırı olması durumunda 5. Madde, asker kişiler için de uygulanabilir duruma gelmektedir. Söz konusu davada AİHM kışla içinde kilit altında tutulmamakla birlikte belirli yerlere (kışla içindeki kantin, sinema gibi) gitmekten alıkonulma hali olan sıkı göz hapsini AİHS m. 5'e uygun bir yaptırım olarak değerlendirmiştir. Buna karşılık bir odada kilit altında bulundurma şeklinde infazı yapılan ağır göz

²⁰ Hikmet Tülen, "Disiplin Amirlerince Verilebilen Oda Hapsi Cezalarına Anayasa Mahkemesi ve AİHM'si Kararları Işığında Bir Bakış", *Prof: Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 664-664.

²¹ Tezcan / Erdem / Sancakdar, *a. g. e.*, s. 279.

²² Madde 1: İnsan haklarına saygı yükümlülüğü: Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.

Madde 14: Ayrımcılık Yasağı: Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

hapsi cezasının sözleşmeye aykırı olduğu karar vermiştir. Bu karara varırken diğer önemli bir tespiti ise bu tür bir cezanın yetkili mahkeme tarafından verilmesinin gerekli olduğu, iç hukukta, idarenin hürriyeti bağlayıcı ceza verme yetkisi ile ilgili olarak yapılan tasnifin AİHS açısından öneminin olmadığıdır.²³ AİHM kişi hürriyetinden mahrum bırakma hallerini AİHS m. 5'te sayıldığı şekli ile sınırlı olarak kabul etmekte, asker kişiler için iç hukuktaki düzenleme şekline askerliğin özel durumunu dikkate alarak ancak kısıtlı bir esneklik tanımakla birlikte bununla hakkın özünü ortadan kaldıracak biçimde olmamasına önem vermektedir.

Engel davası ile ilgili olarak yukarıda ifade edilen AİHM'nin yaklaşımı, Türkiye'ye karşı açılan A. D. v. Türkiye davasında da devam etmiştir. Davanın kısa özetini vermek icap ederse; AD, TSK'da ast-subaydır. Amiri tarafından, disiplinsizliği öne sürülmüş, As. Ceza Kanunu'nun 171. maddesine dayanılarak kendisine 21 gün oda hapsi cezası verilmiştir. Başvuru sahibi cezaya itiraz etmiş; itiraz, cezayı veren amirin bir üstü olan amir tarafından reddedilmiş ve devamında AYİM'de açtığı davada 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Kanunu m. 21²⁴ kapsamında disiplin cezalarının yargısal denetime tabi olmayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvuru sahibi konuyu AİHM önüne getirmiştir. AİHM önünde, verilen hürriyeti bağlayıcı disiplin cezasının mahkeme tarafından değil askeri amir tarafından verildiği ve bu nedenle de AİHS'nin 5/1. maddesine aykırı olduğu iddia edilmektedir. AİHM Engel davasındaki gerekçelerini de eklediği değerlendirmesinde özgürlüğün kısıtlanmasının ancak yargı kararı ile mümkün olabileceğini, bununla birlikte AİHM'nin askeri hayatın özel koşullarını da göz önünde tuttuğunu, bir sivil verildiğinde özgürlüğün kısıtlanması olarak değerlendirilebilecek bir disiplin cezası ya da yaptırımın, silahlı kuvvetler mensubu bir kişiye verilmesi halinde aynı niteliğe sahip olmayabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte AİHM, davacının, tevkif evinde 21 gün hapis yattığını ve AİHS m. 5 gereğince özgürlüğünün kısıtlandığını, bu cezayı veren askeri amirin kendi üstlerinden bağımsız hareket edemeyeceğini ve belirli bir hiye-

²³ Tülen, *a. g. e.*, s. 665, 666.

²⁴ 1602 sayılı Kanun, m. 21 f. 3: "Cumhurbaşkanının, Yüksek Askeri Şuranın tasarrufları ve Sıkıyönetim Komutanlarının 1402 sayılı Kanunda yazılı tasarrufları ile disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü disiplin amirlerince verilen cezalar yargı denetimi dışındadır."

rarşi içinde bulunduğunu dolayısıyla AİHS m. 5/1’de aranan yargılama güvencesinin oluşmadığını vurgulamıştır. Neticede başvuruçunun tutuklanmasının, yetkili bir mahkemece verilen mahkûmiyet kararına uygun bir tutuklama olmaması sebebiyle AİHS’nin 5/1 maddesinin ihlal edildiğini tespit ederek Türkiye’yi tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.²⁵

Disiplin hukuku kapsamında mevcut uyuşmazlığın AİHM önüne götürülebilmesine AİHS’nin 6. maddesinin imkân vermediği, 6’ncı md. ile koruma altına alınan adil yargılanma hakkından yararlanabilme olanağının, özel hukuk uyuşmazlıkları ile ceza davalarına ilişkin uyuşmazlıklarda söz konusu olduğu ifade edilmiştir. AİHS’ye üye devletlerin, ceza hukuku ile disiplin hukuku arasında bir ayırım yapma haklarının varlığı esas olmakla beraber, disiplin hukuku ya da idari alandaki uyuşmazlıklar tamamıyla bu güvencenin dışında da bırakılmamıştır. AİHM bu alanda kesin tanımlamalardan kaçınarak mevcut uyuşmazlığa göre bir tavırda takınmaktadır.²⁶ İrfan Bayrak-Türkiye davasında (Başvuru No.: 39429/98), başvuran uzman çavuş olarak TSK’ya görev yapmaktadır. Disiplin mahkemesi tarafından, nöbetle ilgili talimatlara aykırı davranmak suçundan dolayı 30 gün oda hapsi cezası ile cezalandırılmıştır. Başvurucu AİHM önünde açtığı davada, disiplin mahkemelerinin AİHS m. 6/1 uyarınca tarafsız ve bağımsız olmadığını iddia etmektedir. AİHM, davanın kabul edilebilirliği ile ilgili muhakemesinde, askeri personelin silahlı kuvvetlerin çalışma prensibini ihlalle suçlanmaları durumunda, devletin bu kişiye karşı ceza hukuku yerine disiplin hukukunu uygulayabileceğini ancak kişiye uygulanacak olan yaptırımın türünün AİHM tarafından dikkate alınacağını, hukukun üstünlüğünün kabul edildiği bir toplumda, türü, infaz şekli ve süresi itibarıyla önemli bir zarara yol açmayacağı düşünülenlerin dışında özgürlükten mahrum bırakan cezaların “ceza alanı” kapsamında kabul edileceği sonucuna varmıştır. AİHM devamında, “Askeri Disiplin Mahkemesi’nin tarafsızlıktan ve bağımsızlıktan yoksun olması

²⁵ www.yrg.gov.tr/aihm/upload/29986-96.pdf 10.08.2009

²⁶ Durmuş Tezcan, “Adil (dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu”, *Yıldızhan Yayla Armağanı*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 1’inci Baskı, İstanbul, 2003, s. 469, Oğuz Sancakdar, “Memurun Hizmet Dışı İlişkilerinin Disiplin Hukukuna Etkisi”, *Yıldızhan Yayla Armağanı*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 1’inci Baskı, İstanbul, 2003, s. 444.

sebebiyle AİHS'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine" kararını vermiştir.²⁷ Buradan da anlaşılacağı üzere davaya konu olan eylemin devlet tarafından yapılan nitelendirmesi AİHM'i bağlamamakta, önüne getirilen dava ile ilgili nitelendirmeleri, AİHS, önceki içtihatları ve kendi bakış açısı doğrultusunda AİHM yapmaktadır. Bu davranış şekli de elbette ki AİHS hükümlerinin her bir üye devletin kendi ihtiyaçları doğrultusundaki yorumunun dışında, AİHS ve onun ortaya koyduğu değerler çerçevesinde işlev gösteren AİHM'nin yorumu ile sözleşmeye verdiği anlamın üye devletler üzerinde etkili olması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Talep edilende, AİHS çerçevesinde oluşan insan hakları anlayışının, Sözleşme'ye üye devletler tarafından da kabul edilmesi ve iç hukuka uygulanması yolu ile insan hakları anlayışının geçerlilik alanını genişletmek ve sağlamlaştırmaktır.

3. Anayasal Çerçevedeki Kabuller ve Uygulamalar

Yukarıda sunulan kısa karar özetleri insan hakları ile ilgili konularda Anayasa ve kanunlar arasındaki çatışma ya da insan hakları temel metinleri ile anayasa arasındaki çatışmalarda ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin örnekler olarak sunulabilir. Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği konusu düzenlenirken AİHS m. 5 kaynak olarak kullanılmış ve kişi hürriyetinin kısıtlanacağı haller sayılarak ifade edilmiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın m. 38'de ise ayrı bir sınırlama sebebi de ifade edilmiştir. Anayasal çerçevede AİHS m. 5'te düzenlemelerinin kişi hürriyeti ve güvenliği konusunda esas kabul edilmesi durumunda m. 38 düzenlemesi ayrık ve bütünlüğe ters bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Madde 5 hükümlerinin sınırlı sayıda kabul edilmemesi ve istisnaların getirilebileceğinin kabulü halindeyse anayasal düzenleme mantığının AİHS ile çelişmesi durumu baş gös-

²⁷ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/irfanbayrak.doc>, 20.08.2009, Bayrak-Türkiye kararında bahsedilen ve 477 sayılı kanunla kurulu disiplin mahkemelerinin, mahkeme bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından AİHS'nin aradığı ölçütleri karşılamadığı teoride de vurgulanmaktadır.(K. Gözler, "Askeri Yargı Organlarının İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Uygunluğu", www.anayasa.gen.tr). Disiplin suçlarına karşı disiplin mahkemeleri tarafından verilecek olan disiplin cezalarının da (oda hapsi) AİHM tarafından AİHS m. 5/1 kapsamında sözleşmeye aykırı olarak kabul edilmesi de kuvvetle muhtemeldir. (İlter Aksoylu, "Hukuk Devleti İlkesi ve AİHS Çerçevesinde Askeri Disiplin Hukukunun Değerlendirilmesi", *AYİM Dergisi*, Sayı: 22, Kitap 1, Ankara 2007, s. 55.)

termektedir. AİHS'nin temel haklar konusunda uluslararası bir anlaşma olduğu ve 1982 Anayasası'nın 90. maddesi gereğince TBMM'de kabulünü müteakip Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği göz önüne alındığında anayasal ve iç hukuk kurallarının birbiri ile uyumlu olması ancak hem iç hukuk normunun hem de anayasanın sözleşme ile çatışması durumu ortaya çıkmaktadır.

Anayasal bir sistemin gerekliliği iki temel kural ile açıklanır. Bunlardan biri devletin yapılanmasını ortaya koymak diğeri de bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktır.²⁸ Anayasa'nın 2. maddesi de anayasaların varlık sebebine uygun olarak cumhuriyetin niteliklerini "*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*" şeklinde hüküm altına almıştır. Anayasa Mahkemesi ise bir kararında hukuk devletini "*insan haklarına saygılı ve bu hakların koruyucusu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet olarak tanımlamıştır.*"²⁹ İnsan hakları, Anayasa'da ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da geçen ve çerçeveyi belirleyen kavramlardan birisidir. İnsan hakları kavramının çıkışı ile ilgili olarak doğal hukuk ya da karşıtı olarak yer bulan pozitif hukuk konusuna girmeden AİHS sistemi içinde tanımlanan hak ve özgürlüklerin Anayasamızda da yer aldığı açıktır.

1982 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetler konusunun düzenlenmesinde AİHS ile uyumun sağlanmasına önem verildiğini, bunun özellikle Anayasa'nın 13, 14 ve 15. maddelerinde net olarak ortaya çıktığı vurgulanmaktadır.³⁰ İnsan hakları ya da "*özgürlükler demetinin*" normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan anayasa tarafından tanınıp güvenceye bağlanması hukuk devletinin bir gereği olup bireyi topluma ve devlete karşı özgürleştirmekte devleti bu işlevin aracı konumuna getirmektedir.³¹ Devletin varlık sebebi ise insan haklarının tanınma-

²⁸ H. Tahsin Fendoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm "veya" Destek Ölçü Norm" Sorunu, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 17, Ankara 2000, s. 363.

²⁹ Ergun Özbudun, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Kitabevi, Ankara 2008, s. 124.

³⁰ Özbudun, *a. g. e.*, s. 110, Kaboğlu, *a. g. e.*, s. 121.

³¹ E.Ethem Atay, "İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti"

sı ve korunması olarak tanımlanmaktadır Devletin işlevlerindeki hukuka bağlılık insan hakları için bir güvence oluşturmakla birlikte hukuk devleti ile yasa devletini birbirinden ayırt etmek ve hukuk devletinin yasa ve kuralların ötesinde adaleti sağlamayı amaç edinen bir devlet olduğunu ve bu duruma ulaşmak için toplumsal alanda da belirli seviyeye gelmenin gerekliliği vurgulanmaktadır. Hukukun üstünlüğü hukuk devletinin esasını oluşturmakta, insan hak ve özgürlüklerinin korunması temel amaç olmaktadır.³²

Anayasa, hukuk devleti ve insan hakları kavramlarının birbiri içinde tanımlanması bunların birinin diğerinden ayrılması durumunda anlam kaybına uğrayacağı da açıktır. Bu çerçevede Anayasamızın bütünlüğü esas alınarak m. 19'da kişi hürriyeti ve güvenliği konusunda sayılan sınırlamaların dışında m. 38'de kanunla istisnai sınırlamaların da getirilebileceği belirtilmiştir. AYM, E: 2000/34, K: 2005/91 sayılı kararında m. 19 ve 38 ile ilgili bir değerlendirme yapmıştır. Karara konu dava TSK'da görevli sivil memurlara disiplin amirleri tarafından oda ve göz hapsi verilebilmesine imkân tanıyan kanun maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla açılan iptal davasıdır. Kararda AYM öncelikle Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesinin hukuksal durumları aynı olanlar için geçerli olduğunu dolayısıyla TSK'de çalışan sivil memurların bazı hallerde diğer devlet memurlarından farklı olarak TSK'nın iç düzeni gereği As. Ceza Kanunu'nda kimi kurallara tabi olmalarının Anayasa'nı 10. maddesine aykırı olmadığına karar vermiş, devamında ise Anayasa'nın 19 ve 38. maddeleri yönünden incelemeye devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi, TSK'da görevli devlet memurlarına verilebileceği belirtilen göz ve oda hapsi cezalarını niteliği, infaz ve sonuçları dikkate alındığında bunların "*ceza hukuku anlamında özgürlüğü bağlayıcı ceza niteliği taşımayan sadece disiplini koruma ve bozulan disiplini sağlama niteliğinde olan cezalardır*" saptamasını yapmıştır. Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyetini sınırlayan hallerin sayılarak belirtilmesine rağmen disiplin cezalarının bu istisnalar içinde sayılmaması ise m. 38 bakımından Silahlı Kuvvetler'in iç düzenine kanunla istisnaların getirilebileceğini belirtilerek iç düzen kavramına vurgu yapılmıştır. İç düzen kavramı ile askerlik mesleğinde disiplinin sağlanması için uygulanan mevcut yapı Anayasa Mahkemesi ta-

<http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayı/36/web>, 15.08.2009.

³² Anıl Çeçen, *İnsan Hakları, Savaş Yayınları*, Ankara 2000, s. 119-122.

rafından da kabul edilmiştir.³³ Anayasa Mahkemesi'nin iç düzen ya da TSK'daki disiplin kavramına yaklaşımı ile ilgili önceki kararlarında da tutarlılık söz konusudur.³⁴

Konuyla ilgili olması açısından Anayasa Mahkemesi devlet memurlarına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 125. maddesine göre verilen uyarı ve kınama cezalarının yargısal denetim dışında tutulması hükmünün anayasaya aykırılığı itirazını da AY m. 129'un uyarı ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bıraktığı, bu maddeye rağmen uyarı ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun açılmasının imkânının olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin TSK'da memur statüsünde çalışan sivil kişilere uygulanacak disiplin hükümleri ile ilgili olarak, TSK'da çalışan kişiler için farklı düzenlemelerin getirilebileceği yönündeki Anayasa hükmüne vurgu yapmıştır. Aynı bakış açısının, 657 sayılı Kanun hükümlerine uygun olarak istihdam edilen devlet memuru statüsündeki kişilere uygulanan uyarı ve kınama cezalarının Anayasa'ya aykırılığının ileri sürüldüğü davada verilen kararda da ortaya çıktığı ve Anayasa Mahkemesi'nin bu çerçevede bir tutarlılığa sahip olduğu görülmektedir.

İnsan hakları belgelerinin iç hukuk düzenlemeleri ya da Anayasa ile çatışma durumunda olması uygulamada hangisinin dikkate alınacağı sorununu da beraberinde getirmektedir. A. D. v. Türkiye davası sonucunda ortaya çıkan durum, Türkiye'nin AİHS m. 5/1'i ihlal etmesi gerekçesiyle tazminata mahkûm edilmiş olmasıdır. Bahse konu davada A. D.'ye disiplin amiri tarafından hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi, As. Ceza Kanunu'nun 171. maddesine uygundur ve amirin bu konuda yetkisi vardır. Anayasa açısından bakıldığında da 38. Maddenin de TSK için istisna kabul edilmiş ayrıca 129. maddede bu hüküm farklı bir şekilde tekrar edilmiştir. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde kişi

³³ *Resmi Gazete*, 8 Kasım 2006, Sayı: 26340.

³⁴ AYM'nin 28.06.1966 gün ve E:1965/42, K:1966/30 sayılı kararında As. Ceza Kanunu'nun 169. maddesinin 1961 Anayasası'nın 30. maddesine aykırılığı ileri sürülmüş AYM disiplinin askerlik için öneminden bahsederek, yapılan itirazı reddetmiştir. AYM'nin 28 06 1966 gün ve E:1963/132 ve K:1966/29 sayılı kararında AYM disiplinin önemine ve disiplini koruyabilmek için askerliğe özgü cezaların ve cezalandırma yollarının gereğine değinilmiştir.

³⁵ AYM'nin 27.11.2007 gün ve E: 2002/169, K: 2007/188 sayılı kararı, *Resmi Gazete*, 19 Şubat 2008, Sayı: 26792.

hürriyeti ve güvenliği ile ilgili istisnalarda, 38. maddedeki durum ayırık bir hal olarak sayılmamış, hepsinden önce Anayasa'nın 2. maddesinde ise insan hakları kavramına vurgu yapılmıştır. Anayasa'nın 90. maddesi son fıkrası³⁶ dikkate alındığında uygulayıcılar için -ki bu kapsama yürütme ve yargı esas olarak girmektedir- çözümün ne olması gerektiği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

4. Anayasa'nın 90. Maddesi Son Fıkrası Kapsamında Soruna Bakış

İnsan hakları ile ilgili uluslararası belgelerin iç hukuktaki durumu ile ilgili doktrinde devam eden tartışmaya, 2004 yılında Anayasa'nın 90. madde son fıkrasına yapılan ekleme ile çözüm bulunmaya çalışılmış ancak son eklemenin net ve kabul edilebilir olduğu ile ilgili şüpheler devam ede gelmiştir.

Özbudun, mevcut sorunla ilgili olarak çözümün, Anayasa Mahkemesi kararları ile değil doğrudan anayasa koyucu tarafından getirilmesi gerektiğini, uluslararası hukukun milli hukuka üstünlüğünü belirten açık bir anayasal düzenleme olmadıkça Anayasa Mahkemesi kararıyla böyle bir düzenleme yapılamayacağını belirtmektedir. İnsan hakları sözleşmeleri açısından ise Anayasa'nın 2. maddesinde vücut bulan "*insan haklarına saygı*" ifadesinin sadece iç hukuktaki insan hakları ile ilgili hükümleri değil Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmelerini de kapsadığı söylenebilir. Bunun gerekçesinin ise günümüzde insan hakları konusunun önemi ve uluslararası hukuk tarafından korunması olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "*insan haklarına saygılı devlet ifadesi*" geniş yorumlanmalı ve 2004 yılında AY m. 90 son fıkraya yapılan ekle, temel haklar ile ilgili uluslararası anlaşmaların milli kanunlardan önce geldiği kabul edilmelidir.³⁷ Anayasa'nın 90. maddesi dikkate alınarak yapılan bir diğer değerlendirmede ise şu tespitler vardır:

³⁶ AY m. 90 son fıkraya, Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

³⁷ Özbudun, *a. g. e.*, s. 398, 399.

Milli yasa ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların aynı konudaki farklı düzenlemeleri nedeniyle ortaya çıkan çatışmada yargı ve idare, uluslararası anlaşma hükümlerini “*kendiliklerinden*” uygulamalıdır. Eğer milli yasa ile çatışan uluslararası anlaşma anayasa ile uyum halindeyse anayasa hükmü dikkate alınarak anayasa yargısı yolu işletilmelidir. Milli yasa ile uluslararası anlaşmanın çatıştığı alanda anayasada açık düzenleme yoksa mevcut boşluğun uluslararası anlaşma dikkate alınarak doldurulması gerekmektedir. Ancak anayasa ile uluslararası anlaşma arasında çatışma varsa anayasanın üstünlüğü ilkesi nedeniyle anayasa uygulanmalıdır.³⁸

Uluslararası hukuk kurallarının Türk Anayasa sistemi içinde yer bulmasını sağlayan Anayasa'nın 2 ve 15. maddeleri,³⁹ incelenen konuya ışık tutması açısından önem kazanmaktadır. AY 15. maddede ki “*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla*” ibaresi ile AY 2. maddede ki insan hakları göndermesi, AİHS'nin Anayasa'nın üzerinde yer aldığı ve bunun teorik açıdan “*kuşku olmayan*” bir husus olduğu ileri sürülen bir diğer görüş olup sunulan çözüm önerileri şu şekilde özetlenebilir:

AİHS ile düzenlenen konuda milli hukuk ve anayasada bir düzenleme yoksa sözleşme hükümleri “*doğrudan uygulanabilirlik*” özelliğine sahip olmaktadır. AİHS, yasa ile uyumsuzluk halinde ancak anayasa ile uyum içinde olması durumunda yasanın anayasaya aykırılığı gündeme gelmektedir. Bunun çözüm yeri ise Anayasa Mahkemesi'dir. Ana-

³⁸ Yılmaz Aliefendioğlu, “Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısındaki Durumu”, Danıştayın 139. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 139. Yıl, 11.05.2007, www.danistay.gov.tr, 10.09.2009

³⁹ **MADDE 2.** – Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

MADDE 15. – Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan 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.

(Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.)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.

yasa ile AİHS arasında bir uyumsuzluk söz konusu ise anayasa maddesinin AİHS'ye uyumlu yorumu tercih edilmelidir. Bu tercih de sorunu ortadan kaldırmıyorsa, 1982 Anayasası'na göre anayasa kuralı uygulanmalıdır. Ancak bu kabulün devamında elbette ki AİHM'si önünde Türkiye'nin mahkûmiyeti durumu ortaya çıkacaktır.⁴⁰ 2004 yılında AY m. 90'ın son fıkrasına yapılan ekleme ile uyumsuzluk durumunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmaların "esas alınması" gerekliliği, konu ile ilgili olarak ortaya konan bir diğer görüştür.⁴¹ AY m. 90 son fıkraya yapılan ek, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalara iç hukukta kanunlar karşısında bir üstünlük taşımakta, milli yargıçları, uluslararası insan haklarına ilişkin hükümleri iç hukukta doğrudan uygulamaya yöneltmektedir. Bununla birlikte hangi anlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşma olduğu ve bu uyumsuzluğun kim tarafından nasıl tespit edileceği de belirsizliğini korumaktadır.⁴²

Anayasa'nın 129. maddesinde uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulabileceği kuralına rağmen Ankara Bölge idare Mahkemesi'nin (İtiraz No: 1995/2171) açılan davayı esaslan kabul ederek incelemesi, AİHS hükümleri ile Anayasanın çatışması halinin mahkeme önünde somutlaştığı bir örnek olarak sunulabilir. Bu dava üzerinden konuya bakıldığında, Anayasa'da düzenlenmemiş bir konunun AİHS ile anayasal kapsam içine alınması ile anayasada açıkça sınırlanan bir hakkın AİHS dikkate alınarak tanınması ya da iç hukuk da uygulanması farklı durumlardır. 1982 Anayasası AİHS ile Anayasa'nın çatıştığı alanlarda anayasal hükmün üstün olduğunu kabul eder. Anayasa'nın diğer maddelerindeki AİHS çıkışlı düzenlemelerle Anayasa'daki bir diğer maddenin ortadan kaldırılması mümkün değildir. Çünkü Anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşi mevcut değildir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında en uygun çö-

⁴⁰ B. Tanör, N. Yüzbaşıoğlu, *a. g. e.*, s. 491-495, Oğuz Sancakdar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi", Danıştayın 139. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 139. Yıl, 11,05,2007, www.danistay.gov.tr, 10.09.2009

⁴¹ Hüseyin Pazarıcı, *Ulusla arası Hukuk*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 27

⁴² Levent Gönenç, "1982 Anayasasında Sessiz Devrim 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar", www.yasayanayasa.ankara.edu.tr.12.08.2009

züm Anayasa'nın ilgili maddesinin değiştirilmesidir. Bunun usulü de Anayasa'da açıktır.⁴³

Konu ile ilgili bir diğer görüş, AİHS'nin, üye ülkeleri yasal ve anayasal değişiklikler yapma yükümlülüğü altına koyan bir anlaşma olduğunu ifade etmiştir. Sözleşmeye üye ülkeler kendi yasalarını AİHS ve AİHM kararlarını dikkate alarak devamlı olarak gözden geçirmelidir. Üye ülke hukuk sisteminin AİHS'ye uygun olması zorunluluğu, Sözleşme hükümlerinin anayasal değerde olduğu bazen de anayasanın üstünde olduğu fikrini kabul edilmesini gerektirir.⁴⁴ Yine aynı açıdan bir diğer değerlendirmede, AİHS'nin üye ülkelerde doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu belirtilerek, üye ülkenin yasama, yürütme ve yargı organlarının Sözleşme hükümlerine göre hareket etmesinin gerektiği, AİHS hükümlerinden birisinin ihlalinin AİHM tarafından saptanması halinde davalı devletin ilgili yasayı hatta anayasa hükmünü bile değiştirmesinin gerekliliği vurgulanmaktadır.⁴⁵

AİHS'nin doğrudan uygulanabilirliği, iç hukukta yasalar karşısında bir üstünlüğü belirtmekle birlikte, AİHM'nin AİHS'ne üye ülke tarafından yapılan aykırı uygulamayı tespiti, iç hukuk hükmünün iptali sonucunu doğurmamaktadır. Buradan hareketle AİHS hükümlerinin anayasanın üstünde olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak AİHS ile ulaşılmak istenen amaç göz önüne alındığında, üye devletin AİHS lehine anayasada değişiklik yapma gerekliliği de devam etmektedir.⁴⁶ İnsan hakları konusunun egemenlik anlayışında farklılaşmaya neden olduğu savları dikkate alındığında, anayasal metin egemenlik kavramının göstergesi, egemenin iradesinin yazılı beyanıdır. Anayasaların meşruiyetinin arkasındaki egemenlik ölçütüne ait bu teklik özelliğinin günümüzde zayıfladığı, insan haklarının da meşruiyet sağlamadaki diğer unsur olduğu bu nedenle AİHS hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından bağımsız ölçü norm olarak kullanılması gerekliliği

⁴³ Kerem Altıparmak, Onur Karahanoğulları, "Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın "zımnen İptali", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 19-20, 1997-1998, <http://80,251,40,59/politics.ankara.edu.tr/altipar/> 07.08.2009.

⁴⁴ Tekin Akıllıoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri", <http://ihm.politics.ankara.edu.tr>, 05.08.2009.

⁴⁵ Gözübüyük / Gölcüklü, *a. g. e.*, s. 22.

⁴⁶ H. Tahsin Fendoğlu, *a.g.m.*, s. 381.

ifade edilmektedir.⁴⁷ Böyle bir durumda da AİHS hükümlerinin anayasanın üzerindeki yerinin sorgulanmasına da gerek olmayacaktır.

İnsan hakları kavramının üstünlüğüne izafe edilen değer, normlar hiyerarşisi içindeki yeri, ancak o hiyerarşide mevcut normlar ve anayasa tarafından tanındığı ölçüde olacaktır. İç hukuk hükümlerinin geçerliliği ile ilgili olarak iki zemin mevcuttur. Bunlardan birincisi, "iç geçerlilik" diğeri ise "dış geçerliliktir". Bir iç hukuk hükmünün uluslararası hukukta ileri sürüldüğünde geçerli olmadığı yönünde verilecek bir karar, iç hukuk hükmünün uluslararası anlamda geçersizliğini ortaya koymaktadır. Aynı hükmün iç hukuktaki geçerliliği devam etmektedir. İç hukuk hükmü geçerliliğini anayasadan almaktadır. Oysa anayasa ile AİHS arasında Kelsen'in öngördüğü bir hiyerarşiden kaynaklanan geçerlilik ilişkisi mevcut değildir. Geçerlilik ilişkisinin bulunmadığı sabitken AİHS'nin anayasanın üzerinde olduğunu ifade etmek doğru bir tespit olmayacaktır.⁴⁸

5. Anayasa Mahkemesi ve Diğer Yüksek Mahkemelerin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen davalarda AİHS'ye getirdiği yorum ile Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerin olması gereken anlamda yorumu konusunda tutarlı bir uygulamasının olmadığı, AİHS hükümlerini ise "destekleyici ölçü norm" olarak kullandığı görülmektedir. Bu çerçevede temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda kullanılan "demokratik toplum düzenininin gereklerine uygunluk" ölçütünün de gerçek anlamıyla kabul edilip uygulanmasında da sorunların olduğu açıktır.⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa metni içinde geçen temel hak ve özgürlüklerin yorumu ile ilgili olarak kullanacağı yorum tekniğinde, AİHS hükümleri ile AİHM kararlarını bağımsız ölçü norm olarak alması durumunda normlar hiyerarşisi içinde mevcut olan geçerlilik kavramı da sorgulanacaktır. Kanunların anayasadan aldıkları geçerlilik, Sözleşme hükümlerinin bağımsız ölçü norm

⁴⁷ Zühtü Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 17, Ankara 2000, s. 291,292.

⁴⁸ Kemal Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasa Üstünlüğü Sorunu", <http://anayasa.gen.tr> 05.08.2009.

⁴⁹ Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Kitabevi, Ankara 2009, s. 353.

olması halinde Anayasanın bu bağlamdaki geçerliliğini de AİHS'den aldığını, devamında ise meşruiyet ve egemenlik kavramlarının sorgulanmasına neden olacaktır. Anayasa maddeleri haline gelen temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelerin yorumunda Anayasa Mahkemesi, AİHS ve AİHM içtihatlarını bir üst seviye olarak görmeyip mevcut uyumsuzluğun türüne göre temel hak ve özgürlüklere yaklaştığı ve Anayasa üstünde bağlayıcı bir geçerlilik kaynağını genellikle kabul etmediği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin E:2000/82, K:2002/193 sayı ve 26.11.2002 tarihli kararında, Anayasa'nın 19. maddesinin, kişi hürriyeti ve güvenliğiyle ilgili hükümleri içerdiği, kişiyi sadece keyfi yakalamaya veya tutuklamaya karşı koruyan bir güvenceden ziyade kişiye başkasına zarar vermeden dilediği gibi dolaşabilmesi ve yasayla belirlenen durumlar dışında hareket özgürlüğünden yoksun bırakılmaması anlamına geldiği vurgulanmaktadır. AİHS m. 5'te sayma yolu ile belirtilen istisnai hallerde kişi özgürlüğü ve güvenliğine getirilen sınırlamaların yanında yasayla da ek sınırlamaların getirilmiş olması Anayasa Mahkemesine göre bir tezat teşkil etmemektedir.⁵⁰

İncelememize esas teşkil eden Anayasa'nın 19. maddesinde ki kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı temelinde, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) önünde açılan idari işlemlerin iptali davalarında AYİM'in tespitleri de Anayasa ve kanun arasındaki normlar hiyerarşisi ve iç geçerlilik esası üzerine oturtulmuştur. AYİM'in E: 2007/576, K: 2007/308 sayı ve 04.10.2007 tarihli kararının konusu asker şahsa amiri tarafından verilen 3 gün oda hapsi cezasının AİHM'nin oda hapsinin Sözleşme'ye aykırı olduğu yönündeki kararına da vurgu yapılarak iptali talep edilmiştir. AYİM yaptığı inceleme sonucunda 1982 Anayasasının suç ve cezalara ilişkin m. 38'in 10. fıkrasına⁵¹ ve m. 129'un 3. fıkrasına⁵² dikkat çekmiş ve TSK'nun iç düzeni bakımından hürriyeti bağlayıcı cezaların verilebilmesi için Anayasa'nın yasama organını yetkilendirdiğini ve bu kapsamda yasama organı tarafından 1632 sayı-

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı E:2000/82,K:2002/193, T:26.11.2002, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR>, 19.06.2009.

⁵¹ AY 38/10 "İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir".

⁵² AY129/4 "Silahlı Kuvvetler mensupları ile hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümler saklıdır".

lı Askeri Ceza Kanunu'nun 171. maddesi ile disiplin amirlerine yetkinin verildiği, 1602 sayılı AYİM Kanunu'nun 21. maddesi ile de bu cezaların yargı denetimi dışında tutulmasının düzenlendiğini belirtmiştir. Kararda, AİHS'nin Türk hukukundaki yeri konusunda yapılan teorik incelemeyi müteakip, AİHS'nin Anayasa'ya nazaran önceliğinin olduğu konusunda bir tespitin olmadığı ifade edilmiştir. Anayasa'nın 15, 16, 42 ve 92. maddeleri açısından AİHS'nin iç hukukta anayasanın üstünde olduğu ve ulusal mahkemelerde, iç hukuk hükmü ile çatışma halinde AİHS hükümlerinin uygulanacağı yönündeki görüşlere rağmen milli mahkemelerin, çatışma halinde AİHS hükümlerini "asli hukuk normu" olarak kullanamayacakları vurgulanmıştır. Ayrıca Anayasa'nın 2, 15 ve 90. maddeleri hükümleri karşısında uluslararası antlaşmaların anayasal değerde olduğu kabul edilse ve anayasal kuralların üstünlüğü başlangıçtaki hükümler, Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin esaslar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ilkeler, maddi anlamdaki kurallar ve şekli anlamdaki kurallar olarak sıralansa da, bağlayıcılık söz konusu olduğunda Anayasa'daki kurallar arasında bir hiyerarşi yoktur. Bir anayasa kuralının bağlayıcılığının bir diğer anayasa kuralı düşünülerek göz ardı edilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'nın Başlangıç kısmında belirtilen ve Anayasadan kaynaklanan yetkiyi millet adına kullanan "hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkmayacağı" hükmü ve Anayasa'nın, yasama, yürütme, yargı ve idare organlarını bağlayan temel hukuk kuralları oldukları (AY m. 11) kabulü ile hâkimlerin Anayasa'ya uygun olarak karar vermeleri zorunluluğunu belirten (AY m. 138/1) hükmü karşısında uluslararası kuralların, Anayasa'nın üstünde değer taşıdıkları sonucuna varılamayacağını belirterek, uluslararası anlaşma ile Anayasa hükmü arasındaki çatışmada Anayasa hükmünün uygulanmasının zorunlu olduğu kararını vermiştir.

AİHM'nin 22 Aralık 2005 gün ve 29986/96 sayılı A. D. v. Türkiye kararı ile Türkiye'nin AİHS m. 5/1'i ihlal ettiğini hükme bağlamasının, iç hukukta doğrudan uygulanarak bundan sonra verilecek disiplin cezaları için yargısal denetim yolunu açması AYİM tarafında müm-

kün görülmemektedir.⁵³ AİHS ile Anayasa hükmü arasında bir çatışma olduğunda Anayasa hükmünün üstün ve bağlayıcı olduğu görüşü AYİM tarafından kabul edilmektedir.

Danıştay kararlarında AİHS'nin iç hukukun parçası olduğu, Anayasaya aykırı sözleşme hükümlerinin yasaların üstünde olduğu için uygulanması gereği (Danıştay 5. Daire, 22.05.1991 tarih ve 1723/933 sayılı karar) ifade edilmiştir. Danıştay 8. Daire, Sözleşme hükümlerinin yürütme ve yargı organları için bağlayıcı olduğunu belirtmiştir. 10. Daire ise uluslararası belgeleri iç hukukun parçası olarak saymıştır.⁵⁴ Danıştay 12. Daire'nin 22.02.2006 tarih ve K: 2006/540 sayılı kararı, polis memuru hakkında disiplin suçları işlediği gerekçesiyle Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulu tarafından verilen meslekten çıkarma cezasının iptali istemiyle açılan ve Bursa İdare Mahkemesi'nce karara bağlanan davanın temyiz incelemesi ile ilgili olup burada AİHS hükümlerinin Anayasa karşısındaki durumuna değinmiştir. Ancak söz konusu davada AİHS m. 6'da düzenlenen adil yargılanma hakkı temelinde bir inceleme yapılmış olsa da 12. Daire, AİHS ile ilgili bir muhakeme yaparak, AY m. 90 son fıkrasının uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki yerini doğrudan doğruya düzenlediğini, AY m. 15, 16, 42 ve 92'de uluslararası hukuka ve sözleşmelere atıfta bulunulduğunu, dolayısıyla Anayasanın bu maddelerinde belirtilen durumlara ilişkin düzenlemeler yapan Sözleşme hükümlerinin anayasal değer taşıdıklarını belirtmiştir. 12. Daire kararın devamında, AY m. 90 son fıkrasındaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklar durumunda ise yargı yetkisini kullanan "*adli, idari ve askeri yargı*" yerleri ile yasama ve yürütme organının da yeni düzenlemeye göre hareket etmek zorunda oldukları, AY m. 138'de vücut bulan "*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*" hükmünün içerisine iç hukukun yanında uluslararası hukukun da dâhil olduğu kararına varmıştır.⁵⁵

⁵³ Yayınlanmamış AYİM Kararı, E: 2007/576, K: 2007/308, T: 04.10.2007. Bu kararlar aynı yönde olan yayınlanmamış bir diğer karar ise, AYİM Kararı, E: 2008/106, K: 2008/182, T: 24.01.2008.

⁵⁴ H. Tahsin Fendoğlu, *a.g.m.*, s. 378.

⁵⁵ Danıştay 12. Daire, E: 2005/6353, K: 2006/540 VE 22.02.2006 tarihli karar, www.danistay.gov.tr, 14.10.2009.

6. AİHS ve İç Hukuk Arasındaki Çatışmanın İrdelenmesi

Anayasa'nın 90. maddesi son fıkrasına yapılan ekleme sonucunda insan hakları alanındaki uluslararası anlaşmaların yasaların üstünde olduğu ve bir yasa ile çatıştığında milli mahkemeler tarafından uygulanma önceliğine sahip olduğu söylenebilir. Ancak burada insan hakları alanındaki uluslararası anlaşma hükmünün doğrudan uygulanabilir olup olmadığı tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Anayasamızda hangi anlaşmaların bu kapsamda değerlendirileceği ile ilgili bir tespit yapılmamıştır. Bu durum milli mahkeme hâkimine bırakılmış gözükmektedir. Ayrıca böyle bir hükümle yasama organı tarafından yapılan bir kanunun yargı organı tarafından AY m. 90 son fıkrasının verdiği yetki ile yürürlükten kaldırılması ya da uygulanmaması söz konusudur. AY m. 7'de yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM tarafından kullanılacağı hükmü mevcuttur. AY m. 90 ile AY m. 7 arasında bu anlamda bir çelişki olduğu düşünülebilirse de uluslararası andlaşmanın meclisçe de onaylanması ile bir yasa statüsüne geçerek yasama organının iradesini yansıtmaması söz konusudur. Dolayısıyla bu çelişki göz ardı edilebilir. Yasama organının kanun çıkarma yeteri sayısı ile anayasaya aykırı olan/olabilecek bir andlaşmayı anayasaya aykırılığı ileri sürülemez bir statüye getirebilmesi de en azından teknik olarak mümkün olmaktadır. Anayasanın maddeleri arasında bir hiyerarşinin olmadığı ve birbirlerine eşit olduğu göz önüne alınırsa eşit iki madde arasında tutarlılık olması gerekirken farklılık olduğu ortadadır.

AİHS'nin doğrudan uygulanabilir olup olmaması ise ayrı bir problem sahasıdır. Doğrudan uygulanabilirlik ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin verdiği parti kapatma kararı üzerine AİHM önünde açılan davada AİHM, AİHS m. 11'in ihlal edildiği kararına varmıştır. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi'ne yapılan yargılamanın yenilenmesi talebi ise reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi AİHS m. 11'in "doğrudan uygulanabilir nitelikte" olmadığını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu tespitinin AİHS'nin diğer maddeleri içinde geçerli olduğu kuvvetle muhtemeldir.⁵⁶ Yeri gelmişken Avrupa Birliği Hukuku'nun temel terimlerinden olan ve bunu, ATAD'ın verdiği kararlara borçlu olan doğrudan uygulanabilirlik kavramının Topluluk

⁵⁶ Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini İç Hukukumuza Etkileri", *Anayasa Kararları Dergisi*, Cilt:17, Ankara 2000, s. 33.

hukukunda ifade ettiği anlamı kısaca açıklamak mukayese açısından yararlı olacaktır.

Doğrudan uygulanabilirlik Topluluk hukuku normlarının üye ülke iç hukukunda yer alması ve uygulama için herhangi bir iç hukuk düzenlemesine gerek olmamasıdır. Doğrudan uygulama ölçütü zaman içinde geliştirilen bir doktrin olarak karşımıza çıkmaktadır. Topluluk hukuku düzenlemelerinin doğrudan uygulama ya da etkiye sahip olabilmesi için de Topluluk anlaşmalarının, tüzüklerinin ve kararlarının doğrudan uygulama ya da etkiye sahip olduğu konusunda kuşku olmaması, herhangi bir şart öngörmeyen Topluluk normunun iç hukukta uygulanması için Topluluk veya üye devletin başka bir düzenleme yapmasına gerek olmaması şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir. 5 Şubat 1963 tarihli Van Gend /Loos davasında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından verilen kararda Topluluk Hukuku'nun "*bireyler lehine verilen doğrudan kullanılacak haklar doğruduğu*" ifade edilmiştir.⁵⁷ AİHS dikkate alındığında Sözleşme hükümlerinin iç hukukta doğrudan etki doğurması söz konusu değildir. AİHS, devletleri Sözleşme hükümlerine uygun hareket etme konusunda taahhüt altına sokmakla birlikte bir Sözleşme hükmünün kendiliğinden iç hukukta uygulanması zorunluluğu devlete yüklenmemektedir. Üye devletler Sözleşme hükümlerinin iç hukuka ithalini kendileri yapmaktadırlar. Bu çerçevede AB hukukunda olduğu gibi bir egemenlik devrinden ziyade AİHM kararlarına uymak, üye devlet tarafından taahhüt edilmektedir.

AİHM kararları üye devlet için "*beyan edici*" bir özellik taşımaktadır. Üye ülkenin Sözleşme'ye aykırı bir iç hukuk düzenlemesi AİHS ile ortadan kaldırılamaz. Böyle bir durumda üye devlet, AİHM'nin dava sonucunda verdiği kararlarla saptadığı ihlali ortadan kaldırmak ve sonradan ortaya çıkacak benzer durumlara engel olacak düzenlemeler yapma yükümlülüğündedir.⁵⁸ AB hukukunda Topluluk düzenlemesinin doğrudan iç hukukta uygulanması mümkünken aynı durumun AİHS hükümleri için olamayacağı ya da uygulamada sorun çı-

⁵⁷ Haluk Günöğür, *Avrupa Birliğinin Hukuk Düzeni*, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara 2007, s. 42-45, Karen Davies, *European Union Law*, Third Edition, Great Britain, 2007, s. 65, 66.

⁵⁸ Emin Memiş, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç hukuk Etkileşimi Analizleri", *Anayasa Kararları Dergisi*, Cilt: 17, Ankara 2000, s. 166.

karacağı görüşü ağır basmaktadır. AY m. 90 son fıkraya yapılan ekleme ile iç hukuk düzenindeki mahkemelerin insan hakları konusunda yasa ile Sözleşme hükümleri arasında çatışma olması durumunda Sözleşme normun uygulanmasına hükmedilmiş olsa da mahkemelerin böyle bir uyumsuzluğun hangi hallerde var olduğuna karar verirken kullanacakları ölçütlerin ne olacağı belli değildir. AB hukukunda Topluluğa üye ülke mahkemelerinin Topluluk Hukukunun uygulanması ile ilgili olarak karşılaştıkları sorunları bir ön karar başvurusu yolu ile Avrupa Birliği Adalet Divanı önüne götürmeleri ve alacakları cevaba göre hareket ederek birçok problemin çözümü mümkün olmaktadır. Oysa AİHS sistemi içinde AİHM ile üye ülke mahkemeleri arasında bir hiyerarşi ya da bağlılık söz konusu değildir. İç hukukta ilk derece mahkeme'nin AY m. 90 son fıkrasını dikkate alarak vereceği karar temyiz yolu ile üst derece mahkemesine gönderilebilir, böylece hukuksal anlamda bir denetim mümkün olmaktadır. Bu durumda da kanunlarla çelişen anlaşma hükümleri için sorun aşılabilir gözükmemekte ancak çatışmanın anayasa hükmü ile Sözleşme arasında olması durumunda sorunun çözülebilirliği, anayasa maddeleri arasında bir hiyerarşi olmadığı düşünüldüğünde oldukça sıkıntılı bir hal almaktadır. AB hukukunda yapılan kısmi anlamda egemenliğin devri, devredilen alan içinde hiyerarşik bir yapıyı dolayısıyla tutarlılığın sağlanmasını kolaylaştırmıştır. Oysa AİHS ile düzenlenen insan hakları, üye ülkelerin anayasalarında yine üye ülkenin iradesi ve kendi düzenlediği şekil ile yer almaktadır. AİHM'nin verdiği kararlar Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında bir anlayış birliğini ortaya çıkarsa da bunu iç hukuka dâhil ederek uygulayacak olan üye devlettir. Her ne kadar günümüzde insan hakları kavramının, egemenlik ilkesini sınırladığı ifade edilse de hukuksal yapının kendi içinde bütünlük teşkil etmesi zorunludur. Anayasada açık bir şekilde egemenliğin devredilmediği bir sahada, AY m. 90 son fıkraya yapılan ekleme ile yargının, yasama organı yerine geçerek bir iç hukuk hükmünü uygulamadan kaldırıp yerine bir anlaşma hükmünü uygulamak zorunda bırakılması, ulaşılmak istenen amacı her zaman tartışmaya açık hale getirecektir.

İYUK'nın 53/1. maddesinde, HUMK'nın 445/11. maddesinde ve CMK'nın 311/f maddesinde 2003 yılında yapılan değişiklikler ile AİHM tarafından verilen ihlal hükümleri yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak tanımlanmıştır. Danıştay 8. Dairesi'nin 19.01.2007 tarih ve E: 2006/4857, K :2007/69 no.'lu kararında "*davacının 1997 yılında*

girdiği ÖYS sonucunun geçersiz sayılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddi yolunda verilen dairemizin kararına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesinin kesinleşen kararı nedeniyle 2577 sayılı yasa'nın 53/1-ı maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesi isteminin kabulü" ve sonuçta idari işlemin iptaline karar verilmiştir.⁵⁹

AİHS'nin iç hukukta doğrudan uygulanması söz konusu olmasa da AİHM'nin ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilerek bu durumun İYUK, CMK, HUMK'ya ithali sözleşme hükümleri ve AİHM içtihatlarının iç hukukta aşağıdan yukarıya olacak şekilde dolaylı da olsa uygulama alanı bulmasına imkân tanıyabilecektir. Bu kabul, AİHS hükümlerinin kanunların üstünde olduğu görüşünün kabul edildiğinin bir teyidi olsa da anayasal seviyede aynı şeyi söylemek söz konusu değildir. Yeniden yargılama sebebi olarak kabul edilen AİHM ihlal kararının, milli mahkeme tarafından yargılamanın yenilenmesi davasının görülmesi aşamasında AİHS hükümleri yönünde karar vereceği şeklinde bir kayıt bulunması da söz konusu değildir. İlk derece mahkemesinin böyle bir dava ile ilgili verdiği ve ilk kararı ile aynı olan kararın temyiz edilerek değişmemesi durumunda iç hukuk yollarını tüketen davacının aynı dava konusu hakkında tekrar AİHM'ye başvurusu da problemlere neden olacaktır. Diğer bir durum ise yargılamayı yenileyen mahkemenin ihlal kararı yönünde davayı sonuçlandırması durumunda göz ardı edilen iç hukuk hükmü yürürlükten kalkmamaktadır.

AİHS'ye üye ülke anayasalarında, Sözleşme'nin statüsüne verilen anlamlar farklıdır. Hollanda ve Avusturya uluslararası anlaşmaları anayasal düzeyde görmektedir. Almanya'da ise Sözleşme hükümleri federal kanun düzeyindedir. İtalya da, Sözleşme'yi kanunla eş değer görmektedir. Fransa, Yunanistan ve Portekiz'de ise Sözleşme hükümleri anayasa ile kanun arasındadır. Belçika da Sözleşme kanun ile aynı seviyededir. İngiltere, İrlanda, İzlanda ve İsveç'te ise AİHS iç hukukun bir parçası olarak görülmektedir.⁶⁰ AİHS'ye üye ülkelerin anayasal düzenlemelerinde de tek tip uygulama söz konusu değildir. Anayasal seviye de AİHS'nin yapacağı etki anayasa da bir açıklık yoksa

⁵⁹ <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 15.09.2009.

⁶⁰ Kemal Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasa Üstünlüğü Sorunu", a. g. m.; Sancakdar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hakiminin Vereceği Kararlara Etkisi", a. g. m.

mevcut anayasal hükmün, Sözleşme hükümleri ve amaçları doğrultusunda Anayasa Mahkemesini yapacağı yorum ile ortaya çıkacaktır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin ve ülkemizdeki bütün kurumların mevcut meşruiyetlerini Anayasa'dan aldıkları düşünüldüğünde; Anayasa da ifade edilmemiş, belirli yerlerde değinilmiş ya da aynı terimin Sözleşme ve Anayasa'da ki anlamlandırmalarının tam olarak örtüşmediği durumlarda Anayasa Mahkemesi'nin uyuşmazlığın çözümünde kullanacağı asıl anahtarın yine Anayasa'da belirtilen hükümler olması gerektiği görüşü ağır basmaktadır. Teoride ifade edildiği şekli ile "*başlımsız ölçü normların*" yanında elbette ki "*destek ölçü normlarda*" takviye amacıyla kullanılacaktır. Egemen iradenin Anayasa metni şeklinde ortaya koyduğu toplumsal sözleşmenin Anayasa Mahkemesi yorumlarıyla esnetilebileceği sınırlar yine Anayasa'nın metnine bakılarak belirlenmesi egemenlik kavramı ve anayasanın bir bütünlük içermesi bakımından önemlidir. Dolayısıyla iç hukukta yapılacak bir düzenlemenin yukarıdan soyut kavramlarla, aşağıya doğru somutlaşarak kodlanması daha uygun görünmektedir.

SONUÇ

AİHS hükümlerinin anayasadaki hükümlerle çatışması durumunda hangi düzenlemenin dikkate alınacağı egemenlik ilkesi ve anayasanın üstünlüğü prensibi ya da evrensel insan hakları düşüncesinin Anayasa'nın da üzerinde olduğu fikri karşısında iki farklı cevapla karşı karşıya kalmaktadır. İnsan hakları konusunun, uluslararası alanda ulaştığı yer ve etkileme gücü kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıktır. Her uygar ülkenin bu alana katkıda bulunması ve insan hakları ile ilgili gelişmeleri kendi iç hukukuna yansıtması kaçınılmaz bir görev olarak ortaya çıkmaktadır. Uluslararası insan hakları belgeleri devletlerin kayıtsız kalmalarına engel olacak bir güce uzun bir süredir ulaşmış bulunmaktadır. Dolayısıyla demokratik yönetim şeklini uygulayan ülkelerin demokrasilerinin niteliğini de yine insan hakları anlayışının seviyesi belirlemektedir. Bununla birlikte belli bir ülkede yaşayan insan topluluğunun siyasallaşarak ortaya koyduğu egemen iradenin görünümü olan ve o devletin üstün hukukunu oluşturan anayasanın mevcudiyetini inandırıcılığını ve bütünlüğünü devam ettirebilmesi altında yer alan normların sağlıklı olarak uygulanabilmesi için gereklidir. İnsan hakları ile ilgili uluslararası anlaşmaların ve özelde

AIHS ile AIHM kararlarının iç hukukta mevcut hükümlerle çatışmadan bir etki doğurması ve bu alandaki gelişmenin takip edilebilmesi için anayasada düzenlemeler yapılmalıdır. Anayasadaki maddeler, AIHS'ye ve AIHM kararlarına uygun olarak yorumlanacak bir kalıpta ifade edilmeli ya da değiştirilmelidir. Böylelikle AIHS'nin iç hukukla çatışması büyük oranda önlenebilecek Anayasa'da mevcut egemenlik yetkilerinin kullanımı ve meşruiyet konusunda ortaya çıkan tartışmalarda her halde azalacaktır. Bu kapsamda yasama organı sadece kanun bazında değil Anayasadaki maddelerde de gereken düzenleme ve değişiklikleri yapma konusunda istekli olmalıdır.

KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin, "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri", <http://ihm.politics.ankara.edu.tr>.
- Aksoylu, İlter, "Hukuk Devleti İlkesi ve AIHS Çerçevesinde Askeri Disiplin Hukukunun Değerlendirilmesi", *AYİM Dergisi*, Sayı: 22, Kitap 1, Ankara, 2007.
- Aliefendioğlu, Yılmaz, "Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısındaki Durumu", *Danıştayın 139. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 139. Yıl, www.danistay.gov.tr.
- Altıparmak, Kerem, / Karahanoğulları, Onur, "Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasanın "Zımnen İptali" *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt: 19-20, 1997-1998, <http://80,251,40,59/politics.ankara.edu.tr/altipar/>
- Arslan, Zühtü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt No: 17, Ankara, 2000.
- Atay, E.Ethem, "İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti" <http://www.Egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisiy1/36/web>
- Çeçen, Anıl, *İnsan Hakları*, Savaş Yayınları, Ankara, 2000.
- Davies, Karen, *European Union Law*, Third Edition, Great Britain, 2007.
- Fendoğlu, H.Tahsin, "İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu", *Anayasa Yargısı*, No:17, Ankara 2000, s. 38.
- Gemalmaz, M.Semih, *İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 4. Bası, Beta, İstanbul 2003.

- Gönenç, Levent, "1982 Anayasasında Sessiz Devrim 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar", www.yasayanayasa.ankara.edu.tr.
- Gözler, Kemal, "Askeri Yargı Organlarının İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu", www.anayasa.gen.tr
- Gözler, Kemal, "İnsan Hakları Normlarının Anayasa Üstünlüğü Sorunu", <http://anayasa.gen.tr>
- Gözübüyük, A. Şeref / Gölcüklü, A. Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.
- Günoğur, Haluk, *Avrupa Birliğinin Hukuk Düzeni*, Avrupa Ekonomik Danışma Merkezi, Ankara 2007.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin Kitabevi, Ankara 2009.
- Kaboğlu, İ. Ö., *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002.
- Memiş, Emin, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç hukuk Etkileşimi Analizleri", *Anayasa Kararları Dergisi*, Cilt No:17, Ankara 2000.
- Özbudun, Ergun, *Anayasa Hukuku*, Yetkin Kitabevi, Ankara 2008.
- Özdek, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayın No: 321, Ankara 2004.
- Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- Reisoğlu, Safa, *Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları*, Beta, İstanbul 2001.
- Sancakdar, Oğuz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk Yargı Sistemindeki Konumu ve Kararlarının İdari Yargı Hâkiminin Vereceği Kararlara Etkisi", *Danıştayın 139. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, Danıştay ve İdari Yargı Günü, www.danistay.gov.tr
- Sancakdar, Oğuz, "Memurun Hizmet Dışı İlişkilerinin Disiplin Hukukuna Etkisi", *Yıldızhan Yayla Armağanı*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No: 4, İstanbul 2003.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, M. Ruhan / Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiyenin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin, Ankara 2004.
- Tezcan, Durmuş, "Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Konumu", *Yıldızhan Yayla Ar-*

mağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No:4, 1'inci Baskı, İstanbul 2003.

Tülen, Hikmet, "Disiplin Amirlerince Verilebilen Oda Hapsi Cezalarına Anayasa Mahkemesi ve AİHM'si Kararları Işığında Bir Bakış", *Prof: Dr. Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt II, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008

Türmen, Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini İç Hukukumuzda Etkileri", *Anayasa Kararları Dergisi*, Cilt No:17, Ankara 2000.

İNTERNET KAYNAKLARI

<http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>

www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts

www.echr.coe.int/Ne/

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/irfanbayrak.doc>

www.yrg.gov.tr/aihm/upload/29986-96pdf

Resmi Gazete 8 Kasım 2006, Sayı: 26340

İNSAN HAKLARININ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN YARGITAY İÇTİHATLARINA YANSIMASI

Aydan Ömür SURLU*

I. İNSAN HAKLARININ KAVRAMSAL AÇILIMI

1. Kavram

İnsan hakları kavramı, belli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan, felsefi ve ahlaki kökenli hakları vurgulayan bir kavramdır. Bu nedenle pozitif hukukun dışında ve üstünde bir anlam taşır. Yalnız olanı değil olmasını gerekeni de içine alır.¹

Devlet tarafından güvence altına alınsın ya da alınmasın insanların onurlu bir yaşam sürdürmek için sahip olmaları gerektiği kabul edilen tüm hakları ifade eder.²

İnsan hakları kavramı, felsefi anlamda doğal hukuk anlayışından kaynaklanır. Doğal hukuka göre insan hakları, insanın doğasına bağlı ve ona zarar vermeksizin tanımazlık edilemeyen bir haklar bütünüdür. Hukuksal pozitivizmden farklı olarak doğal hukuk anlayışında insan hakları, "hak" değil "ideal"dir.³

* Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

¹ Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yay., Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 1998, s. 13.

² Uygun, Oktay, "İnsan Hakları Kuramı", *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2000, s. 16; Donnelly, Jack, *Teoride ve Uygulamada Eorensel İnsan Hakları*, Çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin Yay., Ankara 1995, s. 11.

³ Kaboğlu, İbrahim, *Kollektif Özgürlükler*, Diyarbakır Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Diyarbakır 1989, s. 21-22; Kaboğlu, İbrahim, "Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasa'ya Yansıtılması Sorunu", *Anayasa Yargısı-11*, AYM Yay.: 30, s. 238.

Doğal hukuk anlayışına göre insanlar; insanı insan yapan, devredilmez, vazgeçilmez, zaman ve mekana bağlı olmaksızın bütün çağlar boyunca geçerli olmak üzere değişmeyen ve geçersiz kılınamayan, toplumdaki ve devletten önce de var olan evrensel nitelikli, mutlak haklara sahiptir.⁴

XVII. ve XVIII. yüzyıllar içinde gelişen insan hakları doktrini, devletin kendi yarattığı hukuktan önce var olan doğal hukukla bağlı olduğu ve insanların bu hukuktan kaynaklanan doğal haklarına saygı göstermek zorunluluğunu kabul ederek o zamana kadar sınırsız olan devlet otoritesini sınırlandırmayı ve insanları baskıdan korumayı amaçlamıştır.⁵

2. İnsan Haklarının Pozitif (Hukuksal) Metinlerde Yer Alması

İnsan hakları kavramı, yani insanların doğuştan devredilmez haklara sahip olduğu, ilk kez Yeni Çağ'da siyasi düşünce tarihini ilgilendiren felsefi bir tartışma konusu olmaktan çıkmış ve anayasal ve hukuk düzenini ilgilendiren bir konu olarak ele alınmıştır.⁶

İnsan hakları ve bu hakların pozitif hukuk alanı olarak anayasalarda yer alması için tarih boyunca siyasal mücadeleler yaşanmıştır. Bu dönemde mutlak egemen devlet anlayışının sınırlandırılması ve insanların baskıdan korunması amaçlanmıştır.

İnsan hakları alanında ilk adımın İngiltere'de, feodal beylerin sınırlı da olsa Krala karşı ileri sürebilecekleri bazı haklara sahip oldukları ve Kralın haklarını belirli ölçüde sınırlayan 1215 tarihli *Magna Carta* (Büyük Özgürlük Fermanı) ile atıldığı söylenebilir.⁷

⁴ Bkz. Paine, Thomas, *İnsan Hakları*, Çev. Mehmet Osman Dostel, M.E.B. Yay., İstanbul 1998, s. 53 vd.; Uygun, s. 17; Gemalmaz, Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta Yay., İstanbul 1997, s. 17 vd.

⁵ Kapani, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Yenilenmiş 2. basım, Bilgi Yay., Ankara 1991, s. 19; Bkz. Mumcu, Ahmet, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Savaş Yay., 3. baskı, Ankara 2003, s. 27 vd.

⁶ Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Meclis Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yay., No: 89, Ankara 2001, s.14; Tannör, s.14.; Friedrich, K. J., *Sınırlı Devlet*, Çev. Mehmet Turhan, s. 17.

⁷ Dohring, Karl, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, Çev. Ahmet Mumcu, 2. Bası, İnkılap Yay., İstanbul 2002, s. 259; Gözler, Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, Ekin

Daha sonra kabul edilen 1628 tarihli “*Petition of Rights*” Haklar Dilekçesi ve 1679 tarihli “*Habeas Corpus Act*” ile de kişi özgürlüklerinin ve güvenliklerinin Krala karşı korunmasına yönelik hükümler getirilerek bunların sınırları genişletilmeye çalışılmıştır. 1689’da “*Bill of Rights*” Temel Haklar Bildirisi ile de ilk kez vatandaşların bir takım temel hakları tek tek sayılmış ve kralın, parlamentonun onayı olmaksızın bunlara müdahale edemeyeceği düzenlenmiştir.⁸

Amerika’da ise 12 Haziran 1776 tarihinde Virginia Anayasası ve bu Anayasanın başına konan Virginia Haklar Bildirisi kabul edilmiştir. Bu belgede yer alan hak ve özgürlüklere, aynı tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisinde de yer verilmiştir. Bu bildirimde bütün insanların eşit derecede özgür ve bağımsız olup doğuştan vazgeçemeyecek ve devredemeyecekleri haklara sahip olduğu belirtilmiş ve devlet, bildiriye yer verilen hak ve özgürlükleri güvence altına almak ve bunların gerçekleştirilmesine elverişle bir ortamı hazırlamakla görevlendirilmiştir.⁹

1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirisi; insan onurunu ve yaşam hakkını, tüm hak ve özgürlüklerin odak noktası yapmıştır. Bildiriye insanların eşit yaratıldığı, yaratanın onlara devredemeyecekleri ve vazgeçemeyecekleri bazı haklar tanıdığı, yaşama hakkı, özgürlük ve mutluluğu arama hakkının bunlar arasında bulunduğu ilan edilmiştir. Bildiriye yaşama hakkına özel bir önem verilerek bu hakkın evrensel bir değeri olduğu ve milletlerarası hukuk ve bireysel devletlerin milli hukuklarından bağımsız olduğu belirtilmiştir.¹⁰

1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası da temel hak ve özgürlüklere yer vermiş daha sonra kabul edilen Eklerle haklar listesi genişletilmiştir.¹¹

Kitabevi Yay., Bursa 2007, s. 204.

⁸ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan...*, s. 39-40; Bkz. Aktan, Can Coşkun (Ed.), *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi*, Hak-İş Yay., Ankara 2000, s.83, Gellhorn, Walter, *Amerikan Hakları*, Çev. Ünal Oskay, Türk Siyasi İlimler Derneği Yay., Ankara 1965, s. 6 vd.; Keskin, Serap, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, *İnsan Hakları*, s. 65.

⁹ Lipson, Leslie, *Siyasetin Temel Sorunları*, Çev. Fügen Yavuz, TİB Yay., s. 313; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 6. Baskı, AÜHFY, Ankara 1981, s. 44-45.

¹⁰ Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 19; Akın, İlhan F., *Kamu Hukuku*, Beta Yay., 7. bası, İstanbul 1993, s. 288 vd.; Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan...*, s. 42 vd.

¹¹ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan...*, s. 47-48

1789 yılında Fransız İhtilaliyle Avrupa'da da insan hakları alanında önemli gelişmeler olmuş, 1789 Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirisi'nde insanların doğal hukuka dayanan; doğal, evrensel ve devredilmez haklara sahip olduğu açıkça yer almıştır.¹²

1789 Fransız Bildirisi, yalnızca Fransızlar için değil tüm insanlar için geçerli, evrensel nitelikli bir bildiri olma amacını taşıması nedeniyle genel nitelikli, kısa formül ve ilkelerden oluşmuştur. Bildiride özgürlük, mülkiyet ve baskıya karşı direnme hakları, insanın doğal ve zamanaşımına uğramaz hakları olarak nitelenmiştir. Bildiri, bu içeriğiyle ve Fransız Özgürlükler Anayasa Hukuku'na dahil edilen bir metin olması ve resmi dili Fransızca olan bazı Afrika devletlerinde açıkça referans olarak alınması nedeniyle "süreklilik" özelliğine sahiptir.¹³

Bildiri, 1776 Amerika Birleşik Devletleri Bağımsızlık Bildirisi'nden esinlenmekle ve Bildiri'deki klasik hak ve özgürlüklerin bir kısmını içermekle birlikte, farklı olarak kuvvetler ayrılığı, ulusal egemenlik, yasanın genel iradenin ifadesi olması gibi bazı siyasal ve anayasal ilkelere yer vermiş ve Tanrı iradesini dışlamıştır.¹⁴

1791 tarihli Fransız Anayasası da 1789 Fransız Bildirisi'ni Anayasa'yla bütünleştirerek ona anayasallık kazandırmış ve Fransız İhtilali'ni de yasallaştırmıştır. Anayasa, insanların doğuştan eşit haklara sahip olduğu ve öyle kalacaklarını belirterek eşitliğe dayanan bir toplumun, ön şart olarak insanların doğal birtakım haklara sahip olması gerektiğini düzenlemiştir.¹⁵ 1789 Fransız İhtilali'ni izleyen dönemde bildirinin etkisiyle dünyada yetmiş kadar anayasa ilan edilmiş ve çoğunda bir insan hakları kataloguna yer verilmiştir.¹⁶

¹² Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 20; Lipson, s. 279.; Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan...*, s. 49.

¹³ Kaboğlu, *Kollektif Özgürlükler*, s. 41; Akın, s. 294 vd.

¹⁴ Aldıkaçtı, Orhan, "İnsan Hakları Bildirileri ve Bunların Pozitif Hukukta Düzenlenmesi", *İnsan Hakları Sempozyumu*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yay., İstanbul 1995, s. 255; Akın, s. 293.

¹⁵ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan...*, s. 53.

¹⁶ Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 20; Donnely, s. 36-37; Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan...*, s. 49 vd.

II. İNSAN HAKLARININ ULUSLARARASI HUKUKTA YER ALMASI

1. Genel bir Açıklama

İnsan hakları alanındaki gelişim, II. Dünya Savaşı'na kadar devletlerin iç işi sayılmıştır.¹⁷ Klasik devletler hukuku, devletlerarası ilişkileri düzenleyen, aralarındaki sınırları çizen ve egemenlik hak ve bölgelelerini belirleyen bir hukuk dalı olarak kabul edilmiştir. Ancak XX. yüzyıl yine de insan haklarının geliştiği bir dönem olmuştur. İnsan haklarının devletlerin ulusal meselesi sayılması düşüncesi, II. Dünya Savaşı'ndan sonra değişmiştir.¹⁸

II. Dünya Savaşı, başlangıcından itibaren demokrasi ve insan hakları kavramlarını temelden reddeden sağcı totaliter rejimlere karşı girişilmiş bir savaş niteliğindedir. İnsan haklarının faşist ve Nazi rejimlerinden önce açıkça ihlal edilmesi sonucu demokrasi cephesini oluşturan devletler, savaşın baş hedefinin insan hak ve özgürlüklerinin sağlanması olduğunu ilan etmişlerdir.¹⁹

Savaşları önlemenin ve gelecek barışın sağlam temeller üzerine oturtulmasının önde gelen şartının insan haklarının uluslararası bir koruma düzenine kavuşturulması olduğu kabul edilerek dünya genelinde çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Böylece insan hakları, artık sadece münferit devletleri ilgilendiren, onların iç işi olarak nitelendirilmekten çıkarılmış, bu hakların ihlali, devletler hukukunun da ihlali sayılarak diğer devletlerin müdahalelerine izin veren, uluslararası bir boyut kazanmıştır.²⁰

Günümüzde insan haklarının tanınması, korunması ve geliştirilmesi, ulusal hukuk boyutunu aşarak evrensel bir nitelik kazanmıştır. Nitekim başta Birleşmiş Milletler Örgütü ve Avrupa Konseyi olmak üzere evrensel ve bölgesel örgütlerin kuruluş nedeni ve bu örgütlerce kabul edilen insan haklarına ilişkin bildiri, sözleşme ve diğer belgele-

¹⁷ Gölcüklü, Feyyaz / Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.4; Özdek, Yasemin, *Uluslararası Politika ve İnsan Hakları*, Öteki Yayınevi, Ankara 2000, s. 160.

¹⁸ Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s. 21; Özdek, s. 182 vd.

¹⁹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 57.

²⁰ Kapani, *İnsan Haklarının...*, s. 21.

rin amacı, insan haklarını ulusal-üstü koruma altına almak ve bunlara ilişkin evrensel standartlar belirlemektir.²¹

2. Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

İnsan haklarının sistemli, sürekli ve etkin bir şekilde ilk kez uluslararası düzeyde ele alınmasını sağlayan en önemli gelişme, 26 Haziran 1945'te San Francisco'da imzalanan Birleşmiş Milletler Andlaşması'dır.²²

Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda ilan edilen dört amaç arasında, hiçbir ayırım yapılmaksızın herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı gösterilmesinin geliştirilip desteklenmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak olduğu belirtilmiştir.²³

Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın bir çok bölümünde, insan hakları ve temel özgürlüklere inanç, saygı ve bağlılık, ifade edilmiştir. Başlangıç kısmında²⁴ gelecek kuşakların savaştan korunması isteğiyle insanın temel haklarına, kişi onuruna ve değerine, erkekler ve kadınların eşitliğiyle tüm ulusların hak eşitliğine olan inançtan ve bunları korumaya yönelik çabalardan söz edilmiştir. 1. maddede; ırk, cinsiyet, dil, din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak, Birleşmiş Milletler'in temel amaçları arasında sayılmıştır. Yine 13. madde de, ayırım gözetilmeksizin herkesin insan hakları ile temel özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştırmak için Birleşmiş Milletlerce gereken çalışmaları yapacağı belirtilmiştir.

Bu yönleriyle BM Andlaşması, dünya barış ve huzuru için insan haklarının dünya genelinde sağlanmasını öngörürken bu hakları ve

²¹ Yüzbaşıoğlu, Necmi, "İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması", *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2000, s. 397.

²² Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan...*, s. 227.

²³ Tarhanlı, Turgut, "Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Hakları", *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2000, s. 407.

²⁴ Durdular, Ercan / Neziroğlu, İrfan (Yayıma Hazırlayanlar), *Uluslararası Temel İnsan Hakları Belgeleri*, TBMM Basımevi, Ankara 2001, s. 4.

insanların temel özgürlüklerini ilk defa “resmen” uluslararası hukuk alanına çıkarmış ve onlara evrensel bir değer tanımıştır.²⁵

Ancak uluslararası siyasi örgütlenmenin temel belgesi olan BM. Anlaşması, insan hakları kavramına birçok yerde değinmekle birlikte bu kavramın somut içeriğini açıklamamış yani bu hakları, teker teker sayma ve belirtme yoluna gitmemiştir. Bazı kavramların henüz yeterince olgunlaşmamış olduğundan ve Anlaşmaya üye bazı devletlerarasındaki görüş ayrılığı nedeniyle klasik demokrasinin ilkeleri konusunda ortak noktaların tespit edilmesinin zorluğu karşısında, insan haklarının ayrı bir belgede yer almasının sistematik olarak daha uygun olacağı kabul edilmiştir.²⁶ Bu amaçla görevlendirilen İnsan Hakları Komisyonu, 1948 tarihinde “*İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*”ni kabul etmiştir.²⁷

Evrensel Bildiri'nin kabulü, Birleşmiş Milletler'in kurulmasından sonra temel insan haklarının korunması konusundaki uluslararası standartların belirlenmesi sürecine yönelik çalışmaların ilk adımıdır ve bu çalışmaların yönünü belirleyici bir etkiye sahiptir.²⁸

Evrensel Bildiri, çağdaş demokratik anayasalarda yer alan klasik insan hakları ve temel özgürlüklerini geniş biçimde düzenlemekte (m. 3-21) ve ikinci kuşak haklar olan ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve özgürlüklerin de temel ve öncü belgesi sayılmaktadır.²⁹

Evrensel Bildiri, öncelikle çoğunluğu başta yaşam hakkı ve kişi güvenliği olmak üzere XVIII. yüzyıldan beri yinelenen klasik hakları düzenledikten sonra yenilik olarak, genellikle uluslararası bildiri-lerde ve anayasalarda yer almayan bazı hakları da uluslararası açıdan ele alarak formüle etmiştir. Örneğin, bildiride sayılan hak ve özgürlüklerden, uluslararası siyasi ve hukuki statüsüne bakılmaksızın, bütün ülkelerde yaşayan insanların yararlanabilecekleri öngörülmüştür. Ayrıca herkesin, bir devletin ülkesi içinde serbestçe dolaşma ve yerleşme hakkına sahip olduğu, herkesin zulüm karşısında başka ülke-

²⁵ Kapani, *İnsan Haklarının..*, s. 22.

²⁶ Kapani, *İnsan Haklarının..*, s. 23.

²⁷ Gemalmaz, Mehmet Semih (Derleyen), *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, İnsan Hakları Derneği Yay., İstanbul.

²⁸ Tarhanlı, s. 408.

²⁹ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan...*, s. 233.

ye sığınma ve mülteci muamelesi görme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.³⁰

Evrensel Bildiri, uluslararası hukuk yönünden bağlayıcı bir niteliğe sahip değildir ve onu tanıyan devletlere herhangi bir zorunlu yükümlülük getirmez. Bildiride birtakım haklar ve özgürlükler sayılmış ancak bunların nasıl bir uygulama ve denetim mekanizması ile korunacağı belirtilmemiştir.³¹ Evrensel Bildirinin yasal açıdan bağlayıcı niteliği bulunmayan bir maksimum program içinde insan haklarını tanımlamak yoluyla Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın uygulanmasını sağlayan bir belge olduğu kabul edilmiştir.³² Evrensel Bildiri, BM Genel Kurulu'nca onaylanmış bir "karar" dır.³³ Zaten böyle bir niteliğe sahip olduğu için dünya görüşleri, yapıları ve siyasal sistemleri birbirinden çok farklı olan çok sayıda devlet tarafından kolaylıkla kabul edilmiştir.

Bazı görüşler, Evrensel Bildiri'de yer alan bazı bölümlerin uygulama olanağından yoksun oluşları nedeniyle, bildiriye hazırlayanların ütopyacı bir yaklaşım sergilediğini ileri sürmüşlerdir. Gerçekçi bir yaklaşımla, bildirinin bir yönüyle çok ileriye yönelik ve ulaşılmaması gereken hedefleri belirleyen ideal bir haklar listesi niteliği taşıdığı söylenebilir.³⁴ Ancak Bildiri, bu hükümlerin yanı sıra derhal gerçekleştirilmesi mümkün ve gerekli temel haklar ve özgürlükleri de sıralamıştır. Bu tarihsel belgenin asıl özünü oluşturan da ertelenmemesi ve özen gösterilmesi gereken, bu haklardır.³⁵

Evrensel Bildiri'nin değerlendirilmesi konusunda en önemli saptamayı, Bildirinin hazırlanmasında büyük emeği geçen René Cassin yapmıştır. Buna göre Bildiri, BM Anlaşması'nı tamamlayan ve yorumlayan bir belge olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla belgenin değeri, katılan devletlere sadece öğüt vermenin çok ötesinde ve üstündedir.³⁶

³⁰ Kapani, *İnsan Haklarının...*, s. 25.

³¹ Kapani, *İnsan Haklarının...*, s. 27.

³² Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan...*, s. 236.

³³ Tarhanlı, s. 408, Gölcüklü / Gözübüyük, s. 5-6.

³⁴ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 64.

³⁵ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 65.

³⁶ Kapani, *İnsan Haklarının...*, s. 28.

Evrensel Bildirinin etkisi, dünya devletlerinin büyük çoğunluğunun sonradan katılıp kendi ülkelerinde eksiz ve yetersiz de gerçekleştirilse, insan haklarına ve temel özgürlüklere verilen önemin ve inancın yüksek ideal değerler olarak kabul etmelerinin sembolü olarak görülmesinden de anlaşılmaktadır.³⁷ Ayrıca Bildiri, birçok ulusun insan hakları kavramıyla tanışmasında etkin olmuş, yeni kurulan çoğu devletin anayasalarında Bildiriye atıfta bulunulmuş, bazı maddeleri doğrudan anayasa kuralı haline getirilmiş, bölgesel ve uluslararası düzeyde çok sayıda insan hakları belgesine kaynaklık etmiş, adalet ve özgürlüğün evrensel ölçüde genel kabul gören bir ortak standardı olmuştur.³⁸

3. Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İnsan haklarının uluslararası hukukta yer almasının en önemli aşamalarından biri de Avrupa Konseyi'nin kuruluşu ve Konsey'in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni kabul edişidir.

Konumuzun önemi gereği, Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

1. Genel Olarak

İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesinde aynı değerleri paylaşan devletlerarasında daha sıkı bir birliğin kurulması arayışı, Avrupa Konseyi'nin kuruluş amaçlarından biridir. Konsey Statüsü, Başlangıç bölümünde üye devletlerin, her gerçek demokrasinin dayandığı kişi özgürlüğü, siyasi özgürlük ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin kaynağında bulunan düşünsel ve moral değerlere sarsılmaz biçimde bağlı olduğunu vurgulamıştır.³⁹ İnsan hakları ve temel özgürlüklerinin geliştirilmesi ve korunması hedefi doğrultusunda Statü'nün 3. maddesi, Sözleşme taraflarının hukukun üstünlüğü ve yetki alanı içinde bulunan herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerinden yararlan-

³⁷ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 62-63.

³⁸ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan...*, s. 235.

³⁹ Çavuşoğlu, Naz, "Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Denetim Sistemi", *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2000, s. 456.

ma ilkesine bağlı olacağını belirtirken 8. maddesi ile insan haklarına uymayan devletlerin Konsey'den çıkarılacağı yaptırımını getirmiştir.⁴⁰

Avrupa Konseyi; aynı coğrafyayı paylaşan ve toplumsal, siyasal ve kültürel yönden benzerlik gösteren devletler tarafından insan haklarının bölgesel düzeyde tanınması ve korunması konusunda Birleşmiş Milletler'in teşviki ve çalışmaları sonucunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. Tam adıyla "*İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme*", 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi, 10 Mart 1954 tarihinde kabul edilen bir kanunla onaylamıştır. Sözleşme'nin hazırlayanların amacı, Evrensel Bildiride belirtilen insan hakların uygulanmasını sağlamaktır.⁴¹

Sözleşme'nin kabul edilmesinde en önemli etken, Birleşmiş Milletler üyelerinin sosyal ve siyasal sistemler yönünden çok farklı bir yapıya sahip olmaları nedeniyle bu nitelikte bir sözleşme yapılmasının zor ve uzun zaman alacağını düşünülmesidir. Oysa Konsey üyesi devletlerin ortak değerleri paylaşan ve Batı demokrasisi ilkelerine bağlılık yönünden ideolojik bütünlük içinde olmaları, kendi aralarında hukuken bağlayıcı nitelikte bir sözleşme yapabilmelerini kolaylaştırmış⁴² bu husus Konsey Statüsü'nde⁴³ de belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin getirdiği koruma mekanizması, Birleşmiş Milletler çerçevesinde kabul edilen uluslararası sözleşmelere göre daha gelişmiş ve etkindir. Birleşmiş Milletler sözleşmelerine göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle ulaşılan bu aşamanın nedeni, Sözleşme'nin evrensel değil bölgesel bir nitelik taşıması ve taraf devletlerin temelde aynı toplumsal değerleri paylaşan, siyasal sistem olarak çoğulcu demokrasiyi benimseyen devletlerden oluşmasıdır.⁴⁴

Bu Sözleşme ile insan haklarının etkin bir şekilde korunması için bölgesel nitelikli bir düzen kurulması ve üyelerin bazı yükümlülükler

⁴⁰ Memiş, Emin; "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", *Anayasa Yargısı*, No :17, AYM Yay.: 42, s. 131.

⁴¹ Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan...*, s.252, 259-260.

⁴² Kapani, *İnsan Haklarının...*, s. 43.

⁴³ Bkz. Durdular / Neziroğlu, s. 319.

⁴⁴ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 72.

altına sokulması ile yetinilmemiş, bireyin uluslararası hukuktan doğan bazı hakları da kabul edilmiştir.⁴⁵

Sözleşme'nin korumaya aldığı hak ve özgürlüklerin tümü, Avrupa Konseyi üyelerinin ortak malvarlığı ve gerçekten demokratik bir rejimin temeli sayıldığı için taraf devletler, Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri yargıları altındaki bütün kişilere tanımayı kabul ettikleri gibi ulusal hukuk düzenlerinde Sözleşme'ye aykırı hukuk kuralları koymamayı ve var olan bu nitelikteki kuralları da Sözleşme ile uyum sağlayacak biçime sokmayı yüklenmişlerdir.⁴⁶

2. Sözleşme'de Düzenlenen Hak ve Özgürlükler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile daha sonra kabul edilen ek protokollerde⁴⁷ yer alan haklar listesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ndeki listeye göre daha dar tutulmuştur. Sözleşme'de sadece, klasik haklar olarak bilinen kişi haklarıyla siyasal haklara yer verilmiş, sosyal ve ekonomik haklara hiç ele yer verilmemiştir. Avrupa Konseyi, bu hakları Avrupa Sosyal Şartı'nda, ayrı bir mekanizmada ele almıştır.⁴⁸

Sözleşme'de, Evrensel Bildiri'de olduğu gibi hak ve özgürlüklerin sadece genel formüller halinde açıklanmasıyla yetinilmemiş, bunlar mümkün olduğu kadar somut biçimde tanımlanmış ve sınırları belirlenmiştir. Yani Sözleşme ve ek protokoller, tüm hak ve özgürlükleri kapsayıp güvence altına almamakta, sözleşme ve protokollerde yer alan hak ve özgürlükler sınırlı olmaktadır.⁴⁹

⁴⁵ Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", s. 67.

⁴⁶ Yüzbaşıoğlu, Necmi, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt: II, Sayı: 1, Mayıs 1994, s. 26.

⁴⁷ Sözleşme'de yer alan boşluk ve eksikliklerin giderilmesi amacıyla çeşitli tarihlere protokoller kabul edilmesi usulü benimsenmiştir. Protokoller, genel olarak Sözleşme organlarının işleyişini daha etkin kılmaya yönelik olarak usul hukukuna ve Sözleşme'de yer verilmeyen bazı yeni hakların tanınması yoluyla, haklar kataloğunun genişlemesi sonucunu doğuran maddi hukuka ilişkindir. Bkz. Gemalmaz, *Ulusüstü İnsan...*, s. 265.

⁴⁸ Kapani, *İnsan Haklarının...*, s. 45.

⁴⁹ Gölcüklü / Gözübüyük, s. 11, Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yay., Ankara 2004, s. 99 vd.

Bu farklar, iki belge arasındaki nitelik ayrılığından kaynaklanmaktadır. Sözleşme, bağlayıcılıktan yoksun bir ilkeler bildirisiinden ibaret değildir ve Sözleşme’de yer alan hakların uygulamada sağlanıp sağlanmadığının oldukça sıkı bir denetimden geçirilmesi söz konusudur. Bu nedenle, hiç değilse başlangıçta hak ve özgürlüklerin daha dar tutulması, böylece denetime imken verecek bir açıklıkla belirtilmesi yolu tercih edilmiştir.⁵⁰

Evrensel Bildiri’de yer alan kişisel ve siyasal hakların bir bölümünü kapsayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin hak ve özgürlükler katalogu, zaman zaman kabul edilen protokollerle genişletilmektedir. Bugüne kadar kabul edilen on bir protokolden 1, 4, 6, ve 7 numaralı protokoller, Sözleşme’yle tanınan hakların kapsamını genişletmiştir. Ancak yapılan protokoller, ancak bu protokolleri onaylayan devletler açısından bağlayıcı nitelik taşımaktadır.⁵¹

3. Sözleşme’nin İç Hukuktaki Konumu

Sözleşme’nin 1. maddesi, taraf devletlerin Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlükleri, yetki alanları içindeki bireylere sağlamakla yükümlü olduklarını belirtmiş, bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği ise devletlere bırakılmıştır. Ancak devletlerin söz konusu yükümlülüklerini gerçekleştirmek için seçecekleri yollar, Sözleşme’ye uygun olmalıdır. Sözleşme, devletlere Sözleşme’yi iç hukuk kurallarının bir bölümü haline getirmek ya da Sözleşme’nin ulusal alanda doğrudan uygulanmasını sağlamak gibi bir yükümlülük getirmez. Bu nedenle Sözleşme ile iç hukuk arasındaki ilişki açısından monist ya da düalist sistemlerden hangisini benimseyeceği her devletin kendi sorunudur. Bu konuda devletlerin uygulaması da farklıdır. Ancak hangi sistemi kabul ederse etsin birçok devletin, yasalarını Sözleşme ile mahkeme kararları doğrultusunda uyguladıkları görülmektedir.⁵²

⁵⁰ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s. 70.

⁵¹ Çavuşoğlu, “Avrupa Konseyi”, s. 457.

⁵² Türmen, Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, No: 17, AYM Yay.: 42, s. 32-33; Bkz. Çavuşoğlu, Naz, “Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi”, *Anayasa Yargısı*, No. 22, AYM Yay.: 52, s. 306-328.

Devletlerin, iç hukuklarını Sözleşme ile uyumlu hale getirmek yükümlülüğünü gerçekleştirme usulleri, kendi tercihlerine bırakılmakla birlikte Mahkeme, bir devletin mevzuatının ya da uygulamasının Sözleşme ile uyum içinde olup olmadığını tespit etmede son sözü söyleme hakkına sahiptir. Taraf devletler, Sözleşme'yi yorumlama ve uygulama yetkisini Mahkemeye vermişlerdir.⁵³

4. Sözleşme'nin Özellikleri

a. Sözleşme'nin İkincil Niteliği

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü denetim mekanizmasının harekete geçirilmesinin ön koşulu, iç hukuk (ulusal yargı) yollarının tüketilmiş olmasıdır. Sözleşme'yle belirlenen temel hak ve özgürlüklerin korunması, önce taraf devletlere bırakılmıştır. Bu anlamda Sözleşme ile kurulan güvence mekanizması, ulusal sistemlere göre ikincil ve tamamlayıcı niteliktedir.⁵⁴

İnsan haklarının korunması konusunda Sözleşme'de öngörülen öncelikli sorumluluk, Sözleşme'ye taraf olan devlete ve onun yargı organlarına, en çok da Anayasa Mahkemesi'ne aittir.⁵⁵

Sözleşme organları, sözleşen devletlerin yargı organlarının yasalari doğru uygulayıp uygulamadığını denetleyen kuruluşlar değildir. Sözleşme organlarının devreye girmesi ancak Sözleşme ile güvence altına alınmış olan bir hakkın ulusal merciden çıkan bir işlemle zedelenmesi ile söz konusu olur. Yani Sözleşme organları, ulusal merciler üstünde ikinci bir temyiz yeri değildir. Bunların görevi, Sözleşme kurallarının çiğnenip çiğnenmediğini saptamaktır.⁵⁶

⁵³ Bıçak, Vahit, "Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", *Anayasa Yargısı*, No: 17", AYM Yay.: 42, s. 110.

⁵⁴ Yüzbaşıoğlu, *Avrupa İnsan Hakları...*, s. 27.

⁵⁵ Bıçak; s.114; Memiş, "İnsan Hakları Avrupa Standartı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", *Anayasa Yargısı*, No: 17, AYM Yay.: 42, s.133; Tunç, Hasan, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", *Anayasa Yargısı*, No: 17, AYM Yay.:42, s. 176; Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri", *Anayasa Yargısı*, No: 17, AYM Yay.: 42, s. 195.

⁵⁶ Gölcüklü / Gözübüyük, s. 15.

b. Sözleşme'nin Karşılıklılık İlkesine Dayanmaması

Geleneksel uluslararası sözleşmelerde karşılıklı yükümlülükleri içeren sözleşmelerde olduğu gibi karşılıklılık ilkesi esastır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından karşılıklılık ilkesi söz konusu değildir.⁵⁷

Sözleşme, taraflara karşılıklı olarak yükümlülükler yaratmaz. Yani taraf devletin Sözleşme'den doğan yükümlülüğünü yerine getirmesi, başka bir devletin yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı değildir.⁵⁸ Sözleşme'ye taraf bir devlet, insan haklarına saygı göstermeyi, Sözleşme'ye üye diğer devletlerin de saygı göstermesi koşuluna bağlı tutamaz.⁵⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bütün taraf devletler için başka devletlere bağlı olmaksızın var olan nesnel yükümlülükler getirmektedir.⁶⁰

c. Sözleşme'nin Doğrudan (Uygulanma) Etki Niteliği

Sözleşme hükümlerinin konusu ve içeriğinin taraf devletleri bağlamasının yanı sıra 1. maddeye göre, Sözleşme'de tanınan temel hak ve özgürlükler, taraf devletlerin yetki alanına giren herkese doğrudan etkili (*direct effect*) olacak bir nitelik taşır. Yani Sözleşme, kişilere doğrudan hak ve özgürlükler tanır. Nitekim Sözleşme'nin temel hak ve özgürlükleri düzenlediği Birinci Bölüm'deki kurallar; konularıyla ve "açık ve ayrıntılı" ve "yeterli derecede belirleyici" içerikteki düzenlemeleleriyle uygulanmak için başka kuralları gerektirmeden subjektif hakları, kişiler lehine tanımaktadır.⁶¹

Bu nedenle AİH Sözleşmesi, doğrudan uygulanabilir normlar içerdiği için iç hukuktan önce gelir ve iç hukuktan üstündür. Böyle durumlarda taraf devletlerin mahkemeleri, doğrudan Sözleşme hükümlerini uygulamak zorundadır. İç hukuk normları ise ancak Sözleşme'yle çelişkili olmadığı ölçüde uygulanma imkanına sahiptir.⁶²

⁵⁷ Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", s. 70.

⁵⁸ Türmen, s. 36-37.

⁵⁹ Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", s. 70.

⁶⁰ Türmen, s. 37.

⁶¹ Yüzbaşıoğlu, s. 26.

⁶² Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", s. 72; Memiş, Sözleşme'nin 1. maddesinde "tanımayı taahhüt ederler" yerine "tanırlar" sözcüğünün kullanılması-

5. Sözleşme’de Öngörülen Hakların Yargısal Korunma Mekanizması

a. Genel Olarak

Sözleşme, medeni ve siyasi hak ve özgürlükler katalogunun oluşturulmasının yanı sıra, uluslararası insan hakları normlarının statik tarihsel belgeler olmasını engelleme ve bu normların yaşayan belgeler olmasını sağlama fonksiyonunu yerine getirmeyi amaçlamıştır.⁶³

II. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyası’nda yaşanan tarihsel gerçekler ışığında, devletin kendi vatandaşlarına nasıl muamele ettiğinin sadece kendisini ilgilendiren bir konu olmadığı yani bir iç mesele olmadığı görüşü kabul edilmiştir. Bilindiği gibi o dönemde gerçekleştirilen hak ihlalleri ve öldürme eylemleri, çıkarılan yasalar çerçevesinde yapıyordu ve daha sonra sorumlular, savunmalarını da eylemlerin yürürlükte olan yasalara uygun olduğu şeklinde yapmışlardı. Yaşanan tecrübeler, devletlerin milli hukuklarıyla temel insan haklarını korumaları konusunda milli hukukları ve uygulamayı denetlemekle görevli organların ortaya çıkmasına neden olmuştur.⁶⁴

Sözleşme’de belirtilen insan haklarının, taahhüt edilen yükümlülüklerin Sözleşme’ye taraf devletler tarafından pratikte yerine getirilip getirilmediğinin tespiti amaçlanmıştır. Yani insan haklarının korunmasının, pozitif bir hukuk sistemi olarak uluslararası kurumsal bir mekanizmaya yani yargısal bir güvenceye kavuşturulması sistemi benimsenmiştir.⁶⁵ Bu doğrultuda, 18 Mayıs 1954’te Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve 21 Şubat 1959’da Avrupa İnsan Hakları Divanı ku-

nun, I. Bölümde yer almış olan hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü biçiminde değerlendirileceğini ifade etmiş. Bkz. Memiş, s. 153. Yüzbaşıoğlu da bu ifadenin amacının aynı zamanda kişilere doğrudan hak tanımak olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yüzbaşıoğlu, “Avrupa İnsan...”, s. 26; Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Sözleşme’ye taraf olan devletlerin kabul etmiş olduğu diğer sözleşmelerin uygulanmasına engel değildir. Bireyler, milli mahkemelerde Sözleşme hükümlerinin uygulanmasını talep edebilecekleri gibi tabii olduğu devletin taraf olduğu ve daha geniş haklar sağlayan diğer sözleşme hükümlerinin uygulanmasını da isteyebilirler. Bkz. Ünal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, s. 70.

⁶³ Bıçak, s. 88; Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan...*, s. 259, Kaboğlu, İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yay., 3. baskı, s. 220.

⁶⁴ Bıçak, s. 113.

⁶⁵ Bıçak; s. 87; Weber, Frans, “İnsan Haklarının Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yönünden Çağdaş Yorumu”, *Anayasa Yargısı*, No: 9, AYM Yay.: 27, s. 318.

rulmuştur. Avrupa Konseyi'nin organı olan Bakanlar Komitesi ise Divan kararlarının yerine getirilmesini izlemekle ve buna yönelik çalışmaları yapmakla yetkilendirilmiştir.⁶⁶

Zamanla Sözleşme organlarına yapılan başvurulardaki artış nedeniyle Sözleşme'nin öngördüğü koruma sistemi yeniden yapılandırılmış ve 1988 yılında kabul edilen 11. Protokol ile Komisyon ve Divan birleştirilerek "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" haline getirilmiştir.⁶⁷

Sözleşme'nin asıl önemi, güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin türü ya da Avrupa Konseyinin temeli olması değil ortak güvence sistemine dayanan, uluslararası yargısal bir denetim mekanizması kurması ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlamasıdır.⁶⁸

Sözleşme'nin tanıdığı "bireysel başvuru hakkı" ile bireye, haklarını ihlal eden Sözleşmeci devlete karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava açma hakkı tanınmıştır. Böylece ilk kez birey, uluslararası hukukta hak sahibi yapılmıştır.⁶⁹ Bu hak, 11. Protokol'den önce seçimlik bir hükümdü. Yani bireye başvuru hakkının tanınması, taraf devletin ayrı bir kabul beyanına bağlıydı ve süre ile sınırlandırılabilirdi. Ancak 11. Protokol ile bireysel başvuru hakkı, zorunlu yetki haline getirilmiştir. Türkiye, bireysel başvuru hakkını 1987 yılında kabul etmiştir. Taraf devletlerin, Sözleşme hükümlerinden birinin ihlal edildiği gerekçesiyle diğer devlet aleyhine Mahkeme'ye yaptığı başvuru (şikayet) ise "ortak güvence" denilen "devlet başvurusu"dur. Bu mekanizmayla her taraf devlet, diğerinin sözleşme yükümlülüğünü yerine getirmesini denetlemekle sorumlu tutulmuştur. Türkiye, devlet başvurusunu yani Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini 1989 yılında tanımıştır. Seçimlik yetki olan bu yol da 11. Protokol ile zorunlu yetki haline getirilmiştir.⁷⁰

⁶⁶ Yıldız, Mustafa; "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İşlevsel Konumu", *Anayasa Yargısı*, AYM Yay.: 36, s. 255.

⁶⁷ Doğru, Osman / Nalbant, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000)*, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2001, s. 1-2.

⁶⁸ Gölcüklü / Gözübüyük, s. 11.

⁶⁹ Selçuk, Sami, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması", *Türkiye Günlüğü*, Sayı: 54, Ocak-Şubat 1999, s. 7.

⁷⁰ Gölcüklü-Gözübüyük, s. 14.

b. Yargı Mekanizmasına Başvurabilecek Olanlar

Uluslararası sözleşmelerin konusu genelde uluslararası hukuk özneleri arasındaki ilişkileri düzenlemektir. Ancak insan hakları sözleşmelerinin özneleri herkeştir, tüm insanlardır.⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu Sözleşme'nin kapsamına giren hak ve özgürlükleri, hiçbir ayırım gözetmeksizin sözleşmeciler devletlerin kendi yetki alanı içinde bulunan herkese, tanımıştır. Sözleşme'nin uygulanması açısından vatandaşlık önemli değildir.⁷² Sözleşme'nin 1. maddesinde geçer "*her kişi*" ifadesi, belirtilen tanımla Sözleşme'nin evrensel niteliğini de belirtmektedir.⁷³

Sözleşme'de korunan değerlerin ihlal edilmesi durumunda ise taraf devletlere, bireylere, birey gruplarına ve hükümet dışı kuruluşlara, Sözleşme'ye taraf olan devlet aleyhine, Sözleşme organlarına başvurabilme imkanı getirilmiştir.⁷⁴

Gerçek kişilerden başka hükümet dışı kuruluşlar ve kişi toplulukları da Sözleşme'nin korumasından yararlanabilirler. Kişi topluluklarından ne anlaşılması gerektiği, Komisyon tarafından belirtilmiştir. Buna göre ulusal hukuka göre oluşturulan tüm topluluklar, kişi topluluğu olarak kabul edilir. Sözleşme'nin 25. maddesinden de bu topluluklardan özel hukuk tüzel kişilerinin kastedildiği anlaşılmaktadır.⁷⁵

Sözleşme'nin, bireyi de yargısal koruma mekanizmasını harekete geçiren bir hak sahibi olarak kabul etmesi önemlidir. Sözleşme'nin getirdiği mekanizmaya göre; güvence altına alınan bir hak ya da özgürlüğün, sözleşmeciler devlet tarafından çiğnenmesi durumunda "*mağdur*" olan birey, devleti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikayet edebilecektir. Bu sistem, uluslararası hukukta bir devrim gerçekleştirmiş ve birey, ulusal hukuk öznesi olmanın yanı sıra ilk kez, uluslararası hukukta hak sahibi yani uluslararası hukuk öznesi yapılmıştır.⁷⁶

⁷¹ Memiş, s. 133.

⁷² Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", s. 70.

⁷³ Selçuk, s. 6.

⁷⁴ Bıçak; s. 87.

⁷⁵ Polat, Ali; "Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Başvuru Hakkı ve Divanın Zorunlu Yargı Yetkisi", *Hukuki Araştırmalar Dergisi*, Cilt:1, Sayı: 1, Ocak 1998, s. 27.

⁷⁶ Gölcüklü / Gözübüyük, s. 14.

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Verebileceği Kararlar ve Niteliği

Mahkeme, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca, Sözleşme veya Protokolleri'nin ihlal edildiğine karar verirse ve davalı devletin iç hukuku bu ihlali tam olarak telafi edemiyorsa, Mahkeme gerektiği takdirde hakkaniyete uygun surette zarar gören tarafı tatmin eder. Hakkaniyete uygun tatmin, ihlalden doğan maddi veya manevi tazminat ya da eski hale iade ile davacının ödediği yargılama giderlerini içerir.

3.8.2002 tarihinde kabul edilip *Resmi Gazete*'nin 9 Ağustos 2002 gün ve 24841 sayılı nüshasında yayınlanan, kamuoyunda uyum yasası olarak bilinen, 4771 sayılı Kanununun 6. ve 7. maddeleriyle, Hukuk Usulü ve Ceza Muhakemeleri Usulü kanunlarına eklenen ek maddelerle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşme'nin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğunun anlaşılması halinde Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru bulunan veya yasal temsilcisine Mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığı'ndan muhakemenin iadesi isteminde bulunma olanağı tanınmıştır. Anılan maddelerin 2. fıkralarında ise bu istemin incilimi usulü düzenlenmiştir.

Mahkeme'nin kararların kesindir ve ilgili devlet bakımından bağlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Mahkeme'nin Sözleşme'nin ihlal edildiğine ilişkin kararının taraf devletçe uygulanmasının denetimini Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi yerine getirir. Taraf devletin ihlali yasalardan doğuyorsa Komite, o ülkeden yasalarını değiştirilmesini talep eder. İhlale yol açan yasanın Anayasa ya da bir başka yasa olması, durumda değişiklik yapmamaktadır. Sözleşme ile iç hukuk arasındaki ilişkide, önceki yasa-sonraki yasa ya da genel yasa-özel yasa kurallarının da geçerli olmayacağı kabul edilmelidir.⁷⁷

Uygulamada mahkemenin ihlal tespitinden sonra sözleşmeci devletlerin, anayasaları dahil olmak üzere mevzuatlarında gerekli değişiklikler veya yeni düzenlemeler yapmak suretiyle kendi kamu ma-

⁷⁷ Türmen, s. 37-38.

kamlarının Sözleşme'ye uygun davranmalarını sağlamaya çalıştıkları gözlemlenmektedir.⁷⁸ Nitekim Mahkeme'nin Türkiye Birleşik Komünist Partisi davasında⁷⁹ da belirttiği gibi devletlerin yetki alanları içindeki bütün bireylere Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlükleri sağlamakla yükümlü olduklarını belirten Sözleşme'nin 1. maddesi, devletin bütün yargısal yetki alanını, istisna tanımadan kapsamaktadır. O nedenle devletin yargısının bütününün Sözleşme'ye uygun olması gerekmektedir. Bu anlamda Anayasa hükümleri ile yasa hükümleri arasında bir fark yoktur. Hepsi aynı şekilde Sözleşme'nin denetimine tabidir.⁸⁰

d. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Etkisi

AİHM'nin, milli hukukları geçersiz sayma, idari kararları iptal etme ve mahkeme kararlarını bozma yetkisine sahip olamamasına rağmen Mahkemenin verdiği kararlar, tüm üye devletlerce ele alınmaktadır.⁸¹

Zamanla Sözleşme sisteminin işleyişi, bireysel olarak karar verilen davaların ötesinde bir etki sağlamıştır. Belirli bir hüküm, sadece davanın tarafı olan sözleşmeci devlet için bağlayıcı olmasına rağmen diğer devletler de kendi iç hukuklarının ve uygulamalarının Sözleşme ile uyumlu olması için bu davalarda verilen hükümlerden yararlanmışlardır. Hatta Sözleşme'ye taraf olmayan devletlerin bile Sözleşme içtihat hukukuna ve uygulamasına uyum sağlamak için yasalarını değiştirdikleri görülmüştür. Dolayısıyla Mahkeme, verdiği kararlarla bireylerin günlük hayatının gelişimine katkı sağlamakla kalmamakta aynı zamanda tüm dünya için asgari düzeyde adalet standartları koyma görevinin yerine getirmektedir.⁸²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararlarında Sözleşme'nin Avrupa kamu düzenini temsil ettiğini vurgulamıştır. Bunun ötesinde Sözleşme, Avrupa'da ortak bir hukuki alan yaratmaktadır. Mahkeme-

⁷⁸ Doğru, s. 209 .

⁷⁹ Doğru / Nalbant, s. 32.

⁸⁰ Türmen, s. 38.

⁸¹ Bıçak, s. 113.

⁸² Bıçak, s. 19.

nin kararları ve bu kararlarda belirtilen esaslar, bütün Avrupa ülkelerinde geçerli olan ortak hukuki standartlar oluşturmaktadır.⁸³

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 4. 3. 1991 tarihinde Sözleşme'yi insan hakları alanında Avrupa düzeninin anayasası olarak benimsemiştir. Üye devletler de bu hakları ve özgürlükleri, ortak malvarlığı ve demokratik rejimin temel esası sayarak, ulusal hukuklarını bu Sözleşmeyle uyumlu hale getirmeyi etmektedirler.⁸⁴

Sözleşme'ye taraf devletlerin vatandaşlarının Sözleşme organlarına başvuru nedenleri, sadece ağır hukuki ihlallerden kaynaklanmamakta toplumlarının yapısal sorunlarına ilişkin olarak devletlerinin çözümlerini yetersiz bulmalarına da dayanmaktadır. Yıldız'a göre bu durum, Mahkemenin Uluslarüstü Avrupa Anayasa Mahkemesi işlevini gördüğünün kabul edildiğini göstermektedir.⁸⁵

IV. İNSAN HAKLARINI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİ YANSITAN YARGITAY KARARLARI

İnsan haklarına değinen ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine yer veren Yargıtay kararlarımızı, dayanaklarına göre aşağıdaki başlıklar altında incelemeye çalışacağız.

1. İnsan Haklarına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Yer Veren Ceza Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları
 - a. Türk Mahkemelerinde Yargılanan Yabancı Uyruklu Sanıkların Sorgu ve Savunmalarında Bulunan Çevirmen Ücretinin Yargılama Giderlerinden Sayılıp Sayılmayacağına İlişkin Kararlar

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, hırsızlık suçundan yargılanıp mahkumiyetlerine karar verilen yabancı uyruklu sanıkların sorgu ve savunmalarında kullanılan çevirmenlere ödenmesine karar verilen tercüman ücretlerinin yargılama giderleri kapsamında sanıklardan alınmasına ilişkin kararı, Sözleşme'nin "*Her sanık ... duruşmada kullanılan*

⁸³ Türmen, s. 37.

⁸⁴ Selçuk, s. 6.

⁸⁵ Yıldız, s. 266.

dili anlamadığı veya konuşmadığı taktirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak ... hakkına sahiptir.” şeklindeki 6/-e maddesi uyarınca yerinde görmemiştir. Yargıtay, “Yargılamada kullanılan dili anlamayan ya da sağır dilsiz olan sanığa, yalnız son soruşturmada değil yargılamanın tüm aşamalarında kesin hükme kadar, sağlanan çevirmen için ödenecek ücretin; mahkumiyet halinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesinin mümkün olmadığını”, 12.03.1996 gün ve 1996/6-2 Esas 1996/33 Karar sayılı kararı ile kabul etmiştir.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi 06.11.2000 gün ve 2000/1645-14716 sayılı, 06.07.1998 gün ve 1998/6744-7444 sayılı, 26.02.1998 gün ve 1997/13947-1998/1503 sayılı kararlarında aynı görüşü benimseyerek yabancı uyruklu sanıkların, yargılamada kullanılan tercüman ücretlerinden sorumlu olamayacaklarına karar vermiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi ise yasal koşullara uymadan evlenme suçunu işleyen Türk uyruklu olmasına rağmen Türkçe bilmeyen bir sanık hakkında verilen mahkumiyet kararını, yargılamada kullanılan çevirmen ücretinin “Anayasa’nın 90. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/3-e madde ve fıkrası gözetilmeden tayin edilen çevirmen için takdir olunan ücretin yargılama giderine eklenerek sanıktan alınması”nı yasaaya aykırı bularak oyçokluğu ile bozmuştur. Bu karara karşı iki üye, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 4. maddesinin emredici hükmü ile değiştirilemeyeceği bildirilen 3. maddesinde; “Devletin Dilinin Türkçe” olduğunun bildirilmesine, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun: [Sözleşme, dil özgürlüğünü güvence altına almamıştır (Kom. K., Clerfayt, Legros/ Belçika, 17.05.1985, No. 10650/83, DR 42, S. 212), Sözleşme, kişiye yönetimle ilişkilerinde istediği dili seçme hakkını da tanımamıştır (Kom. K., Fiyske Nasyonale Partiz/Hollanda, 12.12.1985, No. 11100/84, DR 45, S. 240)] biçimindeki kararları ışığında, yargılanan kişinin azınlık statüsünde olmadığı, Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı olduğu da gözetildiğinde sayın çoğunluğun bozma düşüncesine katılmıyoruz.” gerekçesiyle karşı oy yazmışlardır.

b. Türk Mahkemelerinde Yargılanan Yabancı Uyruklu Sanıklara Müdafii Tayinine İlişkin Karar

Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 24.12.1996 gün ve 1996/13975-14546 sayılı kararı ile dilekçesiyle Lübnan uyruklu olduğunu, Türkçe bilmediği için savunmasını yeterince yapamadığını, yakınlarından yardım

alamadığını ve ekonomik yönden mağdur durumda bulunduğunu belirterek, mahkemede savunmasını yapması için bir avukat tayin edilmesini isteyen ancak bu istemi Baro Başkanlığınca reddedilen sanığı, avukat tayin edilmeden yargılayıp mahkum eden yerel mahkeme kararını, Sözleşme'nin 6/3-c maddesi uyarınca bozmuştur. Daire, kararında Sözleşme'nin "Her sanık ... kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek... hakkına sahiptir." diyen bu maddesine dayanarak "Müdafii bulunmayan, ekonomik durumunun uygun olmadığını belirterek avukat tayin edilmesini isteyen teşekkül halinde uyuşturucu madde ithal etmek suçundan yargılanan sanığa avukat tayin edilmeden yargılama yapılarak mahkumiyetine karar verilmesini yasaya aykırı" bulduğunu belirtmiştir.

c. 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na Aykırı Davranışlarda Bulunan Sanıkların Eylemlerinin Değerlendirilmesine İlişkin Kararlar

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 12.06.1997 gün ve 1997/8068-9593 sayılı kararında Eğitim-Sen yöneticisi olan sanıkların Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na aykırı davranıştan dolayı mahkumiyetlerine karar veren yerel mahkeme kararını, Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO) sözleşmeleri ile bu sözleşmelerin Yasama Meclisinde onaylanarak iç hukuk kuralı haline gelmiş bulunması nedeniyle ve özellikle eylemlerinin demokratik ve sendikal haklarını kullanmaya yönelik "Demokratik tepki" niteliğinde bularak bozmuştur. 12.02.1996 gün ve 1995/17577-1996/2011 sayılı kararında da bir başka sanık hakkındaki mahkumiyet hükmünü, İLO sözleşmeleri çerçevesinde görerek bozmuştur.

Aynı Daire, 27.03.1998 gün ve 1998/26-4491 sayılı kararı ile üniversite harçlarının arttırılmasına tepki gösteren sanık öğrenciler hakkında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefetten dolayı verilen mahkumiyet kararını, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 26. maddesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek Paris Protokolü'nün 2. maddesine aykırı bularak eylemlerin "Masumane bir davranış, biçim ve demokratik bir tepki" olarak niteleyip bozmuştur.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi;

- 16.05.2001 gün ve 2000/1903-2001/10622 sayılı ilamı ile seçim propagandası yapan milletvekili adayının otobüsüne domates fırlatan,

- 15.04.1999 gün ve 1999/1921-5266 sayılı ilamı ile Türkiye genelinde çetelere ve yolsuzluklara karşı yürütülen “Aydınlık için bir dakika kararlık” eylemine katılıp konuşma yaptıktan sonra ihtarla gerek kalmadan kendiliğinden dağılan,

- 03.02.2000 gün ve 1999/19782-2000/1554 sayılı ilamı ile Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu’na bağlı Tüm Yarı-Sen Sendikası başkan ve yönetim kurulu üyelerinin cezaevlerindeki bazı görevlilerin başka illere sürgün edilmelerini protesto amacıyla Ankara Uluçanlar Cezaevi önünde basın açıklaması okuyan ve slogan atan ve çok kısa bir süre sonra yapılan anons üzerine dağılan,

Sanıkların mahkumiyetlerine ilişkin yerel mahkeme kararlarını, yine aşırılığa kaçan ancak suç teşkil etmeyip ceza yaptırımını gerektirmeyen “Demokratik tepki” niteliğinde kabul edilmeleri gerektiği düşüncesiyle bozmuştur.

Ancak Ceza Genel Kurulu ise 07.03.2000 gün ve 2000/4-25 esas 2000/44 karar sayılı kararı ile görevi terk suçundan TCK’nın 236/1 maddesi uyarınca mahkum edilen sanıklar hakkındaki hükmü İLO sözleşmeleri çerçevesinde bozan Özel Daire kararına karşı yöneltilen itiraz üzerine verdiği kararda; henüz devlet memurlarıyla diğer kamu görevlilerinin sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı verilmiş olmakla birlikte işi yavaşlatma veya terk etme ya da grev hakkı tanınmamış, bu konularda gerekli yasal düzenleme yapılmamıştır gerekçesiyle kendisine yapılan itirazı kabul ile mahkumiyete ilişkin yerel mahkeme kararını onamıştır.

d. 3167 Sayılı Çek Kanununa İlişkin Karar

Karşılıksız çek keşide etmek suçundan sanık hakkında 3167 sayılı Çek Kanunu’nun 16/1 ve TCK’nın 59. maddeleri uyarınca on ay hapis cezasına hükmedilmesi üzerine karar, sanık tarafından temyiz edilmiş, Yargıtay 10. Ceza Dairesi bu kararı 23.10.2001 gün ve 12536/22808 sayılı ilamı ile “17 Ekim 2001 tarih 24556 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4709 sayılı kanunun 15. maddesi ile değiştirilen Anayasa’nın 38. maddesinin son fıkrası karşısında yasal düzenlemenin ne olacağına belirlenmesi açısından acilen uyum yasası çıkartılması zorunluluğu da nazara alın-

rak sonucun beklenilmesi ve buna göre yeniden takdir ve değerlendirme yapılarak uygulama yapılmasında zorunluluk bulunması" gerekçesiyle diğer yönlerini incelemeksizin yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Bu karara Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca itiraz edilmesi üzerine Ceza Genel Kurulu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. Protokolü'nün 1. maddesi, borçlar hukuku ilişkisinden kaynaklanan borçlarını rızasıyla ödemeyen bir borçlunun bu yüzden hapis cezasıyla cezalandırılmasını yasaklamıştır" ana gerekçesiyle itirazı reddetmiş ve Özel Daire'nin görüşünü benimsemiştir.

Görüldüğü üzere Özel Daire ve Ceza Genel Kurulu bu sonuca, Anayasa değişikliği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. Protokolü'nün 1. maddesine dayanarak ulaşmışlardır.

e. Bir Suçu Söyletmek İçin Yapılan İşkence ile İlgili Karar

Yasa dışı pankart asma olayı nedeniyle aralarında 16-17 yaşlarında öğrenciler de bulunan sanıklar hakkında yaptıkları soruşturma sırasında onlara işkence yaptıkları iddiası ile haklarında kamu davası açılan sanıkların beraatlerine hükmeden yerel mahkeme kararı, Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nce 12.10.1998 gün ve 1998/10667-12819 sayılı ilamla bozulmuştur. Yüksek Mahkeme, bu sonuca aşağıdaki gerekçe ile ulaşmıştır:

"Raporların ve anlatımların ortak karakterlerinden, yoğunluk kazanan davranış biçimlerinin; hakaret, tehdit, göz bağlamak yüksek volümlü marş dinletmek, cırlıçiplak soymak, elektrik akımı vermek, basınçlı su sıkmak, ıslak battaniyeye sarmak, beden gücünün dayanamayacağı sabit hareketlere zorlamak, erkeklerin hayalarını sıkmak, kızlara cinsel taciz, makatlarından cop sokmak, fiziki cebir ve yek diğerine yapılan işkenceyi seyrettirmek şeklinde sonuç almaya yönelik süreklilik gösteren bezdirici, ıstırap verici nitelik gösterdiği anlaşılmıştır."

Anayasa'nın 17/3. maddesindeki; "Kimseye işkence ve eziyet yapılmaz, kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tabi tutulamaz" hükmü yer almış, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 5. maddesindeki öğeler "işkence-torture", "zalimane-cruel", "gayri insani-inhurmain", "haysiyet kırıcı-actes-outrageants" deyimleriyle TCK'nun 243. maddesine aynen aktarılmıştır.

Ülkemiz, evrensel boyuttaki insan hakları ile ilgili uluslar arası sözleşmeleri benimsemiş ve iç hukukumuzun bir parçası olarak yasalaştırmıştır. Anayasa'nın 90/Son madde ve fıkrasına göre usulünce yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeler kanun hükmündedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hak ve hürriyetlerin yanında, yaşama, işkenceye, gayri insani yahut haysiyet kırıcı ceza ve muamelelere karşı korunma hakkı belirlenmiş, 3. maddesi ile yasaklama getirilmiş, Avrupa Konseyi bünyesinde 1987 yılında imzalanan İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Küçültücü Ceza ve Muamelelerin Önlenmesi Sözleşmesi'nin dibacesinde TCK'nın 243. maddesinde yazılı tanımlamaları aynen yer verilmiştir. Bu sözleşme sadece kural belirlemekle kalmamış (CPT) işkencenin önlenmesi komitesi komisyonu kurarak taraf ülkelerde uygulamayı fiilen denetime almıştır. Bu komisyon üye ülkelerin cezaevlerinde ve emniyet birimlerinde inceleme yaparak kamusal açıklama (*Public statement*) ile kınama yetkisini haizdir. Yine Türkiye'nin taraf olduğu İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele ve Cezalara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde "(işkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa bu şahsın veya... üçüncü şahsın işlediği veya işlendiğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya uygulanan fiziki veya manevi, ağır acı veya ıstırap veren bir fiil anlamına gelir.), tanımına yer verilmiştir.

Bu değerlendirmelere göre mağdurların maruz bırakıldıkları hareketlerin işkence niteliğinde olduğunun kabulü kaçınılmazdır."

f. TCK'nın 312 Maddesi ile İlgili Karar

Halkı, din ve ırk farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmekten sanık RTE hakkında yapılan yargılama sonunda adı geçenin TCK'nın 312 ve 59. maddeleri uyarınca on ay hapis ve 716666.666 TL ağır para cezasıyla hükümlendirmesine ilişkin karar, sanığın temyizi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nce 23.09. 1998 gün ve 1998/10296-11672 sayılı kararla onanmıştır. Yargıtay Özel Dairesi, mahkumiyet kararını "*Anayasamız, başlangıç bölümünde "hiçbir düşünce ve mülahazanın, Türk Milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasını, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, İlke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyece-*

ği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı görüşüyle” takdim edilmektedir.

Anayasa'nın 24. maddesi din ve vicdan hürriyetini güvence altına almakla beraber, 14. maddeye atıfta bulunarak, bu özgürlüğün dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak amacıyla kullanılmayacağı, aksine davranışa ve hatta başkalarını bu yolda teşvik ve tahrik edenlere yasal yaptırım uygulanacağı öngörülüp, son fıkrasında ad siyasi veya kişisel çıkar sağlama ya da nüfus sağlamak için her ne surette olursa olsun biçimindeki kapsamlı deyiimi ile din ve dini duyguların istismar edilemeyeceği, sınırlamasını getirmiştir.

Diğer yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilke olarak din ve vicdan özgürlüğünün kişisel olacağı, siyasi kuruluş ve partilerin bu hakka sahip bulunmadığını benimsediği, ülke bütünlüğü, kamu düzeni, ulusal güvenlik, suçun önlenmesi, yargı erkinin otorite ve saygınlığının sağlanması amacıyla ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceğini öngördüğü bilinmektedir.

Her rejim gibi demokratik rejimin de kendini savunma hakkı vardır. Uygulamada demokratik özgürlükçü düzenin savunma hakkı evrensel ilke bazında ele alınmaktadır. Bu ilke 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 30. maddesinde yer almıştır.

Özgürlüklerin, özgürlüğü yok etme amacıyla kullanılmasını yasaklayan diğer uluslararası belge, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi”dir. 17. maddesinde benzer hüküm vardır.

1976 tarihli “Kişisel ve Sosyal Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşme”nin her türlü ayırıcılığı, düşmanlığı, şiddete yol açacak ulusal, ırksal, dinsel nefret savunuculuğunu ve propagandasını yasakladığı görülmektedir.

Sanık vekilleri her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayanarak herkesin düşünce vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğunu savunmakta iseler de bu Sözleşme'nin 9. ve 10. maddelerinde (*Liberte d'expression*) olarak tanımlanan anlatım özgürlüğünün kullanılmasının görev ve sorumluluk gerektireceğini, özellikle kamu güvenliği, düzenin korunması açısından, yasal koşullara ve yaptırımlara bağlanabileceğini da ifade etmektedir.

Anayasamız, laik Cumhuriyeti demokrasinin olmazsa olmaz koşulu olarak kabul etmiştir. Demokratik sistemin karşıtı olan her türlü

totaliter rejimin, kişi hak ve özgürlüklerini önemseyip bireyi dışlayarak toplumu esas aldığı bir gerçektir. Bu nedenle, laiklik esasına dayalı demokratik sistemin insan doğasına ve onuruna en uygun sistem olduğu ve hiç kimsenin bu sistemin kendine tanıdığı hak ve özgürlükleri, bireyi kul durumuna düşüren totaliter rejimin gelmesi uğrunda kullanma hakkı yoktur. Başka bir deyişle “*demokratik hak ve özgürlükler, demokrasiyi yok etmek için kullanılamaz.*” gerekçesiyle onamıştır.

g. İcra ve İflas Kanunu ile İlgili Kararlar

g. 1. Taahhüdü ihlal suçundan sanık M.K.’nin İİK’nın 340. maddesi uyarınca bir ay hafif hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin İcra Ceza Mahkemesi kararı, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nce 13.11.2001 gün ve 9612/9513 sayılı kararla “*Sanığın üzerine atılı suçun içerik ve niteliğine, 17 Ekim 2001 tarih ve 24556 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4709 sayılı Kanununun 15. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sının 38. maddesine eklenen son fıkra uyarınca “Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmü ile yapılan bu düzenlemenin sanığın lehinde bulunması ve TCK’nın 2/2. maddesi de gözetilerek sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu*” bulunduğu gerekçesiyle diğer yönleri incelenmeksizin bozulmuştur.

Bu karara karşı Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından itiraz edilmesi üzerine Ceza Genel Kurulu’nca, 22.01.2002 gün ve 2001/17 H.D.-294 esas, 2002/1 sayılı kararla itirazın reddine karar verilmiştir.

Ceza Genel Kurulu, “*maddede (makbul bir sebep olmaksızın) ödeme şartını ihlal eden borçlunun cezalandırılacağı öngörülmekte, postaya gününden önce verilen taksitin icra dosyasına gecikerek girmesi, hastalık, yangın su baskını ve deprem gibi olağanüstü olaylar nedeniyle taahhüdün yerine getirilememesi gibi haller uygulamada haklı neden olarak*” kabul edilmekte, Anayasa’nın 38. maddesinin 9. fıkrasında belirtilen “*yerine getirememe*” kavramı ise “*makbul sebep*”i de kapsayacak şekilde kendi ihmal ve kusuru olmaksızın, sadece sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü istese bile yerine getirememeyi ifade etmekte ve hakime daha geniş bir değerlendirme yapma olanağı vermektedir. Bu nedenle “*makbul sebep*” kavramının “*yerine getirememe*” kavramı ile aynı anlamı taşıdığı kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Alacaklının muvafakatiyle kararlaştırılan ödeme şartını ihlal suçunun hukuki yapısı irdelendikten sonra; Anayasa'nın 38. maddesine 9. fıkra olarak 4709 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile eklenen "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz." şeklindeki düzenlemenin anlam ve amacı, Meclisteki görüşmeler, uluslararası temel metinler ve öğretideki görüşler ışığında ele alınıp değerlendirilmelidir. Anılan yasa değişikliğinin TBMM'de görüşülmesi esnasında, bir soru üzerine Anayasa Komisyonu Başkanı; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. Protokolü'nün 1. maddesi, borçlar hukuku ilişkisinden kaynaklanan borçlarını rızasıyla ödemeyen bir borçlunun bu yüzden hapis cezasıyla cezalandırılmasını yasaklamıştır. Borcun ödenmemesi, ya borçlunun mal varlığı bulunmadığı için çaresizlikten veya buna rağmen kötü niyetten olabilir. Birinci halde, yani kendi ihmal ve kusuru olmaksızın borcunu ödemekte acze düşen kişi, bu yüzden hapis cezasına çarptırılmaz ancak borçlunun hırsız veya kasten borcunu ifa etmekten kaçınması halinde Protokol'ün bu hükmünden yararlanması mümkün değildir." şeklinde açıklamalarda bulunmuş,

Değişikliğe ilişkin Anayasa Komisyonu raporunda ise 4 No.'lu Protokol gereği değişikliğin hükme eklendiği, sözleşmeden doğan yükümlülük içinde borçların da olduğu belirtilmiştir.

19.10.1992 tarihinde ülkemiz adına imzalanıp, 23.02.1994 tarih ve 3975 sayılı yasayla onaylanarak, o tarihten itibaren yasa değerinde bir hüküm olan ve 4709 sayılı yasal değişiklik ile de Anayasal bir kural haline gelen 4 No.'lu Protokol'ün 1. maddesinin, öğretide ve konuya ilişkin sempozyumlarda ele alınarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

Nitekim Tekin Akıllıoğlu, 1 Aralık 2001 günü yapılan bir sempozyumda sunduğu tebliğinde (AİHS ve Anayasa m. 38 f. 8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, s. 4 vd.) "Genellikle uluslararası anlaşmalarda hazırlık sırasında kullanılan "açıklayıcı belge" (explanatory report) buna bir çeşit gerekçe belgesi denebilir, sonradan anlaşmaya eklenirken, AİHS'nin ve 4 No.'lu Protokole ek açıklayıcı belge bulunmamaktadır. 4 No.'lu Protokolün uzmanlar komisyonunca yapılan bir açıklayıcı raporu vardır, ancak yayınlanmadığından hizmet içi belge olarak kalmıştır.

Fransız ceza hukukunda ve pek çok Avrupa ülkesinde borçlunun ödeme zorlanması için hapsedilmesi (la contrainte par corps) denilen hukuki usul, kanundan doğan borçlarda veya kamu gücü iradesinden doğan borçlarda hâlen uygulanmaktadır.

Bu madde, yetkili kamu makamlarının kişi özgürlüğünü kaldırma yetkisini sınırlamaktadır. Bu nedenle AİHS 5. maddesinin 1 (b) hükmü ile bağlantılıdır. Madde 5 1(b) hükmüne göre; “Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğünü yerine getirilmesini sağlamak için bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması” söz konusudur. Başka bir anlatımla, kanunun öngördüğü yükümlülükler arasından “sözleşmeden doğan borçları” çıkarmak gerekir.

Borçtan (obligation) ne anlaşılmalı gerekir? Madde sadece “sözleşmeden doğan borcu” (obligation contractuelle) korumaktadır.

Sözleşme bir para borcuna ilişkin olabileceği gibi satın alma, satma borcuna ilişkin de olabilir. Aynı şekilde bir şeyi verme, yapma, yapmama taahhütleri de kapsamdadır. Sözleşme sadece özel kişiler arasında ya da özel hukuk alanında yapılanları değil, taraflardan biri kamu tüzel kişisi olan ya da kamu hukukuna giren bütün sözleşmeler (idari imtiyaz sözleşmeleri, devlet ihale kanunu kapsamındaki sözleşmeler) 1. maddeye girer. Bu bakımdan AİHS 5/1 (b) de geçen “Yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için” deyimini, 4 No.’lu Protokol 1. maddenin öngördüğü “sözleşmeden doğan borç” kavramına dahil değildir.

Birinci madde, “yerine getirememe”den (inability) söz etmektedir. Dolayısıyla borçlu ödeyebilecek durumda olup da ödemeyi reddediyorsa koruma kapsamına girmez. Ayrıca, maddede “yalnızca” (merely) kelimesi de kullanılmıştır. Borçlu, hileyle ya da kötü niyetle hareket etmişse 1. madde hapsine engel değildir. Sonradan ödemezlik durumunda olduğu anlaşılırsa bile, durum değişmez. Gerçekten 1. madde, iradi olmayan ödeyememe durumuna ilişkindir. Maddede geçen “yerine getirememe” (n’est pas en mesure d’executer/on the ground of inability) deyiminin, “istese bile ödeyemeyecek” olan bir kimsenin durumunu anlattığı açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun verdiği bir karara göre; bir kimsenin kanun emrettiği halde buna uymayarak alacaklısına malvarlığı hakkında beyanda (affidavit) bulunmamış olduğu için mahkemece hapsine karar verilmesi, 1. maddenin koruduğu alana girmez.

AİHS’nin 5/1 (b) hükmü nasıl anlaşılmalıdır? Madde 5/1 (b): “Bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya yasanın koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması”ndan

söz etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, (Engel ve diğerleri kararı) "kanunun emrinden kaynaklanan borç" ifadesi, bir kimsenin o zamana kadar yerine getirmeyi ihmal ettiği belli ve somut bir borç veya edimi yerine getirmeye zorlanması amacıyla hapsedilmesini anlatmaktadır. Bu kural, geniş yorumlanmamalıdır. "Bir vatandaşın genel nitelikte kanuna itaat ödevinden bahisle mecburi oturmaya mahkum edilmesi" (Guzzardi kararı), "bir ordu mensubunun bundan böyle borçlarına sadık kalması amacıyla oda hapsinde tutulması", (Ciulla kararı) genel nitelikte ödev ifasına zorlamadır; AİHS 5/1 (b) kapsamına (koruduğu alana) girmez." şeklinde açıklamalarda bulunmuştur.

Metin Feyzioğlu aynı sempozyumda sunduğu tebliğinde; (Sözleşme'den Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması", a. g. e., s. 15 vd.) "Anayasa m. 38, sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getirmeyenin değil getiremeyen hürriyetinin kısıtlanacağı hükmünü içermektedir. Öyleyse borcunu yerine getirebilecekken getirmeyenler, bu yasaktan yararlanamazlar. Bu çerçevede İİK m. 340'daki makbul sebep kavramını dar yorumlayan ve makbul sebebi örneğin, borçlu ya da onun talimatıyla başkası tarafından taksitin yatırılmasına imkan bulunmamasıyla ya da postadaki gecikmelerle sınırlayan bir uygulama, Anayasa m. 38'e aykırı olacaktır.

Ödeme şartını ihlal suçunda ödeme şartı, alacaklı ve borçlu arasında karşılıklı rıza ile yapılan bir sözleşmeye dayanıyorsa, bu suçu hükme bağlayan İİK m. 340'daki "makul sebep", ceza hukukundaki "beklenmeyen durum" olarak anlaşılırsa ve borçlunun gelir elde edip taksiti ödemesini engelleyen beklenmeyen durumlarda ceza verilmesi yoluna gidilmezse, sözü geçen suç Anayasa m. 38'e aykırı olmayacaktır."

Şeref Ünal, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s. 329 ve 330) konuya ilişkin olarak; "Bu hüküm, borçlar hukuku ilişkisinden kaynaklanan borçlarını rızasıyla ödemeyen bir borçlunun, bu yüzden hapis cezasıyla cezalandırılmasını yasaklamıştır. Borcun ödenmemesi, ya borçlunun malvarlığı bulunmadığı için çaresizlikten veya buna rağmen kötü niyetten olabilir.

Birinci halde, yani kendi kusuru olmaksızın borcunu ödemekte acze düşen kişi, bu yüzden hapis cezasına çarptırılmaz. Ancak borçlunun hile ile veya kasten borcunu ifa etmekten kaçınması halinde, protokolün bu hükmünden yararlanması mümkün değildir.

Akde muhalefetin suç sayılarak hapis cezasıyla cezalandırılabilmesi için, suçun yasal unsurlarının bulunması gerekir. Örneğin, borçlarından kurtulmak için ülkeden kaçma hazırlıkları yapan bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması, sözleşmeye aykırı sayılamaz. Nitekim bu gerekçeyle, İY m. 331 ve onu izleyen maddelerinde, kötü niyetli borçlular için cezai müeyyideler öngörülmüştür. Buna göre, alacaklısını zarara sokmak kastıyla malvarlığını eksilten, borç ödemediği için kendi fülüyle sebebiyet veren borçluların, hapis cezasıyla cezalandırılmaları mümkündür. Bu gibi hallerde yasal dayanak, İY'nin söz konusu hükümleri olduğu için borçluların cezalandırılması, protokolün bu hükmüne aykırı sayılmamalıdır.

Borcun ifasının imkansızlığı, sonradan borçlunun mali durumunun bozulması yüzünden ortaya çıkabileceği gibi başlangıçta, yani akdin yapıldığı anda da söz konusu olabilir. Örneğin, BK'nın 117. maddesine göre "borçluya isnat olmayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur." Bu ikinci halde borç kendiliğinden ortadan kalkacağından, borcun ödenip ödenmemesi zaten söz konusu değildir. Şeklinde görüş bildirmiştir." gerekçesiyle itirazı reddetmiştir.

g. 2. Mal beyanında bulunmamak suçundan sanık hakkında İİK'nın 337. maddesi uyarınca sekiz gün hafif hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin İcra Ceza Mahkemesi kararı, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nce 17.10.2001 gün ve 9308/8215 sayılı kararla yukarıda "g. 1." bölümünde yer verilen aynı gerekçeyle diğer yönleri incelenmeksizin bozulmuştur.

Bu karara karşı Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından itiraz edilmesi üzerine Ceza Genel Kurulu'nca, 22.01.2002 gün ve 2001/17 H.D.-298 esas, 2002/2 sayılı kararla itirazın kabulüne karar verilmiştir.

Ceza Genel Kurulu, "Bu suç ile korunmak istenen hukuki yarar, (borcun ödenmesi) olmayıp yasa hükmüne uyulmasının sağlanması suretiyle, cebri icranın etkin bir şekilde yürütülmesinin sağlanmasına ilişkin kamu otoritesidir. Belirtilen suçun yalnızca sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi ile ilgisi bulunmadığından, Anayasa'nın 38. maddesinin 9. fıkrası ile getirilen yasak kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir." gerekçesiyle Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazının kabulüne ve 17. Hukuk Dairesi'nin bozma kararının kaldırılmasına ve dosyanın esası hakkında temyiz incelemesi yapılmak üzere 17. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.

g. 3. Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunmak suçundan sanık hakkında İİK'nın 338/1. maddesi uyarınca bir ay hafif hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin İcra Ceza Mahkemesi kararı, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nce 13.11.2001 gün ve 7908/2724 sayılı kararla yukarıda "g. 1." bölümünde yer verilen aynı gerekçeyle diğer yönleri incelenmeksizin bozulmuştur.

Bu karara karşı Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından itiraz edilmesi üzerine Ceza Genel Kurulu'nca, 29.01.2002 gün ve 2001/17 H.D.-407 esas, 2002/133 sayılı kararla itirazın kabulüne karar verilmiştir.

Ceza Genel Kurulu, "İY'nin 338/1. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma suçu bu belirlemeler ışığında değerlendirildiğinde; bu suçun yasadan kaynaklanan bir yükümlülüğün yasadaki koşullara uygun ancak gerçeğe aykırı biçimde yerine getirilmesi suretiyle işlenen ve kusur sorumluluğuna dayanan bir suç olduğu, bu suçla korunmak istenen hukuki yararın "kamu güveni" olduğu ve eylem neticesinde alacaklının zarara uğrayıp uğramamasının da suçun oluşumunda etkisinin bulunmadığı dikkate alındığında, bu suçun "yalnızca sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilememesi" olarak nitelendirilmesi olanaksızdır. Dolayısıyla İY'nin 338/1. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunma suçu, Anayasa'nın 38. maddesine 4709 sayılı yasa ile eklenen 9. fıkra da öngörülen ve kamu makamlarının kişi özgürlüğünü kaldırma yetkisini sınırlayan yasak kapsamında değerlendirilemez" gerekçesiyle Yargıtay C. Başsavcılığının itirazının kabulüne ve 17. Hukuk Dairesi'nin bozma kararının kaldırılmasına ve dosyanın esası hakkında temyiz incelemesi yapılmak üzere 17. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.

g. 4. Nafaka hükmüne uymamak suçundan sanık hakkında İİK'nın 344/1. maddesi uyarınca on gün hafif hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin İcra Ceza Mahkemesi kararı, Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nce 17.10.2001 gün ve 7309/8227 sayılı kararla yukarıda "g. 1." bölümünde yer verilen aynı gerekçeyle diğer yönleri incelenmeksizin bozulmuştur.

Bu karara karşı Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından itiraz edilmesi üzerine Ceza Genel Kurulu'nca, 11.12.2001 gün ve 2001/17 H.D.-281 esas, 2001/284 sayılı kararla itirazın kabulüne karar verilmiştir.

Ceza Genel Kurulu, "İİK'nın 344. maddesinde nafaka ödemeye mahkum olup da ilamda gösterilen ödeme şartlarına uymayan borçlunun, alacaklının şikayeti üzerine hapse mahkum edileceği öngörülmüştür. Ancak bu halde, "Nafaka borcu sözleşmeden değil yasadan ve ona dayalı olarak mahkeme kararından kaynaklandığı ve ortada Sözleşme'nin 5. 1 (a) maddesi anlamında bir mahkeme kararı olduğu için borçlunun bu nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılması, Protoko'lün söz konusu hükmüne aykırı sayılmamalıdır." şeklinde düşüncelere yer vermiştir.

Bu belirlemeler ışığında somut olay ele alınarak değerlendirildiğinde, nafaka hükmüne uymamak suçunun yalnızca sözleşmeden doğan bir suç olmadığı, yasadan ve ona dayalı olarak da bir mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Esasen yargısal kararlar ile uygulamada cebri icradan önceki nafaka borçlarının ödenmemesinin suç oluşturmayacağına ilişkin genel kabul de nazara alındığında, bu suç bakımından korunmak istenen yararın "borcun ödenmemesi" olmayıp bir mahkeme hükmüne uyulmasının sağlanmasına ilişkin "kamu güveni" olduğu ortaya çıkmaktadır. Yine İY'nin 344. maddesinin 2. fıkrasında, nafaka borcunun haklı bir nedenle ödenmemesinin cezasızlık hali olarak belirtilmiş olması da birinci fıkradaki yaptırımın özgürlüğü sınırlayıcı ceza bulunmasının Anayasa'nın 38. maddesinin 9. fıkrasına aykırılık oluşturmayacağını göstermekte olduğu gerekçesiyle Yargıtay C. Başsavcılığının itirazının kabulüne ve 17. Hukuk Dairesi'nin bozma kararının kaldırılmasına ve dosyanın esası hakkında temyiz incelemesi yapılmak üzere 17. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.

2. İnsan Haklarına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Yer Veren Özel Hukuka İlişkin Yargıtay Kararları

a. Kamu Görevlilerinin Sendika Kurmaları ile İlgili Kararlar

a. 1. İstanbul Valiliği'nin başvurusu üzerine Cumhuriyet Savcılığı'nca Tüm Haberleşme İletişim Çalışanları Sendikası aleyhine açılan "sendika faaliyetlerinin durdurulması ve kapatılması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda mahkemece davanın kabulüne, sendikanın kapatılmasına karar verilmiş sendika yönetiminin temyizi üzerine bu kapatma kararı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nce 14.02.1994 gün ve 1993/7488-1994/1016 sayılı ilamla "... Şişli Cumhuriyet Savcılığı'nın

iddianamesinde özetle, Tüm Haberleşme ve İletişim adlı bir sendikanın kurulduğunu, kurucularının işçi ve işveren değil kamu görevlisi bulduklarını, bunların sendika kuramayacaklarını belirterek 2821 sayılı Yasa'nın 6, 7 ve 54. maddeleri uyarınca kapatılması ve faaliyetlerinin durdurulması" istenmiştir.

Yerel mahkemece, memurların sendika kurmalarına Anayasa ve Sendikalar Kanunu izin vermediğinden sendika faaliyetlerinin durdurulmasına ve kapatılmasına dair isteğe bağlı olarak karar verilmiştir.

Davaya konu olan örgütün adında "sendika" eklemesi bulunmadır. Sendika özgürlüğü ve örgütlenme ile kamu hizmetinde örgütlenme haklarının korunmasına yönelik Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri'nin onaylanmasından önceki bu davayla bağlantılı evrede eklentinin, kesinlikle teknik anlamdan (toplu sözleşme ve grev yapabilen sendikayla ilgisi yoktur. Örgütün adında böyle bir eklenti olması onu sendika durumuna getirmez.

Kapatılması istenen kuruluş, bir meslek dayanışması örgütüdür. Hukuk düzenimiz, bu tür gaye (ülkü amaçlı) örgütlerin kurulmasına izin vermektedir. Örneğin, BK'nın 520/1. maddesi gereği ekonomik olmayan ülkeye ulaşmak bakımından birlik oluşturmayı yasaklamış değildir. İki ya da daha çok kişi, emekleri ve paralarıyla katkıda bulunarak ortak amaç için anlaşma yapabilirler, kurulan birlik meslek sorunlarını konuşabilir ve aksayan yönlerini giderebilmek için Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ve ilgili mevzuat koşullarına göre çaba gösterebilirler.

Dava, "meslek dayanışması için oluşturulan birliğin, yasalara aykırı biçimde amaç dışına çıktığı, eylemlerinde suç bulunduğu iddia edilmediğine göre (adında bir ekleme bulunması nedenine dayanılarak) yetkisi doğmamış olan makamın kapatma isteği doğrultusunda karar verilmesi yasaya aykırıdır." gerekçesiyle bozulmuştur. Yeniden yapılan yargılama sonunda Yerel Mahkemece önceki kabul kararında direnilmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu'nca 24.05.1995 gün ve 1995/4-367-550 sayılı ilamla anılan direnme kararı, "...ülkemizde kamu görevlilerine sendika kurma hakkı tanınması gerekip gerekmediği yönü yargı organınca tartışma ve değerlendirme konusu yapılmamıştır. Çünkü bu husus, yargı organının görev ve yetkisi dışında olup demokratik bir hukuk devletinde siyasi organın değerlendirebileceği bir konudur. Yargı organı olarak sadece konunun yasal ve hukuksal

yönü" üzerinde durulmuş ve bu çerçevede inceleme ve değerlendirme yapılmıştır.

Ülkemizde kamu görevlilerinin sendika kurma hakları ilk kez, 1961 Anayasası'nın 46. maddesinde düzenlenmiş ve işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin bu alandaki haklarının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu anayasa hükmüne dayanılarak çıkarılan 8.6.1965 günlü ve 624 sayılı Devlet Personeli Sendikaları Kanunu ile memurların ve işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinin ne şekilde sendika kurabilecekleri, kurulacak sendikanın hak ve yetkilerinin neler olacağı, nasıl ve hangi organ tarafından denetleneceği, ne şekilde son bulacağı gibi konular düzenlenmiştir. Daha sonra Anayasa'nın 46. maddesi, 20.9.1971 günlü ve 1488 sayılı Kanun'la değiştirilerek, sadece işçi ve işverenlerin, önceden izin almaksızın, sendikalar ve sendika birlikleri kurma hakları kabul edildiğinden 624 sayılı Kamu Personeli Sendikaları Kanunu'nun uygulanmasına son verilmiş ve yine bu değişikliğe paralel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 22. maddesindeki memurların sendika kurabileceklerine dair hüküm, 23.12.1972 günlü ve 2 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece memurlar ve işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinin sendika kurma haklarının kullanılması olanağı ortadan kaldırılmıştır. 1982 Anayasası'nın 51. maddesinde de sadece işçilerin ve işverenlerin sendika kurma hakları düzenlenmiş olup Anayasa'nın 128. maddesinde memurların ve diğer kamu görevlilerinin hakları ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş bulunmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda veya diğer kanunlarda, memurların ve diğer kamu görevlilerinin sendika kurabileceklerine dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 27. maddesinde memurların grev yapmaları ve greve katılmaları yasaklanmış olup, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesine Dair 22.1.1990 günlü ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 3/d ve 14. maddelerinde sözleşmeli personelin toplu iş sözleşmeleri kapsamına alınmayacağı, sendikaya üye olamayacakları ve grev yapamayacakları hükme bağlanmıştır.

Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin bir kısmı, hiçbir yasal düzenlemeye gerek olmadan doğrudan doğruya kullanılacak nitelikteki özgürlüklerdir. Örneğin yerleşme ve seyahat, düşüncüyü açıklama, din ve vicdan özgürlükleri, önceden herhangi bir yasal düzenlemeye gerek olmadan doğrudan doğruya kullanılacak hak

ve özgürlüklerdir. Yasa koyucu, bu özgürlükleri ancak Anayasa'da öngörülen nedenlerle ve hakların özüne dokunmamak koşuluyla kanunla sınırlandırabilir.

Anayasa'da yer alan dernek, sendika, siyasi parti kurmak, toplu sözleşme, grev ve lokavt gibi hak ve özgürlüklerse yasal düzenlemeye dayanmadan doğrudan doğruya kullanılmaları mümkün olmayan özgürlüklerdendir. Çünkü Anayasa'nın 33., 51., 53 ve 54. maddelerinde, bu hakların kullanılmasının kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasa'da tanınmış olmasına rağmen henüz yasal düzenleme yapılmamışsa dernek, sendika ve siyasi partinin tüzel kişilik kazanması mümkün değildir.

Öte yandan, bir kuruluşun tüzel kişilik kazanması konusunda irade serbestliği ilkesi uygulanmaz. Çünkü gerçek kişiler, diledikleri şekilde tüzel kişilik kuramazlar. Bunun için kanunda, hangi tüzel kişiliklerin ne şekilde kurulabileceğinin gösterilmesi gerekir. Böyle bir düzenleme yoksa kişilerin bir araya gelip istedikleri gibi tüzel kişilik oluşturmaları mümkün değildir. Yasanın bu konuda, irade açıklamasına hukuki sonuç bağlamış olması gerekir. Ayrıca yasada, bu hususta irade açıklamasının ne şekilde yapılacağı yani daha açık bir ifadeyle ne gibi belgelerin hangi yetkili makama verileceğinin ve hangi andan itibaren tüzel kişiliğin doğduğunun düzenlenmiş olması zorunludur. Örneğin dernek, sendika, siyasi parti, ticaret şirketleri, vakıf gibi kuruluşların her birisi için yasal düzenlemeler yapılmış olduğundan bunlar ancak o yasalarda öngörüldüğü şekilde kuruldukları takdirde tüzel kişilik kazanabilirler. Bunların dışında örneğin, aile birliği, miras şirketi, adi ortaklık gibi birlik ve topluluklar, isteseler de tüzel kişilik kazanamazlar. Bütün bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere dernek, sendika, siyasi parti kurma hakkının Anayasa'da öngörülmüş bulunması, bunların tüzel kişilik kazanması için yeterli olmayıp yasal bir düzenlemeye dayanılması zorunludur. Aksi halde, tüzel kişilikten söz edilemez. Bu düşünce, Anayasa'daki demokratik hukuk devleti ilkesine de aykırı değildir. Çünkü hukuk düzeni bunu zorunlu kılmaktadır. Gerçek kişilerden ayrı bir hukuki varlığı olan tüzel kişilerin devlet tarafından kamu yararı düşüncesiyle denetlenmesi, bütün demokratik hukuk devletlerinde kabul edilmiş temel bir ilkedir.

Dava konusu sendikanın kurulduğu tarihte henüz kamu çalışanlarının sendika kurabileceklerine dair yasal bir düzenleme bulunmadı-

ğı için yukarıdaki açıklamalara göre, bu sendikanın tüzel kişilik kazanmadığının kabul edilmesi gerekir. Buna karşın, kuruluşun Dernekler Kanunu'na göre tüzel kişilik kazandığı veya tüzelkişiliği bulunmayan mesleki dayanışma örgütü yahut adi ortaklık olarak nitelenmesi ve bu nedenle kapatılmasına gerek olmadığı görüşü de benimsenemez. Çünkü kurucular dahi kendilerinin bu şekilde nitelendirilmelerinin mümkün olmadığını bildikleri gibi fiilen kendisini sendika olarak resmi kuruluşlara, topluma ve kendi meslek mensuplarına tanıtan, tüzüğünde bu şekilde faaliyette bulunmayı, grev ve toplu sözleşme yapmayı öngören bir kuruluşun Dernekler Kanunu'na tabi bir dernek olduğu yahut sadece mesleki bir dayanışma örgütü niteliğinde kabul edilmesi ve bu nedenle faaliyetini sürdürmesine izin verilmesi yukarıda açıklanan Anayasal ve yasal ilkelere aykırı olduğu gibi bu durumun giderek uygulamada dolaylı yoldan yasa dışı sendikalaşmaya yol açacağı için kabul edilmesi mümkün değildir.

Bu davanın açılmasından sonra ve dava devam ederken, 5.11.1992 günlü ve 3847 sayılı *"Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Haklarının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin 151 Sayılı Sözleşme'nin Onaylanması Hakkında Kanun"*, 11.12.1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kısaca İLO Sözleşmeleri olarak anılan bu sözleşmeler ile çalışanlar ile işverenlerin ve kamu görevlilerinin sendikalaşma özgürlüğüne halletirecek her türlü ayırimcılığa karşı yeterli korumadan yararlanacakları ancak bu sözleşmelerde öngörülen güvencelerin üst düzey görevlilere veya çok gizli görevleri ifa edenlere hangi ölçüde uygulanacağı, keza Silahlı Kuvvetler'e ve Polise ne ölçüde uygulanacağını ulusal yasalarla belirleneceği, her üye ülkenin ulusal koşullarına göre gerekli ve uygun önlemlerin alınacağı belirtilmiştir. Görülüyor ki TBMM'ce kanun ile kabul edilen bu sözleşmeler, doğrudan doğruya konuyu düzenlemekte, üye ülkelere gerekli düzenlemeyi yapmak görevini yüklemektedir. Bu sözleşmelerin kabulünden sonra henüz kamu görevlileri sendikası ile ilgili bir yasal düzenleme yapılmadığından, yukarıdan beri açıklanan ve varılan sonuç, 151 sayılı İLO Sözleşmesi'nin kabulünden sonra da geçerliliğini sürdürmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin kararında ve Daire sözcüsünün açıklamalarında, İLO Sözleşmesi'nin davada uygulanamayacağı, bu nedenle Daire'nin bozma kararında İLO Sözleşmesi'nden önceki yasal ve hukuksal duruma göre karar verildiği, konunun İLO Sözleşmeleri'ne göre tartışılmaya-

çağı ileri sürülmüşse de dava devam ederken yürürlüğe giren ve kamu düzeni ile ilgili olduğu için resen uygulanması gereken 151 sayılı İLO Sözleşmesi hükümlerinin de göz önüne alınarak konunun tartışılması ve değerlendirilmesi gerektiği görüşü çoğunlukça benimsenmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi 151 sayılı İLO Sözleşmesi'nin kabulünden sonra da henüz bu konudaki özel yasa kabul edilip yürürlüğe konulmadığından, dava konusu sendikanın tüzelkişilik kazanmadığı sonucuna varılmıştır.

Tüzel kişilik kazanmayan böyle bir kuruluşun hukuki varlığının bulunmadığının tespiti ile yetinilmesi doğru görülmemiş, kamu düzeni ile ilgili bulunduğu için faaliyetlerine son verilmek üzere kapatılmasına karar verilmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir. O itibarla direnme kararının açıklanan bu gerekçelerle onanması gerekmiştir" gerekçesiyle onanmıştır.

a. 2. Tüm Belediye Memurları Sendikası tarafından ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı aleyhine açılan "toplular sözleşmeden doğan alacak" davasının yapılan yargılama sonunda mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, davalı belediyenin temyizi üzerine bu karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nce 13.12.1994 gün ve 5865-11183 sayılı ilamla "Dosyadaki delil ve belgelere göre TÜM BEL-SEN adında bir memur sendikasının kurulduğu, bu sendika ile Belediye arasında 27.2.1993 tarihinde "Toplu İş Sözleşmesi" adlı bir sözleşmenin yapıldığı anlaşılmıştır. Davacı da 657 Kanun'a tabi ve atama tasarrufuna göre belediyede çalışan personel olup adına temsilen davayı açan sendikanın da üyesidir. Bu hususlar tartışmasızdır. Tartışmalı olan yön, bu nitelikteki bir sendikanın şu andaki hukuki statüsü itibariyle toplu iş sözleşmesi yapip yapamayacağıdır.

Yürürlükte bulunan mevzuata göre, memur sendikası adı ile bir kuruluşun teşkilinde hukuki bakımdan bir engel bulunmamaktadır. Bu sonuç, Dairemiz kararları ile de kabul edilmiştir (4. HD 11.7.1994 T. 8217-6585 sayılı kararı). Ne var ki memur sendikaları, salt kamu hizmeti yapan memur statüsünde bulunan kişiler tarafından kurulmuştur. 657 sayılı Devlet Personel Yasası'nın 4. maddesinde "...Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler..."in memur sayılacağı ifade edilmiştir. Yine Anayasa'nın 128. maddesinde de memurların atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin yasa ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Memurların sendika kurmalarını engelleyen yasal bir kural bulunmama ile birlikte, şu andaki durum itibariyle toplu iş sözleşmesi yapabileceklerine dair yasal düzenleme henüz yapılmamıştır. Anayasa'nın 53. maddesinde işçilerin ve işverenlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma koşullarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapabilecekleri kuralı yer almış ve toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına da kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. İşte bunun sonucu olarak 1983 yılında 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu yürürlüğe konulmuştur.

Toplu iş sözleşmesi, işverenle çalışan arasında hizmet akdinin yapılmasını, kapsamını, sona ermesini, sözleşme ile tarafların hak ve yükümlülüklerini, uygulanmasını, çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yöntemleri düzenlerler. Belirtilen bu sonuçtan da anlaşılacağı üzere kamu hizmetini yürüten bir memurun atanması, görevi, yürüttüğü işin nitelik ve kapsamı, sahip olduğu güvenceler itibariyle (Anayasa m. 129/5 ve 657 sayılı Kanun'un 13. maddesi) bir kamu kurumu ile arasındaki hukuki ilişki ve düzenleme, iş yasasına tabi olan işçi-işveren arasındaki ilişki gibi kabul edilemez. Bundan dolayı da memur sendikaları, yasal düzenleme olmadığı için kamu kurum ve kuruluşları ile toplu iş sözleşmesi yapamazlar. Çünkü bu nitelikte bir sözleşme için yasal bir düzenlemenin yapılması zorunludur. Bu zorunluluk gerçekleşmeden yapılan sözleşmeler yasal ve taraflar yönünden bağlayıcı olamaz. Bu nedenle de taraflardan biri sözleşmeye dayanarak o sözleşme ile sağlanan haklardan söz ederek talepte bulunamaz.

Açıklanan esaslar gözetilerek davanın reddi gerekliken, karar yerinde yazılı gerekçe ile istemin kabulüne hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır" gerekçesiyle bozulmuştur. Yeniden yapılan yargılama sonunda Yerel Mahkemece önceki kabul kararında direnilmesi üzerine Hukuk Genel Kurulu'nca 06.12.1995 gün ve 1995/4-493-1075 sayılı ilamla anılan direnme kararı, "Temyize konu dava, 657 yasaya tabi ve atama tasarruflarıyla memur statüsünde çalışmakta olan kişi adına Tüm Belediye Memurları Sendikası tarafından açılıp yürütülmüştür. Bu durumda olayda öncelikle çözüme kavuşturulması gereken husus, Devlet memurları Kanunu'na tabi personelce kurulduğu anlaşılan sendikanın, tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı ve buna göre de aktif dava ehliyeti bulunup bulunmadığının tespiti.

Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin bir kısmı, hiçbir yasal düzenlemeye gerek olmadan doğrudan doğruya kullanılacak nitelikteki özgürlükleridir. Örneğin; yerleşme ve seyahat, düşünceyi açıklama, din ve vicdan özgürlükleri, önceden herhangi bir yasal düzenlemeye gerek olmadan

doğrudan doğruya kullanılabilir hak ve özgürlüklerdir. Yasa koyucu, bu özgürlükleri, ancak Anayasa'da öngörülen nedenlerle ve hakların özlerine dokunmamak koşuluyla kanunla sınırlayabilir.

Yine Anayasa'da yer alan dernek, sendika, siyasi parti kurmak, toplu sözleşme, grev ve lokavt gibi hak ve özgürlükler ise yasal düzenlemeye dayanmadan doğrudan doğruya kullanılmaları mümkün olmayan özgürlüklerdendir. Çünkü Anayasa'nın 33, 51, 53 ve 54. maddelerinde bu hakların kullanılmasının kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasa'da tanınmış olmasına rağmen henüz yasal düzenleme yapılmamışsa dernek, sendika veya siyasi partinin tüzel kişilik kazanması mümkün değildir. Öte yandan bir kuruluşun tüzel kişilik kazanması konusunda irade serbestliği ilkesi uygulanamaz. Çünkü gerçek kişiler, diledikleri şekilde tüzel kişilik kuramazlar. Bunun için, kanunda hangi tüzel kişiliklerin ne şekilde kurulabileceğinin gösterilmesi gerekir. Böyle bir düzenleme yoksa kişilerin bir araya gelip istedikleri gibi tüzel kişilik oluşturmaları mümkün değildir. Yasanın, bu konuda irade açıklamasına hukuki sonuç bağlamış olması gerekir. Ayrıca yasada bu hususta irade açıklamasının ne şekilde yapılacağı, yani daha açık bir ifade ile ne gibi belgelerin hangi yetkili makama verileceğinin ve hangi andan itibaren tüzel kişiliğin doğduğunun düzenlenmiş olması zorunludur. Örneğin; dernek, sendika, siyasi parti, ticaret şirketleri, vakıf gibi kuruluşların her birisi için yasal düzenlemeler yapılmış olduğundan bunlar, ancak o yasalarda öngörüldüğü şekilde kuruldukları takdirde tüzel kişilik kazanabilirler. Bunlar dışında örneğin aile birliği, miras şirketi, adi ortaklık gibi birlik ve topluluklar, isteseler de tüzel kişilik kazanamazlar. Bütün bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere dernek, sendika ve siyasi parti kurma hakkının Anayasa'da öngörülmüş bulunması, bunların tüzel kişilik kazanması için yeterli olmayıp yasal bir düzenlemeye dayanılması zorunludur. Aksi halde tüzel kişilikten söz edilmez. Bu düşünce Anayasa'daki demokratik hukuk devleti ilkesine de aykırı değildir. Çünkü hukuk düzeni bunu zorunlu kılmaktadır. Gerçek kişilerden ayrı bir hukuki varlığı olan tüzel kişilerin devlet tarafından kamu yararı düşüncesiyle denetlenmesi, bütün demokratik hukuk devletlerinde kabul edilmiş temel bir ilkedir.

Davacı memur adına davayı açan sendikanın kurulduğu tarihte henüz kamu çalışanlarının sendika kurabileceklerine dair yasal bir düzenleme bulunmadığı için yukarıdaki açıklamalara göre bu sendikanın tüzel kişilik kazanmadığının kabul edilmesi gerekir.

Davada sıfat, davanın görülebilirlik koşuludur ve davanın her aşamasında resen nazara alınması icap eder. Dava elde iken yürürlüğe giren, 2709 sa-

yılı TC Anayasası'nın Başlangıç ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair 4121 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile Anayasa'nın 53. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları arasına eklenen fıkra da yukarıda ifade edilen kabulü değiştirecek içerikte değildir.

Bu durumda mahkemece, aktif dava ehliyetinin yokluğu nedeniyle davanın reddedilmesine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilip yürütülerek sonuçlandırılması doğru değildir. O halde usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmalıdır.” gerekçesiyle bozulmuştur.

a. 3. Yargıtay'ın (a 1) ve (a 2)'de belirtilen bu kararları vermesinden sonra 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla Anayasamızda yapılan değişiklikle bu konuda daha olanaklı bir düzenlemeye yer verilmiş, özellikle 51. madde yeni bir şekil almış ve memur sendikalarının kuruluşuna ilişkin özel kanun da çıkarılmıştır. Böylece kararlarda öngörülen ayrıntılı düzenleme gereği yerine getirilmiştir.

b. Azınlık Vakıfları ile İlgili Karar

Vakıflar Genel Müdürlüğü'nce bir azınlık vakfı aleyhine açılan tapu iptali davasında mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş bu kararın davalı azınlık vakfınca temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, 25.09.2001 tarih ve 2001/6038-9650 sayılı ilamıyla belirtilen gerekçeyle yerel mahkeme kararını onamıştır.

Yargıtay'ın kararlılıkla verdiği bu kararlar karşısında 03.08.2002 tarihinde kabul edilen ve *Resim Gazete'*nin 9 Ağustos 2002 gün ve 24841 sayılı nüshasında yayınlanan “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un 4/A maddesi ile 5.6.1035 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesinin sonuna iki fıkra eklenerek bu vakıfların “vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulu'nun izniyle dini, hayri, sosyal, eğitimsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilecekleri ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilecekleri” hükme bağlanmış çok uzun süredir kamuoyunu işgal eden bu konu, Hükümetçe böyle bir çözüme kavuşturulmuştur.

IV. SONUÇ

Görüldüğü üzere Yargıtay son dönem kararlarında, insan hakları kavramının gereklerine ve insan haklarını daha somut ve etkin bir

koruma mekanizmasıyla düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile eki protokollerde yer alan konulara eskisine nazaran daha fazla önem ve yer vermeye başlamıştır. Böylece devletimizin taraf olduğu, özellikle insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülöklere, ilgili organ ve kişilerce uyulup uyulmadığını irdelemeye ve denetlemeye başlamış ve bu konuları yargı güvencesi altına almıştır. Ancak, bu kararları şu an için yeterli görmek mümkün değildir. Yargıtay'ın, insan hakları konusunda daha, özenli davranarak yerel mahkemeleri insan haklarına dayanan kararlar vermeye yönlendirilmesi beklenmektedir.

KAYNAKLAR

- Akın, İlhan F., *Kamu Hukuku*, Beta Yay., 7. bası, İstanbul 1993.
- Aktan, Can Coşkun (Ed.), *Haklar ve Özgürlükler Antolojisi*, Hak-İş Yay., Ankara 2000.
- Aldıkaçtı, Orhan, "İnsan Hakları Bildirileri ve Bunların Pozitif Hukukta Düzenlenmesi", *İnsan Hakları Sempozyumu*, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yay., İstanbul 1995
- Bıçak, Vahit, "Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı", *Anayasa Yargısı-17*, AYM Yay.: 42, s. 87-114.
- Brahy, Sylvie, "Avrupa Anayasası ve Türk Anayasa Hukuku Bağlamında İnsan Hakları", *Anayasa Yargısı-22*, AYM Yay.: 52, s. 277-292.
- Çavuşoğlu, Naz, "Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Denetim Sistemi", *İnsan Hakları, Yapı Kredi Yay.*, İstanbul 2000.
- Çavuşoğlu, Naz, "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Katılım Meselesi", *Anayasa Yargısı-22*, AYM Yay.: 52, s. 306-328.
- Doehring, Karl, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, Çev. Ahmet Mumcu, 2. Bası, İnkılap Yay., İstanbul 2002.
- Doğru, Osman / Nalbant Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri (1995-2000)*, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2001.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa İçtihatları (Derleme ve Çeviri)*, Beta Yay., İstanbul 1996.
- Doğru, Osma, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkileri", *Anayasa Yargısı-17*, AYM Yay.: 42, s. 194-225.

- Donnelly, Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev. Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin Yay., Ankara 1995.
- Durdular, Ercan / Neziroğlu, İrfan (Yayıma Hazırlayanlar), *Uluslararası Temel İnsan Hakları Belgeleri*, TBMM Basımevi, Ankara 2001.
- Ensaroğlu, Yılmaz (Ed.), *Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu*, Bursa Büyükşehir Belediyesi, Bursa 2004.
- Friedrich, K.J., *Sınırlı Devlet*, Çev. Mehmet Turhan.
- Frowein, Jochen, "İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu", *Anayasa Yargısı-9*, AYM Yay.: 27, s. 111-116.
- Gellhorn, Walter, *Amerikan Hakları*, Çev. Ünal Oskay, Türk Siyasi İlimler Derneği Yay., Ankara 1965.
- Gemalmaz, Mehmet Semih (Derleyen), *Temel Belgelerde İnsan Hakları*, İnsan Hakları Derneği Yay., İstanbul.
- Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Beta Yay., İstanbul 1997.
- Göçer, Mahmut, "Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması", *Anayasa Yargısı-17*, AYM Yay.: 42, s. 386-393.
- Gölcüklü, Feyyaz / Gözübüyük, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 3. bası, Ankara 2002.
- Gözler, Kemal, *Devletin Genel Teorisi*, Ekin Kitabevi Yay., Bursa 2007.
- Kaboğlu, İbrahim, *Özgürlükler Hukuku*, Afa Yay., İstanbul 1994.
- Kaboğlu, İbrahim, *Kollektif Özgürlükler*, Diyarbakır Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Diyarbakır 1989.
- Kaboğlu, İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yay., 3. Baskı.
- Kaboğlu, İbrahim, "Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasaya Yansıtılması Sorunu", *Anayasa Yargısı-11*, AYM Yay.: 30, s. 237-253.
- Kapani, Münci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Yenilenmiş 2. basım, Bilgi Yay., Ankara 1991.
- Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 6. Baskı, AÜHFY, Ankara 1981.
- Karakuş, Işıl, "Ulusalüstü Anayasada Temel Haklar Problematigi: Teorik ve Pratik Sorunlar", *Anayasa Yargısı-22*, AYM Yay.:52, s. 292-306.
- Keskin, Serap, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *İnsan Hakları*, s. 64-97
- Lipson, Leslie, *Siyasetin Temel Sorunları*, Çev. Fügen Yavuz, TİB Yay.
- Memiş, Emin, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", *Anayasa Yargısı-17*, AYM Yay.: 42, s.130-173.

- Mumcu, Ahmet, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Savaş Yay., 3. baskı, Ankara 2003.
- Mumcu, Ahmet, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Savaş Yay., Ankara 1992.
- Ökçesiz, Hayrettin, *Hukuk Devleti*, Afa Yay., İstanbul 1998.
- Özdek, Yasemin, *Uluslararası Politika ve İnsan Hakları*, Öteki Yayınevi, Ankara 2000.
- Paine, Thomas, *İnsan Hakları*, Çev. Mehmet Osman Dostel, Milli Eğitim Bakanlığı Yay., İstanbul 1998.
- Polat, Ali, "Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Başvuru Hakkı ve Divanın Zorunlu Yargı Yetkisi", *Hukuki Araştırmalar Dergisi*, Cilt:1, Sayı:1, Ocak 1998.
- Rousseau, Dominique, "Avrupa Birliği'nde İnsan Hakları Sorunsalı", *Anayasa Yargısı*-22, AYM Yay.:52, s. 260-277.
- Sağlam, Fazıl, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF Yay., Ankara 1982.
- Sancar, Mithat, "Demokrasi-İnsan Hakları-Hukuk Devleti: Zorlu Bir Birlikteliği Çözümleme Denemesi", *Toplum ve Bilim*, Kış 2000-2001, Sayı: 87, s. 7-27.
- Selçuk, Sami, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması", *Türkiye Günlüğü*, Sayı: 54, Ocak-Şubat 1999.
- Tankuter, Korkut (Ed.), *İnsan Hakları*, *Cogitio*, 98, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2000.
- Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yay., Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 1998.
- Tanör, Bülent, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yay., 3. Baskı, İstanbul 1994.
- Tarhanlı, Turgut, "Birleşmiş Milletler Örgütü ve İnsan Hakları", *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2000.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yay., Ankara 2004.
- Türmen, Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri", *Anayasa Yargısı*-17, AYM Yay.:42, s.32-40.
- Tunç, Hasan, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", *Anayasa Yargısı*-17, AYM Yay.:42, s. 174-193.

- Uygun, Oktay, "İnsan Hakları Kuramı", *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2000.
- Uygun, Oktay, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yay., İstanbul 1992.
- Ünal, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Meclis Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yay., No:89, Ankara 2001.
- Ünal, Şeref, "Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması", *Anayasa Yargısı-11*, AYM Yay.:30, s. 39-61.
- Ünal, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", *Anayasa Yargısı-17*, AYM Yay.:42, s. 63-85.
- Weber, Frans, "İnsan Haklarının Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yönünden Çağdaş Yorumu", *Anayasa Yargısı-9*, AYM Yay.: 27, s. 317-322.
- Yıldız, Mustafa, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı*, Alfa Yay., İstanbul 1998.
- Yıldız, Mustafa, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İşlevsel Konumu", *Anayasa Yargısı-14*, AYM Yay.:36, s. 255-332.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, "İnsan Haklarının Ulusal Düzeyde Korunması", *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2000.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt: II, Sayı: 1, Mayıs 1994.

5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN'UN GENEL HÜKÜMLERİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE

Feriha Bilge TANRIBİLİR*

GİRİŞ

Türk hukukunda milletlerarası özel hukuk alanına¹ ilişkin ilk müstakil kanun olan *Memâlik-i Osmaniyyede Bulunan Tebaayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezâifi Hakkında Kanunu Muvakkat* (EHVK)² günün ihtiyaçlarını karşılamamakla beraber 1982 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. 1982 yılında yürürlüğe giren³ 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴ ile milletlerarası özel hukuka ilişkin meseleler ve bağlama kuralları daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. 2675 sayılı Kanun'un yaklaşık yirmi beş yıllık uygulamasının ardından bazı ihtiyaçları karşılamakta yetersiz kaldığı gerekçesiyle⁵ yeni bir kanun hazırlanmış ve bu kanun 2007 yılında yürürlüğe girmiştir.

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Bilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Bu çalışmada "milletlerarası özel hukuk" kavramı, Devletler özel hukukunun kanunlar ihtilâfi hukuku ve milletlerarası usul hukuku alt dallarını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

² Hicrî 21 Rebiülâhar 1333, Rumî 23 Şubat 1330 tarihli EHVK için bkz. Düstur, Tertibi Sâni, C. 7, s. 458-459 ve yeni harflerle metni için bkz. Göğçer, E., *Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfi)*, Sevinç Matbaası, 4. Bası, Ankara 1977, s. 405-406.

³ Kanunun hazırlık çalışmaları hakkında bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978; Tekinalp, G., "Türk "Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı", (Tasarı), İÜHFİM, 44(1978), S. 1-4, s. 91 vd.

⁴ RG, 22.5.1982-17701.

⁵ 5718 sayılı Kanun'un hazırlanma nedenleri ve hazırlık süreci Kanun'un gerekçesinde ayrıntılı olarak yazılmıştır. Bu konuda bilgi için bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu

Kanun'un hazırlanması esnasında muhtelif milletlerarası metinlerin göz önünde bulundurulduğu gerekçe ve bazı hükümlerden anlaşılmaktadır. Gerekçede bu Kanun'un hazırlanmasında milletlerarası özel hukuktaki yeni görüşler, teori ve uygulamalar ile Türkiye'nin onayladığı ve onaylamadığı milletlerarası sözleşmelerin dikkate alındığı ifade edilmektedir. Özellikle Gerekçede, *Avrupa Topluluğu'nda Borç Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme (1980) (Roma I)*⁶ ile *"Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşmesi'nin (1968) (Brüksel Sözleşmesi)"*⁷ adı geçmektedir.⁸ 5718 sayılı Kanun'un muhtelif hükümlerinden ve bazı maddelerin gerekçesinden İsviçre ve Alman milletlerarası özel hukuk kanunlarının muhtelif hükümlerinin de dikkate alındığı görülmektedir.⁹

Bu çalışmada yeni yürürlüğe giren 5718 sayılı Kanun'un "genel hükümler" başlığında yapılan değişikliklerin ele alınması hedeflenmektedir. Yeni Kanun'un bu bölümünde yer alan hükümler, Kanun'un hazırlanmasında göz önünde bulundurulan kanun, milletlerarası sözleşme ve diğer metinlerin ilgili hükümleri ile de karşılaştırılacaktır. Karşılaştırma işlemi 2675 sayılı Kanun bakımından da yapılarak Türk hukukunda ne gibi değişikliklerin yapıldığı açıklanacaktır. Bu çalışmanın amacı yeni Kanun'un belli bir bölümünü ele almak ve yeni düzenlemelere işaret etmek olduğu için, özellikle kanunlar ihtilâfı hukukunun genel meselelerine ilişkin teorik açıklamalara girilmeyecektir. Bununla beraber, Kanun'un genel hükümleri başlığında yer alan ve genel mesele niteliğini taşımayan hususlar da (vatandaşlık esasına göre

(1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı: 47, <http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>.

⁶ İlk metin, OJ. L 266, 9.10.1980; yenilenmiş metin OJ. C 334, 30.12.2005.

⁷ İlk metni için bkz. OJ. L 304, 30.10.1978; yenilenmiş metin için bkz. OJ. C 27, 26.1.1998.

⁸ Her iki metin de Avrupa Birliği tüzüğü haline gelmiştir:

Roma I Tüzüğü için bkz. Regulation (EC) No 593/2008 of European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), OJ, L 177/6 vd. 4.7.2008.

Roma II Tüzüğü için bkz. Regulation (EC) No 864/2007 of European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), OJ, L 199/40 vd. 31.7.2007.

⁹ Bkz. Tekinalp, G., "The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure", (2007), Yearbook of Private International Law, 9(2007), s. 315 vd.: Öztekin Gelgel, G./Erdem, B.: 12.12.2007 Tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 7, 18.

yetkili hukuk, doğrudan uygulanan kurallar, şekil ve zamanaşımı) ayrıca değerlendirilecektir.

I. 5718 SAYILI KANUN'UN YAPISI

2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı *Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (MÖHUK),¹⁰ esas itibarıyla 2675 sayılı Kanun'un yapısını muhafaza etmekle beraber, daha ayrıntılı ve daha fazla bağlama kuralı ihtiva etmektedir.¹¹ 5718 sayılı Kanun, 2675 sayılı Kanun gibi başlıca üç kısımdan meydana gelmektedir.

5718 sayılı Kanun'un birinci kısmının başlığı, "*Milletlerarası Özel Hukuk*" tur. Bu başlık kendi içerisinde iki bölüme ayrılmıştır. Birinci Bölüm, "*Genel Hükümler (m. 1-8)*" ve İkinci Bölüm de "*Kanunlar İhtilafı Kuralları (m. 9-39)*" alt başlıklarını taşımaktadır. 5718 sayılı Kanun'un birinci kısmının ilk bölümünde özellikle yabancı hukukun uygulanması ile ilgili hükümde değişiklik yapılmış ve bu bölüme doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir madde eklenmiştir. Kanun'un bağlama kurallarının bulunduğu ikinci bölümünde ise ciddi değişiklikler yapılmış ve yeni maddeler Kanun'a eklenmiştir. Özellikle eşya hukuku ve borçlar hukuku alanındaki bağlama kurallarının sayısı artırılmıştır.¹² Bu bölümde yapılan değişikliklerin bir kısmı kullanılan bağlama noktasında değişiklik yapılması, bir kısmı da bazı bağlama noktalarının kaldırılması şeklindedir.

5718 sayılı Kanun'un İkinci Kısmı "*Milletlerarası Usul Hukuku*" başlığını taşımakta ve bu kısmın birinci bölümünde "*Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (m. 40-49)*" ile İkinci Bölümünde "*Yabancı Mahke-*

¹⁰ RG, 12.12.2007-26728.

¹¹ EHVK toplam 5 madde, 2675 sayılı Kanun toplam 48 madde iken 5718 sayılı Kanun toplam 66 maddedir.

¹² Genel olarak aynı haklara uygulanacak hukuku gösteren bir genel bağlama kuralından (m. 21) sonra taşıma araçları (m. 22) ve fikri mülkiyete (m. 23) ilişkin haklara uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralları kabul edilmiştir. Aynı şekilde borçlar hukukunda da madde sayısı artırılmış ve bazı alanlarda parçalanma yoluna gidilmiştir. Sözleşme ve haksız fiile uygulanacak hukuku gösteren bağlama kurallarında bu yol tercih edilmiştir. Söz konusu hukuki ilişki (m. 24) ve olayda (m. 34) önce genel kuralla uygulanacak hukuk düzenlendikten sonra bazı sözleşme (m. 25-30) ve haksız fiil (m. 35-38) tipleri için özel bağlama kuralları kabul edilmiştir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenirken kısmen parçalanma dikkati çekmektedir.

me ve Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması (m. 50-63)" düzenlenmektedir. 5718 sayılı Kanun'un ikinci kısmında milletlerarası usul hukukuna ilişkin hükümler yer almaktadır. Kanun'un bu kısmında özellikle Türk mahkemelerinin yetkisine ilişkin bölümdeki genişleme dikkati çekmektedir. Ayrıca tanıma ve tenfize ilişkin hükümlerde de kısmi değişikliğe gidilmiştir¹³.

5718 sayılı Kanun'un üçüncü kısmı "*Son Hükümler* (m. 64-66)" başlığı altında bu Kanun ile yürürlükten kaldırılan hükümleri ve yürürlüğe giriş tarihini düzenlemektedir. 5718 sayılı Kanun, sadece 2675 sayılı Kanunu değil, ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun¹⁴ 866. maddesinin ikinci fıkrasını ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanun'unun¹⁵ 88. maddesini de yürürlükten kaldırmıştır.

II. GENEL HÜKÜMLER

Günümüzde hukuk düzenleri yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olaylardan doğan uyuşmazlıklar için müstakil milletlerarası özel hukuk kanunlarını yürürlüğe koymayı tercih etmektedir. Bu kanunlarla yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku gösteren muhtelif bağlama noktaları kabul edilmektedir. Hâkim, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda bu bağlama kurallarına göre uygulanacak hukuku belirlerken bazı problemlerle karşılaşabilir. Söz konusu problemler vasıflandırma, tefsir, atıf, değişken ihtilâflar, kamu düzenine aykırılık, ön sorun veya yabancı hukukun uygulanması şeklinde ortaya çıkabilir. Milletlerarası özel hukukta bu tür problemlere, kanunlar ihtilâfı hukukunun genel meseleleri denilmektedir. Kanunlar ihtilâfı hukukunun genel meseleleri, bazen uygulanacak hukukun belirlenmesi safhasında (vasıflandırma, tefsir, değişken ihtilâflar gibi) bazen uygulanacak hukukun tespitinden sonra (kamu düzenine aykırılık gibi) ortaya çıkarak uygulanacak hukuku etkileyebilir. Söz konusu etki, uygulanacak hukukun hâkimin bağlama kurallarının gösterdiği hukuk düzeninin değişmesi yönünde veya bu kurallara göre uygulanması öngörülen yabancı hukukun uygulanmasına engel olma şeklinde karşımıza çıkabilir. Muhtelif devletlerde kabul edilen milletlerarası özel hukuk

¹³ Bkz. MÖHUK m. 54/1- b, 58, 59 ve 60.

¹⁴ RG, 9.7.1956-9353.

¹⁵ RG, 13.12.1951-7981.

kanunlarında genellikle kanunlar ihtilâfı hukukunun anılan meselelerinin tamamı veya bir kısmına ilişkin hükümlere yer verilmektedir.¹⁶

5718 sayılı Kanun'un birinci kısmının birinci bölümü "genel hükümler" başlığını taşımakta ve bu bölümde Kanun'un kapsamı, vatandaşlık, şekil, zamanaşımı gibi konuların yanı sıra kanunlar ihtilâfı hukukunun bazı genel meseleleri de düzenlenmektedir. Aşağıda 5718 sayılı Kanun'un genel hükümler bölümünde düzenlenen hususlar madde sırasına göre ele alınacaktır. Önce Kanun'un kapsamı (m. 1) belirtilecek, sonra da yabancı hukukun uygulanması (m. 2) başlığını taşıyan hükme geçilecektir. Kanun'un ikinci maddesi üç farklı hususu düzenlediği için her biri ayrı başlıklarda incelenecektir: Yabancı hukukun uygulanması, atıf ve dâhili yer bakımından kanunlar ihtilâfı. Daha sonra sırasıyla değişken ihtilâflar (m. 3), vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk (m. 4), kamu düzenine aykırılık (m. 5), doğrudan uygulanan kural (m. 6), şekil (m. 7) ve zamanaşımı (m.8) ele alınacaktır.

A. KANUNUN KAPSAMI

5718 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 2675 sayılı Kanun gibi kapsamını belirlemektedir. Bu hükme göre Kanun aşağıdaki meseleleri düzenlemektedir:

1. Uygulanacak hukuk,
2. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi,
3. Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi.

Ancak Kanun'un uygulanabilmesi için iki önemli şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan birisi yabancı unsurun bulunması, diğeri de özel hukuka ilişkin bir işlem veya ilişkinin mevcut olmasıdır. Kanun "yabancı unsur" kavramını tanımlamamıştır. Kanun'da düzenlenen özel hukuka ilişkin işlem veya ilişkilerin her biri için yabancılık unsurunun ortaya çıkışı her somut olayda ayrıca tespit edilecektir.

¹⁶ Sadece devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında değil, aynı zamanda milletlerarası sözleşmelerde de bu meselelere dair hükümlere yer verilmektedir. Örneğin Mirasa Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Sözleşmesi, m. 15-22; Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi, m. 11'de olduğu gibi.

Kanun, kapsamına giren meseleler hakkında Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerini saklı tutmuştur. Türkiye, milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası usul hukuku alanlarında akdedilen muhtelif milletlerarası sözleşmeleri onaylamış ve taraf olmuştur.¹⁷ Anayasa'nın 90. maddesinde de ifade edildiği üzere usulüne uygun olarak onaylanan milletlerarası sözleşme hükümleri kanunlara nazaran öncelikle uygulanma kabiliyetini haizdir. Aynı esas, 5718 sayılı Kanun'da da tekrar edilmiştir. Milletlerarası sözleşmelerin milli hukuk düzenlemelerinden önce uygulanmaları hususuna diğer devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında da yer verilmiştir. Örneğin İsviçre MÖHK (m. 1), İtalyan MÖHK (m. 2) bu yönde hükümlere sahiptir.

B. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI

5718 sayılı Kanun m. 2 yabancı hukukun uygulanması başlığında üç önemli konuda hüküm içermektedir. Bu nedenle her bir konu ayrı ayrı incelenecektir.

1. YABANCI HUKUKUN VE MUHTEVASININ BELİRLENMESİ

5718 sayılı Kanun'un "*yabancı hukukun uygulanması*" başlığını taşıyan 2. maddesinin "*ilk iki fıkrası*" 2675 sayılı Kanun ile aynıdır,¹⁸ yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hükümlerde değişikliğe gidilmemiştir. Buna göre MÖHUK m. 2 şu hükmü içermektedir:

¹⁷ Bu konuda bkz. Öztekin Gelgel/Erdem, s. 35 vd.

¹⁸ Yabancı hukukun muhtevasını tespit konusunda İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda (MÖHK) da aynı hüküm yer almaktadır. İsviçre MÖHK m. 16'ya göre "*yabancı hukukun muhtevası res'en belirlenmelidir. Bu amaçla taraflardan yardım talep edilebilir. Finansal menfaatler hakkındaki iddiaların ispatı taraflara yüklenebilir. Herhalde yabancı hukukun muhtevası tespit edilmediği takdirde İsviçre hukuku uygulanır*". Söz konusu maddede Türk hukukundan farklı olarak tarafların yabancı hukukun muhtevasını belirlemede yükümlülüğü daha belirgin hale getirilmiştir. İsviçre MÖHK'nun İngilizce metni için bkz. Karrer, P. A. / Arnold, K. W., *Switzerland's Private International Law Statute of December 18, 1987*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston 1989.

“(1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.

(2) Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır.”

5718 sayılı Kanun’a göre, yabancı unsurlu bir uyuşmazlık karşısında kalan hâkim uyuşmazlığa uygulanacak hukuku bulmak için¹⁹ önce kendi milletlerarası özel hukuk kanununda yer alan bağlama kurallarına başvuracaktır. Kanun’un 2. maddesine göre hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını (bağlama kurallarını) res’en uygulamakla görevlidir. Çünkü bu kurallar kendi hukuk düzeninin bir parçasıdır.

Başvurulan bağlama kurallarına göre uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, hâkimin kendi maddi hukuk kuralları olabileceği gibi yabancı bir devletin hukuk kuralları da olabilir. Uygulanacak hukukun hâkimin kendi hukuku olması halinde, hâkimin kendi hukukunun hükümlerinin muhtevasını tespit ederek uygulaması yeterlidir. Çünkü hâkim hukukunu bilir (*jura novit curia*). Hâkimin hukuk düzeni dışında bir hukuk düzeninin uyuşmazlık hakkında yetkili kılınması halinde, hâkim yetkili kılınan hukuku kamu düzeni istisnası saklı kalmak kaydıyla, aynen uygulamakla görevlidir (m. 2/1, 1. cümle). Ancak yetkili kılınan yabancı hukukun muhtevasının belirlenmesi çok kolay değildir. Hâkim yabancı hukuk hakkında kişisel bilgiye sahip ise uyuşmazlığa ilişkin bu hükümleri davada tatbik eder. Çoğu halde, hâkim yabancı hukukun muhtevasını tespit etme konusunda yardım almak durumundadır. Bu noktada ilk yapması gereken işlem, Türkiye’nin de taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinden²⁰ yararlanıp yararlanamayacağını araştırmak olmalıdır. Eğer bu Sözleşme’nin tarafı olmayan bir devletin hukuku yetkili kılınmışsa, bu takdirde diplomatik kanallardan yabancı hukukun muhtevası belirlenmeye çalışılmalıdır. Türkiye’nin yurt dışında

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, E/Şanlı, C.; *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınları, 17. Bası, İstanbul 2009, s. 190 vd.; Çelikel, A/Erdem, B.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 176 vd.; Aybay, R./Dardağan, E.: *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 114 vd.

²⁰ RG. 26.8.1975-15338 ve Ek Protokol için RG. 2.10.2004-25601. Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 180-181.

bulunan diplomatik temsilcilikleri veya konsolosluk mensupları vasıtasıyla yerel makamlardan bu devletin uyuşmazlıkla ilgili olarak uygulanacak hukuk kuralları hakkında bilgi talep edilebilir. Devletlerarasındaki iyi ilişkiler çerçevesinde bu tür talepler yerine getirilmektedir. Kanun'un kendisine yüklediği yabancı hukukun muhtevasını tespit görevinden hâkim bu şekilde de sonuç alamıyorsa taraflardan yardım isteyebilir (m. 2/1, 2. cümle). Bütün araştırmalara rağmen, yabancı hukukun muhtevası belirlenemediği takdirde, hâkim Türk hukukuna göre uyuşmazlığı sonuçlandırmalıdır.

2. ATIF

a. Genel Bilgi

Yabancı unsurlu bir hukuki ilişki veya olaydan doğan uyuşmazlığın irtibatlı olduğu hukuk düzenlerinden hangisi tarafından halledileceği sorusu bağlama kuralları ile cevaplandırılır. Her devletin hukuk düzeninde²¹ yabancı unsurlu uyuşmazlıkların tabi olacağı hukuku gösteren bağlama kuralları mevcuttur. Hâkim önündeki uyuşmazlığı vasıflandırdıktan sonra (bağlama konusunu tespit) bağlama noktasına göre belirlenen hukuk düzeninin kurallarını uyuşmazlığa uygulamalıdır (MÖHUK m. 1 ve 2). Bağlama kurallarına göre yetkili kılınan hukuk hakkında değişik ihtimaller söze konu olabilir.

İlk ihtimal, tarafların ikametgâhının veya malın bulunma yerinin yahut karakteristik edim borçlusunun mutat meskeninin hâkimin mensup olduğu devlette bulunması gibi örneklerde olduğu üzere hâkimin hukukunun yetkili kılınmasıdır. Bağlama kuralının uygulanmak üzere gösterdiği hukuk düzeni hâkimin hukuk düzeni ise, bu emri yerine

²¹ Devletin hukuk düzeninde yer alan hukuk kurallarını iç hukuk kuralları ve dış hukuk kuralları olarak ikiye ayırmak mümkündür. İç hukuk kuralları, kural olarak, medeni hukuk, ceza hukuku veya usul hukuku kuralları gibi milli toplumun ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik kurallardır. Dış hukuk kuralları kanunlar ihtilafı hukuku ve milletlerarası usul hukuku, milletlerarası ticaret hukuku, milletlerarası ceza hukuku kuralları gibi milletlerarası toplum hayatının gereklerini karşılamaya yöneliktir. Kanunlar ihtilafı hukuku kendine özgü kurallara sahiptir. Bu kurallar bağlama kuralları, maddi milletlerarası özel hukuk kuralları veya sırf ihtilaf kuralları şeklinde karşımıza çıkabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer/Şanlı, s. 95 vd.; Çelikel/Erdem, s. 13 vd.; Aybay/Dardağan, s. 10 vd.

getirmek nispeten kolaydır. Neticede hâkim kendi hukukunun uyumsuzluğa ilişkin maddi hukuk kurallarını uygulayacaktır.

İkinci ihtimalde, somut olaydaki bağlama noktalarının hâkimin ülkesi dışında bulunması nedeni ile yabancı bir hukuk düzeninin yetkili kılınmaktadır. Bağlama kuralı yabancı bir hukuk düzeninin uygulanmasını öngörmüşse, bu hukuk düzeninin uygulanması sırasında çok önemli sorunlar²² karşımıza çıkabilecektir. Bu sorunlardan birisi de *atıftır*.²³ Hâkimin bağlama kurallarına göre uygulanması öngörülen yabancı hukuk düzeni de hâkimin hukukunda olduğu üzere maddi hukuk kuralları ile bağlama kurallarından oluşmaktadır. Eğer hâkimin bağlama kurallarına göre uyumsuzluğa uygulanmak üzere yetkili kılınan yabancı devletin hukuku ile o hukuk düzeninin *maddi hukuk kurallarının uygulanması* kastediliyorsa yine yapılacak iş basittir; hâkim yetkili kılınan devletin maddi hukuk kurallarını uyumsuzluğun halinde uygulayacaktır. Ancak hâkimin bağlama kurallarına göre uyumsuzluğa uygulanmak üzere yetkili kılınan yabancı hukuk ile o hukuk düzeninin *bağlama kurallarının uygulanması* kastediliyorsa, uyumsuzluğa uygulanacak hukukun değişmesi ihtimali bulunmaktadır. Çünkü hâkimin hukukunda yer alan bağlama kurallarına göre yetkili kılınan yabancı hukuk düzeninin bağlama kuralları somut olaya uygulandığında kendisini yetkili bulabileceği gibi hâkimin hukuk düzenini veya uyumsuzlukla ilgili bir başka devlet hukukunu yetkili kılabilir. Hâkimin hukukunda yer alan bağlama kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukuk düzeninin bağlama kurallarının uyumsuzluğun halli konusunda bir başka devlet hukukunu yetkili görmesine, kanunlar ihtilafı hukukunda "*atıf (renvoi)*" denilmektedir. Kanunlar İhtilafı Hukukunda, farklı görüşler bulunmakla birlikte, birçok milletlerarası sözleşmede, milletlerarası özel hukuk kanununda ve bu arada Türk mevzuatında atfa yer verilmiştir.

²² Kanunlar ihtilafı hukukunun genel meseleleri arasında yer alan bu meseleler yabancı hukukun uygulanması, atıf ve ön sorundur.

²³ Anılan hususlarda ayrıntılı bilgi için bkz. Lorenzon, E. G., "The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws", Yale L.J, 27(1917-1918), 511 vd.; Göğer, s. 59 vd.; Çelikel/Er-dem, s. 110 vd; Nomer/Şanlı, s. 147 vd.; Aybay/Dardağan, s. 154 vd.; Çelikel, A., "Türk Milletlerarası Özel Hukuk'unda "Atıf" Prensibi'nin Uygulanması", MHB, 3(1983), S. 2, s. 1 vd.; Doğan, V., "Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku", Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, SÜHFD, 6(1998), s. 821 vd.

b. Atfa İlişkin Muhtelif Düzenlemeler

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, 14. maddesinde bu Kanun'a göre uygulanması gereken devletin hukukunun ne ölçüde dikkate alınacağı hükme bağlanmış ve sınırlı olarak atfa yer verilmiştir. Anılan Kanun'un 14. maddesinde atfın iki halde dikkate alınması hükme bağlanmıştır. Atfın kabul edildiği hallerden birisi, bu Kanunda atfıla uygulanacak hukukun belirleneceğine ilişkin açık hükmün bulunması halidir (İsviçre MÖHK m. 14/1). İsviçre MÖHK'nda açıkça belirtilmiş olması şartıyla, uygulanacak hukukun İsviçre hukukuna veya başka bir devlet hukukuna yaptığı atf kabul edilecektir (İsviçre MÖHK m. 14/1, 37/1, 91/1). Atfın kabul edildiği hallerden diğeri ise, kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin meselelerde İsviçre hukukuna yapılan iade atfı halidir (İsviçre MÖK m. 14/II). Görüldüğü üzere, kişiler hukuku ve aile hukuku alanında sadece İsviçre hukukuna iade atfı yapılması durumunda atf kabul edilmektedir.

Buna karşılık Alman Medeni Kanun'unun "*Milletlerarası Özel Hukuk Bölümü*"nde²⁴ atfın genel olarak uygulanması hükme bağlanmıştır (m. 4).²⁵ Ancak hukuk seçimi veya kanunda aksi belirtilen hallerde yahut milletlerarası sözleşme hükümleri söze konu olduğunda atfa başvurulmayacağı da ilave edilmiştir.

İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda²⁶ atf, yetkili kılınan devlet hukukunda atfın kabul edilmesi hali ile atfın İtalyan hukukuna yapılması halinde uygulanması hükme bağlanmıştır (m. 13/1). İtalyan MÖHK'da hukuk seçimi yapılmış olması halinde veya şekle yahut akit dışı borçlara uygulanacak hukuk bakımından atfın kullanılmayacağı ifade edilmiştir (m. 13/2).²⁷

5718 sayılı Kanun'un gerekçesinde adı geçen *Avrupa Topluluğunda Borç Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme* tüzük haline gelmiştir. Avrupa Birliği'nde kısaca "*Roma I*" olarak adlandırılan

²⁴ Alman Medeni Kanunu'nun "*Milletlerarası Özel Hukuk*" bölümünün İngilizce metni için bkz. *Int'l Legal Materials*, 27(1988), s. 6-36.

²⁵ Bkz. Çelikel/Erdem, s. 128.

²⁶ İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. Giardina, A., "Italy: Law Reforming the Italian System of Private International Law (May 31, 1995)", *Int'l Legal Materials*, 35(1996), s. 765-782.

²⁷ Bu konuda bkz. Ballarino, T./Bonomi, A., "The Italian Statute on Private International Law of 1995", *Yearbook of Private International Law*, II(2000), s. 108 vd.

bu metnin 20. maddesinde atfa ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Anılan hüküm, bu Tüzük uyarınca yetkili kılınan devlet hukukundan, bu devletin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk kurallarının anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Tüzük, aksinin kararlaştırılmadığı hallerde atfa başvurulmayacağını hükme bağlamıştır. Aynı tavır, *Akit-dışı Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Tüzük*'te (Roma II) de sürdürülmüştür. Roma II Tüzüğü'nün 24. maddesi, Tüzük hükümlerine göre yetkili kılınan devlet hukukunun maddi hukuk kurallarının uygulanmasını kabul etmiştir. Bu Tüzük'te, Roma I'de olduğu gibi, "*aksinin kararlaştırılmamış olması*" kaydına yer verilmemiştir.

c. 2675 ve 5718 Sayılı Kanunlarda Atıf

Türk hukukunda atfa ilişkin hükümler MÖHUK ve Türk Ticaret Kanunu'nda²⁸ yer almaktadır. 5718 sayılı Kanun'da atıf, 2675 sayılı Kanun'da olduğu gibi ikinci maddenin üçüncü fıkrasında hükme bağlanmıştır. Buna göre, "*uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku²⁹ ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.*"³⁰

²⁸ Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) atfa ilgili benzer bir düzenlemenin mevcut olduğunu belirtmek gerekir. TTK m. 678'e göre "Bir kimsenin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyeti tabi bulunduğu devletin kanunu ile tayin olunur. Eğer bu kanun diğer bir memleketin kanununa atıfta bulunuyorsa o kanun tatbik olunur" Poliçe ile borçlanma ehliyetine ilişkin bu hüküm, bono ve çek hakkında da tatbik olunur (TTK m. 690 ve 730).

²⁹ Söz konusu maddede "kişinin hukuku" ifadesi geçmekle beraber, Gereğçede açıkça belirtildiği üzere, Türk Medeni Kanununun kavramlarının burada da kullanılması gerektiği düşünülmektedir. Türk Medeni Kanununun İkinci Kitabının başlığı ise, "kişinin hukuku" değil, "kişiler hukuku" olarak yazılmıştır. Belirtilen nedenlerle bu çalışmadaki açıklamalarda "kişiler hukuku" ifadesi tercih edilmiştir.

³⁰ 5718 sayılı Kanun m. 2/3'ün gerekçesi şöyledir: "2675 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve "atıf" "renvoi" diye isimlendirilen bu hüküm, her türlü hukukî ihtilâf için uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması hâlinde bu hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanmasını öngörmekteydi. Tatbikatta, mahkemelerin yabancı hukuku uygulamasındaki güçlükler ve özellikle yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi hükümlerinden hareketle, diğer bir yabancı hukuku araştırıp bulmasındaki zorluklar dikkate alınarak, mevcut hüküm sadece "kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarla" sınırlandırılmıştır. Çünkü milletlerarası özel hukuk kuralları düzenle-

Görüldüğü üzere, her iki Kanun'da (2675 ve 5718 sayılı Kanunlar) da atfın düzenlendiği yer aynı olmakla beraber hükümlerin içeriğinde farklılık bulunmaktadır.

Her iki Kanun'da da kural olarak atf kabul edilmiştir. Zira kanunlar, yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının dikkate alınmasını ve bu kuralların öngördüğü hukukun uygulanmasını emrederek, atfı, kural olarak, reddetmemişlerdir.

Türk hukukunun yetkili kıldığı yabancı devlet hukukunun bağlama kuralları Türk hukukuna veya üçüncü bir devlet hukukuna atıfta bulunabilir. Her iki Kanun da atfın bir kez yapıldıktan sonra durmasını hükme bağlamaktadır.³¹ Dolayısıyla yetkili kılınan yabancı hukukun Türk hukukuna veya üçüncü bir devletin hukukuna yaptığı atf, anılan hukuk düzenlerinin maddi hukuk kurallarına yapılmış sayılır ve bu kurallar davada tatbik edilir.

Öte yandan her iki Kanun arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. 2675 sayılı Kanunda atf, genel olarak kabul edilmiştir. Alman (ve kısmen İtalyan) MÖHK'nun atfa ilişkin düzenlemesi bu anlamda 2675 sayılı Kanuna benzemektedir. Buna karşılık 5718 sayılı Kanun'da atf, konu yönünden sınırlandırılmıştır. 5718 sayılı Kanun'a göre atf, sadece kişiler hukuku ve aile hukuku alanlarında yetkili hukukun araştırıldığı hallerde kullanılacaktır, bu alanların dışında atfa başvurulması reddedilmiştir. Bu durumda, 5718 sayılı Kanun'un kişiler hukuku ile ilgili 9-11. maddeleri ve aile hukuku ile ilgili 12-19. maddelerine göre yetkili hukuk tespit edilirken atf kullanılarak uygulanacak hukuk bulunacaktır. Buna karşılık, mirastan, aynı haklardan, sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlıklarda atf kullanılmayacaktır.³² Kanaatimizce atfın konu yönünden

nirken kişinin menfaatinden hareket edilen kişinin hukuku ve aile hukuku alanında, kişiye en yakın hukuk olarak kabul edilen "millî hukuk" gibi bir hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının da dikkate alınarak uygulanması adil bir yaklaşımdır. Ayrıca 2 nci maddenin üçüncü fıkrasında atfın genel olarak uygulanacağına ilişkin hüküm yanında uygulanmayacağı halleri saymak yerine, kişinin hukuku ve aile hukuku gibi uygulanacağı konular açıkça hüküm altına alınarak basit ve anlaşılması kolay bir düzenleme getirmek amaçlanmıştır".

³¹ Farklı görüş için bkz. Aybay/Dardağan, s. 168 vd.

³² Başka bir ifade ile 5718 sayılı Kanun'un 20 ilâ 39. maddeleri arasında yer alan bağlama kurallarının gösterdiği devletin maddi hukuk kuralları olayda uygulanacaktır.

sınırlandırılması yerinde olmuştur. Atfın geniş olarak kabul edildiği dönemde atfın bazı hallerde uygulanmasının kullanılan bağlama kuralları nedeniyle bertaraf edildiği kabul edilmekteydi.³³ Örneğin karşılaştırmalı hukuk verilerine bakıldığında aynî haklar konusunda malların bulunduğu yer hukukunun (*lex rei sitae*), akitler alanında tarafların seçtiği hukukun, haksız fiiller alanında ika yeri hukukunun uygulanması genel kabul görmüştür. Dolayısıyla bu alanlarda atıf söze konu olmayacaktır. Bunların dışında günümüzde milletlerarası ticaret hukuku alanındaki güçlü yeknesaklaşma çabalarının neticesinde özellikle akitler alanında kullanılan objektif bağlama kurallarında da kısmen paralellik sağlanmıştır. Öte yandan miras hukuku alanında da atıf uygulaması terk edilmektedir. Mirasa Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Sözleşmesi'nde (1989)³⁴ de atıf kabul edilmemiş, ancak Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmayan devlet hukukunun uygulanması halinde atfı istisnai olarak düzenlemiştir (m. 4). Belirtilen nedenlerle 5718 sayılı Kanun'da atfın sadece kişiler hukuku (m. 9-11) ile aile hukukuna (m. 12- 19) ilişkin hükümler bakımından uygulanmasının kabulü yerinde olmuştur ve madde bu haliyle uygulama açısından da kolaylık sağlayacaktır.

5718 sayılı Kanun'un atfın uygulanmasına getirdiği ikinci sınırlama ikinci maddenin dördüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre "*uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.*" Gerekece de söz konusu hükmün konuluş amacı şu şekilde açıklanmaktadır: "*Maddeye eklenen dördüncü fıkra ile, uygulanacak hukukun taraflarca seçimine imkân verilen bütün hâller için genel bir hüküm getirilmiş ve uygulanacak hukukun taraflarca seçimi hâlinde seçilen hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının dikkate alınmayacağı ilkesi benimsenmiştir. Taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Doktrinde de genellikle kabul edilen bu görüş, bir kanun hükmü hâline getirilmekle, doğabilecek tereddütler berta-*

³³ Bkz. Çelikel/Erdem, s. 125-127.

³⁴ Sözleşme metni için bkz. http://www.hccc.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=62. Sözleşme hakkında bilgi için bkz. Tanribilir, F. B., *Kanunî Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilâfî*, (Miras), Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Yayınevi, Ankara 2000, s. 207 vd.; Tanribilir, F. B., "Mirasa Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Sözleşmesi", (Lahey Sözleşmesi), Prof. Dr. Yılmaz Ayтуğ'a Armağan, MHB, 17-18(1997-1998), s. 429-466.

raf edilmiştir." Hukuk seçimi halinde atfa başvurulmayacağını belirten bu hükmün, bu konuda doğabilecek tereddütleri gidermek amacıyla konulduğu ifade edilmektedir. Belirtilen amaca ulaşıp ulaşılmadığı hususu tartışmaya açık görünmektedir. Zira asıl bu hükmün tereddüde neden olabileceği düşünülmektedir. Eğer üçüncü fıkrada atfın konu yönünden sınırlandırılması yoluna gidilmeseydi, belirtilen gerekçe gerçekten de tereddütleri bertaraf edebilirdi. Çünkü 5718 sayılı Kanun'da, 2675 sayılı Kanun'dan daha fazla, hukuk seçimine yer verilmiştir. MÖHUK'da sözleşmeden doğan borç ilişkileri, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme meseleleri için getirilen birçok bağlama kuralında taraflara uygulanacak hukuku seçme olanağı tanınmıştır.³⁵ Oysa üçüncü fıkrada açıkça atfın kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin meselelerde kullanılacağı hükme bağlanmıştır. Kanun'un ikinci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Kanunda hukuk seçimine yaygın olarak yer verilen hükümlerde zaten atıf söz konusu değildir. Atfın kabul edildiği kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin bağlama kuralları içerisinde ise, sadece evlilik malları hakkında (m. 15) eşlere sınırlı hukuk seçimi olanağı verilmiştir. Bu durumda, "*tereddütleri bertaraf etme gayesi*" ile Kanun'a ilave edilen dördüncü fıkra, sadece evlilik malları hakkında kabili tatbiktir. 5718 sayılı Kanun'un atfa ilişkin düzenlemesi, İsviçre MÖHK'nun hükmüne oldukça yakındır. Gerek 5718 gerek İsviçre MÖHK aynı konularda atıfla yetkili hukukun bulunmasını öngörmektedir. Ancak İsviçre MÖHK, atfı kendisine yapılması halinde kabul etmektedir.

5718 sayılı Kanun'da ikinci madde dışında, yabancı unsurlu uyumsuzluk için Türk hukukunun yetkili görüldüğü hallerde de, doğal olarak, atfa başvurulmayacaktır. Atıf uygulamasının mümkün olduğu hükümler bu açıdan gözden geçirildiğinde iki tür bağlama kuralı dikkati çekmektedir. Bunlardan birisi, atfın kabul edildiği MÖHUK m. 9-19 hükümlerinde tek yanlı bağlama kurallarının kullanılması ve bu bağlama kurallarıyla Türk hukukunun uygulanmasının hükme bağlanmasıdır.³⁶ Diğeri ise, MÖHUK m. 9-19 hükümlerinde basamaklı bağlama kuralı kullanılması ve son basamakta Türk hukukunun uy-

³⁵ Bu konuda bkz. 5718 sayılı Kanun m. 24, 26, 27, 28, 29, 34, 35, 36, 39.

³⁶ 5718 sayılı Kanun'daki tek yanlı bağlama kurallarına örnek için bkz. m. 9/4, 10/2-3, 11/ c. 2.

gulanmasının kabul edilmesidir.³⁷ Sayılan her iki halde, Türk hukukunun uygulanması söze konu olduğuna göre, atfa gidilmeyecek ve bu durumda ilgili meseleler hakkında Türk maddi hukuk kuralları uygulanacaktır. Bu noktada şu hususu belirtilmelidir ki, anılan basamaklı bağlama kurallarının diğer basamaklarında (Türk hukukunun uygulanmasının öngörüldüğü son basamak dışında) uygulanacak hukuk atıfla belirlenecektir.

3. BÖLGELERARASI KANUNLAR İHTİLÂFI

5718 sayılı Kanun, 2675 sayılı Kanun'dan farklı olarak bölgelerarası kanunlar ihtilâfına ilişkin bir hükme de yer vermiştir. Bölgelerarası kanunlar ihtilâfı, kanunlar ihtilâfı hukukunun bir türü olup³⁸ milletlerarası sözleşmelerde ve yeni hazırlanan milletlerarası özel hukuk kanunlarında yaygın olarak düzenlenmeye başlanılmıştır.

Somut olaya hukuku uygulanması öngörülen devletin birden fazla bölgeye ayrılmış olması ve bu bölgelerin her birinin diğerinden farklı, kendi hukuk düzenine sahip olması mümkündür. Örneğin ölenin milli hukuku olarak federal devlet yapısına sahip Amerika Birleşik Devletleri hukukunun uygulanmasının öngörülmesi halinde Türk hâkimi bu devletin federe devlet sayısı kadar miras kanunu ile karşı karşıya kalacaktır.

Aslında bu tür devlet içerisinde aynı anda yürürlükte bulunan farklı hukuk düzenleri iki açıdan kanunlar ihtilâfına neden olmaktadır. İlk olarak, birden fazla bölgesel hukuk düzenine sahip olan devlet içerisinde farklı coğrafi bölgeleri ilgilendiren hukuki olay veya işlemler sebebiyle bir kanunlar ihtilâfı çıkabilir. İkinci olarak, yukarıdaki örnekte değinildiği üzere, yer itibarıyla farklı hukuk düzenlerine sahip bir devlet hukuku diğer bir devletin milletlerarası özel hukuk kuralları nedeniyle somut olaya uygulanmak üzere yetkilendirilmiş olabilir. Anılan iki halde de bir devlet içerisinde aynı anda yürürlükte bulunan hukuk düzenlerinden hangisine göre meselenin ele alınacağı sorunu çıkmaktadır.

³⁷ 5718 sayılı Kanun'daki basamaklı bağlama kurallarına örnek için bkz. m. 12/2, 13/3, 14/1, 15/1, 18/3.

³⁸ Bkz. Çelikel/Erdem, s. 22 vd.; Nomer/Şanlı, s. 22 vd.

5718 sayılı Kanun'un ikinci maddesine eklenen beşinci fıkraya göre hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ve bu birimler de değişik hukuk düzenlerine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı o devletin hukukuna göre belirlenir. Eğer bu devlet hukukunda belirleyici bir hüküm bulunmuyorsa ihtilâfla en sıkı ilişkili bölge hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. 5718 sayılı Kanun'da benimsenen bu esas, İtalyan MÖHK m. 18 ve Alman MÖHK m. 4/3'de de yer almaktadır.

Avrupa Birliği'nin akdi borçlara ve akit-dışı borçlara uygulanacak hukuka ilişkin Roma I ve Roma II tüzüklerinde bu konuda farklı bir kural getirilmiştir. Anılan tüzüklere göre, eğer üye devlette her biri kendi akdi ve akit dışı borçları düzenleyen kuralları olan birden fazla birim varsa bu birimlerin hukuku ilişkiye uygulanmak üzere seçilebilir (Roma I m. 22/1; Roma II m. 25/1). Görüldüğü üzere tüzüklerde mesele kendi düzenleme konuları içerisinde ve hukuk seçimi yönünden ele alınmıştır.

C. DEĞİŞKEN İHTİLÂFLAR

Milletlerarası özel hukukta bağlama kuralının bağlama noktasında zaman içerisinde meydana gelen değişiklik nedeniyle hangi andaki bağlama noktasına göre uygulanacak hukukun tespit edileceği meselesine değişken ihtilâflar denilmektedir³⁹. Özellikle vatandaşlık, yerleşim yeri, mutat mesken veya taşınır malların bulunduğu yer gibi bazı bağlama noktalarının zaman içerisinde yerlerinin değişmesi mümkündür. Bu tür değişken bağlama noktalarının kullanıldığı bağlama kurallarında, örneğin doğum anı, evlenme anı gibi, değişiklik öncesi veya değişiklik sonrasında işaret eden ifadelere yer verilebilir. Bu tür bağlama noktasını sabitleyen bir ifade bulunmadığı takdirde hangi anın esas alınacağı tartışma konusu olabilir. Diğer yandan ifa yeri, ika mahalli, inikat yeri veya taşınmaz malların bulunduğu yer gibi bağlama noktalarının kullanıldığı bağlama kurallarında değişken ihtilâfların çıkması, kural olarak, söz konusu değildir.

³⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer/Şanlı, s. 31 vd.; Çelikel/Erdem, s. 169 vd.; Tekinalp, G., *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, (Bağlama Kuralları)*, Vedat Yayınevi, 10. Bası, İstanbul 2009, s. 52.

Değişken ihtilâflar, 2675 sayılı Kanun'da müstakil bir hükümle düzenlenmiştir. 5718 sayılı Kanun da aynı hükmü ihtiva etmektedir. Her iki hüküm arasındaki tek farklılık "ikametgâh" kavramı yerine Türk Medenî Kanunu ile uyum sağlamak amacıyla "yerleşim yeri" kavramının kullanılmasıdır. 5718 sayılı Kanun'un üçüncü maddesine göre, "yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat mesken esas alınır".

Bu hüküm, yetkili hukukun "vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat mesken" esasına göre tespit edildiği hallerde hangi andaki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat meskenin esas alınacağını düzenlemektedir. 2675 sayılı Kanun'da kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku meselelerinde, yetkili hukuk vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat mesken esasına göre belirlenmiştir. Buna karşılık eşya hukuku (taşınmaz mallar), sözleşme ve haksız fiil alanında da sabit bağlama noktaları kullanılmıştır. Ancak 5718 sayılı Kanun'da ise, üçüncü maddede geçen bağlama noktalarından bazıları sözleşme ve haksız fiil ile ilgili bağlama kurallarında da kullanılmıştır. Dolayısıyla, 2675 sayılı Kanun'a göre, 5718 sayılı Kanun'daki değişken ihtilâflara ilişkin bu genel hükmün uygulama alanı genişlemiştir.

Her iki Kanun'da da değişken ihtilâf çıktığında ilgilinin "dava tarihindeki" vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat meskenine göre yetkili hukukun belirlenmesi kabul edilmiştir. Ancak yine maddede bu kurala "aksine hüküm olmadıkça" ifadesi ile bir kayıt getirilmiştir. Kanun'da değişken ihtilâflar konusunda dava tarihinden farklı bir anın kabul edilmesi mümkündür. Kanun'daki farklı düzenleme, ya değişken ihtilâflara ilişkin özel bir hüküm ile ya da bağlama noktasını sabitleyen bir ifade ile getirilebilir. 5718 sayılı Kanun'un hükümleri incelendiğinde değişken ihtilâflara ilişkin özel hükümlere ehliyet (m. 9/3), evlilik malları (m. 15/3) ve aynı haklar (m. 21/3) ile ilgili hükümler örnek verilebilir. Bunların dışında bağlama noktasını sabitleyen ifadeler nişanlanmada (m. 12/1, nişanlanma anı), evlenmede (m. 13/1, evlenme anı), evlilik mallarında (m. 15/1, evlenme anı), soybağının kurulmasında (m. 16/1, doğum anı), evlât edinmede (m. 18/1, evlât edinme anı), ölüme bağlı tasarruf ehliyetinde (m. 20/5, tasarrufun yapıldığı an), aynı haklarda (m. 21/1, işlem anında malın bulunduğu yer), sözleşmelerde (m. 24/4, sözleşmenin kuruluşu sırasında), fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerde (m. 28/2, sözleşmenin kurulu-

şu sırasındaki işyeri) ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerde (m. 29/2, sözleşmenin kuruluşu sırasında) rastlanılmaktadır. Sayılan hallerin dışında dava tarihine göre yetkili hukuk belirlenecektir.

D. VATANDAŞLIK ESASINA GÖRE YETKİLİ HUKUK

Türk milletlerarası özel hukukunda taraf menfaatinin⁴⁰ ağır bastığı meselelerde vatandaşlık bağlama noktası olarak kabul edilmiştir. MÖHUK'da vatandaşlık bağlama noktası kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku alanlarında uygulanacak hukukun belirlenmesinde kullanılmıştır. Bağlama kurallarında vatandaşlık bağlama noktasının kabul edilmesi halinde vatandaşlığın belirlenemediği haller söz konusu olabilir. Uygulanacak hukukun belirlenmesinde vatandaşlığı esas alınan kişinin vatansız olması veya birden fazla vatandaşlığa sahip olması mümkündür. Bu hallerde yetkili hukukun nasıl tespit edileceği sorunu çıkmaktadır. Bu sorun 2675 sayılı Kanunda (m. 4) ve 5718 sayılı Kanun'da (m. 4) aynı şekilde hükme bağlanmıştır.

5718 sayılı Kanun'a göre vatansızlar hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hallerde mutat mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukukunun uygulanması kabul edilmiştir (m. 4/a). Eğer ilgili birden fazla vatandaşlığa sahipse bu takdirde bir ayırım yapılmaktadır. Bu kişiler hakkında aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukukunun (m. 4/b); aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında da daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukukunun (m. 4/c) uygulanması gerekmektedir. Aynı düzenleme İsviçre MÖHK m. 23/1-2, İtalyan MÖHK m. 19/2 ve Alman MÖHK m. 5/1 hükümlerinde de bulunmaktadır.

5718 sayılı Kanun, 2675 sayılı Kanun'dan farklı olarak, uygulanacak hukukun mülteciler bakımından nasıl belirleneceğine dair bir hüküm de ihtiva etmektedir. Mülteciler, vatansızlarla aynı bentte düzenlenmiş ve haklarında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutat mesken, o da yok ise dava tarihinde buldukları ülke hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. 5718 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin gerekçesi bu hükmün konuluş gayesini şu şekilde açıklamaktadır: *"Tasarının 4 üncü maddesinin (a) bendine "ve mülteciler" ibaresinin eklen-*

⁴⁰ Bkz. Nomer/Şanlı, s.16; Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 29.

mesinin amacı, sadece, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun uyarınca millî hukukun uygulanması gereken hallerde, vatandaşlıkları olsa bile o ülkenin diplomatik himayesinden çeşitli nedenlerle yararlanamayan bu kişilere Türkiye’de kaldıkları süre içinde yapacakları veya muhatap oldukları işlemlerde, millî hukuk yerine uygulanacak hukukun ne olduğunu göstermektir. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesinin 22 nci maddesinde bu konuda aynı mealde bir hüküm bulunmakla birlikte, Sözleşmeye katılmamış olan ülkelerden gelen mültecilerin durumunun da düzenlenmesinin gerekli olduğu düşüncesiyle Tasarının 4 üncü maddesine söz konusu ekleme yapılmıştır.” Gerekçede belirtilen 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi’nin⁴¹ 22. maddesi, mültecilerin eğitim hakkının düzenlendiği hükümdür. Gerekçede sehven farklı madde numarası yazılmış olabilir. Sözleşme’nin mültecilerin hukuki statüsüne ilişkin 12. maddesinde “her mültecinin bireysel statüsü, daimi ikametgahının bulunduğu ülkenin yasalarına veya eğer daimi ikametgahı yoksa bulunduğu ülkenin yasalarına tabidir” hükmü yer almaktadır. İsviçre MÖHK m. 24/2, İtalyan MÖHK m. 19/1 ve Alman MÖHK m. 5/2 ile Cenevre Sözleşmesi’ne paralel hükümler getirilmiştir. Adı geçen devletlerin kanunlarında mülteciler hakkında iki basamakta hangi hukukun esas alınacağı düzenlenmiştir. Buna göre mülteciler hakkında önce yerleşim yeri (ikametgâh) hukukunun uygulanması, o bulunmadığı takdirde oturduğu devlet hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Türk kanun koyucusu ise üç basamaklı bir kural getirmeyi tercih etmiştir.

Mülteciler hakkında yapılan eklemenin gerekçesi olarak, “Sözleşmeye katılmamış olan ülkelerden gelen mültecilerin durumunun da düzenlenmesinin gerekli olduğu düşüncesi” verilmiştir. Bilindiği üzere, Cenevre Sözleşmesi olarak tanınan Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme, Birleşmiş Milletler tarafından 1951 yılında kabul edilmiştir. 1967 yılında bu Sözleşme’ye ek bir Protokol hazırlanmıştır.⁴² Her iki milletlerarası sözleşmeye 140’den fazla devlet taraf olmuştur.⁴³ Birleşmiş Milletler’e üye olan 180 dolayında devlet olduğu düşünüldüğünde Cenevre Sözleşmesi’nin oldukça geniş kabul görmüş bir sözleşme

⁴¹ RG, 5.11.1961-10898.

⁴² RG, 5.8.1968-12968.

⁴³ Cenevre Sözleşmesi’ne taraf olan devletler için bkz. www.unhchr.ch/html/menü3/b/treaty2ref.htm.

olduğunu söylemek yanlış olmaz. Türkiye her iki milletlerarası sözleşmeye (coğrafi kayıt çekincesi ile) taraftır.

Mültecilerin koşullarının güçlüğü, ülkeler arasında seyahat olanaklarının son derece sınırlı olduğu düşünülürse, Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devletten bu devletin mevzuatına göre "mülteci olarak kabul edilen" bir şahsın Türkiye'ye gelmesi neredeyse imkânsız görünmektedir. Ancak böyle bir durumun gerçekleştiğini varsayalım. Burada asıl sorun, Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devletten gelen kişinin "mülteci" statüsünün nasıl belirleneceğidir. Zira çeşitli sebeplerle zulme uğrayan veya zulme uğrama tehlikesi olduğu için vatanı olduğu devleti terk eden kişiler söz konusudur. Ülkelerinden kaçan bu kişiler, vatanı olmadıkları bir devlete sığınmaktadırlar ve bu kişilere sığınmacı (*asylum seeker*) denilmektedir. Eğer sığınılan devlet Cenevre Sözleşmesi'ne taraf ise bu sözleşme hükümlerine göre, taraf değilse kendi mevzuatına göre⁴⁴ bu kişilere mülteci (*refugee*) statüsünü verir.⁴⁵

Cenevre Sözleşmesi hükümlerine göre taraf devletler, mülteci statüsünü tanıdıkları kişilere karşı sözleşmede düzenlenen yükümlülükler altına girmektedirler. Elinde Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olan bir devletten verilmiş bir kimlik belgesi veya seyahat belgesi bulunan mülteciler taraf devletlerde ikamet edebilir (m. 26) ve bu devlet içerisinde ve diğer devletlere seyahat edebilir (m. 27-28). Cenevre Sözleşmesi ve Ek Protokole taraf olan devletlerin çekince ve beyanları incelendiğinde mülteci statüsünün verilmesi ağır şartlara tabidir. Hal böyle iken milletlerarası özel hukuk meselelerini düzenleyen bir kanunun gerekçesinde tartışmaya yol açacak ifadelerin kullanılmaması ve Gereke ile Kanun'un dördüncü maddesinde Cenevre Sözleşmesi'ne paralel bir düzenlemenin yapılması ve bunun belirtilmesi daha isabetli olurdu.

⁴⁴ Türk hukukunda Cenevre Sözleşmesi ve Ek Protokol dışında mülteci ve sığınmacılara ilişkin hükümler bir yönetmelikte yer almaktadır. Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik için bkz. RG, 30.11.1994-22127.

⁴⁵ Bu konuda bkz. Tanrıbilir, "Sığınma Hakkı ve Sığınmacılık", (Sığınmacılık), *Hukuk Kurultayı* 2004, 9 Ocak 2004, Ankara 2004, s. 228-237.

E. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK

Kural olarak, hâkimin bağlama kurallarıyla yetkili kılınan yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanması gerekir (MÖHUK m. 2/1). Somut olaya uygulanması söz konusu olan yabancı kanunun hâkimin mensup olduğu devletin kamu düzenini bozmaması gerekir. Eğer yetkili kılınan yabancı kanunun uygulanması hâkimin mensup olduğu devletin kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, bu kanun somut olayda tatbik edilmez. Uygulanması hâkimin mensup olduğu devletin kamu düzenine tahammül edilemez şekilde aykırılık teşkil eden yabancı kanunun uygulanmasına “*kamu düzenine aykırılık*” nedeniyle müdahale edilmesi kabul edilmektedir.⁴⁶

Kanunlar ihtilâfı hukuku bakımından “*kamu düzenine aykırılık*” kavramının tam olarak tanımını yapmak mümkün değildir. Çünkü “*kamu düzenine aykırılık*” anlayışı zamana ve yere göre değişebilmektedir.⁴⁷ Örneğin iki farklı devlette aynı anda yürürlükte bulunan kanunlardan birisinde evlilik devam ederken doğan çocuk ile evlilik dışında doğan çocuğun miras payı farklı düzenlenirken, diğerinde böyle bir ayırım yapılmıyor olabilir. Bir diğerinin kanununu uygulamak durumunda olan hâkimler için bu tür farklılık kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir. Bunun yanı sıra bir devlet hukukunda bir dönem mirasçılarının payları soy bağına göre farklı tespit edilirken daha sonra eşitlik esası kabul edilebilir. Bu olasılıkta ise aynı devlet içerisinde kamu düzenine aykırılık anlayışında değişiklik meydana gelmektedir.

Kanunlar ihtilâfı hukukunda hangi hallerde yabancı hukukun uygulanmasının tahammül edilemez sonuçlar doğuracağını önceden tespit etmek kolay değildir. Genellikle kamu düzenine aykırılığın, yetkili kılınan yabancı hukukun olaya uygulanan hükümlerinin hâkimin hukuk düzeninin temel ilkelerine, toplumun ahlâk anlayışına, anayasal hak ve özgürlüklerine aykırılık teşkil etmesi halinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir.⁴⁸ Herhalde nelerin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini belirlemek hâkimin takdirine bırakılmıştır.

⁴⁶ Kamu düzenine aykırılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Göğçer, s. 94 vd.; Nomer/Şanlı, s. 163 vd.; Çelikel/Erdem, s. 149 vd.; Ökçün, G., *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını, Ankara 1967.

⁴⁷ Bkz. Göğçer, s. 98.

⁴⁸ Bkz. Göğçer, s. 100 vd.; Nomer/Şanlı, s. 167, 173 vd.; Çelikel/Erdem, s. 162 vd.

2675 sayılı Kanun, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hükmün uygulanmamasını; gerekli görülen hallerde, Türk hukukunun uygulanmasını hükme bağlamıştı (m. 5). 5718 sayılı Kanun ile bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmamış, hüküm aynen muhafaza edilmiştir (m. 5). Anılan hükümlerle Türk hukukunda kamu düzenine aykırılığın istisnai niteliği kabul edilmiştir. Kanunda kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olması gerektiği belirtilmiştir. Kural olarak, hâkim kendi hukuk düzenindeki kurallardan farklı bile olsa yabancı kanun hükümlerini uygulamakla görevlidir. Yetkili kılınan yabancı kanunun uygulanması sonucu verilen karar, Türk kamu düzenini açıkça bozduğu ölçüde uygulanmayacaktır.⁴⁹

Kamu düzenine aykırılık, iki şekilde etkisini göstermektedir. Kamu düzenine aykırılığın birinci etkisi olumsuz etkidir.⁵⁰ Kamu düzenine aykırılığın ikinci etkisi ise, önce olumsuz sonra olumlu etkidir.⁵¹ Türk hukukunda her iki etki de kabul edilmiştir. Kanun’un 5. maddesine göre hâkim gerekli gördüğü hallerde Türk hukukunu uygulayacaktır.⁵²

Türk kamu düzenine aykırılığın olumsuz etkisi nedeniyle yabancı kanunun uygulanmamasından kaynaklanan boşluğun hangi hukuk düzeninin kuralları ile doldurulacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, yabancı hukuk kuralının kamu düzenimize aykırı olması halinde uygulanmamasını ve yerine Türk hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁵³ Bizim de katıldığımız diğer

⁴⁹ Bkz. Nomer/Şanlı, s. 165 vd.; Çelikel/Erdem, s. 157 vd.

⁵⁰ Kamu düzenine aykırı olarak telakki edilen yetkili yabancı kanunun uygulanmaması onun olumsuz etkisidir. Örneğin kendi milli hukuklarında aynı cinsten kişilerin evlenmesini kabul etmiş bir devletin vatandaşı olan iki kişinin Türkiye’de evlenmek istemesi halinde (MÖHUK m. 13/1) Türk kamu düzeninin olumsuz etkisi devreye girerek bu evliliğin ülkemizde yapılmasına engel olur.

⁵¹ Örneğin ana babaya çocuğun nafaka yükümlülüğünü düzenlemeyen yetkili yabancı kanun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil eder ve bu nedenle uygulanmaz. Bu durum kamu düzenine aykırılığın ilk etkisi, olumsuz etkisidir. Kamu düzenine aykırılık teşkil eden yetkili yabancı kanun yerine Türk hukukuna göre nafakaya hükmedilmesi halinde ise olumlu etki ortaya çıkar.

Kamu düzenine aykırılık teşkil eden hükmün uygulanmaması halinde hangi hukuk düzenine müracaat edileceğine ilişkin farklı görüşler için bkz. Göğer, s. 100; Nomer/Şanlı, s. 169 vd.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Ökçün, s. 41; Göğer, s. 99; Nomer/Şanlı, s. 171; Çelikel/Erdem, s. 157-158.

⁵³ Göğer, s. 100; Çelikel/Erdem, s. 157.

görüş, yabancı hukuk kuralı kamu düzeni sebebiyle uygulanamıyorsa doğan boşluğun yine yabancı hukukun hükümleriyle doldurulmasını prensip olarak kabul etmektedir.⁵⁴ Ancak anılan görüş, yabancı hukukta yer alan hükümlerin tamamının kamu düzenimize aykırılık teşkil etmesi halinde Türk hukukunun uygulanacağını belirtmektedir.⁵⁵ Türk hukukunda kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliği kabul edilmiştir. Bu nedenle esas olan, Kanun'da yer alan bağlama kurallarının gösterdiği devlet hukukunun uygulanmasıdır. Yetkili kılınan yabancı kanun hükmü kamu düzenimize aykırı olmakla beraber, bu hüküm dışındaki hükümlerle sonuca varılabiliyorsa yetkili hukukun uygulanmasına devam edilmelidir. Eğer söz konusu yabancı hukuk ile sonuca varılamıyorsa, yetkili hukukun tespit edildiği bağlama kuralına geri dönülmesi yerinde olacaktır. Somut olaya uygulanan bağlama kuralı, basamaklı bağlama kuralı ise, sonraki basamağa göre uygulanacak hukuk yeniden araştırılmalıdır.⁵⁶ Belirtilen sonuca 5718 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ifadesinden hareketle varılmaktadır. Anılan maddede "*gerekli görülen hallerde*" Türk hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Dolayısıyla öncelikle bağlama kurallarımızın gösterdiği hukuk somut olayda uygulanmalı, gerekli görülürse Türk hukukuna başvurulmalıdır.

Çalışmada karşılaştırılan diğer devletlerin milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri ele alındığında, onların da kamu düzenine ilişkin özel bir hüküm getirdikleri gözlenmektedir. İsviçre MÖHK 17. maddesi ile yabancı kanunun uygulanmasına, İsviçre kamu düzeniyle bağdaşmayan sonuçlar doğurması halinde istisna getirmiştir. İsviçre hukukunda kamu düzenine aykırılığın sadece olumsuz etkisini hükme

⁵⁴ Bkz. Ökçün, 92; Nomer/Şanlı, s. 184.

⁵⁵ Nomer/Şanlı, s. 184.

⁵⁶ Muhtemelen 5718 sayılı Kanun'un basamaklı bağlama kurallarının ikinci basamağında işaret edilen hukuk düzeni ile hâkimin hukuku kesişecektir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden kurallar göz önünde bulundurulduğunda (m. 40-46) davaların Türkiye'de açılabilmesi, tarafların veya taraflardan birinin ülkemizde oturuyor olması şartının gerçekleşmesine bağlıdır.

MÖHUK'da şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin bağlama kurallarında genel olarak tarafların mutad meskenlerinin bulunduğu devlet hukukunun uygulanması öngörülmektedir (örn. m. 13, 14, 15, 18). Sözleşme alanında getirilen bağlama kurallarında da ikinci basamakta taraflardan birinin işyerinin veya mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukunun uygulanması hükme bağlanmıştır (örn. m. 24, 26, 27, 28).

bağlayan bir kuralın getirildiği görülmektedir. Alman MÖHK'da ise Türk hukukundaki kamu düzenini düzenleyen hükme kısmen benzeyen bir hüküm yer almaktadır. Anılan Kanun'un 6. maddesine göre yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Alman hukukunun temel ilkelerine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz. Özellikle temel hakları düzenleyen hükümlerle bağdaşmayan yabancı kanunun uygulanmayacağı da belirtilmiştir. Bu hüküm, yabancı kanunun açıkça kamu düzenine aykırı olması halinde uygulanmayacağından belirtilmesi yönünden 5718 sayılı Kanun'a benzemektedir. Ancak Alman MÖHK'da da kamu düzenine aykırılığın sadece olumsuz etkisinin düzenlendiği görülmektedir.

Avrupa Birliği'nin Roma I ve Roma II olarak adlandırılan tüzüklerinde de Alman MÖHK'ya benzeyen hükümler yer almaktadır. Roma I Tüzüğü'nün 21. maddesi ile Roma II Tüzüğü'nün 26. maddesinde, tüzüklere göre yetkili kılınan devlet hukukunun uygulanmasının ancak hâkimin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde reddedilebileceği belirtilmiştir.

Buna karşılık İtalyan MÖHK'daki kamu düzeni hükmü daha ayrıntılıdır. Söz konusu Kanun'un 16. maddesinde kamu düzeni ile bağdaşmayan yabancı kanunun uygulanmayacağı belirtildikten sonra gerekiyorsa, diğer bağlama noktaları ile yetkili hukukun tespit edilmesi, başka bağlama noktası bulunmuyorsa İtalyan hukukunun uygulanması öngörülmüştür. İtalyan MÖHK'nun bu düzenlemesi kamu düzenine aykırılığın her iki etkisini de içermektedir. Kamu düzenine aykırılığın önce olumsuz sonra olumlu etkisinin ortaya çıkması halinde hangi hukukun uygulanacağı hususunda getirdiği çözüm ilginçtir. Kanuna göre yetkili kılınan yabancı hukuk kamu düzenine aykırı ise olumlu etki için ilgili bağlama kuralındaki diğer bağlama noktalarına başvurularak yeniden yetkili hukukun tespiti gerekmektedir. Kademeli bağlama kurallarının kullanıldığı hallerde bu yola başvurulabilecektir. Ancak eğer kademeli bağlama kuralı yoksa İtalyan hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. İtalyan Kanun'unun bu düzenlemesi ile diğer kanun ve tüzüklerden farklı bir muhtevaya sahip olduğu açıktır.

F. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR

Tarihî gelişimi içinde yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olaylardan doğan kanunlar ihtilâflarını halletmek üzere muhtelif metodlar geliştirilmiştir.⁵⁷ Günümüzde en yaygın olarak kullanılan metod, ihtilâfçı metoddur. İhtilâfçı metod, bağlama kuralları vasıtasıyla kanunlar ihtilâfı meselelerini halletmeye çalışmaktadır. Yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olaylar söz konusu olduğunda bağlama kurallarının gösterdiği devletin hukuk kuralları somut olaya uygulanır. Ayrıca bir hukuk düzeninde “doğrudan uygulanan kurallar”, “müdahaleci kurallar” veya “emredici kurallar” olarak adlandırılan kurallar da mevcut olabilir. Doğrudan uygulanan kurallar, bir hukuk düzeninde devletin temel organizasyonuna (hukukî, siyasî, sosyal, ekonomik yapısına, toplumun ahlâk anlayışına) ilişkin olarak getirilmiş emredici nitelikte kurallardır.⁵⁸ Örneğin ithalat ve ihracata yönelik kurallar, işçiyi, tüketiciyi, kiracıyı koruyan hükümler, devletin ekonomik, sosyal ve hukuki yapısı ile yakından ilişkilidir. Bu tür kurallar kendi uygulama alanlarını kendileri belirlerler. Örneğin Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun⁵⁹ uygulanma alanını kendisi açıkça tayin ederken, (Türk) Borçlar Kanunu’nun⁶⁰ fahiş cezai şartın tenkisine ilişkin m. 161/II hükmünün uygulama alanı, kuralın uygulanma amacından yorumla belirlenmektedir. Bu nedenden ötürü söz konusu emredici kurallar, düzenleme alanlarına giren yabancı unsurlu olan veya olmayan her türlü mesele hakkında uygulanır.

Doğrudan uygulanan kurallarla üç yerde karşılaşılabilir. Bu tür kurallar hâkimin hukuk düzeninde veya yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olaya uygulanacak yabancı bir devletin hukuk düzeninde yahut yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olayla irtibatlı üçüncü bir devletin hukuk düzeninde yer alabilir. Hâkim, kendi hukuk düzeninde o mesele hakkında uygulanma iddiası olan doğrudan uygulanan kurallara

⁵⁷ Kanunlar ihtilâfı hukukunun tarihi gelişimi için bkz. Göger, s. 26 vd.; Nomer/Şanlı, s. 51 vd.

⁵⁸ Söz konusu kurallar hakkında bkz. Çelikel/Erdem, s. 154 vd.; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s. 55, 361 vd.; Nomer/Şanlı, s. 63 vd.; Aybay/Dardağan, s. 141 vd.; Tiryakioğlu, B., *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Yayınları, Ankara 1997, s. 30 vd.; Doğan, V., *Banka Teminat Mektupları*, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 333 vd.

⁵⁹ RG, 27.5.1955-9013.

⁶⁰ RG, 29.4.1926-359.

sahipse bu kuralları somut olayda tatbik edecektir. Ancak hâkimin hukuk düzeninde bu tür kurallar mevcut değilse, kendi bağlama kurallarına göre mesele hakkında tatbik edilecek devlet hukukunu belirleyecektir. Somut mesele hakkında kanunları uygulanacak devletin hukuk düzeninde bu tür kurallar varsa,⁶¹ bu kurallar da uygulanır. Hatta uyumsuzlukla ilgili olduğu ölçüde üçüncü bir devletin hukuk düzeninde bulunan doğrudan uygulanan kuralların da uygulanması kabul edilmektedir.

Muhtelif devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında ve milletlerarası sözleşmelerde doğrudan uygulanan kurallar hakkında hükümlere yer verilmektedir. EHVK'nun mehazı Fransız Medeni Kanun'unda (m. 3/1) emniyet ve asayişe ilişkin kuralların herkesi bağladığı hükmü yer almaktadır. Alman MÖHK (m. 34), İsviçre MÖHK (m. 18) ve İtalyan MÖHK (m. 17)'da anılan devletlerin hukukunda bulunan özel amaçları nedeniyle emredici olan kurallar, bağlama kurallarının uygulanmasında saklı tutulmuşlardır.

Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallar, EHVK'nun ikinci maddesinde emniyet ve asayişe ilişkin kurallar olarak ifade edilmişti.⁶² 2675 sayılı Kanun'da bu konuda herhangi bir hüküm yer almıyordu. 5718 sayılı Kanun'un tasarısında da sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına dair özel bir hükmün dışında konuya dair herhangi bir hüküm bulunmuyordu. Ancak tasarıya daha sonra hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin genel bir hüküm eklenmiştir. 5718 sayılı Kanun'un "*Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları*" başlıklı 6. maddesine göre, "*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.*" Madde kaleme alınışı itibariyle, başlangıçta (*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda*), bu Kanun'daki bağlama kurallarının gösterdiği yabancı devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralların dikkate alın-

⁶¹ Yabancı hukuktaki doğrudan uygulanan kuralların uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 364; Tiryakioğlu, s. 33- 38; Doğan, 337 vd.

⁶² Bu konuda bkz. Seviğ, M. R., "Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangileridir?", *İÜHF*M, 5(1939), s. 107 vd.; Göğler, s.143-144.

masını hükme bağlamış görünmektedir.⁶³ Öte yandan, yetkili yabancı hukukun uygulandığı bir uyuşmazlıkta sonradan Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının müdahale etmesi hususu düzenlenmektedir. Kanun'a sonradan eklenen altıncı madde hükmünün ifadesi gerçekten doğrudan uygulanan kurallar konusunda ciddi tereddüde neden olacak gibi görünmektedir.⁶⁴ Bununla beraber, 5718 sayılı Kanun'un altıncı maddesinin Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını düzenlediği sonucuna, hükmün ifade tarzına rağmen, ulaşılabilmektedir.⁶⁵

5718 sayılı Kanun'un tasarısında ise sözleşmelere uygulanacak hukukun düzenlendiği maddeler arasında, sözleşmeler alanıyla ilgili olarak doğrudan uygulanan kurallar düzenlenmiştir. Tasarı m. 30⁶⁶ ve 5718 sayılı Kanun m. 31'e göre, *"sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır."* Tasarı'da 30. maddenin konuluş gayesi de açıklanmıştır. Gerekçede milletlerarası sözleşmeler hukukunda doğrudan uygulanan kuralların sözleşme ile ilgili üçüncü devlet hukukunda yer alması hâlinde sözleşmeyle ilişkisinin güçlü olması şartıyla dikkate alınabildiği hususuna dikkat çekilmiştir.⁶⁷ Bu nedenle, tasarıda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına zorunlu olmamakla birlikte, çıkabilecek istenmeyen sonuçları önlemek için etki tanınmasını sağlayan bir düzenlemeye gidildiği ifade edilmiştir.

⁶³ Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin müstakil bir hükmün tasarıya konulması MÖHUK hazırlayanlar tarafından gereksiz görülmüştür. Tasarı'yı hazırlayanların 30. maddenin gerekçesinde de ifade ettikleri üzere, hâkimin hukukundaki doğrudan kuralların uygulanması konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Bkz. Tekinalp, 2007, s. 323-324; Çelikel/Erdem, s. 380.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Nomer/Şanlı, s. 187; Aybay/Dardağan, s. 147.

⁶⁵ Bkz. Nomer/Şanlı, s. 327 vd.. Öte yandan, 5718 sayılı Kanunu hazırlayanların tartışmasız olarak kabul edildiği için tasarıya koymaktan vazgeçtikleri Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin genel hükmün ne kadar gerekli olduğu ortaya çıkmıştır.

⁶⁶ Tasarı'da m. 30'un başlığı ve metinde "müdahaleci kurallar" ifadesi kullanılmıştır.

⁶⁷ Gerekçeye göre, hâkimin hukukunda ve seçilen hukukta bulunan doğrudan uygulanan kuralların tereddütsüz uygulanması zaten kabul edilmektedir.

Türk hukukunda sadece akitler alanında üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi (ve uygulanabilme) ihtimali düzenlenmiştir. Buna karşılık, İsviçre MÖHK'da uyuşmazlıkla ilgili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması hususuna genel bir hükümle yer verildiği görülmektedir (m. 19). Roma I Tüzüğü m. 9/III hükmünde akitler, Roma II Tüzüğü m. 16 hükmünde akit dışı borçlar bakımından üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabilmesi hükme bağlanmıştır. Söz konusu Avrupa Birliği metinlerine göre, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları onların mahiyeti ve amacı ile uygulanıp uygulanmamalarının sonuçlarına göre etkisini gösterecektir.

5718 sayılı Kanun'daki iki maddede de yetkili kılınan yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları hakkında hüküm bulunmamaktadır. Ancak ilgisi olduğu ölçüde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması kabul edildiğine göre, yetkili kılınan yabancı hukukun bir parçasını oluşturan doğrudan uygulanan kurallarının da uygulanabileceği sonucuna varılabilir.⁶⁸ Türk kamu düzenine aykırılık hali, yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının tatbikinde sınırı oluşturacaktır.

G. HUKUKİ İŞLEMLERDE ŞEKİL

İç hukukta irade beyanını açıklamak üzere kullanılan vasıtalar şekli oluşturmaktadır.⁶⁹ Bazı hukuki işlemlerin geçerli olarak meydana gelebilmesi için irade beyanının kanunda gösterilen şekilde açıklanması gerekir. Örneğin evlenme iradesinin yetkili memur önünde açıklanması mecburiyeti bulunmaktadır (TMK m. 142, 155).

Türk milletlerarası özel hukukunda yabancı unsurlu hukuki işlemlerin geçerlilik şartı olan şeklin hangi hukuka tabi tutulacağı meselesi iki şekilde düzenlenmiştir. Önce şekle uygulanacak hukuk genel bir hükümle tespit edilmiştir. Daha sonra genel hükmün dışında kural getirilmesi gerektiği düşünülen bazı hukuki işlemler için özel olarak şekil kuralları getirilmiştir.

⁶⁸ Ayrıca bkz. Nomer/Şanlı, s. 328.

⁶⁹ Bkz. Eren, F., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 236 vd.; Kılıçoğlu, A. M., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Genişletilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 70 vd.

5718 sayılı Kanun m. 7 benzeri bir hüküm, Alman MÖHK m. 11/1'de bulunmaktadır. Alman kanununda da işlemin yapıldığı yer hukukunun veya işlemin esasına uygulanan hukukun öngördüğü şekle uygun olma aranmaktadır. Ancak Alman kanununda bu genel kuralın düzenlendiği birinci fıkradan sonra akitlerde şekil ile ilgili özel hükümler gelmektedir. İsviçre ve İtalyan MÖHK'larında genel olarak şekli düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Roma I Tüzüğü m. 11/I hükmünde akitler, Roma II Tüzüğü m. 21 hükmünde akit dışı borçlar bakımından şeklin tabi olacağı hukuk düzenlenmiştir.

1. GENEL KURAL

5718 sayılı Kanun'da hukuki işlemlerin şeklini *genel olarak düzenleyen hüküm* yedinci maddede yer almaktadır. Anılan hüküm, 2675 sayılı kanun ile aynı esasa dayanmaktadır.⁷⁰ 2675 sayılı Kanun'un şekli düzenleyen hükmünün ifadesinde iki değişiklik yapılarak 5718 sayılı Kanun'un yedinci maddesi düzenlenmiştir. 5718 sayılı Kanun'un yedinci maddesine göre⁷¹ "Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir." Yedinci maddede yapılan ilk değişiklik, "yapıldıkları yer hukukunun" ifadesine yerine "yapıldıkları ülke⁷² hukukunun" ifadesinin kullanılmasıdır. İkinci değişiklik ise hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun tespitinde atfa başvurulmasını engelleyen bir ifade tarzının tercih edilmiş olmasıdır. Yedinci maddede işlemin yapıldığı devletin hukukunun veya işlemin esasına uygulanan hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.

⁷⁰ 2675 sayılı Kanun'un hukuki işlemin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen altıncı madde hükmü şöyledir: "Hukuki işlemler, yapıldıkları yer hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir."

⁷¹ Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer/Şanlı, s. 210 vd.; Çelikel/Erdem, s. 193 vd.; Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 106 vd.; Uluocak, N., *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 34 vd.

⁷² "Ülke" devletin unsurlarından birisidir. Bu nedenle MÖHUK'nda "ülke hukuku" yerine "işlemin yapıldığı devlet hukuku" ifadesinin kullanılması daha yerinde olurdu.

5718 sayılı Kanun'un yedinci maddesi, ihtiyari bir bağlama kuralı getirmektedir.⁷³ Hukuki işlemlerin şekli, yapıldıkları devletin hukukunun (*locus regit actum*) veya o hukuki işlemin esasına uygulanan hukukun (*lex causae*) öngördüğü şekil kurallarına tabidir. Böylece mümkün olduğunca hukuki işlemlerin şekil bakımından geçersizliğinin ileri sürülmesine engel olunmak istenmektedir. Dolayısıyla milletlerarası özel hukukunda işlem menfaatinin⁷⁴ sağlanması hedeflenmektedir.

2. ÖZEL ŞEKİL KURALLARI

5718 sayılı Kanunda hukuki işlemlerin şeklini *özel olarak düzenleyen hükümler* Kanun'un evlenme (m. 13/2), ölüme bağlı tasarruflar (m. 20/4), taşınmazlar üzerindeki aynî haklar (m. 21/4) ve tüketici sözleşmelerine (m. 26/3) ilişkin hükümlerinde getirilmiştir.⁷⁵

a. Evlenmenin Şekli

5718 sayılı Kanun'a göre "*evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır*" (m. 13/2). Bu hüküm ile genel hükümdeki ihtiyari bağlanma-

⁷³ İhtiyari bağlama kuralı (fakültatif bağlama) veya seçmeli bağlama kuralı hakkında bkz. Nomer/Şanlı, s. 95.

⁷⁴ 5718 sayılı Kanun'un gerekçesinde milletlerarası özel hukuk menfaatlerine açıkça dayanıldığı görülmektedir. Milletlerarası özel hukuk menfaatleri hakkında bkz. Arat, T., *Evlât Edinmeye İlişkin Bağlama Kuralları*, (tez-çoğaltılmış nüsha), Ankara 1982, s. 21 vd.; Nomer/Şanlı, s. 16 vd.; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s. 28 vd.

⁷⁵ Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evrakı düzenleyen hükümleri arasında poliçe, bono ve çekin şekline ilişkin hükümler de bulunmaktadır. TTK m. 679 hükmüne göre poliçe ile yapılan taahhütlerin şekli taahhütlerin imzalandığı yer hukukuna tabidir. Bu hüküm bono hakkında da aynen uygulanır (m. 690). Çeke ait taahhütlerin şekli ise bu taahhütlerin imza edilmiş olduğu memleketin kanununa göre belirlenir. Bununla beraber, ödeme yeri kanuniyle emredilen şekillere uyulması da kâfidir (m. 732).

Öte yandan TTK m. 679 ikinci ve üçüncü fıkralarında bu konuda karşılaşılabilecek özel durumlar hakkında hükümler bulunmaktadır: "Bir poliçe taahhüdü, vuku bulduğu ülkenin kanunları hükmünce şekil bakımından muteber olmamakla beraber aynı poliçeye ilişkin sonraki bir taahhüdün vuku bulduğu ülke kanunlarınınca muteber bulunursa ilk taahhüdün şekil bakımından muteber olmayışı, sonraki taahhüdün muteberliğine hâlel getirmez.

Bir Türkün yabancı memlekette yapmış olduğu bir poliçe taahhüdü Türk mevzuatının gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde Türkiye'de başka bir Türk'e karşı muteberdir". Bu fıkralar bono ve çek hakkında da tatbik olunur.

dan farklı olarak sadece işlemin yapıldığı devlet hukukunun mecburi olarak uygulanması kabul edilmektedir.⁷⁶

b. Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekli

5718 sayılı Kanun'a göre "ölüme bağlı tasarrufun şekline 7 nci madde hükmü uygulanır. Ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir (m. 20/4). Kanun koyucu, ölüme bağlı tasarrufların şekli konusunda getirdiği hükümde genel bağlama kuralında yer alan hükmü genişletmiştir. Ölüme bağlı tasarrufun şekli şu üç devletten birinin hukukuna uygun olarak yapılmışsa geçerlidir: MÖHUK m. 7'de öngörülen işlemin yapıldığı devlet hukuku ve işlemin esasına uygulanan devlet hukuku ile Kanun m. 20'de öngörülen ölenin milli hukuku. Bu durumda "işlemin yapıldığı devlet hukuku", ölüme bağlı tasarrufun düzenlendiği devletin hukukudur. "İşlemin esasına uygulanan hukuk" ise kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır: miras bırakanın vatan-daşı olduğu devletin hukuku (m. 20/1, c. 1) ile Türkiye'de bulunan taşınmaz tereke bakımından Türk hukuku (m. 20/1, c. 2)⁷⁷. Son olarak bizzat yirminci maddenin hükmü gereği yeniden miras bırakanın vatan-daşı olduğu devletin hukuku gelmektedir.⁷⁸

c. Taşınmazlar Üzerindeki Aynî Haklara İlişkin Hukukî İşlemlerin Şekli

5718 sayılı Kanun'a göre, "taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlere şekil yönünden bu malların buldukları ülke hukuku uygulanır" (m. 21/4). Bu hüküm, şekle ilişkin genel kurala istisna getirmektedir. Genel kuraldaki ihtiyarılığı taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklar bakımından kaldırmaktadır. Genel kuralın hukuki işlemin esa-

⁷⁶ Bu çalışmanın konusu 5718 sayılı Kanun'un genel hükümleri ile sınırlı olduğu için evlenmenin şekli hususunda 2675 sayılı Kanun'dan farklılıklara değinilmeyecektir. 2675 sayılı Kanun'da konsoloslukta yapılan evlenmelerin şekline ilişkin bir hüküm yer alıyordu.

⁷⁷ Bu seçenekte miras bırakanın milli hukuku veya Türk hukukunun öngördüğü şekle uyulmuş olması yeterlidir. Bkz. Nomer/Şanlı, s. 292.

⁷⁸ Bu tekrarın gerekçesinin Türkiye'de taşınmaz terekenin bulunması halinde miras bırakanın milli hukukunun uygulanabilir olmasını temin etmek olduğu belirtilmektedir. Bkz. Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s. 246.

sına uygulanan hukukun şekli de idare etmesine dair kısmı, aynı haklar bakımından mecburi olarak uygulanmaktadır. Zira 5718 sayılı Kanun m. 21 ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklar taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi kılınmıştır. Dolayısıyla işlemin esasına uygulanan hukuk, şekli de idare edecektir.⁷⁹

d. Tüketici Sözleşmelerinin Şekli

5718 sayılı Kanun'a göre, "ikinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutat meskeni hukuku uygulanır" (m. 26/3). Kanun'un tüketici sözleşmelerini düzenleyen maddesinin ikinci fıkrası ise, tüketici sözleşmelerine tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutat meskeni hukukunun uygulanmasını kabul etmektedir.⁸⁰ Ancak tüketicinin mutat meskeni hukukunun hangi şartlar altında uygulanacağı da düzenlenmiştir. Tüketicinin mutat meskeninin bulunduğu devlet sözleşmenin davet veya ilân yoluyla yapıldığı yer (m. 26/2, a) veya siparişin alındığı yer (m. 26/2, b) ile aynı olabilir. Üçüncü halde ise satıcı tüketiciyi ikna için başka bir devlete götürmüş (m. 26/2, c) olabilir. Her üç halde de mutat mesken hukuku, sözleşmenin esasını ve şeklini idare edecek olan hukuktur.

H. ZAMANAŞIMI

Türk hukukunda zamanaşımı⁸¹ esasa ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılmaktadır.⁸² Bu nedenle zamanaşımına hukukî işlem veya

⁷⁹ MÖHUK'da aynı hakların dışında taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler de taşınmazın bulunduğu devlet hukukuna tabi tutulmuştur (m. 25).

⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, G., *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 126 vd. , 223 vd. Yazar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tüketici kredi sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasını emreden onuncu maddesinin, milletlerarası özel hukuk bakımından da emredici nitelikte olduğunu ve 2675 sayılı Kanun'un şekle ilişkin genel kuralını bertaraf ettiğini ifade etmektedir.

⁸¹ İç hukukta zamanaşımı hakkında bkz. Eren, s. 1232 vd.; Kılıçoğlu, s. 642 vd.

⁸² Zamanaşımı, Kara Avrupası hukuk sisteminde esasa ilişkin bir konu olarak vasıflandırılmaktadır. Yakın bir zamana kadar İngiliz hukuk düzeninde zamanaşımı usuli bir mesele olarak vasıflandırılmıştır. Ancak 1984 Foreign Limitation Periods Act ile bu konunun esasa uygulanacak hukuka tabi olduğu kabul edilmiştir. Bkz. *Cracknell's Statutes, Conflict of Laws*, (ed. MacLean, R. M./Tovey, G.), Kent 1996, s. 364-367.

ilişkinin esasına uygulanan hukukun uygulanması kabul edilmiştir.⁸³ Hem 2675 sayılı Kanun m. 7, hem 5718 sayılı Kanun m. 8 ile bu sonuç açıkça belirtilmiştir.⁸⁴

Muhtelif devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunları incelendiğinde zamanaşımının genel bir hükümle düzenlenmediği görülmektedir. Bunun yerine hukuki ilişkinin türüne göre özel kural getirilmesi yoluna gidilmiştir. İsviçre MÖHK m. 148/1 ile borçlar hukuku alanındaki taleplerin zamanaşımı hakkında, talebe uygulanan hukukun uygulanması kabul edilmiştir. Alman MÖHK m. 32/1/d’de akde uygulanacak hukukun uygulama alanına giren hususlar arasında zamanaşımı da sayılmıştır. Roma I Tüzüğü m. 12’de de zamanaşımı akde uygulanacak hukuka tabi kılınmıştır. Roma II Tüzüğü m.15’de zamanaşımı, akit dışı borçlara uygulanan hukukun kapsamında sayılmıştır.

SONUÇ

Bu çalışmada yeni yürürlüğe giren 5718 sayılı Kanun’un genel hükümleri üzerinde durulmuştur. Kanun’un ilk sekiz maddesi üzerinde yapılan çalışmada ilgisi olduğu ölçüde diğer hükümlere de değinilmiştir. 5718 sayılı Kanun’un genel hükümleri üzerinde yapılan çalışma sonucunda yapılan değişikliklerin bir kısmının, atfın konu yönünden sınırlandırılması veya şekle uygulanacak hukuk konusunda atfın reddi yahut dâhili yer bakımından kanunlar ihtilâfına ilişkin hüküm getirme örneklerinde olduğu üzere, isabetli olduğu görülmektedir. Buna karşılık hukuk seçiminde atfın reddinin gereksiz olması veya gerekçe de kullanılan ifadeler gibi bazı hususlara da dikkat çekilmiştir.

⁸³ Türk Ticaret Kanunu’nun kıymetli evrakı düzenleyen hükümleri arasında poliçe, bono ve çekten doğan taleplerin zamanaşımına ilişkin hükümler de bulunmaktadır (m. 681, 690 ve 730). Söz konusu hükümler uyarınca poliçe, bono ve çekten doğan talepler için zamanaşımı bu senetlerin keşide edildiği devlet hukukuna tabidir. Türk Ticaret Kanunu da zamanaşımı hakkında esasa uygulanacak hukukun uygulanmasını kabul etmiştir.

⁸⁴ Bu konuda bkz. Nomer/Şanlı, s. 216 vd.; Şanlı, C., “Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı”, *İBD*, C. 10-11-12(1989), s. 640 vd.

ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Sercan Coşkun KULAK*

GİRİŞ

Kanunların, Anayasa'ya uygun olup olmadığının yargısal denetiminin yapılabildiği ülkelerde Anayasa değişikliklerinin de bu denetime konu edilip edilmemesi hususu tartışma konusu olmaktadır. Gerçekten kanunların denetiminde hiyerarşik bakımdan onlara göre daha üstün durumda olan Anayasa kuralları ölçüt alınarak Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi olağan olarak gözükmektedir. Ancak normlar hiyerarşisi bakımdan aynı konumda bulunan Anayasa kurallarının bu kapsamda bir denetime tutulmasını ise şekil ve esas açısından incelemek gerekmektedir. Buna göre; Anayasa değişikliklerinin Anayasa'da gösterilen yöntemlere göre yapılıp yapılmadığı açısından değerlendirilecek olan şekil denetiminin bir sorun doğurmaması beklenir. Anayasa'da yapılacak olan değişikliklerin bu değişikliklerden önce yine Anayasa'da belirlenmiş olan Anayasa'nın değiştirilmesine ilişkin şekil kurallarına göre yapılması gerektiği kuşku götürmez bir gerçekliktir. Bu kapsamda yapılacak Anayasa değişikliklerinin de şekil kurallarına uygun yapılıp yapılmadığı konusunda Anayasa Mahkemesi'nce denetime tabi tutulması genel olarak kabul görmektedir.

Bahsi geçen bu tutumun Anayasa değişikliklerinin esas açısından denetimi için söylemek pek kolay gözükmemektedir. Gerçekten, yöntemine göre yapılan bir değişiklikten sonra yürürlüğe girmiş olan yeni Anayasa kuralının, yine Anayasa'ya uygunluğunun denetimi yapılırken ölçüt olarak ne alınacağı hususu tartışmalıdır. Buna göre yeni

* Ankara 1. İdare Mahkemesi Hakimi.

Anayasa kuralının esas açısından denetime tabi tutulabilmesi için ya Anayasa üstü bazı ilkelerin varlığını kabul etmek ya da Anayasa'nın kimi kurallarının hiyerarşik bakımdan diğerlerine göre daha üst düzeyde yer almış olduklarını kabul etmek gerekir.¹

Bu durumda da, hangi ilke ve normların, denetimde ölçüt olarak alınacağı sorunu ortaya çıkabilir. Oysa ki ilk defa Anayasa yargısı kurumunu kabul eden 1961 Anayasası'nda içerdiği normlar açısından böyle bir hiyerarşik durumu olduğuna ilişkin bir işaret olmadığı gibi, Anayasa hukuku literatüründe de bütün Anayasal normların eşit hukuki değerde olduğu görüşü hakimdir.²

I. 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

A. 1961 Anayasası'nın İlk Şeklindeki Durum

1961 Anayasası'nın ilk metninde, Anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olup olmayacağı konusunda bir hüküm yer almamaktadır.³ Gerçekten 1961 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 147. maddesinde "*Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzük'ünün Anayasaya uygunluğunu denetler*" hükmüne yer verilmektedir. Yine 22.4.1962 tarih ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da da kanunların ve meclis içtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetleneceği hükmü yer almaktadır. Öte yandan kanunların ya da meclis iç tüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi yapılırken şekil ya da esas açısından denetim yapılması gibi bir ayrıma gidilmemiş bu kapsamda da herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Fakat bu tür bir ayırım öncelikle kanunların Anayasa'ya uygunluğu; sonrasında da Anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi kapsamın-

¹ Erdal Onar, *1982 Anayasası'nda Anayasayı Değiştirme Sorunu*, yayınevi yok, Ankara 1993, s. 133, Murat Şen, "1961 ve 1982 Anayasalarında Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", *Atatürk Üniversitesi Erzincan HFD, 75. Yıl Armağanı*, Erzincan 1998, C. 2, S. 1, s. 89.

² Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *AÜSBFD*, Ankara 2007, C. 62, Sayı.3, s. 259.

³ Ergun Özbudun, "Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", Erişim;<http://www.tumgazeteler.com/?a=2824082,5/11/2009>

da Anayasa Mahkemesi tarafından getirilmiştir. Gerçekten Mahkeme bir kararında⁴ “...Yürürlükteki Anayasa, bu konuyu ele almış ve kanunların yargı denetimine bağlı tutulmasını 147 nci maddesinde kabul etmiştir. Bu maddede, Anayasa Mahkemesinin, kanunların ve TBMM içtüzüklerinin Anayasa’ya uygunluğunu denetleyeceği açıklanmıştır. Mutlak olan bu hüküm, kanunların gerek şekli ve gerek esas bakımından Anayasa’ya uygunluğunun Mahkememizce denetlenmesini kapsamaktadır. Sözü geçen 147 nci maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında şekil yönü üzerinde de durulmuş ve bir üye Yasama Meclisleri dışında, bir organın herhangi bir kanunun Anayasa’ya sırf şekil bakımından uygunluğunu denetlemesinin söz konusu olamayacağı, sadece esas ve muhteva bakımından Anayasa’ya uygun olup olmadığını araştıracağı görüldüğü savunmuş, fakat, Anayasa Komisyonu sözcüsü verdiği cevapta, bir kanun şekil itibariyle sakat ise, yani kanunun yapılmasında uyulması gereken şekiller bakımından gerekli şartlar mevcut değilse o kanunun bu takdirde dahi Anayasa’ya aykırı olduğunu, ölü doğmuş, hatta doğmamış bir kanunun Anayasa’ya aykırılığı sorununu Anayasa Mahkemesinin inceleyeceği kanısında olduklarını söylemiştir. Komisyon adına yapılan ve aksine bir görüş ileri sürmemekle Meclis tarafından da benimsendiği anlaşılan bu açıklama sözü geçen 147 nci maddenin mutlak olan hükmüne uygundur. Millet Meclisi Anayasa Komisyonu da, 22/ 4/1962 günlü ve 44 sayılı kanuna ilişkin raporunda, aynı kanıya varmış ve “kanunların Anayasa’ya uygunluğunun şekil bakımından murakabesinin, Anayasa Mahkemesi dahil, her mahkemenin ilkel yetkilerinden olduğunu” belirtmiştir. Şu halde, Mahkememiz, davacının şekle ilişkin iddiasını incelemeğe ve bu yönden bir karar vermeğe yetkilidir.” yorumuna yer vermiş ve bu kararından sonra da yargısal denetimini yaptığı normları şekil ve esas açısından sınıflandırmıştır.

1. Şekil Denetimi

Anayasa Mahkemesi yine bu dönemde yargısal denetim konusunda şekil ve esas açısından bir ayrıma gitmenin yanında Anayasa değişikliklerinin de birer kanun olduğu yorumundan hareket ederek Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların da hem şekil hem de esas açı-

⁴ Anayasa Mahkemesi’nin E:1964/38, 1965/59, 16.11.1965 günlü kararı, Erişim; <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1965/K1965-59.htm>, 5.11.2009

sından denetimini yapma konusunda kendisini yetkili bulmuştur.⁵ Mahkeme Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini yapma hususunda 1970 yılında verdiği ilk kararında hem Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini yapabilme anlamında kendini yetkili olarak görmüş hem de yukarıda yer verildiği üzere kanunların Anayasa'ya uygunluğu kapsamında daha önce yaptığı şekil denetimi, esas denetimi yorumuna da devam etmiştir. Mahkeme; *"Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 68. maddesinin değiştirilmesi ve 11. geçici maddesinin kaldırılması hakkındaki 6/11/1969 günlü ve 1188 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 156. maddesi delaletiyle Anayasa metnine dahil bulunan başlangıç kısmındaki temel görüş ve ilkelerle 8. ve 155. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla"* açılan davada verdiği kararında:

"...1961 Anayasası'nda yapılacak değişikliklerin, Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan usul ve şartlara uyulmak suretiyle çıkarılacak kanunlarla mümkün olabileceği ortadadır. Nitekim söz konusu 1188 sayılı metnin adı da, başlığında açıkça görüleceği üzere, (kanun)dur. Esasen 155. maddede Anayasa değişikliklerinin, bazı kayıt ve şartlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere uyulmak suretiyle Meclislerden geçirileceği ilkesi konulmak suretiyle bunların "kanun" nitelikleri de ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır.

*Anayasa'da değişikliği öngören bir kanunun, böyle bir etkiye gerçekten sahip olabilmesi, yani mevcut bir Anayasa ilkesini değiştirebilmesi, kaldırabilmesi veya yeni bir Anayasa ilkesi koyabilmesi için, o kanunun Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan hükümlere uygun olarak teklif edilmiş olması ve yasama meclislerinde de yine aynı hükümlere uygun biçimde görüşülüp kabul edilmiş bulunması gerektiğinde kuşku yoktur. Bu ilkelere uygun olmayarak yürürlüğe konulan bir metnin, Anayasa'nın mevcut hükümleri üzerinde herhangi bir etki yapması söz konusu olamayacağı gibi yeni konulan bir hüküm de Anayasa kuralı niteliğinde ve gücünde sayılamaz. Şu halde Anayasa değişikliğini öngören kanunların da teklif ve kabullerinde 155. maddedeki usul ve şartlara uyulmuş bulunulup bulunulmadığı açısından, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulmaları zorunludur."*⁶ ifadelerine yer vererek Anayasa değişikliklerinin de Anayasaya uygunluğunu denet-

⁵ Erdal Onar, *a. g. e.*, s. 136.

⁶ Anayasa Mahkemesi'nin E:1970/1, 1970/31, 16.6.1970 günlü kararı, Erişim;<http://www.anayasa.gov.tr/general/icerikler.aspcontID=461&menuID=47&curID=149,5/11/2009>

lerken şekil kurallarına uygunluğunu kapsamında da denetim yapacağına hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi üyelerinden Fazlı Uluocak karara yazdığı muhalefet şerhinde, *“Anayasa Mahkemesi'nin görevi kanunların ve yasa-meclisleri içtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektir. Anayasanın değiştirilmesi teklifi ve bu teklifin meclislerce kabulü Anayasada gösterilen usul ve şartlara tabidir. Buna göre yapılıp Anayasa metnine giren bir hüküm iptali hakkındaki davaların, görülmesi Anayasa Mahkemesi'nin görevi dışında olduğu kanısındayım”* görüşüne yer vererek Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini hiçbir açıdan (şekil ya da esas) denetleyemeyeceğini çünkü buna yetkisinin olmadığını belirtmiştir.

Öte yandan Rona Serozan, söz konusu tartışmayla ilgili olarak düşüncelerini aktardığı makalesinde *“Anayasayı değiştiren yasaların tüm yasalar gibi Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetim süzgecinden geçeceği öylesine belli bir gerçektir ki Anayasa koyucusu, bu konuda özel yetki kuralını gereksiz bulmuştur. Milli, demokratik, laik, sosyal hukuk devleti ilkesinin değiştirilmezliğini öngören Anayasanın 9.maddesi bir 'iyi ahlak derneği öğüdü' değil de bir 'hukuk kuralı' olduğuna göre elbette bir yaptırımla donatılmış sayılacaktır”*⁷ ifadelerine yer vererek Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini hem şekil hem de esas açısından denetleyebileceğini savunmuştur.

Ergun Özbudun ise *“kanunların Anayasa uygunluğunun yargısal denetimi sistemini kabul etmiş olan ülkelerde Anayasa değişikliklerinin şekil yönünden Anayasaya uygunluk denetiminde yadırganacak bir yön yoktur. Çünkü nihayet Anayasa değişiklikleri de, biçimsel bir kanundur. Bu değişikliklerin Anayasada belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olarak yapılması ortada geçerli olarak belirtilmiş bir tali kurucu iktidar iradesinin olmaması demektir. Anayasayı yapan asli kurucu iktidar, Anayasanın değiştirilme usulünü belirlemekle tali kurucu iktidarın Anayasayı değiştirme yetkisini şekil yönünden sınırlandırmış olmaktadır. Diğer bir deyimle, tali kurucu iktidar ancak bu usul ve şekil şartlarına uymak şartıyla tali kuruculuk yetkisini kullanabilir. Dolayısıyla kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan mahkeme, Anayasada açık bir hüküm olmasa bile, Anayasa deği-*

⁷ Rona Serozan, “Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları, İÜHFİM, İstanbul 1972, C. XXXVII, Sayı 1-4, s. 140-141.

şikliklerinin Anayasada belirtilen usül ve şekil kurallarına uygunluğunu denetleme yetkisini kendisinde görebilir”⁸ görüşüne yer vermiştir.

2. Esas Denetimi

Esas açısından denetim, kanunun veya Anayasa’da sayılan diğer normların muhtevasının Anayasa hükümleri ile çatışıp çatışmadığının denetlenmesi anlamına gelir. Başka bir ifadeyle, esas bakımından Anayasa’ya uygunluk, normun orijinal hükmünün, maddi hukuk açısından, Anayasa hükümlerinin dış hududunu aşmaması demektir.⁹ Denetlenen normun Anayasa’ya aykırılığı çok çeşitli sebeplerle ortaya çıkabileceği için, esas yönünden Anayasa’ya aykırılık durumlarını tam olarak tanımlamak ve sınıflandırmak güçtür.

Daha öncede açıklandığı üzere Anayasa’nın 147. maddesinde, Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkileri belirtilirken, yapılacak denetimin türünden söz edilmemiştir. Fakat Mahkeme, 1965 yılında verdiği bir kararında:¹⁰

“Anayasanın, değiştirilme şekli ve şartları 155 inci maddesinde gösterilmiştir. Oradaki usullere uyularak, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm hariç olmak üzere, Anayasa hükümlerinin değiştirilebileceğinden şüphe edilemez. Ancak Anayasa’nın bu maddesinde (değiştirilme) den söz edilmesi sebepsiz değildir. Bu maddeyi hazırlayan Kurucu Meclisin ve Anayasayı kabul ve (hürriyete, adalete, fazilete aşık evlatlarının uyanık bekçiliğine emanet) etmiş bulunan Türk Milletinin Anayasa’nın ve niteliklerini belirttiği hukuk devletinin temelinden kaldırılması ile onun tam zıddı rejimlerin getirilmesini öngörmüş bulunduğu düşünülemez. 155 inci maddenin, Türk toplumunu daha ileri uygarlık düzeyine çıkarmak için, Anayasa’nın ruhuna uygun değişmelere imkan sağlamak maksadıyla kabul edilmiş olduğu söz götürmez bir gerçektir. Ancak Türk toplumunu geriletici, temel hak ve hürriyetleri, hukuk devleti ilkesini yok edici, bir kelime ile 1961 Anayasa’sının özünü ortadan kaldırıcı ve bu niteliği ile (değişiklik) olarak kabul edilmesi caiz ol-

⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 133; aynı doğrultuda Erdal Onar’ın görüşleri için bkz; *a. g. e.*, s. 138.

⁹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 361; Murat Şen, *a. g. m.*, s. 101.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 26.9.1965 t., E. 1963/173, K. 1965/40 26/9/1965 günlü kararı, Erişim; <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1965/K1965-40.htm> , 5/11/2009.

mayan ve Anayasa'nın devredilmesini öngören maksatların, sözü geçen 155 inci maddenin gölgesinde gerçekleştirilebilmelerini düşünmek mümkün değildir" ifadelerine yer vererek, bir Anayasa değişikliğinin hukuken geçerli olabilmesi için yalnızca değiştirme usulüne uyularak yapılmasının yeterli olmadığını; bu değişikliğin aynı zamanda "Anayasa'nın ruhuna uygun" bulunması, "Anayasa'nın özünü ortadan kaldıracı" nitelikte olmaması gerektiğine de işaret etmiş ve böylece esas bakımından da denetim yaptığını vurgulamıştır. Daha sonraki kararlarında Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerinin esas denetimi için kullandığı bu ölçütleri biraz olsun netleştirmiştir.¹¹ Örneğin Anayasa Mahkemesi bir başka kararında;

"1961 Anayasası, 9. maddesi ile bir değişmezlik ilkesi koymuştur. Bu maddeye göre (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez). Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasa'da (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa'nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasa'nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, "Cumhuriyet" sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan "Cumhuriyet" sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece "Cumhuriyet" sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.

... Görülüyor ki Anayasa değişikliğini öngören kanunlar üzerinde, Anayasanın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır. Bu nedenlerle söz konusu kanun, gerek biçim, gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilmelidir." ifadelerine yer vermiştir. Bu kararlar da Mahkeme artık Anayasa değişikliklerinin denetimi için Anayasa'nın 1. ve 2. maddeleriyle, 2. mad-

¹¹ Erdal Onar, a. g. e., s. 138-139.

denin yollama yaptığı “Başlangıç” kısmındaki ilkeleri dikkate aldığını ortaya koymuştur.¹²

Kararda da yer verildiği üzere Anayasa Mahkemesi kendisini Anayasa değişikliklerinin “çağdaş uygarlığın gereklerine” aykırı hükümler getirip, anayasal düzenin bütünlüğünü bozup bozmadığını denetlemeye yetkili bulmaktadır. Bu kapsamda devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değiştirilmesi, Anayasa Mahkemesi’ne göre, Anayasa yapısını temelinden yıkacak değişikliklere bir örnek olarak gösterilebilirdi, ancak yapılamayacak değişiklikler sadece bununla sınırlı tutulamazdı. Çünkü “Cumhuriyet devlet şekli, temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları ile birlikte ilkeler manzumesi”ydi. Bu nedenle Mahkeme, “Anayasa’nın Devlet şekli hükmü dışındaki hükümlerinin, hiçbir kayda tabi olmadan, yasama organınca değiştirilebileceği sanılmamalıdır” demektedir.¹³

Anayasa Mahkemesi’nin belirtilen bu kararlarında vardığı yorum tarzı doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Ergun Özbudun, 1961 Anayasası, değişmezlik ilkesini sadece, “devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü” ile sınırlandırmıştır. “Anayasa koyucu, değiştirme yasağının kapsamı içinde Cumhuriyetin niteliklerini de almak istemiş olsaydı, bunu açıkça belirtirdi. Bu yapılmadığına göre, değiştirme yasağının kapsamının, Anayasa Mahkemesi tarafından yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir”¹⁴ gerekçesiyle eleştirmiştir... Yine Kemal Gözler kararlar ilgili olarak, “Anayasa Mahkemesi’nin kullandığı bu ‘çağdaş uygarlığın gerekleri’ kavramı Anayasa değişikliklerinin Anayasaya uygunluk denetiminde bir ölçü norm olamaz. Çünkü söz konusu kavram tamamıyla pozitif temelden yoksundur. 1961 Anayasası’nın hiçbir yerinde bu kavram Anayasa değişikliklerinin sınırı olarak ön görülmemiştir. Bu Anayasa değişikliğinin bir sınırı olarak bu ‘çağdaş uygarlığın gerekleri’ kavramı Anayasa Mahkemesi tarafından uydurulmuş bir kavramdır” ifadelerine yer vermiştir.¹⁵

Öte yandan Anayasa Mahkemesi’nin belirtilen kararlarındaki yorum tarzını savunanlarda olmuştur. Rona Serozan’a göre, 9. madde-

¹² Erdal Onar, *a. g. e.*, s. 140.

¹³ Erdal Onar, *a. g. e.*, s. 141.

¹⁴ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 136. Aynı yönde görüşler için bkz; Erdal Onar, *a. g. e.*, s. 141-142.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 1003.

de öngörülen değiştirme yasağı 2. maddede öngörülen Cumhuriyetin niteliklerini kapsamazsa “*devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilmese bile, bu hükmün (Anayasanın 2. maddesinin)*” Cumhuriyetçi devlet şekline aşıladığı, “*temel insan haklarına dayalı özgürlükçü, milli demokratik, laik sosyal hukuk devleti*” maddi özünden boşaltılabileceği ve “*Cumhuriyet’in salt bir içi boş kalıp, bir içeriksiz “biçim” olarak alınabileceği öne sürülebilir*”.¹⁶ Yine Yıldızhan Yayla, “*Türkiye’de Cumhuriyet, demokratiklik ilkesinden; bu ilke de hukuk devletinin güvencesinden ayrı düşünülemez. Başka bir ifade ile Cumhuriyet, önce hanedanı reddeden ‘hükümet’ şekli iken, 1924 Anayasası ile ‘aynı zamanda’ demokratik devlet şeklini; 1961 Anayasası ile de demokratik devletin gerçekleşme aracı ve güvencesi olan hukuk devletini de kapsar hale gelmiştir... milli ve laik nitelermeleri, herhangi bir Cumhuriyet değil, ama Türkiye Cumhuriyeti’ne özgü; onun içeriğini, özünü oluşturmakta, belki daha doğru bir deyişle, demokratik hukuk devletinin, Türkiye açısından zorunlu unsurlarını ifade etmektedir*”¹⁷ yorumuna yer vermektedir.

Ancak Yıldızhan Yayla, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’nın 2. maddesinin tümüne yollama yapmasına da karşı çıkmaktadır. Çünkü Yayla’ya göre, sadece demokratik devlet ve hukuk devleti ilkeleri Cumhuriyetin özünü oluşturmaktadır. Yayla devamında ise “*Bir kere 2. madde de yer alan ‘insan hakları’ ve ‘Başlangıçta belirtilen ilkeler’ ibaresi hem çok belirsiz bir kapsama sahiptir, hem de bunlar ‘Devlet’in kendisi değildir. Zira madde ‘Devlet’in milli demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olduğunu belirtmektedir. Temel ilke diye ifade edilenler, söz konusu niteliklerin çizgisini gösteren; felsefesini ve hedefini ortaya koyan, o nitelikleri - gerektiğinde açıklamakta yardımcı olan ve en önemli bir bölümü Anayasanın çeşitli maddelerinde esasen dile getirilmiş, kurallaşmış olan soyut bildiri, açıklama veya dileklerdir... Anayasa Mahkemesi, Kanun koyucunun (Anayasa koyucunun) hemen her konuda (zira 2. maddenin tümünün kapsamına girmeyecek bir konu bulmak ve bundan emin olmak herhalde pek güçtür) bir ‘teklif yasağı’ bir ‘değiştirme yasağı’ ile karşı karşıya bulunup bulunmadığı tereddüdüne düşebilecektir.*”¹⁸ ifadelerine yer vererek her ne kadar esas itibarıyla Anayasa Mahkemesi kararına katılmakta ise de yinede mahkemenin

¹⁶ Rona Serozan, a. g. m., s. 34.

¹⁷ Yıldızhan Yayla, “Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin Özü”, Prof. Dr. Hıfzı Timur’un anısına Armağan, İÜHF Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, İstanbul 1979, s. 1012-1013.

¹⁸ Yıldızhan Yayla, a. g. m., s. 1017-1018.

yorumunun yeterince belirgin olmaması nedeniyle denetimini yapabileceği her Anayasa değişikliğini bir şekilde Anayasa'nın 2. maddesi kapsamında görebileceği çekincesini de belirtmektedir.

B. 1971 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Durum

1961 Anayasası'nda geniş ölçüde değişiklik yapan 20/9/1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 147. Maddesi de değiştirilmiş ve madde hükmü;

"Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler" haline dönüştürülmüştür. Bu değişiklik ile Anayasa'da açık bir şekilde yer verilmeyen ancak Anayasa değişikliklerinin de birer kanun olduğundan hareketle denetime tabi tutulan Anayasa değişikliğine ilişkin kanunların yargısal denetiminin, artık açıkça Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Ancak söz konusu yetkinin Anayasa Mahkemesi'nde olduğu ortaya konulmuş olsa da bu denetimin Anayasa Mahkemesi'nin eski kararlarında olduğu gibi hem şekil hem esas açısından olmadığı sadece şekli kapsadığına ilişkin hükümde getirilerek Mahkeme'nin yetkisi kısıtlanmıştır.

Ergun Özbudun bu durumu, *"Anayasa Mahkemesinin 1971 öncesinde de verdiği Anayasa değişikliklerine ilişkin kararlarına karşı siyasi elitlerin tepkisi, 1971 Anayasa değişiklikleri ile Mahkemenin Anayasa değişiklikleri üzerindeki denetim yetkisini, sadece şekil yönünden denetimle sınırlandırmak suretiyle gerçekleşti"*¹⁹ olarak yorumlamaktadır.

Gerçekten söz konusu değişikliğin gerekçesinde de değişikliğin amacının Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini esas açısından denetleyebilmesinin önlenmesi olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Değişikliğin gerekçesinde;

"Anayasa, Türkiye Büyük Millet Meclisini hem kanun vazu, hem de Anayasa vazu olarak yetkili kılmıştır. Kanunu vazu olarak Türkiye Büyük

¹⁹ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi*, s. 260; aynı yönde görüş için bkz. Naz Çavuşoğlu, *Anayasa Ders Notları*, İÜSBF Yayınları, İstanbul 1995, s. 12.

Millet Meclisinin tasarrufları Anayasada belirtilen istisnalar dışında ve Anayasada gösterilen şekil, usul ve esaslara göre Anayasa mahkemesinin denetimine tabi tutulmuştur. Anayasa mahkemesi, Yasama Meclislerinin içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu da denetlemeye yetkilidir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasa vazu olarak yaptığı Anayasa değişikliklerini denetlemesi söz konusu olamaz. Nitekim Anayasamız, 4. maddesinin 3.fıkrasında (Hiç bir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz" hükmü yer almıştır. Şu halde Anayasanın sadece kanunlara ve İçtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir. Anacak, hemen göz önüne almak gerekir ki, Anayasa değişikliği, Anayasanın 155. maddesinde görüldüğü üzere, gerek teklif, gerekse müzakere ve kabul bakımından kanunlardan farklı şekil şartlarına bağlanmıştır. Anayasa değişikliği, bu şartlar dışında kanunların tabi olduğu müzakere usüllerine tabi olmakla beraber bir kanun değil, bir Anayasadır. Geçmiş yıllar tatbikatında, Anayasa değişiklikleri kanun şeklinde kabul ve ilan edildiği ve bu değişikliklerden bazıları aleyhine iptal davalarının açıldığı için, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişiklikleri üzerinde denetim yetkisi bulunup bulunmadığı konusuna açıklık kazandırma ihtiyacı belirlemiştir. Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği ve bu esasın Anayasa Mahkemesine yer veren bütün demokrasilerde de aynı tarzda kabl edildiği tespit olunmuştur. Anayasanın 47. maddesindeki değişiklik, bu anlam dışındaki yorum ve uygulamaya yer bırakmayacaktır" ifadelerine yer verilmiştir.

Ancak Anayasa'nın 147. maddesindeki yeni düzenlemeye karşılık Anayasa Mahkemesi'nin uygulamasının özünde bir değişiklik olmamıştır. Mahkeme Anayasa değişikliklerini, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve başlangıçtaki ilkelere uygunluğu açısından denetlemeye devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kez sonuca farklı bir gerekçe ile yaklaşmış ve daha önce "esas" denetimi olarak değerlendirildiği faaliyetini, şimdi şekil denetimi olarak ele almıştır.²⁰

Mahkeme söz konusu değişiklik sonrasında verdiği kararında yeni yaklaşımı ile ilgili olarak şu cümlelere yer vermiştir.

²⁰ Erdal Onar, a. g. e., s. 144.

“...Anayasa'nın 147. maddesinde 1488 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerle Anayasa Mahkemesinin denetim görevinin alanı bu konuda daraltılarak, Anayasa değişikliklerinin sadece Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme görevi, eskiden olduğu gibi, yetkisi içinde bırakılmış ve bu değişikliklerin esasen Anayasa'ya uygunluğunu denetleme ise görev ve yetkisi dışına çıkarılmış bulunmaktadır. Böylece, bu maddede gerçekleştirilen değişikliklerle Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlemesi önlenmiştir...Bu nedenle, 15/3/1973 günlü, 1699 sayılı Kanununun 1., 3., 4. ve 6. maddelerinin Anayasa'ya esasen aykırı olduğu yolundaki iddianın incelenmesini kapsayan istemin, Anayasa Mahkemesinin görevi dışında bulunması dolayısıyla yetki yönünden reddine karar verilmelidir.” Böylece Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerini esas bakımdan denetlemeye yetkisiz olduğuna ve sadece şekil bakımından denetim yapabileceğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme 'şekil' denetimini sınırlarını çok geniş şekilde belirlemiş olması nedeniyle bir anlamda esas denetim yapmıştır. Mahkeme aynı kararın devam eden cümlelerinde;

“...1961 Anayasası, 9. maddesiyle önce bir değişmezlik ilkesi koymuş ve sonra bir de teklif yasağı getirmiştir. O halde, 9. madde hükmü içeriği bakımından biçime ilişkin bulunan iki yönlü bir kuraldan oluşmaktadır.

“Cumhuriyet” sözcüğünü saklı tutup, Cumhuriyeti oluşturan bütün bu nitelikleri, hangi doğrultuda olursa olsun, tümünü veya bir bölümünü değiştirmek veya kaldırmak yoluyla, 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması olmayan bir başka rejimi meydana getirecek nitelikteki Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin, Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.

Yukarıdaki açıklamalara göre, Cumhuriyet rejiminin Anayasamızda niteliğini belirleyen ilke ve kurallarında değişmeyi öngören veya Anayasanın öteki maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı yollardan bu ilkeleri değiştirmeyi amaç güden herhangi bir kanun teklif ve kabul edilemez.

Anayasa'nın 9. maddesindeki hükümlerle, yukarıda değinildiği üzere, bir değişmezlik kuralı konduğu ve ayrıca teklif yasağı getirildiği görülmektedir. Değişmezlik kuralının niteliği ve sonuçları ayrıntılarıyla açıklandığından, burada sadece teklif yasağının niteliğiyle etkisi üzerinde durmak yeterli olacaktır.

Anayasa'ya böyle yasaklayıcı bir hüküm koymaktaki amacın, tarihsel bir oluşum ve gerçek olarak doğan ve bu süreci izleyerek bugünkü biçimini alan Türkiye Cumhuriyetini, çeşitli görüş, varsayım, yöntem ve ideolojilere dayanarak inceleyip değişik sonuçlara varan Cumhuriyet tanımlarına veya diğer memleketlerde uygulanan Cumhuriyet tiplerine bakarak incelemek ve bir sonuca varmak doğru ve yerinde bir inceleme yöntemi olamaz. Bu yolda yapılacak bir incelemede, başlangıç noktası alınan değişik benimseme ve uygulama biçimlerine göre yine ayırımı yargılara varmaktan kaçınılamaz. O halde Türkiye Cumhuriyetinin niteliğini, tarihsel bir oluşum ve gerçek olarak ele alıp ona bugünkü biçimini veren 1961 Anayasasında gösterilen ilkelerle konulan hukuksal kurallara göre belirlemek gerekir..

... Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır.

Anayasanın değişik 147. maddesiyle "Anayasa değişikliklerinin Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme" yetkisinin Anayasa'yı yargısal denetim yoluyla korumakla görevli Anayasa Mahkemesine tanımakla güdülen erek de budur. Yukarıda açıklandığı üzere 9. maddede yer alan yasak kuralı da bir şekil şartı olduğundan, 1699 sayılı Kanununun dava konusu maddeleri, diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmelidir." ifadelerine yer vermiştir.²¹

Anayasa Mahkemesi bu yorumu dayanarak 1971'den sonra da dört adet Anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Bunlar;

a. Anayasa'nın 138. maddesinin 1699 sayılı Kanun'la değiştirilen dördüncü fıkrasında yer alan "Askeri mahkemelerde üyelerinin çoğunlu-

²¹ Anayasa Mahkemesi'nin 15.4.1975 günlü, E:1973/19, K:1975/87 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1975/K1975-087.htm> (Erişim tarihi: 6/11/2009)

ğunun hakimlik mesleğine sahip olması şarttır. Ancak savaş halinde bu art aranmaz" kuralı,²²

b. Anayasa'nın 1488 sayılı Kanun'la değiştirilmiş olan kamulaştırmaya ilişkin 38. maddesinin "Ödenecek karşılık, malı tamamının kamulaştırılması halinde o malın malikinin kanunda gösterilecek usul ve şekle uygun olarak bildireceği vergi değerini; kısmen kamulaştırmada da, vergi değerinin kamulaştırılan kısma düşen miktarını aşamaz" ve "kamulaştırılan taşınmaz mal karşılığının vergi değerinden az takdir edilmesi halinde malikin itiraz ve dava hakkı saklıdır" yolundaki ikinci ve üçüncü fıkraları,²³

c. Anayasa'nın 1488 sayılı Kanun'la değiştirilmiş 144. maddesinin "Yüksek Hakimler Kurulu, adliye mahkemeleri hakimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz" hükmü,²⁴

d. Anayasa'nın 1488 sayılı Kanun'la değiştirilmiş 137. maddesinin ikinci fıkrasında Yüksek Savcılar Kuralına ilişkin olarak "Bu kurulun kararları kesin olup bunlar aleyhine başka bir mercie başvurulamaz" hükmünün kararların yargı denetimine kapsayan bölümü.²⁵

Anayasa Mahkemesi bu kararları ile Anayasa'nın bir hükmünün değiştirilmesinin teklif edilmesini düzenleyen kuralları birer şekil kuralı olarak görmekte ve bu nedenle değiştirilmesi yasaklanmış bir kuram için yapılan değişiklik teklifini de şekle aykırı olarak değerlendirmiştir.²⁶ Öte yandan Mahkeme "Cumhuriyet" kavramını nitelikleri itibarıyla çok geniş yorumlamakta ve yapılan değişiklik istemini "Cumhuriyet" ve "Cumhuriyeti'n nitelikleri" kapsamında birçok hukuki kavram açısından inceleyip sonuca varabilmektedir. Yıldızhan

²² Anayasa Mahkemesi'nin 15/4/1975 günlü, E:1973/19, K:1975/87 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1975/K1975-087.htm>, Erişim tarihi: 6/11/2009.

²³ Anayasa Mahkemesi'nin 12/10/1976 günlü E:1976/38, K:1976/46 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1977/K1977-098.htm>, Erişim Tarihi 9/11/2009.

²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 27/1/1977 günlü ve E:1976/43, K:1977/1 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1977/1977-004.HTM>, Erişim Tarihi 9/11/2009.

²⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 27/9/1977 günlü ve E:1977/82, K:1977/117 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1977/K1977-117.htm>, Erişim Tarihi 9/11/2009.)

²⁶ Erdal Onar, a. g. e., s. 145.

Yayla bu durumu, “Anayasa Mahkemesinin bu kararı basit, kendiliğinden ortaya çıkan bir saptama veya bir gözlem ürünü değildir. Zira Yüksek Mahkeme Anayasa’nın 9. maddesindeki “Cumhuriyet” kavramının içeriğini araştırmakta; bu içeriği diğer Anayasa kuralları ile belirlemeye çalışarak neyin “Cumhuriyet”i değiştirmek sayılacağını bulmakta. Ancak bundan sonradır ki “teklif” yasağına dayanarak, incelediği Anayasa değişikliğinin, 9.madde dolaşısıyla “şeklen” sakat olduğu sonucuna varmaktadır. Böylesine bir ‘esasa girip çıkan’ şekil incelemesini, basit bir şekle aykırılık saymak elbette kolay değildir. Anayasa Mahkemesi bu konuda ‘esas incelemesi yapıyorum’ deseydi, başka ne yapabilirdi ki”²⁷ cümleleri ile ifade etmektedir.

II. 1982 Anayasası’na göre Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa değişiklikleri üzerindeki denetim yetkisinin kapsamına ilişkin yukarıda yer verilen tartışmalara son verebilmek için yeni düzenlemelere gitmiştir. Yeni Anayasa’nın 148. maddesinde;

“Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararname ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.

Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def’i yoluyla da ileri sürülemez...” hükmüne yer verilerek şekil denetimi adı altında esasa ilişkin bir denetim yapılması engellenmeye çalışılmıştır.²⁸

²⁷ Yıldızhan Yayla, a. g. m., s. 980.

²⁸ Erdoğan Teziç, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, yayınevi yok, İstanbul 1980, s. 166.

Madde hükmüne göre Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleyebilecek esas denetim yapamayacaktır. Yine 1982 Anayasası ayrıca şekil denetiminin neden ibaret olduğunu da açıkça belirtmiştir. Buna göre şekil denetimi ancak teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olacaktır.

Böylece Anayasa koyucu 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin şekil denetiminin anlamı konusunda yaptığı yorum reddetmiş, şekil denetiminin nelerden ibaret olduğunu belirtmiştir.²⁹

Belirtilen bu şekil kurallarının dışında 1982 Anayasası Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini karara bağlama çoğunluğu bakımından 1961 Anayasası'nda yer almayan farklı bir hüküm getirmiştir. Anayasa'nın 149. maddesinin 1. fıkrasına göre "*Anayasa değişikliklerinde iptale karar verilebilmesi için üçte iki oy çokluğu şarttır*".

Söz konusu Anayasa hükmünün getirilmesinde Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde Anayasa değişikliğine ilişkin verdiği kararların birçoğunda sonuca yediye karşı sekiz oyla vardığı gerçeğinden yola çıkıldığı yadsınamaz. Mahkeme kimi dönemde çok kısa aralıklarla iki dava da farklı kararlar alabilmiştir. Gerçekten Mahkeme 10 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın değiştirilen 38. maddesindeki kamulaştırma da vergi değerinin esas alınacağına ilişkin hükmü ilk önce Cumhuriyetin değişmezliği ilkesine aykırı görmeyerek yediye karşı sekiz oyla reddetmiş; bu karardan altı ay sonra tekrar önüne gelen aynı düzenlemeyi bu kez Cumhuriyetin niteliklerine aykırı görerek yediye karşı sekiz oyla iptal etmiştir.³⁰ Bu nedenle Anayasa koyucunun bu aksaklıklar gidererek Mahkeme'ye özellikle Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda belirli bir istikrar kazandırmak istediği savunulabilir.

Yukarıda da yer verildiği üzere 1982 Anayasası'nın getirdiği yeniliklerden biri de Anayasa Mahkemesi'nin şekil açısından denetiminin hangi hususlarla sınırlı olduğuna ilişkindir. Buna göre mahkeme Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun denetimi sırasında aşağıda yer verilen usul kurallarına uyulup uyulmadığının araştırmasını yapacaktır.

²⁹ Kemal Gözler, *a. g. e.*, s. 1009.

³⁰ Kemal Gözler, *a. g. e.*, s. 1010.

A. Anayasa Değişiklikleri Üzerinde ki Denetim Yolları

1. İptal Davası

Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasında birinci yol, doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'nde Anayasa'da öngörülen kişilerce iptal davası açılmasıdır. İzlenen bu yola "soyut norm denetimi" de denilmektedir.³¹

1982 Anayasası'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunlar ve Anayasa değişiklikleri için şekil bakımından Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davasının, anılan değişikliklerin yayımlandığı tarihten itibaren on gün içinde Cumhurbaşkanı ve TBMM üyelerinin beşte biri çoğunluğunca açılabilceği düzenlenmesine yer verilmektedir.³²

10.11.1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 20.maddesinin son fıkrasında da Anayasa'nın yukarıda yer verilen hükmüne paralel olarak bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu madde de;

"İktidar ve ana muhalefet partilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi grupları Anayasa değişikliklerinin ve kanunların şekil bozuklukları iddiasıyla iptalleri için dava açamazlar" hükmüne yer verilmektedir.

Anayasa'nın 150. maddesinde³³ kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açabilme yetkisi Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partileri meclis grupları ve TBMM üye tam sayısının beşte birlik çoğunluğuna verilmiştir, Yine 151. maddesinde³⁴ de Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı iptali istenen kanun, kanun hükmünde kararname

³¹ Murat Şen, a. g. m., s. 105.

³² Erdal Onar, a. g. e., s. 166-167.

³³ Madde 150: Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partisi meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyeleri aittir

³⁴ Madde 151: Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, kanun hükmünde kararname veya İçtüzüğü'nün Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer.

ve içtüzüğün *Resmi Gazete* de yayımlanmasını izleyen 60. güne kadar devam edeceği hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa ve 2949 sayılı Kanun iptal davası açmaya yetkili olanları sınırlı şekilde saymıştır. Bu sayılanlar dışında; kişilerin, baroların, sendika-dernek veya vakıfların dava açma yetkilerinin olduğu kabul edilemez. Anayasa Mahkemesi'nde yetkisiz kişilerce dava açılması halinde Mahkeme bu talepleri ilk inceleme de esasa girmeden yetki yönünden reddedecektir.³⁵

1982 Anayasası'nda bir kanun hakkında esas açısından Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açabilecek olanlarla, Anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil açısından Anayasaya aykırı olduğu için iptal davası açabilecek olanlar arasında niçin böyle bir ayırım yapıldığını anlamak kolay değildir. Anayasa değişikliklerinin kabulü için yasa organında en az iki yüz yetmiş olumlu oyun gerektiğini dikkate aldığımızda, iktidardaki partisinin desteği olmadan bir Anayasa değişikliğinin gerçekleştirilmesi düşünülemeyeceğine ve bir partinin kendi kabul ettiği Anayasa değişikliği için Anayasa Mahkemesi'ne dava açması da söz konusu olamayacağına göre iktidar partisi meclis grubuna böyle bir yetkinin tanınmamış olmasının uygulamada bir sakınca doğurması çoğunlukla beklenemez. Ancak, aynı şeyi ana muhalefet partisi meclis grubu için söylemek mümkün değildir. Kuşkusuz ki meclis üye tam sayısının beşte birine sahip bir ana muhalefet partisinin kendi üyelerine dava açtırması elbette mümkündür; ancak yüksek üye çoğunluğuna sahip koalisyon hükümetleri ya da gerçekten Meclisin büyük bir çoğunluğunu ele geçirmiş olan iktidarın bulunduğu dönemleri de gözden uzak tutmamak gerekir. Bu nedenle en azından ana muhalefet partisi meclis grubuna da dava açma yetkisi tanımak gerekirdi.³⁶

Buna göre Anayasa değişiklikleri için şekil bakımından iptal davası açabilecek olanlar, Cumhurbaşkanı ve TBMM üyelerinin beşte biridir. Anayasa değişikliklerine ilişkin şekil yönünden iptal davası açabilecekler hakkında bu sınırlama, sadece kanunların ve bir kanun şek-

³⁵ Yavuz Atar, *Anayasa Mahkemesi'nde İptal Davası Açma Yetkisi*, SÜHFD, Konya 1988, C. 1, S. 2, s. 113-114.

³⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 383; Erdal Onar, *a. g. e.*, s. 168; Murat Şen, *a. g. m.*, s. 106.

linde gerçekleşen Anayasa değişikliklerinin denetimi açısından. KHK'lar ve TBMM İçtüzüğü anılan sınırlamaya tabi değildir.³⁷

Burada bir kanun lehine oy kullanmış olan üyelerin veya siyasi partilerin o kanun hakkında iptal davası açıp açamayacakları sorunu ortaya çıkmaktadır. Anayasada aksine bir hüküm olmaması, yetki veren metnin mutlak ifadesi ve amaç dikkate alındığında söz konusu meclis üyelerinin veya siyasi partinin de dava açabileceğini veya davaya katılabileceklerini kabul etmek gerekir.³⁸ Anayasa Mahkemesi de yerleşmiş içtihatlarına göre; Mahkeme'ye iptal davası için başvuranlar arasında ilgili kanunun oylaması sırasında olumlu oy veren milletvekillerinin isimlerinin olup olmadığını araştırmamaktadır.

1982 Anayasası'nın 105. maddesi Cumhurbaşkanının Anayasa ve diğer kanunlarda tek başına yapabileceğinin belirtildiği işleri dışında tüm kararlarının Başbakan ve ilgili bakanın imzası ile alınabileceği hükmüne yer verilmiştir. Ancak Anayasa hangi işlemlerin Cumhurbaşkanı tarafından tek başına yapılabileceğini açıkça belirtmemiştir.

Danışma Meclisi'nde kabul edilen Anayasa tasarısının 113. maddesinde Cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapabileceği açıkça sayılarak belirtilmişti. Bunların dışında kalan bütün işlemleri ise Başbakan ve ilgili bakanın katılımıyla yapılması gerekecekti. Milli Güvenlik Konseyi "*Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı kararların ayrıca sayılmasında zorunluluk görülmemiştir*" gerekçesiyle bu hükmü taslaktan çıkarmıştır.³⁹

Cumhurbaşkanı'nın Anayasa Mahkemesi'nde açabileceği tüm iptal davaları için Başbakan ve ilgili bakanların karşı-imzasına ihtiyacı yoktur. Bu yetki niteliği gereği olarak tek başına kullanabileceği bir yetkidir.⁴⁰ Gerçekten, Anayasa değişikliğinin kabul edilmesinde en önemli rol iktidar partisince yüklenilmektedir. Dolayısıyla iktidar partisince kendisi tarafından hazırlanan ve kabul edilen bir Anayasa değişikliğine karşı tekrardan Başbakan ve ilgili Bakan'ın

³⁷ Murat Şen, a. g. m., s. 106.

³⁸ Yavuz Atar, *Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açma Yetkisi*, s. 124.

³⁹ Yavuz Atar, *Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açma Yetkisi*, s. 115.

⁴⁰ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 369-370; Yılmaz Aliefendioğlu, *Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu*, *Anayasa Yargısı*, Ankara 1984, s. 105.; Erdal Onar, a. g. e., s. 168; Murat Şen, a. g. m., s. 107.

Cumhurbaşkanı'nın imzasına ek imzaları ile Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmasına izin vermeleri düşünülemez. Nitekim 1962 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nce verilen bir kararda da bu durum somutlaştırılmıştır.

Mahkeme kararında söz konusu durumla ilgili olarak:

"...Anayasa; Cumhurbaşkanına yürütme organının başı olması yönünden değil, ... tarafsız bir baş olması yönünden de kimi görevler vermiştir. Bunlardan biri de Anayasanın 149. maddesinde belirtilen iptal davası açma yetkisidir. Bu yetkinin kullanılmasını 98. madde çerçevesi içinde görmek olanaksızdır. Çünkü böyle bir durumda, bu yetki, ancak Başbakan veya ilgili bakanca uygun görülmesi halinde kullanılabilir... Hemen eklemek gerekir ki, Anayasa'nın 149. maddesi iptal davası açacakları göstermiş ve bunlar arasında yürütme organına yer vermemiştir"⁴¹ ifadelerine yer vermiştir.

Bir Anayasa değişikliği hakkında şekil aykırılığı nedeniyle iptal davası açılma süresi Anayasanın 148.maddesi ve 2949 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca değişikliğin *Resmi Gazete*'de yayımlanmasından itibaren 10 gün olarak belirlenmiştir. 2949 sayılı Kanun'da "*Resmi Gazete*'de yayımlanmalarından başlayarak" denildiği için; söz konusu sürenin hesabında, değişikliğin *Resmi Gazete* de yayımlandığı gününde dikkate alınması gerekmektedir. Dava açma süresinin son gününün resmi tatil gününe denk gelmesi durumunda tatili izleyen ilk iş gününden itibaren dava açılabilmesi imkanı da tanınmalıdır.⁴²

İptal davasının süresinin başlangıcı olarak kanunun yayımlandığı tarihin esas alınacağına ilişkin hükümlerde herhangi bir ayırım yapılmadığından Anayasa değişikliğine ilişkin bir kanunun *Resmi Gazete* de yayımlanmasının, onun Cumhurbaşkanı'nca onaylanıp yürürlüğe sokulması amacıyla mı; yoksa halkoyuna sunulması nedeniyle yapılıyor olması durumu değiştirmemektedir. Anayasa'nın 175. maddesi halkoylamasına sunulan Anayasa değişikliklerini de, henüz oylanıp yürürlüğe girmemesine rağmen "*kanun*" olarak adlandırmakta ve bunların *Resmi Gazete* de yayımlanacaklarını öngörmektedir. Bu durumda henüz oylanıp yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen halkoyla-

⁴¹ Anayasa Mahkemesi'nin E:1975/183, K:1976/15 ve 16/3/1976 günlü kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1976/K1976-15.HTM>, erişim Tarihi: 23/11/2009.

⁴² Murat Şen, a. g. m., s. 108.

masına sunulan Anayasa değişikliğine ilişkin kanununun anılan süre içinde dava konusu edilmesi sonucuna götürmektedir.⁴³

Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliğine ilişkin bir kanunla ilgili kararını halkoylamasının yapılmasından önce vermesi ve söz konusu değişikliği iptal etmesi halinde doğal olarak halkoylaması yapılmayacak; reddetmesi halinde ise süreç işlemeye devam edecektir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin halkoylamasının yapıldığı tarihe kadar karar vermemesi ve Anayasa'yı değiştiren kanunun halkoylaması ile de kabul edilmesi halinde sonradan Mahkeme "iptal" kararı verebilecek mi veremeyecek mi tartışması çıkabilir.⁴⁴ Başka bir deyişle; teklif yeter sayısı, ivedilikle görüşülme yasağına uygunluk ve kabul yeter sayısı bakımından sakat olan bir Anayasa değişiklik teklifinin sunulduğu halkoylamasında kabul edilse dahi Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebilecek midir?

Bu hususta genel olarak kabul gören görüş; bir Anayasa değişikliği için başvurulmuş halkoylamasında milyonlarca seçmenin katılımıyla sağlanmış olan " kabul " kararının varsa önceki sakatlıkları gidermesini bekleneyeceğidir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin halkoylamasında kabul edilmiş olan bir Anayasa değişikliği üzerinde artık denetimde bulunmaması gerekir.⁴⁵

⁴³ Erdal Onar, *a. g. e.*, s. 172; Kemal Gözler, halkoylamasına sunulan anayasa değişikliği tekliflerinin Anayasa Mahkemesi'nde Cumhurbaşkanınca dava konusu edilemeyeceğini savunmaktadır. Gözler'e göre; böyle bir şeyin mümkün olması, söz konusu anayasa değişikliği kanunu üzerinde 'a priori anayasaya uygunluk' denetimi yapılmış olması anlamına gelir. Zira halkoylamasına sunulması amacıyla Resmi Gazete de yapılan yayım, bu kanunun onaylandığı ve Anayasanın bir parçası olduğu anlamına gelmez. Böyle bir kanun henüz hukuk alanında varlık kazanmamış ve yürürlüğe giremez. Söz konusu kanun henüz yasalaşma süreci içindedir. Böyle bir kanun ancak halkoylaması onaylandıktan sonra ve halkoylamasını takiben Resmi Gazete de yayımlandıktan sonra hukuk alanında varlık kazanacak ve yürürlüğe girecektir; Kemal Gözler, "Halkoylamasına Sunulmak Üzere Resmi Gazete'de Yayımlanan Bir Anayasa Değişikliği Kanununa Karşı Anayasa Mahkemesinde İptal Davası Açılabilir mi", www.anayasa.gen.tr/anayasa-degisikligi-iptal-davasi.htm. Erişim tarihi: 23.11.2009.

⁴⁴ Erdal Onar, *a. g. e.*, s. 173.

⁴⁵ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 139; Erdal Onar, *a. g. e.*, s. 174;

2. Defi Yolu

Bir Mahkemede görülmekte olan bir dava sırasında, taraflardan birinin kendisine uygulanacak olan kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünün Anayasaya aykırılığını ileri sürmesi halinde işlemeye başlayan denetim yoluna “*itiraz yolu*” ya da başka bir ifadeyle “*defi*” yolu denilmektedir. Bu denetim yalnız tarafların aykırılık itirazlarını ile değil, dava mahkemesinin ilgili kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünü resen Anayasa’ya aykırı görmesi ile de başlar.⁴⁶

1982 Anayasası 1961 Anayasası’ndan farklı olarak Anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil bakımından Anayasa’ya aykırılığını, görülmekte olan bir dava nedeniyle ve ilgili mahkemece Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilmesine izin vermemiştir.

Gerçekten Anayasa’nın 148. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde, “*Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; defi yoluyla da ileri sürülemez*” denilmektedir.

Yine 2949 sayılı Kanun’un 21. maddesinin 2. fıkrasında, “*Şekil bozukluğuna dayanan Anayasa’ya aykırılık iddiası mahkemelerde ileri sürülemez*” hükmüne yer verilmektedir.

Şekil bozukluğunun defi yoluyla ileri sürülememesi, bu tür aykırılıkların süratle giderilmesi amacıyla, ancak on gün içinde iptal davasına konu olabileceği kabul edildiğine göre, süresiz olan itiraz yolu ile incelenip tartışılmaması tutarlı bir düzenleme olarak kabul edilebilir.⁴⁷

1961 Anayasası döneminde, Anayasa da açık bir kural olmamakla beraber, Anayasa değişikliklerinin de, şekil açısından Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilebilmesi mümkün görülmüştür.⁴⁸

⁴⁶ Hasan Tunç, “1982 Anayasasının Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yoluna Getirdiği Yenilikler”, *SÜHFD*, Konya 1988, C. 1, S2, s. 108.

⁴⁷ Lütfi Duran, Türkiye de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, *Anayasa Yargısı*, Ankara 1984, s. 72.

⁴⁸ Erdal Onar, *a. g. e.*, s. 176.

B. Anayasa'nın 148. Maddesinde Sayılan Şekil Esasları

1. Teklif Çoğunluğu

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişiklikleri üzerinde şekil denetimi yaparken bakacağı hususlardan biri değişiklik teklifinin Meclis üye tam sayısının üçte biri tarafından yapılarak yapılmadığıdır.

Anayasa'nın 175. maddesinin 1. fıkrasına göre "Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte biri tarafından yazılıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler genel kurulda iki defa görüşülür...". Bu durumda teklif çoğunluğu değişiklik teklifinin TBMM üyelerinin üçte biri tarafından yapılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu bir Anayasa değişikliği teklifinde bulunamaz.⁴⁹ Söz konusu teklif yeter sayısı Anayasa değişiklik sürecini başlatmak içindir. Görüşmelere başladıktan sonra verilecek değişiklik önermeleri ile ilgili olarak aynı yeter sayı aranmaz.⁵⁰

Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan "teklif çoğunluğu ve oylama çoğunluğu" ibaresindeki "ve" sözcüğü burada virgül anlamındadır. Dolayısıyla Anayasa değişiklinin denetimi yapılırken mahkeme iki ayrı çoğunluğa ulaşıp ulaşılmadığını inceleyecektir. Anayasa'ya göre TBMM'de Anayasa değişiklik teklifleri için çoğunluk değil tam sayının en az üçte biri tarafından imzalanması koşulu aranmaktadır. Bu kapsamda da teklif için aranan üçte birlik sayı tam sayı gözetildiğinde çoğunluk kavramı ile değil de ancak yeter sayı kavramı ile ifade edilmesi⁵¹ daha doğru olabilirdi.

2. Oylama Çoğunluğu

Anayasa Mahkemesi'nce uyulup uyumadığı konusunda denetime tabi tutulacak olan başka bir usul kuralı da; Anayasa değişikliğinin, Anayasa'nın 175. maddesi uyarınca TBMM üye tam sayısının en az beşte üç çoğunluğu ile kabul edilip edilmediğidir. Ancak daha önceki

⁴⁹ İsmail Köküsarı, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 70.

⁵⁰ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, 4.Bası, Konya 2007, s. 393.

⁵¹ Gürsel Özkan, "Anayasa Değişikliklerinin Denetimi", 21. *Yüzyıl Dergisi*, Yıl 2, Sayı 7, s. 124.

bölmelerde de ayrıntılı olarak üzerinde durulduğu üzere bu yeter sayı Anayasa değişikliğinin her aşamasında aranmaktadır.

Gerçekten Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların denetiminin sadece "son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı" hususuyla sınırlı olduğu hükmüne yer verilmişken; Anayasa değişikliklerinde "son oylamadan" değil "oylama çoğunluğundan" söz edildiği için uygulamada ve Anayasa Mahkemesi'nce verilen kararlarda da Anayasa değişikliği teklifinin görüşülmesi aşamasında ki tüm oylamalar da söz konusu en az beşte üç çoğunluğu aranmaktadır.⁵²

3. Genel Kurul'da İki Kere Görüşülmesi

1982 Anayasası'nın 175.maddesinin 17.5.1987 ve 3361 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki halinde "Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez" hükmüne yer verilirken söz konusu değişiklikten sonra madde "Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurul'da iki defa görüşülür" şekline dönüştürülmüştür. Dolayısıyla 1987 değişikliğinden önce uyulması gereken şekil kuralı "ivedilikle görüşülemez" yasağı iken sonrasında Meclis Genel Kurulu'nda iki defa görüşülme şartına dönüştürülmüştür.

Öte yandan Anayasa'nın 148. maddesinde değişikliklerin denetimi esnasında ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığının denetleneceğinin belirtilmesi sadece maddeler arasındaki uyumsuzluktur. Genel Kurul'da ivedilikle görüşülemeyeceği ile iki defa görüşüleceği arasında anlam olarak fark bulunmamaktadır.⁵³

1982 Anayasası sonrasında Anayasa Mahkemesi'nin önüne Anayasa değişikliğine ilişkin iptal davası ilk kez 17 Mayıs 1987 tarih ve 3361 sayılı Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun 4. maddesine yapılan itiraz üzerine gelmiştir. İptali istenen madde de;

"Madde 4;Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Geçici 4. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵² Erdal Onar, a. g. e., s. 152; Murat Şen, a. g. m., s. 97.

⁵³ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 403.

Bu hükmün onaylanarak yürürlüğe girmesi için halkoyuna sunulması, Anayasanın 175. maddesinin bu Kanunla değişik hükümlerine göre yapılır” hükmü yer almaktaydı.

Mahkeme söz konusu maddenin yargısal denetimi yaptığı dava sonrasın-da verdiği kararında;

“...Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.” gerekçesine yer vermek suretiyle iptali istenen Anayasa değişikliğine ilişkin olarak esas denetimi yapma konusunda kendisini yetkili görmemiştir.⁵⁴

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi'nin E: 1987/9 K: 1987/15 K.T: 18/6/1987 günlü kararı <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1987/K1987-15.htm> (E.T:11/11/2009) Karara katılmayan Üye Yekta Güngör Özden karşı oy gerekçesinde özetle:Anayasa'yı değiştiren yasaların öz yönünden uygunluk denetiminin yapılamaması hukuksal bakımdan üzerinde durulabilecek birçok sorununun ele alınmasına engeldir. Demokrasiyle, Anayasa ile bağdaşmayan yanların ayıklanması, kuralların aykırılıklardan arındırılması yolu kapalıdır. Anayasa tarihi içinde değerlendirilecek bu husus yargısal denetimin geleceğiyle ilgili olup konumuz dışındadır. Anayasa Mahkemesi öz ve yerindelik denetimleri yapamayacağına göre, halkoyuna başvurmanın gerekip gerekmediği, bunun hukuksal ve ulusal yönden yararı olup olmadığı, adalet duygusunu zedeleyip zedelediği, hukuk devleti niteliklerine ve demokratik ilkelere uygun düşüp düşmediği... üzerinde durulmayacaktır. Yasama organının yasayla kısıtlama yoluna gidemeyeceği, kısıtlamanın nedenlerini, koşullarını belirleyip karar alıp uygulamayı yetkili organlara bırakacağı, siyasal haklar için halkoymasına başvurulamayacağı bilinirken yargı organı yerine halkı geçirmenin demokratik niteliği, karmaşık öz-biçim ilişkisi nedeniyle tartışılabilir. “Halk kısıtlama kararı verebilir mi, versin mi?” soruları belki konuyu özde ilgilendirir ama öz-biçim, kimi zaman öylesine birbirine bağlı ve iç içedir ki ayırmak güç, hatta olanaksızdır. Halkoymasının yöntem niteliği ise çok açıktır. Siyasal haklar için bu yöntemi kullanmanın hukukla bağdaşmadığını söylemek özde eleştiriye girişmek değildir. Seçilip seçilmemeyi, kişiye doğrudan bağlı, vazgeçilmez, devredilmez siyasal hakların kullanılmasını halkoyuna sunmak “demokratik” görünüm altında yanlış ve yararsız bir yöntemdir.

Yine Mahkeme henüz verdiği bir kararında da aynı görüşünü sürdürmüştür. Mahkeme;

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte birinden fazla sayıda, 277 Milletekilinin yazılı teklifi üzerine başlatılan Anayasa değişikliği sürecinde, 10.10.2007 tarihli 6. Birleşimde teklifin maddelerinin birinci görüşmesi tamamlanmıştır. 16.10.2007 tarihli 7. Birleşimde ise ikinci görüşmesi yapılmış, teklifin maddeleri ve tümü Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğundan fazla oyla kabul edilmiştir. Bu nedenle dava konusu Yasa’nın Anayasanın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülemeyeceği koşullarına aykırı bir yönü görülmemiştir.”⁵⁵ ifadelerine yer vererek Anayasa değişikliklerini sadece Anayasa’da sayılan şekil kuralları açısından denetleyebileceği içtihadına devam etmiştir.

C. Değiştirilmesi Yasaklanmış Maddeler Kapsamında Şekil Denetimi

Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin 1924 ve sonrası anayasalarında olduğu gibi 1982 Anayasası’nda da değiştiremeyecek maddelere yer verilmiştir. Üstelik 1982 Anayasası değiştirilemeyecek maddelerin sayısı ve içeriğini de artırarak 1, 2, ve 3. maddelerin değiştirilemeyeceğine 4. madde aracılığıyla yer vermiştir. Türkiye Cumhuriyeti’nin ilk iki anayasasında değiştirilemezlik ilkesi, sadece devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hükmü ile sınırlı tutulmuştur.⁵⁶ 1982 Anayasası’nın ha-

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi’nin E:2007/99, K:2007/86 K.T 27/11/2007 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-86.htm> (E.T 11/11/2009)

⁵⁶ -1992 yılında TÜSiAD tarafından oluşturulan çalışma grubu tarafından hazırlanan Anayasa Taslağında Anayasa’nın değiştirilemez hükümleri ile ilgili olarak şu görüşlere yer verilmektedir: Türkiye Devleti’nin Cumhuriyet” olduğu yolundaki hükmün değiştirilmezliği, anayasa geleneğimizin temel unsurudur. Bunun dışındaki anayasa hükümlerinin değiştirilmezlik kapsamına alınması ise 12 Eylül rejimi koşullarında yapılan 1982 Anayasası ile olmuştur. Bu hükümler arasında, değiştirilmesi gerçekten yasaklanacak olanlar bulunabileceği gibi, bu nitelikte sayılamayacak kurlalar da olabilir. Bu konuda asli kurucu organ yetkisini kullanan bir meclisin kendini bağımsız hissetmesi doğal ve gereklidir. Bu açıdan önerilebilecek ideal formül, yeni bir anayasa girişiminin başında, TBMM’nin bir anayasa değişikliği yaparak, değişmezlik hükmünü daha önceki Cumhuriyet anayasalarında olduğu gibi “Cumhuriyet” ilkesi ile sınırlı tutulması olacaktır... Sonuç olarak çalışma grubumuz TBMM’nin yeni bir anayasa taslağını oluşturma aşamasında kendisi-

zırlanışında da Danışma Meclisi aynı yolu izlemiş, ancak Milli Güvenlik Konseyi, hiçbir gerekçe belirtmeksizin ikinci ve üçüncü maddeleri de değiştirilmezlik kapsamına almıştır.⁵⁷ Öte yandan yukarıda da ayrıntılarına yer verildiği üzere aynı Anayasa; Anayasa Mahkemesi'nce denetimi yapılacak olan Anayasa değişikliklerinin ancak teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülememe yasağı hususlarıyla sınırlandırmıştır.

Anayasalara bir taraftan değiştirilemez hükümler koyup öte yandan Anayasa değişikliklerinin bu hükümleri uygunluğunun denetlenmesini Anayasa mahkemelerinin yetkisi dışında bırakmak, ilk bakışta çelişki gibi görünebilir. Ancak Anayasa mahkemelerine, böyle bir yetki vermekte belli bir dönemin ve belli sosyal ihtiyaçların ürünü olan bir Anayasayı ebedileştirmek, demokratik ve barışçı Anayasal değişiminin önünü tıkmak anlamına gelir. Hegel'in dediği gibi Anayasalar kendi zamanlarının çocuklarıdır.⁵⁸

Bu durum ortaya bir tartışmayı çıkartmıştır. Şüphesiz bu tartışma yeni değildir. 1961 Anayasası döneminde özellikle 1971 değişiklikleri sonrasındaki Anayasa Mahkemesi kararlarında da sıklıkla görülen “değiştirilmesi teklif edilemeyecek” başka bir deyişle “teklif yasağı” bulunan maddelerin değiştirilmesi halinde ne olacaktır? Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerinin şekil açısından denetimi konusunda inceleyebileceği hususların sınırlandırıldığı yeni Anayasa sonrasında daha önceki içtihadını sürdürebilecek midir?

Değiştirilmesi yasaklanmış maddelerin değiştirilmesi halinde ne olacağı konusunda doktrinde genel olarak iki görüş benimsenmektedir.⁵⁹

A. Birinci görüş; değiştirilmesinin teklifi ve kabul edilmesi yasaklanmış maddelerin diğer maddelere nazaran daha üst hukuki norm oldukları, dolayısı ile yapılacak değişikliklerin bu maddelere uygun ol-

ni “Cumhuriyet hükümet şeklinin” değişmezliği ilkesi dışında özgür ve bağımsız hissetmesi gereğine inanmaktadır; Ergun Özbudun, “Anayasa'nın Değiştirilemez Hükümlerinin Bağlayıcılığı”-1, *Zaman Gazetesi*, 15/ Aralık/2008, Yorum Bölümü.

⁵⁷ Ergun Özbudun, “Anayasa'nın Değiştirilemez Hükümlerinin Bağlayıcılığı”, Yorum Bölümü.

⁵⁸ Ergun Özbudun, “Anayasa'nın Değiştirilemez Hükümlerinin Bağlayıcılığı”, *Zaman Gazetesi*, 16/ Aralık/2008, Yorum Bölümü.

⁵⁹ Erdal Onar, *a. g. e.*, s. 158

duklarının denetlenebileceği, aykırı olması halinde de değişikliğin ya yok hükmünde olacağı ya da iptal edilebileceği yönündedir.

Geleneksel öğretinin özel hukuk bölümünde bir hukuki işlemin sakatlığının yaptırımları, genel olarak yokluk, mutlak butlan ve nispi butlan olarak üçe ayrılır. Hukuki işlemin yasal unsurlarından biri yoksa o işlemin yokluğundan söz edilir. Yoklukla sakat olan işlem, hukuken hiç doğmamış, hukuk aleminde hiç ortaya çıkmamış, ölü doğmuştur.⁶⁰ Kısaca ne olduğuna yer verdiğimiz “yokluk” yaptırımının değiştirilmesi yasaklanmış maddelerin değiştirilmesi halinde Anayasa yargısında da uygulanabileceği görüşünü savunan yazarlardan Yıldızhan Yayla’ya göre “...Anayasa Mahkemesi’nin 1961 Anayasası dönemindeki, teklif edilemez ve kabul edilemez değişiklikleri şekil yönünden iptal eden içtihadı bugün de geçerli olabilecektir. Esasen, oybirliğiyle bile teklif ve kabul edilemeyecek bir değişiklik metninin şekil yönünden eyleviyetle sakat hatta ölü doğmuş sayılması zorunludur. Üstelik Anayasa’nın öngördüğü şartlar, Anayasa’nın değiştirilmesi içindir. Değiştirmenin olamayacağı bir konuda bunun şartları daha söz konusu edilemez. Başka bir ifadeyle, teklif ve kabul edilemez değişiklikler, böyle olduğu Anayasa Mahkemesi’nce belirlendiği anda “Varlık Şartını” taşımadıklarından, baştan beri geçersiz kabul edilecekler ve artık bu metinler için öte ki şartların varlığı ya da yokluğu herhangi bir anlam ifade etmeyecektir.”⁶¹

Anayasa Mahkemesi henüz çok yeni bir kararında Anayasanın değiştirilemez hükümlerine aykırı olduğu sonucuna varılan Anayasa değişikliklerinin “Yokluk”la malül olduğu iddiasına itibar etmeyip iptaline karar vermiştir. Mahkeme “Yokluk” yaptırımını kabul etmekle beraber bu yaptırımın uygulanacağı zamanı tayin ederken şu ifadelere yer vermiştir;

“...Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece “var”lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler.

⁶⁰ İbrahim Şahbaz, “Anayasa Yargısında Yokluk”, Ankara Barosu Dergisi Yıl 56, Ankara 2001, Sayı 4, s. 23.

⁶¹ Yıldızhan Yayla, “1982 Anayasasına Göre Devletin Özünü”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl 4, Sayı 1-3, 1983, s. 145 ve Yayla 1979, a. g. e., s. 986-990.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne ait olup, Meclis bu yetkisini üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabilmektedir. T B M M üyelerinin üçte birinden fazla sayıda Milletvekilinin imzasıyla teklif edilen ve 9.2.2008 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmekle yasalaşan 5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisi kapsamındadır. Dava konusu Yasa Cumhurbaşkanı'nca 23.2.2008 günlü Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın yokluğunun saptanması isteminin reddi gerekir⁶²."

Anayasa Mahkemesi yukarıda yer verilen kararında da belirtildiği üzere yokluğu talep edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun hakkında ancak parlamentonun iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanı'nın yayımlama iradesinin olmaması veya Resmi Gazete'de yayımlanmaması gibi kurucu unsurların olmaması halinde yokluk olabileceğini belirtmektedir.⁶³

Mümtaz Soysal ise "... temel ilkeleri değiştiren Anayasa değişiklikleri de "değiştirilemezlik" açısından biçim sakatlığıyla iptal edilebilecektir. Gerçi 148. madde ... Anayasa değişikliklerinde teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır diyor ama 'değiştirilmezlik' koşulu bütün bunları aşan çok daha temel, her durumda mutlaka göz önünde tutulması gereken bir koşul. Yalnız 'Cumhuriyetten' söz edilen bir durumda bile 'Cumhuriyet demek, nitelikleri Anayasa-da belirtilen Cumhuriyet demektir' diye biçim yönünden iptal yolu zorlandığına göre, bu nitelikleri doğrudan doğruya değiştirilmezlik kapsamına alan bir Anayasa düzenlemesinde bu yol haydi haydi zorlanabilir."⁶⁴ diyerek her ne kadar Anayasanın değiştirilmez hükümlerine aykırı değişikliklerin Anayasa Mahkemesi'nce ortadan kaldırılacağını savunsa da bunun yaptırımını olarak "yokluk" yaptırımını değil "iptal" yaptırımını uygun görmektedir.

⁶² Anayasa Mahkemesi'nin 5.6.2008 gün ve E:2008/16 K: 2008/116 sayılı kararı <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K-2008-116.htm> (Erişim Tarihi 16/11/2009)

⁶³ İsmail Köküsarı, *a. g. e.*, s. 177.

⁶⁴ Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul 1990, s. 397. Aynı yönde görüş için bkz Tanör, Yüzbaşıoğlu, *a. g. e.*, s. 504.

Coşkun San'a göre de, Anayasa normları arasında bir hiyerarşi mevcuttur ve bu nedenle bazı temel ilkeler diğerlerinden daha üstün ve önemlidir. Bu nedenle Anayasa içindeki üstün hükümlere aykırı olan bir Anayasa değişikliği yasama organı tarafından veya yargısal denetim sonucunda ortadan kaldırılmalıdır.⁶⁵

b. İkinci görüş ise Anayasa Mahkemesi'nin bu kurallara yönelik değişiklikler üzerinde 148.madde de öngörülen şekli denetim dışında ayrı bir denetim yapamayacağı şeklindedir. İlk görüşe göre daha fazla savunucusu bulunan bu görüşe sahip yazarlardan Erdal Onar'a göre, *"Anayasa Mahkemesi'nin ... böyle bir denetim yetkisi kabul edilirse. Bunun sadece doğrudan değiştirilmesi yasaklanmış maddeler üzerinde yapılan değişikliklerle sınırlı tutulmasının olmayacağı açıktır. Gerçekten böyle bir durumda Anayasanın başka maddelerinde yapılan ve değiştirilmesi yasaklanmış maddeleri dolaylı şekilde etkileyecek olan değişikliklerinde denetlenebileceğini ve gerekiyorsa yokluğuna karar verilebileceğini kabul etmek kaçınılmaz olacaktır... Benzer sorun, doğrudan değiştirilmesi yasaklanmış maddeler için de düşünülebilir. ... Anayasa da bazı maddelerin değiştirilmesinin yasaklanmış olmasından, o maddelere hiçbir şekilde dokunulamayacağını değil, onların içeriklerinin olumsuz bir yönde değişikliklerin yapılamayacağını anlamamız gerekmektedir."*⁶⁶

Kemal Gözler'e göre, Anayasa'daki usule uyularak gerçekleştirilen Anayasa değişikliği Anayasa normu haline gelmiştir. Bu Anayasa normu ile diğerleri arasında hiyerarşi olamaz. Bu nedenle bir Anayasa değişikliğinin diğer Anayasa normlarına esas bakımdan uygun olma zorunluluğu yoktur. Öte yandan bir Anayasa normunun esas bakımdan Anayasa'ya uygunluğu konusunda Anayasa da hüküm olmaması nedeniyle bu mümkün değildir.⁶⁷

Yine Mehmet Turhan'a göre de Anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşi mümkün değildir. Çünkü bir hakkı belirten Anayasa hükmü ile onu sınırlayan hüküm aynı değerdedir.⁶⁸

⁶⁵ Coşkun San, *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Ankara 1974, s. 74.

⁶⁶ Erdal Onar, *a. g. e.*, s. 160-162.

⁶⁷ Kemal Gözler, *a. g. e.*, s. 616-617.

⁶⁸ Mehmet Turhan, *"Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri"*, AÜHFD, Ankara 1976, Sayı 1-4, Cilt 33, s. 87.; Aynı yönde görüşler için bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 137; Yılmaz Aliefendioğlu, *"Anayasal Normlar Hiyerarşisinin*

Anayasa Mahkemesi genel olarak 1982 Anayasası'nın yürürlüğü girmesinden sonraki Anayasa değişikliklerinin denetimi esnasında ancak şekil açısından denetim yapmış (Anayasa'da sıralanmış olan şekil kurallarıyla sınırlı) işin esasına ilişkin iddiaları ise yetkisiz olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak çok yeni bir kararında 1971 dönemi sonrası da benimsediği içtihadı dönmüş ve Anayasa'nın değiştirilemez hükümleri açısından yeni bir şekil kuralı koymuştur.

Bir İngiliz yargıcın "kanunların ne anlama geldiğini ben söyledikçe, onların kimin tarafından yapıldığı sözleri beni ilgilendirmez" şeklindeki ifadesi yukarıda yer verilen tartışmaları güzel bir üslupla dile getirmektedir. Anayasa'nın mahkemelerce yorumlanması anlamına gelen 'yargı yorumu' konusunda ABD uygulamaları açısından da Yüksek Mahkeme yargıçlarından Mr. Frankfurter "Yüksek mahkeme demek, Anayasa demektir" derken aynı konuya temas etmektedir.⁶⁹

Mahkeme, "9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemli açılan" söz konusu kararında;

"...Anayasa'nın 4. maddesinde "Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılmayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir.

Temel Hakları Koruma İşlevi", VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, Anayasal Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, C. 2, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 17, s. 30.; yazarın farklı bir görüşü için bkz, Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 'Yokluk' Ya da 'Yok İşlem'*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2009, Sayı 81, s. 224.

⁶⁹ Hasan Tunç, "Anayasa Mahkemesinin Siyasi Yapısı", SÜHFD, Konya 1988, C. 1, S. 1, s. 228.

...Anayasa'nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü Anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.

Anayasanın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "teklif ... şartına uyulup uyulmadığı" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar ışığında, "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir.

...Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, Anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir Anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı Anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

...Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif

*koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.*⁷⁰” ifadelerine yer vermiştir. Mahkeme bu kararında Anayasa’nın 4. maddesinin farklı bir şekil kuralı getirdiğini bu kapsamda yapılacak Anayasa değişikliğinin ilk üç madde ve dördüncü maddenin değiştirilmesi anlamına gelip gelmediğinin inceleme konusunda yetkili olduğu sonucuna varmıştır. Buna göre Mahkeme artık tüm Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun denetimin yaparken bu değişikliklerin Anayasa’nın ilk dört maddesinin değiştirilmesi anlamını taşıyıp taşımadığına da araştırarak ve değiştirdiği sonucuna varırsa teklif yasağına uyulmadığı gerekçesiyle iptaline karar verebilecektir.

SONUÇ

1961 Anayasası ile kurulmasına karar verilen Anayasa Mahkemesi bu tarihten sonra özellikle Anayasa değişiklikleri üzerinde verdiği kararlarla tartışma konusu olmuştur. Siyasal iktidar her fırsatta mahkemenin bu denetim yetkisini olabildiğince kısıtlamaya çalışmıştır. Ancak mahkeme, yukarıda da yer verilen, yorum şekilleri ile birçok konuda eski içtihatlarını sürdürmeye devam etmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa değişiklikleri üzerinde ki denetim yetkisi sınırlarının en çok daraltıldığı Anayasa, 1982 Anayasası olmuştur. Gerçekten 1982 Anayasası Anayasa Mahkemesi’ne “*sadece şekil*” denetimi yapabilme yetkisi vermekle kalmamış şekil denetimi yaparken hangi hususları inceleyebileceğini de hükme bağlamıştır. Kurucu iktidar bu sayede, yukarıda da bahsi geçtiği üzere kendi üzerindeki yargısal denetimin sınırlarının mümkün olduğunca dar tutulmasını istemiştir. Ancak Mahkeme 2007 yılında verdiği yeni kararı ile 1961 Anayasası döneminde ki içtihatlarını hatırlatmıştır. Bu bağlamda Mahkeme’ye göre, Anayasa değişikliklerinin denetimi yapılırken sadece “*teklif ve kabul çoğunluğu*” ile “*ivedilikle görüşülememe yasağı*” kapsamında kalınmayacak bunun dışında Anayasa’nın 4. maddesinde belirtilen “*teklif edebilme yasağı*” açısından da değişikliği değerlendirebilecektir. Söz konusu karar 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi bu yeni dönemde de çok fazla tartışma konusu olmuştur ve ol-

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 5.6.2008 gün ve E: 2008/16 K: 2008/116 sayılı kararı http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K20_08/K-2008-116.htm (Erişim Tarihi 16/11/2009)

maya da devam etmektedir. Ancak Anayasa'yı yorumlama tekeli yine aynı Anayasa hükümleri uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne verilmesi nedeniyle yukarıda da ayrıntıları tartışılan yorum tarzının herkes tarafından eleştirebilme ya da destekleme hakkının bulunduğu kuşkusuz olmasının yanı sıra uyma zorunluluğunun bulunduğu da çekişmesizdir.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerinin "esas" açısından Anayasaya uygunluğunu denetleme kapsamında verdiği son kararında ki içtihadı, 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi her Anayasa değişikliğine ilişkin kanun'un şekil açısından denetiminin yapıldığı zaman başvurulacak bir içtihat olarak kendini göstermeyecektir. Çünkü Mahkeme söz konusu kararı vermeden çok kısa bir zaman önce yine bir Anayasa değişikliğine ilişkin kanun'un denetimi sırasında verdiği kararında⁷¹ için esasına girmeden sadece Anayasa'da öngörülen şekil denetimini yapmakla yetinmiştir. Ancak buradan anlaşılması gereken anılan kararın Anayasa Mahkemesi'nin olaya özgü olarak verdiği karar olması değildir. Mahkeme, yukarıda yer verilen eleştirilerde de belirtildiği üzere, bundan sonra önüne gelecek her Anayasa değişikliğine ilişkin kanunu Anayasa'nın ilk 3 maddesinin değiştirilmesi kapsamında görüp "teklif edilemezlik" şekil kuralı kapsamında değişikliğin iptaline yönelemeyecektir. Mahkeme, Anayasa'nın 4. maddesi çerçevesinde "teklif edilemezlik" kuralına aykırılık oluşturup oluşturmadığını tartışmak için Anayasa'nın ilk üç maddesini doğrudan ya da dolaylı şekilde ortadan kaldırmak veya değiştirmek için açık bir yasama faaliyetinin olması gerektiğini araştıracaktır. Bu bağlamda Mahkeme'nin Anayasa değişiklikleri için son verdiği karardaki yorumu yapması için sıradan bir değişiklik değil Anayasa'nın ilk üç maddesine yönelik bir değişiklik olması gerekmektedir. Dolayısıyla anılan karara karşı yöneltilen söz konusu eleştirinin bugün dayanağı bulunmamaktadır. Belirtilen eleştiri ancak 1961 Anayasası döneminde ki gibi Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen tüm Anayasa değişikliğine ilişkin kanunların denetimi esnasında "değiştirilmezlik" ve "teklif edilmezlik" şekil kurallarına başvurulması açısından doğru olarak değerlendirilebilmektedir.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin E:2007/99, K:2007/86 K.T 27/11/2007 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-86.htm> (E.T 11/11/2009)

BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇU

Sacit YILMAZ*

GİRİŞ

Son yıllarda, dünya çapında oldukça popüler olan, yeni bir hukuki düzenleme konusu bilişimdir. Bilişim teknolojisinin eğitimden ticarete, ulaşımdan iletişime, kamu hizmetlerinden özel sektöre kadar hemen her alanda köklü değişiklikler yaparak, hayatı ciddi anlamda etkiler hale gelmesi, bilişim teknolojisinin kanunları ihlal etme fırsatı veren ve ortaya yeni suç fiilleri çıkartan bir etkiye sahip olmasını da beraberinde getirmiştir.¹ Bu sebeple, özellikle bu teknolojinin kaynağını oluşturan ülkeler başta olmak üzere, pek çok devlet bilişim alanında yasal düzenlemelere gitmiş, mevzuatlarını teknolojinin gerektirdiği biçimde değiştirme çabasına girmişlerdir.²

Bilişim alanındaki suçların düzenlenmesi bakımından mukayeseli hukuka bakıldığında iki temel sistemin uygulandığı görülmektedir: Kanun koyucular bu alandaki suçları karşılamak için mevzuatlarında ya ayrı özel bir kanun yapmakta, ya da mevcut ceza kanunları içinde düzenleme gerçekleştirmektedirler.³ Yeni Türk Ceza Kanunu'nda ise,

* Dr., Yargıtay Cumhuriyet Savcısı.

¹ Akbulut, Berrin Bozdoğan, "Bilişim Suçları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:8,S. 1-2,Y:2000, s. 547, Kardeş, Ümit, "Bilişim Dünyası ve Hukuk", *Karizma Dergisi*, S. 13,Y:2003,s. 7, Ersoy, Yüksel, "Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi*, C:49,S. 3-4,Y: Haziran 1994, s. 152, Değirmenci Olgun, "Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi", *Legal Hukuk Dergisi*, S. 11, Kasım 2003, s. 2750.

² Akıncı, Hatice/Alıç, A.Emre/Er, Cüneyd "Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları", *İnternet ve Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., Ocak 2004, İstanbul, s. 158.

³ Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Ki-

bu alandaki suçlar hem “Bilişim Suçları” adı altında bir bölümde düzenlenmiş, hem de hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlar içerisinde düzenlenmiştir.

Mukayeseli hukuktaki gelişmelere paralel olarak, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları bölümünde yer alan önemli ve olumlu düzenlemelerden birisi 245. madde ile “banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması”nın suç tipi olarak kabul edilmesidir.

5237 sayılı TCK’nın 245. maddesi, 765 sayılı TCK’nın 525/b.2 maddesindeki “bilgi sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar sağlamak suçu” içerisinde değerlendirilen “banka veya kredi kartlarının yetkisiz kullanımı eylemi” ile örtüşmektedir.⁴ Ancak bilindiği üzere, 765 sayılı TCK 525/b.2’deki “Bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar elde edilmesi suçu”nun banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suretiyle hukuka aykırı yarar elde edilmesi suçunu kapsayıp kapsamadığı konu-

tabevi, İstanbul,1994, s. 505; Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, “Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 2,S. 2,Y: 2005, s. 396.

⁴ Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, Seçkin Yay, Ankara 2004, s. 251

⁵ Bir görüşe göre, bankamatik kartlarının uygulaması bilgisayar temelli olduğu için, bu faaliyetlerin bilişim alanı içinde geliştiği ve dolayısıyla bilişim faaliyeti olduğu söylenebilecektir. Bu görüşe göre, bilgisayar sistemi işlemez hale geldiğinde bankamatik hizmetleri de verilemeyecektir. (Atamer, M. Yeşim; “Kredi kartının Üçüncü Kişi Tarafından Hukuka Aykırı Şekilde Kullanılması Halinde Doğan Zararları Kim Taşımaktadır?”, “Bilgi Toplumunda Hukuk”, *Ünal Tekinalp’e Armağan*, Cilt 1, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 993 vd). Karşı görüş ise, hukuka aykırı olarak, gerçek veya sahte banka kartı kullanılarak bankamatiklerden yarar sağlanması fiillerinin bilişim sistemi aracılığıyla dolandırıcılık suçu oluşturduğunu savunmaktadır. (Ekinci, Mustafa, *Ceza Hukuku Uygulamasında Banka ve Kredi Kartları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2003, s. 24; aynı yönde bkz. Değirmenci, Olgun; “Ceza Hukuku Açısından Kredi ve Banka Kartları”, *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı 3, Mart 2003, İstanbul, s. 605-606) Başka bir görüş ise, banka veya kredi kartının failin eline nasıl geçtiğine bakılması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, kart veya şifre, fail tarafından hile ve desise kullanılarak ele geçirilmiş ve bunun sonucunda çıkar elde edilmiş dolandırıcılık suçu oluşur. Ancak herhangi bir hile ve desise olmadan kart veya şifre herhangi bir şekilde ele geçirilerek kullanılmışsa ve bunun sonucunda bir yarar elde edilmişse, hileli hareketlerin bilişim sistemi üzerinde gerçekleştirildiğinin kabul edilmesi gerekecektir. Çünkü bu durumda fail, bilişim sistemi aracılığıyla kendisini gerçek kart sahibi gibi tanıtarak hile ve desisede bulunmak yoluyla haksız yarar elde etmektedir.(Mahmutoğlu, Fatih Selami, *Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suçlar ve idari Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 279-280; aynı yönde Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, s. 174). Diğer bir görüş ise çalıntı veya buluntu kredi kartı ile harcama yapılması halinde iki eylemin varlığından bahsetmekte, ilk eylemi kartın elde edilmesi, ikinci eyle-

sunda değişik görüşler⁵ ve farklı Yargıtay kararları⁶ verilmiştir. Tartışmaları sonlandırmak isteyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 10.04.2001 tarih ve 2001/76-30 E; 2001/757 K sayılı ilamıyla⁷ hangi eylemlerin bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar elde edilmesine olduğuna açıklık getirmiştir.

Yargıtay CGK kararından sonra, 525/b.2 maddesindeki eylemler bilişim sistemi aracılığıyla hukuka aykırı yarar elde etme suçunun

mi ise kartı kullanma olarak kabul etmektedir. Buna göre, kart alınırken failde kartı iade etme kastı yoksa eylem hırsızlık olarak kabul edilmeli; kartı aldıktan sonra bankamatikten nakit para çekmişse eylem TCK 525/2 anlamında bilişim suçu sayılmalıdır. (Nuhuğlu, Ayşe, *Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması*, Analiz Basım Yayın, İstanbul, 2002, s. 281), Bayraktar, Köksal, "Banka ve Kredi Kartlarının Doğurduğu Ceza Hukuku Sorunları", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, Beta Yay. İstanbul 2000, s. 203.

- 6 Yargıtay 6. CD,22.04.1998 T ve 1998/3880 E-1998/4044 K sayılı ilamı fiili dolandırıcılık olarak nitelemektedir. (Aktaran Erol, Haydar, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, 2000, s. 1511): "Müştekinin bankomat kartını ele geçiren sanığın, müştekinin bankadaki hesabından bu kart ile para çekmesinden ibaret eylemin, bankomat kartının alet olarak kullanılması karşısında, TCY 493/2. maddesindeki suçu oluşturduğu gözlemlenmeden aynı yasanın 525/b-2 maddesi ile uygulama yapılması, yasaya aykırı, sanık müdafininin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden tebliğnamedeki onama düşüncesinin reddi ile hükmün bozulmasına ... karar verildi."

Buna karşın 11.CD'nin 06.12.1999 T ve 1999/5477 E-1999/8485 K sayılı ilamında ise Yargıtay, söz konusu eylemin TCK 525/b.2'den cezalandırılması gerektiğini belirtmiş ve yukarıdaki karara ters yönde bir karar vermiştir. (YKD, Mart 2000,s. 489/490): "Sanığın sabit olan bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak yarar sağlama eylemi TCK 525/b.2 maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu halde yazılı şekilde hüküm kurulması... CMUK m. 321 gereğince bozmayı gerektirmiştir."

- 7 YCGK 10.04.2001 T. ve 2001/76-30 E; 2001/757 K-: "Y... Bankası'nın Çifttehavuzlar şubesindeki ATM'nin, kart konulan bölümüne önceden kağıt yerleştiren sanığın, işlem yapmak isteyen şikayetçinin kartının sıkışmasını sağlayıp, böylece sistemle iletişimi ve işleme geçilmesini engellediği, yardımcı olmak bahanesiyle önceden anlaşığı arkadaşını cep telefonu ile arayarak şikayetçi ile görüşmesini sağladığı, kartını geri alabilmek, olmazsa kartın kullanımını iptal ettirebilmek umuduyla görüşen şikayetçiye banka görevlisi gibi davranan arkadaşının şifre kodlama işlemi sırasında şikayetçinin şifresini öğrendiği, onun ayrılmasından sonra da kredi kartını yuvadan çıkartıp Y. Bankası'nın anlaşmalı olduğu P.'nin iki ayrı şubesindeki ATM'den farklı tarihlerde toplam 600 milyon TL nakit kredi çektiği dosyadaki belge ve kanıtlardan anlaşılmaktadır. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanığın haksız olarak ele geçirdiği bir başkasına ait kart ve şifreyi kullanarak bir bankanın iki farklı şubesindeki ATM makinesinden para çekip hukuka aykırı yarar sağlaması eylemi TCY'nin 493/2. madde ve fıkrasındaki suçu değil aynı yasanın 525/b.2 madde ve fıkrasında düzenlenen bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlamak suçunu oluşturduğundan Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazının kabulüne karar verilmelidir."

maddi unsuru olarak kabul edilmesine rağmen tartışmalar yine bitmemiş; bu kez de suçun aracı olan banka kartının veya kredi kartının fail tarafından ele geçirilme biçimine göre suçun dolandırıcılığa mı, yoksa banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçu yoluyla hukuka aykırı menfaat elde etme suçu mu olduğu tartışılmaya başlanmıştır.⁸

Uygulamada görülen bu tür tartışmaların sonlandırılması için Yeni TCK'da 245. madde kabul edilmiş ve maddenin gerekçesinde de bu amaç açıkça belirtilmiştir. Gerekçede; "Aslında hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratio legis'lerinin tümünü de içeren bu fiillerin, duraksamaları ve içtihat farklılıklarını önlemek amacıyla, bağımsız suç haline getirilmesi uygun görülmüştür." demektedir.

TCK m. 245 benzeri düzenlemeye karşılaştırmalı hukukta da rastlanmaktadır. Örneğin ABD'de 1986 tarihli "Elektronik Haberleşme Gizliliği Kanunu" (Electronic Communication Privacy Act) bankamatik kartının hukuka aykırı kullanımını, sahtesinin yapılmasını, sahte, tahrif edilmiş veya hukuk dışı yollardan elde edilmiş ya da diğer eyaletlerden veya başka memleketlerden çalınmış olan bankamatik kartının kullanılmasını suç saymaktadır.⁹ Yine ABD'de "Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanma Kanunu"nun (Computer Fraud and Abuse Act) 1029. maddesinde, kredi kartı dolandırıcılığını yaptırma bağlamıştır.¹⁰ Ayrıca yine ABD'de, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılmasının önlenmesi için "Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılmasının Önlenmesi Kanunu" (Credit Card Fraud Act) adlı bir kanun da çıkarılmıştır.¹¹ Hollanda'da 1 Mart 1993 tarihinde yürürlüğe giren kanunla, ceza kanunda değişiklik yapılmış ve manyetik kartlar marifetiyle sahtecilik yapılması suç olarak kabul edilmiştir.¹² İsviçre'de, 01.01.1995 tarihinde yürürlüğe giren 17.06.1994 tarihli Kanun'la "Federal Ceza Kanunu"nda değişiklik yapılmış ve değişikliğin 148. maddesi ile banka ve kredi kartlarına ilişkin kötüye kullanımları suç olarak düzenlemiştir. Alman

⁸ Bayraktar, Köksal, "Banka Kredi Kartları Aracılığı İle İşlenebilen Suçlar", *Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu* (11-13.10.1996), BKM yay, s. 53; Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları*, s. 251.

⁹ Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, *Bilgisayar Suçları*, Alfa Yay, İstanbul, 1997, s. 191

¹⁰ Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Seçkin Yay, Ankara 2005, s. 196

¹¹ Akıncı, Hatice/Alıç, A.Emre/Er, Cüneyd, "Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları", s. 199

¹² Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, *a. g. e.*, s. 174.

Ceza Kanunu'nun 266.b maddesi ile kendisine çek veya kredi kartı verilmesi suretiyle sağlanan imkânı, kartı çıkaran kurumun ödeme yapmasına vesile olmak amacıyla kötüye kullanmak ve kuruma zarar vermek yaptırım altına alınmıştır.¹³

a. Suçla Korunan Hukuki Değer

Bilişim suçlarının genel olarak, ekonomik bir yarar ya da zarar sağlayan mahiyetleri itibariyle bir tür "ekonomik suç" kategorisinde olduğu kabul edilmektedir.¹⁴ Zaten TCK'nın 245. maddesinde, "kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi" şeklindeki ifadelerle bu suçun ekonomik niteliği vurgulanmaktadır. Maddenin gerekçesinde de; "Madde, banka veya kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle bankaların veya kredi sahiplerinin zarara sokulmasını, bu yolla çıkar sağlanmasını önlemek ve failleri cezalandırmak amacıyla kaleme alınmıştır" demektir. Gerekçede belirtildiği üzere, bu suç ile hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının kredi kartları kullanılarak işlenmiş hali düzenleme altına alınmak istenmiştir.¹⁵

Diğer bir anlatımla, TCK 245. madde ile korunmak istenen hukuki değer karma bir nitelik taşımaktadır. Çünkü hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarıyla korunmak istenen hukuki değerler TCK 245. madde ile de korunmaktadır. Hırsızlık suçuyla kişilerin malvarlığı, güveni kötüye kullanma suçuyla kişilerin birbirine karşı duyduğu güven, sahtecilik suçuyla ise devlet tarafından verilen güvence ile belgelere olan güven korunmak istenmektedir.¹⁶ Ancak bu karma niteliğe rağmen, suçla korunan hukuki değerler arasında en baskın olanı kişinin malvarlığıdır. Zira söz konusu suçun işlenmesiyle, kişinin malvarlığı üzerinde ciddi kayıplar ortaya çıkmaktadır.

Öğretide TCK m. 245 ile düzenlenen suçun, korunan hukuki değer gözetildiğinde aslında malvarlığına karşı suçları düzenleyen TCK'nın

¹³ Nuhoglu, Ayşe, *a. g. e.*, s. 254.

¹⁴ Ersoy, Yüksel, *a. g. e.*, s. 166.

¹⁵ Taşdemir, Kubilay, *Bilişim, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları*, Ankara 2009, s. 317.

¹⁶ Aynı yönde bkz Önder, Ayhan, *a. g. e.*, s. 506; Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yayıncılık, Ekim 2004, İstanbul, s. 619; Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, *a. g. e.*, s. 268.

Onuncu Bölümünde (TCK m. 141-170) düzenlenmesi gerektiği; bilişim alanında suçlar başlığı altında düzenlenmekle yasanın sistematığının bozulduğu eleştirileri getirilmektedir.¹⁷ Buna gerekçe olarak da, maddenin koruduğu hukuksal değerın bireyin mal varlığı olması gösterilmektedir. Aksi görüşü savunanlar ise, TCK 245. maddesinin, eski yasadaki karşılığı olan TCK 525/b.2'deki düzenleme ve bu düzenlemeyi açıklığa kavuşturan yukarıda tarih ve sayısı belirtilen Yargıtay CGK kararı ile birlikte değerlendirildiğinde ve maddenin gerekçesi de gözetildiğinde, maddenin bilişim alanındaki suçlar bölümünde düzenlenmesinin doğru olduğunu belirtmektedirler.¹⁸

Kanaatimizce, gerek TCK'nın 245. maddesine 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girdikten sonra, gerek 29.06.2005 gün ve 5377 Kanun'la eklenen 4. fıkrayla bu suçu işleyen failer yönünden şahsi cezasızlık sebeplerinden yararlanma olanağı getirilmesi ve 06.12.2006 gün ve 5560 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile eklenen 5. fıkrayla, bu suçu işleyen failere malvarlığına karşı işlenen suçlar bölümünde yer alan etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması imkanının sağlanması ve gerekse maddeyle bireyin malvarlığının korunuyor olması nedeniyle, bu yasal düzenleme TCK Onuncu Bölüm'de düzenlenmeliydi.

b. Suçun Fail ve Mağduru

Suç, fail bakımından bir özellik taşımamaktadır. Herkesin bu suçta fail olabilmesi mümkündür. Suçun oluşumu için gerekli olan yararın bizzat failin kendisi tarafından elde edilmiş olması suçun oluşumu için bir önkoşul değildir. Bu yararın, fail tarafından bir başkası adına da elde edilmesi mümkündür.¹⁹

Madde metninde mağdur bakımından da bir özellik öngörülmemiştir. Dolayısıyla, herkesin mağdur olabilmesi mümkündür. Suçla korunan temel hukuki yarar malvarlığı olduğuna göre, suçun mağduru da öncelikle malvarlığında azalma olan kimsedir. Öte yandan TCK'nın 245/1 maddesinde, *"kart sahibinden veya kartın kendisine ve-*

¹⁷ Ketizmen, Muammer, *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*, Adalet Yay, Ankara 2008, s. 187.

¹⁸ Taşkın, Şaban Cankat, *Bilişim Suçları*, Beta Yay, Bursa 2008, s. 62.

¹⁹ Dülger, Murat Volkan, *a. g. e.*, s. 253.

rilmesi gereken kişi"den söz edilmekle, mağdur kavramı genişletilmiş ve kendisine kart verilmesi gereken kişi de koruma altına alınmıştır.²⁰

Banka veya kredi kurumları ise, suç işlenirken kendi şirketlerinin banka ve kredi kartları kullanıldığı, kendi sistemlerine zarar verildiği için suçta mağdur değildirler.²¹ Bunların sıfatı "*suçtan zarar gören*"dir. Suçun mağduru ile suçtan zarar gören kavramları birbirlerinden farklıdır. Şöyle ki, suçun mağduru suçtan doğan ceza ilişkisinin tarafı olduğu halde; suçtan zarar gören kimse, hukuk ilişkisinin tarafıdır ve iddiası esas itibariyle hukuksal nitelik taşımaktadır.²² Failin hayali hesaplar oluşturarak elde ettiği banka kartlarıyla işlemler yapması halinde ise, suçun mağduru banka veya kredi kuruluşudur.²³

c. Suçun Maddi Unsuru

1. Genel Olarak

TCK'nın 245. maddesinde üç ayrı suç düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, ne şekilde ele geçirilmiş olursa olsun, başkasına ait bir banka veya kredi kartını elinde bulunduran kimsenin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kimsenin rızası olmaksızın,

²⁰ Taşdemir, Kubilay, *a. g. e.*, s. 319.

²¹ 11. CD 17.09.2008,2008/11714-8918 E-K: Dış yüzünde Kamil ismi yazılı suça konu kredi kartına yabancı bankadaki hesaba ait kredi kartının manyetik şerit bilgilerinin kodlanması suretiyle tamamen sahte olarak üretilmesi ve suça konu kartın şikayetçi Pamukbank TAŞ.'ye üye işyerinde kullanılmak istenmesinden bahisle sanık hakkında sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarından açılıp mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre 765 sayılı TCK'nın 79. maddesi delaletiyle dolandırıcılık suçundan hüküm kurulan davada, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.05.2001 tarih ve 6/106-111 sayılı içtihadında mal ve hizmet alımı bedellerinin sözleşmeler gereği üye işyerine ödeyen Türk bankalarının bu işlemlerde aracılık yaptıkları, dava konusu olayın arz ettiği özellik itibariyle kart hamili, üye işyeri, aracı banka ve kartı çıkaran yabancı banka veya kurumun dolandırıcılık suçundan zarar görme ihtimallerinin bulunduğu belirtilmesi karşısında; mahkemenin katılma talebini sadece bu suç yönünden kabulü gerektiği; sahtecilik suçundan ise, doğrudan doğruya zarar görenin yabancı banka olup dolayısıyla üye işyerinin bağlı bulunduğu bankanın sahtecilik suçundan doğrudan doğruya zarar görmediğinden davaya katılma hakkının bulunmadığı ve müdahilliğine karar verilmiş olması hukuki değerden yoksun olup, hükmü temyiz etme hak ve yetkisi bahşetmeyecektir.

²² Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Kavramlar*, Turhan Kitabevi, 2006, s. 200.

²³ Dülger, Murat Volkan, *a. g. e.*, s. 253.

söz konusu kartı kullanarak veya kullandırtarak kendisine ya da bir başkasına çıkar sağlaması hali yaptırıma bağlanmıştır.

İkinci fıkrada ise, başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmek, satın almak, satmak, devretmek kabul etmek suç olarak kabul edilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise, ikinci fıkradaki eyleme bağlı olarak, yani sahte olarak üretilmiş olan ya da üzerinde sahtecilik yapılan bir kredi kartını kullanmak yoluyla kendisine ya da başkasına yarar sağlamak eylemi yaptırıma bağlanmıştır.

2. Başkasının Kartıyla Yarar Sağlama Suçu (m. 245/1)

TCK m. 245 1. fıkrada; *“Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”* denilmektedir.

Konunun daha iyi anlaşılması bakımından kısaca banka kartı ve kredi kartı üzerinde durmak gerekmektedir. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun *“Tanımlar”* başlığını taşıyan 3. maddesinde; *“Banka kartı, mevduat hesabı veya özel cari hesapların kullanımı dahil bankacılık hizmetlerinden yararlanmayı sağlayan kart,*

Kredi kartı, nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasını ifade ettiği belirtilmiştir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanımlamadan da anlaşıldığı üzere, banka kartına sahip olabilmek için, kart hamilinin öncelikle bankada bir mevduat hesabının veya özel cari hesabının bulunması gereklidir. Banka kartı, kart hamiline ATM'ler üzerinden kendi hesabına ulaşmayı, hesabından para çekmeyi, havale yapmayı ve diğer bankacılık işlemleri yapmayı sağlamaktadır.²⁴

Kredi kartı ise, kredi kartı ile ödeme yapmayı kabul eden işyerlerinde nakit ödemedi mal ve hizmet alımını sağlamakta, ayrıca kolay

²⁴ Ekinci, Mustafa, a. g. e., s. 11.

kredi kullanma imkanı vermekte, banka ile kart hamili arasında yapılan sözleşme gereğince kişinin bankanın belirli koşullarla sağladığı kredi olanağından yararlanması sonucunu doğurmaktadır.²⁵ Kredi kartının ödeme aracı olarak kullanılabilmesi, taşıyanın hesabında karşılık olmasına bağlı olmadığı gibi, bu hesabın varlığını da gerektirmez.²⁶

Kredi kartlarının hizmete sunulması ve kullanımı ile ilgili olarak esas itibariyle kredi kartını çıkaran banka veya kurum, kart hamili ve üye işyerinden oluşan üç taraflı bir sistem vardır. Bu sistemde kart hamili, anlaşmalı işyerinden mal ve hizmet şeklindeki gereksinmelerini karşılarken; bedeli nakden değil, ilgili satış belgesini imzalayarak ödemiş sayılır. Buna karşılık işyeri yetkilisi ise, sattığı mal veya hizmet bedelini kredi kartını çıkartan kurumdan tahsil eder. Kart hamili de anlaşma koşullarına uygun olarak kartı çıkartan banka veya kuruma ödeme yapar.²⁷ Ülkemizde giderek artan biçimde kullanılan kredi ve banka kartı miktarına ilişkin Bankalararası Kart Merkezinin istatistikleri dikkat çekicidir.²⁸ Şöyle ki;

Yıllara Göre İstatistikî Bilgiler

Kredi Kartı Sayıları							
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Visa	7.947.302	9.572.460	13.202.147	15.989.986	17.800.385	20.878.744	24.332.198
Master-Card	7.718.049	10.255.667	13.450.664	13.963.095	14.623.148	16.416.829	18.824.985
Diğer	40.019	35.040	28.317	25.162	9.800	39.606	236.842
Toplam	15.705.370	19.863.167	26.681.128	29.978.243	32.433.333	37.335.179	43.394.025

²⁵ Yılmaz, Eyyüp, *Türkiye’de Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri*, Türkmen Kitabevi, 2000, s. 12.

²⁶ Baydemir, Mehmet, “Kredi Kartı ve Hukuksal Niteliği”, *Vergici ve Muhasebeci ile Diyalog Dergisi*, 1998/1, s. 79.

²⁷ Kuntalp, Erden, “Kartlı Ödeme Sistemi Hakkında Genel Bilgiler, Kavramlar ve Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler”, *Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu*, (08-10.10.1999), BKM Yay., s. 3.

²⁸ <http://www.bkm.com.tr/yillara-gore-istatistiki-bilgiler.aspx>, Kontrol Tarihi: 21.08.2009.

Banka Kartı Sayıları							
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Electron (Visa)	7.801.830	9.424.197	11.942.762	17.895.007	26.541.163	29.298.847	32.539.852
Plus (Visa)	50.766	45.069	39.915	0	0	0	0
Electron ve Plus (Visa)	3.080.776	3.613.896	3.058.946	3.525.905	0	0	117.244
Cirrus ve Maestro (MasterCard)	16.966.124	20.601.196	24.506.797	25.624.465	26.365.813	25.582.844	27.280.123
Özel Logolu Banka Kartı	7.157.812	5.879.099	3.536.574	1.197.992	557.081	628.401	614.265
Toplam	35.057.308	39.563.457	43.084.994	48.243.369	53.464.057	55.510.092	60.551.484

Her yıl artan sayıda kullanıma giren banka kartı ve kredi kart sayıları dikkate alındığında, bu yasal düzenlemenin önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

Kısaca banka veya kredi kartları incelendikten sonra, TCK'nın 245 m. 1. fıkrasındaki düzenlemeye gelince, fıkrada başkasına ait bir banka veya kredi kartını her ne şekilde olursa olsun ele geçirdikten sonra kart hamilinin rızası dışında kullanarak ya da başkasına kullandırarak kendisine veya başkasına yarar sağlama fiili yaptırma bağlanmıştır. Burada, banka veya kredi kartının, kullanan kişi tarafından nasıl ele geçirildiğinin bir önemi yoktur. Bu nedenle, kişinin kartı bulması, çalması ya da farklı bir biçimde elde etmiş olması cezalandırılmasına engel değildir.²⁹ Önemli olan, kartı kullanan kimsenin hukuka aykırı yarar elde etmiş olmasıdır. Hukuka aykırı yarar, kredi kartıyla alışveriş yapılması, para çekilmesi ya da veri iletim ağlarında kartın kullanılması yoluyla veya diğer bir başka yolla elde edilmiş olabilir.

²⁹ Kurt, Levent, *Bilişim Suçları*, Seçkin Yay, Ankara 2005, s. 184; Karagülmez, Ali, *a. g. e.*, s. 203.

Banka veya kredi kartının hukuka aykırı yarar sağlanması için failin kendisi veya fail tarafından görevlendirilen bir başkası tarafından kullanılması arasında fark yoktur. Her iki durumda da suç gerçekleşmiş sayılır.³⁰

TCK'nın m. 245 1. fıkrasında yazılı suçun gerçekleşmesinde kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası önem kazanmaktadır. Kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kimsenin rızası varsa faile ceza verilmeyecektir. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için, mağdurun rıza açıklama yeteneği bulunmalıdır. Rıza açıklamasında bulunan kimsenin ruh ve akıl sağlığının yerinde olması, rıza açıklama yeteneğini ortadan kaldıran bir durumun bulunmaması gereklidir. Rıza gösteren kimse, suç tipi ile korunan hukuki değerden ve yararlarından hangi oranda vazgeçtiğini ve karşılaşılabileceği risk ve zararları biliyorsa, anlama yeteneğinin var olduğu kabul edilir.

Suç mağdurlarının birden fazla olması durumunda, tümünün rızasının bulunması gereklidir. Hepsini rıza göstermiş olmadıkça eylemin hukuka uygun olduğundan söz edilemez. Rıza açıklamasının kanuni temsilci tarafından yapılması olanağı bulunmamaktadır. Bunun istisnası, mağdurun yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi nedenlerle rıza açıklama yeteneği bulunmaması halidir. Mağdurun rızasının suçun işlendiği sırada veya suçun işlenmesinden önce açıklanmış olması gerekir. Failin eyleminden sonra açıklanan rıza, eylemi hukuka uygun hale getirmez.³¹

Kartın sahibinin rızası dışında, hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma veya yağma suçu işlenerek elde edilmesi halinde fail, işlemiş olduğu suçtan ve ayrıca TCK m. 245/1 hükmü uyarınca ceza-

³⁰ 11. CD 16.03.2009 T;2009/6485-2456 E-K: Mağdur Mehtap'a ait kredi kartını haksız olarak ele geçirip kullanan sanığın eyleminin 5237 sayılı TCY 245/1 maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmemesi.

11. CD 06.11.2008 T; 2008/13994-11281 E-K: Sanığın bir şekilde temin ettiği dört ayrı kredi kartı bilgilerini başka manyetik kartlara kopyalamak suretiyle oluşturduğu kartlarla, ortağı olduğu şirketin pos cihazından geçirerek alışveriş yapıldığı halde yapılmış gibi gerçeğe aykırı olarak 9 adet slip çekerek haksız yarar sağladığının anlaşılması karşısında, eylemin bir bütün halinde 765 sayılı TCK 525/b-2 (5237 sayılı TCK 245/1) maddesinde öngörülen bilişim suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması.

³¹ Meran, Necati, "Yeni Türk Ceza Kanununda Hakkın Kullanılması Ve İlgilinin Rızası", *Adalet Dergisi*, S. 24, Ocak 2006, Ankara.

landırılacaktır. Yargıtay da verdiği bir kararda bu yoruma katıldığını göstermektedir.³²

Uygulamada görülen bir sorun olarak, kart sahibinin, kartını kaybetmediği halde kaybetmiş gibi bankasını arayıp ve iptal işlemi gerçekleşene kadar da alışveriş yapması halinde failin ihlal ettiği suç tipinin tespitinde doktrinde farklı görüşler bulunmakta ise de,³³ 5464 Sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun 37/1. maddesinde yapılan düzenleme ile tartışmalara son verildiği kanaatindeyiz. Şöyle ki, sözü geçen düzenlemede, banka veya kredi kartlarını kaybettiği ya da çaldığı yönünde gerçeğe aykırı beyan vererek kartı bizzat kullanan ya da başkasına kullandırtan kart hamillerinin ya da bu durumu bilerek kartı kullanan kişilerin bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Bu kanun TCK'ya göre özel bir kanundur. Dolayısıyla, hukukun temel ilkelerinden olan, özel kanun-genel kanun ilişkisi dikkate alınmalı ve faile 5464 sayılı Kanun'un 37. maddesinden ceza verilmelidir. Ayrıca 5464 sayılı Kanun 23.2.2006 tarihinde kabul edilmiş ve 01.03.2006 tarih ve 26095 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönüyle de 5237 sayılı TCK'dan daha sonraki tarihli bir kanundur. Hem özel kanun-genel kanun ilişkisi, hem de sonraki kanun-önceki kanun ilişkisi gözetildiğinde, 5464 sayılı Kanun'un 37/1. maddesi, TCK'ya göre öncelikle uygulanmalıdır.

Belli bir miktar para çekilmek ya da belirli bir alışveriş yapılmak üzere sahibinin rızası ile verilmiş kartın, bu yetki sınırları dışında kullanılması halinde ihlal edilen suç tipinin tespitinde de doktrinde tartışma yaşanmıştır. Bir görüşe göre, bu tarz bir olayda tamamen TCK m. 155'teki³⁴ (765 sayılı TCK m. 510) güvenin kötüye kullanılması su-

³² 6. CD 17.10.2006 T;2006/1306-9962 E-K: Sanığın misafir olarak gittiği yakınanın evinde çantasından çaldığı kredi kartı ile değişik işyerlerinden alışveriş yaptığının anlaşılması karşısında; yakınana ait kredi kartı çalma eyleminin 765 sayılı TCY'nin 491/3 (5237 sayılı TCY m. 142/1-b) maddesine uyan hırsızlık suçunu ve kartla değişik işyerlerinden alışveriş yapma eyleminin aynı yasanın 504/3, 80 (5237 sayılı TCY m. 245/1) maddelerine uyan suçu oluşturup oluşturmadığına ilişkin kanıtları takdir ve değerlendirmenin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilmeyerek görevsizlik kararı yerine, duruşmaya devamla yazılı biçimde karar verilmesi". Aktaran Taşdemir, Kubilay, *a. g. e.*, s. 326.

³³ Taşkın, Şaban Cankat, *a. g. e.*, s. 70.

³⁴ TCK madde 155: "(1) Başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin

çunun unsurları bulunmaktadır ve bu nedenle güveni kötüye kullanma suçundan ceza verilmelidir denir iken; bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, eğer fail tarafından belirlenen limit aşılabilecek olursa faile TCK m. 245/1'den ceza verilmelidir.³⁵ Çünkü maddenin 1. fıkrasında açıkça *“her ne suretle olursa olsun ele geçirilen veya elinde bulunduran”* ve *“kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın”* ifadelerine yer verilmiştir.

TCK m. 245 1. fıkrasının uygulanmasıyla ilgili bir başka sorun, kredi kartının fiziki olarak değil de, sadece kart bilgilerinin kullanılması halinde eylemin hangi suç tipini ihlal edeceğiyle ilgilidir. Bir görüşe göre,³⁶ fail her ne kadar fiili olarak banka veya kredi kartını ele geçirmemiş ise de, kart bilgilerini kullanarak kendisine menfaat sağladığından ve fiili olarak kart kullanılmadığından failin eylemini TCK 245. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği, eylemin dolandırıcılık suçunu ihlal edip etmeyeceğinin tartışılması gerektiği savunulmuştur.

Ancak 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 3/e maddesinin kredi kartını *“nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarası”* olarak tanımlaması karşısında, kredi kartının fiziki olarak ele geçirilmeden, sadece kart numarasının kullanılmasıyla da TCK'nın 245/1 maddesinin ihlal edileceği kanaatindeyiz. Benzer olaylar karşısında, Yargıtay'ın da bu doğrultuda kararlar verdiği görülmektedir.³⁷

veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacının dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden Kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, meslek ve sanat, ticaret ya da hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında islenmesi halinde bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

³⁵ Taşdemir, Kubilay, *a. g. e.*, s. 325, Dülger, Murat Volkan, *a. g. e.*, s. 257.

³⁶ Kurt, Levent, *a. g. e.*, s. 187.

³⁷ 11. CD 27.04.2009 T;2009/7564-4868 E-K: Sanığın haksız olarak elde ettiği katılana ait kredi kartı bilgilerini internet üzerinden girerek telefon faturalarını ödemesi şeklinde gerçekleşen eyleminde, katılana yönelik hile ve desise kullanıldığına veya hataya düşürüldüğüne dair delil ve iddia söz konusu olmadığından, eylemin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCY'nin 525/b-2 (5237 sayılı TCY m. 245/1) maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi.

11. CD 17.09.2008 T; 2008/12914-8887 E-K: 5464 sayılı Kanun'un 3/e madde-

Ölen kişiye ait banka kartının, yakınları tarafından ATM cihazında kullanılarak, emekli maaşının çekilmesi eylemi de TCK'nın 245/1 maddesini ihlal etmektedir. Yerleşik Yargıtay içtihatları da bu yöndedir.³⁸ Bu eylemin birden fazla tekrarlanması halinde zincirleme suç hükümleri de uygulanmalıdır.

Kredi kartı veya banka kartının mağdurun eline geçmeden kurye veya bir başkası tarafından kullanılması halinde 765 sayılı Kanun döneminde farklı görüşler³⁹ ortaya atılmış ise de, 5237 sayılı TCY m. 245/1'in içeriği ve madde gerekçesi dikkate alındığında, kanaatimizce bu eylem TCY'nin 245/1 maddesini ihlal etmektedir. Yargıtay bir kararında bu eylemi dolandırıcılık olarak kabul etmişse de,⁴⁰ bir başka kararında kredi kartının kötüye kullanıldığı suçunun ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴¹

si uyarınca, sanıkların yakınana ait kredi kartını fiziki olarak ele geçirmeden sadece kredi kartı numarasını kullanarak bilişim sistemi üzerinden kontör satın alınması ve aynı sistem üzerinden başkalarına kontörlerin satılması fiilinin 5237 sayılı TCY 245/1, 43 maddelerinde öngörülen suçu oluşturacağı gözetilmeden uygulamaya yazılması.

³⁸ 11. CD 15.09.2008 T;2008/10263-8833 E-K: Sanığın, üvey babasının ölümünden sonra onun adına SSK tarafından Ziraat Bankası Almus Şubesi'ndeki hesabına çeşitli tarihlerde yatırılan 1.620. YTL emekli maaşını bankamatik kartı ile ATM'den çektiğinin anlaşılması karşısında; eyleminin 765 sayılı TCK'nın 525/b-2 (5237 sayılı TCY 245/1) maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması.

11. CD 12.03.2007 T;2007/8843-1582 E-K: Sanık Abdullah'ın, annesinin ölümünden sonra onun adına Bağ-Kur Genel Müdürlüğü tarafından Halk Bankası Nevşehir Şubesindeki hesabına yatırılan 65.000.000 TL maaşını bankamatik kartı ile bankomattan çektiğinin anlaşılması karşısında; eylemin 765 sayılı TCK'nın 525/b-2 (5237 sayılı TCY 245/1) maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması.

³⁹ Taşkın, Ş.Cankat, *a. g. e.*, s. 69

⁴⁰ 11 CD 29.11.2006 T;2006/1457-9629 E-K: Bankalar tarafından mudilerine kurye şirketi aracılığıyla gönderilen kredi kartlarının, şirket çalışanı sanık N.Y. tarafından yerine teslim edilmeyerek alınıp diğer sanıklarla birlikte alışverişlerde kullanıldığı mahkemeye kabul edilmiş olmasına göre, ayrıntıları Ceza Genel Kurulu'nun 12.12.2000 gün ve 2000/6-2000/243 sayılı kararında açıklandığı üzere dolandırıcılık fiiline konu zararın, bankanın maddi varlığı olan kredi kartlarının alışverişlerde pos cihazından geçirilerek banka aracı kılınmak suretiyle gerçekleştirildiği ve eylemin 765 sayılı TCK 504/3 (5237 sayılı TCK 158/1-f) madde ve fıkrasında yer alan suçu oluşturduğu gözetilmeden, aynı yasanın 503 (5237 sayılı TCK 157) maddesi uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

⁴¹ 11 CD 29.01.2009 T;2009/5382-176 E-K: Sanığın kredi kartı başvurusu olmadığı

765 sayılı Ceza Kanunu'nun uygulandığı dönemde tartışmalara yol açan, bankamatik önünde kart sahibine yönelik yapılan hile ve desiselerle kartın ele geçirilmesi ve bankamatikten hasız yere para çekilmesi eylemi de, yeni ceza yasamızda 245/1 maddesini ihlal etmektedir.⁴²

3. Kartlarda Sahtecilik Yoluyla Yarar Sağlama Suçu (m. 245/2-3)

TCK 245/2-3: *“Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*

(3) Sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayan kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” demektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında, başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretme, satma, devretme, satın alma ve kabul etme eylemleri yaptırma bağlanmaktadır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için kısaca bu kartların sahtelerinin nasıl oluşturulduğuna bakmak gerekmektedir.

Sahte Kart ve Manyetik Şerit Sahteciliği (Skimming)

a. Kısmi Sahtecilik: Gerçek bir kredi kartının üzerinde, ütüleme ve

halde mağdurun kredi kartını kuryeden alıp, mağdurun rızası olmadan iki gün içerisinde limiti dolacak şekilde farklı işyerlerindeki pos cihazından geçirerek alışveriş yapmaktan ibaret eyleminin 765 sayılı TCY 504/3, 80 (5237 sayılı TCY 245/1, 43) maddelerindeki suçu oluşturacağı gözetilerek hüküm kurulması gerekirken..

⁴² 11. CD 28.05.2008, 2008/5029-5375 E-K: Ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 28.12.2004 gün ve 2004/173-228 sayılı kararında açıklandığı üzere, emekli maaşını çekmeye gelen şikayetçiye yardım etme bahanesiyle yaklaşmış bankamatik kartının şifresini de öğrendikten sonra kartı ATM cihazına koyup, para yatmamış diyerek şikayetçiye başka kart verdiği, müşterinin ATM makinesinden ayrılmasını müteakip hile ve desiselerle elde ettiği kartı ve şifresini kullanarak bankamatik yoluyla hesaptaki parayı çekmekten ibaret eylemin 765 sayılı TCK 504/3 (5237 sayılı TCY 245/1) maddesinde öngörülen suçu ihlal ettiği, bu suça bakmak görevini üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait gözetilerek, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken.

kesme gibi sahtecilik metotları kullanılmak suretiyle kartın içerik olarak değiştirilmesi ile yapılan sahteciliktir.

b. Değiştirilmiş Kart: Kredi kartları üzerindeki kabartma numaraların kesilerek değiştirilmesi veya gerçek kartların manyetik şeritlerine farklı bir bankaya ait kart bilgisinin kopyalanması ile yapılan kartlardır.

c. Külli Sahtecilik: Gerçek bir kredi kartının aynısının, kanuna aykırı yollarla tamamen sahtesinin imal edilip, yine aslına uygun olarak üzerine kart güvenlik unsurlarının basılarak sahtecilik ve dolandırıcılık amaçlı kullanılmasıdır.

d. Sahte Kart: Gerçek bir kredi kartının güvenlik unsurları da dahil olmak üzere, renk ve şekil özelliklerinin, çeşitli cihazlar vasıtası ile beyaz bir plastiğe işlenmesi ile oluşturulan kartlardır. Çeşitli şekillerde elde edilmiş geçerli manyetik şerit bilgileri, bu bilgilerle uyumlu şekilde hazırlanmış sahte kartlara kodlanmakta ve sahtecilik amaçlı kullanılmaktadır.

Uygulamada en çok kredi kartlarının kopyalanması yöntemine başvurulmakta olup, kopyalama işleminde iki yöntem sıkça kullanılmaktadır. Bunlar;

1. POS Terminalleri Üzerinden Kredi Kartı Kopyalanması: Bilindiği üzere kredi kartları üzerindeki manyetik şeritlerde müşterilere ait ad, soyadı bilgileri, kart numarası, son kullanma tarihi, güvenlik kodu gibi bazı bilgiler kayıtlıdır. Ele geçirilen kredi kartı POS cihazına benzer başkaca bir cihazdan (*Skimmer*) geçirilmek suretiyle kartta mevcut bulunan bütün bu veriler kayıt edilebilmekte ve daha sonra bu bilgiler Migros, Gima, Careffour gibi alışveriş firmalarına ait kartlara veya benzeri kartlara yüklenmek suretiyle kullanılabilir. ⁴³

2. ATM Cihazları Kullanılarak Kredi Kartı Bilgilerinin Kopyalanması: Günlük hayatta sıklıkla kullandığımız ATM cihazları üzerine bazı ilaveler yaparak ATM cihazının manipüle edilmesi ile gerçekleştirilir. Failler genellikle kamera görüntüsü bulunmayan ve şube uzağındaki ATM'leri seçerler ve bu sayede rahatça düzeneklerini kurabilirler.

⁴³ 11. CD 21.02.2007,2007/7420-10262673 E-K: Sanık Metin'in mağdurlara ait banka veya kredi kartlarını "reader" denilen bir cihazı kullanarak kopyalayıp satmaktan ibaret eyleminin TCK 245/2 maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması.

ATM cihazlarında kart haznesinin ön kısmına yerleştirilen düzene ile kart bilgileri kopyalanır, daha sonra kullanıcın şifresini girmesi için kullandığı tuş takımını görece şekilde kayıt yapan mikro kameralar yerleştirilmek suretiyle veya tuş takımının altına kart hamilinin şifresini hafızasına alabilecek bir çipli düzene konularak şifreler kaydedilir. Gün içerisinde müşterilerin olağan işlemlerini sorunsuz olarak yapmalarının akabinde şahıslar kurulan sisteme bağlı olarak kablosuz ağ ile uzaktan veya cihaz üzerindeki eklentileri sökmek suretiyle bu bilgileri elde ederler. Elde ettikleri bu bilgileri “white plastic” olarak tanımlanan boş kartlara veya manyetik şeridi olan herhangi bir karta yazdırmak suretiyle herhangi bir ATM cihazından rahatlıkla nakit para çekebilirler.⁴⁴

TCK m. 245, 2. fıkrasındaki suçu oluşturan hareketler seçimlik hareketlerdir. Sahte kartı üretmek, satmak, satın almak veya kabul etmekten herhangi birisinin gerçekleşmesiyle suç oluşur.⁴⁵ Bu suçun işlenmesi için aranan bir diğer şart, sahte olarak üretilen, satılan, devredilen, satın alınan ya da kabul edilen kartın, başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilmiş olmasıdır. Fıkranın içeriğinden anlaşılacağı üzere, bu suç tehlike suçudur, seçimlik hareketlerin yapılması cezalandırma için yeterlidir.⁴⁶

Uygulamada görülen ve doktrinde tartışma yaratan bir konu, failin bankaya yanlış veya sahte kimlik bilgisi vererek bankadan kredi kartı alması eyleminde, eylemin hangi suç tipini ihlal edeceğidir. Bir görüşe göre, bu durumda ele geçirilen kart gerçektir fakat banka ya-

⁴⁴ Emniyet Genel Müdürlüğü Hizmet İçi Eğitime Yönelik Çalışma Kitabı, s. 16

⁴⁵ 11. CD 08.04.2009,2009/3281-2673 E-K: Sanığın adına düzenlenen sahte pasaport içerisinde iki adet kredi kartının ele geçirildiği, Bankalararası Kart Merkezinin düzenlediği raporda, her iki kartın da başka hamillere ait manyetik şerit bilgilerinin kopyalanması suretiyle üretildiğinin belirtilmesi karşısında; sahte kredi kartı üretme, satma, devretme, satın alma veya kabul etme suçunun unsurları, sahte oluşturulan kredi kartını kullanmak suçunun yasal tanımında yer almadığı gibi nitelikli hali olarak da düzenlenmediği, kullanma suçunun oluşması için üretme, satın alma veya kabul etme suçunun işlenmesinin şart olmadığı ve kredi kartının kötüye kullanılması suçunun sahte üretilen kart sayısınca oluşacağı gözetilerek TCK 245/2 madde ve fıkrası uyarınca iki kez hüküm kurulması.

⁴⁶ 11. CD 27.12.2006,2006/7193-10572 E-K: Sanıklardan Musa üzerinde ele geçen alışverişlerde kullanılmayan sahte üretilmiş kredi kartını bulundurmanın TCK 245/2 maddesine temas eden suçu oluşturacağı gözetilmeden beraatine karar verilmesi, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

nıltılmak suretiyle kredi kartı sağlanmıştır. Dolayısıyla, fail artık TCK 245. maddeden cezalandırılmayacak, TCK m. 158/1. f.'deki nitelikli dolandırıcılıktan cezalandırılacaktır.⁴⁷

Bir başka görüş,⁴⁸ bu durumda belgede sahtecilik suçunun varlığının da tartışılması gerektiğinden bahsetmektedir ve yanlış bilgilerle başvuru formunun doldurularak kredi kartı elde edilmesi durumunda failin sahte bir belge oluşturduğu, kartın kullanılması durumunda ise belgede sahtecilik suçunun işlediğini ileri sürmektedir.

Kanaatimizce, bu eylemi değerlendirirken, 5464 sayılı Banka ve Kredi Kartları Kanunu'nun 37/2 maddesinde yazılı "*Kredi kartı veya üye işyeri sözleşmesinde veya iki belgelerde sahtecilik yapanlar veya sözleşme imzalamak amacıyla sahte belge ibraz edenler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilirler.*" maddesi de dikkate alınmalıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında bu duruma açıkça değinmekte, sahte kimlikle hesap açtıran faile kredi kartı verilmişse eylemin TCK 245/2, kart verilmemişse 5464 sayılı yasanın 37/2 maddesinde yazılı suçun oluşacağı kabul edilmiştir.⁴⁹

Maddenin üçüncü fıkrasında, sahte üretilen veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartı kullanılması suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlama eylemi cezalandırılmıştır.⁵⁰ Burada

⁴⁷ Taşkın, Şaban Cankat, *a. g. e.*, s. 74.

⁴⁸ Nuhoglu, Ayşe, *a. g. e.*, s. 107.

⁴⁹ 11. CD 24.06.2009, 2009/6640-7968 E-K: Somut olayda, Hüseyin Korkmaz adına oluşturulmuş sahte nüfus cüzdanı ile katılan banka şubesine müracaat edip kredi kartı talebinde bulunan sanığın, kredi kartını teslimi anında yakalandığı şeklinde iddia edilen olayda dosya içerisinde bulunan kredi kartı sözleşmesini imzaladığı anlaşılan sanığın 5464 sayılı Kanun'un 3/e maddesi de gözetilerek, sanığın talebi sonucu açılmış bir hesap veya düzenlenmiş kredi kartı bulunup bulunmadığı ilgili bankadan sorulup buna ilişkin kayıtların celbi ile kredi kartı veya kart numarası bulunması halinde eylemin TCK 245/2 maddesindeki "kredi kartının sahte olarak üretilmesi" suçunu, bankaca hesabın açılmaması ve kredi kartının düzenlenmemesi halinde ise, 5464 sayılı kanunun 37/2 maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden dolandırıcılık suçundan hüküm kurulması.

⁵⁰ 11 CD 11.03.2009,2009/5813-2309 E-K: Sanığın kendine ait POS cihazlarından sahte kredi kartları ile işlem yaptığının iddia ve kabul olunması karşısında, gerçek kişiye yöneltilen hile ve desise bulunmadığından yüklenen fiilin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK 525/b-2 (5237 sayılı TCK 245/3) maddesinde öngörülen bilişim suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması.

11. CD 28.11.2008,2008/17722-12548 E-K: Sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde sahte nüfus cüzdanı ve çalışma belgeleri ile Dışbank ve Akbank'tan kredi

sahte kartı kullanan ile yarar sağlayan kişilerin aynı kişiler olması gerekmez.

Banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması sonucunda, suçun oluşabilmesi için fail tarafından yarar elde edilmesi şarttır. Yarar elde edilmezse suç oluşmayacaktır. Bu yararın maddi yarar olması da şarttır. Ancak bu yararın fiilen elde edilmiş olması şart değildir. Yani failin elde ettiği yarar üzerinde fiilen hakimiyet kurmasına gerek bulunmayıp, yarar üzerinde tasarruf edebilecek durumda bulunması yeterlidir. Bu fıkra tarif edilen suçta, suçun mağduru banka veya kartı çıkartan ilgili kurumdur.⁵¹

TCK'nın 245. maddesinin uygulanmasında ortaya çıkan bir sorun, eylemin hem 245/2. fıkrasını, hem de 245/3 fıkrasını ihlal etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bir kısım görüşe göre,⁵² sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan kartın, başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek üretilmesi, satılması, devredilmesi veya kabul edilmesi suretiyle elde edilmiş olması durumunda, eylemin her iki fıkradaki suçları ihlal ettiği ve iki ayrı suçtan cezalandırılması gerektiği savunulurken; bir diğer görüşe göre, 3. fıkradaki suç işlenmeden önce 2. fıkradaki suç işlenmek zorunda olduğundan, kişiye sadece ceza miktarının daha ağır olması nedeniyle sadece 3. fıkra nedeniyle cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁵³

Kanaatimizce, yukarıda anlatılan olayda, iki ayrı eylemden bahsedildiğinden ve 3. fıkrada 2. fıkraya atıf yapılmadığından, iki ayrı suçun işlendiği kabul edilerek sanığa iki ayrı eylemden dolayı ceza verilmelidir. Konuya ilişkin karar veren Yargıtay da iki ayrı suçun varlığını kabul etmiştir.⁵⁴

kartları alıp harcamalar yapmaktan ibaret eylemlerinin temas ettiği 765 sayılı TCY 504/3 ile 5237 sayılı TCY 245/3 maddelerinin karşılaştırılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması.

11. CD 07.07.2008,2008/4785-7491 E-K: Hükümlünün sahte kimlik belgesi ile katılan bankaya başvuruda bulunup sahte kredi kartı temin ederek bu kartı kullanmasından ibaret olan eylemi TCK 245/3 maddesindeki suçu oluşturduğu.

⁵¹ Taşdemir, Kubilay, *a. g. e.*, s. 346.

⁵² Karagülmez, Ali, *a. g. e.*, s. 219.

⁵³ Taşdemir, Kubilay, *a. g. e.*, s. 347.

⁵⁴ 11 CD 29.05.2007,2007/2538-3838 E-K: Başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretmek ile sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan bir banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle kendisine veya

TCK'nın 245/2-3 fıkralarının birlikte uygulanmalarının kabulünün ceza adaleti yönünden sorunlara yol açacağı açıktır. Şöyle ki, başkasına ait bir kredi kartını herhangi bir şekilde eline geçiren kişi, bu kartı kullanırken eylemini tamamlayamayıp teşebbüs aşamasında kalması halinde alabileceği ceza, TCK 245/3 ve 35 maddeleri uyarınca 9 ay ile 27 ay arasında (asgari hadden ceza verilirse) olabileceken; başkalarına ait hesaplarla ilişkilendirilerek üretilen sahte kartı üzerinde bulunduran kişi, kartı kullanmasa bile TCK m. 245/2 uyarınca en az 3 yıl hapis cezası alacaktır. İlk durumda şüpheli teşebbüs aşamasında kalsa bile, suçu işlemeye yönelik bir irade de bulunmuş, suç işlemek ile işlememek arasındaki ahlaki çizgiyi aşarak suça eğilimi göstermiş olduğu halde; sahte kartı kabul eden ancak herhangi bir eylemde kullanıp kullanmayacağı veya suç işlemekten vazgeçip vazgeçmeyeceği belli olmayan bir şüpheliye, sadece sahte kartı bulundurduğu için asgari üç yıl hapis cezası verilmesi adil bir ceza uygulaması olarak görülmektedir. Bu durumun uygulamada dikkat çekici sonuçlara yol açacağı, bu nedenle TCK'nın 245/2 fıkrasının çok fazla uygulama alanı bulamayacağını düşünmekteyiz.

d. Manevi Unsur

Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun manevi unsuru olarak doktrinde ve uygulamada belirginleşen görüş,⁵⁵ suçun oluşumunda "genel kast"ı yeterli görmektedir. Ayrıca failin, yaptığı fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi aranmayacaktır. TCK'nın 4. maddesinde "Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" hükmünde bu durum açıkça belirtilmiştir.

Başka bir görüş ise,⁵⁶ suçun oluşması için failde "hukuka aykırı yarar elde etme kastı"nın aranması gerektiğini belirtmekte olup, bu görüşe göre eğer failde yarar sağlamak maksadı dışında (örneğin sadece zarar

başkasına yarar sağlamak suçlarının birbirinden bağımsız iki ayrı suçu oluşturduğu gözetilmeyerek fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiğinden bahisle tek suç kabulü ile eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

⁵⁵ Kurt, Levent, *a. g. e.*, s. 195, Taşdemir, Kubilay, *a. g. e.*, s. 320, Dülger, Murat Volkan, *a. g. e.*, s. 262.

⁵⁶ Karagülmez, Ali, *a. g. e.*, s. 216.

vermek ya da kendisini ispatlamak gibi) başka bir kasıt varsa TCK m. 245/2'deki suç oluşmayacaktır.

Kanaatimizce, bu suçun işlenmesinde genel kastın varlığı aranmalıdır. Dolayısıyla failin bilerek ve isteyerek fiili gerçekleştirmiş olduğunun belirlenmesi cezalandırılması için yeterlidir. Maddede yazılı suçun taksirle işlenmesi ise mümkün değildir.

e. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

TCK'nın 35. maddesinde belirtilen teşebbüs, failin işlemeyi amaçladığı bir suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle sonuca ulaşamaması halidir. TCK m. 245'te tanımlanan suç, teşebbüse elverişli olan suçlardandır.⁵⁷ TCK'nın 245/1-3. fıkralarında suç, haksız yararın elde edilmesiyle tamamlanır. Bu aşamaya kadar gerçekleştirilen ancak failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamayan suçtan dolayı fail teşebbüs hükümleri gereğince sorumlu olacaktır.⁵⁸

TCK 245/2. fıkrasında ise, yukarıda anlatıldığı üzere, tehlike suçu düzenlenmiştir. Bu fıkraya göre, başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üretme, satma, devretme, satın alma veya kabul etme eylemleri cezalandırılmıştır. Suç, sahte kart üretme, satma, devretme veya kabul etme anında oluşur. Bu fıkradaki suçun oluşması için haksız yarar elde etmek şart değildir.⁵⁹ Fai-

⁵⁷ Meran, Necati, *Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları*, Seçkin Yay, Ankara 2005, s. 383.

⁵⁸ Dülger, Murat Volkan, *a. g. e.*, s. 263.

⁵⁹ 11. CD 06.05.2009,2009/20909-5303 E-K: 5237 sayılı TCK 245/3 maddesinde düzenlenen sahte banka kartı kullanmak suretiyle çıkar sağlama suçunun teşebbüs aşamasında kalması için suçun icra hareketlerine başlanması ve sanığın elinde olmayan engel nedenlerle sonuca ulaşamaması gerektiği cihetle; kartı veren bankanın 13.02.2008 günlü yazısında, sanığın 13.09.2007 tarihinde hesap açtırarak bankamatik kartı aldığı ancak bu kartı herhangi bir alışverişte kullanmadığı ve hesaba ait hiçbir hareket olmadığını belirtilmesi ve sanığın bu kartı kullanarak çıkar sağlamaya yönelik bir eylemde bulunduğu dair iddia ve delil bulunmaması nedeniyle Ceza Genel Kurulunun 27.05.2008 gün ve 87/150 sayılı kararında açıklandığı üzere sanığın sahte kimlikle banka kartı temin etmekten ibaret eyleminin TCK 245/3 maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu gözetilmeden aynı yasanın 245/3,35 maddeleriyle hüküm kurulması, karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

lin elinde olmayan nedenlerle fiilin tamamlanamaması halinde hakkında teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.⁶⁰ Yargıtay kararları da bu yöndedir.⁶¹

2. İştirak

Bilindiği üzere 5237 sayılı TCK'da iştirak konusu, 765 sayılı TCK'nda yer alan iştiraktan farklı düzenlenmiş ve asli fail - ferî fail ayrımı terk edilmiştir. Yeni yapılan düzenlemeyle, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü olarak belirlenmiş, iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etme olarak sayılmıştır.⁶² TCK'nın 245. maddede ki suç bakımından suça iştirakte herhangi bir özellik bulunmamaktadır. TCK 37, 38, 39 ve 40. maddelerindeki iştirake ilişkin genel kural- lar burada da uygulanacaktır.⁶³

3. İçtima

5237 sayılı TCK'da, "kaç tane fül varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" ilkesi benimsenmiş; bu ilkenin istisnaları ise, Kanun'un birinci kitabının ikinci kısmının beşinci bölümünde bileşik suç (m. 42), zincirleme suç (m. 43) ve fikri içtima (m. 44) olarak belirtilmiştir.

TCK m. 245'te tanımlanan suçlar bileşik suç tanımına girmemektedir. Şöyle ki; bileşik suçlar, birden fazla hukuki konusu olan ya da başka bir deyişle çok ihlalli⁶⁴ suçlardır. Dolayısıyla bu suçların işlenmesi-

⁶⁰ Taşdemir, Kubilay, *a. g. e.*, s. 321, Karagülmez, Ali, *a. g. e.*, s. 219.

⁶¹ 11. CD 21.11.2006,2006/6297-9324 E-K: Sahte oluşturulan kredi kartını kullanan sanığın herhangi bir menfaat sağlamadan yakalanması nedeniyle suçun teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması. 11. CD 03.11.2008, 2008/13771-11018 E-K: Sanığın haksız ele geçirdiği kredi kartı ile Sayar kuyumculuk isimli işyerinden aynı zamanda iki alışveriş yaptığı göz önüne alınarak, bu alışverişte kullanılan kredi kartından işyeri hesabına para aktardıktan sonra sanığın satın aldığı altınlarla birlikte yakalandığının anlaşılması karşısında, suçun tamamlandığı gözetilmeden eylemin teşebbüs aşamasında kaldığından bahisle eksik ceza tayini bozmayı gerektirmiştir.

⁶² Kurt, Levent, *a. g. e.*, s. 266.

⁶³ Dülger, Murat Volkan, *a. g. e.*, s. 263.

⁶⁴ Hafızoğulları, Zeki, *Ceza Hukuku Ders Notları*, Ankara 2008. <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>, s. 305. (SGT: 29.08.2009).

le birden çok hukuki değerin ihlal ediliyor olması, haklı olarak kanun koyucuyu bileşik suçları, bu suçların unsurunu ya da ağırlaştırıcı nedeni oluşturan suçlara oranla daha ağır bir şekilde cezalandırmaya itmektedir. Çünkü bileşik suçta failin ahlaki kötülüğü, bileşenleri oluşturan suçlara göre çok daha fazladır.⁶⁵

TCK 245. maddede yazılı suçların bileşeni olabilecek nitelikteki suç tipleri, dolandırıcılık (TCK m. 157), hırsızlık (TCK m. 141), güveni kötüye kullanma (TCK m. 155), ve yağmadır (TCK m. 148). TCK bu suçlardan; hırsızlık suçunun basit şekli için bir yıldan üç yıla, güveni kötüye kullanma suçunun basit şekli için altı aydan iki yıla, dolandırıcılık suçunun basit şekli için ise bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörmüştür. Her üç suçun da nitelikli hallerinin gerçekleşmesi halinde cezanın, yedi yıla kadar ulaşması mümkündür. Yağma suçunun basit şekli için ise altı yıldan on yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. TCK m. 245/1'de yer alan banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu için öngörülen ceza ise, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Görüldüğü üzere hırsızlık, güveni kötüye kullanma veya dolandırıcılık suçlarının bu suçun bileşeni olabileceği kabul edilse bile, suçun yaptırımı açısından düşünüldüğünde, yağma suçu açısından böyle bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Ayrıca diğer üç suçun nitelikli hallerinde cezanın üst sınırının, banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun üst sınırından fazla olduğu da dikkate alındığında, ortada bir bileşik suç olmadığı açıkça görülmektedir.

TCK m. 245'te yer alan suçun bir bileşik suç olmadığını gösteren diğer bir husus ise bileşik suç için olmazsa olmaz bir şart olan, kanuni birleşmenin gerçekleşmemiş olmasıdır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 19.02.1984 gün ve 1984/64 karar sayılı kararında, "...*kaynaşan suçlardan birinin diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı sebebinin teşkil ettiğinin yasada açıkça gösterilmesi şarttır ve bu şart suç ve cezaların kanuniliğinin gereğidir*" ifadesiyle, bileşik suçta kanuni birleşme şartına vurgu yapmıştır. Öğretide de, birleşmenin mutlaka kanunda açık bir şekilde gösterilmesi gerektiği konusunda görüş birliği vardır.⁶⁶

⁶⁵ Taner, Fahri Gökçen, "Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç Mudur?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2007, s. 75.

⁶⁶ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C: 2, Sulhi Garan matbaası, 1974, İstanbul, s. 407.

TCK 245/1'deki suçun zincirleme şekilde işlenmesi mümkündür.⁶⁷ TCK 43. maddeye göre, bir suçun aynı kişilere karşı farklı zamanlarda veya farklı kişilere karşı aynı zamanda işlenmesi halinde zincirleme suçtan bahsedilebilecektir.⁶⁸ Başka bir deyişle, zincirleme suçun söz konusu olabilmesi için kural olarak aynı suç en az iki kez işlenmelidir.⁶⁹ Bu suçlardan biri tamamlanmış, diğeri teşebbüs halinde kalmış olabileceği gibi; her iki eylem de teşebbüs halinde kalmış olabilir.⁷⁰

Bu konuyla ilgili tartışılması gereken konu, işlenen suç sayısının belirlenmesi bakımından, kullanılan kredi kartı sayısının mı, kart hamilinin mi yoksa kartı çıkaran banka sayısının mı esas alınacağıdır. Yargıtay süregelen uygulamasında, kredi kartının kötüye kullanılması suçunda, kullanılan kart sayısını esas almaktadır⁷¹. Bunun sonucun-

⁶⁷ TCK 43: (1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29.06.2005-5377 S. K./6.mad) Mağdur belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.

⁶⁸ Taşdemir, Kubilay, *a. g. e.*, s. 324.

⁶⁹ 11. CD 25.11.2008,2008/14622-12423 E-K: Suça konu kredi kartının birden fazla işyerinde kullanılarak haksız çıkar sağlandığı halde TCK 43. maddesinin uygulanmaması.

⁷⁰ 11. CD 30.11.2006,2006/6678-9711 E-K: Sahte oluşturulmuş bir kredi kartıyla kısa süre içerisinde değişik işyerlerinde alışveriş yapılması eylemlerini TCK 43. maddesinin uygulanmasını gerektirir zincirleme suçu oluşturduğu gözetilerek, sanık F'ın sahte kredi kartıyla mağdur F.Ö.'a ait işyerindeki eylemlerinin ise teşebbüs aşamasında kaldığı anlaşıldığından, bu iki eylemi yönünden tamamlanmış suçtan hüküm kurularak cezanın TCK'nın 43. maddesi uyarınca arttırılması gerektiği gözetilmeden her bir işyerine karşı işlenen fiillerin bağımsız suçlar olarak kabul edilmesi.

⁷¹ 11. CD 21.11.2006,2006/5704-9321 E-K: Kredi kartının kötüye kullanılması suçu, kullanılan kart sayısınca oluşacağından, mağdur M.U.'e ait Garanti Bankası kartının 7 defa, Bonus kartının 2 defa, Pamukbank'tan alınan kartının 1 defa kullanıldığı, mağdur E.Ç'na ait kredi kartının ise 4 defa kullanıldığı anlaşılınca, sanık hakkında TCK 245/1, 43 maddeleri 3 defa, 245/1 maddesi ise 1 defa uygulanmak suretiyle ceza tayini gerektiğine.

11. CD 10.07.2008,2008/6162-7606 E-K: Şikayetçiye ait değişik bankalara verilen kredi kartlarının birden fazla kullanılması nedeniyle kendi içinde teselsül eden kart sayısınca suç oluşturduğunun gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından

da ise, TCK'nın 245. maddesinin içerdiği ceza miktarları da göz önüne alındığında, sanıklara çok yüksek cezaların verilmesi söz konusu olmaktadır. Örnek vermek gerekirse, bir mağdurun cüzdanını çalan hırsız, mağdura ait cüzdandaki dört ayrı kredi kartını kullanarak harcama yapmış ise, dört ayrı suç işlediği kabul edilerek dört kez cezalandırılmaktadır. TCK'nın 245/1 maddesinin yaptırımını, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır. Dört kez bu cezanın uygulanması durumunda, diğer suçlara verilen ceza miktarları da dikkate alındığında, çıkan sonuç itibariyle, ceza adaleti bakımından Yargıtay'ın bu konudaki uygulamasına katılmıyoruz. Bu suç bakımından kullanılan kredi kartı sayısı yerine, kart hamili sayısının esas alınması, kart hamiline ait birden fazla kartın kullanılması halinde, cezanın takdirinde alt sınırdan uzaklaşıp zincirleme suç hükümlerinin de uygulanmasının daha doğru bir yaklaşım olacağını düşünüyoruz.⁷²

Fikri içtima ile ilgili olarak, hırsızlık suçuyla TCK'nın 245/1 aynı olayda birleşebilecek midir? Örneğin, mağdurun kredi kartının bulunduğu çantası çalınmışsa ancak fail yalnızca içerisindeki kartını alıp çantayı atarak kredi kartını kullanmak yoluyla haksız bir yarar elde etmişse fail hakkında TCK'nın 44⁷³ maddesi uygulanacak mıdır? Bir görüş bu durumda TCK'nın 44. maddenin göndermesiyle, sadece TCK'nın 245/1 maddesinin uygulanacağını savunmaktadır.⁷⁴ Kanaatimizce ise, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanu'nda "kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır" ilkesi benimsenmiş olduğundan, hem hırsızlık suçundan hem de TCK 245/1 maddesinde yazı-

bozma sebebi sayılmamıştır.

11. CD 12.05.2008,2008/1590-4742 E-K: 5237 sayılı TCK'nın 245/1 maddesinde öngörülen "banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması" suçunun, hükmün düzenleme amacı ve düzenleniş biçimi ile korunan hukuki menfaat gözetildiğinde, kart sayısınca oluşacağı ve zincirleme suç hükmünün de, aynı kartın farklı zamanlarda birden fazla kullanılması halinde uygulanacağı gözetilmeden, katılanın farklı bankalara ait birden fazla kredi kartının hukuka aykırı şekilde kullanılması eyleminde zincirleme suç hükümleri uygulanmak suretiyle tek mahkumiyet hükmü verilerek eksik cezaya hükmolunması aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.

⁷² Benzer görüş için, Taşdemir, Kubilay, *a. g. e.*, s. 324

⁷³ TCK m. 44 : "İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır."

⁷⁴ Taşkın, Şaban Cankat, *a. g. e.*, s. 81

lı suçtan cezalandırma yoluna gitmek gerekecektir. Nitekim Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.⁷⁵

Uygulamada karşılaşılan bir başka sorun, failin ağa bağlı bir bankanın bilişim sistemine girerek mudilerden birisine ait hesaptan kendi hesabına para aktarması eylemidir. Bu eylemin TCK'nın 142/2-e maddesini ihlal ettiği konusunda görüşler⁷⁶ bulunmasına rağmen; Yargıtay tarafından bu eylemin TCK'nın 244/4 maddesini ihlal ettiği kabul edilmiştir.⁷⁷

⁷⁵ Yargıtay 6. CD 10.03.2009,2008/17716 E, 2009/4889 K: Sanığın, tanık Ahmet Erdemir'in işyerinin çekmecesinde bulunan yakınana ait suça konu kredi kartını, adı geçen tanığın soruşturma aşamasındaki 18.06.2004 ve kovuşturma aşamasındaki 22.09.2004 günlü ifadelerinin içeriğine göre, bilinmeyen bir şekilde çalıp, bu kartla kuyumcudan alışveriş yaptığının anlaşılması karşısında; eyleminin hırsızlık suçunun yanı sıra, 765 sayılı TCK'nın 504/3. maddesine uyan (5237 sayılı Yasaya göre 245/1. maddesine uyan) dolandırıcılık suçunu oluşturduğu, bu suçla ilgili yargılama yapma görevinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek, görevsizlik kararı verilmesi gerektiği düşünülmeden, yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

Yargıtay 6. CD 17.03.2008,2007/9503 E, 2008/7144 K: Sanığın 28.01.2006 tarihinde oturdukları kafede yakınanın masaya bıraktığı montundan 2 adet cep telefonunu, yine 30.01.2006 tarihinde birlikte kaldıkları otel odasında yakınanın ehliyet ve kredi kartlarını çalması karşısında, eyleminin 5237 sayılı Yasanın 142/1-b ve 43. maddelerine uyduğu gözetilmeyerek yazılı biçimde hüküm kurulması, ayrıca yakınana ait banka kartını çalan sanığın bu kartı kullanarak kendisine yarar sağlamasından sonra, kovuşturma sırasında yakınanın tüm zararını karşıladığının anlaşılmasına göre; 19.12.2006 tarih ve 5560 S. K.11.md. ile 5237 sayılı Kanun'un 245/5. maddesinde 'birinci fıkra kapsamına giren fiillerle ilgili olarak bu Kanunun malvarlığına karşı suçlara ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanır' hükmünün getirilmiş olması karşısında, belirtili Yasanın 168. maddesi kapsamında sanık hakkında yeniden değerlendirme yapılması zorunluluğu bozmayı gerektirmiştir.

⁷⁶ Kurt, Levent, *a. g. e.*, s. 190.

⁷⁷ Yargıtay 11. CD 28.02.2008,2008/22-1141 E- K: Oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen, katılan Nazan Eroğlu'na ait Fortisbank Sefaköy Şubesi'ndeki hesaba internet üzerinden girilerek, mevduatında bulunan 12.100 YTL. parayı, fikir ve eylem birliği içerisinde hareket eden sanıklar tarafından, sanık Pınar'ın Akbank Adana Küçüksaat Şubesi'ndeki hesabına havale edilerek aynı gün paranın 10.900 YTL'yi banka şubesinden, 1000 YTL'yi banka kartı ile çekilmesinden ibaret eylemlerinin bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nın 244/4. maddesinde öngörülen bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş bir sistemi kullanarak kendisi veya başkası lehine hukuksal aykırı yarar sağlamak suçunu oluşturduğu gözetilmeden nitelikli hırsızlık suçunu oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması.

Yargıtay 11. CD 28.05.2009,2009/3019-6644 E- K: Dolandırıcılık suçunda unsur olan hileli davranışların gerçek kişiye yönelmesi ve bunun sonunda onun veya başkasının malvarlığı aleyhine sanığın veya başkasının yararına haksız bir menfaat sağlanması gerekeceği, somut olayda ise, sanığın bilgisayara virüs bulaştırmak

İçtima bakımından, ayrıca, yağma suçu ile TCK'nın 245/1 düzenlemesini karşılaştırmak gerekmektedir. Örneğin failin mağdurdan yağma suretiyle kredi kartını alması ve karttan haksız şekilde yararlanması durumunda hangi düzenleme uygulanacaktır? Bir görüş, kartın zorla elde edilmiş olması durumunda bile yağma suçundan hüküm kurulamayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, TCK'nın 245/1 maddesindeki *"her ne surette olursa olsun ele geçirme veya bulundurma"* ifadesinden bu sonuca ulaşılmakta, bu da TCK'nın 245/1'in uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Başka bir deyişle, suçun oluşması bakımından kartın ne şekilde ele geçirildiğinin önemi yoktur.

Buna karşı başka bir görüş,⁷⁸ 245/1 maddesindeki *"her ne surette olursa olsun ele geçirme"* tanımlamasının içine kartın yağma yoluyla ele geçirilmesinin de dahil olduğunu ancak bundan her olayda mutlaka m. 245/1'in uygulanması gerektiği yönünde bir sonuca varılamayacağını savunmaktadır. Çünkü 245. maddede *"fîl başka bir suç oluştursa bile yalnızca bu madde hükmü uygulanır"* diye bir düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle de bu tip bir olayda TCK m. 44 gereğince, cezası en ağır olan kanun maddesi fail hakkında uygulanmalıdır. Bu görüşe göre, yağma suçunun basit hali TCK'nın 148/1 maddesinde 6 aydan 10 yıla kadar hapsi gerektirir. Ancak 149. maddedeki nitelikli yağmada ise ceza 10 yıldan 15 yıla kadar hapistir. 150. madde ise yağma suçunda indirim düzenlerken, 167. madde gereğince, *"şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep"* yağma suçunda uygulanmayacaktır. Buna göre, TCK'nın 44. maddesi göndermesiyle, bir somut olayda yağma suçunun cezası daha ağır olduğu için, fail yağmadan cezalandırılmalıdır.

Kanaatimizce ise, yukarıda anlatılan örnek olayda iki ayrı eylemden bahsedilmektedir. İlk eylem yağma olup, eylemin sona ermesiyle yağma suçu oluşmuş olacaktır. Sonrasında ikinci bir hareketle, yağma

suretiyle ele geçirdiği şifreleri kullanarak şikayetçinin Garanti Bankası Bergama Şubesi'nde bulunan yatırım hesabına girip hesaptaki paradan 21.400 TYL'yi Garanti Bankası Galata Şubesine Önder Karar adına havale ettirmek ve sahte kimlikle parayı çekmekten ibaret eyleminde, gerçek kişiye yönelen hileli bir hareket bulunmaması nedeniyle dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığı, fiilin TCK'nın 244/4.maddesinde öngörülen *"bilşim sistemini bozma suretiyle haksız çıkar sağlama"* suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde *"bilşim sistemlerinin aracı olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık"* suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi.

⁷⁸ Karagülmez, Ali, a. g. e., s. 208.

sonucu elde edilen kredi kartının kullanılması ayrı bir suç oluşturmuş olacaktır. Ceza kanununun “*kaç tane fül varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*” prensibi gereği iki ayrı eylemden de ceza verilmelidir. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir.⁷⁹

TCK 245/1 ile dolandırıcılık suçunun birlikte uygulanıp uygulanamayacağına TCK 44 anlamında değerlendirilmesi gerekirse;⁸⁰ bir görüşe göre, TCK'nun 245. maddesindeki “*her ne surette olursa olsun*” ifadesinden yola çıkılarak, dolandırıcılık suçunun uygulanamayacağı, kredi kartının hileli davranışlarla sahibinin elinden alınmasından sonra bu kartın kullanılarak makineden para çekilmesi eyleminin TCK'nun 245. maddesinden ayrı değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüştür.⁸¹ Kanaatimiz, özellikle dolandırıcılık suçunda, suçun gerçekleşme aşamaları, failin saiki de göz önünde bulundurularak, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun her iki eylemin ayrı ayrı cezalandırılmasına imkan verdiği yönündedir.

⁷⁹ Yargıtay 6. CD 09.03.2009,2008/10669 E, 2009/4966 K:Yakındanan yağmaladıkları ve zorla şifrelerini söylettikleri üç ayrı bankaya ait kredi kartlarını, iki gün içerisinde kullanarak bankomatlardan para çeken ve alışveriş yaparak kendilerine haksız yarar sağlayan sanıkların eylemlerinin, yağma suçundan ayrı olarak şikayetçinin farklı bankalara ait kredi kartlarını hukuka aykırı kullanması ayrı ayrı 5237 sayılı TCK'nun 245/1.maddesinde öngörülen “banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçlarını” da oluşturduğu ve bu suçlardan da mahkumiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, nitelendirmede yanılıya düşülerek yazılı gerekçe ile beraatlerine hükmedilmesi (Yağma nedeniyle verilen mahkumiyet hükmü onanmıştır)

Yargıtay 6. CD 09.07.2007,2006/21709 E,2007/8944 K: Sanıkların mağdura ait banka kartlarını rızası olmadan ele geçirerek kullanmak suretiyle kendilerine yarar sağlamaları eyleminin, 5237 sayılı TCK'nun 245/1. maddesine uyan ayrı bir suç oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde uygulama yapılması ve 16/12/2005 tarihinde işlenen yağma suçunun iş yerinde işlendiğinin anlaşılması karşısında, sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK'nun 149/1. maddesinin (c) ve (h) bendlerinin yanı sıra (d) bendinin de uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi, sonuca etkili olmadığından; sanık Ramazan Bağcı'nın 17/12/2005 tarihinde işlediği ikinci yağma suçunu iş yerinde işlediği ve 5237 sayılı TCK'nun 149/1-d maddesinin uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi de karşı temyiz olmadığından, bozma nedeni yapılmamış; diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

Yargıtay 6. CD 25.12.2008,2008/13580-25565 E-K: Silah tehdidi ile alınan katılana ait kredi kartları ile değişik bankalara ait ATM'lerden para çekildiğinin anlaşılması karşısında; sanıklar hakkında 5237 sayılı TCY'nun 245/1. maddesi uyarınca zamanaşımı içinde kamu davası açılması olanaklı görülmüştür.

⁸⁰ Karagülmez, Ali, *a. g. e.*, s. 205.

⁸¹ Kurt, Levent, *a. g. e.*, s. 184.

Özel belgede sahtecilik (TCK m. 207)⁸² yapılarak, TCK m. 245/3'ün ihlal edilmesi halinde ise, TCK'nın 212.⁸³ maddesinde göz önüne alınmalı ve her iki eylemden cezalandırma yoluna gidilmelidir.⁸⁴

f. Şahsi Cezasızlık Sebepleri ve Cezayı Kaldıran Şahsi Sebepler

1. Şahsi Cezasızlık Sebepleri

Şahsi cezasızlık sebepleri, suçun icrası sırasında mevcut olan sebeplerdir. Somut olayda failin, şahsi cezasızlık sebebinin varlığını bilmesine gerek yoktur.⁸⁵

TCK'nın 245/4. fıkrasında düzenlenen şahsi cezasızlık sebepleri, yasanın kabul edildiği ilk halinde bulunmamakla birlikte, 29.06.2005 gün ve 5377 sayılı kanunla metne eklenmiştir. Bu durum, TCK 245. maddenin bilişim suçları bölümünde değil, malvarlığına karşı suçları düzenleyen TCK'nın Onuncu Bölümü'nde (TCKm. 141-170) işlenmesi gerektiğini de doğrulamaktadır.

TCK 245/4. fıkraya göre; *"Birinci fıkra da yer alan suçun;*

⁸² TCK 207- "(1) Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan Kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan Kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."

⁸³ TCK 212- "Sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükümlenir."

⁸⁴ 11. CD 13.05.2009,2006/4740,2009/6230 E-K: Sanıklara yüklenen, sahte nüfus cüzdanı ile başvurarak şikayetçi bankalardan muhtelif tarihlerde iki ayrı kredi kartı alıp, kullanmak suretiyle haksız menfaat sağlamaktan ibaret eylemlerinin suç tarihlerinden sonra 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın 245/3. maddesinde düzenlenen "banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması" suçunu oluşturduğu gözetilerek bu madde ile karşılaştırma yapılması, 5237 sayılı TCK'nın uygulanması halinde dolandırıcılık suçu yanında anılan yasanın 212. maddesi delaletiyle özel evrakta sahtecilik suçundan da hüküm kurulması yerine Yapı Kredi Bankasına yönelik eylemleri için 5237 sayılı TCK'nın 158/1-J, Garanti Bankasına yönelik eylemleri için 765 sayılı TCK'nın 504/1. maddelerinin lehe olduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması ve değişik bankalara ait kredi kartlarının birden fazla kullanılması nedeniyle eylemlerinin zincirleme iki ayrı suçu oluşturduğunun gözetilmemesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

⁸⁵ Özgenc, İzzet, *Türk Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara 2008, s. 539.

- a. Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,
 b. Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,
 c. Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,
 Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükümlenmez.”

Böylece malvarlığına karşı suçlarda olduğu gibi, bazı akrabalık ilişkileri şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu düzenlemede, malvarlığına karşı işlenen suçlardan farklı olarak, ceza belirli oranda indirilmemekte, ceza tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Bu konuda yargıcın takdir hakkı yoktur. Çünkü söz konusu düzenleme buyurucu niteliktedir.

TCK'nın 245/4 fıkrasının uygulanması için; birinci fıkradaki suçun gerçekleşmiş olması şarttır. Maddenin diğer fıkralarındaki suçlar işlenmişse 245/4'teki cezasızlık nedeni uygulanamayacaktır.⁸⁶

1. a. Haklarında Ayrılık Kararı Verilmemiş Eşlerden Biri

Evliliğin suçun işlendiği sırada hukuken var olması zorunludur. Eşlerin fiilen ayrı yaşamaları önem taşımamaktadır. Mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmişse, fail bu madde hükmünden yararlanamayacaktır. Türk Medeni Kanunu'na göre, mahkeme tarafından verilebilecek ayrılık kararı bir yıl ile üç yıl arasındaki bir süreyi kapsamaktadır. Bu süre sonunda taraflar boşanma davası açmazlarsa, evlilik devam etmekte olduğundan mahkemenin belirlediği süreden sonra işlenen suçlarda faile ceza verilemeyecektir.⁸⁷

Suç işlendikten sonra fail ile mağdur evlense bile, bu hüküm uygulanmayacaktır. Yasanın aradığı evlilik Medeni Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilen evlilik olup, birlikte yaşama veya imam nikahı halinde bu hüküm uygulanmayacaktır.

⁸⁶ Karagülmez, Ali, *a. g. e.*, s. 220.

⁸⁷ Meran, Necati, *a. g. e.*, s. 385.

1. b. Üstsoy veya Altsoy veya bu Derecede Kayın Hısımlarından Biri veya Evlat Edinen veya Evlâtlık

Yasanın aradığı bu akrabalık bağlarının olup olmadığı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir. Medeni Kanun'un 18. maddesinde yer alan "*kayın hısımlığı kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesi ile ortadan kalkmaz*" hükmü de dikkate alındığında, evlilik sona erse bile, fail cezasızlık halinden yararlanabilecektir.

Yasa evlat edinen ve evlatlık için de, ceza sorumsuzluğu öngörmüştür. Medeni Kanuna göre, mahkeme kararıyla evlatlık ilişkisi kurulabileceğinden, evlatlık kararının kesinleşmesiyle yasanın sağlamış olduğu imkandan yararlanabilecektir.

1. c. Aynı Konutta Beraber Yaşayan Kardeşler

Yasanın kabul ettiği bu hükmün uygulanabilmesi için, kardeşlerin aynı konutta sürekli olarak birlikte yaşamaları gerekmektedir. Kardeşlerin öz olması aranmamaktadır.

2. Cezayı Kaldıran Sebepler

Cezayı kaldıran sebepler, suç tamamlandıktan sonra gerçekleşmektedir. Suç tamamlandıktan sonra etkin pişmanlık gösterilmesi halinde, kişiye ceza verilmemekte veya cezasında indirim yapılmaktadır. Yeni TCK'da, etkin pişmanlığın düzenlendiği hükümlerden biri de, TCK 168. maddede yazılı, malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından kabul edilmiştir.⁸⁸

06.12.2006 gün ve 5560 sayılı kanunla TCK 245/5. fıkraya, "*birinci fıkraya kapsamına giren fiillerle ilgili olarak, bu kanunun malvarlığına karşı suçlarla ilişkin etkin pişmanlık hükümleri uygulanacaktır*"⁸⁹ hükmü eklenmiş olup, bu fıkrada anlatılan hüküm TCK 168. maddesindeki hükümdür.⁹⁰

⁸⁸ Özgenç, İzzet, *a. g. e.*, s. 544.

⁸⁹ 11. CD 23.03.2009,2009/19004-2940 E-K: TCK 168. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hükümlerinin TCK 245/3. maddesindeki suça uygulanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması.

⁹⁰ TCK m. 168: (1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan son-

Burada düzenlenen etkin pişmanlık, suçun tamamlanmasından sonra, fail tarafından pişmanlık duyularak, mağdurun suçtan gördüğü zararın giderilmesi, uğradığı haksızlığın yarattığı sonuçların onarılması esasına dayanmaktadır. Önemli ve tartışma yaratan bir nokta, “bizzat pişmanlık göstermek” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği üzerinedir. Bir kısım görüşe göre, failin pişmanlık duyularak bizzat zararı gidermesi gerektiği savunulurken; bir başka görüş, zararın bizzat fail tarafından karşılanmasını önemli görmeyip, mağdurun zararının giderilmesini yeterli görmektedir. Failin cezaevinde olması halinde zararı gidermesinin mümkün olmaması gibi özel hallerin varlığı da düşünüldüğünde, kanaatimizce de önemli olan mağdurun zararın giderilmesi olup, mağdurun zararının karşılanması haline öncelik tanımak gereklidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da verdiği bir kararında, bu konuya açıklık getirmiştir.⁹¹ Aynı yoruma katılan Yargıtay daire kararları da bulunmaktadır.⁹²

ra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmeden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır.

⁹¹ YCGK 27.05.2008,11-127/147 E-K: Burada karşımıza çıkan husus şudur: Hükümün kesinleşmesinden önceki yargılama sırasında sanığın “pişman olduğu” bellidir, ancak bu pişmanlık “zararı giderme” şeklinde tezahür etmemiştir. Uyarılama yargılaması aşamasında ise, bizzat sanığın girişimleriyle, fakat cezaevinde olması nedeniyle ailesi tarafından ödeme yapılmıştır. Şu durumda, yargılama boyunca gerek sözleriyle, gerekse bir takım davranışlarıyla pişmanlığını ortaya koymuş ancak herhangi bir ödemede bulunmamış hükümlününün 5237 sayılı TCK 245. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle hakkında TCK'nın 168. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma olasılığının ortaya çıkması üzerine, ailesini harekete geçirmek suretiyle ödemenin yapılmasını sağladığı anlaşılacakla, hükümlü Ali hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasına bir engel bulunmadığından Özel Dairenin bozma kararı yerindedir.

⁹² 11 CD 30.04.2009,2009/1844-5051E-K: Katılanın hüküm tarihinden sonra verdiği dilekçe ile zararının sanık yakınları tarafından karşılandığından bahisle şikayetçi olmadığını belirtmesi karşısında, TCK 245/5 maddesi uyarınca etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin hukuki durumun taktir ve tayininde zorunluluk bulunması.

11 CD 26.03.2008,2008/282-1793 E-K: Şikayetçinin zararının tazmin edildiğinin

Failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesi için, suçtan bir zarar ortaya çıkmış olması gerekir. Eylem sonrası zarar doğmadığı takdirde, tazmin edilecek bir durum olmadığından bu yasa hükmü uygulanamayacaktır. Aynı şekilde eylemin teşebbüs aşamasında kalması halinde, tazmin edilecek bir zarardan bahsedilemiyorsa TCK 168/1 maddesi uygulanamayacaktır.⁹³

Etkin pişmanlık, kişisel bir ceza indirim nedeni olup, iştirak halinde gerçekleştirilen suçlarda faillerden birinin duyduğu pişmanlık sonucu tüm zararı gidermesinin diğer suç ortaklarının da bu maddenin sağladığı olanaktan yararlanmasını gerektirmez.⁹⁴

i. Yaptırım ve Usul Hükümleri

TCK 245/1'deki eylemde faile üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilecektir. Ceza seçimliktir. Yargıç, başkasına ait bir banka veya kredi kartını her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimseye, bu kimse kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın, bu kartı kullanarak veya kullandırarak bir yarar elde etmişse hem belirtilen hapis cezasını, hem de adli para cezasını verecektir.

TCK m. 245/2'deki başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden ya da banka veya kredi kartları üzerinde sahtecilik yapan fail ise, birinci fıkradakine göre daha ağır cezaya çarptırılacaktır. Bu kez faile verilecek cezanın alt sınırı üç; üst sınırı ise yedi yıl olacak ve faile ayrıca on bin güne kadar adli para cezası verilecektir.

Üçüncü fıkradaki eylemde ise, yani, sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan banka veya kredi kartını kullanarak kendisine

anlaşıp, kabul edilmesi karşısında; zararın ne zaman giderildiği tepsi edilip sanıkların suç tarihinden sonraki tüm söz ve davranışları nazara alınarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına takdiri gerekirken, "sanıkların kişilikleri ve olayın seyrine göre ödemeyi mahkemece verilebilecek cezanın miktarını azaltmayı amaç edinmeleri nedeniyle etkin olarak pişman oldukları için yaptıklarına dair mahkemece olumlu bir kanaat oluşmadığından" bahisle ve sanıkların pişman olmadıklarına dair delillerin neler olduğu karar yerinde açıklanıp gösterilmeden isabetsiz gerekçe ile TCK'nın 168 maddesinin uygulanmaması.

⁹³ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, s. 587.

⁹⁴ Taşdemir, Kubilay, s. 351.

ya da başkasına maddi yarar sağlayan kişiye ise dört yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilecektir. Burada önemli olan nokta, söz konusu eylemin başka bir suç oluşturmamasıdır. Eylem başka bir suç oluşturuyorsa ceza daha ağır olabilecektir.

TCK m. 245'te işlenen suçlar şikayete bağlı olmayıp, C. Başsavcılığı tarafından doğrudan soruşturma yapılır. Yargılama yapma yetkisi ise asliye ceza mahkemelerine aittir.

SONUÇ

Günümüzde hayatın pek çok alanında giderek artan biçimde banka kartları ve kredi kartlarının kullanılması ve bu kartlar yardımıyla işlenen suçlarda paralel biçimde artışların görülmesi nedeniyle, Yeni Türk Ceza Kanununda banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılmasının ayrı bir suç olarak düzenlenmesi ve ceza yaptırımına bağlanması yerinde bir düzenleme olmuştur.

Bu düzenlemeyle, 765 sayılı TCK döneminde banka kartları aracılığıyla işlenen suçlarda yerel mahkemelerde ve Yargıtay Ceza Daireleri arasında farklı kararların çıkmasının yarattığı karışıklık da giderilmeye çalışılmıştır.

Kanaatimizce bu suçun düzenleme yeri olarak Türk Ceza Kanunu'nun "*Malvarlığı Aleyhine İşlenen Suçlar*"ı kapsayan Onuncu Bölüm'de yer alması daha yerinde olurdu ancak, yukarıda değinildiği üzere 5377 ve 5560 sayılı kanunlarla maddeye eklenen dördüncü ve beşinci fıkralarla, yasanın bulunduğu yer itibarıyla içerdiği olumsuzlukların giderildiğini düşünmekteyiz.

TCK'nın 245. maddesinin hukukumuzda yeni girmesinin de etkisiyle, yürürlüğe girdiğinden beri süregelen uygulamalarda sorunlar yaşandığı görülmektedir. Bu konuda akla gelen en önemli sorun, aynı mağdura ait kartların ele geçirilmesi halinde, her kartın ayrı bir suç oluşturup oluşturmayacağı halidir. Doktrinde bu konuyla ilgili farklı görüşler ileri sürülse de, istikrarlı Yargıtay uygulamalarında her kart için ayrı bir suç olduğu kabul edilmektedir. Kanaatimizce, ortaya çıkan yüksek ceza miktarları da dikkate alınarak, aynı mağdurun farklı bankalara ait kartlarının kullanılması hali tek suç gibi kabul edilip, sanık hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır.

Uygulamada yaşanan bir başka sorun, TCK'nun 245/2-3 fıkrasında belirtildiği üzere, başkalarının banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek üretilen sahte kartı alıp kullanan sanığın, yasadaki düzenlemeye göre, hem TCK m. 245/2, hem de TCK 245/3 fıkraları uyarınca cezalandırılması halidir. Bu halde sanığa asgari hadden ceza verilmek istense bile ortaya çıkacak ceza miktarı toplam 7 yılı bulacaktır. Sahte oluşturulmuş kartı kabul eden birinin, bu kartı kullanmak için aldığı hayatın olağan akışına uygun bir eylem iken, bunun ayrıca suç olarak düzenlenmesi sanık aleyhine ağır sonuçlar doğurmaktadır. Bu düzenleme yerine, kartları ileri teknoloji yardımıyla üreten ve bu yoldan kazanç sağlayan kişilere yönelik ayrı bir düzenleme ile yetinilmesi; sahte olarak üretilen kartları satın alan ve kabul eden kişilerin TCK'nun 245/3 maddesi içerisinde düşünülmesi veya TCK 245/3. fıkranın, TCK'nun 245/2. fıkrasının nitelikli hali olarak düzenlenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Nitekim uyuşturucu madde ile ilgili suçların düzenlendiği TCK m. 188'de uyuşturucuyu imal, ithal ve ihraç edenlerle; uyuşturucuyu satan, satışa arz eden, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden ve bulunduran kişilere farklı cezalar verilmektedir.

Uygulamada görülen bir diğer farklı uygulama, TCK'nun 245/1 maddesinde etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasında görülmektedir. Her ne kadar eylemde zarar gören mağdurun zararının bizzat sanık tarafından giderilmesi yönünde görüşler ve uygulamalar var ise de, kanaatimizce mağdurun zararın giderilmesi daha önemli olmakta olup, zararı kimin karşıladığı önemli değildir. Sanığın tutuklu olduğu hallerde, cezaevinden mağdur ile görüşüp zararını gidermesi olanağı bulunmadığından, zararın sanık dışında başkaları tarafından karşılanması, sanık haklarının korunması bakımından yeterli görülmelidir.

Yukarıda anlatılan sorunlar ile yasanın uygulanmasında karşılaşılabilecek diğer sorunlara rağmen, yasayı toplumsal hayatta önem kazanan bir konuda boşluk bırakmaması nedeniyle önemsemekte ve mevcut sorunların zaman içerisinde giderilmesini ümit etmekteyiz.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Berrin Bozdoğan, Bilişim Suçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:8, S:1-2,Y:2000.
- Akıncı, Hatice/ Alıç, A. Emre/Er, Cüneyd “Türk Ceza Kanunu ve Bilişim Suçları”, İnternet ve Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi yay, Ocak 2004, İstanbul.
- Atamer, M. Yeşim; “Kredi kartının Üçüncü Kişi Tarafından Hukuka Aykırı Şekilde Kullanılması Halinde Doğan Zararları Kim Taşıyacaktır?”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt 1, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- Baydemir, Mehmet,Kredi Kartı ve Hukuksal Niteliği, Vergici ve Muhasebeci ile Diyalog Dergisi, 1998/1.
- Bayraktar, Köksal, Banka ve Kredi Kartlarının Doğurduğu Ceza Hukuku Sorunları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Yay. İstanbul 2000.
- Bayraktar, Köksal, Banka Kredi Kartları Aracılığı İle İşlenebilen Suçlar, Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu (11-13.10.1996), BKM yay.
- Değirmenci, Olgun,Bilişim Suçları Alanında Yapılan Çalışmalar ve Bu Suçların Mukayeseli Hukukta Düzenlenişi, Legal Hukuk Dergisi, S.11,Y:Kasım 2003.
- Değirmenci,Olgun; “Ceza Hukuku Açısından Kredi ve Banka Kartları”, Legal Hukuk Dergisi, Sayı 3, Mart 2003, İstanbul.
- Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yayıncılık, Ekim 2004, İstanbul.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C:2, Sulhi Garan matbaası, 1974,İstanbul.
- Dülger, Murat Volkan, Bilişim Suçları, Seçkin Yay, Ankara, 2004.
- Ekinci,Mustafa;Ceza Hukuku Uygulamasında Banka ve Kredi Kartları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2003.
- Erol, Haydar, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 2000.
- Ersoy, Yüksel, Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, C:49,S:3-4,Y:Haziran 1994.
- Hafizoğulları Zeki, Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 2008, <http://www.zekihafizogullari.com/CezaHukuku%20Ders%20Notlari.pdf>, (SGT: 29.08.2009).
- Karagülmez, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yay, Ankara, 2005.

- Kardaş, Ümit, Bilişim Dünyası ve Hukuk, Karizma Dergisi, S:13,Y:2003
- Ketizmen, Muammer, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Adalet Yay, 2008, Ankara.
- Kuntalp, Erden, Kartlı Ödeme Sistemi Hakkında Genel Bilgiler, Kavramlar ve Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler, Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu (08-10.10.1999), BKM Yay.
- Kurt, Levent, Bilişim Suçları, Seçkin Yay, Ankara, 2005.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami; Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suçlar ve idari Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Meran, Necati, Sahtecilik, Malvarlığı, Bilişim Suçları, Seçkin Yay, Ankara, 2005.
- Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Hakkın Kullanılması Ve İlgilinin Rızası, Adalet Dergisi, S:24, Ocak 2006, Ankara.
- Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Hukukunda Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması, Analiz Basım Yayın, İstanbul, 2002.
- Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul,1994.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay, Ankara, 2008.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/ Saygılar, Yase-min, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Kavramlar, Turhan Kitabevi, 2006.
- Taner, Fahri Gökçen, Banka Veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçu Bir Bileşik Suç Mudur? AÜHFD, Yıl 2007.
- Taşdemir, Kubilay, Bilişim, Banka ve Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması ve Dolandırıcılık Suçları, Ankara, 2009.
- Taşkın, Şaban Cankat, Bilişim Suçları, Beta Yay, Bursa, 2008.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, 2007.
- Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bilişim Suçlarının Genel Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:2,S:2,Y:2005.
- Yazıcıoğlu, R.Yılmaz, Bilgisayar Suçları, Alfa Yay, İstanbul, 1997.
- Yılmaz, Eyyüp, Türkiye’de Kredi Kartı Uygulaması ve Ekonomik Etkileri, Türkmen Kitabevi, 2000.
- <http://www.bkm.com.tr/yillara-gore-istatistiki-bilgiler.aspx>, Kontrol Tarihi: 21/08/2009

KUSURLULUĞU ORTADAN KALDIRAN SEBEPLERLE HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ ARASINDAKİ AYRIMIN TCK'NIN UYGULANMASI BAKIMINDAN PRATİK SONUÇLARI

Elvan KEÇELİOĞLU*

I. Giriş

5237 sayılı TCK'nın birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümünün başlığı, "*Cezai Sorumluluğu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" olarak belirlenmiştir. Söz konusu bölüm toplam 11 maddeden oluşmaktadır. Bunlar sırasıyla, Kanunun Hükmü ve Amirin Emri (TCK m. 24), Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali (TCK m. 25), Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası (TCK m. 26), Sınırın Aşılması (TCK m. 27), Cebir ve Şiddet, Korkutma ve Tehdit (TCK m. 28), Haksız Tahrik (TCK m. 29), Hata (TCK m. 30), Yaş Küçüklüğü (TCK m. 31), Akıl Hastalığı (TCK m. 32) Sağır ve Dilsizlik (TCK m. 33), Geçici Nedenler, Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma (TCK m. 34) dır.

Kanunun bu sistematığının açıkça gösterdiği gibi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda dogmatik açıdan, hukuki nitelikleri birbirinden son derece farklı hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler ve kusurluluğa etki eden sebepler aynı başlık altında toplanmıştır.

Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler arasında yapılacak bir ayırım, her şeyden önce yasa hazırlanırken belli bir suç teorisinden hareket edilip edilmediğinin tespiti bakımından önemlidir. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK ile karşılaştırıldığında birçok maddesi bakımından çok büyük değişiklikleri beraberinde getirdiği gözlemlenmektedir. Yasanın özellikle Hata (TCK m. 30), İştirak (TCK m. 37-41) ile ilgili maddeleri ve yaptırımlar sistematığı yakından incelendiğinde bu değişiklikleri sadece mad-

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

de bazı değişiklikler olarak değerlendirme imkanı yoktur. Yasanın bu maddeleri takip edilen suç teorisi bakımından ciddi bir felsefe değişikliğine işaret etmektedir. Özellikle “haksızlık” teriminin suç teorisindeki sistematik anlamıyla beraber kanun metninde kullanılıyor olmasını bu değişimin doğrudan bir yansıması olarak görmek mümkündür. Yasa koyucunun yasanın genelinde de esas aldığı suç teorisi bakımından Alman Hukukuna paralel bir seyir izlediği gözlemlenmektedir.¹

Ancak bugün için Alman hukuk çevrelerinde hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu kaldıran sebeplerin birbirinden tıpkı hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi keskin bir şekilde ayrılması gerektiğine ilişkin görüşler ileri sürülmektedir. Hatta bizatihi Alman ceza hukukunun bugünkü suç genel teorisi anlayışının temelini bu olduğu söylenilebilir.² Böylesine bir ayrımın gerekliliğine ilişkin görüşler her şeyden önce kurumların dayanmış olduğu felsefi noktaların farklılığından hareket etmektedir.³ Bu bağlamda ulaşılan pratik sonuçlarda farklılık arz etmektedir.

Yasa koyucunun yukarıda belirtilen maddelerde haksızlığı ve kusurluluğu birbirinden ayıran farklı bir suç teorisi anlayışından hareket ettiği iddia edilse de, 5237 sayılı Kanun’un hazırlık çalışmalarını yürüten Adalet Komisyonunun Raporu’nda; bu maddelerin hukuki niteliklerinin tartışmalı olduğu belirtilmiş, öğretilerde ileri sürülen görüşler açısından bağlayıcı olmamak için bölümde söz konusu edilen hukuki kurumların salt hukuki sonucu göz önünde bulundurulmak suretiyle bir başlıklandırmaya gidildiği belirtilmiştir.⁴ Ancak madde gerekçeleri incelendiğinde yasa koyucunun söz konusu maddelerin hukuki nitelikleriyle ilgili olarak yorum yapmaktan kaçınmadığı gerekçelerde maddelerin hukuki nitelikleriyle ilgili geniş açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Yine yasa koyucunun CMK’nın 223. maddesinde bu ku-

¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Keçelioğlu, *Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das neue türkische Strafgesetzbuch*, s. 71 vd.

² Jescheck, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, s. 177., Daha fazla bilgi için bkz. Koca / Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 117 vd.

³ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrecht*, s. 324-325.

⁴ Adalet Komisyonu Raporu için bkz. *Gazi Şerhi*, s. 47. Söz konusu bölüm hazırlanırken Komisyona danışmanlık yapan akademisyenlerin, bölümün Hukuka Uygunluk Nedenleri ve Kusurluluğu Etkileyen Nedenler olarak iki kısım halinde düzenlenmesi talebi komisyon tarafından kabul edilmemiştir., Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 251.

rumların hukuki niteliklerini ve bunun sonucu olan ayrımları dikkate alan bir tasnife gittiği gözlemlenmektedir.

Bu çalışmada hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenler arasındaki en azından yukarıdaki gerekçelerle yapılması zorunlu olan ayırımın felsefi noktaları, genel hatlarıyla ele alınacak ve bu ayırımın ceza kanununun uygulanması bakımından önemi ve pratik sonuçları üzerinde durulacaktır. Aşağıda görüleceği üzere bu konu üzerindeki tartışma salt kavramsal ve dogmatik bir tartışma değil, cezai sorumluluğa ve bunun hukuki sonuçlarına doğrudan etki eden bir nitelik taşımaktadır. Çalışmanın bütününden çıkan sonuç ise bu bölümde yukarıda belirtildiği gibi bir *cezai yaptırımına uğramama perspektifinden* bir sistematik oluşturma anlayışının, esinlenen suç teorisine uygun olup olmadığının irdelenmesi olacaktır.

II. Hukuka Uygunluk Sebepleri ile Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebepler Arasındaki Ayırımın Temeli

Ceza hukukunda tipik her hareket yaptırıma tabi tutulamaz, tipik hareketin yaptırım altına alınabilmesi için ayrıca hukuka aykırı olması gerekmektedir. Ancak hukuk düzeni sadece '*yasaklayıcı normlardan*' oluşmamaktadır. Hukuk düzeni aynı zamanda belirli bir yasağı bazı koşullar altında hukuka uygun hale getiren '*izin verici normları*' da tanımaktadır. Bu normlar hukuka uygunluk sebepleri olarak adlandırılırlar ve ortaya çıktıkları yerde artık hareketin hukuka aykırılığından dolayısıyla da haksızlıktan bahsedilemez.⁵ Bu durumlarda gerçekleştirilen tipik hareket hukuka aykırı değildir. Hukuk düzeni bu durumda gerçekleşen hareketi onaylamaktadır. Bu durumda yapılan hareket bir yandan kanunda gösterilen tipik hareketin bütün unsurlarını gerçekleştirirken diğer yandan "*suçun*" ya da daha daraltıcı bir kavramsallaştırma ile "*haksızlığın*" hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmaktadır.⁶

Bu hukuka uygunluk sebeplerinin sadece ceza hukukundan kaynağını almasına gerek yoktur; hukukun her alanından doğabilirler. Bu bakımdan örneğin meşru müdafaa Ceza Kanunundan doğan bir hu-

⁵ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 323.

⁶ Buradaki hukuka aykırılık, objektif hukuka aykırılıktır ve hukukun bütünü bakımından hüküm ifade etmektedir. Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 160.

kuka uygunluk sebebi iken (TCK m. 25. f. 1), buna karşılık kiralayanın hapis hakkı özel hukuktan ortaya çıkan bir hukuka uygunluk sebebidir (BK m. 269). Sonuçları itibariyle hukuka uygunluk sebepleri içerisinde gerçekleştirilen bir davranış bütün hukuk düzeni bakımından hukuka uygundur.⁷ Bu bağlamda hukuk düzeninin birliği ve çelişmezliği prensibi geçerlidir.⁸ Bu prensibin pratik anlamı şudur; özel hukuk veya kamu hukukundan doğan bir hukuka uygunluk sebebi etkisini doğrudan ceza hukukunda gösterirken, ceza hukuku alanında yer alan bir hukuka uygunluk sebebi ise etkisini doğrudan diğer alanlarda gösterebilecek; fiili hukuka uygun hale getirecektir. Hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin bir katalog oluşturma, yani bunları tek tek belirleme çabası devam etmekle beraber, böyle bir katalogun tamamlandığına ilişkin bir iddiada bulunulamaz. Sosyal düzen kuralları geliştiği ölçüde hukuka uygunluk sebepleri de gelişmeye veya daralmaya devam etmektedir.⁹

Öte yandan belirtmek gerekir ki bir davranışın hukuka uygun ya da aykırı mı olduğu sorusu evet ya da hayır cevabıyla karşılanabilecek bir sorudur. Hukuka aykırılığın ve bu bağlamda hukuka uygunluğun bir derecelendirilmesi söz konusu değildir.¹⁰

Fiil ile hukuk düzeni arasında bir çatışma olmamasının fiilin hukuka uygun sayılmasının nedeni genelde ya hukuki menfaatin yokluğu, ya hukuki menfaatin üstünlüğü ya da hukuki menfaatin eşitliği prensiplerine dayandırılmaktadır.¹¹ Bunu kısaca menfaatler çatışması düşüncesi olarak nitelemek mümkündür. Buna göre hukuk düzeni, çatışan iki menfaat arasında ve bu menfaatler sadece menfaatten birisinin diğerinin pahasına kurtarılmasının mümkün olduğu durumlarda, yüksek olarak değerlendirilen menfaate göre diğerini kurban eder (TCK m. 25 f. 1). Bu bağlamda hukuka uygunluk sebeplerinin amacı, çatışan menfaatlerin sosyal gerçekliğe uygun bir şekilde

⁷ Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, s. 155.

⁸ Wessels/Beulke, *Strafrecht*, s. 99., Haft, *Strafrecht*, AT, s. 69, Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 327.

⁹ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 326

¹⁰ Ancak haksızlık kavramı derecelendirilebilir bir kavramdır. Bir davranış büyük veya küçük bir haksızlık olarak nitelenebilir. Haft, *Strafrecht AT*, s. 70.

¹¹ Hafızoğulları, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 231.

kurgulanmasıdır.¹² Bazı istisnai durumlarda ise çatışan aynı değerdeki iki yükümlülük arasında her iki yükümlülüğü de gerçekleştirmek isteyen tercih edilmesidir. Bu durumda artık gerçekleşen hukuki konunun ihlali eğer hukuka uygunluk sebeplerinin sınırları içerisinde kalıyorsa bir haksızlık olarak nitelenmemekte hukuk düzeni tarafından kabul edilmektedir.¹³ Diğer bir söyleyişle bu durumda yapılan hareket bütün bir hukuk düzeni tarafından bütünüyle onaylanmaktadır.¹⁴ Son tahlilde bütün hukuka uygunluk sebeplerinin ortak sonucu bunların nerden doğduğunun bir önemi olmaksızın haksızlığın hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmalarıdır.¹⁵

Yukarıda vurgulandığı üzere hukuka uygunluk sebeplerini açıklayan felsefi düşünceler birçok temele dayanmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin temeli ise tartışmalıdır.¹⁶ Kısaca belirtecek olursak; kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerde fail, hukuka aykırı olarak hareket etmiştir. Burada artık ihmal edilebilir çatışan bir karşıt menfaatten bahsedilemez. Burada alışık olmadık bir durum vardır ve bu durumdan dolayı fail, kusurluluk hipotezi altına alınamamakta ve ya böyle bir suçlama adil görünmemektedir.¹⁷ Daha üst bir soyutlama ile hareket edilirse, kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler norma uygun davranışın istenemezliği (*Unzumutbarkeit*)¹⁸ düşüncesine dayanmaktadır. Ceza hukuku hiç kimseden insanüstü davranışlarda bulunmasını bekleyemez.¹⁹ Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin esas amacı hukuka aykırı bir davranışın bu kriminal-politik sebeplerle cezalandırılmaması zorunluluğunun sınırlarını çizmektir.²⁰ Tıpkı hukuka uygunluk sebeplerinde olduğu gibi, kusurluluğu ortadan

¹² Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 426.

¹³ Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 426.

¹⁴ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 323

¹⁵ Haft, *Strafrecht*, AT, s. 79.

¹⁶ Haft, *Strafrecht*, AT, s. 137.

¹⁷ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 325

¹⁸ Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht*, AT, s. 554.

¹⁹ Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht*, AT, s. 554

²⁰ Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 426.

kaldıran sebeplerde de tamamlanmış bir katalogdan bahsedilemez.²¹ Kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler cezasızlık sonucunu ortaya çıkaran sebeplerdir.²² Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler söz konusu olduğunda fiilin hem tipik hem de hukuka aykırı olma özelliği devam etmektedir.²³

Hukuka uygunluk sebepleri bir kimsenin çatışan menfaatlerin söz konusu olduğu durumlarda “ne yapmalı?” sorusuna cevap aramaktadır. Bu bakımdan hukuka uygunluk sebepleri davranış hatlarını ve yönlerini belirlerken aynı zamanda hak ve haksızlık (*Recht/Unrecht*) arasındaki çizgiyi de belirlemektedir. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler ise kişi ne yapmalı sorusuyla ilgilenmemektedir. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin temel uğraşı noktası “sosyal olarak hatalı” bir davranışın, olayın özel koşulları bakımından cezalandırılabilir olup olmadığı ya da cezalandırılmak zorunda olup olmadığına ilişkin soruya cevap aramaktadır. Bu farklı kategorilerin farklı ödevleri dikkate alındığında şu sonuca ulaşılabilir. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler hukuka uygunluk sebepleri ile karşılaştırıldığında pür bir ceza hukuku konusu ve sorusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü cezai tehdidin söz konusu olduğu durumda olayın özellikleri dolayısıyla bir istisna yaratma ya da yaratmama ceza hukukunun temel tartışma konularına göre cevaplanacak ve kararlaştırılacak bir sorudur. Buna karşın çatışan menfaatler söz konusu olduğunda hak ver haksızlık arasındaki sınırın belirlenmesine yönelik problem ise sadece ceza hukukunun çözebileceği bir sorun değildir. Buradaki çözüm için hukukun bütün diğer alanlarının katkısı gerekmektedir.²⁴

Sonuç olarak her ne kadar hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin hukuki sonuçları –cezalandırılma/cezai yaptırıma uğramama perspektifinden– aynı olsa da, yani her iki durumda da kişi cezalandırılmasa da bu kurumlar birbirinden farklı anlamlara sahiptir. Hukuka uygun fiil, hukuk düzeni tarafından onaylanmaktadır, buna karşın kusurluluğu ortadan kaldıran se-

²¹ Haft, *Strafrecht*, AT, s.137.

²² Haft, *Strafrecht*, AT, s.137.

²³ Haft, *Strafrecht*, AT, s.137.

²⁴ Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 426.

bepler dahilinde işlenen fiil ise hukuk düzeni tarafından sadece “hoş” görülmektedir.²⁵

III. Ayrımın Pratik Sonuçları

Yukarıda kısaca değinildiği gibi hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin arasındaki teorik ayrımlar, bunlara hukuken farklı sonuçlar bağlandığında bunların sistemleştirilmesi bir zorunluluğa dönüşmektedir. Aşağıda bu ayrımın TCK'nın uygulanması bakımından ortaya çıkan pratik sonuçları üzerinde durulacaktır.

a. İki İzlilik Sistemi Bakımdan

Hukuka uygunluk sebepleriyle kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasındaki ayrım yukarıda da görüldüğü üzere aslında “*fiilin hukuka aykırılığı*” ve “*failin kusurluluğu*” ayrımına dayandırılmaktadır ve bu prensibe dayandırılarak ortaya çıkarılmakta ve geliştirilmektedir. Bu ayrım hiç de küçümsenmeyecek bir kriminal politik hedefe de ulaşılmasını sağlamaktadır; kusurun karşılığı olarak ödettirici ceza ve tehlikeliliğin karşılığı olarak güvenlik tedbiri. Ayrımın diğer ve en önemli sonuçlarından birisi ise bütün bu tartışmaların aynı suç teorisi içerisinde incelenmesine imkan sağlamasıdır.²⁶

“*Suç*”, “*Ceza*” ve “*Güvenlik Tedbirleri*” terimleri modern ceza hukukunun temel kavramlarını oluşturmaktadır. Suç; ceza tehdidi altına alınmış, ceza kanununda bütün unsurları gösterilmiş ve failin kusurlu bir şekilde gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı davranıştır. Ceza ise hukukun ihlalinin, içermiş olduğu haksızlık ve kusurla ölçülü bir şekilde bir kötülükle, hukuk düzenini koruma amacıyla, devlet tarafından ödettirilmesidir. Tabii ki ceza failin resosyialisasyonunu desteklemeli en azından bu süreci sakatlamamalıdır. Güvenlik tedbirleri ise toplumun ve yine failin kendisinin fiilin tekrarı tehlikesine karşı korunması amacıyla hizmet eden yaptırımlardır.²⁷ Bu temel kavramlar özellikle 1945 ten sonra yapılan kanun reformlarının birçoğunda kabul

²⁵ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 476.

²⁶ Eser, *Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung*, s. 310.

²⁷ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 13., Roxin, *Strafrecht AT*, s. 97.

edilmiştir.²⁸Yaptırımlar sisteminin bu ikili ayrımı doktrinde iki izlilik sistemi olarak tanımlanmaktadır.²⁹

5237 sayılı TCK yaptırımlar bakımından da önemli değişiklikleri beraberinde getirmiştir. Yaptırımlar sistematiğinde bir sadeleştirme gidilmiştir. Ayrıca, felsefi alt yapı bakımından iki izlilik sistemi benimsenmiştir.³⁰ Türk hukuku açısından artık, kusur prensibinin altında şerh edildiği anayasal “*Hukuk Devleti*” ilkesi gereğince, kusurlu hareket etme yeteneği bulunmayan, hukuk kuralının anlamını bilmediği veya bilebilecek durumda bulunmadığı için hatta bilebildiği halde, ona uygun hareket edemeyecek durumda olan bir kimseye, ceza verilemez. Bu durumun aksi kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.³¹ Bu sisteme göre ceza yaptırımı kusura bağlıdır. Güvenlik tedbirleri yaptırımı ise haksızlığın yani kusurlu olarak işlenmemiş bir haksızlığın karşılığı olarak karşımıza çıkmaktadır.³² Bu bakımdan iki izlilik prensibi hukuka uygunluk sebepleri ile kusur-

²⁸ Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 13. 1945 yılından sonra ortaya çıkan yasalama faaliyetlerinin birçoğunda iki izlilik sistemiyle karşılaşmakla beraber bu sistemin temelleri daha gerilere gitmektedir. Sistemin temelleri 1882 tarihli Marburger Programıyla Franz v. Liszts tarafından atılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Wedekind, *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbot*, s. 8.

²⁹ Söz konusu sistem 1933 yılından bu yana Alman ceza hukukunun temelini oluşturmaktadır ve tarihsel gelişimi içinde kıta avrupalı hukuk sistemlerinde geniş bir kabul görmüştür. Sistemin gelişimi ve temelleri için bkz. Eser, *Zur Entwicklung von Massregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht*, s. 214 vd. Roxin, *Strafrecht AT*, s.96 vd., Lackner, *StGB Mit Erläuterungen*, Vor 38., Kn 1, s. 253. Jescheck / Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, s. 13. Ayrıca belirtmek gerekir ki 1990’larda ‘Uzlaşma’ müessesesinin ortaya çıkmasıyla beraber yaptırım sistemi ile ilgili tartışmalar daha dinamik bir hal almış, Alman doktrininde kimi yazarlar üç izlilik sistemi üzerine tartışmaya başlamışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Roxin, *Strafrecht AT*, s. 100 vd.

³⁰ Keçelioğlu, *Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das neue türkische Strafgesetzbuch*, s. 132 vd. Ceza kanunumuz tıpkı Alman kanununda olduğu gibi iki izlilik sistemini benimsemiş bulunmaktadır. Bununla birlikte Alman hukuku bakımından iki izlilik sistemi üzerinde yoğun tartışmalar olan bir sistem olduğunu burada belirtmekte yarar görüyoruz. Bu tartışmalar özellikle özgürlüğü bağlayıcı cezalarla özgürlüğü bağlayıcı güvenlik tedbirler arasındaki ilişkinin ortaya konulması çerçevesinde devam etmektedir.

Türk hukuku bakımından ‘iki başlı yaptırım sistemi’ olarak adlandırılan bu sistemin 5237 sayılı Kanun’la açık bir şekilde benimsendiği konusu tereddütten uzaktır. Bkz. Özgenç, *Suç ve Yaptırım Teorisine İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, s. 56.

³¹ Öztürk/Erdem, *Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 323

³² Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 33.

luluk arasında bir ayrıma gidilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu ayrımın zorunlu sonucu olarak, hukuka uygunluk sebepleri içerisinde fiili gerçekleştirmiş bir kimseye hiç bir yaptırım uygulanmazken, aynı fiili kusurluluğu ortadan sebepler içerisinde gerçekleştirmiş kimselelere güvenlik tedbiri yaptırımı uygulanabilecektir. Bu sayede ceza adaleti bu tür fiillere aynı ceza davasında reaksiyon gösterebilecek böylelikle de bu tür kriminal fiiller ceza hukuku alanında tutulacaktır. Ancak bu modelin kusurlulukla, hukuka aykırılık, bu bağlamda hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluk arasında ayrıma gidilmeyen bir sistemde çalışır hale gelmesi kolay olmayacaktır.³³ Bu bakımdan hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasında ayırım yapılması TCK'nın kabul etmiş olduğu yaptırımlar sistemi bakımından zorunludur.

b. Suça İştirak Bakımından

5237 sayılı TCK'nın getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden birisi de iştirak ile ilgili hükümlerdir. 765 sayılı TCK'nın iştirake ilişkin hükümleri, kişinin suçun işlenişine katkısının gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil ondan bağımsız olarak ele alındığı gerekçesiyle ve 765 sayılı kanunun kabul etmiş olduğu ve hükümet tasarısında da kabul edilen asli iştirak, ferî iştirak ayrımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmaya sonuçlanması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla bu ayırmadan vazgeçilmiştir. Yeni yapılan düzenleme ile iştirak şekilleri, fiilin işleniş üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak Faillik (m. 37), Azmettirme (m. 38) ve Yardım Etme (m. 39) olarak düzenlenmiştir.³⁴

5237 sayılı Kanun'a göre, "Azmettirme" ve "Yardım Etme" olarak adlandırılan şeriklikte sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için failin işlediği fiilin kasten işlenmesi ve hukuka aykırı olması gerekir ve yeterlidir. Failin bu fiili nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur. Çünkü suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır. (m. 40. f. 1) Buna bağlılık kuralı

³³ Eser, *Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung*, s. 311.

³⁴ 37. maddenin gerekçesi.

denilmektedir.³⁵ Bu bakımdan hukuka uygunluk sebepleri, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığı için, bu sınırlar dahilinde işlenen bir fiile bütün şeriklik durumları da failin davranışı hukuka uygun kabul edildiği için cezalandırılmamalıdır. Çünkü ortada 40. madde de belirtilen iştirakin üzerine kurulabileceği ‘*hukuka aykırı*’ işlenmiş bir fiilden bahsetme olanağı yoktur. Bu davranışa her türlü katılım, iştirakin üzerine kurulduğu ana fiil gibi hukuka uygun kabul edildiğinden aynı değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır ve hukuka uygun kabul edilmelidir. Buna karşılık bağlılık kuralı gereğince fail kusursuz olsa ve bu sebeple cezalandırılmayacak olsa bile, bu diğer şeriklerin kusurlu olabilecekleri ve bunun karşılığında cezalandırabilecekleri gerçeğini değiştirmektedir. En azından bağlılık kuralı bunu mümkün kılmaktadır. (m. 40) Bu kural gereğince suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın ki bu düzenlemeden şeriklerden birinin kusursuzluğunu da içeren bir “*cezalandırmayı önleyen kişisel nedenler*” kategorisini anlamak gerekmektedir, kişi kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacaktır (m. 40). Bu hiç kuşkusuz kusurun şahsiliği prensibinin de bir sonucudur.³⁶ Ancak uygulamada durum bu teorik çerçeve olduğu kadar birbirinden kesin hatlarıyla ayrılmış değildir, çünkü failin cezasızlığına yol açan sebepler çoğunlukla diğer şeriklerde de vardır ya da başkaca hukuki bir argüman şerikin ceza almasının önüne geçmektedir.³⁷

Ara sonuç olarak; kanunun iştirake ilişkin felsefi-sistemik yaklaşımı dikkate alındığında bu yaklaşımın hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasında bir ayrımı zorunlu kıldığı gözlemlenmektedir.

c. Meşru Müdafaa Bakımından

5237 sayılı TCK ile meşru müdafaaı m. 25. f. 1’de düzenlemiştir. Yasanın getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden birisi, meşru müdafaaın artık bütün haklara saldırılara karşı kabul edilmiş bir hukuka

³⁵ 40. maddenin gerekçesi.

³⁶ Kindhäuser, *Strafrecht*, AT, s. 316.

³⁷ Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 427.

uygunluk sebebi olmasıdır.³⁸ Söz konusu maddede meşru müdafaa'nın oluşabilmesi için "...bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı..." şartını arayarak yasa koyucu meşru müdafaa'nın ancak haksız saldırılara karşı mümkün olabileceğini belirtmiştir.

Burada dikkat çeken en önemli hususlardan birisi de kanun metninde "*haksız bir saldırı*" sözcüğünün kullanılıyor olmasıdır. Haksızlık kavramının kabul edilen suç teorisi bakımından anlamını tekrara kaçmamak için burada yeniden anlatmaktan kaçınıyoruz, fakat meşru müdafaa'nın uygulaması bakımından şu küçük açıklamayı zaruri görüyoruz. Bir fiilin saldırı, tecavüz niteliğinde olup olmadığı ve dolayısıyla haksızlık teşkil edip etmediği değerlendirilirken hukuk düzeni bir bütün olarak dikkate alınmalıdır.³⁹

Hukuka uygunluk sebepleri bakımında da hukuk düzeni bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. Çünkü hukuk düzeni tarafından tanınan herhangi bir hukuka uygunluk sebebi, saldırının hukuka aykırılığını dolayısıyla haksızlık niteliğini ortadan kaldıracaktır. Ancak saldırıyı gerçekleştiren kişide akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü olması gibi sebeplerle kusur yeteneğinin olmaması fiilin haksızlık niteliği bakımından önemli değildir.⁴⁰ Burada daha büyük bir soyutlama yapacak olursak, kusuru ortadan kaldıran sebepler altında işlenmiş bir hareket haksız bir hareket olarak kabul edilir ve bu harekete karşı meşru savunma mümkündür.⁴¹ Buna karşın, hukuka uygunluk sebepleri altında işlenen bir hareket haksız bir saldırı olarak kabul edilemez. Dolayısıyla bu tür saldırılara karşı meşru müdafaa söz konusu olmaz.⁴² Sonucu soyut bir kavramsallaştırma üzerinden kısaca belirtecek olursak meşru müdafaa'ya karşı meşru müdafaa olmaz iken yasa da kabul edildiği haliyle örneğin zaruret halinde işlenmiş bir fiile karşı meşru müdafaa mümkündür.

³⁸ 25. maddenin gerekçesi.

³⁹ Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 371

⁴⁰ Özgenç, *Gazi Şerhi*, s. 371.

⁴¹ Bu düzenleme ile yasa koyucu kusur yeteneği olmayan kimselerin fiillerine karşı meşru müdafaa'nın olup olmayacağına ilişkin tartışmalardaki tavrını da açıkça ortaya koymaktadır.

⁴² Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 428.

d. Hata Bakımından

5237 sayılı TCK'nın önemli değişiklikler getirmiş olduğu kurumların başında yasanın "hata" ile ilgili düzenlemeleri gelmektedir. YTCK'da "hata" 30. maddede dört fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin Alman Ceza Kanunu'nun 16. ve 17. maddesinde düzenlenmelerle yoğun bir benzerlik gösterdiği görülmektedir. Ancak yasa koyucu Alman Ceza Kanunu'ndan bir adım daha öteye geçerek yasanın 3. fıkrasında ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebeplerin maddi koşullarında hatayı da açıkça düzenlemiştir. Düzenleme kaynağını esasen son hükümet tasarısından yani son Dönmezer tasarısından almaktadır. Madde gerekçesinde, hükümet tasarısının 23. maddesinin 3. fıkrasında "hukuka uygunluk nedenlerinde hata" ile ilgili hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiş, madde metnindeki "hukuka uygunluk nedenleri" yerine "ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler" konulduğu belirtilmiştir.⁴³

Hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasındaki ayrımın pratik bir sonucu da bu konuda kendini göstermektedir. Özellikle Alman hukuk çevrelerince yapılmış tartışmalarda hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin koşullarının gerçekleştiği hususunda hata kavramı açıklanmaya çalışılırken kabul edilen suç teorisi perspektifiyle uyumlu çeşitli teoriler geliştirilmiştir. Bu teorileri kısaca; kast teorisi (*Vorsatztheorie*), kusur teorisi (*Schuldtheorie*), suçun negatif unsurları teorisi (*Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*) katı kusur teorisi (*Die strenge Schuldtheorie*), sınırlandırılmış kusur teorisi (*eingeschränkte Schuldtheorie*) olarak saymak mümkündür. Son tahlilde bu teorilerin temel tartışma konuları, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarının gerçekleştiği hususunda ki hata kavramının, suçun haksızlık unsuru kapsamında mı değerlendirileceği yoksa kusur kapsamında mı değerlendirileceğidir? Bu tercihe göre ulaşılabilecek sonuç farklı olacaktır. Sonuçta ya bu hatanın tipikliğin manevi unsurlarından birisi olan kastı kaldırdığı dolayısıyla taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu kabul edilecek ya da hata kusur seviyesinde bir hata olarak kabul edilecek ve

⁴³ 30. maddenin gerekçesi. Söz konusu hüküm hükümet tasarısında şu şekilde idi; "Kendisine kusur olarak isnadı mümkün olmayan bir hata dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerine ait koşullara uyduğunu sanan kimseye ceza verilmez." (Hükümet Tasarısı m. 23, f. 3)

sorun hukuki hataya ilişkin kuralların uygulanmasıyla çözülecektir.⁴⁴ (Al. CK m. 17) Bu teorilerden katı kusur teorisi hariç tutulacak olursa; hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata hakim doktrine göre “kasti” ortadan kaldırmaktadır.⁴⁵ Bu durumda taksirli sorumluluk hali saklıdır. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin maddi koşullarında hata durumunda ise, eğer bu hata kaçınılamaz ise kişinin “kusur”undan bahsedilemez. Dolayısıyla kişi hakkında herhangi bir cezaya hükmedilemez. Katı kusur teorisine göre ise hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarının gerçekleştiği hususundaki hata kusurluluğu ortadan kaldırmaktadır.⁴⁶

Alman doktrinin de gerçekleşen bu tartışmalar, Türk doktrininde de yansımaları bulmaktadır. Öncelikle konuya ilişkin Türk doktrininde ileri sürülen görüşlere kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

Özgenç’in bu konudaki görüşleri şu şekilde özetlenebilir: “Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata failin içinde bulunduğu koşullar bakımından kaçınılmaz olması halinde cezaya hükmolunmaz.

Bu yanılığın kaçınılabilir olup olmadığının tayini, taksirle işlenen haksızlıklar açısından söz konusu olan dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ölçütler doğrultusunda yapılacaktır.

⁴⁴ Alman Federal Yüksek Mahkemesi „sınırlandırılmış kusur teorisi“ ni kabul etmektedir. bkz. Aydın, Öykü Didem, *Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu*, s. 80. Hemen belirtmek gerekir ki kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan her nedenin niteliği gereği maddi şartları üzerinde hataya düşmek mümkün değildir. Örneğin karşı koyamayacağı cebir altında suç işleyen kişinin kendisine tatbik edilen maddi cebirin varlığı konusunda hata yapması söz konusu olamaz.. Koca / Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku*, s. 284. Öte yandan akıl hastalığı ya da yaş küçüklüğü gibi kusurluluğu ortadan kaldıran konularda da yanılma dikkate alınmaz. Çünkü bu durumların fiili olarak failde bulunması zaten kusuru ortadan kaldıran bir sebeptir, fiilen akıl hastalığının ya da yaş küçüklüğünün bulunmaması durumu ise kusur üzerinde herhangi bir etki doğurmamaktadır. Yani failin kendi kusur ehliyetinin üzerindeki düşüncesinin ve bu kapsamdaki yanılığının bir önemi yoktur, böylesi bir yanılığın dikkate alınmamaktadır. Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 520. Dolayısıyla bu gibi durumlar ancak fiilen bulunduğu kusurluluğu etkilemektedir. Bu konudaki yanılığın kusurluluk üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. bkz. ayrıca Gropp, *Der Irrtum im neuen türkischen Strafgesetzbuch* vom 26. September 2004, s. 165.

⁴⁵ Roxin, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen*, s. 428.

⁴⁶ Hillenkamp, *32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 61 vd.

Bu yanılmanın kaçınılmaz olması halinde; şayet taksirle işlenmiş olması kanunda müstakil bir suç olarak tanımlanmış ise fail ancak taksirinden dolayı cezalandırılabilir.

...

Somut olayda kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi şartlarında hataya düşmesi halinde, kişi bu hatasından yararlanır. Bu hata kusurluluk bağlamında mütalaa edilmelidir.

...

Bu yanılmanın kaçınılmaz olması halinde, işlediği fiili açısından kusurunun varlığından bahsedilemez.

...

Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi şartlarında hatanın kaçınılmaz olması halinde; kişi cezalandırılacaktır, fakat cezasında ancak alt sınıra kadar indirim yapılabilecektir.”⁴⁷

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere Özgenç hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatayı 30. maddenin 3. fıkrasına göre sınırlı kusur teorisini esas alarak çözmektedir. Yazar kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerde hatayı katı kusur teorisine göre çözmektedir⁴⁸

Koca / Üzülmaz ise TCK m. 30 f. 3 de ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen bu hatasından yararlanacağına ilişkin kuralla kanunumuzun sisteminde, hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu etkileyen sebeplerin anlaşılması gerektiğini, esasen kanununun 30. maddesinin 3. fıkrasıyla bu sorunun çözümlenmek istediğini belirtmektedir. Fakat yazarlar “Esasen biz hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif unsurları teorisini kabul ettiğimizden, somut olayda failin bu şartları bilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Dolayısıyla bu çerçevede konuya ilişkin hiçbir hüküm bulunmasa dahi hatanın kastı ortadan kaldıracığı sonucuna varılacaktır. Şayet fail hataya düşmekte taksirli ise, suçun taksirli şeklinin varlığı halinde, bundan dolayı cezalandırılmalıdır. 30. maddenin 3. fıkrası ise münhasıran kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında hata hallerinde uygulanacaktır.” diyerek görüşlerini belirtmişlerdir. Dolayısıyla Koca /

⁴⁷ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 430.

⁴⁸ Aynı yönde görüş için bkz. Koca, YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri, s. 126

Üzülmez hukuka uygunluk sebeplerinin varlığının maddi koşullarındaki hataya ilişkin çözümlenmeye katı kusur teorisi hariç diğer teorilerle aynı sonuca, hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif unsurları teorisinden hareketle ulaşmaktadır.⁴⁹

Özbek'e göre ise ceza sorumluluğunu "*Kaldıran ve Azaltan Nedenler*" başlığını taşıyan Birinci Kitap İkinci Kısım İkinci Bölüm adı altında hukuka uygunluk sebepleri yanında kusurluluğu kaldıran ve etkileyen sebeplere de yer verilmiş olduğundan bu terimin kullanımının yerinde olmadığını belirtmiştir. Hükümün gerekçesinde ise- Hükümet tasarısının 23. maddesinin 3. fıkrası veya bendinde düzenlenen "*hukuka uygunluk nedenlerinde hata ile hüküm, bölüm başlığına paralel olarak değiştirilmiştir. Madde metnindeki hukuka uygunluk nedenleri yerine ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler ibaresi konulmuştur*" denilmektedir. "*O halde buradaki ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler, hukuka uygunluk nedenleri olarak anlaşılmalıdır.*" diyerek hemen akabinde "*hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında yanılmanın esaslı olması durumunda taksirli sorumluluğun söz konusu olduğunu belirterek; o halde hukuka uygunluk sebebinde kaçınılmaz hata kusuru tümüyle ortadan kaldırırken, kaçınılmaz hata sadece kastı kaldırır*" diyerek soruna farklı gerekçelerle benzer bir çözüm getirmektedir.⁵⁰

Soyaslan ise söz konusu maddeyi hukuka uygunluk sebeplerinde hata başlığı altında şerh etmektedir. Soyaslan'a göre; fail yanılmasaydı fiil suç etmeyecek fiil hukuka uygun olacaktı. Fakat fail yanılmasında taksir derecesinde kusurlu ve işlenen fiil taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılan bir fiil ise fail o zaman fiili taksirle işlemiş olmaktan sorumludur.⁵¹

Hakeri' de 30. maddenin 1. fıkrasında taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu açıkça belirtilmiş fakat 3. fıkrada bu açıkça düzenlenmemiş olsa da genel hükümler gereğince, failin kastından dolayı sorumlu tutulamayacak olması varsa taksirinden ötürü sorumlu tutulmasına engel değildir diyerek hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşul-

⁴⁹ Koca / Üzülmez, *Ceza Hukuku*, s. 253 vd. ayrıca, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması*, s. 44-47.

⁵⁰ Özbek, *İzmir Şerhi*, s. 351, 352.

⁵¹ Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 386, 387.

larının varlığı konusunda hata durumunda taksirli sorumluluk esasını benimsemiştir.⁵²

Bu konudaki dikkat çekici ve doktrindeki öteki görüşlerden ayrılan yorumlardan birisiyle de Hafizoğulları'nda karşılaşmak mümkündür. Hafizoğulları'na göre öncelikle *"burada bahsedilen kaçınılmaz hataya düşmekten maksat, herhalde hataya düşmesinin failin kendi kusurundan ileri gelmemesidir. Hataya düşmesinde bir kusuru varsa, aynı davranışında gerekli özeni göstermemişse, fail failinden sorumlu olacaktır... Herhalde buradaki sorumluluk taksirli sorumluluktur.*

Kanun ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerden söz etmektedir. Kanunun ikinci bölümünün başlığı 'ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerdir. Bu nedenler hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler, isnat yeteneğini azaltan ve kaldıran nedenler ve cezalandırılabilme şartlarıdır. Eğer hükmü kanunda olduğu biçim de alırsak sıkıntılarla karşı karşıya kalırız.

...

Bu demektir ki söz konusu hüküm, hukuka uygunluk nedenleri ve fiili hata hariç, kusurluluğu kaldıran diğer nedenler üzerinde hataya düşmekle veya bilmemekle sınırlıdır."

Görüldüğü üzere Hafizoğulları bu tür durumlarda taksirli sorumluluk esasını belirterek doktrindeki diğer yazarlarla aynı noktada birleşmekle beraber söz konusu maddenin kapsamının belirlenmesinde diğer yazarlardan ayrı bir yorum benimsemiştir.⁵³

Bize göre ise 30. maddenin 3. fıkrası hükmü hem hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hem de kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin hem de kusurluluğu azaltan sebeplerin maddi koşullarında hatayı içermektedir. Esasen ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebepler başlığının bunları kapsadığı hususunda doktrinde bir tartışma yoktur. Zaten bölüm başlığının sistematik yorumu da bu yargıyı desteklemektedir. Dolayısıyla bu bölüm başlığının sadece kusurluluğa etki eden sebeplerin maddi koşulları ya da hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin indirgemeci yorumlara katılmamaktayız. Bizce kanunun

⁵² Hakeri, *Ceza Hukuku*, s. 329.

⁵³ Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 302.

lafzı bu konuda herhangi bir başkaca yoruma imkan vermeyecek kadar açıktır. Yasa koyucunun irade ettiğinden daha fazlasını amaçlayan taşkın yorumlar yorum yöntemleri için sakıncalı olduğu gibi kelimeye yasa koyucunun irade ettiğinden daha az bir anlam yükleyen bu indirgemeci ve daraltıcı yorumları da sakıncalı bulmaktayız. Bilindiği üzere yasa koyucu iradesini ancak ve ancak kelimelerle ortaya koyabilmektedir. Kelimenin gramatik ve fıkranın sistematik anlamı bu kadar açık iken indirgemeci bir yorum ile fıkranın anlamını bu derece daraltmak hiç kuşkusuz yasa koyucunun iradesini dikkate almamak olacaktır. Bu da yorumun ilk aşaması ve ontolojik temeli olan metne bağlılık prensibini ihlal etmektedir.

Bize göre yasa koyucu 3. fıkradaki düzenleme ile hukuka uygunluk sebeplerinin veya kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin maddi koşullarında hata arasında herhangi bir ayrıma gitmemiştir. Burada yasa koyucunun her iki hata durumunu da 'kusurluluk' kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bu bakımdan bu her iki hal durumunda da hata kaçınılabilir ise fail suçun kasıtlı şeklinden cezalandırılacak ancak bu durum temel cezanın tayininde dikkate alınacaktır. Eğer hata kaçınılamaz bir hata ise böyle bir hata durumunda ister kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin isterse hukuka uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında düşün kimse cezalandırılmayacaktır. Dolayısıyla biz katı kusur teorisinin çözümüne katılmaktayız. Nitekim maddenin gerekçesi incelendiğinde yasa koyucunun katı kusur teorisi kapsamında bir çözümleme yaptığı görülmektedir. Çünkü gerekçede "somut olayda söz konusu nedenlerin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanabilecektir. Ancak bunun için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Hatanın kaçınılabilir olması durumunda ise kişi işlediği fiilden sorumlu tutulacak ve fakat bu hata temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır."⁵⁴ denmektedir.

Dolayısıyla kaçınılamaz bir hata söz konusu ise kişi kusurlu kabul edilmeyecek dolayısıyla herhangi bir cezai sorumluluk olmayacaktır.⁵⁵

Sonuç olarak doktrinde bu fıkranın hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler olarak iki farklı şekilde anlaşılması ve farklı sonuçlar bağlanması şeklinde çalışmalar olmakla birlik-

⁵⁴ 30. maddenin gerekçesi, ayrıca aynı görüş için bkz. Koca, *YTCK' da Hukuka Uygunluk Sebepleri*, s. 125.

⁵⁵ 30. maddenin gerekçesi.

te, yasanın lafzının ve maddenin sistematik yerinin yorumu kaldırır bir şekilde kaleme alındığı görüşünde değiliz. Yasa koyucu buradaki hatayı bir değerlendirme hatası olarak kabul etmiş ve kusurluluk kapsamında değerlendirmiştir. Bu durumu iki izlilik sistemin getirmiş olduğu yaptırımlar sistemi açısından değerlendirecek olursak ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan sebeplerin maddi koşullarında hata durumunu katı kusur teorisi çerçevesinde kusurluluğu etkilediği için suçun haksızlık unsurunda herhangi bir etkide bulunmamaktadır. Bu sebeple bu durumda işlenen fiillerde failin güvenlik tedbirleri bakımından sorumluluğu devam etmektedir.

Ancak katı kusur teorisinin kabul edilmediği her durumda ki Türk doktrini bakımından, baskın görüş katı kusur teorisini kabul etmemektedir, eğer içtihatlarda bu şekilde oturacak olursa; kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle ile hukuka uygunluk sebepleri arasında ayırımın bir önemi de burada karşımıza çıkmaktadır. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin maddi koşullarında hata durumunda eğer hata kaçınılamaz ise kişi ceza almayacaktır. Hata kaçınılabilir ise kişi ilgili suçun cezasını alacak fakat cezası indirilecektir. Hukuku uygunluk sebeplerinin maddi koşullarında hata durumunda ise bu durum kastı ortadan kaldıracaktır ancak söz konusu fiil ile ilgili taksirli sorumluluk durumu devam edecektir. Bu bakımdan neyin kusurluluğu ortadan kaldıran sebep neyin ise hukuka uygunluk sebebi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu durumda ideal olan ise bu kuramlar arasında dogmatik bir ayrıma gidilmesi ve bu ayrıma göre sorunun farklı bentlerde farklı hukuki sonuçlar perspektifinde çözüme kavuşturulmasıdır.

e. CMK Bakımından

Yukarıda belirttiğimiz gibi hukuk düzeni aynı zamanda yasağı bazı koşullar altında hukuka uygun hale getiren garantileri de tanımaktadır. Bu garantiler hukuka uygunluk sebepleri olarak adlandırılırlar ve ortaya çıktıkları yerde artık haksızlıktan bahsedilemez. Bu durumlarda gerçekleştirilen tipik hareket hukuka aykırı değildir. Hukuk düzeni bu durumlarda gerçekleşen hareketi onaylamaktadır. Yapılan hareket bir yandan kanunda gösterilen tipik hareketin bütün unsurlarını gerçekleştirirken diğer taraftan suçun hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmaktadır. Bu hukuka uygunluk sebeplerinin sadece ceza

hukuku alanından doğmasına gerek yoktur. Hukukun her alanından doğabilirler.

Kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler ise, norma uygun davranışın beklenemezliği düşüncesine dayanmaktadır. Ceza hukuku hiç kimseden insanüstü davranışlarda bulunmasını bekleyemez. Kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin esas amacı hukuka aykırı bu davranışın bu kriminal-politik(ceza siyaseti) sebeplerle cezalandırılmaması zorunluluğunun sınırlarını çizmektir. Bu gibi durumlarda fail kusurluluk hipotezi altına alınamamakta ve ya böyle bir suçlama adil gözükmemektedir.

Bu temel noktaları ve bu ayrımın sonuçlarını dikkate alan bir yaklaşımla ceza kanununda olmasa bile Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda karşılaşmak mümkündür. Yasa koyucu CMK'nın hüküm kısmında üç aşamalı suçun unsurları öğretisine uygun bir sınıflandırmaya gittiği gözlemlenmektedir. Ceza usul hukukunda da takip edildiği iddia edilen suç genel teorisine uygun bir düzenleme yapılması hiç kuşkusuz rasyonel, eşit, denetlenebilir ve böylelikle hukuki güvenliği tesis edici bir içtihat yaratmayı mümkün kılacak en azından bunu kolaylaştıracaktır.⁵⁶ Son tahlilde de anayasa da düzenlenmiş hukuk devleti ilkesine ve eşitlik kuralına hizmet edecektir. (Anayasa m. 2 ve 10). CMK m. 223'te hükümlerin nelerden ibaret olduğu açıkça sayılmaktadır.⁵⁷ Bu maddede kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler-

⁵⁶ Jescheck, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, s. 179.

⁵⁷ DURUŞMANIN SONA ERMESİ VE HÜKÜM

Madde 223 - (1) Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür.

(2) Beraat kararı;

a) Yüklene fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, b) Yüklene suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, c) Yüklene suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, d) Yüklene suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, e) Yüklene suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması, Hallerinde verilir.

(3) Sanık hakkında;

a) Yüklene suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, b) (Değişik bend: 25/05/2005-5353 s.K./30.mad) Yüklene suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

le hukuka uygunluk sebepleri arasında açık bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre eğer yapılan yargılama sonunda olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu dair bir yargıya varılacak olursa beraat kararı verilecektir. Eğer hukuka uygunluk sebepleri değil de kişi hakkında kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden birisinin bulunduğu ilişkin bir yargıya varılacak olursa verilecek karar bu sefer ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin bir karar olacaktır. Bu durum hiç kuşkusuz yukarıda saymış olduğumuz temel paradigmaya/ modele ayrıca iki izlilik sistemine de uygun bir yaklaşımdır.

Yasa koyucunun burada artık hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasında açık bir ayırma gittiği gözlemlenmektedir.⁵⁸

(4) İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen;

a) Etkin pişmanlık, b) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, c) Karşılıklı hakaret, d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, Dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.

(5) Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir.

(6) Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur.

(7) Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.

(8) Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir.

(9) Derhâl beraat kararı verilebilecek hâllerde durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez.

(10) Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır.

⁵⁸ Burada dikkati çeken ve ayrıca tartışılması gereken bir konu ise maddeler düzenlenirken hukukun genel teorisi yaklaşımının göz ardı edildiğidir. Şöyle ki, Ceza kanununun hazırlanmasında yasa koyucunun söz konusu maddelerin hukuki nitelikleri bakımından bağlayıcı olmamak bakımından bir nitelemeye gitmediği iddia edilmiştir. CMK'nın ilgili maddelerinde ise yasa koyucu bu maddelerin hukuki niteliklerinin açıkça ilgili madde de belirtmiş ayrıca bu hukuki niteliklere farklı hukuki sonuçlar bağlamıştır. Burada TCK yasa koyucusu ile CMK yasa koyucusunun ayrı organlar olmadığına ve her iki düzenlemenin de kanun düzeyinde normlar olduğuna göre TCK'nın ilgili bölüm başlığı ile CMK'nın hükümleri arasında paralellik sağlanmalıdır. Hukuk Teorisine göre hukuk düzeni her şeyden önce bütün hukuk kurallarının ve kurumlarının içeriksel birlikteliğinden oluşmaktadır. Bu bakımdan hukuk kuralları ve kurumları ussal bir açıklık ve çelişmezlik içerisinde kurgulanmalıdır. Vesting, *Rechtstheorie*, s. 35, 49.

Özellikle 223. maddenin 1.d fıkrasında hukuka uygunluk sebepleri durumunda beraat kararının verileceği hükme bağlanmaktadır. Yine 223. maddenin 3. fıkrasının a-b-c-d bentlerinde ise kusurluluğun olmadığı kabul edilmiş ve ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verileceği hükme bağlanmaktadır. Ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verildiğinde hiç şüphesiz güvenlik tedbirine ilişkin hüküm verilebilecektir. Dolayısıyla buradaki fiillerin haksızlık özelliği devam etmektedir ve bunlar kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerdir.

IV. Sonuç

YTCK kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerle hukuka uygunluk sebepleri arasındaki ayrımı tanımamıştır. Ne var ki, böylesi bir ayrım, tümüyle hareket edilen suç teorisini gösteren ve hataya ilişkin çözümleri değiştiren bir ayrımdır. Bu çalışmada gösterildiği üzere bu kurumların hukuki sonuçlarının aynı olduğu dolayısıyla ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ve azaltan nedenlerin aynı başlık altında düzenlenebileceğine ilişkin iddiaya katılma olanağı yoktur. Bu iki kurum ararsındaki ayrım dayanmış olduğu idealler kadar kanunun uygulaması bakımından önemli farklılıkları beraberinde getirmektedir. Bu ayrımların başında iki izlilik sisteminin uygulanması, meşru müdafaa, iştirak ve hata ile ilgili maddeler gelmektedir. Dolayısıyla yasa koyucunun cezai sorumluluğu kaldıran ve azaltan sebepler başlığı altındaki kurumların hukuki sonuçlarının aynı, hukuki niteliklerinin tartışmalı olduğu, bu sebeplerle böyle bir sistematığın benimsediği yolundaki iddialarına katılma olanağı yoktur. Çünkü görüldüğü üzere bu kurumların hukuki sonuçları aynı değildir ve CMK'nın düzenlemesi dikkate alındığında yasa koyucunun bunların hukuki niteliklerine bağlamış olduğu sonuçlar da birbirinden farklıdır. Dolayısıyla TCK'da da bunların hukuki niteliklerine ilişkin yasa koyucunun uygulamayı bağlayıcı bir nitelemeye gitmesi zorunludur. Bu nitelemeler bakımından bağlayıcı olunmaması ve sorunun uygulamaya bırakılması, yeknesak bir içtihat anlayışının oluşturulmasında hala çok büyük sıkıntılar yaşayan Türk ceza adaleti sistemi bakımından büyük sorunlar doğurabilir, bu da son tahlilde hukuki güvenliğe zarar verir. Ayrıca biz, eğer yasa koyucu yeni bir suç teorisinden hareket ettiğini iddia ediyorsa bunu ilk olarak haksızlık ve kusurluluk dolayısıyla hukuka

uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasında bir ayırım yaparak göstermesi gerektiğine inanıyoruz.

Bu kurumların aynı sistematik başlık altında düzenlenmeye devam edilecek olunursa ilgili maddelerde “ceza verilmez”, “kusurlu hareket etmiş olmaz” ya da “hukuka aykırı değildir” gibi ceza hukuku dogmatik bakımından farklı anlamlara gelen ve düzenlemelerin hukuki niteliklerini belirten ve sonuçlarını değiştiren terimlere yer verilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKLAR

- Aydın, Öykü Didem, *Ceza Hukuku'nun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu.*, TBB Dergisi, Sayı 53, 2004, s. 63-140.
- Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Bielefeld 2003.
- Eser, Albin, *Die Unterscheidung von Rechtfertigung und Entschuldigung, Ein Schlüsselproblem des Verbrechensbegriffs*, in., *Criminal law theory in transition: finnish and comparative perspectives*. Helsinki: Finnish Lawyers' Publ., 1992, s. 301-317.
- Eser, Albin, *Zur Entwicklung von Massregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht*, in., *Grundfragen staatlichen Strafrechts : Festschrift für Heinz Müller Dietz zum 70. Geburtstag*. München 2001, s. 213-236.
- Gropp, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Dritte, überarbeitete und erweiterte Auflage*, Berlin 2005.
- Gropp, Walter, *Der Irrtum im neuen türkischen Strafgesetzbuch vom 26 September 2004*, s. 165. In *3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi*, Ankara 2009.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009.
- Hafizoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.
- Haft, Frityof, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München 1992.
- Hillenkamp, Thomas, *32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil*, Luhterhand, 2002.
- Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara 2003.
- Keçelioğlu, Elvan, *Der Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches auf das*

- neue türkische Strafgesetzbuch*, Hamburg 2009.
- Kindhäuser Ursh, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Baden Baden 2009.
- Koca, Mahmut, *YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri*, Yıl 1, Sayı 1, S.111-145.
- Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.
- Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırın Aşılması, *EÜHFD CİLT XI*, Sayı 1-2 Haziran 2007, s. 39-53.
- Lackner Karl Kommentar, *Strafgesetzbuch Mit Erläuterungen*, München 1997.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, in., Beitrage zum Strafrecht 1980-1998, Berlin 1998.
- Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage., Berlin 1996.
- Özbek, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, -İzmir Şerhi-*, 2. Baskı, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Suç ve Yaptırım Teorisine İlişkin Yeni Gelişmeler Işığında Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, in Toplumsal Değişim sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu- Birinci Kitap, Ankara 2004., s. 55-69.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Kanunu -Gazi Şerhi-*, Ankara 2005.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2006.
- Roxin, Claus, *Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen*, in: Juristische Schulung 1998, Heft 6, s. 425-433.
- Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*, 4. Auflage, München 2006.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2005.
- Vesting, Thomas, *Rechtstheorie*, München 2007.
- Wedekind, Volker, *Die Reform des strafrechtlichen Berufsverbot*, Tübingen 2006.
- Wessels, Johannes / Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 34., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2004.

İŞ HUKUKUNDA REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

A. Eda MANAV*

GİRİŞ

İş hukukunda rekabet yasağı, iş sözleşmesi devam ederken ve iş sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet etmeme borcu olarak iki şekilde incelenebilir. İş sözleşmesi devam ederken işçinin işverenle rekabet yasağının kaynağını işçinin sadakat borcu oluşturmaktadır. Bu borçtan söz edebilmek için, tarafların rekabet yasağı sözleşmesi yapması ya da iş sözleşmesine rekabet yasağı kaydı konulması gerekmektedir. Söz konusu borç, iş sözleşmesinin sona ermesiyle ortadan kalkmaktadır. Eğer sözleşmenin tarafları rekabet etmeme yükümlülüğünün iş sözleşmesi sona erdikten sonra da devam etmesini istiyorsa ya iş sözleşmesine bu konuda bir şart koymalı ya da ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi yapmalıdır. İş Kanunu'nda rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin bir düzenleme olmaması sebebiyle rekabet yasağı sözleşmesine BK m. 348-352 hükümleri uygulanır. İşçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverenle rekabet etmesinin yasaklanmasına sebep olan bu sözleşme işçinin ekonomik geleceğini de sınırlandırdığı için, söz konusu hükümlerle birtakım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Biz de çalışmamızda bu hükümler çerçevesinde rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşullarını inceledik.

1. GENEL OLARAK

Rekabet etmeme borcu işçinin işverene karşı olan sadakat borcunun bir türüdür. İşçinin iş sözleşmesi devam ederken rekabet etme-

* Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı öğretim görevlisi.

me borcu, doğrudan doğruya iş sözleşmesinden kaynaklanmakta ve sadakat borcu bağlamında ortaya çıkmaktadır.¹ Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, işçinin rekabet etmeme borcu, kanundan doğan bir yapmama borcudur.² Bu borçtan söz edilebilmesi için ayrıca bir rekabet yasağı şartı konulmasına ya da rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre de, kanundan doğan rekabet etmeme borcu ile, işçinin iş sözleşmesi devam ederken rekabet yapmaması, sözleşmeden doğan rekabet etmeme borcu ile ise, BK m. 348 vd. da düzenlenen rekabet yasağı kastedilmektedir.³

Türk hukukunda iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmemesini gerektiren kanunî bir yükümlülüğü yoktur. Ancak taraflar iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işçinin işverene karşı rekabet etmemesini serbest iradeleri ile kararlaştırabilirler. İş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için işçinin rekabet hakkını sınırlandıran ya da tamamen ortadan kaldıran rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hükümler, Borçlar Kanununun 348-352'nci maddelerinde düzenlenmiştir.

2. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

Rekabet yasağı, aynı alanda iş yapan kimselerin birbirleri ile hukuka aykırı olarak yarışa girememesi, belirli kimselerin birbirleriyle rekabet etmelerinin yasaklanması anlamına gelmektedir.⁴ İşçinin reka-

¹ Hamdi Mollamahmutoğlu, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. bası, Ankara 2008, s. 459; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 4. baskı, İstanbul 2008, s. 304; Fevzi Şahlanan, "Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları", *Tekstil İşveren*, Temmuz 2007, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/full/657/48/>; Fevzi Şahlanan, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sonuçları", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11. Yıl Toplantısı*, İstanbul 2008, s. 71; Savaş Taşkent/Mahmut Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *MESS Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2009, s. 24; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yenilenmiş 7. bası, İstanbul 2007, s. 457; Alfred Söllner, *Grundriß des Arbeitsrecht*, 12. neubearb. Aufl., München 1998, s. 264; Şahin Çil, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, Ankara 2009, s. 588.

² Kudret Ertaş, *Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, Ankara 1982, s. 64; Yavuz, s. 458; Söllner, s. 264.

³ Murat Demircioğlu, *Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası*, İstanbul Ticaret Odası, Genişletilmiş 2. baskı, İstanbul 2008, s. 87.

⁴ Fatih Uşan, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *Mercek Dergisi*, Nisan

bet etmeme borcunun, diğ er bir ifade ile, işverenle rekabet yasağının iş sözleşmesi sona erdikten sonra da devam etmesi isteniyorsa, tarafların bunu ayrıca ve açıkça sözleşmeyle kararlaştırması gerekir. Bu kararlaştırma ayrı bir sözleşmeyle yapılabileceğ i gibi, mevcut iş sözleşmesine konulacak özel bir hükümle de yapılabilir. Rekabet yasağ ı sözleşmesi, işçinin iş sözleşmesi devam ederken işverenin müşterilerini tanınması ya da iş sırlarını öğrenmesi sebebiyle, iş ilişkisi sona erdikten sonra belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğ rafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içinde işverenle rekabet teşkil edecek herhangi bir faaliyette bulunmaması hususunu içeren sözleşmedir.⁵ Rekabet yasağ ı sözleşmesinin amacı, işçinin işletmede öğrendiğ i bilgileri, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverenin aleyhine onunla rekabet edecek şekilde kullanmasını engellemektir.⁶

A. Rekabet Yasağ ı Sözleşmesinin Konusu

BK m. 348/1'e göre, "... her iki taraf, akdin hitamından sonra, işçinin kendi namuna iş sahibi ile bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessesede ş erik veya sair sıfatla alâkadar olamamasını şart edebilirler." Buna göre rekabet yasağ ı sözleşmesinin konusu, işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra, kendi adına işvereni ile rekabet edecek bir iş yapmaması, rakip bir kuruluşt a çalışmaması, rakip bir kuruluşt a ortak olmaması ve ortaklıktan baş ka bir sıfatla dahi rakip bir kuruluşt a ilgisinin olmamasıdır.

Rekabet yasağ ı, bir rekabet kuruluşunda çalışma ve böyle bir kuruluşt a katılma yasağ ını iç erir.⁷ Aynı müşterilere, aynı mal veya hizmetleri sunan kuruluş, rakip kuruluş olarak kabul edilir. Buna karş ın aynı maddeyi değ işik mal veya hizmet üretmek için kullanan kuruluşlar, rekabet kuruluşu olarak kabul edilmez.⁸

2005, s. 99.

⁵ Uş an, *Rekabet Yasağ ı*, s. 100.

⁶ A. Can Tuncay, "İşçinin Sadakat Yükümlülüğ ü", *Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağ anı*, c. 2, İstanbul 2001, s. 1065.

⁷ Herman Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Ş erhi*, çev. A. Suat Dura, Ankara 1993, s. 567.

⁸ Becker, s. 567-568.

Taraflar, iş sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere, işçinin rekabet teşkil etmeyen bir işi yapmasını yasaklayıcı bir sözleşme yapamazlar ya da iş sözleşmesine bu hususta bir hüküm koyamazlar. Mesela, jimnastik aletlerinin uygulanmasını göstermek ve öğretmek için bir kuruluştaki çalıştırılan jimnastik öğretmenin, sözleşme sona erdikten sonra jimnastik öğretmeni olarak yaptığı her çalışmanın yasak olması şeklinde bir rekabet yasağı kararlaştırılmaz.⁹ Nitelikli rekabet yasağı sözleşmesi ile işçinin çalışma hakkı elinden alınmaz.

Rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, örneğin, şarap firmasında satış elemanı olarak çalışan işçinin kendi isteği ile işyerinden ayrıldıktan sonra aynı alanda faaliyet gösteren başka bir işyerinde tanıtma ve pazarlama elemanı olarak çalışmasının yasaklanması olabilir.¹⁰ Bir şirkette bilgisayar elemanı olarak çalışan işçinin, kendi isteği ile işyerinden ayrıldıktan sonra, altı ay boyunca şirketin yazılı izni olmadıkça, şirketin faaliyet gösterdiği yerlerde ve çalışma konusuna giren bir işte çalışmayacağına, şirketin müşteri portföyündeki bir şirkette görev alamayacağına ilişkin olarak da rekabet yasağı kararlaştırılabilir.¹¹

Taraflar rekabet yasağı kararlaştırmamışlarsa, işçinin işverene ait işyerinde edindiği bilgileri ve müşteri çevresini kullanması ve eski işvereni ile rekabet yapması mümkündür.¹²

⁹ Becker, s. 568.

¹⁰ Yarg. 9. HD., 29.5.1997, E.1997/6252, K.1997/10506. Bkz. www.kazanci.com.

¹¹ Yarg. 9. HD., 18.5.1999, E.1999/5784, K.1999/9049. Bkz. kazanci.com. Yargıtay'ın bir kararına göre, "Taraflar arasında 22.3.1999 tarihinde imzalanan iş sözleşmesinin eki niteliğindeki rekabet yasağı sözleşmesinde, davalı işçinin fesih tarihinden itibaren bir yıl içinde davalı şirketin işte çalıştığı alanına giren hiçbir işi kabul etmeyeceği, bu türden şirketlerde görev yapmayacağı kararlaştırılmış ve coğrafi sınır olarak Türkiye belirlenmiştir. Davalının iş sözleşmesi, 19.8.2003 tarihinde davacı işveren tarafından feshedilmiş ve tazminatlar davalı işçiye ödenmiştir. Davalı işçinin bir yıllık süre geçmeden davacı işverene rakip bir firmada yönetici sıfatıyla göreve başladığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. ... Somut olayda, davacı işveren, davalı işçinin iş sözleşmesinin feshinde işçinin kusuruna dayanmamıştır. Davalının iş sözleşmesinin işçinin yasal hakları ödenmek suretiyle feshedildiği, işverenin de kabulündedir. Böyle olunca, Borçlar Kanunu'nun 352. maddesi hükmü, davacı işverenin rekabet yasağı sözleşmesi sebebiyle tazminat isteğinin reddine karar verilmesi gerekir. Mahkemece davanın reddi yerine, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur." Yarg. 9. HD., 3.4.2007, E.2007/913, K.2007/9258 (kişisel arşiv).

¹² Becker, s. 568-569.

B. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları

Kanun koyucu işçinin korunmasını sağlamak amacıyla, sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırarak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için bazı şartlar aramıştır. Rekabet yasağı sözleşmesinin kuruluş şartları BK m. 348-350'de düzenlenmiştir. Bunlar; bir iş sözleşmesinin bulunması, işçinin müşterileri tanınmasından veya iş sırlarını bilmesinden dolayı işverene önemli bir zarar vermesi ihtimalinin olması (BK m. 348/2), sözleşmenin yazılı şekilde yapılması (BK m. 350) ve sözleşmenin yapıldığı sırada işçinin reşit olması (BK m. 348/3) dır. Bu koşullara, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasını engelleyen özel bir kanun hükmünün bulunmaması koşulu da eklenmelidir.¹³ Çünkü örneğin BİK m. 13/2'e göre, iş sözleşmesinin feshinden sonraki zaman için gazetecinin mesleğini yerine getirmesini sınırlandıran hükümler batıldır. Bu özel hüküm dolayısıyla gazetecilerle iş sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade edecek bir rekabet yasağı sözleşmesi yapmak hiçbir şekilde mümkün değildir.

Geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinden söz edebilmek için bu koşulların hepsinin bir arada olması gerekir. Rekabet yasağı sözleşmenin geçerliliği için bulunması zorunlu olan bu koşullara ilişkin hükümler emredici niteliktedir ve bu koşullardan herhangi birinin bulunmaması halinde sözleşme batıl olur.¹⁴

İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olmak üzere, işçinin işverenle rekabet etmesini engellemek amacıyla iş sözleşmesine de hüküm konulabilir. İş sözleşmesine eklenen rekabet yasağı şartının geçerli olabilmesi için de bu koşulların varlığı gerekmektedir. Bu koşullardan birinin eksik olması halinde yasak geçersizdir. Rekabet yasağı şartının geçersizliği kural olarak iş sözleşmesine etki yapmaz.¹⁵ Bu hususta BK m. 20/2 uygulanır. Hükme göre, sözleşmenin içerdiği şartlardan bir kısmının butlanı, sözleşmeyi tamamen geçersiz hale getirmez. Bu durumda sadece şart geçersiz sayılır. Ancak bu şartlar olmaksızın sözleşme yapılmayacak idiyse, sözleşme tamamen batıl olur. Yani rekabet yasağı şartı, işveren için vazgeçilmez bir şart olmadığı sürece sadece yasağa ilişkin hüküm geçersiz olur. Ancak sözleşmede re-

¹³ M. Polat Soyer, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK.m.348-352)*, Ankara 1994, s. 39; Şahlan, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/full/657/48>.

¹⁴ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 39.

¹⁵ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 39; Şahlan, *Rekabet Yasağı*, s. 73.

kabet yasağı şartı olmasaydı, iş sözleşmesi yapılmayacak idiyse; sözleşme tamamen batıl olur.¹⁶ MK m. 6 uyarınca, bu hususu işveren ispat edecektir.¹⁷

Rekabet yasağı sözleşmesi etkisini iş sözleşmesi sona erdikten sonra gösterir. Bu nedenle geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinden söz edebilmek için gerekli olan ehliyet dışındaki koşullar, yasağın kararlaştırıldığı anda değil, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte gerçekleşmiş olmalıdır.¹⁸ Bu şartların gerçekleştiğini ispat yükü işverene aittir.¹⁹

a. Maddî Şartlar

aa. Bir İş sözleşmesinin Bulunması

Rekabet yasağı sözleşmesinin kurulabilmesi için öncelikle taraflar arasında bir hizmet ilişkisi olmalıdır. Nitekim rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hükümler, Borçlar Kanununun iş sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bir hizmet ilişkisi sebebiyle işverene bağımlı olan işçi ile işveren dilerlerse, bu iş sözleşmesine, sözleşme sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere rekabet yasağı şartı koyabilirler veya ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabilirler. Rekabet yasağı kaydının konulabilmesi ya da bu hususta ayrı bir sözleşme yapılabilmesi için iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması önem taşımamaktadır.

İş sözleşmesi kurulmadan ya da sona erdikten sonra yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri hakkında BK m. 348-352 hükümleri uygulanmaz. Bu çerçevede iş sözleşmesi devam ederken iş sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade edecek rekabet yasağının kararlaştırılması mümkündür. Ancak iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde işverenin iş sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere rekabet yasağı sözleşmesi yapma girişiminde bulunması İş K m. 22 çerçevesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak değerlendirilebilir.²⁰

¹⁶ Nuşin Ayiter, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi", *Arsebük'e Armağan*, Ankara 1958, s. 467; Kenan Tunçomağ, *İş Hukuku*, c. 1, İstanbul 1971, s. 499; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 39.

¹⁷ Ayiter, s. 467; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 39.

¹⁸ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 49.

¹⁹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 49.

²⁰ Şahlanan, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/657/48>; Şahlanan, *Reka-*

Bu noktada bildirim süresi içinde rekabet yasağı sözleşmesi yapılması halinde, bu sözleşmeye Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılabilir. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre,²¹ bildirim süresi sona erene kadar iş sözleşmesi devam ettiği için bu sözleşmeye de BK m. 348-352 hükümleri uygulanır.

BK m. 348/1'de, her iki tarafın rekabet yasağı kaydını iş sözleşmesinde şart edebilecekleri düzenlenmiştir. Bu hüküm karşısında, böyle bir şartın toplu iş sözleşmesi ile karşılaştırılabilirlik kararıyla karşılaştırılmayacağı sorusu akla gelmektedir. Gerek İsviçre Borçlar Kanunu gerek Türk Borçlar Kanununda buna ilişkin bir düzenleme yoktur. Bazı yazarlara göre,²² iş sözleşmesi devam ederken mevcut olan rekabet etme borcunun kapsamının toplu iş sözleşmesiyle genişletilmesi ya da sınırlandırılması mümkündür. Birçok ülke hukukunda²³ toplu iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin bitiminden sonraki döneme ilişkin rekabet yasağı karşılaştırılabileceği kabul edilmiştir. Bu şekilde toplu iş sözleşmesi ile rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin yapıldığı durumlarda, bireysel iş sözleşmeleri de yapılarak işçinin lehine hükümler getirilebilir.²⁴ Nitekim TİSGLK m. 6/2'e göre, "Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri uygulanır." Bu düzenleme uyarınca, hangi rekabet yasağı hükmü işçinin lehine ise, o hüküm uygulanacaktır.

İş sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ifade etmek üzere yapılan, sözleşmenin bir parçası niteliğindeki rekabet yasağı sözleşmeleri,

bet Yasağı, s. 73.

²¹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 19; Taşkent/Kabakçı, s. 34.

²² Ercan Akyiğit, "İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı", *Kamu-İş*, Ocak 1991, c. 2, S. 6-7, s. 9, dpn. 25'ten naklen.

²³ Belçika, Fransa, İsrail, Danimarka, İtalya Hukukunda toplu iş sözleşmeleri ile sözleşme özgürlüğünün ve işçinin sadakat borcunun sınırları çizilebilmektedir; bkz. Fatih Uşan, *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması*, Ankara 2003, s. 85, dpn. 65.

²⁴ Uşan, *İş Sırrı*, s. 86.

²⁵ Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Dersleri*, c. 2, İstanbul 1967, s. 384; Tunçomağ, *İş*, s. 495-496; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 18; Çil, s. 588. Kanaatimizce, her ne kadar hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle sözleşmeler arasındaki bağımlılık sona erse de, rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet sözleşmesi devam ederken, hükümlerini sözleşme sona erdikten sonra doğurmak üzere, yapıldığı için hizmet sözleşmesine tali olarak bağlı olan bir sözleşmedir. Ayiter'e göre ise, iş sözleşmesinde rekabet yasaklarından kasıt, sözleşmenin kurulması veya devamı sırasındaki rekabet yasaklarıdır. Sözleşme sona erdikten sonra yapılan rekabet yasağı sözleşmesi, bir tali rekabet yasağı niteliğinde görülemez. Çünkü iş sözleşmesinin sona ermesiyle artık ba-

tali rekabet yasağı sözleşmelerindedir.²⁵ Tunçomağ'a göre,²⁶ işçi sendikaları ile işveren sendikaları arasında yapılmış ve bağımsız önem taşıyan rekabet yasağı sözleşmeleri bu kapsamda değildir. Burada yazar açık olmamakla birlikte, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra geçerli olmak üzere, toplu iş sözleşmesiyle rekabet yasağının kararlaştırılmayacağını belirtmek istemektedir. Akyiğit'e göre de,²⁷ toplu iş sözleşmesiyle iş sözleşmesi sonrasına ilişkin olarak rekabet yasağı kararlaştırılmamalıdır. Kanaatimizce de, toplu iş sözleşmesi ile iş ilişkisi sona erdikten sonra geçerli olmak üzere rekabet yasağı getirilememelidir. Çünkü rekabet yasağı işçinin ekonomik hayatını geliştirme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. İşçi rekabet hakkını ancak kendi iradesiyle sınırlandırabilir. Bu sınırlandırma da, işçinin iş sözleşmesine bu hususta hüküm konulmasına rıza göstermesi veya kendi rızasıyla rekabet yasağı sözleşmesine taraf olmasıyla mümkün olabilecektir.

b. Tarafların Ehliyeti

Rekabet yasağı sözleşmesinin taraflarından işverenin ehliyeti konusunda, Medeni Kanunun ehliyete ilişkin genel kuralları uygulanır. Gerçek kişi işveren tam ehliyetliyse, sözleşmeyi bizzat kendisi yapabileceği gibi temsilcisi vasıtasıyla da yapabilir. Tam fiil ehliyetine sahip değilse, ancak ayırt etme gücü varsa, yasal temsilcisinin izniyle veya icazetiyle sözleşmeyi bizzat kendisi veya yasal temsilcisi yapabilir. Gerçek kişi işverenin tam ehliyetsiz olması halinde, sözleşmeyi sadece yasal temsilcisi yapabilir. İşveren tüzel kişi ise, sözleşmeyi yetkili organı ya da temsilcisi yapabilir.

Sözleşmenin diğer tarafını oluşturan işçinin ehliyeti BK m. 348/son'da düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, işçi sözleşmenin yapıldığı sırada reşit değil ise, rekabet yasağına dair olan şart batıldır. Eğer rekabet yasağı şartı ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılmışsa, bu sözleşme geçersizdir. Kanun koyucu, belirli bir olgunluğa erişmemiş olan kişilerin ekonomik alandaki hareket özgürlüğünü kısıtlamamak amacıyla, sözleşmenin yapıldığı sırada işçinin reşit olması şartını düzenlemiştir. Bu nedenle, sözleşmenin reşit olmayan işçi adına yasal temsilci vasıtasıyla

ğımlılık son bulmuştur. Bkz. Ayiter, s. 464.

²⁶ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 384; Tunçomağ, *İş*, s. 495.

²⁷ Akyiğit, s. 9.

yapılamaması yerindedir.²⁸ Nitekim rekabet yasağına ilişkin irade beyanı, işçiyi yükümlülük altına sokan ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu nedenle sezgin bir küçüğün yapmış olduğu rekabet yasağı sözleşmesi, bu sözleşmeye küçüğün temsilcisinin verdiği icazet ile geçerli hale gelemez.²⁹

Hukukumuzda işçinin hangi hallerde reşit sayılacağı MK m. 11-12'de düzenlenmiştir. MK m. 11/1'e göre, işçi on sekiz yaşını doldurmasıyla reşit olur. MK m. 11/2'e göre, evlenme kişiyi reşit kılar. MK m. 12'e göre, on beş yaşını doldurmuş olan küçük, kendi isteği veya velisinin rızasıyla mahkemece reşit kılınabilir. Maddelerden anlaşıldığı üzere üç çeşit rüşt hali vardır. Kanun koyucu yaş koşulu getirmediği için, olağan şekilde veya kazai veya evlenme ile kazanılan rüşt ile reşit olan işçi rekabet yasağı sözleşmesi yapabilir. Kanunda sadece işçinin reşit olması koşulundan söz edildiği için, reşit ancak kısıtlı bir işçinin bu sözleşmeyi yapması halinde, sözleşmenin geçerli olup olmayacağı sorusu akla gelmektedir. Doktrinde kısıtlı tarafından yapılan rekabet yasağı sözleşmelerinin, yasal temsilcinin izin ya da icazet vermesiyle, geçerli olacağı kabul edilmektedir.³⁰

Türk hukukunda rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmek için işçinin reşit olması koşulu aranırken, İsviçre hukukunda, işçinin reşit olması şartını arayan kanun hükmünün 1971 yılında kaldırılmasıyla, işçinin tam ehliyetli olması koşulu aranmaktadır.³¹ Akyiğit'e göre de,³² rekabet yasağıyla sınırlanan özgürlüğün büyük önemi olması dolayısıyla, geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin kurulabilmesi için işçinin tam ehliyete sahip olması koşulunu aramak yerinde olacaktır. Kanaatimizce de, işçi ancak kendi iradesiyle ekonomik özgürlüğünü sınırlandıracak bir sözleşme yapmalıdır. Bu nedenle İsviçre hukukunda kabul edildiği gibi Türk hukukunda da fiil ehliyetine sahip olan işçilerin geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmeleri, işçinin ekonomik anlamda daha çok korunmasını sağlayacaktır.

²⁸ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 45; Yavuz, s. 459.

²⁹ Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 101; Şahlanan, *Rekabet Yasağı*, s. 74; Yavuz, s. 459.

³⁰ Ayiter, s. 467; Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 101; Tunçomağ, *Borçlar*, s. 387, dñn. 195'ten naklen; Tunçomağ, *İş*, s. 499, dñn. 10'dan naklen; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1971, s. 239.

³¹ Akyiğit, s. 10; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 44.

³² Akyiğit, s. 10.

Yasal temsilcisi tarafından kendisine meslek veya sanatın ifası için izin verilen küçük, yaptığı işle ilgili olarak sözleşme sonrasına ilişkin rekabet yasağı sözleşmesi yapamaz.³³ Nitekim yasal temsilci tarafından küçüğe iş sözleşmesi yapması hususunda verilen genel yetki, küçüğün rekabet yasağı sözleşmesi yapması için yeterli değildir.³⁴ Çünkü bu yetki hizmetin yapılmamasına değil, yapılmasına ilişkindir.³⁵

Hukukumuzda çırakların rekabet yasağı sözleşmesi yapmasını engelleyici bir hüküm yoktur. Rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için çıraklık sözleşmesinin varlığı da yeterlidir.³⁶ Ancak genellikle çıraklar rüşt yaşının altında oldukları için rekabet yasağına tabi tutulamazlar.³⁷ Ayrıca çıraklık sözleşmesi Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesi babında düzenlenmiş olmakla birlikte, alelâde bir iş sözleşmesi değildir. BK m. 313/sonda, hizmet sözleşmesi hakkındaki hükümlerin kıyasen çıraklar hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna karşın bu düzenleme, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin çıraklara da uygulanması şeklinde geniş yorumlanmamalıdır. Çünkü çıraklık sözleşmesi, aile hukuku ile borçlar hukuku esaslarına dayanan kendine özgü bir sözleşmedir.³⁸ Çırak, çıraklık sözleşmesi ile bir meslek ve sanatı öğrenmek amacıyla işyerinde faaliyet gösteren kişidir.³⁹ Yani çırak o işi gelecekte yapmak amacıyla öğrenmektedir. Çırağın meslek ya da sanatı öğrenmesinden sonra o işi yapması imkânını sınırlandıran rekabet yasağı, çıraklık sözleşmesinin niteliği ile bağdaşmamaktadır.⁴⁰ Bu sebeplerden ötürü, çırak reşit olsa dahi rekabet yasağı sözleşmesi yapamamalıdır. Nitekim 1930 tarihli İsviçre Meslekî Öğrenim Hakkında Federal Kanununun 7'nci maddesine göre, çıraklık sözleşmesi, çırağın öğrenim müddeti sonrasında meslekî faaliyete ilişkin serbest karar verme imkânını sınırlandıran hükümler içeremez.⁴¹ Aynı şekilde,

³³ Akyiğit, s. 10; Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 101.

³⁴ Ayiter, s. 466-467.

³⁵ Akyiğit, s. 10.

³⁶ Ayiter, s. 465.

³⁷ Ayiter, s. 466; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 46.

³⁸ Ayiter, s. 465.

³⁹ Mollamahmutoğlu, s. 150; Süzek, s. 126-127; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 22. bası, İstanbul 2009, s. 37.

⁴⁰ Ayiter, s. 466; Akyiğit, s. 10; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 47; M. Fatih Uşan, *Çıraklık Sözleşmesi*, Konya 1994, s. 89.

⁴¹ bkz. Ayiter, s. 466, dpn. 13.

Alman Meslekî Eğitim Kanunu'nun (*Berufsbildungsgesetz*) 12. paragrafına göre, meslekî eğitim görenlerin, eğitim ilişkilerinin sona ermesinden sonra meslekî faaliyetlerini sınırlandırmak amacıyla kararlaştırılan sözleşme hükümleri geçerli değildir.

cc. İşçinin İşverenin Belirli Sırlarını Öğrenme İmkânına Sahip Olması

Türk Borçlar Kanunu, işçilerin ekonomik anlamda gelişmelerinin rekabet yasağı şartı ile güçleştirilmesini engellemek için, ancak işverenin önemli bir menfaatinin olduğu hallerde rekabet yasağını kabul etmiştir. İşverenin böyle önemli bir menfaati ancak müşteri çevresi ve iş sırlarının korunması söz konusu olduğu zaman vardır.⁴² Bu nedenle rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için, iş sözleşmesinin işçiye işverenin bazı sırlarını öğrenme imkânını vermesi gerekir. Borçlar Kanunu'nun 348. maddesinin birinci fıkrasında, "*İş sahibinin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında işçiye müsait olan bir hizmet akdinde ...*" denilmek suretiyle bu koşula işaret edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 340. maddesinde, "*İşçinin müşteriler çevresini ya da iş sırlarını öğrenmesini sağlayan bir iş sözleşmesinde...*" şeklinde bir düzenleme yapılarak bu koşul belirtilmiştir.

Yargıtay da yeni tarihli bir kararında isabetli olarak rekabet yasağı sözleşmesinin ancak, işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etme imkânına sahip bulunması nedeniyle işverenin önemli bir zarara uğraması ihtimalinin varlığı halinde geçerli olabileceğini tespit etmiştir.⁴³ Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işçinin işyerinde öğrendiği özel bilgileri iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra işverene rekabet teşkil edecek şekilde kullanmasını önlemektir.⁴⁴ İşçinin iş sırlarına vakıf olması veya müşterileri tanınması nedeniyle rekabet yasa-

⁴² Tunçomağ, *Borçlar*, s. 384-385; Tunçomağ, *İş*, s. 496.

⁴³ Yarg. HGK 22.9.2008, E.2008/9-517; 2008/566; bkz. Polat Soyer, İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, (Yayımlanmamış Tebliğ), s. 86. Alman Federal İş Mahkemesi'nin içtihadına göre de rekabet yasağının bağlayıcı olabilmesi için, iş sırlarının korunması ya da müşteri çevresinin zarar görmemesi amacıyla rekabet yasağının kararlaştırılmasında işverenin haklı bir menfaati olmalıdır. BAG AP. Nr.5 zu § 74 a HGB; bkz. Wolfgang Zöllner/Karl Loritz, *Arbeitsrecht*, 5. neubearbeitete Aufl., München 1998, s. 174, dpn. 11.

⁴⁴ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 47.

ğı sözleşmesi yapıлып yapılamayacağı değerlendirilirken, yasağın kararlaştırıldığı tarihte var olan şartlar değil, iş ilişkisinin devamında hakim olunan bilgiler ve sözleşmenin sona erdiği tarihteki şartlar dikkate alınmalıdır. Nitekim iş sözleşmesi imzalanırken işçinin müşteri çevresine veya iş sırlarına hakim olup olamayacağı bilinemeyebilir.⁴⁵ Bu bağlamda, işçinin işten ayrıldığı tarihteki fiili ya da potansiyel rakipleri dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.⁴⁶ Bununla birlikte, işçinin müşterilere ait bilgilere ya da iş sırlarına hakim olması koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilirken işçinin işyerindeki konumu da dikkate alınmalıdır. Mesela, bir pazarlama elemanı ile depo görevlisinin müşterilere ait bilgilere sahip olma durumları veya satış servisinde çalışan bir işçi ile kimya laboratuvarında çalışan bir teknisyenin üretimdeki özel formülleri öğrenme olasılıkları birbirinden farklıdır.⁴⁷

BK m. 348/2' de rekabet yasağına ilişkin şartın ancak, işçinin müşterileri tanimasından ve esrara nüfuzundan, yani sırları öğrenmesinden yararlanarak işverene hiss olunacak derecede zarar verebileceği hallerde geçerli olabileceği öngörülmüştür.⁴⁸ İşverenin önemli bir zarar tehlikesi ile karşı karşıya kaldığı sır teknik ya da ticari iş sırrı olabilir.⁴⁹ Örneğin bir markette tartı ve paketleme bölümünde çalışan işçinin, iş ilişkisi sona erdikten sonra işvereniyle rekabet etmesini yasaklayıcı bir sözleşme geçersizdir. Nitekim bu birimde çalışan işçinin

⁴⁵ Taşkent/Kabakçı, s. 26, 29.

⁴⁶ Taşkent/Kabakçı, s. 29.

⁴⁷ Şahlanan, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/657/48>; Şahlanan, *Rekabet Yasağı*, s. 76

⁴⁸ Alman Ticaret Kanunu § 74a' da, rekabet yasağının bağlayıcılığı konusunda genel bir ifadeyle "işverenin işletmeye ilişkin haklı çıkarlarının korunması" koşulundan söz edilmektedir.

⁴⁹ Taşkent/Kabakçı, s. 26.

⁵⁰ Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 102. Yargıtay bir kararında, "... davacının davalı hastane işyerinde hemşire olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacı işçi ile işveren arasında iş sahibinin müşterileri tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında uygun olan bir iş sözleşmesi bulunmadığından BK.m.348/1 anlamında belirli bir sürede rakip bir işletmede çalışmaması yolunda koşul öngörülemeyeceği" sonucuna varmıştır. Yarg. 9. HD 10.3.2008, E.2007/11865, K.2008/3993; bkz. Demircioğlu, s. 89. Kararı değerlendiren Soyer'e göre, rekabet yasağı sözleşmesinin ancak işçinin, işverenin müşteri çevresine veya iş sırlarına nüfuz etme olanağına sahip bulunması nedeniyle işverene önemli bir zarara uğratma ihtimalinin varlığı halinde geçerli olabileceğine ilişkin BK. m. 348/2 düzenlemesi, vasıfsız ya da alt kademe-

yaptığı paketleme ve tartma işi herhangi bir sır niteliği taşımamaktadır.^{50, 51}

Her ne kadar BK m. 348/2'de düzenlenen müşterileri tanıma ve sırları öğrenme ibaresi, bu iki durumun birlikte gerçekleşmesi gerektiği şeklinde bir fikir uyandırıyor da, maddenin Almanca metne uygun olarak müşteri çevresi veya iş sırları şeklinde anlaşılması gerekir.⁵²

deki işçiler için rekabet yasağı kaydı getirilmesi imkânını önemli ölçüde bertaraf etmektedir. Bkz. Soyer, *Değerlendirme*, s. 87.

⁵¹ Yargıtay'ın bir başka kararına göre de, "... Davalı işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu 26.2.2002 tarihinde taraflar arasında düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinde, işçinin müfettiş yardımcısı olarak görev yaptığı belirtilmiş ve davacı işçinin teknik, ticari ve personele ilişkin iş sırlarına ve müşteri çevresine nüfuz eden konumu sebebiyle asgari dört yıl süreyle çalışması şartı öngörülmüştür. İşçinin dört yıllık süre dolmadan ayrılması halinde diğer bankalar ile finans sektöründe faaliyet gösteren mali kuruluşlarda çalışmayacağı taahhüt edilmiş, bu süre iki yıl ile sınırlandırılmış ve Marmara, Ege ve İç Anadolu kapsamına giren illerde geçerli olduğu hükme bağlanmıştır. ... Somut olayda işyerinde müfettiş yardımcısı olarak çalışan davalının müşterileri tanıma, iş sırrına vakıf olma ve en nihayet işverenin hissolunacak bir zararına neden olabilmesi yönlerinden gerekli inceleme yapılmamıştır. ... Eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 9. HD 23.5.2006, E.2006/6891, K.2006/15193. (kişisel arşiv). Karara karşı oy veren üyeler, rekabet yasağının coğrafi alan bakımından sınırlandırılmasının bu yasağı geçersiz kılacağını, ayrıca davalının görevi gereği de rekabet yasağının geçersiz olduğunu, müfettiş yardımcılığı görevi dolayısıyla işçinin bankacılık faaliyetleri ile ilgili sır deresindeki bilgilere haiz olduğunun düşünülmemesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Şahlanan'a göre de, karşı oy yazısında belirtilen düşünceler önemli olmakla birlikte, Yargıtay'ın rekabet yasağının geçerli olabilmesi için davalının, bankanın müşterilerini tanıma ve iş sırlarına vakıf olma gibi bir konumda olup olmadığının araştırılması yönündeki görüşü isabetlidir. Söz konusu kararın incelemesi konusunda bkz. Şahlanan, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/full/657/48>. Aynı görüşte bkz. Kübra Doğan Yenisey, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006*, Ankara 2009, s. 56. Yargıtay'ın benzer yönde bir başka kararına göre de, "... Davalı işçinin imzasını taşıyan 25.01.2001 tarihli taahhütnamede, iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren iki yıl süre ile işverenle aynı işi yapan ve aynı alanda faaliyet gösteren bir firma için çalışmayacağı, ortak olamayacağı ve kendi adına iş kuramayacağı kurala bağlanmıştır. Davalının işten ayrılmasını takiben bir başka firmada işe girdiği de anlaşılmaktadır. Davalı işçinin yaptığı görev itibarıyla davacı işverenin müşterilerini tanımak veya işlerin esrarına nüfuz etmek gibi Borçlar Kanunu'nun 348. maddesinde belirtilen bir konumunun bulunup bulunmadığı dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Gerçekten anılan madde hükmüne göre, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için belirtilen hususların varlığı gerekir." Yarg. 9. HD 8.6.2004, E.2004/18581, K.2004/14299; *Çalışma ve Toplum, Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, 2005/1, s. 267-268. Kararın incelemesi için bkz. Uşan *Rekabet Yasağı*, s. 98 vd.

⁵² Ayiter, s. 468; Haluk Köseoğlu "Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Yasağı", *Ankara*

Nitekim BK m. 348/1'de de müşterileri tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek şeklindeki düzenleme ile, bu iki bilgidен birinin yeterli olduğu kastedilmek istenmiştir. Maddenin Fransızca metninde yer alan "ve" sözcüğü ise bir redaksiyon hatasıdır ve bu yanlışlık Almanca metinde mevcut değildir.⁵³ İsviçre Federal Mahkemesi de bu iki koşulun bir arada bulunmasının gerekmediğini kabul etmiştir.⁵⁴ Borçlar Kanunu Tasarısı m.443/2'de de, "Rekabet yasağı ancak hizmet ilişkisi işçiyе müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkanı sağlıyorsa ... geçerlidir." hükmüne yer verilmiştir.

aaa. Müşterileri Tanıma Unsuru

BK m. 348/1'e göre, "İş sahibinin müşterileri tanımak... hususlarında işçiyе müsait olan bir hizmet akdinde her iki taraf, akdın hitamından sonra, işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edecek bir iş yapmamasını ve rakip bir müessesede çalışmamasını ve böyle bir müessese ile şerik veya sair sıfatla alâkadar olmamasını, şart edebilir." BK m. 348/2'e göre, "Rekabet memnuniyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterileri tanınmasından ... istifade ederek iş sahibine hissolunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise caizdir." Burada öncelikle müşteri ve müşteri çevresi kavramlarının tanımlanması gerekir.

Müşteri kavramından, bir işyeri ile az veya çok süre ile ilişki kurarak, işveren tarafından üretilen mal veya hizmetleri alan kimse anlaşılır.⁵⁵ Köseoğlu⁵⁶ ve Olgaç⁵⁷ bu tanıma "işverenin piyasadaki değer ve ticarî nüfuzunu artıran kişiler" tabirini ilave etmiştir. Müşteri çevresi terimi ise sözlük anlamıyla, "bir ticarî işletme ile devamlı surette alışverişte bulunanların tümü"nü ifade eder.⁵⁸ Bir işletmeden sürekli mal satın alan veya onun hizmetlerini kabul eden, onunla az veya çok sürekli

Barosu Dergisi, S. 2, 1968, s. 983; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 49; Şahlanan, <http://www.tekstilveren.org/content/view/657/48>; Şahlanan, *Rekabet Yasağı*, s. 75; Yavuz, s. 460.

⁵³ Ayiter, s. 468; Bilge, s. 240.

⁵⁴ Bkz. Ayiter, s. 468; Yaşar Karayalçın, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler Hukuki Mütalâalar (1984-1987)*, Ankara 1988, s. 39.

⁵⁵ Akyiğit, s. 11; Taşkent/Kabakçı, s. 27.

⁵⁶ Köseoğlu, s. 983.

⁵⁷ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 7. bası, Ankara 2002, s. 883.

⁵⁸ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 385; Tunçomağ, *İş*, s. 496-497.

ilişki kuran kişiler topluluğuna müşteri çevresi denir.⁵⁹ Doktrinde, işyeriyle bir kez ilişki kuran veya bir defa alıcı olan kişiler müşteri kavramına dahil edilmemektedir.⁶⁰

Müşterilerin ad ve soyadları, meslekleri, adresleri, telefon veya faks numaraları, işyeri ile yaptıkları alışverişin cins ve miktarı ile zamanı ve parasal boyutu müşteri çevresine ilişkin bilgileri oluşturmaktadır.⁶¹ Ancak rekabet yasağı sözleşmesi anlamında müşteri çevresine ait bilginin tespitinde, müşterilerin ad ve soyadına, sayısına ilişkin bilgi önemli değildir. İşçinin, o işletme ile ilgili olan ticarî ve şahsi ilişkileri bilmesi ve bu bilgiyi kendi adına ekonomik menfaat elde edebilecek şekilde kullanması önemlidir.⁶² Rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için gereken müşteri çevresine hakim olma koşulu, işçinin ilgili müşterilerle kişisel ilişki içinde olması veya müşterilerin ihtiyaçları, kendine has özellikleri, talepleri gibi hususları öğrenmesidir.⁶³

Rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için müşteri çevresinin bir iş sırrı teşkil etmesi ve işverence saklı tutulması gerekmez.⁶⁴ Gerek İşviçre öğretisinin bir kısmının görüşü gerek Federal Mahkeme'nin bazı kararları da bu doğrultudadır.⁶⁵ Ancak doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre,⁶⁶ işçinin sır niteliği taşımayan müşteri çevresini tanınması, işverene önemli bir zarar vermeyeceği için, rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi bakımından yeterli bir koşul değildir. İşçilerin büyük bir kesiminin işverenin müşteri çevresini tanınmaları ihtimali yüksektir. Sadece müşteri çevresini tanımanın rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için yeterli bir koşul teşkil etmesi, işçilerin iktisadî rekabet hakkını önemli ölçüde sınırlandırır.⁶⁷ Nitekim ekonomik anlamda rekabet, daha çok müşteri elde etmek amacıyla yapılan bir piyasa

⁵⁹ Akyiğit, s. 11, dpn. 34'ten naklen; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 50, dpn. 70'den naklen; Kazım Yücel Dönmez, *İşçinin Borçları*, Ankara 2000, s. 232.

⁶⁰ Dönmez, s. 233.

⁶¹ Ayiter, s. 468; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 52; Şahlanan, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/full/657/48>; Şahlanan, *Rekabet Yasağı*, s. 75.

⁶² Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 52; Taşkent/Kabakçı, s. 26.

⁶³ Ayiter, s. 468; Tunçomağ, *Borçlar*, s. 385; Tunçomağ, *İş*, s. 497.

⁶⁴ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 51, dpn. 74'ten naklen.

⁶⁵ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 52, dpn. 79'dan naklen.

⁶⁶ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 51.

⁶⁷ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 51.

mücadelesidir.⁶⁸ Bize göre, işçinin işyerinde çalıştığı süre içinde işverenin müşteri çevresini tanınması ve bu durumu iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverene zarar verecek şekilde kullanabilecek olması halinde, bu müşteri çevresi sır niteliği taşımasa dahi, kararlaştırılacak rekabet yasağı geçerli olur.

Federal Mahkeme bir kararında, bir kalorifer ticaret evinde montaj işlerini yönetmekle görevli bağımsız kalorifer montörünün, mimar ve müteahhitlerle ilişkide bulunabilmesi imkânını, işverenin “müşteri çevresini” tanıyabilmesi olarak nitelendirmiş ve işçinin iş sözleşmesinde yer alan rekabet yasağı şartını geçerli kabul etmiştir.⁶⁹

bbb. İş Sırlarını Öğrenme Unsuru

BK m. 348, işçinin sadece müşteri çevresini tanınması halinde değil, işverenin imalât ve iş sırlarını öğrenmesi halinde de rekabet yasağının kararlaştırılmasına imkân vermiştir. BK m. 348/1-2’de işçinin “*esrara nüfuzu*”ndan söz edilmiş olup bu ifade, İsv. BK m. 340’da yer alan “*işçinin iş sırlarını öğrenmesi*” şeklinde anlaşılır.⁷⁰ Maddedeki “*esrar*” deyimini, “*berata bağlanmış ihtiralarla, berata bağlanmak kabiliyetini taşıyan ve iş sahibinin başkası tarafından öğrenilmesinden ciddi surette zarar göreceğini varsaymakta bulunduğu özel şekil ve usullerdir.*”⁷¹ Sözlük anlamı, “*saklanması gereken bilgi*”⁷² olan sırrın kanunî bir tanımı yapılamamıştır. Bu

⁶⁸ Mahkeme, davacının (işveren), kalorifer montajında tecrübesi olmadığından, bu konuda uzman bir teknisyenin yardımına ihtiyacı olduğunu tespit etmiştir. Bu durumdan yola çıkarak, davalının (işçi) üçüncü kişilerle, özellikle yapı malikleriyle, mimarlar ve müteahhitlerle ilişki kuracağı anlaşılmaktadır. Mahkeme ayrıca, davacının davalıya bu konuda yönetim yetkisi verdiğini ve davalının da bu yetkiyi kullanarak mimarlar ve müteahhitlerle ilişki kurduğunu, onların görüşlerini, alışkanlıklarını ve isteklerini öğrendiğini ve kendilerini tanıma fırsatına sahip olduğunu tespit etmiştir. Federal Mahkeme, 1. Hukuk Dairesi, 11.6.1955; karar için bkz. Selim Kaneti, *İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları Özel Borç İlişkileri-Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması*, Ankara 1968, s. 138-140.

⁶⁹ Türk Borçlar kanununda sadece “iş sırları”ndan söz edilmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1971 yılındaki revizyonu ile kanuna iş sırları yanında üretim(fabrikasyon) sırları kavramı da eklenmiştir. Bkz. Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 53, dpn. 87.

⁷⁰ Nafiz Erdem, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Ankara 1988, s. 905.

⁷¹ Yılmaz, s. 1092.

⁷² Ayiter, s. 469-470; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 53.

nedenle bir bilginin, iş sırrı kapsamında olup olmadığının hâkim tarafından her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerekir.⁷³

Alman doktrininde dar anlamda iş sırları yani “işletme sırları ve geniş anlamda iş sırları yani “teşebbüsün daha ziyade ticarî sırları” olmak üzere iki türlü iş sırrı ayırımı yapılmıştır.⁷⁴ Ancak gerek Türk BK m. 348’de gerek İsviçre BK m. 340’da böyle bir ayırım yapılmamıştır. Nitekim “iş sırları” kavramı, işletmenin hem ticarî hem de teknik ilişkilerini kapsamaktadır.⁷⁵

Doktrinde iş sırları, “işverenin özellikle rakip firma tarafından bilinmemesinde çıkarı bulunan özellikleri ve ticarî olayları”,⁷⁶ “işletmeyle ilgili, sıyrırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı bir menfaate sahip bulunduğu ve işverence saklı kalması arzu edilen olguları”,⁷⁷ “bir işin gizli tutulmak istenilen idare tarzı yahut öğrenilmesinden iş sahibinin ciddi zararlara uğraması kuvvetle muhtemel şekil, usul ve vasıtaların tümünü”,⁷⁸ “yalnız bir teşebbüse münhasır bulunan ve o teşebbüsün gerek ticarî gerek teknik bakımdan muvaffak olmasını temin eden ve rekabet korkusuyla herkesten gizlenen birtakım hususiyetleri”⁷⁹ ifade eden bir kavram olarak tanımlanmaktadır.

Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere, rekabet yasağı anlamında iş sırrından söz edebilmek için öncelikle sırrın işletmeyle ilgili olması gerekmektedir.⁸⁰ Sırrın işletmeyle ilgili olmasından kasıt, sırrın ticarî, teknik veya personele ilişkin olmasıdır.⁸¹ İşletmeyle ilgili iş sırlarına örnek olarak, işletmenin işleyiş biçimi, fiyat tarifeleri, müşteri veya abone listeleri, işletmenin herkes tarafından bilinmeyen organizasyonu,⁸²

⁷³ Ayiter, s. 469, dph. 18’den naklen.

⁷⁴ Ayiter, s. 469.

⁷⁵ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 385; Tunçomağ, *İş*, s. 497.

⁷⁶ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 53.

⁷⁷ Köseoğlu, s. 983.

⁷⁸ Ayiter, s. 469.

⁷⁹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 54.

⁸⁰ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 54.

⁸¹ Yavuz, s. 460; Soyer, s. 54; Şahlanan, <http://www.tekstilserveren.org/content/view/657/48>; Şahlanan, *Rekabet Yasağı*, s. 76; Olgaç, s. 438; Akyiğit, s. 13; Dönmez, s. 234; Tunçomağ, *Borçlar*, s. 385; Tunçomağ, *İş*, s. 497; Bilge, s. 241; Akyiğit, s. 13; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 54.

⁸² Olgaç, s. 438; Tunçomağ, *Borçlar*, s. 385; Tunçomağ, *İş*, s. 497; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 54.

üretim teknolojisi, özellikle kimya ve makine sanayisinde rastlanan özel üretim biçimleri,⁸³ bir ticarî işletmenin şifre sistemi, telgraf anah-tarı, bankalarla kredi anlaşmaları, yazışmalar,⁸⁴ bilgisayar programla-rı, pazar planları, tüketici alanları, hammadde kaynakları, kredi ola-nakları, işletmenin muhasebe kayıtları, rekabet şansı, işverene ait olan işçi buluşları, personel planlaması⁸⁵ gibi konulardaki bilgiler verilebi-lir. Görüldüğü gibi, iş sırları kavramı, işletmeyle ilgili olan her şeyi kapsamına alan geniş bir çerçevede değerlendirilmektedir.⁸⁶

Bir hususun sır teşkil edebilmesi için diğer bir koşul, bu bilginin sınırlı bir çevre tarafından bilinmesidir.⁸⁷ Bu çevredekiilerin sayısı nis-pidir. Yani bir kişi olabileceği gibi bir grup da olabilir.⁸⁸ Herkes tara-fından bilinen şeyler sır teşkil etmez. Örneğin, bir işletmenin dünya-da birkaç firma tarafından bilinen üretim teknolojisi, sadece sınırlı bir çevre tarafından bilindiği için, rekabet yasağı anlamında iş sırrı teşkil eder.⁸⁹ Ancak işçi sınırlı bir çevre tarafından bilinen söz konusu sırlar hakkında bilgi sahibi olduktan sonra, işveren bu bilgileri üçüncü kişi-lere açıklamışsa, artık bu bilgiler iş sırrı kapsamında değerlendirileme-yecek ve bilginin açıklanması dolayısıyla işverenin zarar görme olasılı-ğı da ortadan kalkmış olacaktır.⁹⁰

İş sırrından söz edebilmek için üçüncü koşul, kolaylıkla öğrenile-meyecek olan bir bilginin sır olarak saklanması hususunda işverenin iradesinin olmasıdır.⁹¹ Öncelikle, bir bilgi kolaylıkla öğrenilemeyecek nitelikteyse sır teşkil eder. Örneğin, bir gazetede yayımlanmış bir bu-luş ya da üretim usulü sır teşkil etmez. Herkes tarafından bilinmeyen bilginin üçüncü kişilere açıklanmaması hususunda işverenin iradesi olmalıdır. Nitekim her gizlilik veya sır ancak sır sahibinin bunun ko-

⁸³ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 385; Tunçomağ, *İş*, s. 497.

⁸⁴ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 54.

⁸⁵ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 385; Tunçomağ, *İş*, s. 497; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 54.

⁸⁶ Süheyl Donay, *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul 1978, s. 4.

⁸⁷ Donay, s. 5.

⁸⁸ Karayalçın, s. 39.

⁸⁹ Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 103.

⁹⁰ Donay, s. 5; Akyiğit, s. 12; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 55.

⁹¹ İbrahim Kaplan, "Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu" *BATİDER*, c. XV, S. 4, Aralık 1990, Ankara 1990, s. 9.

runmasını istediği takdirde hukuken korunur.⁹² Bu koruma için ayrıca, sır sahibinin bilginin saklı kalmasında haklı bir menfaati olmalıdır.⁹³ Yani, bilginin açıklanması halinde işveren, önemli bir zarara uğrayacak olmalıdır.

Örneğin 1.3.1974 tarihinde X. AŞ ile M. S. arasında bir iş sözleşmesi yapılmış ve sözleşmeye, iş sözleşmesi sona erdikten sonra geçerli olmak üzere “İşbu hizmet akdinin herhangi bir sebep tahtında olursa olsun sona ermesi halinde dahi, M.S. müessesede vazifeli bulunduğu müddet zarfında ve işbu hizmet akdi münasebetiyle öğrenmiş bulunduğu bütün hususları yani teknik sır ve bilgileri laboratuvar çalışmalarını, her türlü plan ve formülleri ve keza her türlü idari ve ticarî sırları daima muhafaza etmek mecburiyetindedir. Öğrendiği bu hususları başkalarına nakil etmeyecek, bunlar hakkında hiçbir kimseye bilgi vermeyecek ve göstermeyecektir. Bu hususlarda herhangi bir açıklamada bulunmayacaktır.” hükmü konulmuştur. Bu şirketin amacı, hem maya hem de mal imâlidir. Şirket maya üretim teknolojisini, üretim sırlarını yurt dışından sağlamış ve M. S.’ye öğretmiştir. Maya üretme teknolojisi dünyada birkaç firma tarafından bilinmektedir ve Türkiye’de bu çeşit mayayı üreten ilk firma M. S.’nin çalıştığı şirkettir. Örnekteki maya üretim teknolojisi, işletmeye ilişkin, sadece sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek nitelikte olan bir bilgidir. Ayrıca üretim teknolojisinin açıklanmaması hususunda işverenin iradesi ve haklı bir menfaati vardır. Bu bilgi iş sırrının tüm unsurlarını taşıdığı için, rekabet yasağı anlamında iş sırrı teşkil etmektedir.⁹⁴

ccc. Bu Bilgilerin Kullanılması Halinde İşverene Önemli Bir Zarar Verme İhtimali Olmalıdır

BK m. 348/2’e göre, rekabet yasağına ilişkin olan şart, ancak işçinin müşterileri tanınmasından veya iş sırlarını öğrenmesinden yararlanarak, işverene hissolunacak derecede bir zarar verebilecek ise geçerlidir. İsv. BK m. 340/2 uyarınca da, rekabet yasağı, ancak işçinin bu bilgileri kullanmak suretiyle işverene önemli zarar verebileceği halde geçerlidir. Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan “hissolunacak derecede za-

⁹² Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 55.

⁹³ Karayaalçın, s. 35-39.

⁹⁴ Şahlanan, *Rekabet Yasağı*, s. 78.

rar” ifadesi İsviçre Borçlar Kanunu’nda “önemli bir zarar” şeklinde düzenlenmiştir.

Rekabet yasağı, iş sözleşmesi sona erdikten sonra eski işverenin haklı menfaatlerinin korunmasını amaçladığı için, işverenin korunmaya değer gerçek bir yararının olması gerekmektedir. Bu nedenle, rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için işçinin müşterileri tanınması veya iş sırlarını öğrenmesi yeterli değildir. Ayrıca bu bilgilerin kullanılması halinde işverenin önemli bir zarar görmesi ihtimali olmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, işçinin işverene ait müşteri çevresi ya da iş sırlarına hakim olabilecek bir konumda çalışıyor olması, işverene önemli zarar verme ihtimalinin varlığı bakımından kârîne oluşturur.⁹⁵ Doktrinde bir başka görüşe göre,⁹⁶ rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için her tür zarar ihtimali yeterlidir. Önemli zarar kavramı, tazminatın kapsamı bakımından değer taşır. Ancak kanun koyucu bu koşulu işçiyi korumak amacıyla özellikle düzenlemiştir.⁹⁷ Bu nedenle, herhangi bir zarar ihtimali rekabet yasağı sözleşmesinin yapılabilmesi için yeterli değildir. Bu zararın önemli, hissölunur derecede bir zarar olması gerekir.⁹⁸ Bu bağlamda, önemli olmayan bir zarar tehlikesi rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasına imkan vermez. Zararın etkilerinin büyük olduğu ve kolaylıkla bu zararın etkilerinin giderilememesi, örneğin önemli oranda kazanç kaybı ya da büyük sayıda sipariş azalması önemli bir zarar olarak nitelendirilebilir.⁹⁹ Zararın hangi durumlarda önemli sayılacağını, hâkim her olayın özelliğine göre değerlendirecektir.¹⁰⁰

Doktrinde hakim görüşe göre,¹⁰¹ işçinin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra müşteri çevresi hakkında edindiği bilgiyi ya da iş sırlarını kullanması ile işverenin önemli bir zarara maruz kalması arasında bir illiyet bağı olmalıdır. Zarar, işçinin müşterileri tanınması ya da iş sırla-

⁹⁵ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 57, dpn. 121’den naklen.

⁹⁶ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 57.

⁹⁷ Ayiter, s. 469.

⁹⁸ Taşkent/Kabakçı, s. 27-28.

⁹⁹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 58.

¹⁰⁰ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 385; Tunçomağ, *İş*, s. 497; Bilge, s. 240; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 58; Taşkent/Kabakçı, s. 28; Yavuz, s. 460.

¹⁰¹ Ayiter, s. 468; Tunçomağ, *Borçlar*, s. 385; Köseoğlu, s. 983; Tunçomağ, *İş*, s. 497; Bilge, s. 240.

rını öğrenmiş olmasından dolayı değil de, işçinin kişisel yetenek ve niteliklerinden ileri gelebilecek ise rekabet yasağı geçerli olmaz.¹⁰² Aksi halde, işçinin kişisel yeteneğini ve tecrübelerini kullanma hakkı elinden alınmış olur.¹⁰³ Örneğin, ünlü bir avukat veya doktor, yanında çalışan asistanı ile rekabet yasağı sözleşmesi yapamaz. Çünkü avukatlık, doktorluk, dişçilik gibi serbest mesleklerde müşteri ile ilişkiler kişisel kabiliyete dayanır.¹⁰⁴ Şahsi yetenek ve niteliklerin önemli olduğu serbest mesleklerde işçinin müşterileri tanınması, kendisine doğrudan doğruya bir fayda sağlamaz.¹⁰⁵ Federal Mahkeme kararlarında da, kişisel nitelik ve tecrübeyi gerektiren serbest mesleklerde rekabet yasağı sözleşmesinin yapılması halinde, bu sözleşmenin hükümsüz olacağı kabul edilmektedir.¹⁰⁶ Ancak Ayiter'e göre,¹⁰⁷ kanun burada bir illiyet bağı aramamaktadır. Bu durum, sözleşmenin geçerli olması için kanunun öngördüğü bir şarttır. Hâkim rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda illiyet bağını değil, bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini arayacak, işverenin sözleşmeyi yapmakta haklı bir menfaati olup olmadığını araştıracaktır.

Bize göre burada aranan, işçinin müşteri çevresine ilişkin bilgiyi veya iş sırlarını kullanmasından dolayı işverenin önemli bir zarara maruz kalması ihtimalidir. Diğer bir ifade ile, rekabet yasağının kararlaştırılabilmesi için müşteriyi tanıma veya iş sırlarını öğrenme ile zarar arasında illiyet bağına olması gerekmektedir. Bu illiyet bağı varsa, işverenin sözleşmeyi yapması için haklı bir menfaati de vardır. İşverenin haklı menfaati, işçinin bu bilgileri kendisiyle rekabet edecek şekilde kullanarak önemli bir zarara sebebiyet vermesi ihtimalini ortadan kaldırmayı gerektirir.

¹⁰² Tunçomağ, *Borçlar*, s. 385; Tunçomağ, *İş*, s. 497; Bilge, s. 240.

¹⁰³ Ayiter, s. 468; Tunçomağ, *Borçlar*, s. 385-386; Tunçomağ, *İş*, s. 497; Bilge, s. 240; Yavuz, s. 460; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 58-59; Soyer, *Değerlendirme*, s. 87.

¹⁰⁴ Olgaç, s. 438; Köseoğlu, s. 983.

¹⁰⁵ Köseoğlu, s. 983; "Bir kadın berberi rekabet memnuiyeti mukavelesine rağmen bir dükkan açmış ve mukavele ile korunan dükkandan fazla müşteri celp etmiştir. Mahkeme burada şahsi evsafın rol oynadığını ifade ile, rekabet memnuiyeti mukavelesinin bağlayıcı olmadığına karar vermiştir." Bkz. Ayiter, s. 468, dpn. 17; Akyigit, s. 13, dpn. 50.

¹⁰⁶ Ayiter, s. 469-470.

¹⁰⁷ Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 103.

İşverenin işçiyi eğitmesi, ona iş konusunda mesleki bilgi vermesi ve tecrübe kazandırması durumu tek başına işçinin iş sırlarını öğrendiği şeklinde değerlendirilmemelidir. Örneğin hiçbir iş tecrübesi olmayan bir bilgisayar mühendisini eğiten, yetiştiren, ona deneyim kazandıran işverenin sadece vermiş olduğu bu eğitim ve kazandırdığı tecrübe nedeniyle rekabet yasağı sözleşmesi yapması kabul edilemez.¹⁰⁸ Nitekim çalışma hakkına sahip olan herkesin bir yerde tecrübe kazanma ve daha sonra deneyimli olarak bir başka işverenin yanında işe başlama hakkı vardır. Ancak söz konusu işyerinde çalıştığı süre içinde işyerinde iş sırrı kapsamında değerlendirilebilecek bilgilere sahip olan, özel üretim tekniklerini, sadece bu işyerinde tasarlanan programları öğrenen bir işçi ile rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasında işverenin haklı bir menfaati olduğundan söz edilebilir.

dd. Rekabet Yasağının Zaman, Yer ve Konu Bakımından Sınırlandırılması

Kişinin ekonomik özgürlüğünü sınırlandıran rekabet yasağı BK m. 20 ve MK m. 23'e uygun olduğu sürece geçerlidir. Her ne kadar kişiler kendi özgürlüklerini sınırlandırma hakkına sahip olsalar da, sözleşme özgürlüğü sözleşenlere mutlak bir serbesti tanımaz. Taraflar ancak yasal koşullar çerçevesinde özgür sayılırlar. Bu bağlamda rekabet yasağı sözleşmesi yapılırken taraflar tam ve mutlak bir serbestiye sahip değildir.¹⁰⁹ Rekabet yasağı sözleşmesi işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye atılmaması şartıyla geçerlidir. Bu anlamda, işçinin mesleki geleceğini önemli ölçüde sınırlandıran bir rekabet yasağı şartı, işverenin haklı menfaatlerinin korunması için olmazsa olmaz nitelikte olmadığı sürece ölçüsüz kabul edilir.¹¹⁰ İşçiyeye meslek yasağı oluşturacak bir rekabet etmeme yükümlülüğünün getirilebilmesi için, işçinin eğitimi, mesleki tecrübesi, yaşı, mesleğini ya da oturduğu yeri değiştirme olasılığı, ailevi şartları, maddi durumu, iş piyasasında tanınmışlığı, başka bir iş yapabilme olasılığının olup olmadığı gibi kriterlerin bir bütün olarak dikkate alınması gerekir.¹¹¹

¹⁰⁸ Bilge, s. 241; Dönmez, s. 237.

¹⁰⁹ Taşkent/Kabakçı, s. 33.

¹¹⁰ Şahlanan, *Rekabet Yasağı*, s. 78-79; Şahlanan, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/657/48>; Taşkent/Kabakçı, s. 33.

¹¹¹ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 388; Tunçomağ, *İş*, s. 501; Becker, s. 572; Uşan, *İş Sırrı*, s. 236;

İşçinin iktisadi geleceğinin hakkaniyete uygun bir şekilde sınırlandırılması için rekabet yasağının zaman, yer ve konu bakımından sınırlandırılması esaslarına uygun davranılması da rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için uyulması gereken koşullardan birisi olarak kabul edilir. BK m. 349, İsviçre BK m. 340/a ve Alman Ticaret K.Ş 74 a (*Handelsgesetzbuch § 74 a*) hükmü, işçinin iktisadî geleceğinin hakkaniyete aykırı olarak güçleştirilmesini önlemek amacıyla düzenlenmiştir. BK m. 349'a göre, "Rekabet memnuiyeti ancak işçinin iktisadî istikbalinin hakkaniyete muhalif olarak tehlikeye girmesini men edecek surette zaman, mahal ve işin nev'i noktasından hal icabına göre münasip bir hudut dahilinde şart edilmişse muteberdir." Şu halde rekabet yasağı sözleşmesi ancak yasa ile öngörülen kapsamda sınırlandırılmışsa geçerli olabilir. İşverenin menfaatleri ile işçinin durumu karşılaştırılarak, işçinin iktisadî gelişmesi ve bütün malî imkânları göz önünde tutularak söz konusu sınır tespit edilmelidir.¹¹² İşçinin başka bir iş bulma olanağı, ekonomik gelişmesini sağlayacak bilgisinin olup olmadığı da göz önüne alınmalıdır.¹¹³ İşverenin menfaati çoğaldıkça, işçinin iktisadî hareket serbestisinin sınırlanması kolaylaşır.¹¹⁴ İşçinin malî durumu, yaşı, bilgisi ve aile ilişkilerine göre geçimini sağlaması zorsa, rekabet yasağının daha çok sınırlandırılması gerekir.¹¹⁵ İşçinin daha iyi korunması ve zarar görmemesi amacıyla, rekabet yasağı sınırlandırılırken yer, zaman ve konu bakımından kapsam bir bütün olarak incelenmelidir.¹¹⁶ Söz konusu sınırın uygunluğu tespit edilirken iş sözleşmesinin sona erme anı dikkate alınmalı ve her somut olayda şartlar ayrı ayrı değerlendirilmelidir.¹¹⁷

Taşkent/Kabakçı, s. 29.

¹¹² Uşan, *İş Sırrı*, s. 236.

¹¹³ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 388; Tunçomağ, *İş*, s. 501.

¹¹⁴ Becker, s. 572.

¹¹⁵ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 388; Tunçomağ, *İş*, s. 501; Taşkent/Kabakçı, s. 29.

¹¹⁶ Uşan, *İş Sırrı*, s. 237; Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 104.

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Manfred Reh binder, "Schranken und Wegfall des Konkurrenzverbots im Arbeitsrecht", *Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, (1925-1988), Ankara 1990, s. 517. Örneğin, işverenin üretimiyle ilgili yeni geliştirilen teknik iş sırlarını edinebilecek birimde çalışan işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra bu bilgileri kullanmasının ve bu konuda ticari faaliyette bulunmasının engellenmesi ve işverene ait bu teknik bilgilerin korunması amacıyla yasağın süresi üç yılı aşabilir. Bkz. Reh binder, s. 517. Aynı şekilde, patent, know how, yeni üretim teknikleri gibi istisnai konularda, işverenin özel bir halin varlığını ispat etmesi koşuluyla, üç yıllık sürenin aşılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Ayiter, s. 14.

aaa. Rekabet Yasağının Zaman Bakımından Sınırlandırılması

Borçlar Kanunu'nun 349. maddesinde rekabet yasağına zaman bakımından açık ve kesin bir sınırlama getirilmemiştir. Buradaki tek sınır, rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak sınırlandırmamasıdır. Borçlar Kanunu Tasarısı m. 444/1'de ise, rekabet yasağının süresine ilişkin olarak, "*Rekabet yasağı işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz.*" denilmektedir. İsviçre BK m. 340/a da bu süre üç yıla sınırlanmış, ancak özel hallerin varlığında üç yılın aşılabileceği düzenlenmiştir.¹¹⁸ Alman Ticaret Kanunu'nun 74 a paragrafında ise bu sürenin 2 yıldan fazla olamayacağı hükme bağlanmıştır.

Bizim hukukumuzda süreye ilişkin bir düzenleme olmadığı için doktrinde bir görüş,¹¹⁹ yer ve konu bakımından koşulların uygun olması halinde zaman sınırlamasının daha uzun kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Başka bazı yazarlara göre,¹²⁰ kaydı hayat şartı ile rekabet yasağı sözleşmesi yapılamaz. Rekabet yasağı sözleşmesinin süresi kısa olmalıdır ve on seneyi geçmemelidir. İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarına göre,¹²¹ rekabet yasağının konu bakımından dar sınırlandırılması halinde, yer ve zaman bakımından geniş sınırlandırılması mümkündür. Örneğin, "*bir âlet fabrikası müdürü hakkında on yıl içinde İsviçre'de matkap ve helezon burguyu fabrikada imal etmemeye ilişkin rekabet yasağı*",¹²² "*Bir fayans fabrikası direktörüne karşı, aynı nitelikte mal ve aynı türde bir müessesede on yıl süreli rekabet yasağı*",¹²³ "*Fabrikada özel peynir imâl eden ve ilgili iş sırlarını öğrenmiş olan bir müstahdeme karşı, bunları beş yıl süresince üretmeye ilişkin yasak*"[□] geçerli kabul edilmiştir.

Bir başka örnek vermek gerekirse, işveren ile işçi arasında yapılan iş sözleşmesine, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren on sene

¹¹⁸ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 388; Tunçomağ, *İş*, s. 500; Taşkent/Kabakçı, s. 29.

¹¹⁹ Lütfü Dalamanlı/Faruk Kazancı, *İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu*, c. 3, İstanbul 1990, s. 841.

¹²⁰ Bkz. Tunçomağ, *Borçlar*, s. 388; Tunçomağ, *İş*, s. 500; Becker, s. 572.

¹²¹ BL Zü R 18 209 v. Nr.109; karar için bkz. Becker, s. 573.

¹²² BGE 17 299 vd.; karar için bkz. Becker, s. 573.

¹²³ BGE 44 89; karar için bkz. Becker, s. 573.

boyunca, işçinin öğrenmiş olduğu bilgi ve sırları kullanamayacağı ve bu konularda herhangi bir iş yapamayacağı hususunda hüküm konulmuştur. Olayda, işçinin sanayi alanında başarılı bir mühendis olması dolayısıyla, bu on yıllık süre onun ekonomik geleceğini tehlikeye sokacak nitelikte görülmemiştir.¹²⁴

Doktrinde genellikle, üretim sırlarına ilişkin rekabet yasaklarında, zaman bakımından sınırlamanın müşteri çevresine ilişkin rekabet yasaklarına göre daha uzun bir süreye bağlanabileceği kabul edilmektedir.¹²⁵ Çünkü işçinin müşteri çevresini tanımış olduğu halde, işverenin müşteri çevresinin korunmasındaki menfaati, bu müşterilerle çalışacak yeni bir işçi buluncaya kadar devam eder.¹²⁶ Nitekim sözleşmesi sona eren işçinin bu müşterilerle ilişki kurması, onun kişisel yeteneklerinin sonucudur.¹²⁷ Ancak işçinin üretim sırlarını öğrenmiş olması halinde, üretim sırlarının uzunca bir süre korunmasında işverenin menfaati vardır. Çünkü üretim sırlarının patente bağlanmaları veya ticarî alanda kullanılmaları uzunca bir süreyi gerektirir.¹²⁸

Rekabet yasağı zaman bakımından sınırlandırılırken, yer ve konu itibarıyla yasağın kapsamı, işçinin yaptığı işin onun yapabileceği tek iş olup olmadığı ve işverenin bu sınırlamadaki menfaati dikkate alınmalıdır.¹²⁹ İşçinin ekonomik geleceği ile işverenin menfaatleri arasında bir denge kurularak ve MK m. 2' de düzenlenen objektif iyi niyet kuralları dikkate alınarak rekabet yasağı zaman itibarıyla sınırlandırılmalıdır.¹³⁰ Rekabet yasağının geçerli olacağı süre belirlenirken, işçinin yasak kapsamı dışında kalan bir işte çalışma imkânının olup olmadığına da bakılmalıdır.¹³¹ Bize göre de, öncelikle yapılan bu sınırlamanın işçinin iktisadî geleceğini ne şekilde etkilediğine ve bu süreç içinde işverenin elde edeceği faydaya bakılmalıdır. Bu doğrultuda işçi ve işveren bakımından en uygun süre kararlaştırılmalıdır. Süre her somut olayda değişiklik gösterebilir. Sürenin tespitinde işçinin işye-

¹²⁴ Karayalçın s. 36-40.

¹²⁵ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 388; Tunçomağ, *İş*, s. 500; Taşkent/Kabakçı, s. 30..

¹²⁶ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 65.

¹²⁷ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 65.

¹²⁸ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 65.

¹²⁹ Akyiğit, s. 14; Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 104; Taşkent/Kabakçı, s. 30.

¹³⁰ Dönmez, s. 237; Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 104.

¹³¹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 62.

rindeki konumu da önem taşır.¹³² Örneğin, yönetici bir işçi ile yönetici olmayan veya kıdemli işçi ile kıdemsiz işçi bakımından rekabet yasağı sözleşmesinin süresi farklı kararlaştırılabilir.¹³³ Ancak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için mutlaka bir süre kararlaştırılmadır; aksi takdirde süresiz rekabet yasağı sözleşmeleri geçersizdir.¹³⁴

bbb. Rekabet Yasağının Yer Bakımından Sınırlandırılması

Bu tür sınırlama ile işçinin hangi coğrafi alanda rekabet yapmaktan kaçınacağı kastedilmektedir.¹³⁵ Bu sınırlama belirli bir yerleşim yeri gösterilerek yapılabileceği gibi, mesafe bildirimi şeklinde de yapılabilir.¹³⁶ Rekabet yasağının hangi yerde uygulanacağı, sözleşmede açık bir şekilde gösterilebileceği gibi işverenin çalışma alanına atıfta bulunmak suretiyle örtülü bir şekilde de kararlaştırılabilir.¹³⁷

Rekabet yasağı yer bakımından sınırlandırılırken işçinin öğrendiği bilgiler ve bu bilgilerin o yerde kullanılması halinde işverenin göreceği zarar dikkate alınmalıdır.¹³⁸ İşçinin rekabet yapmasının yasaklandığı coğrafi alan hiçbir zaman işverenin iş ilişkisi içinde bulunduğu faaliyet sahasını aşmamalıdır.¹³⁹ Nitekim aksi takdirde işverenin rekabet yasağı kapsamında korunmaya değer haklı bir menfaatinden söz edilemeyecektir. Yasak kapsamındaki coğrafi alan, işverenin faaliyet gösterdiği yer ve müşteri muhitiyle ilgili olmalıdır.¹⁴⁰ İşçinin iş gördüğü işletme, yapılan faaliyetler konusunda ne kadar uzmanlaşmışsa, işçi-

¹³² Uşan, *İş Sırrı*, s. 240.

¹³³ Uşan, *İş Sırrı*, s. 240; Taşkent/Kabakçı, s. 30.

¹³⁴ Ferit H. Saymen, *Türk İş Hukuku*, İstanbul 1954, s. 485; Taşkent/Kabakçı, s. 30.

¹³⁵ Akyiğit, s. 15; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 66; Dönmez, s. 238; Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 104; Taşkent/Kabakçı, s. 31.

¹³⁶ Rehbinden, s. 516.

¹³⁷ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 388; Tunçomağ, *İş*, s. 500; Şahlanan, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/full/657/48>; Dönmez, s. 238.

¹³⁸ Akyiğit, s. 15.

¹³⁹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 66; Rehbinden, s. 516.

¹⁴⁰ Ömer Ekmekçi, "Ferdî İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul 2001, s. 72; Taşkent/Kabakçı, s. 31; Rehbinden, s. 516.

nin iktisadî geleceğini hakkaniyete aykırı olarak güçleştirmemek koşuluyla, yasağın etki alanı da o kadar geniş olacaktır.¹⁴¹

Federal mahkemenin bir kararına göre,¹⁴² “ayda 600 Fr. maaş ve komisyon alan bir terziye karşı iki yıl süresince 50 km.lik bir bölge için rekabet yasağı” kararlaştırılabilir. Bir başka kararına göre,¹⁴³ “Bir konfeksiyon müessesesinin müstahdemine karşı aynı yerde iki yıl süreli rekabet yasağı” kararlaştırılması mümkündür.

Rekabet yasağının yer bakımından sınırlandırılması konusunda doktrinde bir görüşe göre,¹⁴⁴ ülke sınırlarını aşmamak kaydıyla belirli bir şehir veya bölge veya bütün ülkeyi kapsayan bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir. Doktrinde diğer bir görüşe göre,¹⁴⁵ herhangi bir iş için bütün ülkede ya da bütün dünyada rekabeti yasaklayan bir sözleşme yapılırsa, bu sözleşme mutlak butlanla batıl olur. Bir başka görüşe göre ise,¹⁴⁶ işçinin ekonomik geleceğini ve haklı menfaatlerini gözetmek kaydıyla, uluslararası nitelikteki bir işletmede veya holding ortaklıkta olduğu gibi ülke sınırlarını aşan bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilir. Nitekim önemli olan, işverenin faaliyet sahasıdır.¹⁴⁷ Mesela, “Bir cola firmasında colanın elde edildiği kısımda çalışan ve colanın formülüne de vakıf olan bir gıda mühendisinin, sahip olduğu bilgiler nedeniyle kendisiyle yapılacak bir sır saklama/rekabet yasağı sözleşmesi tüm dünyada geçerli olabilmelidir.”¹⁴⁸ Benzer yöndeki bir diğer görüşe göre de, hakim bu konuda karar verirken somut olayı dikkate alarak, hakkaniyete uygun bir çözüm üretmelidir. Örneğin bankalar gibi ülkenin tamamında işyerleri bulunan işletmeler açısından böyle bir yasak, yasağın süresinin kısa tutulması şartıyla hukuka uygun görülebilir.¹⁴⁹

¹⁴¹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 66.

¹⁴² BG 21.5.1919; karar için bkz. Becker, s. 573.

¹⁴³ BG in Journ, des trib., 1910; karar için bkz. Becker, s. 573.

¹⁴⁴ Akyiğit, s. 15, dñn. 65'ten naklen.

¹⁴⁵ Saymen, s. 485. Yer belirlenerek sınırlandırılmayan rekabet yasağına ilişkin hükümler kelepçeleme teşkil eder. Örneğin, bir ülkenin bütününde veya tüm kıtada rekabeti yasaklayan bir sözleşme ya da sözleşme hükmü kelepçeleme olup, ahlâka aykırılık nedeniyle sakat olur; bkz. Veysel Başpınar “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:56, S. 1, Ankara 1999, s. 32.

¹⁴⁶ Ayiter, s. 472-473; Akyiğit, s. 15; Uşan, *İş Sırrı*, s. 243-244.

¹⁴⁷ Uşan, *İş Sırrı*, s. 243.

¹⁴⁸ Uşan, *İş Sırrı*, s. 244; Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 104-105.

¹⁴⁹ Taşkent/Kabakçı, s. 31.

Biz de bu son görüşe katılmaktayız. Eğer işçinin çalıştığı işletme, uluslararası faaliyetlerde bulunmaktaysa veya banka gibi tüm Türkiye’de işyerleri ya da şubeleri bulunan işletme söz konusu ise ve işçinin ekonomik geleceği tehlikeye düşmeyecekse, diğer bir ifade ile işçinin yasak kapsamındaki iş dışında başka bir faaliyette bulunma imkanı varsa, işçinin yeterliliği, tecrübesi, maddi durumu, statüsü buna olanak sağlıyorsa, süre ve konu bakımından yasağın kapsamı çok daraltılarak, yasağın yer bakımından sınırı geniş tutulabilir. Uluslararası nitelikte faaliyet gösteren bir işletmede çalışan işçinin, işten ayrıldıktan sonra yurt dışında bu işletmeye rakip bir firmada çalışması ve eski işinde öğrendiği bilgileri kullanması, eski işverene zarar verebilir. Tabiki bu sınırlandırma yapılırken işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye girmemesi ve çalışma özgürlüğüne zarar gelmemesine dikkat edilmelidir. Bu amaçla, yer bakımından yasağın kapsamının geniş tutulduğu durumlarda mutlaka konu ve zaman bakımından yasağın kapsamı daraltılmalıdır.

Yargıtay’ın bir kararına göre,¹⁵⁰ davalı ile davacı bankanın hizmet ilişkisinin sona ermesinden itibaren davalının Türkiye’deki tüm bankalarda çalışmamasına ilişkin olarak kararlaştırdıkları rekabet yasağı hükmü, yer bakımından geçersizdir. Çünkü bu durum davalı bankacının geleceği bakımından birtakım olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bu karar, yasağın Tüm Türkiye’deki işyerlerini kapsaması nedeniyle geçersizliği bakımından doktrinde de isabetli bulunmuştur.¹⁵¹ Ancak karşıt bir görüşe göre, Türkiye’deki tüm bankaların rekabeti söz konusu olabileceği için, iş sözleşmesi sona erdikten sonra belirli bir süre Türkiye’deki tüm bankalarda çalışmamaya ilişkin hüküm geçerli olmalıdır.¹⁵² Olayda yer bakımından bir sınırlama getirilmesi halinde, rekabet Türkiye çapında tüm bankalarda söz konusu olabileceği için, rekabet yasağına ilişkin sözleşme hükmünün eski işveren bakımından bir önemi olmayacaktır.¹⁵³ Türkiye’de üretim yapılan bir alanda, pazarda önemli payı olan bir firmanın işvereni ile işçi arasında kararlaştırılan rekabet yasağının Türkiye’yi kapsayacak şekilde yapılması, ba-

¹⁵⁰ Yarg.9. HD 6.7.1999, 8262 E., 12073 K. Bkz. Ekmekçi, s. 70.

¹⁵¹ Yargıtay’ın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Genel Görüşme- Fevzi Şahlanan, s. 160; Münir Ekonomi, s. 165; Nuri Çelik, s. 169; Ali Güzel, s. 165-166. Kararın yerinde olduğu konusunda ayrıca bkz. Çelik, s. 139.

¹⁵² Ekmekçi, s. 73.

¹⁵³ Ekmekçi, s. 73.

şarılı ve başka alanlarda iş bulabilecek olan işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokacak nitelikte değildir.¹⁵⁴

Yargıtay, bankada müfettiş yardımcısı olarak çalışan davalının tarafı olduğu rekabet yasağı sözleşmesindeki uyuşmazlığa ilişkin kararı eksik inceleme gerekçesiyle bozmuş, karara muhalif üyeler ise rekabet yasağı sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle davanın reddi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Söz konusu kararda yasağın kapsamı tüm Türkiye olarak değil, Marmara, Ege ve İç Anadolu bölgesi olarak belirtilmiştir. Karara karşı oy kullanan üyeler, bu üç bölgenin bankacılık faaliyetleri bakımından çok yoğun olduğunu ve bu bölgelerin tamamı için getirilen rekabet yasağının davacının içine düşeceği mali koşullar açısından sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.¹⁵⁵

ccc. Rekabet Yasağının Konu Bakımından Sınırlandırılması

Rekabet yasağının konusu, işverene ait faaliyet alanı ve işçinin öğrendiği meslekî bilgi ile sınırlanmalıdır.¹⁵⁶ Sınırlandırılan faaliyet alanı, iş ilişkisinin sona erdiği tarihe göre belirlenecektir.¹⁵⁷ Rekabet yasağı sözleşmelerinde konu itibarıyla sınırlama, işçinin rakip faaliyette bulunmamasını sağlayacak şekilde yapılmalıdır.¹⁵⁸ İşçinin sözleşme ile sınırlandırılan faaliyet alanı, onun çalışma ve sözleşme özgürlüğünü aşırı bir şekilde sınırlandırmamalıdır. Rekabet yasağının konu itibarıyla sınırlanması, işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra hangi faaliyetlerde bulunabileceğinin, hangi faaliyetlerde bulunamayacağını saptanmasını sağlar. İşçinin her konuda rekabet yapmasını yasaklayıcı şekilde yapılan rekabet yasağı sözleşmesi, işverenin faaliyet sahasıyla sınırlı olarak geçerli kabul edilir.¹⁵⁹ Rekabet yasağı sözleşmesinin ama-

¹⁵⁴ Karayalçın.,s. 41.

¹⁵⁵ Yarg. 9. HD 23.5.2006, E.2006/6891, K.2006/15193. (kişisel arşiv). Doktrindeki bir görüşe göre de, söz konusu rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim de getirilmemiş olması nedeniyle karşı oy yazısındaki görüşler daha isabetlidir. Bkz. Şahlanan, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/full/657/48>.

¹⁵⁶ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 388; Tunçomağ, *İş*, s. 500; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 67; Rehbinden, s. 518; Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 105; Yenisey, s. 57.

¹⁵⁷ Rehbinden, s. 518; Taşkent/Kabakçı, s. 32.

¹⁵⁸ Ayiter, s. 473.

¹⁵⁹ Akyiğit, s. 15; Rekabet yasağı konu bakımından sınırlandırılırken, işçinin bu yasa-

cı, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçinin işverenle ona zarar verecek şekilde rekabet etmesini önleyerek işvereni korumaktır. Ancak, işveren sadece haklı çıkarı olduğu ölçüde korunur. İşverenin haklı menfaati, sadece fiilen yaptığı işler için vardır.¹⁶⁰ İşverenin daha önce terk ettiği faaliyetler veya işverenin iş sözleşmesi sona erdikten sonra uğraştığı işler ya da işverene ait faaliyet alanı içinde olmakla beraber, işçinin bilgi sahibi olmadığı konular yasak kapsamı içinde değildir.¹⁶¹

İşin türü bakımından rekabet yasağı, işverenin yaptığı faaliyetle doğrudan doğruya ilgili işlerle sınırlandırılabilir.¹⁶² Örneğin, işyerinde lastik üretimi yapılan bölümde çalışan işçinin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra, lastik üretimi yapan işyerlerinde çalışamayacağına ilişkin rekabet yasağının kararlaştırılması mümkündür.¹⁶³ Şekerleme fabrikasında çalışan bir işçinin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra belli bir süre şekerleme sanayisinde çalışamayacağına ilişkin olarak rekabet yasağı kararlaştırılabilir.¹⁶⁴ Ancak işçinin örneğin, "kimya" veya "fizik" gibi genel bir alanda rekabet yapmasını yasaklayıcı bir sözleşme geçerli değildir.¹⁶⁵ Çünkü bu sınırlamanın amacı, "öğrenilmiş yegane mesleğin kullanılmasını dolayısıyla işçinin iktisadî istikbalinin tehlikeye düşmesini önlemektir."¹⁶⁶

Kural olarak konu bakımından rekabet yasağı, işçinin çalıştığı yerdeki somut görev ve işleviyle sınırlıdır.¹⁶⁷ Ancak işçi kendi göreviyle ilgili bulunmayan bir alanda iş sırlarını öğrenmişse, bu durum da rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁶⁸ Ekmekçi' ye göre,¹⁶⁹ işin türü kavramı, kural olarak işçinin işyerindeki somut göreviyle sınırlı değildir. Mesela, bir bankanın teftiş kurulunda görevli olan bir iş-

ğın kararlaştırılmasını haklı kılacak hususları öğrendiği veya müşterilerle irtibata geçerek işverenle rekabet edebileceği durumlar dikkate alınmalıdır. Bkz. Uşan, *İş Sırrı*, s. 246.

¹⁶⁰ Akyiğit, s. 15; Dönmez, s. 238.

¹⁶¹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 67; Uşan, *İş Sırrı*, s. 247; Taşkent/Kabakçı, s. 32..

¹⁶² Ekmekçi, s. 73.

¹⁶³ Ekmekçi, s. 73.

¹⁶⁴ Karayalçın, s. 36.

¹⁶⁵ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 68.

¹⁶⁶ Ayiter, s. 473.

¹⁶⁷ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 68, Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 105.

¹⁶⁸ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 68.

¹⁶⁹ Ekmekçi, s. 73.

çinin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra diğer bir bankada hangi sıfatla olursa olsun çalışmasının yasaklanması mümkündür. Ancak Yargıtay¹⁷⁰ “müfettiş ünvanı ile işe alınan işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra Türkiye’deki tüm bankalarda çalışamayacağına” ilişkin rekabet yasağı hükmünü, işin türü bakımından bir sınırlama yapılmaması dolayısıyla geçersiz saymıştır. Bize göre de, işin türünün bu kadar geniş yorumlanması ve işçiye geniş kapsamlı bir yasak getirilmesi rekabet yasağının amacıyla bağdaşmaz. Yasağın kapsamının bu kadar geniş tutulması, işçinin o alanda mesleğini icra etmesine ve bu suretle ekonomik anlamda gelişmesine engel olur.

Rekabet yasağı konu bakımından, işverenin faaliyet sahası ile sınırlandırılır. Ancak, işçinin işverenle birlikte hareket eden teşebbüslere ait iş sırlarını öğrenmesi halinde yasağın kapsamı konusunda birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır.¹⁷¹ Günümüzde teşebbüsler yaptıkları faaliyetler konusunda kendilerini güvence altına almak veya gelirlerini artırmak amacıyla birleşmektedirler. Teşebbüslerin tüzel kişiliklerini kaybetmek suretiyle, bir hukukî bütünlük içinde bir araya gelmeleri halinde, rekabet yasağının kapsamına birliğe dahil her bir teşebbüsün faaliyeti girer.¹⁷²

Teşebbüslerin tüzel kişiliklerini koruyarak bir araya gelmeleri halinde, rekabet yasağının kapsamının, birliğe dahil teşebbüslerden her birinin faaliyet alanını kapsayacak şekilde belirlenmesinde işverenin menfaati vardır.¹⁷³ Ancak bu durumda rekabet yasağı çok geniş bir alanda söz konusu olacağı için, işçinin mesleğini ifasını engellemediği ölçüde bu rekabet yasağına geçerlilik tanınmalıdır. Tarafların aralarında kararlaştırdıkları rekabet yasağının konusunun çok kapsamlı olması, bu kaydın ya da sözleşmenin hukuken uygulanamaması sonucunu doğurur.¹⁷⁴ Bu nedenle yasağın konusunun çok geniş kapsamlı kararlaştırılması, söz konusu yasağın yer ve zaman bakımından oldukça dar bir şekilde sınırlandırılması ile mümkün olabilir.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Yarg. 9. HD 6.7.1999, E.1999/8262, K.1999/12073. Bkz. Ekmekçi, s. 69-73.

¹⁷¹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 68.

¹⁷² Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 68.

¹⁷³ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 69; Rehbindir, s. 518.

¹⁷⁴ Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 105. Ayrıca bkz. Rehbindir, s. 518.

¹⁷⁵ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 70.

ddd. Rekabet Yasağına Hâkimin Müdahalesi

Sözleşmeler hukukunda kural, bir sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların sözleşme hükümleriyle bağlı kalmasıdır (ahde vefa ilkesi).¹⁷⁶ Ancak, sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşme şartlarının ağırlaşmasına rağmen borcun aynen ifasının beklenmesi hakkaniyetle bağdaşmaz.¹⁷⁷ “*Clausula rebus sic stantibus*” ilkesi gereği, taraflar sözleşmenin şartları değişmediği takdirde borcunu ifa ile yükümlüdür; ancak şartlar değişmişse, borçlunun yükümlülüğünün içeriği de değişmelidir.¹⁷⁸ Bu ilke ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kastedilmektedir.¹⁷⁹ Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması tarafların sözleşmeye koyacakları bir hükümle olabileceği gibi kanunî bir düzenleme ile de olabilir. Eğer sözleşmede veya kanunda bir hüküm yoksa hâkim de uyarlamaya karar verebilir.¹⁸⁰

BK m. 349, rekabet yasağının sınırlarını düzenlemiştir. Bu sınırların aşılması halinde, hâkimin rekabet yasağına müdahale edebileceği hususunda Borçlar Kanununda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı m.444/2 de ise, “*Hakim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Her ne kadar mevcut düzenlemede hakimin rekabet yasağına müdahalesine ilişkin bir hüküm yoksa da, doktrinde bu müdahalenin mümkün olacağı kabul edilmektedir.¹⁸¹ İsviçre hukukunda, İsviçre Borçlar Kanununun 1971 yılında yapılan revizyonu ile hâkime, aşırı rekabet yasağını kendi takdirine göre sınırlayabilme imkânı verilmiştir.¹⁸²

¹⁷⁶ İbrahim Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Ankara 1987, s. 113; M. Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 9. bası, Ankara 2007, s. 180; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. bası, İstanbul 2008, s. 437.

¹⁷⁷ Kılıçoğlu, s. 180; Eren, s. 437.

¹⁷⁸ Eren, s. 437.

¹⁷⁹ Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 114; Eren, s. 438.

¹⁸⁰ Eren, s. 438 vd.

¹⁸¹ Ayiter, s. 473; Olgaç, s. 439; Tunçomağ, *Borçlar*, s. 389; Köseoğlu, s. 983; Tunçomağ, *İş*, s. 501; Bilge, s. 241; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 71; Dönmez, s. 239

¹⁸² Akyiğit, s. 16; Rehbindler, s. 520-522; Yenisey, s. 57.

Kural olarak geleceğe yönelik hükümler içeren sözleşmelerde, objektif şartlarda önemli ve beklenmeyen değişiklikler olması ve bu değişimin edimler arasındaki dengeyi aşırı bir biçimde bozması halinde, bundan zarar gören tarafın edimler arasında oluşan bu dengesizliğin giderilmesini isteme hakkı olmalıdır.¹⁸³ Değişen hal ve şartlara dayanarak hâkim tarafından sözleşmenin değişen şartlara uydurulabilmesi için öncelikle geçerli olarak kurulmuş olan sözleşmede uyarılama boşluğu olmalıdır.¹⁸⁴ Değişen hal ve şartlar olağanüstü ve objektif nitelikte olmalı ve değişen hal ve şartlar nedeniyle tarafların yüklendikleri edimler arasındaki denge, aşırı ölçüde ve açık bir biçimde bozulmuş olmalıdır.¹⁸⁵ Uyarılama talep eden taraf kusurlu olmamalı ve edimler henüz ifa edilmemiş olmalıdır.¹⁸⁶

Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye sokmadıkça geçerlidir. Rekabet yasağı, BK m. 349'un belirlediği sınırların birini veya hepsini aşmışsa, yasağa ilişkin sözleşme hükmü geçersiz sayılmaz; sadece işçi, yasağın sınırları aştığı ölçüde, rekabet yasağı ile bağlı olmaz.¹⁸⁷ Kanun koyucu BK m. 349'da rekabet yasağının yer, zaman ve konu bakımından aşırı bir şekilde sınırlandırılması halinde sözleşmenin tamamının değil, sadece aşırı olan kısmının geçersiz olması gerektiğini belirtmek istemiştir.¹⁸⁸ Zaman, yer ve konu bakımından sınırlandırmalar dışındaki ehliyet kurallarına ya da şekle aykırılık gibi diğer hallerde sözleşme geçersizdir ve bu durumda hâkimin sözleşmeye müdahalesi söz konusu değildir.¹⁸⁹

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesinin aşırı olduğunu tek başına belirleyebilmesi mümkün değildir. Rekabet yasağının uygun bir sınıır içinde kalınarak kararlaştırılıp kararlaştırılmadığını hâkim tespit eder.¹⁹⁰ Zaman, yer ve konu bakımından uygun sınırları aşan ve bu suretle işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye sokan bir sözleşmeyi

¹⁸³ Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 147-149; Abuzer Kendigelen, *Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Hukukî Mütalâalar*, c. 3, İstanbul 2001, s. 501.

¹⁸⁴ Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 150; Eren, s. 440.

¹⁸⁵ Kaplan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 148-149; Kendigelen, s. 498.

¹⁸⁶ Kapan, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, s. 152-154; Kendigelen, s. 498; Eren, s. 441.

¹⁸⁷ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 389; Tunçomağ, *İş*, s. 501; Uşan, *İş Sırrı*, s. 249.

¹⁸⁸ Dönmez, s. 239; Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 105; Taşkent/Kabakçı, s. 33.

¹⁸⁹ Uşan, *İş Sırrı*, s. 251; Uşan, *Rekabet Yasağı*, s. 105.

¹⁹⁰ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 71.

hâkim, zaman, yer ve konu itibarıyla uygun bir hale indirebilme, yani sözleşmenin bazı hükümlerini değiştirebilme yetkisine sahiptir.¹⁹¹ BK m. 349 hâkime, BK m. 161 (aşırı cezaî şartın indirilmesi) ve BK m. 409 (aşırı tellallık ücretinin indirilmesi)'da olduğu gibi rekabet yasağı sözleşmesindeki zaman, yer ve konuya ilişkin aşırılıklara müdahale yetkisi vermiştir.¹⁹² Hâkimin rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamını daraltabilme imkânı, yasağın hakkaniyete uygun bir şekilde sınırlandırılmasını öngören BK m. 349'un bir sonucudur.¹⁹³ Hâkim bu takdir yetkisini ya bir tespit davası nedeniyle¹⁹⁴ ya da yasağa aykırı davranıldığı iddiasıyla işverenin açacağı davaya karşı işçinin def'ide¹⁹⁵ bulunması dolayısıyla kullanabilir.

Hâkim, aşırı rekabet yasağı dolayısıyla yer, zaman ve konuya ilişkin olarak sözleşmenin bazı hükümlerini değiştirebileceği gibi, işçinin iktisadî geleceğini tehlikeye sokan bir rekabet yasağı sözleşmesi söz konusu ise, yasağı tümüyle ortadan kaldırabilir.¹⁹⁶ Rekabet yasağı sözleşmesi kanun dışı veya kanuna aykırı ise ya da işçinin iş sırlarını öğrenme veya işverene zarar verme ihtimali yoksa, yasak batıl sayılmalıdır.¹⁹⁷ Hakim söz konusu takdir hakkını kullanırken, işverenin haklı menfaatleri ile işçinin ekonomik geleceği arasında iş sözleşmesinin sona erdiği andaki somut duruma bakarak bir menfaat dengelemesi yapmalı ve buna göre karar vermelidir.¹⁹⁸

Hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi ve bu suretle aşırı rekabet yasağına ilişkin sözleşme şartlarının uygulanmaması halinde hukukî

¹⁹¹ Ayiter, s. 473; Tunçomağ, *Borçlar*, s. 389; Tunçomağ, *İş*, s. 501; Rehbinder, s. 520-522.

¹⁹² Olgaç, s. 439; Tunçomağ, *Borçlar*, s. 389; Tunçomağ, *İş*, s. 501; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 72.

¹⁹³ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 71; Yavuz, s. 460.

¹⁹⁴ Ayiter, s. 473; Tunçomağ, *Borçlar*, s. 389; Tunçomağ, *İş*, s. 501; Bilge, s. 241; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 71; Rehbinder, s. 522; Yavuz, s. 460.

¹⁹⁵ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 389; Tunçomağ, *İş*, s. 501; Bilge, s. 241; Ayiter def'ide bulunmak yerine itiraz edilebileceğini kabul etmiştir; Ayiter, s. 473.

¹⁹⁶ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 389; Tunçomağ, *İş*, s. 501; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 73; Uşan, *İş Sırrı*, s. 252; Rehbinder, s. 522.

¹⁹⁷ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 389; Tunçomağ, *İş*, s. 502; Dönmez, s. 239.

¹⁹⁸ Rehbinder, s. 516, 519; Taşkent/Kabakçı, s. 34.

durumun ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Soyer'e¹⁹⁹ ve Yenisey'e²⁰⁰ göre, burada sözleşmenin geçerlilik koşullarına aykırılık nedeniyle tek taraflı bağlamazlık söz konusudur. Rekabet yasağının kapsamının süre, yer ve konu bakımından sınırların aşılması nedeniyle yaptırımı sözleşmenin geçersizliği değildir. Nitekim bu durumda hakim sözleşmeye müdahale ederek, rekabet yasağını hakkaniyete uygun bir hale sokacaktır.²⁰¹ Uşan'a göre,²⁰² burada kısmî butlan müeyyidesi uygulanmalıdır. Nitekim hâkim işçi ve işverenin menfaatlerine uygun bir çözüm bulmak zorundadır. Tuncay'a göre de²⁰³, böyle bir durumda, BK m. 349'daki sınırlama hükmü kısmî butlana ilişkin BK m. 20/2'nci cümle hükmü ile birlikte yorumlanmalı ve sözleşme tamamen geçersiz sayılmayarak geçerli olan sınırlara çekilmelidir. Şahlanan'a göre ise,²⁰⁴ rekabet yasağının aşırılığının tespitinde, işçinin rekabet yasağına karşı işverenin bir karşı edim yükümlülüğü altına girmiş olup olmamasına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Eğer işveren için bir karşı edim yükümlülüğü öngörülmüş ise, yasağın sınırlarının aşırılığı ve işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye girmesi ihtimali hafifleyecek ya da tüümüyle ortadan kalkacaktır. Başpınar'a göre,²⁰⁵ bir sözleşmede kelepçeleme halinin olup olmadığına hâkim karar verir. Bu tür sözleşmeler tamamen değil, kısmen geçersiz kabul edilmelidir. Yani sözleşmenin tamamı değil, kişilik haklarına aykırı ağır hükümleri kısmî butlanla sakat olmalıdır.²⁰⁶

Biz de doktrindeki baskın görüşe katılmaktayız. Çünkü hâkime aşırı rekabet yasağına müdahale hakkı verildiğine göre, rekabet yasağının sınırlandırılması mümkün olduğu müddetçe sadece sınırı aşan hükümler batıl kabul edilmeli; sözleşme tam butlanla sakat kabul edilmemelidir. Bununla birlikte, rekabet yasağı sözleşmesinin her iki tarafa da borç yükleyecek şekilde, diğer bir ifade ile, işverene de karşı edim yükümlülüğü getirecek şekilde yapılması halinde, hakim reka-

¹⁹⁹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 71.

²⁰⁰ Yenisey, s. 57.

²⁰¹ Yenisey, s. 57.

²⁰² Uşan, *İş Sırrı*, s. 252-253.

²⁰³ Tuncay, s. 1066.

²⁰⁴ Şahlanan, *Rekabet Yasağı*, s. 83.

²⁰⁵ Başpınar, s. 32-33.

²⁰⁶ Başpınar, s. 32-33.

bet yasağına müdahale ederken bu durumu da gözetmelidir. Her ne kadar karşı edim kararlaştırılmış olsa dahi, işçi, rekabet yasağı sözleşmesi dolayısıyla birtakım haklarından mahrum kalmış olsa da, karşı edim de işçiye ekonomik anlamda bir güvence sağlamaktadır.

Hâkim, aşırı rekabet yasağını sınırlandırırken AY m. 48/1'de öngörülen çalışma özgürlüğünü mümkün olduğunca koruyucu şekilde karar vermelidir.²⁰⁷ Hâkimin sözleşmede öngörülen cezaî şartı indirmesi mümkün olduğu gibi, işçiyi korumak amacıyla zaman, yer ve konu bakımından rekabet yasağına ilişkin aşırı sınırları uygun bir seviyeye indirme hakkı da vardır. Ancak hâkim işverenin bir karşı edim ödemesine ya da kararlaştırılmış bir karşı edimin artırılmasına karar veremez.²⁰⁸ Hakkaniyete aykırılığın giderilmesi amacıyla hâkimin aşırı rekabet yasağına müdahale ederek vermiş olduğu karar geçmişe etkili hüküm doğurur.²⁰⁹

ee. İşverenin Karşı Edim Üstlenmesi

BK m. 348-352 hükümlerine bakıldığı zaman, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik koşulları arasında işçinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverenle rekabet etmemesi karşılığında, eski işverenin bir karşı edim ödeme yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Mevcut düzenlememizde karşı edimden hiç söz edilmemiş olmasına karşın, hakimin aşırı nitelikteki rekabet yasağına müdahalesini düzenleyen Borçlar Kanunu Tasarısı m.444/2 de "işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edim" den bahsedilmektedir. Hukukumuzda rekabet yasağı sözleşmesi işçi bakımından bir yükümlülük getirirken; Alman Ticaret K. §74/2'ye göre, rekabet yasağı kararlaştırılabilmek için işçinin işyerinde işverenle rekabet edebilecek konumda olması yeterli değildir. Bununla birlikte, işverenin yasağın devam ettiği her yıl için işçiye son ücretinin en az yarısı kadar bir ödemede bulunması gerekmektedir. Bu şekilde bir karşı edim kararlaştırılmaması, rekabet yasağını başlangıçtan itibaren geçersiz kılar.²¹⁰ Eğer kanunda öngörülen miktardan daha az bir karşı edim kararlaştırılmışsa, rekabet yasağı bağlayıcı değildir. Bu konuda-

²⁰⁷ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 73.

²⁰⁸ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 73.

²⁰⁹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 73.

²¹⁰ Manfred Lieb, *Arbeitsrecht*, 7. neubearbeitete Aufl., Heidelberg 2000, s. 140.

ki Federal Mahkeme içtihadına göre, işçinin rekabet yasağını sona erdirmek ya da kararlaştırılan karşı edim karşılığında yasağa uymak konusunda seçim hakkı vardır.²¹¹ Alman hukukunda rekabet yasağı karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için, işçinin rekabet yasağına uyması karşılığında işverenin bir karşı edim ödemesi gerekmektedir. Ancak işçinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde, karşı edimi talep etme hakkı ortadan kalkar.²¹²

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda bu hususta bir geçerlilik koşulu getirilmemiş olsa da, rekabet yasağının işlevi dikkate alındığında, işçinin rekabet yasağına uymasının karşılığında işverenin karşı bir edim ifa etmesinin kanunda bir geçerlilik koşulu olarak düzenlenmemesi yerinde değildir.²¹³ Borçlar Kanunu'nda karşı edim ödenmesini yasaklayıcı bir düzenleme olmadığı için, tarafların rekabet yasağına karşılık karşı edim kararlaştırmaları mümkündür. Kanunda buna ilişkin bir düzenleme olmadığı için taraflar bu ödemenin süresi ve miktarını serbestçe kararlaştırabilirler.

Tarafların rekabet yasağı sözleşmesinde karşı edim öngörmeleleri halinde, rekabet yasağının sınırlarının ne olacağı konusu doktrinde tartışılmış ve işverenin rekabet yasağı karşılığında işçiye böyle bir ödemede bulunmasının BK m. 348 hükümlerindeki koruyucu şartların uygulanmasını ortadan kaldırmayacağı ileri sürülmüştür.²¹⁴ Nitekim böyle bir karşı edim kararlaştırılmış olsa dahi, yasak süresince işçinin birtakım bilgileri kullanması, bazı faaliyetlerde bulunması yasaklanmaktadır.²¹⁵

b. Şeklî Şartlar

Rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekle tâbidir. Bu sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için yazılı şekilde yapılması zorunluluğu BK m. 350'de düzenlenmiştir. BK m. 350'ye göre, "*Rekabet memnuiyeti, sahih olmak için tahriri mukaveleye merbut olmak lâzımdır.*" Bu düzenleme-

²¹¹ BAG AP Nr 1 zu § 74 HGB; bkz. Lieb, s. 140.

²¹² Günter Schaub, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 12. neu bearbeitete Auflage, München 2007, (Schaub), s. 495, Rn.37-38.

²¹³ Taşkent/Kabakçı, s. 37.

²¹⁴ Taşkent/Kabakçı, s. 38.

²¹⁵ Taşkent/Kabakçı, s. 38.

nin amacı, işçinin iyice düşünmeden bu sözleşmeyi imzalamasını önleyerek; işçiyi korumaktır.²¹⁶

BK m. 314'e göre, aksine bir sözleşme olmadıkça iş sözleşmesi bir şekle tâbi değildir. Ancak iş sözleşmesine, rekabet yasağına ilişkin hüküm konulmak istenirse ya da ayrıca bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılmak istenirse, bunun yazılı bir şekilde yapılması geçerlilik koşulu-
dur. Bu hususta yapılacak olan sözleşme yapma vaadi de yazılı şekilde yapılmalıdır.²¹⁷

Rekabet yasağı sözleşmesinin şekli hakkında BK m. 12 vd. hükümleri uygulanır. BK m. 13'e göre, yazılı şekilde yapılması gereken sözleşmelerde borçlu olanların imzalarının bulunması gereklidir. Rekabet yasağı sözleşmesi yalnızca işçiye borç yüklediğinden, sözleşmenin kurulabilmesi için yalnız onun imzası yeterlidir. Eğer rekabet yasağı sözleşmesi ivazlı olarak yapıldıysa, işverenin de sözleşmeyi imzalaması gereklidir.²¹⁸ Ancak rekabet yasağı sözleşmesinin karşı edimli olarak yapıldığı hallerde, sırf işverenin imzasının bulunmaması, sözleşmeyi her zaman geçersiz hale getirmemelidir.²¹⁹ Mesela, karşı edim olarak yüksek bir ücret kararlaştırılmışsa, sözleşmede işverenin imzasının bulunmaması sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmamalıdır.²²⁰ Çünkü bu halde, işçiyi ekonomik bakımdan tehlikeye sokacak bir durum söz konusu değildir.

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir.²²¹ Yani sözleşmenin metninin el yazısı veya makine ile yazılması ya da basılması mümkündür.²²² Metin sözleşmenin bütün esaslı noktalarını, yani yasağın süresini, konusunu ve yerini kapsamalıdır.²²³

²¹⁶ Ayiter, s. 470; Olgaç, s. 440; Tunçomağ, *Borçlar*, s. 387; Tunçomağ, *İş*, s. 500; Erdem, s. 908.

²¹⁷ Köseoğlu, s. 984.

²¹⁸ Tunçomağ, *Borçlar*, s. 387; Tunçomağ, *İş*, s. 500; Bilge, s. 239; Akyiğit, s. 11; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 42; Dönmez, s. 236; Taşkent/Kabakçı, s. 35; Yavuz, s. 461; Schaub, *Arbeitsrecht*, (Schaub), s. 493, Rn.27.

²¹⁹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 42.

²²⁰ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 42.

²²¹ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 42; Şahlanan, *Rekabet Yasağı*, s. 74.

²²² Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. b., İstanbul 2004, s. 71.

²²³ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 43; Reisoğlu, s. 71.

Kanunen yazılı şekilde yapılması gereken bir sözleşmede yapılacak değişiklikler de yazılı şekilde yapılmalıdır.²²⁴ Bu yazılı şekil şartı, rekabet yasağı sözleşmesinde yapılacak değişiklikler için de söz konusudur.²²⁵ Ancak kanunun şekil şartını getirmekteki amacı işçiyi korumak olduğu için, sözleşmenin şekilsiz ortadan kaldırılması mümkündür.²²⁶

Şekil şartına uyulmaması halinde rekabet yasağı sözleşmesi batıl olur.²²⁷ Rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmaması ve şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olması halinde, işveren işçiden yasağa uymasını isteyemez. Ancak tarafların rekabet yasağını sözlü olarak kararlaştırmaları ve işverenin de işçiye her ay belli bir miktar para ödemeyi üstlenmesi halinde, işçinin şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi ve rekabet yasağına aykırı davranması hakkın kötüye kullanılması sayılır.²²⁸

SONUÇ

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin iş sözleşmesi devam ederken işverenin müşterilerini tanınması ya da iş sırlarını öğrenmesi sebebiyle, iş ilişkisi sona erdikten sonra belirli bir faaliyet alanında, belirli bir coğrafi bölgede ve belirli bir zaman dilimi içinde işverenle rekabet teşkil edecek herhangi bir faaliyette bulunmaması ve bu suretle işverenin haklı menfaatlerinin korunması amacıyla yapılan bir sözleşmedir. Rekabet yasağı sözleşmesinin amacı, işçinin işletmede öğrendiği bilgileri, iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverenin aleyhine onunla rekabet edecek şekilde kullanmasını engellemektir. Rekabet yasağı, işçiye iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverenle rekabet edici faaliyetleri yasakladığı için, işçinin ekonomik geleceğini de sınırlandırmaktadır. Bu nedenle söz konusu sözleşmenin geçerli olabilmesi, birtakım koşulların varlığına bağlıdır. Nitekim rekabet yasağı sözleşmesi yapılması konusunda taraflara mutlak bir özgürlük verilmesi işçinin mesleğini yapmasının yasaklanması sonucunu doğurur. Rekabet yasağına

²²⁴ Reisoğlu, s. 76; Taşkent/Kabakçı, s. 36.

²²⁵ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 43-44.

²²⁶ Ayiter, s. 470; Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 44.

²²⁷ Soyer, *Rekabet Yasağı*, s. 44.

²²⁸ Akyiğit, s. 11.

işçinin korunmasını sağlamak amacıyla getirilen geçerlilik şartları BK m. 348-350’de düzenlenmiştir. Bunlar; bir iş sözleşmesinin bulunması, işçinin müşterileri tanınmasından veya iş sırlarını bilmesinden dolayı işverene önemli bir zarar vermesi ihtimalinin olması (BK m. 348/2), işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye atılmaması, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması (BK m. 350) ve sözleşmenin yapıldığı sırada işçinin reşit olması (BK m. 348/3)’dır. İşçinin iktisadi geleceğinin hakkaniyete uygun bir şekilde sınırlandırılması için rekabet yasağının zaman, yer ve konu bakımından sınırlandırılması esaslarına uygun davranılması da rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için uyulması gereken koşullardan birisi olarak kabul edilir. İşçinin daha iyi korunması ve zarar görmemesi amacıyla, rekabet yasağı sınırlandırılırken yer, zaman ve konu bakımından kapsam bir bütün olarak incelenmelidir. Söz konusu sınırın uygunluğu tespit edilirken iş sözleşmesinin sona erme anı dikkate alınmalıdır. Bu koşullara, rekabet yasağı sözleşmesinin yapılmasını engelleyen özel bir kanun hükmünün bulunmaması koşulu da eklenmelidir. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olması için bu koşulların tamamının gerçekleşmiş olması gerekir.

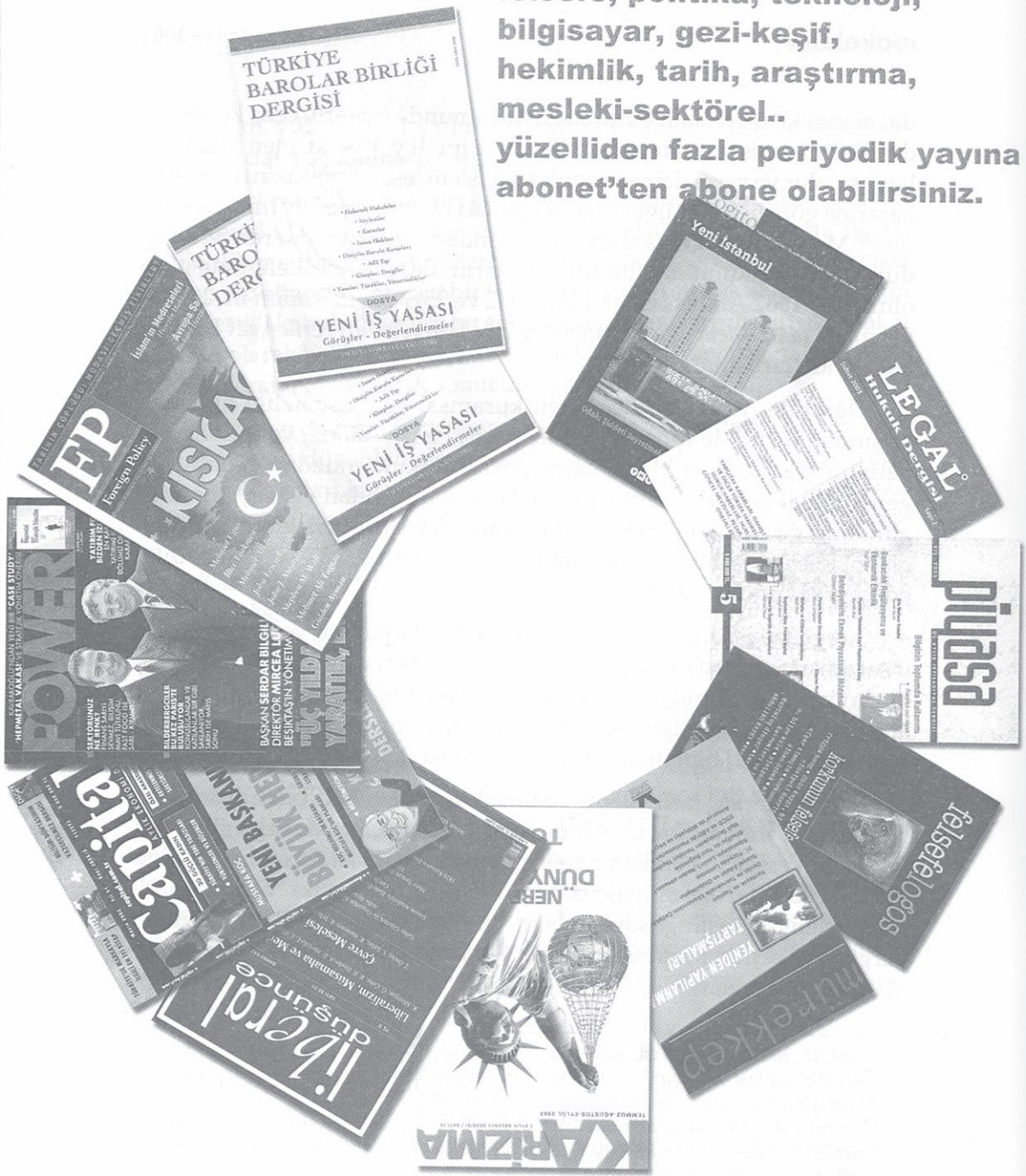
KAYNAKLAR

- Akyiğit, Ercan, “İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı”, *Kamu-İş*, Ocak 1991, c. 2, S. 6-7 (s. 4-21).
- Ayiter, Nuşin, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer’i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi”, *Arsebük’e Armağan*, Ankara 1958 (s. 463-479).
- Başpınar, Veysel, “Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 56, S. 1, Ankara 1999 (s. 17-34).
- Becker, Herman, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi*, Çev. A.Suat Dura, Ankara 1993.
- Bilge, Necip, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1971.
- Çelik, Nuri, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 22. bası, İstanbul 2009.
- Çil, Şahin, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, Ankara 2009.
- Dalamanlı, Lütfü/Kazancı, Faruk, *İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu*, c. 3, İstanbul 1990.
- Demircioğlu, Murat, *Yargıtay Kararları Işığında Sorularla 4857 Sayılı İş*

- Yasası*, İstanbul Ticaret Odası, Genişletilmiş 2. baskı, İstanbul 2008.
- Donay, Süheyl, *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, İstanbul 1978.
- Dönmez, Kazım Yücel, *İşçinin Borçları*, Ankara 2000.
- Ekmekçi, Ömer, "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1999 Kararlarının Değerlendirilmesi*, İstanbul 2001.
- Erdem, Nafiz, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Ankara 1988.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10.bası, İstanbul 2008.
- Ertaş, Kudret, *Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, Ankara 1982.
- Kaneti, Selim, *İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları Özel Borç İlişkileri-Borç İlişkilerinde Yasaların Çatışması*, Ankara 1968.
- Kaplan, İbrahim, "Banka Gizliliği-Bankanın Sır Saklama Borcu" *Batıder*, c. XV, S.4, Aralık 1990, Ankara 1990 (s. 3-20).
- Kaplan, İbrahim, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, Ankara 1987 (Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi).
- Karayalçın, Yaşar, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler Hukuki Mütalâalar (1984-1987)*, Ankara 1988.
- Kendigelen, Abuzer, *Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Hukukî Mütalâalar*, c.3, İstanbul 2001.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 9. bası, Ankara 2007.
- Köseoğlu, Haluk, "Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Yasağı", *Ankara Barosu Dergisi*, S.2, 1968 (s. 982-986).
- Lieb, Manfred, *Arbeitsrecht*, 7. neubearbeitete Aufl., Heidelberg 2000.
- Mollamahmut oğlu, Hamdi, *İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 3. bası, Ankara 2008.
- Olgaç, Senai, *Borçlar Hukuku*, c. 1, İstanbul 1967.
- Rehbinder, Manfred, "Schranken und Wegfall des Konkurrenzverbots im Arbeitsrecht", *Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, (1925-1988), Ankara 1990 (s. 515-531).
- Reisoğlu, Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. b., İstanbul 2004.
- Saymen, Ferit H., *Türk İş Hukuku*, İstanbul 1954.
- Schaub, Günter, *Arbeitsrechts-Handbuch*, 12. neu bearbeitete Auflage, München 2007.
- Sollner, Alfred, *Grundriß des Arbeitsrecht*, 12. neubearb. Aufl., München 1998.
- Soyer, M. Polat, *Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m. 348-352)*, Ankara 1994 (Rekabet Yasağı).

- Soyer, Polat, "İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, (Yayımlanmamış Tebliğ) (Değerlendirme) (s. 1-81).
- Süzek, Sarper, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 4. baskı, İstanbul 2008.
- Şahlanan, Fevzi, "Rekabet Yasağının Geçerlilik Koşulları", *Tekstil İşveren*, Temmuz 2007, <http://www.tekstilisveren.org/content/view/657/48/>
- Şahlanan, Fevzi, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları Hükümleri ve Sonuçları", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11. Yıl Toplantısı*, İstanbul 2008 (s. 71-89) (Rekabet Yasağı).
- Taşkent, Savaş/Kabakçı Mahmut, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *MESS Sicil İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2009 (s. 21-46).
- Tuncay, A. Can, "İşçinin Sadakat Yükümlülüğü", *Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, c.2, İstanbul 2001 (s. 1043-1085).
- Tunçomağ, Kenan, *Borçlar Hukuku Dersleri*, c. 2, İstanbul 1967.
- Tunçomağ, Kenan, *İş Hukuku*, c. 1, İstanbul 1971 (İş).
- Uşan, Fatih, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", *Mercek Dergisi*, Nisan 2005 (Rekabet Yasağı) (s.97-119).
- Uşan, Fatih, *İş Hukukunda İş Sırrının Korunması*, Ankara 2003 (İş Sırrı).
- Uşan, M. Fatih, *Çıraklık Sözleşmesi*, Konya 1994.
- Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yenilenmiş 7. bası, İstanbul 2007
- Yenisey, Kübra Doğan, "Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi*, 2006, Ankara 2009 (s.11-99).
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 7. bası, Ankara 2002.
- Zollner, Wolfgang/Loritz, Karl, *Arbeitsrecht*, 5. neubearbeitete Aufl., München 1998.

felsefe, politika, teknoloji,
bilgisayar, gezi-keşif,
hekimlik, tarih, araştırma,
mesleki-sektörel..
yüzelliden fazla periyodik yayına
abonet'ten abone olabilirsiniz.



abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

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

abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net

CEZA YARGILAMASI VE ÖZEL CEZA YASALARINA GÖRE MAHKEMELERİN GÖREVLERİ

Hüsamettin UĞUR*

Giriş

Bilindiği gibi adli yargı teşkilatı içinde yer alan ceza mahkemelerinin kuruluşu ile bunların görev ve yetkisi konularında, 1412 sayılı CMUK ile diğer bazı kanunlarda¹ genel düzenlemeler mevcutken birçok özel ceza yasası veya ceza içeren yasada bu konuda genel kurallardan farklı hükümlere yer verilebilmektedir.

Yeni ceza adalet sistemi kapsamında; 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile 1412 sayılı CMUK ve diğer bazı Kanunlar yürürlükten kaldırılarak bu konudaki düzenlemelere 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece... Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile 5271 sayılı CMK'da yer verilmiştir.

23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı "*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*"² veya ayrıca ilgili kanunlarda yapılan değişiklikler ile özel kanunlarda yer alan yargılama usulüne dair ayrıksı hükümler büyük

* Yargıtay Tetkik Hakimi

¹ 8.4.1924 tarih ve 469 sayılı Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakimin Teşkilatına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun, 11 Nisan 1329 tarihli Sulh Hâkimleri Hakkında Kanunu Muvakkat, 26.4.1926 tarih ve 825 sayılı Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Mütteallik Kanun.

² 8 Şubat 2008 tarih ve 26781 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

ölçüde değiştirilmiş veya yürürlükten kaldırılmışsa da aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği gibi özel görev düzenlemelerinin birçoğu aynen korunmuştur.

237 sayılı TCK'nın "Özel kanunlarla ilişki" başlıklı 5. maddesindeki "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" hükmüne benzer bir düzenlemeye CMK'da yer verilmemesi nedeniyle de özel ceza yasalarında mevcut yargılama usulüne dair farklı hükümler geçerliliğini korumaktadır.

Bu çalışmada özel ceza yasaları veya ceza içeren yasalardaki göreve ilişkin düzenlemeler ele alınacaktır. Ancak bundan önce kısaca genel olarak görev kuralına, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece ... Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'a göre ceza mahkemelerinin görevleri ile CMK'daki görev konusuna, 5728 sayılı Kanun'un bu konuya ilişkin usul hükümlerine (geçici maddelerine) ve Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesine göre mahkemenin karar verme yetkisine değinmekte fayda vardır.

1. Görev Kuralı

Görev için madde yönünden yetki de denilmektedir. Yetkiden farklı olarak³ görev kuralı kamu düzenine ilişkindir. Sanık için görevli mahkemede yargılanmak bir güvencedir. Öğretide devletin bir davanın görevli mahkemede görülmesini sağlamakla ona meşruiyet kazandırdığı belirtilmiştir.⁴ Anayasa'nın 142. maddesine göre mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir. "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36/2. maddesine göre de

³ Yetki konusu CMK'nın 12-21. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre; "Sanık, yetkisizlik iddiasını, ilk derece mahkemelerinde duruşmada sorgusundan, bölge adliye mahkemelerinde incelemenin başlamasından ve duruşmalı işlerde inceleme raporunun okunmasından önce bildirir.

Yetkisizlik iddiasına ilişkin karar, ilk derece mahkemelerinde sanığın sorgusundan önce, bölge adliye mahkemelerinde duruşmasız işlerde incelemenin hemen başlangıcında, duruşmalı işlerde inceleme raporu okunmadan önce verilir. Bu aşamalardan sonra yetkisizlik iddiasında bulunulamayacağı gibi mahkemeler de bu hususta re'sen karar veremez" (m. 18/1-2). Yetkili olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemler, sadece yetkisizlik nedeniyle hükümsüz sayılmaz (m. 20). Bir hâkim veya mahkeme, yetkili olmasa bile, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, yargı çevresi içerisinde gerekli işlemleri yapar (m. 21).

⁴ Erem, Faruk, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. bası, s. 119.

"hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." Bu nedenledir ki taraflar aralarında anlaşarak görev kuralını bertaraf edemezler. Mahkemelerin görevini sanığın sıfatı ve suçun niteliği belirler.⁵

CMK'nın "Görevli olmayan hâkim veya mahkemenin işlemleri" başlıklı 7. maddesine göre, "Yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hâkim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüzdür."⁶ Ancak bu maddenin karşılığı 1412 sayılı CMUK'da bulunmadığından görevsiz mahkemenin yaptığı işlemlerin geçerliliği uygulama ve öğretide tartışmalı idi. Bu nedenle Yargıtay Ceza Genel Kurulu "CMK'nın 7. maddesi hükmününün, tasarıda olmamasına rağmen, Adalet Komisyonunca yasaya eklenmiş olup, eklenme gerekçesinin görevli olmayan hâkim veya mahkemenin işlemlerinin akibetinin doktrin ve uygulamada tartışmaya yol açmasının önüne geçmek olduğunu" tespit edip öğretideki görüşlere yer verdikten sonra;

"...görevsiz mahkemece yapılan işlemlerin, tekrarlanması olanağı bulunmayanlar dışındakilerin, görevli mahkemece yeniden usulüne uygun olarak yapılması zorunludur. Bu zorunluluk duruşmanın sözlülüğü, kanıtların doğrudan doğruyalığı ve adil yargılanma ilkesinin doğal sonucudur. Ancak 7. maddedeki hükümsüzlük ifadesini, yok anlamında değil, adil bir yargılama için tekrarlanma olanağı var ise yenilenmelidir şeklinde anlamak ve yapılan işlemlerin bizzat o mahkeme huzurunda yapılmasının zorunlu olup olmadığı ölçüsüyle değerlendirilmesi gerektiğine" karar vermiştir.⁷

Böylece görev kuralının; yargıya ve dolayısıyla devlete meşruiyet kazandıran, kamu düzenine ilişkin, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının doğal sonucu bir ilke olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemeler görev kuralını yargılamanın her aşamasında re'sen gözetmek durumundadırlar. Bu konuda kazanılmış hak söz konusu değildir.⁸

⁵ Güler, Mahmut / Taşdemir, Kubilay, Açıklamalı İçtihatlı Ceza Yargılamaları Usulü, s. 24.

⁶ Aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği gibi 5728 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesindeki "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kovuşturma evresinde bulunan dava dosyaları hakkında: a) Mahkemenin görevli olmaması hâlinde, dosya üzerinde yapılacak inceleme sonucunda verilecek görevsizlik kararıyla dosya, görevli mahkemeye gönderilir. b) Daha önce soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yapılmış olan işlem ve kararlar hukukî geçerliliklerini sürdürürler" hükmü özel ve istisnai bir düzenlemedir.

⁷ CGK. 06.05.2008, 2008/1-90 E., 2008/100 K.

⁸ "Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan, görev konusunda taraflar

Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.⁹ 10.6.1942 tarih ve 1942/26-16 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre "Yargı yerleri arasında çıkan görev uyuşmazlığı sonucunda yargılama yeri belirtilmesi yolu ile yetkili kılınan mahkemenin verdiği karar Yargıtay'da incelenirken görev hususu tekrar bahis konusu edilemez."¹⁰

Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nce, farklı yerlerdeki adliye mahkemeleri arasındaki olumsuz görev uyuşmazlığı üzerine Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesine göre Yargıtay ilgili dairesince verilmiş yargı yeri belirtme (mercii tayini) kararları bağlayıcı kabul edilmemekte ve daha önce mercii tayini yoluyla görevsiz bir mahkeme görevli kılınsa bile görev-

için bir mütesep hak doğmayacağı; bu nedenle, yeni bir yasayla kabul edilen görev kurallarının, geçmişe de etkili olacağı, bilinen bir genel hukuk ilkesidir.

Buna göre, davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme, yeni bir yasa ile görevsiz hale gelmiş ise, davanın açıldığı anda görevli olan ve fakat yeni yasaya göre görevsiz hale gelen mahkemenin görevsizlik kararı vermesi gerekeceği açıktır.

Diğer taraftan, dava görevsiz mahkemede açılmış, bu sırada yapılan bir kanun değişikliği ile görevli hale gelmiş ise, mahkemenin, artık görevsizlik kararı veremeyip davaya bakmaya devam etmesi gerekir." (Uym. Mhk. 1.7.2004, 2004/12 E., 2004/33 K., 29.11.2004 tarih ve 25655 s. *Resmi Gazete*)

⁹ "Hüküm tarihi itibariyle sulh ceza mahkemesince verilen görevsizlik kararı yerinde değil ise de;

19.12.2006 tarihli ve 26381 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 31. maddesi ile değişik 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan; "Bu Kanunun; a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır" şeklindeki düzenleme ve 4054 sayılı Kanun'un 55. maddesinde yer alan "Kurulun nihai kararlarına, tedbir kararlarına, para cezalarına ve süreli para cezalarına karşı kararın taraflara tebliğinden itibaren süresi içinde Danıştay'a başvurulabilir" biçimindeki düzenleme karşısında, Rekabet Kurulu tarafından verilen cezaya itiraz halinde, itirazı inceleme yetkisinin Danıştay ilgili dairesine ait bulunduğuna cihet sonucu itibariyle doğru olan görevsizlik kararının onanmasına," (7. CD 12.12.2008, 2006/15662 E., 2008/1309 K.)

¹⁰ Oyçokluğuyla alınan bu kararda karşı oy kullanan üyelere göre, "mercii tayini suretiyle veriler kararın davanın ilk safhadaki şekline göre verileceğinden sonra yapılacak yargılamada işin renginin değişebileceği, somut olayda olduğu gibi duruşma sonunda işin askeri bir suç olduğunun anlaşılabilmesi, adliye mahkemelerinin askeri bir suçta kanunen bakamayacağı, yargılama hakkının ancak kanunla verileceği, görevsiz mahkemece davaya bakılması halinde bunun görev yönünden bozulması gerekir." (*Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları*, Ceza-2, 1941-1946, Yargıtay Yayınları No: 7, 2. Basım, Ankara, 1984, s. 211-213)

siz mahkemece verilen kararlar görev yönünden bozulmaktadır.¹¹

Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görerek vereceği karar “*hukuka kesin aykırılık*” sebebi- dir ve (henüz yürürlükte bulunmayan CMK’nın 294. maddesine göre temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorunda tutulduğu halde) temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da kararın bozulmasını gerektirir.

Görev, yargılamanın sadece son soruşturma (kovuşturma) evre- sinde hüküm ifade eden bir kavramdır. ...Mahkemelerin görevinin belirlenmesinde cürüm ve kabahat gibi niteliksel veya suçun cezasının ölçü alındığı niceliksel ölçütler kullanılabilmesi gibi ülkemizde oldu- ğu gibi karma ölçütler de kullanılabilir.¹²

2. 5235 sayılı Kanun’a göre Mahkemelerin Görevleri

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece... Mahkemelerinin Kuruluş, Gö- rev ve Yetkileri Hakkında Kanun’a göre adli yargı ilk derece mahke- meleri, hukuk ve ceza mahkemeleri olup ceza mahkemeleri, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleridir (m. 2, 8). Bu mahkemelerin görevleri ise 10 ilâ 13. maddelerde gösterilmiştir. Buna göre;

¹¹ Benzer bir şekilde; haksız yere el koyma nedeniyle doğan zarara ilişkin olarak Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan tazminat davasında mahkemece, idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi üzerine, Yargıtay Hukuk Dairesi’nce 5271 sayılı CMK’nın 141 ve 142. maddelerine göre davaya bakma görevinin ağır ceza mahkemesine ait olup, bu gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi gerektiği belirtilerek kararın bozulması sonucu, bozmaya uyan Asliye Hukuk Mahkemesince dosyanın gönderildiği ağır ceza mahkemesinin “genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olup, görevsizlik kararı verilmesi gerekmekte de; bağlayıcı görülen Yargıtay Hukuk Dairesi’nin kararı karşısında” işin esası hakkında verdiği kararın temyizi üzerine 7. Ceza Dairesi’nce, “Görev hususu kamu düzenine ilişkin olup, CMK’nın 4. maddesine göre davaya bakan mahkeme, görevli olup olmadığına kovuşturma evresinin her aşamasında re’sen karar verebilir. Hukuk mahkemesi ve Yargıtay Hukuk Dairesinin kararları göreve ilişkin bulunması nedeniyle kazıyye-i muhkem (kesin hüküm) oluşturmadığı ve ceza mahkemesini de bağlamadığı” belirtilerek görevsiz mahkemece verilen karar bozulmuştur. (7. CD 31.03.2009, 2008/19660 E., 2009/4020 K.)

¹² Yurtcan, Erdener, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988, s. 163, 164

“Sulh Ceza Mahkemesinin Görevi

Madde 10 - Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir.

Asliye Ceza Mahkemesinin Görevi

Madde 11 - Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerince bakılır.

Ağır Ceza Mahkemesinin Görevi

Madde 12 - (Değişik madde: 31/03/2005-5328 S.K./10. m.)

Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m.148), irtikap (m. 250/1 ve 2), resmi belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflas (m. 161) suçları ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.

Diğer Ceza Mahkemelerinin Görevleri

Madde 13 - Diğer ceza mahkemeleri, özel kanunlarla belirlenen dava ve işleri görür.”

Mahkemelerin görevlerinin belirlenmesinde ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur (m. 14).

Burada göz ardı edilmemesi gereken husus şudur; genel olarak mahkemelerin görevlerini belirleyen 5235 sayılı Kanun’un 10, 11 ve 12. maddelerinde sulh, asliye ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri kapsamındaki suçlar tanımlandığı için bu Kanun’la yapılan değişiklikler önceki genel düzenlemeleri yürürlükten kaldırmıştır. Ancak her üç maddenin başında “Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere” ifadesinin kullanılması, 13. maddede ise “Diğer ceza mah-

kemeleri, özel kanunlarla belirlenen dava ve işleri görür” ifadesiyle istisnai düzenlemeler korunmuş ve geçerli kılınmıştır.¹³ Bu nedenle özel ceza yasalarında halen yer alan görev ve yetki kuralları geçerliliğini korumaktadır.

3. Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Görev Hususu

Adli yargı mahkemelerinin görevleri 5235 sayılı Kanun’la düzenlenmişken görev uyuşmazlığına ilişkin düzenlemelere 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (m. 3-11) ile diğer bazı Kanunlarda yer verilmiştir.

Buna göre mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir (m.3/1).¹⁴ Davaya bakan mahkeme, görevli olup olmadığına kovuşturma evresinin her aşamasında re’sen karar verebilir. İddianamenin kabulünden sonra; işin, davayı gören mahkemenin görevini aştığı veya dışında kaldığı anlaşılırsa, mahkeme bir kararla işi görevli mahkemeye gönderir (m. 4/1). Ancak, “*duruşmada*” suçun hukukî niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez (5560 sayılı Kanun’la değişik m. 6).^{15, 16} Bu ifadenin aksinden yüksek görevli mahkemenin, suçun niteliğinin duruşmada değiştiği gerekçesi dışında, başka bir gerekçeyle görevsizlik kararı vermesi-

¹³ 26.4.2007 tarih ve 5636 sayılı Kanun’la 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da değişiklik yapıldığı ve koruma kararına aykırı davranan eş veya diğer aile bireyleri hakkında üç aydan altı aya kadar hapis cezası öngörüldüğü ve 5235 sayılı Kanun’un 10. maddesine göre “iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içinde” olduğunun belirtilmesine rağmen 4320 sayılı Kanun’un 2/3. maddesinde “Cumhuriyet Başsavcılığı koruma kararına uymayan eş veya diğer aile bireyleri hakkında Sulh Ceza Mahkemesinde kamu davası açar” hükmüne gereksiz olarak (fazladan) yer verilmiştir.

¹⁴ “(2)(Ek fıkra: 26.06.2009-5918 sayılı Kanun m. 6) Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askeri Ceza Kanununda veya diğer kanunlarda yer alan askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçu tek başına veya asker kişileriyle iştirak halinde işlemesi durumunda asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet savcıları, kovuşturmaları adli yargı mahkemeleri tarafından yapılır.”

¹⁵ Maddenin değişiklikten önceki hali: “İddianamenin kabulünden sonra, yargılamanın alt dereceli bir mahkemeye ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilemez.”

¹⁶ CMK 252/1-g bendine göre bu Kanun’un 6. maddesi 250.madde kapsamına giren suçlara bakan ağır ceza mahkemeleri hakkında uygulanmaz.

nin mümkün olduğu anlaşılmaktadır.¹⁷ Örneğin iddianamedeki anlatım ve sevk maddelerinden açıkça davanın (alt veya üst dereceli olup olmadığına bakılmaksızın) başka bir mahkemenin görevine girdiği anlaşıyorsa her aşamada görevsizlik kararı verilmelidir.

İddianamenin iadesini düzenleyen CMK'nın 174/1-a maddesinde 170. maddeye aykırı olarak düzenlenen iddianamenin iade edileceği belirtilip, 170/3. maddesinde ise “*görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianame*” ifadesi kullanıldığına göre görevli veya yetkili mahkemeye düzenlenmediği açıkça anlaşılan iddianamenin iadesine karar verilebilecektir.¹⁸ Ancak hukuki nitelendirme yönünden mahkeme, Cumhuriyet savcısı ile aynı yönde düşünmese de iddianameyi iade etmeyip, dosyayı görevli olduğunu düşündüğü mahkemeye görevsizlik kararı ile göndermelidir.

Yargılama sürerken yapılan görev değişiklikleri konusunda CMK'da açık bir hüküm yoktur. Yapılan değişiklikle alt dereceli mahkeme görevli hale gelse de dosyaların devrine dair açık bir hüküm yoksa üst mahkemenin yargılamayı sürdürmesi gerekir.¹⁹ Alt dereceli mahkemeler ise açıkça bir düzenleme olsun olmasın görev değişikliği durumunda görevsizlik kararı vererek dosyayı üst dereceli mahkemeye göndermek durumundadırlar.²⁰

¹⁷ Yaşar, Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 162.; Aynı tespiti yapmakla birlikte maddede “duruşmada” suçun hukukî niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilemeyeceği ifadesiyle duruşmadan önce, duruşma hazırlığı esnasında hukukî nitelik değişikliği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesine imkan tanındığı belirtilmiştir. Ünver, Yener / Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Cilt 1, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 138, 139.

¹⁸ İddianamenin iadesi sebepleri içinde mahkemenin görevsizliği yanında başka neden veya nedenler varsa iade kararı verilebileceği, sadece görevsizlik gerekçesiyle iade kararı verilemeyeceği, ancak dosyanın görevsizlik kararı ile görevli mahkemeye gönderilebileceği, Ünver, Hakeri, s. 136, 137.

¹⁹ Ancak aşağıda değinileceği gibi bazen bu konuda açık düzenlemelere de yer verilmektedir. Örneğin 3167 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 14.12.2009 tarih ve 5941 sayılı Çek Kanunu'nun geçici 1/4. maddesinde “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar 3167 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde tanımlanan suçtan dolayı açılmış olan davalar bakımından asliye ceza mahkemesinin görevi devam eder” hükmüyle 20.12.2009 tarihinden önce açılan (derdest) davalarda asliye ceza mahkemelerinin görevsizlik kararı vermesi engellenmiştir.

²⁰ Yaşar, Osman, s. 162.

4. Görev Uyuşmazlıklarının Çözümü

Adli yargı içerisindeki mahkemeler bakımından verilen görevsizlik kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir (m. 5/2). Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı ise kanun yolu bakımından hüküm sayıldığından (m. 223/10) bu kararlar temyize tabidir.²¹

Görev konusunda mahkemeler arasında uyuşmazlık çıktığında, görevli mahkemeyi ortak yüksek görevli mahkeme belirler (m. 4/2). Buna göre;

a. Aynı ağır ceza yargı çevresi içerisinde bulunan alt dereceli (asliye ve sulh ceza gibi) mahkemeler arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını o yer ağır ceza mahkemesi,

b. Aynı ağır ceza yargı çevresi içerisinde bulunan ağır ceza ile diğer alt dereceli ceza mahkemeleri veya farklı yerlerdeki ağır ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını bölge adliye mahkemesi ceza dairesi (5235 sayılı Kanun m. 37/2), bölge adliye mahkemeleri kuruluncaya kadar Yargıtay (şu an için 5.) Ceza Dairesi (2797 sayılı Kanun m. 14),

c. Farklı bölge adliye mahkemelerinin yargı çevresindeki ilk derece mahkemeleri veya bölge adliye mahkemesi ile ilk derece mahkemesi arasındaki uyuşmazlığı Yargıtay ilgili Ceza Dairesi,

²¹ “Bu hükmün amacı, adli yargı mercilerinin kendilerini görevsiz sayarak, verdikleri görevsizlik kararının en üst inceleme mercii olan Yargıtay’ca denetlenmesinin sağlanması suretiyle gerçekten adli yargının görevli olup olmadığının saptanmasına yöneliktir. Zira böyle bir kararın kesinleşmesi ile birlikte uyuşmazlık artık adli yargı dışında başka bir merciye taşınacak, ancak karşı görevsizlik kararı verilmesi halinde, uyuşmazlık mahkemesince adli yargının görevli kabul edilmesi halinde bu uyuşmazlığa bakılması tekrar mümkün hale gelecektir.

Ancak burada unutulmaması gereken husus, verilen görevsizlik kararının 5271 sayılı CYY’nin 223/10. fıkrası anlamında ve suçlarla ilgili yapılan yargılamada verilmiş olmasıdır.

Bu kapsamda, ... Sulh Ceza Mahkemesi’nin ... kararı, 5326 sayılı Kanun’un 28/1-b maddesine dayanan, idari yaptırım kararının Sulh Ceza Mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığına dayanan ret kararıdır, davanın görev yönünden reddine ifadesinin kullanılmış olması da verilen kararı teknik anlamda hüküm haline getirmez. 5271 sayılı CYY’nin 223/10. fıkrası anlamında hüküm sayılmayan bu karara karşı başvurulabilecek olağan yasa yolu ise temyiz olmayıp, aynı Yasanın 29. maddesi uyarınca itirazdır.” (CGK 27.10.2009, 2009/7-206 E., 2009/250 K.)

d. Kaza (yargı) yetkisi tanınmış bazı idari (il veya ilçe idare kurulları, belediyeler, gümrük komisyonları, orman işletme şefliği gibi) makamlar ile mahkemeler arasında çıkacak görev uyuşmazlıklarında Yargıtay Ceza Genel Kurulu (1684 sayılı Kanun m. 1),

e. Adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını ise uyuşmazlık mahkemesi (2247 sayılı Kanun m. 1), çözer.

Pozitif hukukumuzda, özellikle de özel ceza yasaları veya ceza içeren yasalarda adli ve idari yaptırımlar çok çeşitli olup yargısal denetim yönünden standart bir düzenleme içermemekte, uyuşmazlıklar Anayasa Mahkemesi, uyuşmazlık mahkemesi, Yargıtay, Danıştay gibi yüksek mahkeme kararlarıyla çözülmeye çalışılsa da aynı konuda birbirinden farklı kararlar çıkabilmektedir. Buna rağmen yüksek mahkemeler (örneğin Yargıtay ile Danıştay) arasında çıkan görevlilik, bir başka ifadeyle olumlu görev uyuşmazlıklarına dair yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

5. Görev veya Sıfatları Sebebi İle Özel Soruşturma ve Kovuşturma Usulüne Tabi Kişilerin Yargılanmasında Görevli Mahkeme

Kamu görev ve hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi için memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar nedeniyle doğrudan doğruya ceza kovuşturmasına tâbi tutulmaları, kamu hizmetinin işleyişinde aksamalara ve kamu otoritesinin saygınlığının zedelenmesine yol açabileceği gibi gerekçelerle kamu görevlileri hakkında ayrı bir yargılama rejimi ve yönetsel güvence sistemi benimsenip, aynı şekilde anayasal bir güvence olarak Milletvekilleri için yasama dokunulmazlığı ve yasama sorumsuzluğu getirildiği (Any. m. 83), keza yüksek yargı organlarının Başkan ve Üyeleri, hakim ve savcılar, asker kişiler için ilgili kanunlarda farklı soruşturma ve kovuşturma usulleri öngörüldüğü gibi anılan kişiler yönünden görevli mahkemeler de ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir.

5.1. Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Görev ve Yetkisi²²

10.11.1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 18/3. maddesine göre Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinden biri de;

*"Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve üyelerini, başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay başkan ve üyelerini görevleri ile ilgili suçlardan²³ dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılamak"*tır.

²² Türk hukukunda Yüce Divan, ilk olarak 1876 Kanuni Esasi'de "Divan-ı Âli" adı altında karşımıza çıkmıştır. 1924 Anayasası'nda ise yine Divanı Âli adı altında on biri Yargıtay, onu Danıştay başkan ve üyelerinden kendi genel kurullarınca seçilen 21 kişiden ve görülen lüzum üzerine TBMM kararı ile meydana gelmekte idi (m. 61-67) Yüce Divan görevi, 1961 Anayasası'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, Anayasa ile ilk defa kurulan Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir (m. 145-148). Anayasa Mahkemesi'nin mevcut yapısı ve işleyişi ile öteden beri ilk derece ceza mahkemesi sıfatıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapması ve verdiği kararların kesin olması eleştirilmiştir. (Bkz.: Karademir, Havva, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılama, <http://www.aktif-hukuk.com/makaleler/makale007.doc>. E.T.:16.8.2009, Keskin, O. Kadri, "Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılama Görevi Anayasa Mahkemesi'nden Alınmalıdır", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 19, Sayı 4, Ekim 1993, Ankara; Eminağaoğlu, Ömer Faruk, "Yüce Divan'a Sahiplenmek" <http://www.abchukuk.com/makale/makale298.html> E.T.:18.8.2007, Özay, İl Han, "Yeni Bir Düzende Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş Görev ve Yetkileri ile Yargılama Usulleri", *Anayasa Yargısı*, (Anayasa Mahkemesi'nin 33. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyum) Ankara, 1995.

²³ Anılan kimselerin kişisel suçları yönünden ilgili yasalarda farklı düzenlemeler mevcuttur. Bura göre;

Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin şahsi suçlarında görevli mercii Yargıtay Ceza Genel Kurulu'dur (2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında K. m. 55 ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 24).

Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin kişisel suçlarından dolayı görevli mercii Yargıtay Ceza Genel Kurulu'dur (2797 sayılı Yargıtay K. m. 46).

Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerin şahsi suçlarının takibinde Yargıtay Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı ve üyelerinin şahsi suçlarının takibi ile ilgili hükümler uygulanır (2574 sayılı Danıştay K. m. 82).

Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, İkinci Başkanı, daire başkanları ve üyelerinin askeri yargıya tabi şahsi suçlarında görevli mercii Askeri Yargıtay Başkanlar Kurulunun belli edeceği Askeri Yargıtay Dairesi'dir. Anılan kimselerin genel yargıya tabi şahsi suçların kovuşturulmasında Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Cumhu-

Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla çalışırken, yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir. Yüce Divan kararları kesindir (2949 sayılı Kanun m. 35).

Yüce Divan'da savcılık görevini, Cumhuriyet başsavcısı veya Cumhuriyet başsavcivekili yapar. Cumhuriyet Başsavcı yardımcılardan bir veya birkaçı da Cumhuriyet Başsavcısı veya başsavcivekiliyle birlikte duruşmaya iştirak edebilir (2949 sayılı Kanun m. 36).

5.2. Hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları Hakkındaki Soruşturma ve Kovuşturmalarda Görevli Mahkeme

2802 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre Hakim ve savcılar hakkında denetim, inceleme, soruşturma ve kovuşturma yapılması bu Kanun hükümlerine tabidir. Bu Kanun'un uygulanmasında hakim ve savcılar, 2802 sayılı Kanun'un 3. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, mahkeme başkan ve üyeleri, Ankara dışında adli ve idari yargıda çalışan tüm hakimler, il ve ilçe Cumhuriyet başsavcıları, başsavcı vekilleri, C. savcıları, Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarda çalışan hakim ve savcılar, müfettişler, Yargıtay ve Danıştay tetkik hakimleri, Yargıtay ve Danıştay Cumhuriyet savcıları 2802 sayılı Kanun hükümlerine tabidir

Hakim ve savcılar hakkında görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde evrak, Adalet Bakanlığı'nca ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet savcılığına, Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşların

riyet Başsavcısının şahsi suçlarının kovuşturulmasına ilişkin hükümler uygulanır (1600 sayılı Ask. Yar. K. m. 38).

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı, Daire Başkanları ve Üyeleri ile Başsavcısının durumu Askeri Yargıtay ile aynı paraleldedir (1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi K. m.33).

Sayıştay Başkanı ve üyelerinden birinin görevleri dışında şahsi bir suç işleme-leri halinde Yargıtay üyelerinin şahsi suçlarının kovuşturulmasına ilişkin hükümler uygulanır. Başkan ve üyeler dışındaki meslek mensuplarının görevleriyle ilgili veya görev sırasında bir suç işlemesi halinde yargılama Yargıtay'ın görevli ceza dairesinde yapılır. Bunların kişisel suçlarının kovuşturulmasında ise 2. sınıfa mensup hakimlerin kişisel suçlarının kovuşturulmasına ilişkin hükümler uygulanır (832 sayılı Sayıştay K. m. 96).

da görevli hakim ve savcılar hakkındaki evrak ise Ankara Cumhuriyet Savcılığına gönderilir. Cumhuriyet savcısı beş gün içinde iddianamesini düzenleyerek evrakı, son soruşturmanın açılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir (m. 89).

Haklarında son soruşturma açılmasına karar verilenlerden; birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağır ceza mahkemeleri heyetine dahil bulunan hakim ve Cumhuriyet savcılarının, son soruşturmaları Yargıtay'ın görevli ceza dairesinde görülür. Birinci fıkra dışındaki hakim ve savcılarının son soruşturmaları, yargı çevresi içinde buldukları ağır ceza mahkemesinde yapılır (m. 90).

Bu Kanun gereğince haklarında kovuşturma yapılacak olanların, son soruşturma mercilerinin saptanmasında, son soruşturma zamanındaki son soruşturmadan önce görevden ayrılanların ise ayrılma zamanındaki sıfatları esas alınır. Geçici yetkililer hakkında soruşturma ve kovuşturma mercilerinin saptanmasında yetkili buldukları yerdeki sıfatları esas tutulur (m. 91). Yoksa suçun işlendiği tarihteki görevi önemli değildir. Bu nedenle, son soruşturmanın açılması iznini verecek ağır ceza mahkemesi tarafından, şüphelinin birinci sınıfa ayrılmasına karar verilmiş olup olmadığı sorulmalıdır.²⁴ Son soruşturmanın açılması kararından sonra hakkında soruşturma yapılan hakim veya savcının birinci sınıfa ayrılması görev kuralını değiştirmeyecektir.²⁵

Hakim ve savcılarının kişisel suçları hakkında soruşturma, ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısına ve son soruşturma o yer ağır ceza mahkemesine aittir. Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarındaki hakim ve savcılarının kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma Ankara Cumhuriyet Başsavcısı ve ağır ceza mahkemesine aittir (m. 93).

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır. Hazırlık soruşturması yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yürütülür (m. 94/1).

²⁴ Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, *Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 617.

²⁵ CGK 03.10.1983 tarih ve 224-320 sayılı K. (aktaran Gökcan, Artuç, s. 617).

Hakim ve savcıların işledikleri kişisel suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılması herhangi bir makam veya merciin izin almasına bağlı tutulmamıştır. 2802 sayılı Kanun'la yalnızca özel yetki kuralları getirilmiştir. Bunun dışındaki uygulama CMK hükümlerine göre yapılacaktır. Kişisel suç, görev sırasında veya görev sebebiyle işlenen suçlar dışında kalan suçlardır. İşlenen suç ne olursa olsun, hangi mahkemenin görevine girerse girsin (CMK 250. maddesi kapsamındaki suçlar hariç) yetkili ve görevli mahkeme hakim ve savcının görev yaptığı yere en yakın yerdeki ağır ceza mahkemesidir.²⁶

Adalet Bakanlığı merkez kuruluşundaki hâkim ve savcılar ve Yargıtay Tetkik Hakimleri'nin kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma Ankara Cumhuriyet savcısı ve Ankara Ağır Ceza Mahkemesi'ne aittir.²⁷

5.3. 4483 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Yetkili ve Görevli Mahkeme

Amacı, *“memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemek”* olan 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre soruşturma izninin kesinleşmesi üzerine dosya, derhal yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. İzin üzerine ilgili Cumhuriyet başsavcılığı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer kanunlardaki yetkilerini kullanmak suretiyle hazırlık soruşturmasını yürütür ve sonuçlandırır.

Anılan Kanun'un 12 ve 13. maddelerinde ise Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri hakkında *“Hazırlık Soruşturmasını Yapacak Merciler”* ve *“Yetkili ve Görevli Mahkeme”* açıkça gösterilmiştir. Buna göre;

Hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yetkili ve görevli Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılır. Ancak Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler ile ilgili olarak yapılacak olan hazırlık soruşturması

²⁶ Gökcan, Artuç, s. 618-619.

²⁷ Çetin, Erol, *Ceza Hukukunda Memur ve Memur Suçları*, 2. Baskı, Ankara 2003, (aktaran Gökcan, Artuç, s. 619)

Yargıtay Cumhuriyet başsavcısı veya başsavcıvekili, kaymakamlar ile ilgili hazırlık soruşturması ise il Cumhuriyet başsavcısı veya başsavcıvekili tarafından yapılır.

Hazırlık soruşturması sırasında hâkim kararı alınmasını gerektiren hususlarda; Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler için Yargıtay'ın ilgili ceza dairesine, kaymakamlar için il asliye ceza mahkemesine, diğerleri için ise genel hükümlere göre yetkili ve görevli sulh ceza hâkimine başvurulur (m.12).

Davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme, genel hükümlere göre yetkili ve görevli mahkemedir. Ancak Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreteri, müsteşarlar ve valiler için yetkili ve görevli mahkeme Yargıtay'ın ilgili ceza dairesi, kaymakamlar için ise il ağır ceza mahkemesidir (m. 13).

Bu Kanun kapsamındaki suçların iştirak halinde işlenmesi durumunda memur olmayan, memur olanla; ast memur, üst memurla aynı mahkemede yargılanır (m. 10).

5.4. Asker Kişiler ve Askeri Suç

Anayasa'nın "Askerî Yargı" başlıklı 145. maddesinin 1 ve 2. fıkralarına göre;

"Askeri yargı, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler, asker kişilerin; askeri olan suçları ile bunların asker kişileri aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.

Askeri mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler."

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun "Asker kişileri", "Genel Görev", "Müşterek Suçlar" gibi hükümlerine bakılması yararlı olacaktır.

Asker kişileri hakkında soruşturma ve kovuşturma usulü 25.10.1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü

Kanunu'nda düzenlenmiş ve "Asker kişiler" 10. maddede gösterilmiştir:

"Madde 10 - (Değişik: 8/6/1972-1596/1 m.)

Bu Kanunun uygulanmasında aşağıda yazılı olanlar asker kişi sayılırlar:

A) (Değişik bent: 29/06/2006-5530 sayılı Kanun m. 2)²⁸ Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler,

B) Yedek askerler (Askeri hizmette buldukları sürece),

C) Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel,

D) Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler,

E) Rızası ile Türk Silahlı Kuvvetlerine katılanlar,

F) (Mülga bent: 29/06/2006-5530 sayılı Kanun m. 62)²⁹

353 sayılı Kanun'un "Genel Görev" başlığını taşıyan 9. maddesinde ise Askeri Mahkemelerin Görevleri tanımlanmıştır. Buna göre; "Askeri mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler."

"Müşterek Suçlar" hakkındaki 12. maddeye göre; "Askeri mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi halinde eğer suç Askeri Ceza Kanununda yazılı bir suç ise sanıkların yargılanmaları askeri mahkemelere; eğer suç Askeri Ceza Kanununda yazılı olmayan bir suç ise adliye mahkemelerine aittir."

353 sayılı Kanun'un "Askeri Mahkemelerde Yargılamayı Gerektiren İlginin Kesilmesi" başlıklı 17. maddesine göre de (Değişik madde: 09.10.1996-4191/3 m.);

"Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirir-

²⁸ Değişiklikten önce "Muvazzaf askerler: Subaylar, askeri memurlar, askeri öğrenciler, astsubaylar, erbaşlar ve erler."

²⁹ "Askeri yargı organlarınca tutuklanmış veya hapsedilmiş veya askeri makamlarca muhafaza altına alınmış veya gözaltı edilmiş kişiler" şeklinde idi.

mez. Ancak suçun; askeri bir suç olmaması, askeri bir suçla bağlı bulunmaması (...) ³⁰ halinde askeri mahkemenin görevi sona erer.”

5.4.1. General ve Amirallerin Yargılanması

353 sayılı Kanun’un 15. maddesine göre; “General ve amirallerin askeri mahkemelere tabi suçlarından dolayı yargılanmaları Genelkurmay Başkanlığı nezdinde kurulan askeri mahkemede yapılır.” Kanununun 95. maddesine göre de “General ve Amiraller için soruşturma yapılması Genelkurmay Başkanının iznine bağlıdır.” ³¹

5.4.2. Genelkurmay Başkanının Yargılanması

1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanun’un 7. Maddesinde, “Genelkurmay Başkanı görev ve yetkilerinden dolayı Başbakanı karşı sorumludur” hükmü olup görevinden dolayı yargılanmasına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Askeri hiyerarşi içinde Genelkurmay Başkanı’nun üstünde komutan ve amir bulunmadığı ve kendi kendisine soruşturma izni vermesi de hayatın olağan akışına aykırı olduğundan, ancak (emeklilik, istifa, görevden alınması gibi nedenlerle) görevinden ayrıldıktan veya görevine son verildikten sonra görevinden dolayı işlediği suçtan yargılanabilecektir. ³²

³⁰ Bu arada yer alan; “... ve sanık hakkında kamu davası açılmamış olması” ibaresi, Anayasa Mahkemesinin 1.7.1998 tarih ve 1996/74, 1998/45 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

³¹ Bu konuda kamuoyunca da bilinen güncel örnek dönemin Genelkurmay Başkanının eski Deniz Kuvvetleri Komutanı Emekli Oramiral İ.E. hakkında verdiği soruşturma emri (izni) üzerine memuriyeti suiistimal ve 3628 sayılı Kanuna muhalefetten yargılanıp mahkum olmasıdır. (Askeri Yargıtay 1. Dairesi’nin 11.7.2006 tarih ve 2006/1109-1148 sayılı K., Askeri Yargıtay Daireler Kurulu’nun, 12.10.2006, 2006/168 E., 2006/168 K., Anılan Kararın tam metni için Bkz.: Uğur, Hüsamettin, *Açıklamalı-İçtihatlı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu & Ulusal ve Uluslararası Boyutta Yolsuzlukla Mücadele*, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2010, s. 397-405)

³² Bilindiği gibi 1324 sayılı Kanun’un 8. maddesine göre Genelkurmay Başkanı; Kara, Deniz veya Hava Kuvvetleri Komutanlığını yapmış general ve amiraller arasından, Bakanlar Kurulu’nun teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca atanır.

Kendisini önerip atayan Başbakan, Bakanlar ve hatta Cumhurbaşkanının (sadece vatana ihanet suçlaması ile de olsa) suçlanıp Yüce Divan’da yargılanabilmesine karşılık Genelkurmay Başkanının görevinden ötürü veya görevi sırasında işleyebileceği suçlar hakkında soruşturma ve kovuşturma usulünün bugüne kadar

6. 5728 Sayılı Kanun'un Göreve İlişkin Usul Hükümleri (Geçici Maddeleri)

5728 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 8 Şubat 2008 tarihi itibarıyla kovuşturma evresinde bulunan dava dosyaları, yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkûmiyet kararları ile Yargıtay ilgili ceza dairesinde bulunan dosyalar hakkında uygulanacak/uygulanacak usul kuralları üç geçici maddede düzenlenmiştir. Genelde 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9 ve 10. maddeleri hükümlerine paralel olsa da bu kanuna özgü düzenlemeler de dikkat çekmektedir.

Geçici 2. maddede; *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kovuşturma evresinde bulunan dava dosyaları hakkında:*

a) Mahkemenin görevli olmaması hâlinde, dosya üzerinde yapılacak inceleme sonucunda verilecek görevsizlik kararıyla dosya, görevli mahkemeye gönderilir.

b) Daha önce soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yapılmış olan işlem ve kararlar hukukî geçerliliklerini sürdürürler" hükmüne yer verilmiştir.

Maddede CMK'nın göreve ilişkin 3 ilâ 7. maddeleri hükümlerinden farklı düzenlemeler getirilmişse de sadece bu Kanun değişikliği nedeniyle meydana gelen görev değişikliğine ilişkin olup CMK'nın 3 - 7. maddelerindeki düzenlemeler saklıdır.

Geçici 2. madde hükmünü somutlaştırmakta fayda vardır. 5237 sayılı TCK'nın 49/1. maddesine göre aksi belirtilmeyen durumlarda süreli hapis cezası bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz. 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'la değişik 5252 sayılı

düzenlenmemesi büyük bir noksanlıktır. 5918 sayılı Kanun ile değişik CMK'nın 250. maddesinin 3. fıkrası karşısında bir çok kamu görevlisinden farklı olarak "korumasız" bırakıldığı hususu doğru değildir. Çünkü anılan fıkraya göre Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim hâlinde askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklı (hariç) olmak üzere birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Ayrıca "korumasız" bırakıldığı hususu doğru olsa bile bunun, bugüne kadar Genelkurmay Başkanı hakkında soruşturma ve kovuşturma usulünün düzenlenmemeden kaynaklandığı da ortadadır. Aynı husus Meclis Başkanı için de söz konusu olmakla birlikte, Meclis Başkanı Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından seçildiğinden mevcut haliyle durumu Milletvekilleri gibi olup soruşturma usulü Anayasa'nın 83. maddesinde düzenlenmiştir.

Kanun'un 6/2. maddesine göre 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlarda; hapis cezalarında kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir ay, üst sınır beş yıl olarak uygulanır. 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'un 23/son maddesine göre 3. maddedeki yasak hilafına (münhasıran esrar yapmak için) kenevir ekenler "bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası" ile cezalandırılırlar. 5728 sayılı Kanun'la 2313 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmışsa da; 23. maddeye eklenen fıkra ile münhasıran esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimine bir yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Böylece cezanın üst sınırında on yıldan fazla hapis cezasını içeren bir değişiklik yapılmadığı için 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ... Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre önceden olduğu gibi asliye ceza mahkemesi görevlidir. Kısaca 5728 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik geçici 2. madde anlamında görev değişikliği doğurmamıştır.³³

1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun'da da bir yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası öngörülmesine rağmen anılan Kanun'un 4. Maddesinde, "Bu kanuna göre açılan davalara sulh ceza mahkemeleri bakar" hükmü mevcuttu.

Ancak 5728 sayılı Kanun'la, 1072 sayılı Kanun'un 4. maddesi yürürlükten kaldırılınca 5560 sayılı yasayla değişik 5252 sayılı Kanun'un 6/2. maddesine göre cezanın üst sınır beş yıl hapis olduğundan Asliye Ceza Mahkemesi görevli hale gelmiştir. Böylece 5728 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi anlamında görev değişikliği doğmuştur.³⁴

³³ 5252 sayılı Kanun'un 6/2. maddesi 5560 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önce ise, 5237 sayılı TCK'nın 49/1. maddesine göre aksi belirtilmeyen durumlarda süreli hapis cezasının üst sınırının yirmi yıl olduğuna dair genel hüküm gereği 2313 sayılı Kanun'un 23. maddesindeki esrar elde etmek amacıyla kenevir ekme (veya 5560 sayılı yasayla değiştirilmeden önceki 5237 sayılı TCK'nın 191/1. maddesi 2. bendindeki "Kendisi tarafından kullanılmak üzere uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran bitkileri yetiştirme) suçuna bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevliydi. Bu şekilde ağır ceza mahkemesinde açılan veya asliye cezadan görevsizlikle ağır cezaya gönderilen dosyalar yönünden 5728 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi gerekçe gösterilerek görevsizlik kararı verilmemelidir. 7. Ceza Dairesi'nin kabulü bu yöndedir.

³⁴ "Hükümden sonra, 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 23.01.2008 gün ve 5728 sayılı Yasanın 578'inci maddesiyle sulh ceza mahkemesinin görevli olduğunu belirten 1072 sayılı Yasanın 4'üncü maddesinin yürürlükten kaldırıldığı, 1072 sayılı Yasanın 2'nci maddesinde öngörülen hapis cezasının üst sınırının ise 5 yıl olduğu, öngörülen hapis cezasının üst sınırı iti-

5728 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddenin 1. fıkrasına göre, “*Bu Kanun hükümlerine göre suç karşılığı uygulanan yaptırımı idarî yaptırıma dönüşen fiiller nedeniyle;*

a) Soruşturma evresinde Cumhuriyet başsavcılığınca,

b) Kovuşturma evresinde mahkemece, idarî yaptırım kararı verilir.”

Bu düzenleme usul ekonomisine uygun ve Kabahatler Kanunu'nun 23, 24. maddelerine paralel bir hüküm içermektedir. Böylece soruşturma ve kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde Cumhuriyet savcısı ve mahkeme tarafından görevsizlik kararı verilmeyip unsurları varsa idarî yaptırım kararı verilecektir.

Usul kuralları derhal yürürlüğe girip özellikle de göreve dair hükümler kamu hukukuna ilişkin olduğundan derhal ve her aşamada gözetilmelidir.

7. Kabahatler Kanunu'na Göre Mahkemelerin Karar Verme Yetkisi

Kabahatler Kanunu'nun “*Mahkemenin karar verme yetkisi*” başlıklı 24. maddesine göre “*Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verilir.*” Buna göre mahkeme, açılan bir davada kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde idarî yaptırım kararını kendisi verecektir. Bu, 24. maddenin amir hükmü olup, eylemin idari ceza gerektirdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilemeyecektir. Yargıtay

barıyla davaya bakma görevinin 5235 sayılı Yasanın 11'inci maddesi uyarınca asliye ceza mahkemesine ait bulunduğundan, 5728 sayılı Yasanın geçici 2'nci maddesi uyarınca görevsizlik kararı verilmesinin gerekmesi, bozmayı gerektirmiş,” (7. CD 17.02.2009, 2006/4801 E., 2009/2221 K.)

³⁵ 30.12.2008 tarihli *Resmî Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5827 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 1567 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen eylemlerin yaptırımı idari para cezasına çevrilip para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcılarını yetkili kılınmıştır.

“4926 sayılı Kanun'un 26. maddesinde, 13 üncü maddenin birinci ve ikinci fıkrasında yazılı fiillere gümrük komisyonlarınca bakılacağı öngörülmüş ise de, hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 24. maddesinde “Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir” kuralı getirilmiş olup, bu yasal düzenleme karşısında idari yaptırım konusunda mahkemece bir karar verilme-

CGK ve Özel Daire kararları bu yöndedir.^{35, 36} Görüldüğü gibi kural olarak kamu kurum ve kuruluşunun görev alanına giren yerlerde işlenen kabahatler dolayısıyla; idarî kurul, makam veya kamu görevlileri idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir. Cumhuriyet savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde, bir kabahat dolayısıyla idarî yaptırım kararı vermeye yetkilidir.³⁷

Mahkemelerce idarî yaptırım kararı verilmesi istisnai olup, ön ödemede olduğu gibi ancak suç vasfının değişmesi, yanlış nitelendirme ile dava açılmasına rağmen iddianamenin kabul edilmesi, veya sonradan yapılan değişikliklerle eylemin kabahat olması gibi hallerde söz konusudur. Ayrıca Kabahatler Kanunu'ndan önce kesinleşen hükümlerin

si gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,yasaya aykırı," (7. CD. 1.4.2009, 2006/10419 E., 2009/3817 K.)

³⁶ "Çözümü gereken uyumsuzluk, somut olayda sanığa yüklenen eylemle ilgili yaptırım uygulama hususunda ...Asliye Ceza Mahkemesi'nin mi yoksa Habur Gümrük Komisyonu'nun mu görevli olduğu hususunda toplanmaktadır.

Ceza Genel Kurulu'nun 10.05.2005 gün ve 51-47 sayılı kararında vurgulandığı üzere; devlet sistemimiz içinde yer alan il ve ilçe idare kurulları, en büyük mülkî amirlikler, belediye makamları, gümrük komisyonları, orman işletme şeflikleri (Kunter / Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, I. Kitap, 12. Bası, 2003, s. 871 vd., Prof. Dr. Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü Dersleri*, 1944, s. 27 vd.) gibi makamlar, yargı mercii olmadıkları halde, yaptırım uygulama bakımından kendilerine kısmen kaza yetkisi verilmiş makamlardır. Bu bakımdan, adli yargı mercii olan genel mahkemeler ile kaza yetkisini haiz bu makamlar arasında çıkabilecek görev ve yetki uyumsuzluklarını, merci belirleme suretiyle çözmeye görevi, 1684 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na aittir.

Somut olayda, ...Asliye Ceza Mahkemesi eylemin idari yaptırımı gerektirdiğini, Habur Gümrük Komisyonu ise asliye ceza mahkemesinin görevine giren suçu oluşturduğunu belirterek karşılıklı görevsizlik kararı vermiş iseler de; 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun, "Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idarî yaptırım kararı verileceğini" emreden 24. maddesi hükmü uyarınca atılı eylem ister adli yaptırımı gerektiren suç, isterse idarî yaptırımı gerektiren kabahat oluştursun, her iki halde de kovuşturma konusu fiili değerlendirme ve takdir yetkisi görevli asliye ceza mahkemesine ait bulunduğundan, uyumsuzluğun ... Asliye Ceza Mahkemesi görevsizlik kararının kaldırılması suretiyle giderilmesi gerekmektedir." (CGK 12.02.2008, 2008/YYB-12 E., 2008/19 K.)

³⁷ 31.03.2007 tarih ve 26479 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17/1. maddesine göre "Bu Kanun hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı, 14. madde hükümlerine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesine ise Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, sulh ceza mahkemesi yetkilidir.

uyarlaması ancak hükmü veren mahkemece yapılabileceğinden uyarlama sonucu idari yaptırım mahkeme tarafından uygulanacaktır.³⁸

³⁸ 30.12.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5827 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 1567 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen eylemlerin yaptırımı idari para cezasına çevrilip para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcılarının yetkili kılınmıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 59/9. maddesine göre "Bu madde hükmüne göre idarî para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir."

"Ehliyetsiz araç kullanmak suçundan ... 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 36, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 119/6, 72, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un 4.maddeleri uyarınca ... hafif para cezası ile cezalandırılmasına dair, ... Sulh Ceza Mahkemesi'nin ... kararının infazı sırasında, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren kanunların lehe hükümlerinin uygulanması talebi üzerine, 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7/1. maddesi uyarınca sanığın eyleminin idari para cezasına konu olduğu ve cezanın Cumhuriyet Savcılığınca verilmesi gerektiğinden bahisle, mahkemenin önceki kararının iptali ile dosyanın görevli ve yetkili ... Cumhuriyet başsavcılığına göndermesi üzerine ... 2005/89-147 sayılı ek kararı aleyhine ...kanun yararına bozma istemini içeren dava dosyası ...daireye verilmekle okundu.

...Tüm dosya kapsamına göre, hükmün kesinleşmesinden sonra 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7. maddesinin ...1. fıkrasında, "Kanunlarda, hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımlar idari para cezasına dönüştürülmüştür", 4. fıkrasında ise "Bu madde hükmüne göre idari para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcısı yetkilidir." hükmüne yer verilmiş ise de, cezanın infazı sırasında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 98/1. maddesindeki "Mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir" hükümleri ile benzer bir olay sebebiyle Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 11.07.2005 gün, 2005/1828-12314 sayılı ilâmı ile de belirtildiği üzere, 18.05.2005 gün ve 25819 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5349 sayılı ... Kanun'un 3.maddesi ile değişik 5252 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca sanığın eylemine uygulanabilecek müeyyidenin idari para cezasına dönüştürülmesi ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesi gereğince idari yaptırımın mahkeme tarafından uygulanacak olması karşısında, kesinleşmiş hükümden sonra hükmü veren mahkeme tarafından görevsizlik kararı verilemeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiş, ...kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden ... Sulh Ceza Mahkemesi'nin 16.06.2005 gün ve 2005/89-147 sayılı ek kararının CMK'nın 309/4-a maddesi uyarınca bozulmasına, müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yapılmasına," (7. CD 30. 04. 2007, 2006/12889 E., 2007/3090 K.)

8. Özel Ceza Yasalarına Göre Mahkemelerin Görevleri

8.1. 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un 4. maddesine göre "Bu davaları rüyet edecek mahkemelerle bu mahkemelerin kaza çevreleri Adalet ve Maliye vekaletlerince müştereken tayin ve ilan olunur." Buna göre de bu kanundan doğan suçlara bakmak üzere İstanbul, İzmir, Ankara, Mersin, Samsun ve Trabzon'da belirlenen mahkemeler yargı çevresi ile birlikte yetkili ve görevli kılınmış, böylece 1567 sayılı Kanun açısından bir nevi bölge mahkemeleri olarak görevlendirilmiştir. 30.12.2008 tarihli *Resmi Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5827 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 1567 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen eylemlerin yaptırımını idari para cezasına çevrilip para cezasına karar vermeye Cumhuriyet savcılarını yetkili kılınarak 1567 sayılı Kanun'un 4 ve 5. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece anılan mahkemelerin görevi de sona ermiştir.³⁹

8.2. Fikri-sınai mülkiyet haklarına ilişkin olarak ilgili KHK'lerde (551, 554, 555 ve 556 sayılı KHK) ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun ile değişik 76. maddesine göre ihtisas mahkemelerinin kurulacağı⁴⁰ öngörülmüştür. Buna dayanılarak Adalet Bakanlığı'nun teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 13.7.1995 gün ve 503 sayılı kararıyla ihtisas mahkemeleri kuruluncaya kadar komisyonların bulunduğu ağır ceza merkezlerinde olmak üzere, asliye ceza mahkemelerinin, iki asliye ceza mahkemesi varsa 1 sayılı asliye ceza mahkemesinin, ikiden fazla ise 3 sayılı asliye ceza mahkemesinin geçici olarak görevlendirilmesine ve yargı çevrelerinin de adalet komisyonlarının merkez ve mülhakatları olan ilçeleri kapsayacak şekilde belirlenmesine, 20.11.2003 gün ve 537 sayılı kararı ile de İstanbul, Ankara ve İzmir'de kurulup faaliyete geçiri-

³⁹ Ancak Kabahatler Kanunu'nun 22/4. maddesindeki "4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yer bakımından yetki kuralları kabahatler açısından da geçerlidir" hükmü ile 24. maddesindeki "Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilir" hükmü birlikte göz önüne alındığında bu mahkemeler derdest bulunan dosyaları esastan karara bağlayacaktır.

⁴⁰ "Bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen davalarda, görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hakimli olarak görev yaparlar. Asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler." (556 sayılı KHK m. 71/1)

len fikri ve sınai haklar ceza mahkemelerinin... ceza davaları için ihtisas mahkemeleri olarak belirlenmesine ve yargı çevrelerinin ise kuruldukları yer mülki hudutları olarak tespitine karar vermiştir. Fikri ve sınai haklar ceza mahkemeleri konusunda HSYK'nın 24.03.2005 tarih ve 188 sayılı kararı aynı yöndedir.

Soruşturma aşamasında CMK'ya göre verilecek yakalama, tutuklama, adli kontrol, arama, muayene, el koyma, gibi koruma tedbirleri konusunda ise genel hükümlere göre sulh ceza mahkemeleri görevlidir. İhtisas mahkemeleri veya bunların yerine görevlendirilen mahkemelerin görevi bu suçlardan açılan davalara bakmaktır.⁴¹

8.3. 18.6.1999 tarih ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 24/4 maddesine göre, "Bu maddeye göre açılacak davalar, ilgili bankanın merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemelerde... görülür". Bu hükme göre suç yeri neresi olursa olsun bu maddeye göre açılacak davalar, ilgili bankanın merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemelerde görülmekteydi. Böylece CMUK'nın 8 ve devamı maddelerinde düzenlenen genel yetki kuralından farklı olarak özel yetki kuralı getirilmiştir.⁴²

⁴¹ "Mezkür ihbarnamede;

İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'nin suç sebebiyle yargılama yapmaya yetkili olduğu tartışmasız ise de; soruşturma işlemleri aşamasında tedbirlere ilişkin olarak sadece fikri ve sınai haklar ceza mahkemesinden talepte bulunulması gerektiği hususunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve 5848 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bir kısıtlama bulunmadığı, bu nedenle söz konusu el koyma işleminin Pendik Sulh Ceza Mahkemesi tarafından da onaylanabileceği gözetilmeden itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş ve ... anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla ... kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden Pendik 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 10.02.2006 gün ve 2006/27 D. İş sayılı kararının CMK'nın 309/4-a maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yapılmasına," (7. CD 26.03.2007, 2006/8908 K., 2007/2002 K.)

⁴² "CMUK'nın 1.maddesinde "Mahkemelerin görevlerini kanun gösterir." Aynı Kanun'un 7. maddesinin başlığı "Re'sen görev kararı" olup bu maddeye göre de "Davaya bakan mahkeme, muhakemenin her hal ve derecesinde davayı görmek görevi olup olmadığına re'sen karar verebilir."

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 24/4 maddesinde ise "Bu maddeye göre açılacak davalar, ilgili bankanın merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemelerde 8.6.1936 tarihli ve 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu hükümlerine göre görülür" denilmekte olup burada görevli (madde yönünden yetkili) mahkeme belirlenmiştir. Çünkü 4389 sayılı kanunun 24/4.madde ve fıkrası "Bu maddeye göre açılacak davalar..." cümlesiyle başlamakla iddianamede sevk maddesi olarak gösterilen anılan yasanın 22/3 maddesinde düzenlenen suçlardan açı-

26.12.2003 gün ve 25328 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5020 sayılı Bankalar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile "22. maddenin (3) ve (4) numaralı fıkrası kapsamında veya bu suçlarla bağlantılı olup da Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına giren suçlara ait davalar ilgili bankanın bulunduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı Ağır Ceza Mahkemelerinde görülür. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu tür suçlara bakmak üzere o yerlerdeki diğer Ağır Ceza Mahkemesi de kurulabilir" hükmü getirilerek banka merkezi yerine ilgili bankanın, bir başka ifadeyle suçun işlendiği bankanın bulunduğu ildeki mahkeme görevli kılınmıştır.⁴³ Bu düzenleme daha isabetli olmuştur. Çünkü daha önce bankanın merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeler görevli ve yetkili kılındığından ve birkaç istisna dışında bankaların merkezi İstanbul'da bulunduğundan bu davaların büyük kısmı suç yeri neresi olursa olsun İstanbul'da görülmekteydi.

HSYK, Bankacılık Kanunu'ndan doğan davalar konusunda, 24.03.2005 tarih ve 188 sayılı kararı ile; İstanbul için; 5020 sayılı Kanun ile değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndan kaynaklanan davaların, ihtisas mahkemesi olarak faaliyete geçirilen (8) numaralı ağır ceza mahkemesinde görülmesine, yargı alanının ise İstanbul ili mülki sınırları ola-

lacak davalara atıfta bulunmaktadır. Böylece CMUK'nun 8 ve devamı maddelerinde düzenlenen genel yetki kurallarından farklı olarak özel ceza yasasında, suç yeri neresi olursa olsun, davanın bankanın merkezinin olduğu görevli mahkemede görüleceği hükmüne bağlanmıştır. Görev hususu ise kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında nazara alınmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında, 4389 sayılı Kanun'un 24/4. maddesi hükmü gözetilerek Pamukbank'ın merkezinin bulunduğu İstanbul'daki mahkemenin görevli ve yetkili olduğu gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm tesisi," (7. CD 10.12.2003, 2003/13033 E., 2003/12012 K.)

⁴³ "Hükümden sonra 26.12.2003 gün ve 25328 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4389 sayılı kanunun 24/4. madde ve fıkrasını değiştiren 5020 sayılı Bankalar Kanunu ile Bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına ilişkin kanunun 26. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendindeki "22. maddenin (3) ve (4) numaralı fıkrası kapsamında veya bu suçlarla bağlantılı olup da ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ait davalar ilgili bankanın bulunduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemelerinde görüleceğini, gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca bu tür suçlara bakmak üzere o yerlerdeki diğer Ağır Ceza Mahkemesi de kurulabilir" hükmü göz önünde bulundurularak çıkarılan 15.1.2004 gün ve 2 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararıyla İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevli kılındığından bu hususun mahkemece değerlendirilmesinin gerekmesi, bozmayı icabet-tirmiş," (7. CD. 26.1.2005, 2004/24055 E.,2005/12 K.)

rak belirlenmesine, İstanbul dışındaki yerler için; 5020 sayılı Kanun ile değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndan kaynaklanan davaların birden fazla ağır ceza mahkemesi bulunan yerlerde (2) numaralı ağır ceza mahkemesinde görülmesine karar vermiştir.

4389 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun⁴⁴ "Özel görev" başlıklı 164. maddesine göre "Bu Kanun-da tanımlanan düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak, işlemlerin kayıt dışı bırakılması ve gerçeğe aykırı muhasebeleştirme ve zimmet suçları ile sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, bankacılık ve müşteri sırlarının açıklanması, bankacılık faaliyeti çerçevesinde işlenen nitelikli dolandırıcılık, bu suçların işlenmesi amacına yönelik olarak örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak veya bu suçlarla bağlantılı olup da ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ait davalar, fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemelerinde görülür. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu tür suçlara bakmak üzere o yerlerdeki diğer ağır ceza mahkemeleri de görevlendirilebilir veya yeni ağır ceza mahkemesi de kurulabilir."⁴⁵

8.4. 1918 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırarak 19.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 26. maddesine göre, "Bu kanunun 3 üncü maddesinin (ı) bendinin (1) numara-

⁴⁴ 5411 sayılı Kanun 1 Kasım 2005 tarih ve 25983 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanmış olup 170. maddesine göre "Bu Kanunun; 90 ve 91 inci maddeleri bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren iki ay içinde, 168 inci maddesinin (B), (C), (D) ve (E) fıkraları 1.1.2006 tarihinde, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer."

⁴⁵ HSYK 8.12.2005 tarih ve 861 sayılı kararla "5411 sayılı Bankacılık Kanununun 164. maddesi gereğince, bu Kanundan kaynaklanan davalara bakacak mahkemelerin tespiti konusunda yapılan değerlendirme sonucunda; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 29.12.2003 gün ve 610 sayılı, 15.1.2004 gün ve 2 sayılı kararları ile 4389 sayılı Kanun yürürlükte iken belirlenen mahkemelerin 5411 sayılı Bankacılık Kanununun geçici 1 inci maddesi gereğince bu Kanundan doğan davalara bakmaya devam etmelerine.

İstanbul ağır ceza mahkemelerinde görülmekte olan davaların nitelik ve sayı itibarıyla ağır olması, 1 no.lu ağır ceza mahkemesinde 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'ndan kaynaklanan davalara bakıldığından, iş yükünün daha da ağırlaşacak olması nedeniyle,

İstanbul için; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklanan davaların bu güne kadar olduğu gibi 8. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmesine,

İstanbul dışında birden fazla ağır ceza mahkemesi olan yerler için, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'ndan kaynaklanan davaların yine bu güne kadar olduğu gibi 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmesine" karar vermiştir.

ralı alt bendi, 13 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkrası ile 14 üncü maddesinde yazılı fiillere gümrük komisyonlarınca, ağır hapis cezası gerektiren suçlara Ağır Ceza Mahkemesince ve bunlar dışında kalan suçlara da Asliye Ceza mahkemesince bakılır.

Bu kanunun kapsamına giren suçların yargılama yapacağı yerdeki mahkemelerin birden çok dairelere ayrılmış olması halinde bu davalara, o mahkemenin bir numaralı olanında bakılır.

Bu davaların özelliği de dikkate alınarak iş sayısının o mahkemenin bakabileceği azami miktarı aşması halinde, bu miktarı aşan davalara aynı derecedeki sıra sayısı takip eden mahkemede bakılır."

Kaçakçılık davaları konusunda; HSYK 24.03.2005 tarih ve 188 sayılı kararı ile "Eğer yargılama yapılacak yerde birden fazla asliye ceza veya ağır ceza mahkemeleri varsa 1 numaralı asliye ceza veya ağır ceza mahkemelerinin bakmasına" karar vermiştir.

Ancak 4926 sayılı Kanun üzerinden dört yıl geçmeden, 5237 sayılı TCK'ya uyumlu olması amacıyla 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu çıkarılmıştır.⁴⁶ 5607 sayılı Kanun'un 17/2. maddesine göre "Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye ceza mahkemelerinde görülür. Ancak bu suçlarla bağlantılı olarak resmî belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir." Böylece 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenen ve kaçakçılık suçu olarak tanımlanan eylemlerin birçoğu ceza miktarı itibariyle sulh ceza mahkemesinin görevine girdiği halde asliye cezalık, her ikisi de asliye cezalık suçlar olmakla birlikte, bağlantılı olmaları koşuluyla, kamu görevlisi olmayan kişilerin işlediği sahtecilik suçu ile kaçakçılık suçları ağır cezalık suçlara dönüştürülmüştür.⁴⁷

⁴⁶ 31.03.2007 tarih ve 26479 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁷ "5607 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 2. fıkrasında, "Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen asliye ceza mahkemelerinde görülür. Ancak bu suçlarla bağlantılı olarak resmi belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir." hükmü mevcuttur. Tasarı Gerekçesinde, bu hükmün, "kaçakçılık davalarının özel ihtisası gerektirmesi" nedeniyle getirildiği açıklanmıştır. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da, kaçakçılık davalarına o yerdeki bir numaralı asliye ve ağır ceza mahkemelerinin bakmasını kararlaştırmıştır.

Görüldüğü üzere 17. maddede, sahtecilik suçunun kamu görevlisi olanlarca

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17/2 maddesi uyarınca, HSYK., 24.07.2007 gün ve 346 sayılı kararı ile; kaçakçılık suçlarına, "yargılama yapacak yerde birden fazla asliye ceza veya ağır ceza mahkemeleri varsa 1 numaralı asliye ceza veya ağır ceza mahkemelerinin bakması..." kararlaştırmıştır.

Yargıtay Özel Dairesince de 4926 ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunlarında göreve ilişkin anılan düzenlemelere ve bu konudaki HSYK kararlarına atıfta bulunarak birden fazla asliye ceza mahkemesi olup da bir no.'lu mahkeme dışında karara bağlanan dosyalar mahkemelerin görevsiz olmaları nedeniyle bozulmaktadır.⁴⁸

Soruşturma aşamasında CMK'ya göre verilecek yakalama, tutuklama, adli kontrol, arama, muayene, el koyma, gibi koruma tedbirleri konusunda ise genel hükümlere göre sulh ceza mahkemeleri görevlidir.

8.5. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda görev ve yetkiye ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte bu kanundan doğan suçlara ilişkin olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, 27/06/1984 tarih

veya kamu görevlisi olmayan kişilerce işlenmesi ayrımı yapılmamıştır. Oysa, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesine göre, sadece kamu görevlileri tarafından işlenen ve Türk Ceza Kanunu'nun 204. maddesinin 2. fıkrasına giren resmi belgede sahtecilik suçları ağır cezalı, kamu görevlisi olmayanların işlediği resmi belgede sahtecilik suçları asliye cezalıdır. Bu durumda, 5670 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 17. maddesindeki düzenleme ile, bir yandan 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesine yeni istisnalar getirildiği ve her ikisi de asliye cezalı suçlar olmasına karşın, bağlantılı olmaları koşuluyla, kamu görevlisi olmayan kişilerin işlediği sahtecilik suçu ile kaçakçılık suçlarının ağır cezalı suçlara dönüştürüldüğü, bir yandan da yine bağlantılı olmaları koşuluyla kaçakçılık suçları ile sahtecilik suçları bakımından yargılamaların birleştirilmesi zorunluluğu getirildiği anlaşılmaktadır. Keza bu düzenleme ile kaçakçılık suçlarının ihtisas mahkemelerince yargılanması amaçlandığından, aralarında bağlantı bulunsa dahi, sahtecilik dışındaki diğer suçların yargılamalarının, kaçakçılık suçu yargılaması ile birleştirilemeyeceği de açıktır." (CGK 22.05.2007, 2007/10-85 E., 2007/109 K.)

⁴⁸ "Bu kurallara göre kaçakçılık davalarının uzman mahkemelerde görülmesinin amaçlandığı açıktır. ... Bu durum karşısında, mahkemenin dayandığı; ikinci bir asliye ceza mahkemesinin kurulması ve genel olarak derdest davaların paylaşılması anlamındaki 24.3.2005 tarihli ve 187 sayılı HSYK kararında, kaçakçılık davalarının da 1 ve 2. Asliye Ceza Mahkemeleri arasında paylaştırıldığına dair bir düzenleme bulunmamasına göre davaya bakma görevinin 1 no.'lu Asliye Ceza Mahkemesi'ne ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi gerekirken duruşmaya devamlı yazılı şekilde karar verilmesi, yasaya aykırıdır." (7. CD 21. 01. 2009, 2006/7260 E., 2009/369 K.)

ve 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 5/3. maddesindeki, "Büyük şehir belediyesi bulunan ilçelerde, o ilin adı ile anılan mahkemeler ile Büyük Şehir Belediyesi sınırları içindeki ilçelerin adı ile anılan mahkemelerin yargı çevreleri, ilçe sınırlarına bakılmaksızın, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir" hükmüne dayanarak 11.10.2001 tarih ve 1368 sayılı Kararı⁴⁹ ile;

"İstanbul Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde İstanbul Adliyesinde, Ankara Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde Ankara Adliyesinde,

İzmir Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde İzmir Adliyesinde bakılmasına karar verilmiştir."

3030 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 10.07.2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda benzer bir düzenlemeye yer verilmediğinden HSYK'nın anılan Kararının yasal dayanağı kalmamıştır. Böylece 2499 sayılı Kanundan doğan suçlara ilişkin olarak görev ve yetki konusunda 5271 sayılı CMK ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ... Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun hükümleri geçerli olacaktır.

8.6. Mülga 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 1. maddesine göre, "Her ilde ve merkez nüfusu yüzbinin üzerindeki her ilçede bir çocuk mahkemesi kurulur. Çocuk mahkemeleri bir başkan ve iki üyeden teşekkül eder." Aynı Kanun'un 6. maddesine göre, "Onsekiz yaşını bitirmeyen küçükler tarafından işlenen ve genel mahkemelerin görevine giren suçlarla ilgili davalara çocuk mahkemelerinde bakılır." 30.7.2003 gün ve 4963 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile 2253 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasında geçen "15" ibaresi "onsekiz" şeklinde değiştirilmiş, böylece on sekiz yaşından küçük sanıkların yargılamalarının Çocuk Mahkemelerinde yapılacağı hükme bağlanmıştır.⁵⁰

⁴⁹ 16. 10. 2001 tarih ve 24555 sayılı Resmi Gazete.

⁵⁰ "Hüküm tarihinden sonra 7.8.2003 gün ve 25192 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 30.7.2003 gün ve 4963 sayılı Kanunun 8.maddesi ile değişik 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri hakkında Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasında yapılan değişiklikle 18 yaşından küçük sanıkların yargılamalarının Çocuk Mahkemelerinde yapılacağı gözetilerek yargılama görevi İzmir Çocuk Mahkemesi'ne ait bulunduğundan görevsizlik kararı verilmesinin gerekmesi, ... bozmayı gerektirmiş," (7. CD 29.6.2005, 2004/10829 E.,

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na göre ise çocuk mahkemeleri, "Çocuk Mahkemesi" ve "Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi" olarak ikiye ayrılmıştır (ÇKK m. 25).⁵¹ Çocuk mahkemelerinin görevi ve yargı çevresi Kanun'un 26 ve 27. maddelerinde düzenlenmiştir.⁵²

ÇKK'nın geçici 1. maddesine göre, 2253 sayılı Kanun gereğince kurulan çocuk mahkemelerinde derdest bulunan ve bu Kanun ile kurulan çocuk mahkemesinin görevine giren dava ve işler, bu mahkemeler faaliyete geçtiğinde çocuk mahkemesine devredilir.

2005/10404 K.)

⁵¹ "Mahkemelerin Kuruluşu

Madde 25 - (1) Çocuk mahkemesi, tek hâkimden oluşur. Bu mahkemeler her il merkezinde kurulur. Ayrıca, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak kurulabilir. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde çocuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz. Mahkemelerin bulunduğu yerlerdeki Cumhuriyet savcuları, çocuk mahkemeleri kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilirler.

(2) Çocuk ağır ceza mahkemelerinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır. Bu mahkemeler bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak kurulur. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde çocuk ağır ceza mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır."

⁵² "Mahkemelerin Görevi

Madde 26 - (1) Çocuk mahkemesi, asliye ceza mahkemesi ile sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, suçta sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara bakar.

(2) Çocuk ağır ceza mahkemesi, çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakar.

(3) Mahkemeler ve çocuk hâkimi, bu Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan tedbirleri almakla görevlidir.

(4) Çocuklar hakkında açılan kamu davaları, Kanunun 17 nci Maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu Kanunla kurulan mahkemelerde görülür.

Mahkemelerin Yargı Çevresi

Madde 27 - (1) Çocuk mahkemelerinin yargı çevresi, kurulduğu il ve ilçenin mülki sınırlarıyla belirlenir.

(2) Çocuk ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adlî yönden bağlanan ilçelerin idarî sınırlarıdır.

(3) Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresinin belirlenmesine veya değiştirilmesine Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir."

Genel ceza mahkemelerinde görülmekte olan ve bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte on sekiz yaşını doldurmuş olan sanıklar hakkındaki dava ve işler çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemelerine devredilmez.

Çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemeleri bulunmayan yerlerde, bu mahkemeler kurulup göreve başlayıncaya kadar çocuklar tarafından işlenen suçlara ait soruşturma ve kovuşturmalar Cumhuriyet başsavcılığı ve görevli mahkemelerce bu Kanun hükümlerine göre yapılır.

Çocuk mahkemesi bulunmayan yerlerde, bu mahkeme kurulup göreve başlayıncaya kadar korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında tedbir kararları görevli aile veya asliye hukuk mahkemelerince alınır.

Bugüne kadar İstanbul, Beyoğlu, Kartal, Üsküdar, Kadıköy, Eyüp, Bakırköy, Ankara, İzmir, Antalya, Aydın, Bursa, Mersin, Şanlıurfa, Trabzon, Diyarbakır, Kocaeli ve İskenderun'da Çocuk Mahkemeleri kurulmuş olup anılan çocuk mahkemelerinin yargı çevresi HSYK'nun 22 Kasım 2005 tarih ve 26001 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 22.07.2005 günlü, 552 ve 722 sayılı kararları ile belirlenmiştir.⁵³

Burada dikkat edilecek husus, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesi ile 14. maddesi arasında düzenlenen ve korunma ihtiyacı olan çocuklar ile suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında alınması gereken koruyucu ve destek-

⁵³ "1- İstanbul, Beyoğlu, Kartal, Üsküdar, Kadıköy, Eyüp ve Bakırköy Çocuk Mahkemeleri yargı çevresinin kuruldukları yer ağır ceza mahkemeleri yargı çevresi ile,

2- Ankara Çocuk Mahkemeleri yargı çevresinin, Ankara, Sincan ve Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemeleri yargı çevresi ile,

3- İzmir Çocuk Mahkemeleri yargı çevresinin, İzmir ve Karşıyaka Asliye Ceza Mahkemeleri yargı çevresi ile,

4- Antalya, Aydın, Bursa, Mersin, Şanlıurfa, Trabzon ve İskenderun Çocuk Mahkemeleri yargı çevresinin, kuruldukları yer asliye ceza mahkemeleri yargı çevresi ile,

5- Diyarbakır ve Kocaeli Çocuk Mahkemelerinde 5395 sayılı Kanununun 27 nci maddesinin 1 inci fıkrası gereğince mülki sınırlara göre görülen davaların bu mahkemelerde görülmeye devam olunması, bundan sonra gelecek davalarda, yargı çevresinin asliye ceza mahkemeleri yargı çevresi ile, belirlenmesine,

İstanbul, Bakırköy, Beyoğlu, Kartal ve Üsküdar Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerinde görülmekte olan ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun geçici 1 inci maddesine göre çocuk mahkemelerine devri gereken dava ve işlerin, suçun işlendiği yer dikkate alınarak bu kararda belirlenen yargı alanlarına göre yetkili ve görevli mahkemenin tespiti ile ilgili mahkemeye gönderilmesine,"

leyici tedbirler -ki bunların çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirler ile bunlara özgü güvenlik tedbiri olduğu 5 ve 11. maddelerde açıkça sayılmıştır- çocuk hâkimince verileceğinin unutulmaması ve çocuk hâkimi ile çocuk mahkemeleri ve çocuk ağır ceza mahkemelerinin karıştırılmamasıdır. Çünkü 5395 sayılı Kanunun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde;

"Mahkeme: Çocuk mahkemeleri ile çocuk ağır ceza mahkemelerini,

Çocuk hâkimi: Hakkında kovuşturma başlatılmış olanlar hariç, suça sürüklenen çocuklarla korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında uygulanacak tedbir kararlarını veren çocuk mahkemesi hâkimini, ... ifade eder" şeklinde ayrı ayrı tanımlanmıştır.

15. maddeden itibaren ise soruşturma ve kovuşturma evrelerine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. 26. maddeye göre çocuk mahkemesi, asliye ceza mahkemesi ile sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak davalara, çocuk ağır ceza mahkemesi ise, çocuklar tarafından işlenen ve ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarla ilgili davalara bakar. Suça sürüklenen çocuklarla ilgili olarak soruşturma aşamasında CMK'ya göre verilecek yakalama, tutuklama, adli kontrol, arama, muayene, el koyma, gibi koruma tedbirleri konusunda ise genel hüküm-

⁵⁴ 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanun'unda; suça itilen çocuk yaştaki şüphelilerin soruşturma evresinde anılan Kanun'un 5. ve devamı maddelerinde "koruyucu ve Destekleyici Tedbirler" başlığı altında şüpheli çocuğu korumak için bir dizi tedbirler öngörülmüş, Kanun'un 7. maddesinde ise, "Koruyucu ve destekleyici tedbir kararının çocuk hakimi tarafından alınabileceği" belirtilmiş, 8. inci madde de "bu tedbirlere karar verme yetkisinin, çocuğun ana, baba, vasi veya birlikte yaşadığı kimselerin bulunduğu yerdeki çocuk hakimine ait olduğu" vurgulanmıştır.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 20. maddesinde "adli kontrol" başlığı altında belirtilen Ceza Muhakemesi Kanununun 109. maddesinde sayılanlara ilave olarak bazı tedbirler öngörülmüş, aynı maddenin 2. fıkrasında ise; "ancak bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağının anlaşılması ve tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir" şeklinde düzenleme getirilmiş ve adli kontrol tedbirleri arasında gösterilen tutuklama kararını hangi mercinin vereceği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Çocuk Koruma Kanunu'nun "uygulanacak hükümler" başlıklı 42. maddesi "Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Ceza Muhakemesi Kanunu... hükümleri uygulanır" amir hükmü nazara alındığında Çocuk Koruma Kanunu'nda suça sürüklenen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarına çocuk hakimi tarafından karar verilebileceği halde, adli kontrol ve tutuklama kararına hangi mercinin karar verilebileceği belirtilmediğinden bir ceza muhakemesi tedbiri

lere göre sulh ceza mahkemeleri görevlidir.^{54, 55}

8.7. 16.05.2001 tarih ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun⁵⁶ 2. maddesine göre "İnfaz hakimlikleri, Adalet Bakanlığınca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak, yargı çevresinde ceza infaz kurumu ve tutukevi bulunan ağır ceza mahkemeleri ile coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak ilçe asliye ceza mahkemeleri nezdinde kurulur. İnfaz hakimliğinin yetki alanı, kurulduğu yer ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin yargı çevresi ile sınırlıdır.

Gerektiğinde birinci fıkradaki usule göre bir yerde birden çok infaz hakimliği kurulabilir."

İnfaz Hâkimlikleri konusunda HSYK; "İnfaz hakimliği kurulup faaliyete geçen yerlerde bu hakimliklerde, İnfaz hâkimlikleri kurulmuş olup ta faaliyete geçirilmeyen yerler ile hiç kurulmamış olan yerlerdeki asliye ceza hâkimlerinin, asliye ceza mahkemesine ½ oranında bakılması halinde bu hâkimlerden kıdemli olanının, iki veya daha fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde, son numaralı asliye ceza hâkiminin, İki infaz hâkimliği kurulmuş ve fakat faaliyete geçirilmemiş olan yerlerde ise, son iki asliye ceza hâkiminin mevcut yetkilerine ilâveten infaz hâkimliğine de bakmak üzere yetkilendirilmesine, Görevlendirmenin 28.05.2001 tarihi itibarıyla faaliyette bulunan mahkemelere göre yapılmasına, daha sonra kurulacak mahkemelerin dikkate alınmamasına" karar vermiştir.

8.8. 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 27. maddesine göre "Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen di-

olan tutuklama kararı Çocuk Koruma Kanunu'nda bir düzenleme bulunmadığından anılan Kanun'un 42/1. maddesi delaletiyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tutuklama Kararı" başlıklı 101/1. maddesi uyarınca çocuk hakkında soruşturma evresinde tutuklama kararını sulh ceza hakiminin vermesi gerektiği anlaşılmakla;

SAçıklanan nedenlerle Adalet Bakanlığının Kanun yararına bozma isteyen yazısına dayanan ihbarnamede ileri sürülen düşünce yerinde görüldüğünden itiraz üzerine Adana 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilip kesinleşen 08.11.2005 tarihli ve 2006/359 değişik iş sayılı kararın 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendi uyarınca bozulmasına, bozma doğrultusunda müteakip işlemlerin mahallinde yerine getirilmesi için dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine, (3. CD 19.04.2007, 2007/4265 E., 2007/3641 K.)

⁵⁵ Bkz. Aydın, Murat, Soruşturma Aşamasında Çocukların Tutuklanmasına Karar Vermede Görevli Mahkeme, *Terazi Dergisi*, Seçkin Yayınevi, Eylül 2006.

http://www.murataydin.name.tr/cocuklarin_tutuklanmasi.doc E.T.:5.5.2008

⁵⁶ 23. 05. 2001 tarih ve 24410 sayılı *Resmi Gazete*.

ğer suçlardan dolayı açılan davalardan, ağır ceza işlerinden olanlar ağır ceza mahkemelerinde, diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülür. Bir yerde ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi bulunması halinde bu davalar iki numaralı mahkemede görülür."⁵⁷

8.9. 30.06.2004 gün ve 25508 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5190 sayılı Kanun'la Devlet Güvenlik Mahkemeleri kaldırılmış ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'na 394. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 394/a maddesiyle sayılan suçlarla ilgili davalara bakmak üzere Adana, Ankara, Diyarbakır, Erzurum, İstanbul, İzmir, Malatya ve Van'da kurulan Ağır Ceza Mahkemeleri, 394/a maddesinde sayılan suç ve davalara bakmak üzere görevlendirilmiştir. HSYK'nın 24.03.2005 tarih ve 188 sayılı kararı ile yargı çevreleri belirlenmiştir. CMUK'nın 394/a maddesinin karşılığı CMK'nın 250. maddesi olup bu maddede sayılan suçlar dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür.⁵⁸

8.10. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 112. maddesine göre "*(Değişik fıkra: 08/03/2000 - 4550/2. m.) Sürücü belgelerinin geçici olarak geri alınması hariç olmak üzere bu Kanundaki; hafif para cezasını veya bununla birlikte hafif hapis cezasını, belgelerin geri alınması ve iptali veya işyerlerinin kapatılması cezasını gerektiren suçlarla ilgili davalara trafik mahkemelerinde, bunların bulunmadığı yerlerde yetki verilen sulh ceza mahkeme-*

⁵⁷ 5187 sayılı Basın Kanunu'yla mülga 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 36. maddesine göre de "Bu Kanunda yazılı olan veya basın yoluyla işlenmiş bulunan suçlardan dolayı ağır cezayı gerektiren davalar, ağır ceza mahkemelerinde ve diğerleri asliye ceza mahkemelerinde görülür. Özel kanunlardaki hükümler saklıdır.

Bir yerde birden fazla ağır ceza veya asliye ceza mahkemesi bulunduğu takdirde görevli olan ağır ceza veya asliye ceza mahkemesini Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler." Buna dayanarak HSYK'nca yargılama yapılacak yerde birden fazla asliye ceza veya ağır ceza mahkemeleri varsa 2 numaralı asliye veya ağır ceza mahkemelerinin bakmasına karar verilmiştir.

⁵⁸ CMK'nın 250. maddesinin 3. fıkrasına göre (26.6.2009 t. ve 5918 sayılı Kanun m. 7 ile değişik) "Birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim hâlinde (değişiklikten önce "hâli dahil" şeklinde idi) askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır."

lerinde bakılır.”⁵⁹

8.11. 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 83/1. maddesine göre “(Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 sayılı Kanun m. 194) “Bu Kanunda yazılı orman suçlarına ilişkin davalardan; 110 uncu maddenin üçüncü fıkrasında gösterilen suçlara ilişkin davalar asliye ceza mahkemesinde; dördüncü fıkrasında gösterilen suçlara ilişkin davalar ağır ceza mahkemesinde; beşinci fıkrasında gösterilen suçlara ilişkin davalar Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesi uyarınca görevlendirilen ağır ceza mahkemesinde; bu suçlar dışında kalan davalar sulh ceza mahkemesinde görülür.”

Burada dikkat çeken husus 5235 sayılı Kanun’un 11. maddesine göre kural olarak asliye ceza mahkemelerince bakılması gerekirken orman suçlarına ilişkin davalarda sulh ceza mahkemesinde görüleceği belirtilen suçlar içinde 108/2. maddede 7 yıla, 110/2. maddede ise 3 yıla kadar hapis cezası içeren suçların bulunmasıdır.

8.12. Bunlara benzer şekilde birçok özel yasada özel görev kuralı öngörülmüştü. Örneğin genel kurallara göre içinde Asliye ceza mahkemesinin görevine giren suç veya suçlar olmasına rağmen 775 sayılı Gecekondu Kanunu’nun 38, 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun’un 3., 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 80. ve 4915

⁵⁹ Ancak 5918 sayılı Kanun ile CMK’nun 250/3. maddesinde yapılan değişikliğin iptali için Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuru üzerine Mahkemece, 21.1.2010 gün ve 2009/52 Esas sayılı Kararla;

“...Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 250. maddesinin (3) numaralı fıkrasının değiştirilen son tümcesinde yer alan “...hâlinde...” sözcüğünün Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline, oybirliğiyle, “...hâlinde...” sözcüğünün iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı tümcedeki “... savaş ve sıkıyönetim ...” ibaresinin de, 2949 sayılı Yasa’nın 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptaline, 10/1 oyçokluğuyla, “... savaş ve sıkıyönetim hâlinde ...” ibaresinin, kararın Resmî Gazete’de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına, 10/1 oyçokluğuyla,” karar verilmiştir. <http://www.anayasa.gov.tr/general/haberdetay.asp?contID=754> E.T. 24.1.2010

HSYK’nun 24.03.2005 tarih ve 188 sayılı kararına göre “Trafik Mahkemeleri Konusunda;

Mevcut durum itibarıyla hiçbir adli yargı teşkilatında trafik mahkemesi kurulmamış olduğundan;

Evvelce verilen yetki üzerine trafik davalarına bakmakta olan sulh ceza mahkemelerinin trafik davalarına bakmalarının devamına, Evvelce herhangi bir yetki verilmemiş bir veya birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde bütün sulh ceza mahkemelerinin trafik davalarına bakmaya yetkili kılınmasına” karar verilmiştir.

sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 31. maddelerinde bu kanunlarda öngörülen suçlara ilişkin davaların sulh ceza mahkemelerinde görüleceği hükme bağlanmıştı. Ancak anılan düzenlemelerin hepsi 5728 sayılı Kanun'la ilgili yasalardan çıkarılmıştır.

8.13. 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun'un (26.02.2003 tarih ve 4814 sayılı Kanun ile ek) 16/b maddesinde *"Bu suçlara çekin ibraz edildiği ... veya şikayetçinin yerleşim yerinin bulunduğu yer asliye ceza mahkemesinde bakılır"* hükmüyle özel görev düzenlemesine yer verilmiş ise de bu Kanunu yürürlükten kaldıran 14.12.2009 tarih ve 5941 sayılı Çek Kanunu⁶⁰ benzer bir düzenlemeye yer vermediğinden görev hususu genel hükümlere göre belirlenecektir. 5941 sayılı Çek Kanununun ceza hükümlerini içeren 7. maddesinde düzenlenen suçlara bakıldığında; *öngörülen ceza miktarı itibarıyla 6 ve 8. fıkralar yönünden asliye ceza, diğerleri için sulh ceza mahkemeleri görevlidir.* Maddenin son fıkrasına göre ise kanundan doğan yükümlülükleri yerine getirmeyen ilgili bankaya idarî para cezasını vermeye Cumhuriyet savcısı yetkili kılınmıştır.

5941 sayılı Kanun'un geçici 1/4. Maddesinde, *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar 3167 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde tanımlanan suçtan dolayı açılmış olan davalar bakımından asliye ceza mahkemesinin görevi devam eder"* hükmüyle 20.12.2009 tarihinden önce açılan (derdest) davalarda asliye ceza mahkemelerinin görevsizlik kararı vermesi engellenmiştir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 98/1. maddesi uyarınca daha önce kesinleşen hükümler yönünden lehe değerlendirme (uyarlama yargılaması) ancak hükmü veren mahkemece yapılabileceğinden⁶¹ bu hususu da asliye ceza mahkemeleri değerlendirecektir.

8.14. 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 38. Maddesinde, *"Bu kanunda yazılı cezalar Sulh Ceza mahkemelerince hükmolunur"* denilmekte ise de 5728 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmamasına rağmen anılan yasa da (33-36. maddelerde) zaten iki yılı aşan hapis cezası bulunmadığından 5235 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre Sulh Ceza mahkemeleri görevlidir.

⁶⁰ 20.12.2009 tarih ve 27438 sayılı Resmi Gazete.

⁶¹ 7. CD 30. 04. 2007, 2006/12889 E., 2007/3090 K. (Bu karara yukarıda "Kabahatler Kanunu'na Göre Mahkemelerin Karar Verme Yetkisi" başlığı altında yer verilmiştir.)

8.15. Daha önce 2004 sayılı İcra İflas Kanunu uyarınca genel olarak Kanunda yaptırma bağlanan (ki genellikle hafif hapis, hafif para cezası ve tazyik hapsi gerektiren) eylemler icra tetkik merciince yasadışı öngörülen usullere göre kovuşturulurken, 331, 333 gibi maddelerde bulunan hapis cezası yönünden asliye ceza mahkemeleri görevli idi. Ancak anılan yasada 5237 sayılı TCK'ya uyum amacıyla yapılan değişiklikle⁶² disiplin veya tazyik hapsi gerektiren eylemler ile suçlarla ilgili davalara bakmaya, icra mahkemeleri görevli kılınmıştır (İİK. m. 364).⁶³

8.16. (Mülga) Kanun Dışı Yakalanan Veya Tutuklanan Kimsele-re Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun'a göre⁶⁴ haksız yere yakalanan veya tutuklananlar ikametgahlarının bulunduğu yerdeki ağır ceza mahkemesine bir dilekçeyle başvurarak uğradıkları her türlü zararın tazminini isteyebilirler.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141 ilâ 144. maddeleri arasında "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat" konusu düzenlenmiş olup 141. maddede, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında maddede sayılan hukuka aykırı ve usulsüz işlemlerin varlığı halinde kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebileceği, 142/2. madde ve fıkrasında ise; istemin zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka ağır ceza dairesi yoksa en yakın ağır ceza mahkemesinde karara bağlanacağı açıklanmıştır. Ancak, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6. maddesine göre, CMK'nın 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümleri 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren yapılan işlemler hakkında uygulanacaktır. Bu tarihten önceki haksız el koyma

⁶² 01.06.2005 gün ve 25832 mükerrer sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5358 sayılı Kanun

⁶³ "5235 sayılı Kanun'un 11. maddesi ve 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 01.06.2005 gün ve 25832 mükerrer sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5358 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değişik 346/3. maddesi uyarınca davaya bakma görevinin icra mahkemesine ait bulunduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamla nihai hüküm kurulması, Yasaya aykırı, ..." (7. CD 04.06.2009, 2006/15512 E., 2009/6780 K.)

⁶⁴ 5320 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

işlemleri nedeniyle açılan davalar, daha önce olduğu gibi genel kural-lara göre hukuk mahkemelerinde görülecektir.

Sonuç

Görüldüğü gibi birçok özel ceza yasası veya ceza içeren yasada gö-reve ilişkin olarak genel hükümlerden farklı düzenlemelere yer veril-miştir. Görev, kamu düzenine ilişkin olup, yenilenmesi mümkün ol-mayanlar dışında, görevli olmayan hakim veya mahkemece yapılan iş-lemeler hükümsüz sayıldığından uygulamada bu özel düzenlemelerin gö-zetilmemesi halinde verilen nihai kararlar sair yönleri incelenmek-sizin bozulmakta, dolayısıyla da aylarca- yıllarca süren yargılama bo-yunca yapılan emek ve mesai boşa gitmektedir.

Sonuçta yargılamalar makul sürede bitirilememekte, mağdur için de, sanık içinde adalet gecikmekte, zamanaşımı; her zaman yürürlük-te bulunan bir af kanunu gibi işlemekte, vatandaşın devlete olan güve-ni sarsılmakta, adalet arayışlarında hukuk dışı yollara başvurulmak-tadır. Bütün bu olumsuzluklar göz önüne alınarak mahkemelerin ön-lerine gelen iş ve davalarda dikkatle bakacakları ilk husus “görev” ol-malıdır. Ayrıca adli yargı içindeki görevsizlik kararlarının itiraza tabi bulunduğ u gözetilip, bu gibi kararların temyizi halinde temyiz dilek-çesi itiraz niteliğinde kabul edilerek ilgili merciye gönderilmesi, böy-lece dosyanın gereksiz olarak istinaf’a (şimdilik Yargıtay’a) gidip dön-mesi engellenmelidir.

ADLİ BELGE İNCELEMELERİNDE BİLİNMEYENLER, ÖRNEKLERLE YAZI VE İMZA ANALİZİ İLE ISLAK İMZA KAVRAMI

İsmail BİRİNCİOĞLU*
Erdem ÖZKARA*

Giriş

Adli tıp yasal makamların karşılaştıkları tıbbi sorunların aydınlatılması ile uğraşmaktadır. Daha geniş tanımlamak gerekirse; “*Adli Tıp*”, kriminal sorunların aydınlatılması için hukuka bilirkişilik hizmeti veren, multidisipliner bir alandır. Adli tıp ve onunla ilişkili alanları tümüyle kapsayacak tanım ise “*Adli Bilimler*”dir. Adli bilimlerin temel görevi, suça ilişkin verilerin ortaya konmasıdır. Adli bilimlerin kapsamı çok geniştir. Adli tıptan kriminolojiye, adli psikiyatriden adli antropolojiye, tıbbi biyoloji, belge incelemeleri, mühendislik ve daha bir çok alanı kapsayan çok geniş ve multidisipliner bir bilim alanıdır. Adli bilimlerin içinde yer alan her bir alanın da kendine özgü eğitimi ve koşulları söz konusudur.¹

Bu yazıda adaletin hizmetinde yüzyıllardır kullanılan adli belge incelemeciliği genel hatlarıyla tanıtılacaktır.

Adli belge incelemesi, büyük bir bilgi birikimi, deneyim, zaman, dikkat, özen, etik değerlere uygunluk ve ağır sorumluluk gerektiren bir uzmanlık dalıdır.²

Adli bilimler ve belge incelemeleri alanında bazı terimlerin sıklıkla karıştırıldığı bilinmektedir. Bu yüzden aşağıdaki tanımlamalara göz

* Yrd. Doç. Dr., Karadeniz Teknik Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı.

** Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı.

¹ Yemişçigil, A. / Özkara, E., “Adli Tıp Eğitimi ve Uygulamadaki Etkileri (Bir Anket Çalışması)”, *Klinik Adli Tıp*, 2001, 1(1), s. 37-42; Hancı, İ. H., *Adli Tıp ve Adli Bilimler*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 9-21.

² Bafra J., “Elyazısı-İmza ve Belge İncelemede Bilirkişiliğin Önemi ve Nitelikleri Sorunu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2003; 77; 4:887-896.

atmak faydalı olacaktır:

- **Kriminoloji**; suç olgusunun sebeplerini sosyal ve kişisel faktörler açısından inceleyen bir bilim dalıdır.

- **Kriminalistik**; delillerin, gerçeğin ve dolayısıyla suçlunun bulunmasına ve cezalandırılmasına yardım eder. Bu yönüyle suçu önleme ve caydırma vasıtasıdır. Uğraşı alanı adli tıptan daha geniştir. Çünkü konusu tüm suçların nasıl işlendiğini ortaya çıkarmaktır. Suçun işlenme şekli ve kullanılan vasıtalar suçlunun kişiliği ve suçun sebebi hakkında bilgi verir. Bu yönüyle kriminalistik kriminolojiye yardım eden bir bilim dalıdır.³

- **Kaligrafi**; güzel yazı yazma sanatıdır.

- **Grafoloji**; el yazısı ve imzaya bakarak kişinin karakter analizini yapar.

- **Adli Belge İncelemesi**; anlaşmazlık yaratan ve delil niteliği olan her türlü şüpheli doküman incelemesi yapan bir disiplindir.⁴

Belge İnceleme Uzmanı Kimdir?

Belge inceleme uzmanı, belgelerle ilgili gerçeklerin ortaya çıkarılması için çalışma ve araştırma yapma konusunda uzmanlaşmış kişidir. Belge "inceleme uzmanı"nın sadece el yazısı, daktilo yazısı ve printer çıktıları üzerinde uzmanlaşması yeterli değildir aynı zamanda sahtecilik, kağıt ve mürekkep analizi, tahrifatlı belgeler ve belge hazırlanmasında kullanılan tüm teknik cihaz ve yöntemler üzerinde de uzmanlaşması gerekir. Belge inceleme uzmanını sadece belgenin çeşitli unsurlarını tetkik etmek üzere uzmanlaşmış kişi olarak düşünmemek gerekir; bu kişi aynı zamanda elde ettiği bilgileri yorumlayabilmelidir.

³ Soyaslan D., *Kriminoloji*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2003:28-29; Birincioğlu, İ., "Adli Bilimlerde Bilirkişilik Uygulamaları", Panelist, VI. Adli Bilimler Kongresi, 28 Mayıs 2004, Yıldız Üniversitesi, İstanbul.

⁴ Birincioğlu, İ. / Aşıcıoğlu F. (Editör), *Adli Belge İncelemesi*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2005, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219.; Cihangiroğlu, B. (Editör), *Adli Bilimler*, Jandarma Kriminal Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2009:283-295.; Birincioğlu, İ., "Adli Belge İncelemesinde Karşılaşılan Sorunlar", Panel-II, 10. *Ulusal Adli Tıp Günleri Paneller ve Poster Sunuları Kitabı*, 2002:39-41.

Bu bilgilerin ilgili makama sunulması yani rapor haline getirilmesi ise ayrıca eğitim gerektiren bir konudur.⁵

Bu Alanda Mesleki Eğitim Dünyada Nasıl? Ülkemizdeki Durum Ne Düzeyde?

Dünyada yazı-imza incelemelerinin özellikle bilirkişiler aracılığı ile yapılmasının temeli XIX. yüzyılın başlarında başlamış ve ikinci yarısında yoğunluk kazanmıştır. Özellikle Amerika'da bu konuda kendisini yetiştirmiş olan Albert S. Osborn, Daniel T. Ames ve William E. Hagan gibi çeşitli meslek gruplarından insanların isimleri XIX. yüzyıl sonlarına doğru mahkeme salonlarında sıkça duyulmaya başlamıştır. Belge inceleme alanında mahkemelere sunulan raporlar arttıkça mahkemeler de konuya oldukça sıcak bakmaya başlamışlardır. İçlerinde mesleği öğretmen olan Albert S. Osborn'un da bulunduğu belge inceleme alanında bilirkişilik yapan farklı mesleklerden insanlar her yıl toplantılar yaparak adli belge incelemesi alanında pek çok konuyu görüşüp karşılıklı bilgi alışverişinde bulunmuşlardır. Zamanla toplantılarda herkesin bir yazı hazırlayıp sunması ve tartışılması gelenek haline gelmiştir. Albert S. Osborn'un birinci baskısını 1910, ikinci baskısını 1929 da yaptığı "Questioned Documents" alanın en önemli eserlerindedir. Bu grup 1942 yılında ASQDE'yi (American Society of Questioned Document Examiners) kurmuştur. Günümüzde de mevcut kuruluş en geniş uluslararası katılımı olan kuruluştur. Bu derneğin yanında gerek Amerika'da gerekse başta İngiltere ve Kanada olmak üzere dünyanın pek çok ülkesinde dernekler ve resmi laboratuvarlar kurularak söz konusu alan disipline edilmeye çalışılmıştır. Tüm dünyada gerek dernekler ve gerekse resmi laboratuvarlarda eğitim programları uygulanarak ve laboratuvarlarda belirli bir süre çalışma şartı da getirilerek sonunda kişilere sertifikalar verilmektedir. Halen daha konu ile ilgili formel bir eğitimin ne ülkemizde ne de uluslar arası düzeyde verilmediğini biliyoruz. Bugün Amerika'nın tüm eyaletlerinde çok sayıda adli belge inceleme uzmanı devlet ya da eyalet polis laboratuvarlarında istihdam edilmektedir. Ayrıca özel sektörde de iyi yetişmiş belge inceleme uzmanları bulunmaktadır. Amerika'da ikinci önemli kuruluş

⁵ Birincioğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219.; Hilton, O., *Scientific Examination of Questioned Documents*, CRC Press LLC,1993:4-5.

olan ABFDE (*American Board of Forensic Document Examiners*) 1977 yılında kurulmuştur.⁶

İngiltere’de “*Forensic Science Laboratory*”nin 1938-1963 yılları arasında 25 yıl yöneticiliğini yapan Wilson R. Harrison, İngiltere’de adli belge incelemesinin gerçek bir öncüsü olmuştur. 1958 yılında yayımladığı “*Suspect Documents*” adlı kitabı ise halen bu konuda başvurulan önemli kaynaklardandır.

Özetle Amerika, İngiltere ve Kanada’nın adli belge incelemesinin bir meslek olarak ortaya çıkması ve gelişmesinde önemli katkısı vardır. Diğer ülkelerde de benzer gelişmeler daha sonraki yıllarda yaşanmıştır.

Ülkemizde de benzer süreçler yaşanmış olup, Adli Tabip ve Kimyager olan Celal Tahsin Boran’ın 1949 yılında yayımladığı “*Sahtecilikler ve Gizli Mürekkep, Yazılar ve Arama Yolları*” isimli kitabı bu alanda yayımlanmış ilk kitaptır. 1959 yılında adli tıp uzmanı M. Haretin Arpınar’ın “*Grafoji*” isimli kitabı onu takip etmiştir. 1955 yılında “*Adli Tıp Müessesesi*” içinde “*Fizik Tetkikler Şubesi*” kurulmuştur. Müdürlüğüne ise İtalya’da Pisa Üniversitesi’nde iki yıl balistik ve adli belgeler konusunda eğitim gören adli tıp uzmanı Dr. Hayrettin Dalokay atanmıştır. Dalokay tarafından 1955-1966 yılları arasında yayımlanan “*Adli Tıbbi Expertiz*” dergisinde adli belge incelemesi alanında 15 adet makale yayımlanmıştır.⁷

Dünyada olduğu gibi ülkemizde de “*Grafoji*” ve “*Adli Belge İncelemeleri*”nin birbirinden kesin sınırlarla ayrılmasında güçlükler yaşanmıştır. Grafoloji; kişilerin yazmış oldukları yazıların incelenmesiyle onların karakterleri ve diğer bazı özellikleri hakkında yorum yapma sanatı olarak özetlenirken, adli belge incelemesi bir yazı-imzanın kim tarafından yazıldığıнын tespiti, sahteliğin varlığı ve kim tarafından yapıldığıнын tespiti ile ilgilenmektedir. Hal böyleyken yanlış isimlendirmenin yıllarca kullanılması sonrası hafızalardan silinmesi kolay olmamaktadır. Bu amaçla Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesindeki “*Grafoji Şubesi*”nin adı 2004 yılında “*Adli Belge İnceleme Şubesi*” ola-

⁶ Birinciöğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219.; Bafra J., *İmza Yazı ve Adli Belge İncelemeleri*, Ufuk Matbaası, İstanbul 2006, s.15-19.

⁷ Birinciöğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219.; Bafra, *İmza Yazı ve Adli Belge İncelemeleri*, s. 15-19.; Morris RN, *Forensic Handwriting Identification*. Academic Press., California, USA, 2000.

rak değiştirilmiş ve yasa ve yönetmeliklerdeki tüm grafoloji terimleri kaldırılmıştır.⁸

2005 yılında İstanbul'da Adli Belge İnceleme Derneği (ABİDER) adı altında bir grup deneyimli belge incelemeci tarafından kurulan dernek bu alanda uyulması gerekli kurallar ve etik değerler bakımından ayrıca eğitim ve sertifikasyon programları uygulaması açısından önemli bir adımdır.⁹

Ülkemizde Emniyet Müdürlüğü bünyesinde ilk olarak 1938 yılında kurulan "*Kriminalistik Laboratuvarı*" bugün 10 ilde (Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, Kayseri, İzmir, İstanbul, Samsun) bulunan "*Kriminal Polis Laboratuvarları*"nın nüvesini oluşturmuştur. Önceleri bu laboratuvarlarda adli belge incelemeleri yapılan şubenin adı "*Grafoloji ve Sahtecilik Şubesi*" iken bilahare "*Adli Belge İnceleme Şubesi*" olarak değiştirilmiştir.

Bugün itibarıyla 4 ilde (Ankara, Aydın, Bursa ve Van) bulunan Jandarma Kriminal Daire Başkanlığı Laboratuvarları ilk olarak Ankara'da 1993 yılında açılmış ve diğerleri de onu takip etmiştir. İlgili şubelerin adı "*Grafoloji ve Sahtecilik Şubesi*" iken bilahare 2005 yılında "*Doküman İnceleme Şubesi*" olarak değiştirilmiştir.

Gerek Emniyet Müdürlüğü ve gerekse Jandarma Genel Komutanlığı kendi uzmanlarını ilgili laboratuvarlarda yetiştirmektedirler. Ancak ne yazık ki bu eğitimler de zaman zaman kısa süreli yurt dışı laboratuvarlara göndermek dışında usta çırak usulünden öteye geçememiştir.¹⁰

Adli Belge İncelemesi Eğitimi

Tüm dünyada adli belge incelemesi alanında verilen eğitimin kalitesi ve uzmanların çalışma yöntemleri uzun yıllar boyunca tartışma konusu olmuştur. Yakın zamana kadar uzmanların bu konuda yaptığı çalışmaların standardı oldukça zayıf olmuştur. Ancak günümüzde teknolojik imkanların gelişmesi, deneyimli uzmanların sayısının art-

⁸ Birincioğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219; Birincioğlu, "Adli Belge İncelemesinde Karşılaşılan Sorunlar", s. 39-41.

⁹ Bafra, *İmza Yazı ve Adli Belge İncelemeleri*, s. 15-19.

¹⁰ Cihangiroğlu, *a. g. e.*, s. 283-295.

ması ile bu tartışmalar azalmış ve her geçen gün adli belge inceleme uzmanlığı daha fazla kabul gören bir disiplin olmuştur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; belge incelemeciliği lisanslı bir uzmanlık alanı değildir. Üniversitelerin ve diğer eğitim kurumlarının bu alanda uzmanlık eğitimi ve derecesi veren programları henüz mevcut değildir. Bununla birlikte birçok ülkede herhangi bir derece ve diploma vermeksizin eğitim ve sertifika veren programlar bulunmaktadır. Sertifikasyon programı yürütecek laboratuvarlarda mutlaka deneyimli uzmanların bulunması gerekir. Eğitim alacak kişinin tek başına çalışmadan önce en az iki yıl deneyimli bir uzman yanında sürekli olarak çalışması uygun görülmektedir.¹¹

Birçok ülkede adli bilimler laboratuvarlarının bir alt birimi olarak belge inceleme laboratuvarlarında uzmanlık eğitimi verilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde "*The American Board of Forensic Document Examiners*" sertifikasyon eğitimi veren bir tüzel kişiliktir. Benzer biçimde, İngiltere'de, "*Forensic Science Society*" Avustralya'da ise "*The Australian Society of Forensic Document Examiners*" bu tip bir görev üstlenmiştir.¹²

Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı federal ve eyalet bölgesel kriminal laboratuvarları kendi eğitim programlarını geliştirmişlerdir. Bu programlar temel olarak, minimum iki tercihen üç yıl süreli, usta-çırak ilişkisiyle, deneyimli uzmanların gözetimi altında çalışmaya dayanmaktadır. Eğitim;

- önerilen yerlerde kurslar,
- adli belge inceleme alanındaki literatürlerin üzerinde çalışmalar,
- deneyimli uzmanların kontrolü altında, çeşitli, gerçek adli belgelerle çalışma,
- belge inceleme ile ilgili hukuki prosedür üzerinde çalışma
- yapay belgeler üzerinde egzersiz biçiminde yapılmaktadır.

Eğitimden geçmiş ve uzmanlığını yeni almış kişiler kendi başları-

¹¹ Birincioğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219.; Ellen D., *The Scientific Examination of Documents Methods and Techniques*, Second Edition, Taylor-Francis Ltd, Londra, 1997.

¹² Birincioğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219.

na kompleks problemleri çözebilecek duruma gelene kadar, birkaç yıl daha deneyimli uzmanların gözetimi altında çalışırlar.¹³

Adli Belge İncelemesinde İstemler (Sorular), Materyaller, İstatistikler, Tanımlar

Adli Belge incelemelerinin ana gövdesini el yazıları ve onun özel bir formu olan imzalar oluşturmaktadır. İstanbul ilinde yapılan bir çalışmada 2002-2004 yıllarında İstanbul'dan Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesine gönderilen 2566 adli belge inceleme dosyasında %19,45'i senet, %17,19'u çek, %10,09'u nüfus cüzdanı, %10,09'u pasaport, ve %4,6 sürücü belgesi inceleme talebi vardır. Aynı çalışmada %51,25 ile en çok sorulan soru imza incelemesidir, %31,10 ile aldatma kabiliyeti ikinci sırada sorulan sorudur. Bu soruları sırasıyla sahtelik bulunup bulunmadığı (%15,16), yazı aidiyeti (%9,59), tahrifat bulunup bulunmadığı (%5,65) takip etmektedir. Bazı dosyalarda birden fazla soru bulunmaktadır.¹⁴




Belgeler üzerinde maddi sahtecilik (silinti, kazıntı, ekleme, çıkarma vs.) veya fikri sahtecilik (anlam ve ifadelerindeki fikri sahtekarlık) yapılabilir, her iki durumda da bilirkişi incelemesine başvurulabilir. Bu inceleme sonucunda belgelerin daha çok hukuki sonuç doğurup doğuramayacakları belirlenmeye çalışılır. Bilirkişiler belgelerin aldatma gücünün var olup olmadığını da belirtebilirler. Bir adli belgede aldatma kabiliyetinden bahsedilebilmesi için sahtecilik suçunun işlenmiş olması gerekmektedir.¹⁵ (Şekil A)

Adli Belge incelemesi alanında gerek ceza gerekse özel hukuk davalarında bilirkişilere incelemeye gönderilen yıllık dosya sayısının ülke genelinde 35-40 bin olduğu tahmin edilmektedir. İncelenen belge sayısının ise yüz binleri aştığı bilinmektedir. Başta senet, çek, mektup, sözleşme, kimlik belgeleri, para vs. gibi sayıca oldukça fazla olan

¹³ Birincioğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219.; Morris, a. g. e.; Levinson J., *Questioned Documents A Lawyer's Handbook*, Academic Pres, Londra, 2001; Saferstein R., *Forensic Science Handbook*, New Jersey:Prentice Hall Regents,1982:674.

¹⁴ Birincioğlu, İ. ve diğerleri, "2002-2004 Yılları Arasında İstanbul İlinden Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Fizik İhtisas Dairesi Adli Belge İnceleme Şubesi'ne Gönderilen Dosyaların Değerlendirilmesi, Sözlü Sunum", V. *Adli Bilimler Kongresi Bildiri Özet Kitabı*, Samsun, Eylül 2006.

¹⁵ Saferstein, a. g. e.

<p>TÜRKİYE CUMHURİYETİ NÜFUS CÜZDANI</p>  <p>SENKİ B07 № 600769</p> <p>T.C. KİMLİK NO.</p> <p>SOYADI: TÜPEKÇİOĞLU</p> <p>ADI: Ramazan</p> <p>BABA ADI: Kemal</p> <p>ANA ADI: Hatice</p> <p>DOĞUM YERİ: İstanbul DOĞUM TARİHİ: 01.02.1960</p>	<p>TÜRKİYE CUMHURİYETİ NÜFUS CÜZDANI</p>  <p>SENKİ B07 № 600769</p> <p>T.C. KİMLİK NO.</p> <p>SOYADI: YILDIRIM</p> <p>ADI: ENGİN</p> <p>BABA ADI: ALİ</p> <p>ANA ADI: ŞAFET</p> <p>DOĞUM YERİ: İSTANBUL DOĞUM TARİHİ: 30.02.1963</p>
<p>TÜRKİYE CUMHURİYETİ NÜFUS CÜZDANI</p>  <p>SENKİ Z05 № 339526</p> <p>T.C. KİMLİK NO.</p> <p>SOYADI: KAYA</p> <p>ADI: Recep</p> <p>BABA ADI: Yahya</p> <p>ANA ADI: Telli</p> <p>DOĞUM YERİ: Ortaseki DOĞUM TARİHİ: 05.12.1964</p>	<p>TÜRKİYE CUMHURİYETİ NÜFUS CÜZDANI</p>  <p>SENKİ B07 № 600769</p> <p>T.C. KİMLİK NO.</p> <p>SOYADI: UZUN</p> <p>ADI: HÜSEYİN</p> <p>BABA ADI: ACI</p> <p>ANA ADI: MÜSERREF</p> <p>DOĞUM YERİ: BALIKESİR DOĞUM TARİHİ: 22.03.1960</p>

Şekil A.

belgeler yanında, “miras taksim mukavelesi”, “düzenleme devir temlik senedi”, hatta “yağ teneke” (teneke üzerindeki yazı, sembol veya işaretlerin sahteliği ve aldatma kabiliyeti yönünden inceleme talep edilebilmektedir), “araba lastik izleri fotoğrafı” vs. gibi nadir rastlanan belgeler de incelemeye gönderilmektedir. Taraflar kabul etmedikleri belgelerde yazı ve imzaları reddettikleri gibi menfaatleri doğrultusunda olan belgelerde ise ısrarla yazı ve imzaların kendilerine ait olduklarını iddia edebilirler.¹⁶

İmzalar

İmzalar üstünde yazılanların bilindiği, kabul edildiği ve onaylandığı sonucunu doğuran ve sahibini alacak, borç ya da taahhüt altına sokan kişisel bir izdir.¹⁷ Bir başka deyişle imza; “sahibini kuşkuyla yer bırakmayacak bir biçimde belirleyen ve bir belgeyi onaylama iradesini kesin olarak belirten ayırt edici ve kişisel el yazması her tür işaret” olarak tanımlanmaktadır.

Orijinal belgeler yanında fotokopi, karbon nüsha, faks çıktısı vs. gibi nüsha belgeler veya kapı, pencere, teneke, taş, tahta gibi üzerinde yazı bulunan bazı taşınmaz malzemeler de ya sökülerek, ya kesilerek ya da hiçbiri yapılamazsa fotoğrafı veya videosu çekilerek incelemeye gönderilmektedir.¹⁸

Bazen avuç içine veya diğer bir vücut bölgesine yazılmış yazılar da inceleme konusu olabilmektedir.¹⁹

¹⁶ Birinciöğlu, İ. / Bütün C. / Teke H. Y., (Editörler: Beyaztaş F. Y. / Bütün C.), “Türkiye’de Adli Belge Türleri ve İncelemede Yaşanan Sorunlar”, VII. Anadolu Adli Bilimler Sempozyumu Bildiri Kitabı, Sivas 2009, s. 98-106.; Mc Donald P., *Tire Imprint Evidence*, CRC Pres, Florida, 2000.

¹⁷ Birinciöğlu, / Bütün, / Teke, a. g. e., s. 98-106.; Yılmaz, R. / Birinciöğlu, İ. / Bütün, C. / Günaydın, U. / Yılmaz, S., “Pul Nakli ile Yapılan İmza Sahteciliği: Olgu Sunumu”, *Adli Tıp Bülteni*, 2004, C. 9, S. 3, s. 91-95.

¹⁸ Birinciöğlu / Bütün / Teke, a. g. e., s. 98-106; Akın, S. G., *Adli Grafolojide Sağlıklı Mukayese Belge Temininin Esasları*, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001.

¹⁹ Kurtaş, Ö. / Birinciöğlu, İ. / Uzun M. / Gürsel Ç., “Determination of origin of a suicidal note written onto the palm”, *Forensic Science International*, Vol 136, suppl. 1, p 86, 2003, İstanbul.

Adli imza incelemelerinde genellikle imza olarak nitelendirilemeyecek, düz bir çizgi ya da gelişi güzel şekiller oluşturularak atılan imzalar sıkıntı yaratmakta ve imza incelemelerini olumsuz etkilemektedir.²⁰

Birçok olayda özellikle öldürme, trafik kazaları, hırsızlık, soygun vb. suçların işlenmesinde ulaşım araçları kullanılır. Olay yerlerine gelen ulaşım araçlarının gelişi ve gidiş yollarında tekerlek izlerine sıkça rastlanmaktadır. Bu izlerin gerek kalıplarının alınması ve gerekse fotoğraflanması suretiyle şüpheli izlerle karşılaştırılarak incelenmesi pek çok olayın açığa çıkmasını sağlayacaktır.²¹

Ölümün orijini bazen olay yerinde bulunan bir intihar mektubundaki yazı aidiyetinden belirlenebilmektedir.²²

İnceleme Konusu Belgeler

Ülkemizde belge düzenlenmesinde çoğunlukla bir standardizasyon olmaması nedeniyle belge çeşitliliği tahmin edilemez sayılara ulaşmış olduğu gibi en önemlisi belgeler üzerindeki adli hususların tespitleri de güçleşmiştir. *Sözleşme, tutanak, beyanname, protokol* gibi başlıklar veya taraflarca atılan herhangi bir başlık altında yine genellikle düzenleyen koyduğu kurallar çerçevesinde düzenlenen belgeler daha sonra yaşanan anlaşmazlıklar veya kişilerin ölmesi durumunda adli olaylara konu olabilmektedir. Gerek kullanılan yazı materyallerinin (kağıt, kalem gibi) belli bir standardı olmaması gerekse düzenlenen belgenin düzenleniş biçimi, baskı teknikleri ve kullanılan mürekkepler bakımından da belli bir standardı olmaması nedeniyle incelemeler esnasında bilirkişiler güçlükle karara varmaktadırlar. Hangi bir kağıt parçası senede dönüştürülebilmekte, daha evvelce izin dilekçesine atılmış bir imzanın üst kısmında kalan boşluktan istifade edilerek pekala başka amaçlı belgeler oluşturulabilmektedir.²³

²⁰ Slyter S. A., *Forensic Signature Examination*, Charles C Thomas Publisher, Springfield, Illinois, USA 1995.

²¹ Kaygısız, M., *Adli Bilimler*, Seçkin Yayıncılık ve Tic. AŞ, Ankara 2005, s. 111-114.; Selçuk, S., *Çek Suçları*, Hatiboğlu Yayınevi, Ankara 1993, s. 3.

²² Çetin, G / , Birincioğlu, İ. / Kurtas, Ö., "Şüpheli Bir İntihar Olgusunda İntihar Mektubunun Orijin Tespitindeki Önemi: Bir Olgu Sunumu", *Yıllık Adli Tıp Toplantıları 2001 Kitabı*, İstanbul 2001, s. 305-308.

²³ Birincioğlu, Bütün , Teke, a. g. e., s. 98-106.

Kağıt; ağaçtan yapılmış bitkisel bir lifin, kil gibi bir mineral dolurucu, reçine veya keçe gibi bir birleştirici ve sentetik boya maddesi karışımı kullanılarak ince bir tabaka haline getirilmesi olarak tanımlanabilir.²⁴

Senet; bir düşüncenin bir cisim üzerine yazılarak ve aleyhine delil teşkil edecek kişinin imzasını, mührünü veya el yazısı ile yazılmış bir işareti içeren belge olarak tarif edilmektedir.²⁵

İnceleme Teknikleri

El Yazısı Analizi ve Sonuçların Güvenilirliği

Her ne kadar bilişim çağını yaşamakta isek de, el yazısı ve imzanın aidiyetlerinin tespit edilmesi, günümüzde de adli tıp ve adli bilimler içinde hem çok önemli bir yer işgal etmektedir, hem de hala bu konuda çok güçlükler yaşanmaktadır. Yazılı ve imzalı belgeler kullanılmaya devam edildiği sürece de bu konunun önemi devam edecektir.

El yazısından kimlik belirlenmesi, yaygın kişisel karakteristiklerin hem örnek hem de şüpheli (sorgulanan) yazılarda bulunması halinde benzerlik olarak algılanmakta buna karşın zıt ya da farklı özelliklerin bulunması da farklılık olarak yorumlanmaktadır. Yani aslında belge incelemesi; kabul edilen örneklerle kabul edilmeyenlerin karşılaştırılarak benzer ve benzemez unsurların ortaya konması işlemidir.²⁶

Kimliklendirmede yazının bütün unsurları (ki bunlar; harf şekilleri, orantılar, ölçü, eğim, harf ve kelime aralıkları, başlama ve bitirme çizgileri, basınç, kalem hareketleri ve yazı kalitesi, yazının kağıt üzerindeki düzenlenişi, yani çıkıntılar, boşluklar, istif, eklemeler, sıralama ve heceleme, noktalama, üslup ve gramer) dikkate alınmalıdır. "B, T, D, K, k, S, s, Ş, ş, G, g, F, f, Y, y, M, m, N, R" gibi harflerin tanısal değerleri "L, l, I, ı, İ, i, V, v, u, C, c" gibi harflere nazaran oldukça fazladır. Burada harflerde yapılan süsleme çizgileri de tanısal değerleri ar-

²⁴ Cihangiroğlu, a. g. e., s. 283-295.

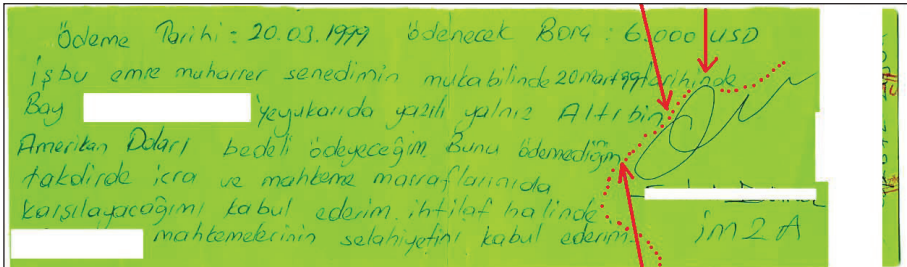
²⁵ Pulaşlı, H., *Kıymetli Evrak Hukuku*, Mimoza Basım Yayım ve Dağıtım AŞ, 4. Baskı, Konya 1997, s. 11.

²⁶ Aşıcıoğlu, F. (Editör), *Adli Bilimlerde El Yazısı ve İmza İncelemeleri*, Öner Matbaacılık, İstanbul 2007, s. 122-147.; Kurtuş, Ö. / Gündoğmuş, Ü. N. / Biçer, Ü. / Başar M. R. / Birincioğlu, İ. / Atalay N. / Alkan N., "Yazı İncelemelerinde Tersim Tarzı Kavramının İrdelenmesi", *Adli Bilimler Dergisi*, 2004, C. 3, S. 4, s. 61-63.

tıran unsurlardır. Örgülenme şekilleri çok farklılıklar içerebildiğinden birkaç harf bile tanı konmasını sağlayabilir. Yurt dışında bazı merkezlerde harflerin ölçeklendirmesi ile yapılan çalışmalar mevcut olmakla birlikte tanısız değeri düşük olan harflerin çoğunlukta olduğu yazılarda sağlıklı neticeler alınamamaktadır. Ölçeklendirmenin ancak; harflerin yukarı ve aşağı uzantıları, harfler ve kelimeler arası mesafelerin ölçülmesi, eğim ölçümü gibi hususlarda tanıda oldukça değeri bulunmaktadır.

Yazı imzalarda esas inceleme öncesinde bir **ön inceleme** yapılmalıdır. Bu işlemle birlikte inceleme konusu belge ile karşılaştırma belgelerinin birbirinden ayrılması, belge asıllarının incelemeye dahil edilmek üzere temin edilmesi, yeterli nitelik ve sayıda karşılaştırma belgelerinin temini, incelemeye dahil edilen bilgi ve belgelerin yetkili makamlarca onaylı olması, adli tahkikat dosyasının incelemeye dahil edilmesi sağlanmalıdır.²⁷

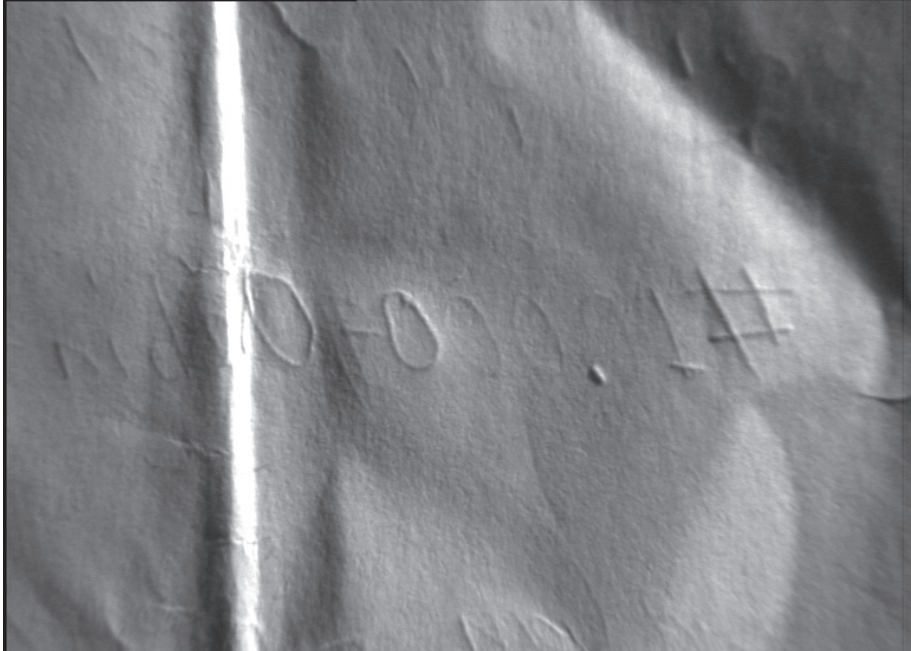
İnceleme-değerlendirmede ise; Etik değerlere uyararak tarafsız şekilde, dürüstlük ve doğruluk ilkelerine uygun, bilimsel kabul gören değerler kullanılarak inceleme yapılması, doğal olan ve olmayan varyasyonların tespiti, karşılaştırma belgelerinin tarihsel sıraya konularak varyasyonların takip edilmesi, incelemeye atfedilen kişilerden başlanması, imzaların tetabuk edip etmemesi, gerçek imza içeren belgelerin diğer yönlerden sahtelik içerip içermemesi, kaçış emarelerinin bulunup bulunmaması, imzaların ters yan konumda atılmış olup olmaması, yazı unsurlarının değerlendirilmesi, imzaların paraf imza olup olmamaları dikkat edilmelidir.²⁸ (Şekil B).



²⁷ Adli Bilimlerde El Yazısı ve İmza İncelemeleri, s. 122-147; Akın, a. g. e.; Birincioğlu, "Adli Bilimlerde Bilirkişilik Uygulamaları".

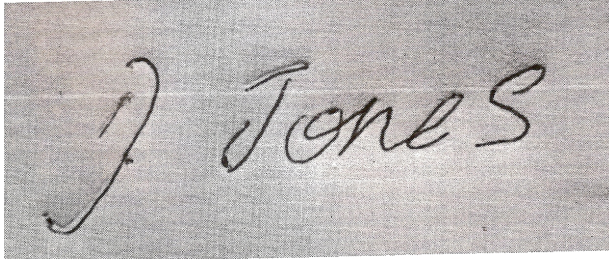
²⁸ Birincioğlu, "Adli Bilimlerde Bilirkişilik Uygulamaları".

Harflerin yüksekliği, genişliği, açıları ve diğer parametreler ölçülmelidir. Ancak en önemlisi bir harfin kendisi veya benzeri ile karşılaştırılmasıdır. "a" harfi "a" harfleri ile, "b" harfi "b" harfleri ile karşılaştırılmalıdır. "a" harfi "A" ile veya "e" harfi "E" ile karşılaştırılmaz. Ancak zorunluluk durumunda örneğin "h" harfi "k" harfi ile karşılaştırılabilir. Harfler birebir karşılaştırıldıktan sonra diğer unsurlar gözden geçirilmelidir. Boyut, eğim, noktalama işaretleri, harfler ve kelimeler arası mesafe, harfler arası bağlantılar, yapılan şekil ve çizgiler, sayfa kenarlarında bırakılan boşluklar, kalem basısı (fulaj), örgüler, ilişkiler, eğim, kalem kaldırmalar, mürekkep kalıntıları, kalem duraksamaları, köşelenmeler ve diğer tüm tanı unsurları değerlendirilmelidir. (Şekil C).

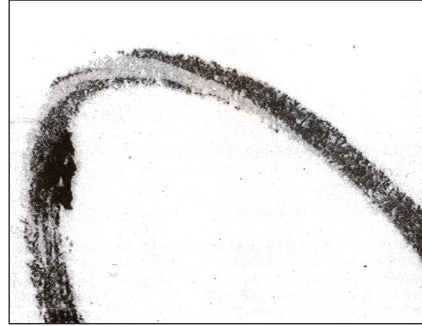


15:26 28.05.2003 Lights=Side, Longpass=LP, Bandpass=OFF, Mag=81905,00
Integration=OFF, Gain=Auto, Brightness=40, Contrast=54

Sürekli olarak karşılaştırma amaçlı alınan örneklerde harflerin farklı şekillerde yapılma gayreti, zayıf kalitede çizgiler, durağanlık, farklı kalem çentik veya kalıntıları, tamamlama arazları, farklı kalem bası izlerinin doldurulması sahtelik unsurları olarak değerlendirilmelidir. (Şekil D)



Esas incelemeye geçmeden önce karşılaştırma belgelerinin tümü gözden geçirilmeli ve benzerlikler ve farklılıkları saptanmalıdır. Burada belirlenecek olan iki temel husus vardır: Karakteristikler ve varyasyonlar (doğal ve doğal olmayan). **Karakteristikler;** harflerin şekilleri, harf kombinasyonları, temel hareketler (kemer, taç, aç, bombelik), çizgi kalitesi, bası özellikleri, eğim, gölgeleme oranları (yüksek, düşük), kişisel hareketler, kenar çizgisi, sık kullanılan kelimeler, özel işaretler, özel semboller ve çizgiler, hız v.s., **varyasyonlar;** harflerin yapılanma metodları, kalem hareketlerinin belirlenmesi, mürekkep çizgileri ve içindeki boşluklar (Şekil E), harflerin kendi içindeki orantıları, kelimeler içindeki farklı harflerin orantıları, rakamlar, bağlantılı yazı, kişisel farklılıklar, kelimelerin varyasyonları, karışık el yazısı, imza, kağıdın kullanımı, mizanpaj, yazarın kendi içindeki varyasyonları, aynı yazar tarafından kullanılan farklı form harfler, heceleme ve imla hataları.



Her harfin yapılanması, örgülenme şekilleri dikkatle saptanmalıdır (Şekil F). Zira ilk bakışta harfin şekli (bombeliği, yüksekliği, geniş-



liği, orantısı, eğimi, diğer harflere olan bağlantısı vs.) benzetilebilir ancak burada çok önemli olan birkaç husus dikkatle değerlendirilmelidir: başlangıç noktası, hareket yönü, kalem kaldırma sayısı (harfin kaç

harekette tamamlandı), akışkanlığı vs. gibi.²⁹

Genel olarak tüm dünyada el yazısı dendiğinde içerisinde imzanın da varlığı kabul edilmektedir. Zira imza da bir el yazısı formudur. İmzalar bazen az ya da çok yazı karakteri içermekte, bazen sadece grama ve çizgilerden oluşmakta birçok kez ise her ikisinin karışımından oluşmaktadırlar. Bunların dışında “paraf” olarak isimlendirilen oldukça basitleştirilmiş imzalar da bulunabilmektedir. (Şekil G) İmzaların

<p>NCAN ERLİĞİ</p> <p>TER TAŞDEMİR</p> <p>ye İşhanı No: 64-65 23 06 85 23 50 22 NCAN</p>	<p>İMZA BEYANNAMESİ</p> <p>Aşağıya örneği konulan tatbik imzayı resmi dairelerinde, müesseselerinde, hakiki ve şahıslarla, bilumum Bankalarda yapılacak her türlü işlemlerde kullanacağımı, imzamın beni her bakımdan sorumlu kılacağını beyan eder, onaylanmasını dilerim.</p> <p>ADI VE SOYADI : H. [] P. [] [] köyü Kelkit GUMUŞHANE</p> <p>İMZA İMZA İMZA</p>
--	--

önemi onların hukuki üstünlüklerinden kaynaklanmaktadır. Çünkü bir belgede bulunan imzanın o belgeyi tasdik anlamı taşımasına rağmen aynı belgede kişinin sadece el yazısının bulunması onu yükümlülük altına sokmayabilir. İnsanlar başka kişilere ait belgelere bir takım yazılar yazabilirler. Ancak sorumlu olan şahıs o bilgileri onayladığını imza atarak belirten şahıstır.³⁰

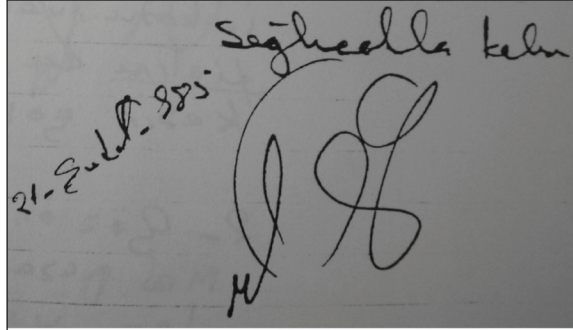
Yazı öğrenmesi, deneme yanılma yerine iradeli kazanma usulüyle gerçekleşir. İradeli kazanmanın en yalın şekli algılanan örneğin taklididir. Tekrarlananlar arttıkça yavaş yavaş başta proste olan iradi tasarlama, hareket şeması, zihinsel model gibi tasavvurlar ve zih-

²⁹ Birincioğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219; Birincioğlu, “Adli Bilimlerde Bilirkişilik Uygulamaları”.

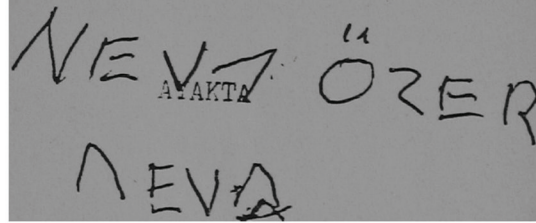
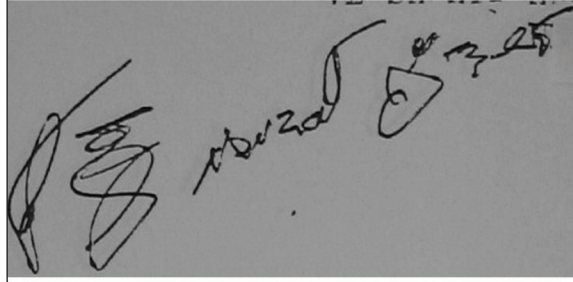
³⁰ *Adli Bilimlerde El Yazısı ve İmza İncelemeleri*, s. 122-147

ni kontrol kaybolmaya başlar, bunun yerini uyarılara karşı mekaniksel karşılıklar alır. Bu alışkanlığın, bir çeşit otomatizmin oluşması hadisesidir.³¹

El yazısını etkileyen faktörler çevresel ve içsel faktörler olarak iki ana grupta toplanabilirler. Bir el yazısının karakteristik şeklini alması; öğrenildiği yazı sistemine, okula, öğretmene, mesleğe, yere ve zamana, yazarın kişisel ve kültürel yetenek ve becerisine bağlı olup çok çeşitli fiziksel ve ruhsal farklılık ve etkenlerle (yazı materyalleri, yazıldığı yer, çeşitli hastalıklar, bazı ilaçlar veya alkol uyuşturucu kullanılması, yaşlılık, el veya koldaki ortopedik özürler gibi) değişebileceği gibi zamanla da farklılıklar gösterebilmektedir. (Şekil H) Yazılarda farklılaşmaya yol açabilecek etkenlerin ve değişikliklerin bilinmesi belge inceleme uzmanları için önemlidir.³²



1985 ALZHEIMER ÖNCESİ



1997 ALZHEIMER SONRASI

³¹ Kurtaş, Ö. / Gündoğmuş, Ü. N. / Biçer, Ü. / Birincioğlu, İ. / Alkan, N., "Yazı İncelemelerinde İşlevlik Derecesi Kavramının İrdelenmesi", *Adli Bilimler Dergisi*, 2004, C. 3, S. 4, s. 61-63.

³² Birincioğlu, İ. / Kurtaş, Ö. / Çakır, İ. / Turan, N., "El Yazısı İncelemelerinde Fulaj Kavramı", 6. *Anadolu Adli Bilimler Kongresi 6-9 Eylül 2007 Manisa Sözel ve Poster Bildiriler Kitabı*, Celal Bayar Üniversitesi Matbaası, Manisa 2007, s. 125-129.; Alkan, N. / Baddal, R. / Birincioğlu, İ. / Boran, T. / Uzun, M., "Alkol Alımına Bağlı El Yazısı Değişiklikleri: Deneysel Bir Çalışma", *Yıllık Adli Tıp Toplantıları 2002 Kitabı*, s. 179-184.; Akın, a. g. e.; Aşıcıoğlu, F. / Turan, N., "Handwriting changes under the effect of alcohol", *Forensic Science International*, Vol. 132, Number: 3, 2003:201-210.;

El yazısı ve imzalarda kişiden kişiye oluşan farklılaşmalar ile kişinin kendisinde değişikliğe neden olan durumların nasıl bir farklılaşmaya sebep olduğunun bilinmesi inceleme uzmanları açısından büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle karşılaştırmaya esas alınan örnekleri hem çok sayıda olması hem de geniş bir zaman dilimine yayılmış olması gerekmektedir. Bu amaçla inceleme konusu belge düzenleme tarihinden önce ve sonra değişik amaçlarla çok miktarda atılmış imza ve yazılmış yazıların değerlendirmeye alınması doğru sonuca ulaşmak için gereklidir.³³

Alkolün el yazısı üzerine etkilerinin araştırıldığı deneysel çalışmalarda; gelişigüzel özensiz ve düzensiz yazma eğilimi, daha geniş ve büyük harf kullanımı, harf formlarında bozulmalar, harf boyutlarında orantısızlıklar, daha basınçlı yazma, yazı hızında azalma, yazı meyilinde yukarıya ya da aşağıya doğru değişme, hatalı harf bağlantıları, harf hataları, kopyalanan metinlerde kelime veya satır atlama lar, yazı okunaklılığında azalma ve hatta ilerleyici bozulma, titrek yazı gibi özellikler saptanmaktadır. O nedenle yazıların yazılış şartlarının bilinmesi sağlıklı sonuca ulaşmada önem arz etmektedir.³⁴

Yaşlanmanın el yazıları üzerinde meydana getirdiği değişikliklerin araştırıldığı bir çalışmada; yaşlanma ile birlikte yazının dikey ve yatay hatlarının bozulduğu, yazı ve imza boyutunun arttığı, yazı hızının azaldığı, harfler arası mesafenin arttığı, okunaklılığın anlamlı derecede bozulduğu, kopyalama hatalarının arttığı ve imla uyumunun kötüye gittiği saptanmıştır.³⁵

Adli belge incelemesinde bazı prensipler kural haline gelmiştir. Örneğin varsa veya temin edilebiliyorsa inceleme konusu belgelerin asıllarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Fotokopi veya suret belgelerde hız, işleklilik derecesi ve bası derecesi (fulaj) gibi bazı önemli tanı unsurları değerlendirilemeyecektir.³⁶

Alkan, N., *Yaşlanmaya Bağlı Yazı ve İmza Değişiklikleri*, İ. Ü. İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Uzmanlık Tezi, İstanbul 1996.

³³ Birincioglu, İ./ Uzun, M. / Alkan, N. / Kurtaş, Ö., "Handwriting changes duo to Alzheimer Disease: A case report", *Forensic Science International*, Vol 136, suppl. 1, p 78, 2003 İstanbul.

³⁴ Aşıcıoğlu, Turan, a. g. e., s. 201-210.

³⁵ Alkan, a. g. e.

³⁶ *Adli Bilimlerde El Yazısı ve İmza İncelemeleri*, s. 122-147

- Eğik (Yatay) ışık kaynağı,
- Görsel sonuçları kaydetmek için fotoğraflama sistemleri

Bazı laboratuvarlarda yukarıda sayılan özellikleri içinde barındıran ve halen ülkemizde ve diğer ülkelerde kullanılan Video Spectral Comparator ana adı altında çeşitli marka ve modellerde cihazlar kullanılmaktadır. Bu cihazların bazı bilgisayar programları aracılığı ile daha işler hale getirildiği kayıt ve depolama işlemlerinin de bu sayede yapılabildiği bilinmektedir.³⁸ (Şekil İ, J)

İmza Sahtecilikleri ve İnceleme Sonuçlarının Güvenilirliği

El yazısında olduğu gibi imza da şahısların kimliğini tespiti yarayan önemli bir delildir. Ancak bazı fiziksel deliller (Ör: parmak izi) gibi tek ve benzemez özellikte olmaması yanında değişmez ve değiştirilemez de değildir. Bir imzanın sahteliğinin tespit edilmesi hem özel hukuk yönünden (borçlu-alacaklı-şahit ve borç miktarının belirlenmesi) hem de ceza hukuku yönünden (suçluların tespiti ve cezalandırılması) gereklidir. Bu gerekliliğin en uygun şekilde ve en hızlı biçimde gerçekleşmesi şarttır.³⁹

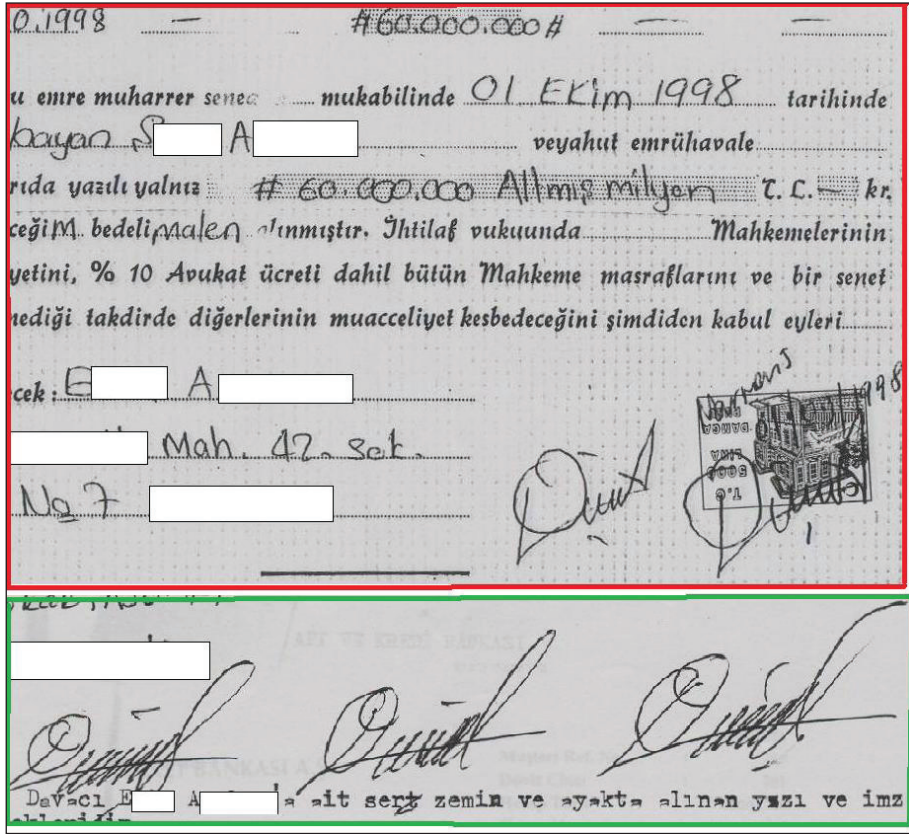
Bakarak taklit yöntemi ile yapılan imza sahtecilikleri sıklıkla rastlanılan sahtecilik türlerindedir. Bu tür sahte imzalarda durağanlık, farklı yerlerde duraksamalar, kalem basısının imzanın tamamında eşit baskıda olması, aşırı kalem kaldırmalar titreklilikler rastlanan arazlardandır.⁴⁰ (Şekil K)

Yanlış pozitif sonuçlarda haksız yere kişiler zan altında kalabilirler. Burada temel sorun sahtekarlar tarafından profesyonelce yapılan taklitlerin incelemeciler tarafından anlaşılabilmesidir. Bu durum genellikle yetersiz değerlendirme yanında karşılaştırma olarak kullanılan imza ve yazılardaki varyasyonların çokluğunun sahtekarların yaptığı hataları maskeleyişinden kaynaklanmaktadır. İnceleme ve karşılaştırma belgelerinde sıklıkla rastlanan genel benzerliklerin çokluğu

³⁸ Adli Bilimlerde El Yazısı ve İmza İncelemeleri, s. 122-147; Cihangiroğlu, a. g. e., s. 283-295.

³⁹ Birinciöğlü / Kurtaş / Çakır / Turan / Toprak, "El Yazısı İncelemelerinde Hız Kavramı", s. 121-124.

⁴⁰ Birinciöğlü, Adli Belge İncelemesi, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219.



Şekil K

ve inceleme yapılacak kişilerin sınırlandırılması da bu hatanın oluşmasını kolaylaştıran sebeplerdendir.

İstemli olarak değiştirilen imzalarda bazı kalıcı unsurların tespiti ile aidiyet saptanabilmektedir. Yapılan bir çalışmada yeterli bilgi, beceri ve deneyim sahibi yazı inceleme uzmanları tarafından, büyük dikkat, özen ve zaman sarf edilerek yapılacak bir inceleme neticesinde isteyerek değiştirilmiş bir yazının yazarının belirlenmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmıştır.⁴¹

⁴¹ Slyter, a. g. e.; Kandemir K., "İstemli Olarak Değiştirilen İmzalardaki Kalıcı Unsurlar", İ.Ü. Adli Tıp Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001; Bafra J., "El Yazısı İncelemelerinde Kişisel Yazı Unsurlarının İsteyerek Değiştirilmesi Problemi ve Kimlik Belirlenmesi", İ.Ü. Adli Tıp Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 1995.

Şüpheli İmzalar 6 Grupta Tanımlanabilir

1. Belgedeki imzanın ismine atfen atılı olduğu kişinin orijinal imzasını kopya veya taklit çabası gösterilmeden (veya atfedilen kişinin imzası hiç bilinmeden veya görülmeden) rastgele atılmış sahte imzalar.

2. Hayali şahıslar adına atılmış sahte imzalar.

3. Orijinal bir imzayı kopyalamak suretiyle atılmış sahte imzalar (belge, orijinal imzayı taşıyan belgenin üzerine veya altına konmak suretiyle orijinal imza takip edilerek atılırlar).

4. Defalarca deneme yapıldıktan sonra orijinal örnek imza taklit edilerek farklı kişiler tarafından serbest elle atılmış sahte imzalar (serbest taklit-freehand simulation).

5. Şahsın kasıtlı olarak farklı tarzda veya orijinal imzasını bozarak atmış olduğu imzalar.

6. Hile ile elde edilmiş gerçek imzalar (pul nakli ile yapılan imza sahteciliği, orijinal imzaların üzerlerindeki boşluklardan istifade edilerek başka belgeye dönüştürme gibi-burada imzalar orijinal olsalar bile belgeyi tasdik mahiyetinde atılmamış imzalardır). **(Şekil L)**

Serbest taklit yöntemi ile oluşturulan imza sahteciliği; sahteci açısından en zor aynı zamanda incelemeci açısından ortaya çıkartılması en güç olan sahtecilik tipidir. Bu tip bir sahteciliği yapabilmek için sahtekar günlerce, hatta bazen haftalarca imza atma antrenmanları yapmaktadır. Bu tip imzalar oldukça seri, hızlı ve akışkandır. Titreklilikler, tereddütler, kalem kaldırma ve mürekkep birikimleri gibi arazlar içermezler.

Matbaa basımı belgelerin (nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, bilet, diploma, para vs.) sahteciliklerinde; matbu yazılardaki baskı kalitesi, kağıt evsafı, mürekkep renk tonu ile birlikte içerdiği yazı, imza, mühür, kaşe, pul gibi ilave unsurlarla birlikte değerlendirilerek varsa orijinal örnekleri ile karşılaştırılmaktadır.⁴² **(Şekil M)**.

⁴² Birincioğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219; Yılmaz / Birincioğlu / Bütün / Günaydın / Yılmaz , a. g. e., s. 91-95.



ORİJİNAL NÜFUS CÜZDANI



SAHTE NÜFUS CÜZDANI

Şekil M

Islak İmza Kavramı

Islak imza tabiri genelde halk arasında kabul gören bir terim olmakla birlikte anlamı; gerçek imza (*genuine signature*) veya orijinal imza ile eşdeğerdir. Biraz daha açmak gerekirse mürekkep, boya gibi yazı oluşturan kimyasal maddenin kalem veya benzeri bir materyal ile kağıt veya herhangi bir yüzeye bizzat kişi tarafından kendisini tanımlayan çizgi veya şekillerin aktarılması ile oluşan izlerdir. Bu izler hemen kısa bir müddet önce atılmış olabileceği gibi yıllar önce de atılmış olabilirler, ancak fotokopi, faks, printer vs. gibi teknolojik cihazlarla veya makinelerle oluşturulmuş kopya örnekler değil asıldır. Islak imza makineleri ile oluşturulan imzalar orijinal (asıl, gerçek) imza ruhunu veremezler. Makine ile oluşturuldukları için basmakalıptırlar. Aynı imzadan sayısız çakışan örnek oluşturulabilir. Ancak bu imzalar da fulaj farklılıkları, kalem kaldırma, durağanlaşma veya hızlanma, kişisel varyasyonlar, eğimdeki farklılaşmalar, alana göre imza boyutundaki küçülme ve büyümeler oluşturulamazlar. Islak imza makineleri bir nevi yüksekte genel hatları ile resmedilen bir imzanın ince detayları olmaksızın yazı materyali üzerine aktarılmasına yarar.⁴³

⁴³ Birincioğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219; *Adli Bilimlerde El Yazısı ve İmza İncelemeleri*, s. 122-147.; Cihangiroğlu, *a. g. e.*, s. 283-295.

Belgelerin Yaşının Saptanması

Bazen bir belgenin düzenlenme tarihi, imza ya da yazıların yazılış tarihleri de uzmanlardan talep edilebilmektedir. Bu konudaki araştırmalar devam etmekle birlikte hala belge incelemeciler tarafından tam olarak kabul gören bir tespit yöntemi bulunmamaktadır. Uzmanlar belgenin düzenlendiği kağıdın evsafından yazıyı yazmakta kullanılan mürekkebin içeriğine, belge üzerinde yer alan kaşe, mühür, pul gibi ilişik materyallerin içerik ve özelliklerine varıncaya kadar bir çok unsurunu sonuca ulaşabilmekte aracı olarak kullanmışlardır. Belirlenmesi istenen zaman dilimi olaydan olaya değişmektedir. Bazen birkaç günlük bir süre davanın çözümünde önemli iken bazen çok uzun zaman aralığında sonuç vermek yeterli olmaktadır. Bu konuda değişik fiziksel ve kimyasal teknikler kullanılmakla birlikte sıklıkla birçok yöntemden bir arada yararlanılır ve bu yöntemlerin birbirini teyit etmesi beklenir. Ancak yinede çoğu kez elde edilen deliller son derece kısıtlıdır. Belgenin düzenlendiği iddia edilen tarihin dışlanması sıklıkla ulaşılabilen en iyi sonuçtur. Örneğin, 25.05.1961 keşide tarihli bir senedin pul üzerine rastlayan keşideci imzasının bulunduğu pulun bu tarihten sonra (1985' de) tedavüle çıktığının bilinmesi inceleme konusu senedin 1961 yılında düzenlenmeyip, 1985 yılında veya daha sonra keşide edildiğinin ispatıdır. Belgenin yazıldığı kağıdın lif yapısı, kaplama ya da parlaklık için kağıt hamuruna eklenen bazı maddeler, belgenin hazırlanış tarihi ile ilgili bilgi verebilmektedir. Kağıdın hamurajında tanyum dioksit saptanması sureti ile asırlık bir belge olduğu sanılan Vinland Haritasının aslında oldukça yeni tarihli bir belge olduğu ispatlanmıştır. Kağıdın ısı, ışık, nem gibi dış etmenlerden dolayı göstereceği değişimin kesin kriterlerle belirlenmesi mümkün olmamakla birlikte bazen adli tahkikatla desteklenmek koşulu ile ihtimali sonuçlar verilebilir. Deneyimli bir adli belge inceleme uzmanı eski belge görünümü vermek üzere olumsuz koşullara tabi tutulmuş bir belge ile uzun zaman içerisinde doğal yollardan bu görünümü almış bir belgeyi (fersudeleşme) ayırt edebilir.⁴⁴

⁴⁴ Birincioğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219; Cihangiroğlu, *a. g. e.*, s. 283-295.

Dreyfus Mektupları

Başlaması, bitişi ve yankıları 30 yılı aşkın süreyle Fransa ve hatta tüm Avrupa'da yankı uyandıran *Dreyfus Mektupları* bu konudaki en çarpıcı örnektir: Olay Fransız Haber Alma Servisi'ne, Alman Askeri Ataşesi Von Schwartzkoppen'e bazı gizli askeri belgelerin gönderildiğini haber veren imzasız bir mektubun gönderilmesi ile başlar. Yapılan hızlı soruşturmada belgelerin; biri topçu kuvvetiyle, ikincisi örtme kuvvetiyle ilgili, diğeri de Madagaskar konusundaki notları içeren toplam 3 adet belge olduğu ortaya çıkarılır. 7 Kasım 1894 de görevlendirilen 5 yazı uzmanı bilirkişiden ikisinin karşı görüş bildirmesine rağmen üçü yazıların Yüzbaşı Dreyfus'a ait olduğuna karar verir. Yahudi kökenli bir Fransız olan Dreyfus tutuklanır ve hapsedilir. Fransa'nın pek çok gazetesinde hakkında yazılan yazılarda vatan haini ilan edilir. Sahip olduğu tüm ünvanlar ve devlet nişanı geri alınır. Yahudi düşmanlığını körükleyici şiddetli bir kampanya başlamıştır. Ünlü yazar Emile Zola; Dreyfus'un haksız yere mahkûm edildiğine ve bunun kökeninde Yahudi düşmanlığı ve Fransız militarizminin yattığına inanmıştır. Bu inancın ışığı altında, Cumhurbaşkanlığı da dahil olmak üzere tüm resmi organ ve sorumlu kişileri karşısına alan mütahiş bir kampanyaya girişir. Emile Zola, *L'Aurore Gazetesi*'nde Cumhurbaşkanına "Suçluyorum...." hitabıyla başlayan bir açık mektup yayınlamıştır. Ordunun bir kesimini ve yazılar hakkında rapor veren bilirkişileri bu yazıyla suçlayan Emile Zola'ya dava açılır. Yazar bir yıl hapis ve 30.000 frank para cezasına çarptırılır. Dava kamuoyunca benimsenmiş ve yazı amacına ulaşmıştır. Toplumda büyük bir tartışma başlar. Büyük çoğunluk Dreyfus'un karşısında olmasına rağmen bazıları ise onun suçsuz olabileceğini düşünmektedir. Orduda subay olan Esterhazy 18 Temmuz 1899 tarihinde "Matin" gazetesinde mektupları kendisinin yazdığını açıklar. Komutanlarının emri üzerine ve Dreyfus'un ihaneti konusunda onlara maddi delil sağlamak amacıyla bu belgeyi kaleme aldığını belirtir. Dreyfus Davası Fransa'yı 1894'den 1930'lara kadar uğraştırır.⁴⁵

⁴⁵ Birincioğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219; Huber R. A., Headrick, A. M., "Handwriting Identification Facts and Fundamentals", CRC Press, Florida 1999; Zola, E., *Dreyfus Olayı* (Çev.: Tuncer M.) Yalçın Yayınları, 6. Basım, Ekim 2002, İstanbul.

Hukuki Değerlendirmeler

2525 sayılı ve 1934 tarihli “Soyadı Kanunu”nun 2. maddesinde “Söyleyişte, yazıta, imzada öz ad önde, soyadı sonda kullanılır” denmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 14. maddesinde ise “imza, üzerine borç alan kimsenin el yazısı olmak lazımdır” denilerek imzalanan bir belgede borç alan kimsenin belge üzerinde el yazısının bulunması gerektiği belirtilmektedir.⁴⁶

Belirli bir tarzda doldurulup kullanılmak üzere güvenilen kişilere teslim olunan imzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kağıdı amacı dışında farklı bir şekilde dolduran kişiler sahtecilik değil “açığa imzanın kötüye kullanılması” suçunu işlemiş sayılır ve TCK 209. maddesine göre yargılanırlar. Resmi ve özel belgelerde yapılan sahtecilikler TCK 204-208. maddelerinde belirlenmiştir.

Kendileri para olmadığı halde paralara eşit sayılan değerler (çek, senet, hisse senedi, tahvil vs. gibi) TCK’nın 198. maddesi ile belirlenmiştir. Bunlar arasında çekin özel bir yeri vardır. Çek bankaya yatırılan paranın simgesi, bir nevi ikincil para gibi değerlendirilmektedir.⁴⁷

Bilirkişiler raporlarında ne yazarlarsa yazsınlar sonuçta kararları yargıçlar vereceklerdir. HUMK’nın 308 ve 309. maddelerinde ise hakim, bilgi ve belgeleri yeterli görürse kendisinin kanaat belirtebileceği ancak karar veremediği durumlarda bilirkişilere başvurabileceği belirtilmektedir. HUMK’nın 275. maddesi ise hukuki bilgi ile çözümlenebilecek olaylarda bilirkişinin dinlenemeyeceğini söylemektedir.⁴⁸

Sonuç ve Öneriler

Belgelerin düzenlenmesinde şekil, içerik ve şartlardaki sorunlar, taşınma ve saklanma koşulları ve son olarak da inceleme aşamasındaki sorunlar olmak üzere 3 aşamada sorunlar olduğu görülmektedir.

⁴⁶ Birincioğlu / Bütün / Teke, a. g. e., s. 98-106.; Çınar, T. / Birincioğlu, İ. / Uzun, M., “Atfedilen Kişiye Ait Olmayıp Sanık Yönünden Aidiyeti Tespit Edilen İmzalar”, *Adli Tıp Dergisi*, 2004, C. 18, S. 1, s. 14-19.

⁴⁷ Meran N., *Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*, Seçkin Yayıncılık ve Tic. AŞ, Ankara 2005, s. 232-234, 258-291, 292-297; Selçuk, a. g. e., s. 3; Artuk, M. E. / Gökçen, A. / Yenidünya, A. C., *Gereğeli Ceza Kanunları*, Legal Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul 2005, s. 328-335.

⁴⁸ *Bilirkişilik Sempozyumu Kitabı*, 9-10 Kasım, Samsun 2001, s. 36-37, 75.

İncelenmek üzere laboratuara gönderilen bir belge kendi orijinal durumunda olmalı ve üzerinde yapılacak incelemeye esas teşkil edecek istemin ne olduğu da açık bir şekilde belirtilmelidir. Ülkemizin sosyal, hukuksal ve ekonomik yapıları da dikkate alınarak; gerek şekilsel olarak gerekse içerik bakımından belge standartlarının belirlenmesi ve bunun dışında oluşturulan belgelerin hukuksal geçerliliğinin olmaması bir çözüm yöntemi olarak düşünülebilir.

İmzalar mutlak surette yazı unsuru (harf) içermeli, tercihen yasalarda belirtildiği gibi isim veya soy addan birini veya her ikisini içermeli, bu yapılamıyorsa imza ile birlikte isim soy ad el yazısı ile yazılmalıdır.

Belgeler dış fiziki koşullardan etkilenmeyecek şekilde ambalajlanmalı, usulüne uygun koli yapılmalı ve taşınmalıdır. Belgeler üzerinde çeşitli izlerin bulunabileceği unutulmamalı ve incelemeciler tarafından çıplak elle tutulmamalıdır. Belgelerin üzerleri işaretlenmemeli, parçalara ayrılmamalı, zımbalanmamalı veya bantlanmamalıdır.⁴⁹ (Şekil N, O)

İncelemeler uluslararası bilimsel kabul gören temel ve yöntemlere dayalı yapılmalı, sadece varılan sonucu destekleyen bulgular de-

Ödeme Günü	Türk Lirası	Kuruş	No.
20.6.2004	20.000.000		

İşbu emre muharrer senedim mukabilinde tarihinde
 Saç veyahut emrühavale
 yukarıda yazılı yalnız Kuruş
 ödeyeceği Bedeli ahz olunmuştur. İşbu bono vadesinde ödenmediği takdirde,
 müteakip bonolarında müacceliyet kesbedeceğini ihtilaf vukuunda
 mahkemelerinin selahiyetini şimdiden kabul eyleri 10.4.2004

Ödeyecek
 İsim :
 Adres : Ulubadlı Hasan Mehmeti.
 80. Sok. No: 36
 KİTİL : 32 6
 Vergi Da. No :

Şekil N

⁴⁹ Birincioğlu, *Adli Belge İncelemesi*, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219; *Bilirkişilik Sempozyumu Kitabı*, s. 36-37, 75.

İL MÜHABER
 ilçesi Akköy den
 Sabir oğlu Dursun yıldız
 750,000.00 TL
 on beşte aynı zamanda İsmail oğlu İsmail
 yıldızla ödeyeceğim. A.E.Sİ halde kayıtsız
 şarttır bütün sorumlulukları kabul
 ediyorum isterseyle
 ödeyecek olan Dursun yıldız

Şekil O

ğil tüm veriler değerlendirilmeli varılan sonuçlar adli mercilerin, ilgililerin ve tarafların anlayacağı dille gerekçelendirilmeli, tanımlanmalı hatta gerekirse görsel materyaller ile pekiştirilmelidir.

Yukarıda bir çok boyutuyla ele alınan adli belge incelemeciliği, adalete son derece yararlı, belli disiplinlerle entegre ve titizlikle çalışmayı gerektiren bir bilim alanıdır. Söz konusu alanın bu özelliklerine uygun konuma getirilmesi adaletin daha sağlıklı işleyişi için de gereklidir.

Son olarak bu alanda sıkça karşılaşılan aynı olgulara ilişkin farklı kararların da azaltılması, tartışmaların giderilmesi için; uzun dönemde ülkemizde adli belge incelemeciliği eğitimi için gerekli altyapı oluşturularak bu alanda dünya standartlarına uygun bir müfredat hazırlanıp uygulamaya konulmalı ve standart eğitim almış uzmanlar yetiştirilmelidir.

KAYNAKLAR

- Akın, S.G., Adli Grafolojide Sağlıklı Mukayese Belge Temininin Esasları, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001.
- Alkan, N. / Baddal, R. / Birincioğlu, İ. / Boran, T. / Uzun, M., "Alkol Alımına Bağlı El Yazısı Değişiklikleri: Deneysel Bir Çalışma", *Yıllık Adli Tıp Toplantıları 2002 Kitabı*, s. 179-184.
- Alkan, N., Yaşlanmaya Bağlı Yazı ve İmza Değişiklikleri, İ.Ü. İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Uzmanlık Tezi, İstanbul 1996.
- Artuk, M. E. / Gökçen, A. / Yenidünya, A. C., *Gereççeli Ceza Kanunları*, Legal Yayıncılık, 5. Baskı, İstanbul 2005, s. 328-335.
- Aşıcıoğlu, F. (Editör), *Adli Bilimlerde El Yazısı ve İmza İncelemeleri*, Öner Matbaacılık, İstanbul 2007, s. 122-147.
- Aşıcıoğlu, F. / Turan, N., "Handwriting changes under the effect of alcohol", *Forensic Science International*, Vol.132, Number:3, 2003:201-210
- Bafra, J., El Yazısı İncelemelerinde Kişisel Yazı Unsurlarının İsteyerek Değiştirilmesi Problemi ve Kimlik Belirlenmesi, İ.Ü. Adli Tıp Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 1995.
- Bafra, J., "Elyazısı-İmza ve Belge İncelemede Bilirkişiliğin Önemi ve Nitelikleri Sorunu", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2003;77;4:887-896.
- Bafra, J., *İmza Yazı ve Adli Belge İncelemeleri*, Ufuk Matbaası, İstanbul 2006, s.15-19.
- Bilirkişilik Sempozyumu Kitabı*, 9-10 Kasım, Samsun 2001, s. 36-37, 75.
- Birincioğlu, İ. / Kurtuş, Ö. / Çakır, İ. / Turan, N. / Toprak, S., "El Yazısı İncelemelerinde Hız Kavramı", 6. *Anadolu Adli Bilimler Kongresi 6-9 Eylül 2007 Manisa Sözel ve Poster Bildiriler Kitabı*, Celal Bayar Üniversitesi Matbaası, Manisa 2007, s. 121-124.
- Birincioğlu, İ. ve diğerleri, "2002-2004 Yılları Arasında İstanbul İlinden Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Fizik İhtisas Dairesi Adli Belge İnceleme Şubesi'ne Gönderilen Dosyaların Değerlendirilmesi, Sözlü Sunum", *V. Adli Bilimler Kongresi Bildiri Özet Kitabı*, Samsun, Eylül 2006.
- Birincioğlu, İ., "Adli Belge İncelemesinde Karşılaşılan Sorunlar", Panel-II, 10. *Ulusal Adli Tıp Günleri Paneller ve Poster Sunuları Kitabı*, 2002:39-41.

- Birincioğlu, İ., “Adli Bilimlerde Bilirkişilik Uygulamaları”, Panelist, VI. Adli Bilimler Kongresi, 28 Mayıs 2004, Yıldız Üniversitesi, İstanbul.
- Birincioğlu, İ., Aşıcıoğlu, F. (Editör), *Adli Belge İncelemesi*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul 2005, s. 1-16,49-59, 128-131, 175-219.
- Birincioğlu, İ. / Bütün, C. / Teke, H. Y., (Editörler; Beyaztaş F.Y., Bütün C.), “Türkiye’de Adli Belge Türleri ve İncelemede Yaşanan Sorunlar”, VII. Anadolu Adli Bilimler Sempozyumu Bildiri Kitabı, Sivas 2009, s. 98-106.
- Birincioğlu, İ. / Kurtas, Ö. / Çakır, İ. / Turan, N., “El Yazısı İncelemelerinde Fulaj Kavramı”, 6. Anadolu Adli Bilimler Kongresi 6-9 Eylül 2007 Manisa Sözel ve Poster Bildiriler Kitabı, Celal Bayar Üniversitesi Matbaası, Manisa 2007, s. 125-129.
- Birincioğlu, İ. / Uzun, M. / Alkan, N. / Kurtas, Ö., “Handwriting Changes Duo To Alzheimer Disease: A Case Report”, *Forensic Science International*, Vol 136, suppl. 1, p 78, 2003 İstanbul.
- Çetin, G. / Birincioğlu, İ. / Kurtas, Ö., “Şüpheli Bir İntihar Olgusunda İntihar Mektubunun Orijin Tespitindeki Önemi: Bir Olgu Sunumu”, *Yıllık Adli Tıp Toplantıları 2001 Kitabı*, İstanbul 2001, s. 305-308.
- Cihangiroğlu, B. (Editör), *Adli Bilimler*, Jandarma Kriminal Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara 2009, s. 283-295.
- Çınar, T. / Birincioğlu, İ. / Uzun, M., “Atfedilen Kişiye Ait Olmayıp Sanık Yönünden Aidiyeti Tespit Edilen İmzalar”, *Adli Tıp Dergisi*, 2004, C. 18, S. 1, s. 14-19.
- Ellen, D., *The Scientific Examination of Documents Methods and Techniques*, Second Edition, Taylor-Francis Ltd, Londra, 1997.
- Hancı, İ. H., *Adli Tıp ve Adli Bilimler*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 9-21.
- Hilton, O., *Scientific Examination of Questioned Documents*, CRC Press LLC, 1993:4-5.
- Huber, RA, *Headrick AM, Handwriting Identification Facts and Fundamentals*, CRC Press, Florida, 1999.
- Kandemir, K., İstemli Olarak Değiştirilen İmzalardaki Kalıcı Unsurlar, İ.Ü. Adli Tıp Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001.
- Kaygısız, M., *Adli Bilimler*, Seçkin Yayıncılık ve Tic. AŞ., Ankara 2005, s. 111-114.

- Kurtaş, Ö. / Birincioğlu, İ. / Uzun, M. / Gürsel, Ç., "Determination of Origin of A Suicidal Note Written onto The Palm", *Forensic Science International*, Vol 136, suppl. 1, p 86, 2003, İstanbul.
- Kurtaş, Ö. / Gündoğmuş, Ü. N. / Biçer, Ü. / Başar, M. R. / Birincioğlu, İ. / Atalay, N. / Alkan, N., "Yazı İncelemelerinde Tersim Tarzı Kavramının İrdelenmesi", *Adli Bilimler Dergisi*, 2004, C. 3, S. 4, s. 61-63.
- Kurtaş, Ö. / Gündoğmuş, Ü. N. / Biçer, Ü. / Birincioğlu, İ. / Alkan, N., "Yazı İncelemelerinde İşleklik Derecesi Kavramının İrdelenmesi", *Adli Bilimler Dergisi*, 2004, C. 3, S. 4, s. 61-63.
- Levinson, J., *Questioned Documents A Lawyer's Handbook*, Academic Press, Londra, 2001.
- Mc Donald, P., *Tire Imprint Evidence*, CRC Press, Florida, 2000.
- Meran, N., *Yeni Türk Ceza Kanununda Sahtecilik Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomi ve Ticaret Alanında Suçlar*, Seçkin Yayıncılık ve Tic. AŞ, Ankara 2005, s. 232-234, 258-291, 292-297.
- Morris, R. N., *Forensic Handwriting Identificati*, Academic Press., California, USA, 2000.
- Pulaşlı, H., *Kıymetli Evrak Hukuku*, Mimoza Basım Yayım ve Dağıtım AŞ, 4. Baskı, Konya 1997, s. 11.
- Saferstein, R., *Forensic Science Handbook*, New Jersey:Prentice Hall Regents,1982:674
- Selçuk, S., *Çek Suçları*, Hatiboğlu Yayınevi, Ankara 1993,s. 3.
- Slyter, S. A., *Forensic Signature Examination*, Charles C Thomas Publisher, Springfield, Illinois, USA. 1995..
- Soyaslan, D., *Kriminoloji*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2003:28-29
- Yemişçigil, A. / Özkara, E., "Adli Tıp Eğitimi ve Uygulamadaki Etkileri (Bir Anket Çalışması)", *Klinik Adli Tıp*, 2001, 1(1), s. 37-42.
- Yılmaz, R. / Birincioğlu, İ. / Bütün, C. / Günaydın, U. / Yılmaz, S., "Pul Nakli ile Yapılan İmza Sahteciliği: Olgu Sunumu", *Adli Tıp Bülteni*, 2004, C. 9, S. 3, s. 91-95.
- Zola, E., *Dreyfus Olayı*, Çev.: Tuncer, M., Yalçın Yayınları, 6. Basım, Ekim 2002, İstanbul.

SALT ÇOĞUNLUK KAVRAMINDAN NE ANLAŞILMASI GEREKTİĞİ ÜZERİNE

Ömer KESKİNSOY*

Kürşat ERDİL**

I. KAVRAM

Bu makalede, salt çoğunluğun sözlükteki anlamından başlayarak, mevzuat dikkate alınmak suretiyle incelenecek olup bir sonuca ulaşmaya çalışılacaktır.

A. Salt Çoğunluğun Sözlükteki Anlamı

Türkçe sözlüklerde salt çoğunluk genellikle bir sayının yarısından bir fazlası şeklinde tanımlanmaktadır.¹

B. Anayasaların Salt Çoğunlukla İlgili Düzenlemeleri

a. 1876 Kanun-ı Esasi

Kanun-ı Esasi'nin 55. maddesine göre; *“Bir kanun lâyihası evvelâ Heyeti Mebusanda badehu Heyeti Ayanda bend bend okunup ve her bendine rey verilüp ekseriyeti ara ile karar verilmedikçe ve bedel karar heyeti mecmuası için dahi betekrar ekseriyetle karar hasıl olmadıkça kabul olunmuş olmaz”*.²

* Yrd. Doç. Dr., GÜ İİBF Kamu Yönetimi Bölümü öğretim görevlisi.

** Yrd. Doç. Dr., GÜ İİBF Kamu Yönetimi Bölümü öğretim görevlisi.

¹ *Türkçe Sözlük* (Hazırlayanlar: Eren, Hasan / Gözaydın, Nevzat / Parlatur, İsmail / Tekin, Talat / Zülfiyar, Hamza), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kumru, Türk Tarih Kumru Basımevi, Ankara 1988, C. II, s. 1253; <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA>, Erişim tarihi: 07.04.2009; *Türkçe Sözlük*, Türk Dil Kurumu, 4. Baskı, Akşam Sanat Okulu Matbaası, Ankara 2005, s. 1693.

² Gözübüyük, A. Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 17; <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>, Erişim tarihi: 09.04.2009.

Bu bağlamda 1876 Anayasası'nda kabul yetersayısının salt çoğunluk olduğu hususu sadece ifade edilmiş olup, salt çoğunluğun ne anlama geldiğine yönelik Anayasa'da hüküm bulunmamaktadır.

b. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu

1921 Anayasası'nda karar yetersayısını düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir. Bu Anayasanın 1876 Kanun-ı Esasisi'ni resmen ilga etmemiş olduğundan 1876 Anayasası'nın bir önceki başlıkta ifade edilen karar yetersayısıyla alakalı hükmü geçerlidir.

c. 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu

1924 Anayasası'nda da karar yeter sayısını düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir. Ancak bu Anayasa'nın 21. maddesine göre; "*Meclis, müzakeratını kendi Nizamname-i Dahilîsi mücibince icrâ eder*".³ Dolayısıyla 1921 Anayasası karar yetersayısının ne olduğu hususunu daha sonra ele alınacak olan İçtüzüğe bırakmıştır.

d. 1961 Anayasası

1961 Anayasası'nın 86. maddesine göre; "*Her Meclis, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla toplanır ve Anayasa'da başkaca hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar verir*" hükmünü havidir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde toplantı yeter sayısı, her iki Meclis üye tamsayısı toplamının salt çoğunluğudur.⁴

1961 Anayasası işbu hükmüyle sadece karar yeter sayısının salt çoğunluk olduğunu belirmiş, ancak bunun ne anlama geldiğine yönelik bir hükme yer vermemiştir.

³ Gözübüyük, A. Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 56; "<http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>", Erişim tarihi: 09.04.2009.

⁴ Gözübüyük, A. Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 17; "<http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>", Erişim tarihi: 09.04.2009.

Gözübüyük, A. Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 136; "<http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>", Erişim tarihi: 09.04.2009.

e. 1982 Anayasası

1982 Anayasası'nın 87. maddesine göre; "Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının⁵ en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz".⁶

1982 Anayasası, 1961 Anayasası döneminde sık sık yaşanan, siyasi karar alma mekanizmalarındaki tikanıklıkları⁷ giderme adına karar yeter sayısını 1961 Anayasası'ndan farklı olarak üye tam sayısının salt çoğunluğu şeklinde değil, daha kolay ulaşılabilecek bir sayı olan toplantıya katılanların salt çoğunluğu şeklinde düzenlemiştir.⁸ Madde gerekçesinde de aynı noktaya temas edilmiştir.⁹ Bu tür bir düzenle-

⁵ Üye tamsayısından anlaşılması gereken, her hal ve şartta, 550 milletvekilinin kastedildiğidir. Dolayısıyla, ölen veya milletvekilliği düşürülen milletvekilleri üye tamsayısının 550 olarak dikkate alınmaması gerektiği sonucunu doğurmaz. Teziç, s. 45; Turhan, Mehmet / Güven, Serhat, *Anayasa Hukuku Pratik Çalışmaları*, Natural Kitap Yayın Dağıtım, Ankara 2005, s. 13. Kaldı ki, TBMM İçtüzüğü'nün ikinci maddesinde de aynı yönde düzenleme mevcuttur. "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinde boşalma olması üye tamsayısını değiştirmez".

⁶ Gözübüyük, A. Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 269; "http://www.mevzuat.gov.tr/Kanunlar.aspx", Erişim tarihi: 09.04.2009.

⁷ Soysal, Mümtaz, "Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 4, Ankara 1984, s. 310: Ayrıca, 1961 Anayasası'nda toplantı ve karar yeter sayısını düzenleyen 86. maddeden kaynaklanan tikanıklıklarla alakalı örnekler ve açıklamalara için bkz. Aykonu, Mustafa S. / Özkul, E. Aydın, *Anayasa Yargısı*, C. II, Başbakanlık Matbaası, Ankara 1981, s. 119-123.

⁸ Dal, Kemal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, Bilim Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1986, s. 259; Gözübüyük, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 14. Bası, Ankara 2006, s. 217, 218; Öbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Ankara 2008, s. 301; Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ, İstanbul 2003, s. 44, 45; Sabuncu, Yavuz, *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayıncılık, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 1997, s. 139; Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2001, s. 252.

⁹ Polatcan, İsmet, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Gerekçeler*, *Anayasa Mahkemesi Kararları Bilimsel Görüşler*, Bayrak Yayıncılık-Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti., 1. Bası, İstanbul 1989, s. 273.

me, doktrindeki ifadesiyle -rasyonelleştirilmiş parlamentarizm¹⁰ adına yapılan düzenlemedir.

C. İçtüzüklerin Salt Çoğunlukla İlgili Düzenlemeleri¹¹

1877 tarihli Heyet-i Ayan Nizamname-i Dahilisi (m. 47), 1877 tarihli Heyet-i Mebusan Nizamname-i Dahilisi (m. 70), 1927 tarihli TBMM Dahili Nizamnamesi (m. 144/II), salt çoğunlukla alakalı tanıma yer vermiş olmayıp, karar yeter sayısının toplantıya katılanların salt çoğunluğu olduğunu, eşitlik halinde ise başkanın oyunun iki oy olarak kabul edileceğini hükme bağlamıştır. Bu bağlamda, salt çoğunluğun, bir sayının yarısı olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla, aşağıda ele alınacak¹² olan 1982 Anayasası döneminde uygulanan İçtüzüğün 146. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde geçen salt çoğunluk tanımına yönelik yaklaşımlara katılmak mümkün görünmemektedir.

Ayrıca, belirtmek gerekir ki, karar nisabında eşitlik halinde başkanın oyunun iki oy olarak sayılacağı yönündeki düzenlemelerin, eşitlikle bağdaşmadığı, karar yeter sayısı bakımından yarısından fazla olan sayıya ulaşmış olmak adına, tikanıklığı gidermek amacıyla da olsa, eşlik aleyhine feragat edilemeyeceği gerekçeleriyle katılmak mümkün değildir. Ne var ki, hemen hemen her kurum ve kuruluşun dayanağını oluşturan kanunlarda karar yeter sayısı bakımından aynı yaklaşım kabul edilmiştir.¹³

5.3.1973 tarihinde 584 sayılı kararla kabul edilen Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 122. maddesinin ikinci fıkrasına göre; "*Salt çoğunluk belli bir sayının yarısından az olmayan çoğunluktur*". Aynı İçtüzük, 1982 Anayasası döneminde de uygulanmaktadır ve söz konusu tanım İçtüzüğün 146. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde zikredilmektedir.

¹⁰ Öbudun, s. 66-68.

¹¹ Bu başlık altında geçen düzenlemeler ve daha fazlası için bkz. İba, Şeref, *Osmanlıdan Günümüze Meclis İçtüzük Metinleri*, TBMM Basımevi Müdürlüğü, Ankara 2007.

¹² Bkz. II no.'lu başlık altında ele alınanlara.

¹³ Bkz. 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun m. 13/I, 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 22/I, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu m. 14/I, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu m. 61/II.

20.11.1981 tarihinde 3 no.'lu kararla kabul edilen Danışma Meclisi İçtüzüğü'nün 115. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre; "Salt çoğunluk, tek sayılarda yarıdan az olmayan; çift sayılarda yarıdan bir fazla olan çoğunluktur".

II. DOKTRİNDEKİ BAZI GÖRÜŞLER, SONUCA DAİR DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 146. maddesindeki düzenlemeye göre salt çoğunluk: "Bir sayının yarıdan az olmayan çoğunluğudur". Bu anlamda çift sayılarda bir sayının salt çoğunluğunu bulmak için, o sayıyı ikiye bölüp sonra bir eklemek doğru bir yöntemdir.¹⁴ Ancak aynı yöntem, kanaatimizce ve TBMM İçt. m. 146'da yer alan düzenleme de dikkate alındığında, tek sayılarda salt çoğunluğun bulunması bakımından doğru değildir.

Şöyle ki; örneğin 100 sayısının salt çoğunluğu 51'dir ve bu konuda hem doktrinde hem de uygulamada fikir birliği mevcuttur. Lakin aynı metodun tek sayılarda salt çoğunluğun tespitinde tatbik edilmesi hususunda doktrinde de uygulamada da ihtilaf vardır. Bir görüşe göre tek sayılarda salt çoğunluğun belirlenmesinde çift sayılardaki yöntem aynen tatbik edilmelidir.¹⁵ Bu anlamda örneğin 101 sayısının salt çoğunluğu şu şekilde bulunmaktadır: 101 sayısı ikiye bölünerek elde edilen 50,5 sayısına bir eklenmekte ve çıkan buçuklu sayı tama tamamlanarak salt çoğunluk 52 olarak kabul edilmektedir. Söz konusu bu yöntemin uygulanmasında tek sayıyı ikiye bölüp çıkan buçuklu sayıyı tama tamamlayıp sonra bir eklemekle, çıkan sayıya bir ekleyip elde edilen buçuklu sayıyı tama tamamlamak, netice bakımından farklılık göstermediği için salt çoğunluğun tespitinde sıralamadaki değişiklik herhangi bir önem arz etmemektedir. Ne var ki, kanaatimizce tek sayılarda salt çoğunluğun bulunmasında bahsi geçen yöntemin uygulanması yanlıştır. Ancak doktrinde aksi yöndeki hesaplama yöntemi de savunulmuştur.¹⁶ Tek sayılarda salt çoğunluğu bulurken sayı

¹⁴ Kaldı ki, 20.11.1981 tarihinde 3 no.'lu kararla kabul edilen Danışma Meclisi İçtüzüğü'nün 115. maddesinde yer alan salt çoğunluk tanımı da aynı savı destekleyici mahiyettedir.

¹⁵ Odyakmaz, Zehra / Kaymak, Ümit / Ercan, İsmail, *Anayasa Hukuku İdare Hukuku*, Savaş Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2006, s. 124.

¹⁶ Odyakmaz / Kaymak / Ercan, s. 124.

evvela ikiye bölünür sonra çıkan buçuklu sayı bir sonraki tamsayıya tamamlanır. Bu doğrultuda 101 sayısının salt çoğunluğu bu sayının ikiye bölünmesi suretiyle elde edilen 50,5 sayısının tamamlanmasıyla elde edilen 51 sayısıdır. Çünkü İttüzüğün 146. maddesindeki düzenleme gereği, örneğimiz bakımından 51 sayısı 101 sayısının yarıdan az olmayan çoğunluğudur. Burada “bir sayının yarıdan az olmayan çoğunluğu” ifadesine dikkat etmek gerekir. Dolayısıyla bir sayının yarısı, o sayının yarisından az olmayan bir sayı olmakla beraber yarıdan az olmayan çoğunluk değildir. Kaldı ki, salt çoğunluğun tespiti, tek sayılar bakımından ihtilafli olması, hakeza tek sayılarda da sayının yarısının mutlaka buçuklu bir sayı olarak çıkması ve buçuk insandan da bahsedilemeyeceği için zaten çıkan buçuklu sayının takip eden tam sayıya tamamlanması eşyanın tabiatı gereğidir. Bu sebeple, tek sayının ikiye bölünerek çıkan buçuklu sayının tamsayıya tamamlanması ve daha sonra tamsayıya bir eklenmesi suretiyle salt çoğunluğun bulunması veya çıkan buçuklu sayıya bir eklenerek elde edilen buçuklu sayının takip eden tam sayıya tamamlanması doğru değildir. Aşikârdır ki, bu son söylenen ve kanaatimizce yanlış olan salt çoğunluğu bulma yöntemi, izah edildiği üzere hem İttüzükteki düzenleme ile bağdaşmadığı hem de salt çoğunluğun bulunmasını iyiden iyiye sadelikten uzaklaştırarak dolambaçlı hale getirdiği için kabul edilemez. Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarında ve Genel Kurul çalışmalarındaki uygulamaların ekserisi savunduğumuz görüş doğrultusundadır. Yine, bir başkan on üye ile toplanan Anayasa Mahkemesi’nin salt çoğunluğu altıdır. İttüzüğün, salt çoğunluğu, “bir sayının yarıdan bir fazlası” şeklinde tanımlamamış olduğuna dikkat edilirse aslında tartışmayı gerektirecek bir problemin olmadığı rahatlıkla anlaşılacaktır.¹⁷

Ayrıca, İttüzükte geçen salt çoğunluk tanımındaki “yarıdan az olmayan çoğunluk”¹⁸ ibaresi bir bütün halinde düşünüldüğünde, aslında doktrinde bazı yazarlarca ileri sürüldüğü gibi,¹⁹ bir sayının yarısı da yarıdan az olmayan bir rakamdır şeklinde yorumlanmasını destekler nitelikte değildir. Çünkü bir sayının yarısı yarisından az olmamakla

¹⁷ Bu konuyla alakalı tartışmalar ve benzer görüşler için bkz. Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, 1. Baskı, Bursa 2000, s. 349-351; İba, Şeref, *Anayasa ve Siyasal Kurumlar*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 140, 141.

¹⁸ TBMM İttüzüğü m. 146.

¹⁹ Gözler, s. 349, 350; Neziroğlu, İrfan, *Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 371.

beraber, yarısından az olmayan “çoğunluk”ğu karşılayıcı değildir. Bununla beraber, İçtüzük m. 146/2 de yer alan düzenlemenin karışıklığa mahal vermeyecek şekilde aşağıda önerilenlerden birisi şeklinde tercih edilmesi uygun olacaktır. Şöyle ki;

“Salt çoğunluk, bir sayının yarısını aşan çoğunluktur”²⁰ veya

“Salt çoğunluk, bir sayının yarısından fazla olan çoğunluktur”²¹ ya da

“Salt çoğunluk, bir sayının yarısından daha fazla olan çoğunluktur”.

20.11.1981 tarihinde no.’lu kararla kabul edilen Danışma Meclisi İçtüzüğü’nün 115. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre; “... salt çoğunluk tek sayılarda yarıdan az olmayan; çift sayılarda yarıdan bir fazla olan çoğunluktur”²² şeklinde, yukarıda ifade edilen önerileri karşılayıcı tarzda tanımlanmıştır. Dolayısıyla, tartışmaya mahal vermeyecek tarzdeki bu tanım da, İçtüzükte yapılacak değişiklikle mevcut tanım yerine ikame edilebilir.

KAYNAKLAR

- Aykonu, Mustafa S. / Özkul, E. Aydın, *Anayasa Yargısı*. C. II, Başbakanlık Matbaası, Ankara 1981.
- Dal, Kemal, *Türk Esas Teşkilat Hukuku*, Bilim Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1986.
- Eren, Hasan / Gözaydın, Nevzat / Parlatur, İsmail / Tekin, Talat / Zülfikar, Hamza, *Türkçe Sözlük*, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kumru, Türk Tarih Kumru Basımevi, Ankara 1988.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 14. Bası, Ankara 2006.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Açıklamalı Türk Anayasaları*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- İba, Şeref, *Anayasa ve Siyasal Kurumlar*, Turhan Kitabevi, 1. Baskı, Ankara 2006.
- İba Şeref, *Osmanlıdan Günümüze Meclis İçtüzük Metinleri*, TBMM Bası-

²⁰ Aynı yöndeki düşünceler için bkz. Teziç, s. 45;Gözler: s. 350; Neziroğlu, s. 371.

²¹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Gözler, s. 350.

²² İba (2007) s. 88.

- mevi Müdürlüğü, Ankara 2007.
- Neziroğlu, İrfan, *Türk Parlamento Hukukununun Temel Kavramları*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2008.
- Öbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Ankara 2008.
- Polatcan, İsmet, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları Bilimsel Görüşler*, Bayrak Yayıncılık-Matbaacılık San. ve Tic. Ltd. Şti., 1. Bası, İstanbul 1989.
- Sabuncu, Yavuz, *Anayasaya Giriş*, İmaj Yayıncılık, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 1997.
- Soysal, Mümtaz, "Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No: 4, Ankara 1984.
- Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2001.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Basım A. Ş., İstanbul 2003.
- Turhan, Mehmet / Güven, Serhat, *Anayasa Hukuku Pratik Çalışmaları*, Naturel Kitap Yayın Dağıtım, Ankara 2005.

HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA KAMU İHALE İŞLEMLERİNE KARŞI TEMİNAT ÖDENMESİ ŞARTI İLE TANINAN İTİRAZEN ŞİKÂYET HAKKI

İlhami ÖZTÜRK*

Müjgan KARYAĞDI**

Giriş

Anayasa'nın 2. maddesine göre; Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin temel niteliklerinden biri olan hukuk devleti;¹ insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum hayatında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine tabi olan devlettir.

Demokratik hukuk devletlerinde tam bir mutabakatla benimsenen hukuka uygun idare ilkesi ve bu konuda sağlanan anayasal güvencele-
re rağmen idari yetkilerin kullanımı sırasında her zaman hukuka aykırı işlemler tesis edilebilmesi olasılığı vardır. Hukuka uygun idare, idarenin de varlığı ve devamlılığı bakımından gerekli olduğundan, sistemin istikrara kavuşturulması ve kurumsallaşmasında özellikle idari yargı, etkili bir kurum olarak ortaya çıkmaktadır.

* Sermaye Piyasası Kurulu üyesi.

** Danıştay Tetkik Hakimi

¹ Hukuk devleti tanımlamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Anayasa Mahkemesi kararları: 11.10.1963, E.1963/124, K.1963/243, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 1, s. 348, 27.3.1986, E.1985/31, K.1986/11, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, sayı:22, s.115, 21.06.1991, E.1990/20, K.1991/17, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, sayı:28, s.100, 12.11.1991, E.1991/7, K.1991/43, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı: 27, s. 652.

Hukuk devletinin kurumsallaşmasına yönelik çabaların amacına ulaşması, anayasal güvenceye bağlanmış hak arama hürriyetinin temini, öncelikle yargı mercilerine intikal etmiş uyuşmazlıkların *nesnel ve hukuksal anlamda* tam olarak aydınlatılmasını gerektirmekte olup üstlendiği misyon gereği idari yargıda görülecek davalar mümkün olduğunca ön koşullardan arındırılmış olmalıdır.

Günümüzde, mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinden oluşan kamu alımlarının tutarı ile bunların ekonomik ve sosyal etkileri birlikte değerlendirildiğinde kamu ihalelerinin taşıdığı büyük önemin yadsınamayacağı açıktır. Bu önem, kamu ihalelerine ilişkin idari işlem ve eylemlerin hukuk çerçevesinde yürütülmesini zorunlu kıldığından, ihale işlem ve süreçlerinde hem yönetsel hem de yargısal denetim en etkili biçimde işletilmelidir.

Kamu ihalelerinde ihale onayının alınmasından sözleşme imzalanmasına kadarki aşamada gerçekleşen eylem ve işlemlere karşı aday, istekli ve istekli olabilecekler tarafından idari dava yoluna başvurulabilmesi, bir idari denetim yolu olan itirazın şikâyet yolunun tüketilmesini gerektirmektedir. Öte yandan, Kamu İhale Kurulu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu belli teminatın ödenmesi şartına bağlanmış olup, ödenmemesi ya da ödenmemesi nedeniyle itirazın şikâyet başvurusunun hiç ya da süresi içinde yapılamamış olması, dolaylı olarak dava açma hakkını da etkilemektedir. Bu durum, bir yandan idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu şeklindeki hukuk devleti ilkesini zedelerken, bir yandan da; Anayasa'nın 36. maddesi ile teminat altına alınan "*hak arama özgürlüğü*"nü sınırlandırmaktadır.

Hak arama özgürlüğünün, yargı organlarına başvuru hakkıyla sınırlanamayacağı ise ortadadır.² Anayasa'nın 36. maddesinin dışında, temel hak ve özgürlüklerin genel olarak korunmasını sağlayan 40. ve hak aramanın dilekçe ile gerçekleştirilmesini sağlayan 74. maddeleriyle getirilen düzenlemelerin de ortaya koyduğu üzere hak arama faaliyetinin yargı mercileri dışında gerçekleştirilebilmesi de olanaklıdır ve

² Faruk Erem, "Savunma Hakkının Kökeni", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1984/5, Yıl: 41, s.689; Muhsin Eren, "Sağlıklı Yaşam ve Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Y. 47 1990-Ağustos, s. 606; Ender Kamil Boyacı, "Anayasalarımızda Hak Arama Özgürlüğü", *Yeni Adalet*, Y: 5, S. 32 Temmuz-Ağustos-Eylül, 1994, s. 8-9.

bu durum kaynağını doğrudan Anayasa'dan almaktadır.³ Bu nedenle itirazın şikâyet başvurusunun teminat şartına bağlanmış olması, hak arama özgürlüğünü sadece yargı mercileri önünde değil idari merciler önünde de kısıtlamaktadır.

Bu inceleme ile Kamu İhale Kurumu'na yapılan itirazın şikâyet başvurusu müessesesi ve bu müessesenin işletilmesini belli teminatın ödenmesi şartına bağlayan düzenlemeler, hukuk devleti, hukuka uygun idare ilkeleri ile hak arama özgürlüğü bağlamında değerlendirilerek analiz edilmeye çalışılmaktadır.

1. Kamu İhale Kurumu ve İtirazen Şikâyet Başvuru Hakkı

Avrupa Topluluğu Bakanlar Konseyi'nin 21 Aralık 1989 tarihli kararında; kamu ihalelerindeki hukuka aykırılıklara karşı başvuru hakkının sağlanması, bu başvurunun gereğine göre ihale veya sözleşmede yürütmenin idari yolla durdurulması, kararın iptali ve hakkı ihlal edilenlerin tazminat talebinde bulunabilmesi hususlarını gözetmek üzere üye ülkelerin bağımsız denetim ve tasdik organları kurmaları tavsiye edilmiştir. Dünya Bankası'nın Haziran 2001 tarihli; *"Ülke İhale Değerlendirme Raporu"*nda da; *"Devlet İhale Kanunu iyileştirilmiş bir şikâyet mekanizmasını içermeli; böylece teklif sahiplerine şikâyet dilekçesi ile ihale makamına başvurabilme hakkı ve gerekli olduğu takdirde bu şikâyetlerin bağımsız ve adli olmayan bir merci tarafından değerlendirilmesinin yapılması hakkı verilmeli"* şeklinde öneride bulunulmuştur. Avrupa Komisyonu Türkiye temsilciliği tarafından hazırlanan *"AB'de Kamu İhaleleri Raporu"*nda ise; *"Maliye Bakanlığı'nın kamu harcamalarının yönetimi ve mali kontrolü düzenlemesinden sorumlu olmasına karşın, kamu ihale usullerine uyulup uyulmadığını kontrol etmekle görevli bir merciin olmaması, bu konuda mahkemelerin yetkili olması, kamu ihalelerine ilişkin uygulamayı yönlendirecek ve şikâyetleri çözüme kavuşturacak eşgüdümü sağlayacak idari değerlendirmelerin yapıldığı, bağımsız nitelikte, bir birim oluşturulması"* önerilmiştir.⁴

Bu çerçevede kamu ihaleleri için şikâyet mekanizması geliştirilmiş ve bu konuda yetkili ve görevli olmak üzere Kamu İhale Kurumu oluş-

³ Onur Çetin, *Hak Arama Hürriyeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007, s. 120-121.

⁴ *Kamu İhale Kurumu 2002 Yılı Faaliyet Raporu ve 2003 Yılı Çalışma Programı*, KİK Yayını, Ankara, Mart 2003, s. 28.

turulmuştur. AB gözden geçirme yönergeleri WTO GPA (m .XX/6) ve UNCITRAL Model Kanunu (m. 52-7) düzenlemelerine paralel olarak; ihalelere ilişkin işlem ve eylemlerin denetlenmesi, ihalelerdeki yolsuzlukların önlenmesi amacıyla bağımsız bir Kamu İhale Kurumu kurulması gerek uluslararası düzenlemeler, gerekse AB ülkeleri başta olmak üzere diğer ülkelerin ulusal düzenlemeleri dikkate alındığında son derece olumlu bir gelişmedir.⁵

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesi ile kurulan Kamu İhale Kurumu; kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum olarak oluşturulmuştur. Kurum, uluslararası ihale mevzuatına uyum sağlamak ve ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde idarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğu ilişkin şikâyetleri incelemek ve sonuçlandırmak, bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek, kamu ve özel sektöre eğitim vermek, ihalelerle ilgili istatistikler oluşturmak ve yayımlamak, haklarında yasaklama verilenlerin sicillerini tutmak ve kanunla verilen diğer görevleri yapmakla mükelleftir. Kurul ve kurumun oluşumu, atanma ile çalışma usul ve esasları, özlük hakları, gelirleri ile bütçesi gibi gerekli görülen diğer hususlar da anılan madde ile düzenlenmiştir. Kamu İhale Kurumu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda belirtilen esas, usul ve işlemlerin doğru olarak uygulanması konusunda görevli ve yetkilidir.⁶

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'ndan farklı olarak bir kısım olumsuzlukların önlenmesi amacıyla daha hızlı ve ihtisaslaşmış bir idari denetim sağlanabilmesi için, sözleşme öncesi aşamadaki idari işlemlerin, öncelikle ihaleyi yapan idare ve sonrasında Kamu İhale Kurumu tarafından yeniden gözden geçirilmesi ve aykırılığın tespiti halinde gereken düzeltmelerin yapılabilmesine olanak sağlayan "şikâyet" adı altında bir başvuru usulü getirilmiştir.⁷

⁵ Abdullah Uz, *Kamu İhale Hukuku Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi ve İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 382.

⁶ Dinçer Gönen, Hikmet Işık, *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*, Yetkin Basım, Ankara, 2006, s. 626.

⁷ Abdullah Erbaş, "İhalelere Karşı Yapılan İdari Başvurular", Belediye Dünyası, Ekim 2003, Cilt: 4, Sayı: 10, s. 37.

İtirazen şikâyet, İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmeliğin 4/3 maddesinde; şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından alınan kararın uygun bulunmaması veya süresi içinde karar alınmaması halinde, şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından şikâyet dilekçesinin kayıtlara alındığı tarih veya sonrasında herhangi bir nedenle alınan ihalenin iptali kararına karşı, itirazın şikâyet üzerine Kurul tarafından başvurunun reddine veya düzeltici işlem belirlenmesine karar verildikten sonra idare tarafından verilen ihalenin iptali kararına karşı Kamu İhale Kurumu'na yapılan başvurular olarak tanımlanmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin (b) fıkrasının 1. bendinin 1. alt bendine göre; Kamu İhale Kanunu'na göre yapılacak ihalelerin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarelerce yapılan işlemlerin bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olmadığına ilişkin şikâyetleri inceleyerek sonuçlandırmak Kamu İhale Kurumu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

Bu düzenlemelerin de ortaya koyduğu üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen itirazın şikâyet sürecinde en önemli rol Kamu İhale Kurumu'na aittir.

İhaleyi yapan idareye şikâyet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından Kanun'un 55. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen hal ve sürelerde, sözleşme imzalanmadan önce itirazın şikâyet başvurusunda bulunulabilir. İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınanlar itirazın şikâyet konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuruda bulunulabilir.

Kamu İhale Kurumu'na itirazın inceleme başvurusunda bulunabilmesi için Kanun'un 55. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen sürelerle uyulması ve sözleşmenin imzalanmamış olması gerekmektedir. Ancak, Kanun'un 46. maddesi uyarınca, ihale dokümanı ile sözleşmelerin notere tescil ettirilmesi veya onaylatılması öngörülmüşse, sözleşme onay veya tescil ile tekemmül edeceğinden⁸ bu gibi hallerde sözleşmenin imzalanmasına değil, onay ve tescilin yapıp yapılmadığına bakılmalıdır.

⁸ Dinçer Gönen, Hikmet Işık, *a. g. e.*, s. 626.

2. İdari Dava Açılabilmesinin İtirazen Şikâyet Yolunun Tüketilmesi Şartına Bağlı Olması

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 Kamu İhale Kanunu'nda belirlenen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler.

İdari yargı yerlerinde dava açılmadan önce idari bir kuruluşa başvurulması öngörülmüş ise bu başvuru koşulu yerine getirilmeden dava açılmasına idari merci tecavüzü denir.⁹ Bazı yasalar ile idari işlemlere karşı dava açılmadan önce, idareye itirazda bulunulması şartı getirilmiştir. İdari dava açılabilmesi için öncelikle bu idari başvuru yolunun tüketilmesi gerekir.

Kanun'un getirdiği sistem içerisinde şikâyet ve itirazın şikâyet de, dava açılması öncesinde kullanılması "zorunlu" bir başvuru yolu olup ilgililerin öncelikle bu süreci işletmesi gerekmekte, ancak itirazın şikâyet üzerine Kamu İhale Kurulu tarafından verilen kararlar ilgililerce dava konusu edilebilmektedir.

İdari davalar, kural olarak idari başvuru yolları tüketildikten sonra açılır. Dava yolu, işlerin çözümünde daha uzun ve pahalı bir yoldur. Bu nedenle uyuşmazlıkların idarenin dinamik yapısı içinde hukuk sınırları içinde kalınarak çözüme kavuşturulması yeğlenen bir yöntemdir. İlk incelemesi yapılan bir davada, dava konusu edilen işlemin nihai (son) işlem olup olmadığı, bir başka deyimle dava açılmadan önce başvurulması zorunlu idare otoritelerinin işlem oluşturup oluşturmadıkları araştırılır. Başvurulması zorunlu idare yetkililerine gidilmeden dava açılmış olması halinde ortada bir idari merci tecavüzü olayı bulunduğundan dava dilekçesinin görevli idari makama gönderilmesine (tevdiiine) karar verilir.¹⁰ Çünkü idarenin yetkili makamının işlemin oluşturulmasında kullanacağı takdir ve öncelikler vardır. Bu tak-

⁹ Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargısı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 350-351; Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara, 1996, s. 383; Kazım Yenice / Yüksel Esin, *Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Ankara, 1983, s. 442; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Hukuku*, 2003, s. 335; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 63.

¹⁰ Sabri Coşkun, Müjgan Karyağdı, *İdari Yargılama Usulü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 186.

dir ve öncelikler ışığında dava yoluna gerek kalmadan uyuşmazlık çözüme kavuşturulabilir. İdari yargı yerleri yaptıkları incelemede; idarenin kullanacağı takdir alanını özenle gözetmekte ve gerek ilk derecede bakılan uyuşmazlıklarda gerekse temyiz incelemesi aşamasında verdikleri kararlarla bu konudaki içtihatların zenginleşmesine katkıda bulunmaktadır.¹¹

İdari yargı yerlerinde, dava açılmadan önce, yönetsel bir kuruluşa başvurulması yasa ile öngörülmüş ise bu koşul yerine getirilmeden dava açılması durumunda, “*idari merci tecavüzü*”nden söz edilir.¹² Bu gibi durumlarda, dava dilekçesinin, görevli yönetsel kuruluşa gönderilmesine karar verilir.¹³ Başka bir deyişle süresi içerisinde şikâyet ve itirazın şikâyet mekanizması işletilmeksizin, ihale sürecindeki idari işlemlerin idari davalara konu edilmesi halinde dilekçe hakkında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 14/3-b ve 15/1-e maddelerine göre idari merci tecavüzü nedeniyle merciiine tevdi kararı verilmesi gerekmektedir.¹⁴

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun “*Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme*” başlıklı 14-3/b maddesinde dilekçelerde incelenecek hususlar arasında “*idari merci tecavüzü*” de sayılmış ve aynı Kanun’un “*İlk İnceleme Üzerine Verilecek Karar*” başlıklı 15-1/e maddesinde de idari merci tecavüzü halinde dilekçelerin görevli idare merciiine tevdiine karar verileceği, 15-2 maddesinde ise dilekçelerin görevli mercie tevdi halinde, Danıştay’a veya ilgili mahkemeye başvurma tarihinin, merciiine başvurma tarihi olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

Bir idari işlemin, idari davaya konu olabilmesi için eğer varsa yasalarda öngörülmüş olan idari başvuru yollarının tüketilmesi ve işlemin idari kesinlik kazanması gerekir. Danıştay’ın bir kararında belirttiği gibi, bir idari işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu (lazimülicra) sayılabilmesi hukuk düzeninde varlık kazanabilmesi için gerekli prosedürün son aşamasını geçirmiş bulunmasına, başka bir idari makamın onayına ihtiyaç göstermeksizin hukuk düzeninde değişiklikler meydana getirebilmesine, başka bir anlatımla idare edilenlerin huku-

¹¹ Sabri Coşkun, Müjgan Karyagdı, *a. g. e.*, s. 187.

¹² Şeref Gözübüyük, *Yönetsel Yargı*, s. 475.

¹³ Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s. 379.

¹⁴ Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara, Ekim 2006, s. 559-560.

kunu şu ya da bu yönde etkileyebilmesine bağlıdır.¹⁵ Bu koşula uyulmadan açılan idari davaya ait dosya, “*idari merci tecavüzü*” nedeni ile görevli idari mercie gönderilir. İdari mercie yasa ile gösterilen süre içinde başvurulması gerekir. Bu süre hak düşürücü bir süredir. Yargı yerince kendiliğinden dikkate alınır. İdari başvuru yolu tüketilmeden doğrudan dava açılması durumunda, yargı yerine başvuru tarihi idari mercie başvuru tarihi olarak kabul edilir. İdari başvuru süresi geçirildikten sonra, yargı yerine dava açılması durumunda, dava reddedilir; dosyanın idari mercie gönderilmesine gerek yoktur.¹⁶

Kimi yasalarda, idari başvuru yolları ve başvuru süresi açıkça gösterilmiştir. Örneğin; 1111 sayılı Askerlik Kanunu’nun 103. maddesinde öngörülen askerlikle ilgili işlemlerden dolayı Milli Savunma Bakanlığına başvurulabileceği, Bakanlığın kararından sonra idari dava açılabileceği kuralı getirilmiştir. Danıştay, uzun süre, idari başvuru yolları tüketilmeden açılan iptal davalarını, “*merci tecavüzü*” noktasından reddetmiştir. Gerek 1959 yılında çıkarılan 7354 sayılı Yasa, gerekse 521 sayılı eski Danıştay Kanunu, idari başvuru yolları tüketilmeden açılan davaların merci tecavüzünden dolayı reddedilmesini önlemiş, bu gibi durumlarda, dosyanın yetkili idari yerlere gönderilmesi ilkesini benimsemiştir. Aynı ilke, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda da korunmuştur. Bu durumda, idari yargı yerleri, idari başvuru yolları tüketilmeden açılan davalarda, idari merci tecavüzü nedeni ile dosyayı ilgili idari yere göndermektedirler (m. 15/1-e). İdari yargı yerine başvurma tarihi, idari yere başvurma tarihi olarak kabul edilmektedir (m.15/2).¹⁷

İdari işlemin kesinleşmesini sağlayan idari başvuru yolu, 2577 sayılı İYUK’nun 11. maddesinde öngörülen “*üst makamlara başvurma*” (hiyerarşik başvuru)¹⁸ ile karıştırılmamalıdır. Zira bu maddede ilgililerin idari dava açmadan önce idari işlemin kaldırılması, geri alınması, de-

¹⁵ Danıştay 3. Dairesi’nin 17.10.1991 gün ve E.1989/4241, K.1991/2649 sayılı Kararı.

¹⁶ Şeref Gözübüyük, Güven Dinçer, *a. g. e.*, s. 571.

¹⁷ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 2, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 369.

¹⁸ Bülent Tanör, Nemci Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, 2001.s.187; Bülent Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul 1994, s. 139; Celal Erkut, Selçuk Soybay, *Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar*, Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 1990, s. 233-234; Ahmet Taşkın, “Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti”, *AÜEHFD*, C.VII, Sayı: 3-4 Aralık 2003, s. 522.

ğiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını, varsa üst makamdan, yoksa işlemi yapmış olan makamdan isteyebilecekleri öngörülmektedir. Bu başvuru, idari dava açma süresi içinde ya işlemi tesis etmiş olan idari makama ya da o işlemi yapan idari makamın bir üstü olan makama yapılacaktır.¹⁹ Bu zorunlu bir başvuru yolu olmayıp, ilgililerin isteğine bırakılmıştır. İlgililer, isterlerse bu yola gidebilirler, istemezlerse doğrudan dava açabilirler. Çünkü yapılan işlem kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem niteliğindedir.²⁰

Öte yandan, idari işlemin kesinleşmesini sağlayan idari başvuru yolu, 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nda (m. 34), "*mecburi idari müracaat*" başlığı altında özel olarak düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un, 2577 sayılı İYUK'daki (m. 11) "*üst makamlara başvurma*" ile ilgili hükmüne paralel düzenlemesi (m. 35) ise "*ihtiyari müracaat*" başlığını taşımakta ve bu yolun "*kesin işlem yapmaya yetkili makamlarca tesis edilen*" idari işlemler için kullanılacağı öngörülmektedir.²¹

Bu itibarla Kamu İhale Kanunu'nda düzenlenen şikâyet ve itiraz şikâyet başvuruları dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolları olup aksi halde, bu yollar tüketilmeden açılan idari davalarda dava dilekçelerinin yetkili mercie gönderilmesine karar verilecektir. Nitekim Danıştay; "*4734 sayılı Kanun'un yukarıda değinilen maddeleri uyarınca, Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itiraz şikâyet başvurusu, idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yoludur. İtiraz şikâyet başvurusu hakkında, yetkili makam olan Kamu İhale Kurulu'nca tesis edilmiş bir karar olmadıkça, idari başvuru yollarının tüketildiğinden söz edilemez. Bu durumda, davacının dava dilekçesi içeriğinden ihale komisyonunun ihale yetkilisince 2.9.2004 tarihinde onaylanan 24.8.2004 tarihli ek kararını dava konusu ettiği anlaşıldığından, bu istemi hakkında yetkili idari mercinin henüz bir kararı bulunmaksızın, ihalenin iptali istemiyle açılan davada, 2577 sayılı Kanununun yukarıda anılan 14. ve 15. maddeleri hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle, idari başvuru yolu tüketilmeden açılan davada, idari merci tecavüzü nedeniyle, dosyanın merciiine tevdi kararı verilmesi gerekirken, bu aşamada açılan davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir.*" şeklinde hüküm tesis etmiştir.²²

¹⁹ Onur Çetin, *a. g. e.*, s. 60.

²⁰ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *a. g. e.*, s. 372.

²¹ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *a. g. e.*, s. 374.

²² Danıştay 13. Dairesi'nin 19.12.2008 tarih ve E.2006/4866, K.2008/8194 s. Kararı.

Danıştay'ın istikrar kazanmış görüşü bu doğrultuda olup; itirazın şikâyet başvurusu idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolu olarak kabul edilmekte ve bu idari başvuru yolu tüketilmeden dava açılması durumunda idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın merciine tedvine karar verilmesi gerektiği yönünde²³ hüküm tesis edilmektedir.

Ancak, doktrinde Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinde yer alan "*bulunabilir*" hükmünden başvurunun ihtiyari nitelikte olduğu, 56. maddesinin 6. fıkrasında ise itirazın şikâyetin dava açılması öncesinde kullanılması zorunlu bir başvuru yolu olduğu, Kamu İhale Kanunu'nun 54 ila 56. maddeleri arasında düzenlenen kamu alımları hakkında işletilecek idari başvurunun niteliğinin, zorunlu olup olmama noktasında birbiriyle çelişen hükümler ihtiva ettiği yönünde²⁴ görüşler de mevcuttur.

Danıştay bir kararında;²⁵ "*ihale süreci ile ilgili olarak idari davaya konu olabilecek işlem, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde ihale makamı tarafından yapılan işlemler değil, bu işlemlere karşı, anılan kanun hükümlerinde öngörülen usullere göre ihaleyi yapan idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra, Kamu İhale Kurumuna yapılacak itirazın şikâyet başvurusu sonucu Kamu İhale Kurulu tarafından tesis edilecek işlem olduğu, olayda, dava konusu ihalenin bir başka şirkete verildiğinin bildirilmesi işlemine karşı, 4734 sayılı Yasada öngörülen usul izlendikten sonra, idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolu olan itirazın şikâyet başvurusu üzerine Kamu İhale Kurulunca verilen kararın iptalinin istenebileceğini*" hüküm altına almış ve bu kararla da itirazın şikâyet başvurusunun dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolu olduğu hususu vurgulanmıştır. Bu hükümden de açıkça anlaşılacağı üzere; ihaleyi yapan bir idare tarafından ihale süreci ile ilgili olarak tesis edilen işlemler doğrudan idari davaya konu olamayacak, ancak bu işlemlere karşı ihaleyi yapan ilgili idareye yapılacak şikâyet başvurusundan sonra Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itira-

²³ Danıştay 13. Dairesi'nin 21.09.2005 tarih ve E.2005/6653, K.2005/4581 ile 24.10.2005 tarih ve E.2005/6846, K.2005/5166 sayılı kararları.

²⁴ Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Denetim*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 138.

²⁵ Danıştay 13. Dairesi'nin 28.09.2005 tarih ve E.2005/5988, K.2005/4789 sayılı Kararı.

zen şikâyet başvurusu sonucunda Kamu İhale Kurumu'nca tesis olunacak işlem idari davaya konu edilebilecektir.

Kanımızca idari başvuru yolu tüketilmeden dava açılması halinde; sözleşme imzalanmış olsa bile idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın merciine tevdiine karar verilmeli, idarenin itiraz ve itirazın şikâyet başvurusunun değerlendirilmesi konusundaki idari takdiri kısıtlanmamalıdır. Nitekim bir Danıştay kararında da bu husus isabetle vurgulanmış ve sözleşmenin imzalanması nedeniyle merciine tevdi kararı vermenin olanaklı görülmediği gerekçesiyle davayı incelenmeksizin reddeden idare mahkemesi kararı bozulmuştur.²⁶

3. Süresinde Yapılmayan İtirazen Şikâyet Başvurusunun İdari Dava Açma Hakkını Kaldırması

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle itirazın şikâyet başvuru süresi ve bu sürenin hukuki niteliği üzerinde durulmalıdır.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun bir kararında, yasalarda öngörülen yönetsel başvuru süreleri hak düşürücü süre olarak nitelendirilmiştir.²⁷ Yasalarda öngörülen idari başvuru sürelerinin "*hak düşürücü süre*" olarak kabul edilmesinin son derece önemli hukuksal sonuçları bulunmakta olup konumuz bakımından bunlardan özellikle ikisine değinilmesinde yarar bulunmaktadır:

- İdari başvuru süresine uyulmaması, hem idari başvuru yolunu, hem de bunu izleyen idari yargı yolunu ortadan kaldırır.
- İdari başvuru süresine uyulup uyulmadığı, hem idarece, hem de idari yargı yerince re'sen (kendiliğinden) dikkate alınır, ayrıca ileri sürülmesine gerek yoktur.²⁸

İdari dava açma sürelerini hak düşürücü veya zamanaşımı süreleri olarak görmeyen ULER'e göre idari başvuru süreleri de hak düşürücü süre olarak değerlendirilemez, söz konusu sürenin geçirilmesi halinde, davanın reddedilmesi kabul edilemez.²⁹ Ancak bu yaklaşım

²⁶ Danıştay 13. Dairesi'nin 21.09.2006 gün ve E.2006/6653, K.2006/4581 sayılı Kararı.

²⁷ Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 30.04.1971 gün ve E.1969/612, K.1971/475 sayılı Kararı.

²⁸ Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *a. g. e.*, s. 375.

²⁹ Yıldırım Uler, "Yönetsel Yargıda Dava Süresi", *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, I.

mın 4734 sayılı Kanun'un konuya ilişkin açık düzenlemeleri karşısında şikâyet başvuruları bakımından benimsenmesine olanak bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay 13 üncü Dairesi de ilgililerce tüketilmesi gereken zorunlu idari başvuru yolları için idari aşamaya ilişkin sürelerin kamu düzeniyle ilgili bulunduğunu benimsemiş olup şikâyet süresi geçirildikten sonra açılan davaların bu nedenle reddine ilişkin idare mahkemesi kararlarını onamaktadır.

İlgililerce, idari başvuru süresi içinde itirazın şikâyet yolu tüketilmeden doğrudan doğruya idari yargı yerinde dava açılması durumunda, dilekçe "idari merci tecavüzü" nedeniyle görevli idare merciine tevdi edilmekte, başka bir deyişle; görevli idari birime gönderilmektedir. Bu nedenle, itirazın şikâyet yolu tüketilmeden idari dava açılması mümkün değildir. İdari başvuru süresi geçirilip görevli idari mercie başvuru yapılmadan doğrudan doğruya dava açılması durumunda, açılan davalar reddedilmektedir. Bu durumda artık dosyanın yetkili idari mercie gönderilmesine gerek bulunmamaktadır. Danıştay'ca da istikrarlı bir şekilde benimsenen bu yaklaşım 1970 yılında alınan bir içtihadı birleştirme kararında şu şekilde dile getirilmiştir: "*Malül aylığı talebi T.C. Emekli Sandığı İdare Kurulu tarafından reddedilmesi üzerine, red kararının ilgiliye tebliğ tarihinden itibaren ... tahsise müteallik olumsuz karara karşı... 30 günlük süre içinde Maliye Bakanlığına itirazda bulunmaksızın Danıştayda açılan davanın reddi*"³⁰ gerekmektedir.

Buna göre; idari başvuru süresi geçirildikten sonra, Kamu İhale Kuruluna yapılacak başvurular süre aşımı nedeniyle reddedilecek olup; Kamu İhale Kurulunun bu ret kararı üzerine dava yoluna gidilmesi halinde ise bu davalar idari başvuru yolu tüketilmediğinden reddedilecektir.

4. İtirazen Şikâyet Başvurusunun Teminat Ödenmesi Şartına Bağlanması

Kamu İhale Kanunu'nun 5811 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile 20.11.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değiştirilen 54. maddesinin 6. fıkrasında; "*İtirazen şikâyette bulunanlardan 53 üncü madde-*

Kitap, Ankara, 1990, s. 233-234.

³⁰ Danıştay İBK, 21.11.1970 gün ve E.1969/11, K.1970/30 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

nin (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." hükmü yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca itirazen şikâyet başvurusunda bulunulabilmesi, belirtilen teminatın yatırılmış olması şartına bağlanmıştır. Nitekim aynı maddenin 7. fıkrasında da; "İtirazen şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olunduğuna 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 eklenmesinin zorunlu" olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerden, itirazen şikâyet başvurusu öncesinde teminat yatırılmasının ve teminatın Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgenin itirazen şikâyet dilekçesine eklenmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere idari yargı yoluna başvurulabilmesi için itirazen şikâyet yolunun tüketilmesi zorunludur. Bu yol tüketilmeden idari yargıda doğrudan dava açılmamaktadır. Bir dava ön şartı olarak kabul edilen itirazen şikâyet başvurusunun ise belli teminatın yatırılması şartına bağlanmış olması nedeniyle kamu ihale işlemlerine karşı dava açılabilmesi de dolaylı olarak bu teminatın yatırılmış olması şartına bağlanmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi hükmüne göre kamu ihale işlemlerine karşı dava açılabilmesi ve davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için itirazen şikâyet yolunun tüketilmiş olması, itirazen şikâyet başvurusu ise belirlenen teminat tutarının önceden Kamu İhale Kurumu hesabına yatırılması şartına bağlıdır. Kamu ihale işlemlerine karşı idari dava açılabilmesi itirazen şikâyet yolunun tüketilmesi şartına bağlı olduğundan söz konusu teminatın yatırılması da dolaylı bir "dava şartı olarak" öngörülmüş olmaktadır. Düzenleme; bu ödemeyi yapacak mali gücü bulunmayan, ihale 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 bakımından hak arama hürriyetini kısıtlayıcı bir özellik arz etmektedir.

Anayasa'nın 4709 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değişik 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinin 10'uncu fıkrasında yer alan; *"Kurumun görev alanında bulunmaması hali hariç, itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi durumunda, başvuru teminatı yatırılan hallerde teminatın gelir kaydedilmesine de karar verilir."* hükmü uyarınca itirazın şikâyetin reddi durumunda teminatın gelir kaydedilmesi söz konusudur. Bu düzenleme itirazın şikâyet başvurusu ile bu idari başvuruya dayalı olan dava açma hakkının kullanılmasını kısıtlayıcı, engelleyici ve caydırıcı niteliktedir.

Öte yandan itirazın şikâyet başvurusu yapılabilmesi için yatırılması istenilen teminat ihaleyi yapan idareye değil, Kamu İhale Kurumu'na ödenmekte ve itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi halinde teminat Kamu İhale Kurumu'na gelir kaydedilmektedir. Bu durum teminatın ihale sürecindeki bir gecikme, aksama ya da keyfi olarak itirazın şikâyet başvurusu nedeniyle ihaleyi yapan idarenin uğraması muhtemel zararlara karşı güvence oluşturma özelliğini kaldırmakta ve tartışılır kılmaktadır.

Bu noktada irdelenen konu ile benzer özellikler taşıyan ve belediyeler tarafından alınan katılma paylarına karşı dava açılabilmesini tahakkuk ettirilen tutarın yarısının önceden ilgili belediyelere yatırılması şartına bağlayan düzenlemenin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 28.3.2002 tarih ve E.2001/5, K.2002/42 sayılı kararına değinilmesinde yarar bulunmaktadır.

Karara konu, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 86. maddesinde yol harcamalarına katılma payı, 87. maddesinde kanalizasyon harcamalarına katılma payı, 88. maddesinde de su tesisleri harcamalarına katılma payı düzenlenmiş olup 89'uncu maddesinin (a) fıkrasının son paragrafında da *"Katılma paylarına karşı dava açılabilmesi için, katılma paylarının yarısının belediyelere ödenmesi gerekir"* hükmü yer almaktaydı. Söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesinin 28.3.2002 tarih ve E.2001/5, K.2002/42 sayılı Kararı ile Anayasanın 36. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında;

"Belediye Gelirleri Kanunu'nun 89. maddesinin (a) bendinin son paragrafında "Katılma paylarına karşı dava açılabilmesi için, katılma paylarının yarısının önceden belediyelere ödenmesi gerekir." denilmektedir.

Yol, kanalizasyon ve su hizmetlerinden yararlanan taşınmaz sahiplerinden alınan harcamalara katılma payı, borçluları bakımından resim benzeri mali bir yükümlülük niteliği taşımaktadır. 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun itiraz konusu 89. maddesinin (a) bendinin son paragrafıyla, harcamalara katılma paylarına karşı dava açabilmek için, tahakkuk ettirilen payın yarısının önceden ilgili belediyelere ödenmesi şartı getirilmiştir.

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla harcamalara katılma paylarına karşı dava açabilmek için getirilen dava şartının, mali gücü yetersiz olanlar veya katılma payı mükellefi olmadığı halde bu payı ödemek zorunda bırakılanlar bakımından hak arama özgürlüğünü kısıtladığı, iddia ve savunma hakkına sınırlama getiren bu hükmün Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinde; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davalı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz", denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanılabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s.12, paragraf 37 (b)); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlandırılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s.12) belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, kendisine 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca harcamalara katılma payı tahakkuk ettirilen bir mükellefin buna karşı dava açabilmesi, söz konusu payın yarısının önceden ilgili belediyeye ödemesi şartına bağlanmıştır. Harcamalara katılma paylarına karşı dava açıla-

bilmesinin böyle bir şarta bağlanarak sınırlandırılmasının, ilgili belediyelerin söz konusu gelirleri öncelikle tahsil ederek projelerini kısa sürede tamamlamaları ve bu konudaki dava sayısının azaltılarak mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi gibi kamu yararına yönelik nedenlere dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, dava hakkının sınırlandırılması Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

şeklinde hüküm tesis edilmiştir.

Bu kararda da açıkça ortaya konulduğu üzere; dava açılabilmesini bir ödeme yapılması şartına bağlayan yasa kuralı hak arama özgürlüğünü kısıtlamakta ve bu nedenle Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin anılan yasayı iptal etmesinde, Anayasa'nın 13. maddesinde 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin ve AİHM'nin içtihatlarının etkili olduğu görülmektedir. Gerçekten söz konusu düzenlemeyle, kişilerin dava açma haklarının engellenmesi, Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü engellemekte ve hak arama özgürlüğünün özünü ortadan kaldırmaktaydı.³¹

Bir başka Anayasa Mahkemesi kararında da; Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğünün bir temel hak niteliği taşıdığı ama bunun ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturduğu, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolunun dava hakkını kullanabilmesi olduğu, kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınmasının adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturduğu hüküm altına almıştır.³²

³¹ Mesut Aydın, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 61-3, s. 20, http://www.politics.ankara.edu.tr/eski/dergi/pdf/61/3/1_mesut_aydin.pdf.

³² Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarih ve E.2003/105, K.2007/98 sayılı Kararı.

Anayasa'nın 4709 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişik 13. maddesi uyarınca; temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinde düzenlenen teminat şartı Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünü, yine Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olarak sınırlandırmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında; Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulduğunu, Anayasa'nın 36. maddesinde ise hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmediğini hüküm altına almıştır.³³

5. İtirazen Şikâyet Başvurusunun Teminat Ödenmesi Koşuluna Bağlanmasının Yargı Yoluna Etkisi

Elbette, itirazen şikâyet başvurusu yapılabilesinin teminat ödenmesi koşuluna bağlanması yargı yolunu bütünüyle kapatmamaktadır. Buna karşılık teminat koşulu dava hakkının kullanılmasının maliyetini artırmakta; hakkın kullanımını güçleştirmektedir.

Anayasa'nın 125. maddesinin ilk fıkrasında; *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* denilmektedir. İtirazen şikâyet başvurusunun teminat ödenmesi şartına bağlanması; bu idari başvuruya bağlanan dava açma olanağını söz konusu teminatı ödeme gücüne sahip olmayan aday istekli ve istekli olabilecekler açısından fiilen ortadan kaldırmaktadır.

Yargı harç ve giderleri ile kıyaslanmayacak büyüklüklerde teminat istenilebilmesine olanak tanıyan bu düzenlemenin, kamu ihalelerinden kaynaklanan idari eylem ve işlemlerin yargı denetimi dışında kalması sonucunu doğuracağı ortadadır. Bu durum Anayasa'nın 125. maddesi hükmünün işlerliğini fiilen ortadan kaldıracabilecek niteliktedir. Anayasa'da kural olarak, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu kabul edilmekle birlikte, Anayasa'nın

³³ Anayasa Mahkemesi'nin 6.11.2008 tarih ve E.2004/95, K.2008/156 sayılı Kararı.

bazı maddelerinde belirli idari işlemlere karşı yargı yolu kapatılmıştır. Doktrinde “*yasama kısıntısı*” olarak adlandırılan bu durum, Anayasa koyucunun bu yöndeki tercihini göstermektedir.³⁴ Ancak itirazın şikâyet başvurusunu teminat ödenmesi şartına bağlayan düzenleme de, dava açılmasını itirazın şikâyet yolunun işletilmiş olması koşuluna bağlayarak dava açılmasını dolaylı bir şekilde teminat şartına bağlayan düzenleme de anayasal değil yasal düzenlemelerdir. Anayasa’da bu konuda bir düzenleme olmadığı gibi bu konunun Yasa ile düzenleneceğine dair bir düzenleme de bulunmamaktadır. Düzenlemenin bu hali ile anayasal dayanağı olmayan fiili bir “*yasama kısıntısı*” yarattığı düşünülmektedir.

Öte yandan, Anayasa’nın 141. maddesinin son fıkrasında; “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*” denilmektedir. Bu kural idari yargının yukarıda değinilen hukuk devletini ve hukuka uygun idareyi gerçekleştirmeye yönelik misyonu nedeniyle anılan yargı kolu bakımından çok daha büyük öneme sahiptir. Bu nedenle idari yargının üç temel niteliğinden biri olarak çabukluk ve basitlikle birlikte ucuzluk sayılmaktadır.

Bu noktada kısaca, benzer durumlar düşünülme suretiyle öngörülen adli yardım müessesesine değinilmesinde yarar bulunmaktadır. Adli yardım müessesesi hak arama hürriyetinin kullanımını güçleştiren ekonomik ve sosyal engellerin ortadan kaldırılması için oluşturulmuş önemli bir kurumdur.³⁵ Adli yardımın kaynağı Anayasa’nın 2. maddesindeki; Türkiye Cumhuriyeti’nin sosyal bir hukuk devleti olduğu hususundaki ilke ile 5. maddesindeki; kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak suretle sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak şeklinde ifade edilen devletin temel amaç ve görevleridir. Buna göre, adli yardım, sosyal hukuk devletinin yargı alanındaki boyutunu teşkil etmektedir.³⁶ Türk hukuk sisteminde son derece sınırlı şekilde uygulanan bu müessese sadece yargılama aşaması için kabul

³⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 27.11.2007 tarih ve E.2002/169, K.2007/88 sayılı Kararı.

³⁵ Onur Çetin, *a. g. e.*, s. 104.

³⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2003, s.126; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2000, s. 138.

gördüğünden idari aşamada yatırılması istenen teminat adli yardım kapsamında da kalmamaktadır.

Son olarak değinilmesi gereken bir husus da kişilerin haklarını sadece yargı mercileri önünde aramadıkları hakların idari merciler önünde de aranabileceği gerçeğidir. Hukuk devleti ilkesi gereğince, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması bakımından yargısal denetim yanında idari denetim de önemli bir işleve sahiptir. Yargı denetimi, idarenin hukuk dışı işlem ve eylemleri karşısında yönetilenlerin korunmasında en önemli ve son aşamadır. Ancak idari işlem ve eylemlerden dolayı hak ihlali olanların her halükarda doğrudan yargı yoluna itilmemeleri, imkânlar dairesinde uyumsuzlukların idari aşamada da çözümlenebilmesi gerekir. Yargı denetiminin yanında idari denetimin etkinliği ülkelerin uygarlık ve hukukilik düzeyiyle yakından ilişkilidir.³⁷ Bu nedenle itirazın şikâyet başvurusunun teminat yatırılması şartına bağlanması, sadece dava hakkını değil idari başvuru hakkını da sınırlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Kişilerin idari mercilere başvurma yolunu tüketmemesi durumunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurunun “*kullanılabilir ve yeterli*” olmaması halinde iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunu aramakta³⁸ ve işin esası hakkında karar vermektedir. Bu konuda da yargı mercilerinin benzer bir yorum yapabilmelerinin mümkün olduğu düşünülmektedir.

Sonuç

Kamu İhale Kanunu; şikâyet ve itirazın şikâyet olmak üzere yeni iki başvuru yolu getirmiştir. Kamu İhale Kanunu ile düzenlenen şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları idari dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu başvuru yolları olup bu yol tüketilmeden dava açılması durumu idari yargı yerlerinin idari merci tecavüzü nedeniyle dava dilekçelerini yetkili idare makamına tevdiine karar vermelerini gerektirmektedir. Başka bir deyişle; idari başvurunun süresinde yapılmaması ya da hiç yapılmaması durumunda dava açma hakkı da bundan etkilenmektedir.

³⁷ Bekir Mustafa Yılmaz, *a. g. e.*, s. 138.

³⁸ Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği*, İstanbul, Şubat 2004, s. 157.

Günümüzde kamu ihalelerinin ulaştığı tutarların büyüklüğü; ekonomik ve hukuki etki ve sonuçları dikkate alındığında ihaleye ilişkin eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun önce idari denetime tabi olmasının ve en sonunda yargı yolu ile denetlenmesinin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu, hukuk devleti ilkesinin de bunu gerektirdiği açıktır.

Ancak, Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesi ile itirazın şikâyet başvurusu yapılabilmesi teminat yatırılması ön şartına bağlanmış olup dava açılabilmesi de bu yolun tüketilmesini gerektirdiğinden dolayı olarak dava açılması belli teminatın yatırılması şartına bağlanmış olmaktadır.

Bu durum bir yandan dava hakkının kullanımını sınırlarken bir yandan da idari çözüm sürecini tıkamakta, Anayasal hak arama özgürlüğü hem idari yolun, hem de yargı yolunun kullanımı bakımından zedelenmektedir. İdari çözümün karşılaştığı bu engel toplumu uyumsuzluğun idari yolla çözümünün toplumsal barışa yapabileceği katkıdan yoksun bırakmaktadır. Daha da önemlisi idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu hukuk devleti ilkesi zarar görmekte, idari yargının bu yolda üstlenmiş olduğu önemli rol de sekteye uğratılmaktadır.

Tüm bu nedenlerle itirazın şikâyet başvurusu için teminat aranılmasının Anayasal zemin kadar uygulama açısından da süreç ve sisteme sağladığı ya da sağlayacağı katkının çok ötesinde önemli sakıncalar taşıdığı değerlendirilmektedir.

KAYNAKLAR

- Abdullah Erbaş, "İhalelere Karşı Yapılan İdari Başvurular", *Belediye Dünyası*, Ekim 2003, Cilt 4, Sayı: 10.
- Abdullah Uz, *Kamu İhale Hukuku Kamu Alımlarının Hukuksal Rejimi ve İhale İşlemlerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, İstanbul, Şubat 2004.
- Ahmet Taşkın, *Açlık Grevleri ve Hak Arama Hürriyeti*, AÜEHFD, C.VII, Sayı:3-4 Aralık 2003.

- Bekir Mustafa Yılmaz, *Kamu Alımlarında İdari Denetim*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Bülent Tanör / Nemci Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Yapı Kredi Yayınları, 2. Baskı, 2001.
- Bülent Tanör, *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul, 1994.
- Celal Erkut / Selçuk Soybay, *Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar*, Genişletilmiş İkinci Bası, İstanbul 1990.
- Dinçer Gönen / Hikmet Işık, *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*, Yetkin Basım, Ankara 2006.
- Ender Kamil Boyacı, "Anayasalarımızda Hak Arama Özgürlüğü", *Yeni Adalet*, Y: 5, S. 32 Temmuz-Ağustos-Eylül, 1994.
- Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2003.
- Faruk Erem, "Savunma Hakkının Kökeni", *Ankara Barosu Dergisi*, S.1984/5, Yıl:41
- Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Hukuku*, 2003 http://www.politics.an-kara.edu.tr/eski/dergi/pdf/61/3/1_mesut_aydin.pdf.
- Kamu İhale Kurumu 2002 Yılı Faaliyet Raporu ve 2003 Yılı Çalışma Programı*, KİK Yayını, Ankara, Mart 2003.
- Kazım Yenice / Yüksel Esin, *Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Ankara 1983.
- Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa 2000.
- Mesut Aydın, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü*, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 61-3.
- Muhsin Eren, "Sağlıklı Yaşam ve Hak Arama Özgürlüğü", *Ankara Barosu Dergisi*, S.4, Y. 47 1990-Ağustos.
- Onur Çetin, *Hak Arama Hürriyeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilimdalı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007.
- Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması*, 2. Baskı, Ankara 2001.
- Sabri Coşkun, *Müjgan Karyağdı, İdari Yargılama Usulü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.
- Şeref Gözübüyük / Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara 1996.
- Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt 2, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 1994.
- Şeref Gözübüyük, *Yönetimsel Yargı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

- Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara Ekim 2006.
- Yıldırım Uler, "Yönetmelik Yargıda Dava Süresi", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi I. Kitap, Ankara 1990.
- Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2007 tarih ve E.2003/105, K.2007/98 sayılı Kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 6.11.2008 tarih ve E.2004/95, K.2008/156 sayılı Kararı.
- Danıştay 13. Dairesi'nin 21.09.2006 gün ve E.2006/6653, K.2006/4581 sayılı Kararı.
- Danıştay 13. Dairesi'nin 28.09.2005 tarih ve E.2005/5988, K.2005/4789 sayılı Kararı.
- Danıştay 13. Dairesi'nin 19.12.2008 tarih ve E.2006/4866, K.2008/8194 sayılı Kararı.
- Danıştay 13. Dairesi'nin 21.09.2005 tarih ve E.2005/6653, K.2005/4581 sayılı Kararı.
- Danıştay 13. Dairesi'nin 24.10.2005 tarih ve E.2005/6846, K.2005/5166 sayılı Kararı.
- Danıştay 3. Dairesi'nin 17.10.1991 gün ve E.1989/4241, K.1991/2649 sayılı Kararı.
- Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 30.04.1971 gün ve E.1969/612, K.1971/475 sayılı Kararı.
- Danıştay İBK, 21.11.1970 gün ve E.1969/11, K.1970/30 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

TASARRUF SAHIPLERİNİN HAK VE MENFAATLERİNİN KORUNMASINA DAİR MEVZUAT

Yonca F. YÜCEL*

1. Bankacılığa İlişkin Kanunlar

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 1. maddesine göre; *"Bu Kanununun amacı, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir."*

Bankalar Kanunu'nun amacına ilk olarak 70 sayılı KHK'da yer verilmiştir. 70 sayılı KHK'nun gerekçesinde Kanun'un amacı; *"Bankacılık alanındaki düzenlemelerin temelde 2 amacı vardır. Birinci amaç, bankalara tevdi edilen mevduatı, başka bir ifade ile tasarrufları korumaktır. Bankalara yatırılan tasarrufların korunmasının aynı zamanda onların teşviki sonucunu doğuracağı ise ayrıca izaha gerek olmayan bir gerçektir. Bu bakımdan kanun koyucu, ülkeden ülkeye farklılık arz etmekle beraber, bankalar kanunları ile mevduatı doğrudan veya dolaylı olarak koruyucu hükümler getirmekte ve bankaların banka işletmeciliğini temel ilkeleri olan likidite, emniyet ve rantabilite ilkeleri çerçevesinde kurulmalarını, faaliyet göstermelerini ve denetlenmelerini sağlayacak düzenlemeler yapmaktadır. Bankacılık alanında yapılan düzenlemelerin ikinci amacı ise, banka kaynaklarını ekonominin ihtiyaç duyduğu miktar ve şartlarda sağlamaktır. Kanun koyucu, bu amaçla bankacılık kesiminin teşkilatlanmasına ve kaynaklarının kullanımına müdahalede bulunmaktadır."*

4389 sayılı Kanun'da, mali piyasalarda güven ve istikrarı ve kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamak da Yasanın amaçları arasında sayılmaktadır. 4389 sayılı Kanun'un Hükümet gerekçesinde;

* Av., Ankara Barosu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu/Başuzman.

“ Bankalar genel olarak halktan kaynak temin eden ve temin ettikleri bu kaynakları kendileri veya kaynak sahipleri adına kullanan kuruluşlardır. İşlevsel bu özellikleri bakımından bankalara ilişkin düzenlemeler iki temel amaca dayanmaktadır. Bu amaçlardan biri, bankalara tevdi edilen tasarrufların korunması, diğeri ise toplanan kaynakların etkin bir şekilde ekonominin ihtiyaçlarına uygun olarak kullanılmasının sağlanmasıdır.”

4389 sayılı Kanun’da, tasarruf sahiplerinin, *hak ve menfaatlerini korumak* birinci amaç olarak sayılmışken; 5411 sayılı Kanun’da, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması ilk amaç olarak belirlenmiş, daha sonra kredi sisteminin etkin bir şekilde sağlanması hedeflenmiştir. 4389 sayılı Kanun’dan farklı olarak, *“ekonomik kalkınmanın gereklerinin dikkate alınması kıstası”* kredilerde terk edilmiştir.

4389 sayılı Bankalar Kanunu, yurt içinde ve yurt dışında yaşanan gelişmelere uyum sağlayabilmek amacıyla beş yıl içerisinde sekiz defa değişikliğe uğramıştır. Bu süreçte, alt düzenlemelerin kanunî temelini güçlendirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Öte yandan, dünyada oluşan yeni finansal mimari, güven ortamının tesis edilmesini, finansal serbestleşmenin tamamlanmasını, finansal piyasaların tarafları arasında rekabet ortamının sağlanmasını, şemsiye denetimine geçilmesini ve iyi yönetimin hakim kılınmasını zorunlu kılmıştır. Bu çerçevede; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun Hükümet gerekçesine bakıldığında;

- Piyasaların etkin, düzenli ve şeffaf bir yapıya kavuşturulmasını,
- Finansal hizmetlerden yararlanan bireysel müşterilerin haklarının gözetilmesini,
- Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun kurumsal yapısının, görev ve sorumluluklarının piyasa ihtiyaçlarına duyarlı ve esnek bir yapıya kavuşturulmasını,
- Bankaların, finansal holding şirketlerinin, finansal kiralama şirketlerinin, faktoring şirketlerinin, finansman şirketlerinin ve finansal piyasalarda faaliyet gösteren Kurulca belirlenecek diğer kuruluşlar ile bunlara destek hizmeti sağlayan kuruluşların faaliyetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi fonksiyonlarının Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu bünyesinde toplanmasını,
- Kanun kapsamındaki kuruluşların yönetim ve organizasyon yapılarının duyarlı, esnek ve diyalog tabanlı hâle getirilmesini,

- Kurumsal yönetim ilkelerinin hayata geçirilerek iyi yönetimin hâkim kılınmasını,
- Türk bankacılık sisteminin uluslararası piyasalarla bütünleştirilmesini,
- Kurum içi ve Kurum dışı denetim ve gözetim unsurlarının bütünleştirilmesini,
- Kuruluş ve faaliyet izinlerinin ihtiyatlı denetimin bir parçası hâline getirilmesini,
- Finansal piyasaların değişen koşullarına cevap verebilecek yeterli esneklikte bir denetim ve gözetim sistemi ile düzenleme yapısının oluşturulmasını,
- Finansal sistemin tarafları arasında şeffaflık ve eşitlik gibi genel ilkelerin gözetilmesini,
- Finansal piyasalarda güven ve istikrarın yerleştirilmesi ve yaygınlaştırılmasını,
- Finansal piyasalarda risk doğurucu gelişmelerin öngörülebilmesini,
- Bankacılık sektöründe işlem ve aracılık maliyetlerinin azaltılması,
- Kurumun strateji ve politikalarının finansal piyasalara ilişkin yol haritalarının izlerini taşımasını,
- Kurumun ilgili merciler ile bilgi paylaşımının belirli esaslar üzerine inşa edilmesini,

amaçlayan Tasarı, Avrupa Birliği direktifleri ile plân ve programları, Hükümet plân ve programları, ulusal program, bankacılık sektörüne ve bankalara ilişkin muhtelif raporlar, Avrupa Birliği ülkelerinin bankacılık veya finansal kuruluş kanunları, uluslararası ilkeler ve standartlar, meslekî ilkeler, kazai ve ilmî içtihatlar, doktrindeki görüşler, mahkeme kararları gibi kaynaklar çerçevesinde mevcut sorunları çözümlenmeyi ve geleceğe yönelik politikalar ile başlangıç noktaları oluşturmayı hedefleyerek ve bu mevzuatla uyumlu olarak şeffaflık ilkesi çerçevesinde anlaşılır ve açık bir şekilde kaleme alınmıştır.

Tasarının genel gerekçesinin haricinde madde gerekçeleri açısından birinci maddesinin gerekçesinin ilgili bölümlerinde; “Bankalar,

ortaklarına kar dağıtmakla görevli ticari kuruluşlar olmanın yanında günlük hayatın her safhasına girmeleri nedeniyle vazgeçilmez bir konuma sahip, kamu düzeni ve kamu yararı ile sıkı ilişkide olan kuruluşlardır. Ülkelerin yasa organları, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin gözetilmesine yönelik olarak yasalar yapmaktadır. Bu yasalar ile tasarrufları koruyucu önlemler getirilmekte, birer güven ve itibar müessesesi olan bankaların likidite emniyet ve verimlilik ilkeleri çerçevesinde faaliyet göstermelerine ve etkin bir şekilde denetlenmelerini sağlayacak hükümler düzenlenmektedir.

Finansal istikrarı sağlamak için; finansal piyasaların aktörlerinin davranışlarına yönelik düzenlemeler yapılması ve bu çerçevede piyasaların etkin işleyişini sağlayacak denetimler icra edilmesi zorunludur. Finansal piyasalarda güvenin tesisi, finansal sistemi koruyacak güvenceler verilmesini, kamunun aydınlatılmasına yönelik düzenlemeler yapılmasını, piyasalarda yeterli anlaşılabilir doğru ve zamanında bilgi verilmesini, uluslararası standartlara uygun muhasebe ve raporlama uygulamalarının gerçekleştirilmesini gerektirmektedir.

Bu Kanununun diğer bir amacı, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamaktır. Genel olarak, kredi sisteminde etkinlik, bankaların tasarruf sahipleri ile yatırımcılar arasında finansal aracılık işlevini yerine getirmesi ve tasarrufların üretken yatırımlara dönüştürülmesi olarak kabul edilebilir. Kanunla amaçlanan diğer bir husus olan tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasının amacı, tasarruf sahiplerinin güven duygusu içinde para yatırmalarını sağlamaktır. Genel anlamda tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması, bankaların işlevlerinin gerektirdiği mali güç ve itibara haiz olarak mevzuata, bankacılık ilke ve teamüllerine uygun emniyetli, seyyal ve verimli bir şekilde çalışmasını sağlayacak ortamın tesisi ile mümkün olur.

Özel anlamda tasarrufların korunması, tasarruf sahibini korumaya yönelik mevduatın korunmasının sigortalanması suretiyle tasarruf sahiplerine diğer alacaklılar karşısında imtiyaz tanınmasıdır. Fakat bu imtiyaz sadece sigortalı mevduatın korunması anlamındadır. Bu ise bir bankanın tasfiyeye tabi tutulması durumunda tasarruf sahiplerine sigorta kapsamındaki mevduatlarının geri ödenmesi şeklinde tezahür etmektedir. Tasarrufların sınırsız güvence altında olmasının güvende aldanmaya yol açacağı ve piyasa disiplini bozucu etkisi dikkate alınarak tasarrufların kısmi güvenceye tabi olması ge-

rektiği ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatleriyle kredi sisteminin etkin işleyişini, gerekli ortamı sağlamak ve bunun için uygun tedbirleri almak yolunda sağlanabileceği tabiidir denilmektedir.”¹

1.1. Mevduat Kavramı

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesine göre,

Mevduat: Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında istendiğinde ya da belli bir vadede geri ödenmek üzere kabul edilen parayı,

Tasarruf Mevduatı: Mevduat bankaları nezdinde açtırılan gerçek kişilere ait ve münhasıran çek keşide edilmesi dışında ticari işlemlere konu olmayan mevduat hesaplarını,

Katılım Hesabı: Katılım bankalara yatırılan fonların bu kurumlarca kullandırılmasından doğacak kar ve zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden verilmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve anaparanın aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturdukları hesapları,

Katılım Fonu: Katılım bankaları nezdinde açtırılan gerçek ve tüzel kişilere ait özel cari hesap ve katılma hesaplarında yer alan parayı, ifade eder.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun “Mevduat ve katılım fonu kabulü”nü düzenleyen 60. maddesine göre;

“Kredi kuruluşları ile özel kanunlarına göre yetkili olanlar dışında hiçbir gerçek veya tüzel kişi, aslen veya fer'an meslek edinerek mevduat veya katılım fonu kabul edemez, ticaret unvanları ve kamuya yapacakları açıklamalar ile ilân ve reklamlarında bu izlenimi yaratacak ifade ve deyimleri kullanamaz. Karşılığında hesap cüzdanı yerine makbuz, katılma belgesi, senet ve benzeri belgelerin verilmesi, alınan paraların mevduat veya katılım fonu kabulü sayılmasına engel değildir.

Resmî ve özel kuruluşlar ile ortaklıklarda, yalnız çalışanlarına ait olmak üzere sağlık ve sosyal yardım, emeklilik, ihtiyat ve tasarruf sağlama amaçlarıyla kurulan sandık ve vakıfların münhasıran kendi üyelerinden bu amaç-

¹ Reisoğlu, Seza, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Ankara, Nisan 2007, s. 14, 80.

lar için topladıkları paralar ile sigorta şirketlerinin işlemleri bu Kanun uygulamasında mevduat ve katılım fonu kabulü sayılmaz. Kalkınma ve yatırım bankalarının kendi müstakrizlerinden, ortak ve ortaklıklarından genel esaslar dâhilinde sağladıkları fonlar ile bankalardan, para piyasaları, sermaye piyasaları ve organize piyasalardan sağlayacakları fonlar bu Kanun uygulamasında mevduat sayılmaz.

Türkiye’de kurulan kredi kuruluşlarının yurt dışındaki şubeleri ve ortaklıkları, mevduat cüzdanı ve fon toplamaya ilişkin evrakın düzenlenmesi işlemlerini faaliyette buldukları ülkede yapmak zorundadır. Bu şube veya ortaklıklar adına hiçbir sekil ve surette yurt içinde mevduat cüzdanı ve fon toplamaya ilişkin evrak düzenlenemez veya verilemez. Türkiye’de Kurulu kredi kuruluşları, yurt dışında kurulu ortaklıkları veya başka banka veya finansal kuruluşlar adına yurt içinde yerleşik kişilerden mevduat veya katılım fonu kabul etmek amacıyla; evrak ya da cüzdan bulundurmaları, personel istihdam etmeleri, bu ortaklıklar veya başka kredi kurulusu veya finansal kuruluşlar adına toplanacak mevduat ve katılım fonu üzerinden personele ücret, komisyon, prim ve benzeri adlar altında para ödemek veya personele bu kuruluşların reklamını yaptırmak suretiyle müşterilerini anılan kuruluşlara yönlendirmeleri, bu ve benzeri yöntemler kullanarak yurt dışında kurulu kuruluşlar adına mevduat ve katılım fonu kabul etmeleri, bu madde kapsamında izinsiz mevduat ve katılım fonu kabulü sayılır.

Kredi kuruluşları, mevduat hesapları ile katılım fonu hesaplarını Kurulun görüşü alınmak suretiyle Merkez Bankasınca tespit edilecek vade ve türlerine göre tasnif etmek, tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonunu diğer hesaplardan ayırmak zorundadırlar. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine göre ihraç edilen sermaye piyasası araçları hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz.”

Mevduat, etimolojik açıdan incelendiğinde Arapça kökenli bir sözcük olduğu görülmüştür. Mevdu ya da mevdua saklamaya verilmiş, emanet bırakılmış, tevdi edilmiş şey, mevduat ise onun çoğuludur. Tevdi, bırakma, emanet etme, tevdiat onun çoğuludur. Saklanan şeye vedia, saklayan ile saklatan arasındaki hukuksal ilişkiye vedia ya da ida sözleşmesi, saklayana müstevda, saklatana mudi adı verilir.²

² Arık, Kemal Fikret, Sözlüklü-İçtihatlı Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ankara 1964, s.497

1.2. Mevduatın Hukuksal Niteliği

Öte yandan mevduatın hukuki niteliği açısından konu araştırıldığı; bankaya mevduat olarak yatırılan paraların hukuki niteliği tartışmalıdır.³ Egemen görüş, vadesiz mevduatın usulsüz tevdi, vadeli mevduatın ödünç sözleşmesine dayandığı şeklinde olmuştur. Vedia sözleşmesinin bir biçimi olan usulsüz tevdi (BK m. 472) faiz verilmesi karine değildir. Diğer bir deyişle usulsüz tevdi muhafaza için verilen meblağın aynen fakat mislen iadesi söz konusudur. Sözleşmede bir süre tespit edilmiş olsa bile, mudi tevdi ettiği şeyi her zaman geri isteyebilir. Bu takdirde, kararlaştırılmış olan süreyi dikkate alarak kendisine tevdi edilenin yapmış olduğu masrafı ödemek zorundadır. (BK m. 466) Bu özellikleriyle vadesiz mevduat daha çok usulsüz tevdi koşulları taşımaktadır. Faiz yok denecek kadar azdır.⁴ Oysa 61. maddeye göre banka muvafakat etmedikçe mudinin, vadeli yatırdığı parasını geri alması mümkün değildir.

Uygulamada mevduattan *banka hesabı* şeklinde bahsedilmektedir. Hesap, muhasebe sisteminde varlık ve yükümlülüklerin kaydına yarayan defterin tahsis edilmiş bir bölümüdür. Ana hesaplar alt hesaplara bölünür. Mevduat ana hesabı içinde en alt kalemler gerçek kişilerin adlarına açılan mevduatın kaydedildiği bölümlerdir. Bununla birlikte kredilerin havalelerin saklama hizmetlerini kaydedildiği benzer başka hesaplar da vardır.

Birden çok kimse bir bankada tek bir mevduat hesabı açtırabilirler. Aralarında kararlaştırılmak suretiyle bu hesaptan her biri münferiden para çekebilir veya hesaba para yatırabilirler. Bu hesaba, "*müşterek hesap*" adı verilir. Teselsüllü (tek imzalı) ortak hesap adı da kullanılmaktadır. Bu halde hesap sahiplerinden her biri hesap üzerinde münferit hesap sahibi gibi tasarruf hakkına sahiptir. Bankacılık Kanunu yönünden de münferit hesap sahibi gibi dikkate alınır. Müşterek hesapta bir tasarruf kaydı yoksa ve hesap açtırılanlar hesaptaki parayı birlikte veya münferiden kullanacaklarını bankaya beyan etmemiş veya yetki bel-

³ Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt:1/2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1985,s.29 vd., Kuntalp Erden, Mevduat Kavramı, *Bankacılar Dergisi*, Nisan 1992, s.75-77.

⁴ Taşdelen, Servet, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Ankara, Haziran 2006, s. 617.

gesi vermemişlerse hesap bölünebilir bir hesaptır. Sahiplerinin hesapta eşit oranda payları vardır.

Off Shore Mevduatı: Türkiye'deki bankaların off shore adı verilen yerlerde faaliyet gösteren ve Türkçeye kıyı bankası olarak çevrilen bankalara yatırılan paralara aracılık etmeleri veya bu paraların sahiplerini, kendilerinin kurdukları kıyı bankalarına yönlendirmeleri söz konusu olabilmektedir. 1999'dan itibaren özellikle TMSF bünyesine alınan bankaların sahip ve yöneticileri tarafından kurulan kıyı bankalarına önemli boyutlarda mevduat bu şekilde yaratılmıştır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 60. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları bu tür yanıltıcı faaliyetleri önlemeye yöneliktir.

Bankalar Kanununa göre; izin verilen bankalarla özel yasalarına göre yetkili olanlar dışında hiçbir gerçek ve tüzel kişi aslen veya fer'an meslek edinerek mevduat kabul edemez, ticaret unvanları ve kamuya yapacakları açıklamalar ile ilan ve reklamlarında mevduat kabul ettikleri izlenimini yaratacak ifade ve deyimleri kullanamaz. Aslen meslek edinmek, bir faaliyeti mesleğin esas konusu olarak seçmek ve doğrudan doğruya yürütmektir. Fer'an meslek edinmede ise asli unsur vardır; meslek bu asli unsura bağlı olarak yürütülmektedir. Meslek fer'i başka bir ifadeyle, ikincil bir meslektir. Acente, komisyoncu, simsar, fer'i meslek icra eden tacir yardımcılarıdır. Acenteler tacirle yapacakları sözleşme ile onun adına sözleşme yapma yetkisine de sahip olabilirler. Bu yetkinin olmaması halinde ise sadece aracılık ederler. TTK'da tellal olarak geçen simsar, sözleşme yapma yetkisine sahip olmaksızın ticari işlere aracılık eder (m.100).

Madde ile fer'an mevduat kabulü yasaklanmıştır. Bu nedenle, bir bankanın TTK m. 116-134 hükümlerine göre; sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette bir bankayı ilgilendiren sözleşmelere aracılık eden veya bunları o işletme adına yapan acenteler vasıtasıyla mevduat kabul etmesi, hukuken mümkün değildir. Buna karşılık, kendilerine mevduat toplama izni verilen kuruluşların bu izne sahip başka teşekküller adına havale göndermek suretiyle mevduat toplamalarını engelleyen bir yasa hükmü yoktur. Esasen buradaki işlem fiilen mevduat toplamaya aracılık olsa da hukuken havale aracılığıdır. Örneğin Türkiye'deki bir bankanın Kıbrıs'taki herhangi bir banka adına acente sıfatı ile başka bir suretle mevduat toplaması, yasaklanmamıştır. Mevduat toplama izninin yalnızca izni alan

banka adına toplanacak mevduatı kapsadığına dair bir açıklık yoktur. Bununla birlikte 60. maddenin altıncı fıkrası, Türkiye’de kurulu kredi kuruluşlarının yurt dışındaki banka ve finansal kuruluşlar adına mevduat veya katılım fonu kabul etmek amacıyla bazı iş ve işlemlerde bulunmasını yasaklamış ve böylece halkın yanıltılmasının önüne geçmeyi hedeflemiştir.

Mevduatta, sahibinin nemalandırma ve parasını muhafaza kastı olup; mevduatın hukuksal niteliğinde belirleyici olan unsurlar bunlardır. Henüz hak sahibine ödenmemiş olan gelen havale bedellerine mevduat yapma kastıyla gönderilmedikleri için BK’daki havale sözleşmesinin hükümlerini uygulamak gerekecektir. Akreditif bedeli akreditif hamilinin borcunu ödemesi için bankaya yatırılmıştır. Görüldüğü üzere; teminat mektuplarının teminatını teşkil etmek üzere nakit bloke edildiği, akreditif bedellerinin geçici hesaplarda tutulduğu, gelen havalelerin tahsil edilmediği hallerde her bir paranın bankaya yatırılışındaki hukuksal ilişki değerlendirildikten sonra mevduat olup olmadığına karar vermek gerekecektir.⁵

Bankalar Kanunu’nun Merkez Bankası’na verdiği yetki, Merkez Bankası Kanunu’nda, bankanın Kanun’da, temel görev ve yetkileri arasında “bankalardaki mevduatın vade ve türleri ile özel finans kurumlarındaki katılma hesaplarının vadelerini belirlemek” olarak tekrarlanmıştır. (m. 4/3, 40/2-b) Her iki yasada geçen mevduat vadesi belirlemek ibaresinden esas itibariyle, bankalarda hangi vadelerde mevduat hesabı açabileceklerini, çerçevesini belirlemek şeklinde anlaşılmalıdır.

Merkez Bankası Mevduat Türleri ve kapsamı “Vade Dilimleri Hakkında Tebliğ” ile 1997 yılında belirlediği mevduatın tür ve vadelerini 2002 yılında “Mevduatın Tür ve Vadeleri İle Katılma Hesaplarının Vadeleri Hakkındaki Tebliğ” ile (Sıra No: 2002/1) yeniden düzenlenmiştir.

Buna göre mevduatın türleri;

A. Tasarruf Mevduatı

B. Resmi Kuruluşlar Mevduatı

C. Ticari Kuruluşlar Mevduatı

D. Bankalar arası Mevduat

⁵ Taşdelen, Servet, *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Ankara 2006, s. 631.

E. Diğer Kuruluşlar Mevduatı (Sosyal Güvenlik Kurumları, vakıflar, dernekler, noter teminat ve emanet paraları, mahkemeler, savcılıklar, icra ve iflas daireleri ve tereke hakimlikleri nezdindeki paralar vb.)

Mevduatta Vade ve İhbar Süresi

A. Vadesiz Mevduat: Bankanın izni aranmaksızın hesap sahibi tarafından istenildiği zaman kısmen veya tamamen geri çekilebilen herhangi bir ihbar veya vade koşulu taşımayan ve faiz tahakkukları yılsonunda veya hesabın kapatılmasında yapılan mevduattır.

B. İhbarlı Mevduat: Çekileceği tarihten yedi gün önce yazılı bir ihbar verilmek suretiyle çekilebilen mevduattır.

C. Vadeli Mevduat: Bir aya kadar vadeli 1, üç aya kadar vadeli 3, altı aya kadar vadeli 6, bir yıla kadar 1, bir yıl ve daha uzun vadeli mevduattır.

D. Birikimli Mevduat: İlk kez yukarıda açıklanan tebliğ ile düzenlenen en az beş yıl vade ile açılan, sözleşme ile belirlenen aylık veya üç aylık sürelerde hesaba para yatırmaya izin veren mevduattır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 61. maddesine göre; "4721 sayılı Türk Medeni Kanununun rehinlere ve hapis hakkına, 818 sayılı Borçlar Kanununun alacağın devir ve temlikine, takasa dair hükümleri ile diğer kanunların verdiği yetkiler ve koyduğu yükümlülükler saklı kalmak şartıyla mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma hakları hiçbir suretle sınırlandırılmaz. Mevduat veya katılma hesabı sahipleri ile kredi kuruluşları arasında vade ve ihbar süresi hakkında kararlaştırılan şartlar saklıdır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir."

Mevduat, mudi ile banka arasında bir sözleşmenin konusudur. Bankanın sözleşmenin vadesi sonunda mevduatı iade etmesi, sözleşmeden kaynaklanan borcudur. Mevduatı geri alma hakkı da mudiin bu sözleşmeden dolayı sahip olduğu bir haktır. Kanun'un 61. maddesindeki hüküm, yasalardan ve sözleşmeden doğan ayrık durumlar dışında, mudiin alacağını geri almasını kamu gücü ve ceza yaptırımı ile teminat altına almak suretiyle banka sistemine güveni güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Bununla birlikte bankacılığın temelinde mevdu-

atın mevcut sözleşmeye uygun olarak istenildiğinde derhal geri iadesi yatar.

Banka bu gereği yerine getiremiyorsa ayakta durması kabil olmaz. Madde ile mevduat ve katılım fonu sahiplerine ödenmesi gereken tutarları geri alma haklarının sınırlandırılması yasaklanmıştır. Fark, ödenmesi gereken tutar konusundadır. Önceki yasada yatırılan meblağın geri alınması idi. Faizin buna dahil olup olmadığı tartışmalıdır. Ödenmesi gereken tutar mevduat sözleşmesindeki tutardır. İşlemiş faiz ve varsa diğer haklar geri alınacak tutara dahildir. Sözleşme yazılı ise bunun ispatı kolaydır. Yalnızca mevduat cüzdanı vermek suretiyle sözleşme yapılmışsa kanıtlanma gücü vardır. Sınırlandırma sözleşme sona erdiğinde veya devam ederken mevduatın vadesinin uzatılmasını, kısmen ödenmesini veya hiç ödenmemesini, başka bankalara veya kişilere devredilmesini kapsar. Bu hakkın kullanılmasını engelleyenlere verilecek ceza 146. maddenin birinci fıkrasının (o) bendinde idari para cezası olarak düzenlenmiştir.

Mevduatın Rehni: MK'nın 954. maddesine göre; başkasına devredilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir. Yazılı olması gereken (m. 869) rehin sözleşmesi, rehnedilen durumundaki mevduat sahibi ile rehin alan kişi arasında akdedilir. Mevduat hesabı üzerine rehin konulması, mevduat hesabının lehine rehin konulana devredilmesi sonucunu doğurmaz. Rehin eden ile rehin alan, rehni üçüncü kişi durumundaki bankaya ihbar edebilirler. Bu ihbarı yapmazlar ise hesaptaki bakiyeyi hak sahibi görünen kimseye ödeyen banka borcundan kurtulur. Bankadaki hesap üzerine rehne ilişkin kayıt konulduktan sonra hesaptan ödeme yapılabilmesi mevduat sahibi ile rehin alanın rızası varsa mümkün olur.

Mevduatın Temliki: Maddede mevduatın geri alma hakkının kısıtlanamayacağı düzenlenirken alacağın devir ve temlik hükümleri de saklı tutulmuştur. Alacaklı borçlunun rızası olmaksızın alacağını başkasına devredebilir. Buna alacağın temlik adı verilir. Bankadaki mevduatın alacaklısı mudi, borçlusu ise bankadır. Mudi, tevdiat sırasında bir sözleşme ile aksi kararlaştırılmamışsa bankanın rızasını aramaksızın mevduatını başkasına devredebilir. Devir sözleşmesi şekil koşullarına bağlıdır, yazılı olmalıdır. Sözleşmede temlik edilenin alacaklı olduğu miktar, temlik edenin adı açıkça gösterilmeli ve mudi temlik sözleşmesinin usulüne uygun olarak imza etmelidir. Mevduatın ne kada-

rının temlik edildiği, sözleşmenin yapıldığı yer ve zaman gösterilmemiş olsa dahi sözleşme geçerlidir. Temlik edilen mevduat hesabının mevduat niteliği devam eder. Yeni mudi, öncekinin haklarını kullanarak geri istendiğinde, banka mevduatını iade etmek zorundadır. Maddeye ayırık düzenleme, eski mudinin, hesap üzerinde artık bir hak iddia edemeyeceğidir.

Takas: Usulsüz tevdi niteliğindeki vadesiz mevduatta takas için alacaklının rızası gerekirken daha çok karz sayılan vadeli mevduatta alacaklının rızası aranmayacaktır. Burada da mevduatın ve bankanın alacağının muaccel olması koşulu gereklidir. Bankada mevduat sahibinin aynı zamanda kredisi varsa kredi sözleşmesinde mevduatın borca mahsup edileceğine dair bir hüküm bulunmasa bile banka veya mudi mevduatı krediye takas edeceklerini karşı tarafa bildirmek suretiyle borçlarından kurtulabilir ya da alacaklarını tahsil etmiş olur. Takasın koşulları mevcutsa iki tarafın birbirine olan borç ve alacakları takas edebilecekleri andan itibaren bunlardan en düşük miktar kadar ortadan kalkar. (BK m. 122) Diğer taraftan mevduat sahibi iflas etmiş ise banka mevduatı vadesi gelmemiş olsa bile alacakları ile takas etme hakkına sahiptir.

Mevduatta zamanaşımı: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 62. maddesine göre; *"Bankalar nezdlerindeki mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan hak sahibinin en son talebi, işlemi herhangi bir yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanlar zamanaşımına tabidir. Zamanaşımına uğrayan her türlü mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklar banka tarafından hak sahibine ulaşılamaması halinde yapılacak ilanı müteakiben Fona gelir kaydedilir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir."*

Zamanaşımına tabi olan sadece mevduat değildir. Kiralık kasa mevcudu, saklamaya verilmiş tahvil, borçlu cari hesapların alacak bakiyesi bekleyen havaleler, kredi kartı hesabı alacak bakiyeleri zamanaşımına tabidir. Kasa fazlaları, fazlalığın nereden geldiği, niteliği ve hukuksal durumu bilinemediğinden mevduat, emanet veya alacak niteliğinde değildir. Bunlar büyük olasılıkla sahibinin iradesi dışında bankada kalan veya para üstlerinin toplamından ileri gelmektedir. Banka holünde düşürülen, unutulmuş paralar da zamanaşımı hükümleri kapsamına girmeyecektir. Bunlar TMK'nın bulunmuş eşya hükümlerine tabidir. (m. 769 vd.)

Kaybolan bir malı bulan kimse sahibine haber vermeye, sahibini bilmiyorsa zabita memurlarından birine haber vermeye veya durumu münasip bir surette ilan etmeye mecburdur. İlandan veya zabıtaya ihbardan itibaren beş yıl içinde sahibi çıkmadığı takdirde eşyayı bulan kimse görevini yapmış ise ona malik olur. Vadeli bir hesapta zamanaşımı, hak sahibinin parasını talep etme hakkının doğduğu vade tarihinden sonra işlemeye başlayacaktır. 2308 sayılı Şirketlerin Müruru Zamana Uğrayan Kupon, Tahvil ve Hisse Senedi Bedellerinin Hazineye İntikali Hakkında Kanun'da da bazı değerlerin zamanaşımına uğraması düzenlenmiştir. Yasaya göre anonim ve limited ortaklıklarla sermayesi paylara ayrılmış komandit ortaklıkların komanditerlere ait pay senetlerinin ve tahvillerinin yasal mazeret bulunmaksızın beş yıllık zamanaşımına uğrayan faiz, temettü ve ikramiye gibi menfaatleriyle bu ortaklıkların pay senetleri ve tahvillerinden bedele inkılap etmiş olanların on senelik zamanaşımına uğrayan bedelleri Devlete intikal eder.

Bu ortaklıklar, bahsolunan menfaat ve bedelleri, zamanaşımı süresinin bitmesinden itibaren üç ay içinde yerel mal sandığına yatırmaya mecburdurlar. Nizamnamelerinde zamanaşımı süresi gösterilmiş olup da TTK gereğince Hükümetçe onanmış olan ortaklıklar için tayin olunmuş süreler, zamanaşımına esas tutulmuştur. Bu hükümlere uymayan ortaklıklar, vermeye mecbur oldukları parayı üç misli tazminatla birlikte ödemeye mahkum edilirler. Sözü geçen yasanın Anayasa'ya aykırılığı iddiası zamanaşımının Anayasa'da düzenlenmeyerek yasa koyucunun ihtiyarına bırakıldığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi tarafından kabul görmemiştir. Bankacılık Kanunu hükümlerinden ayrı olarak söz konusu bedeller, bankalarca zamanaşımına uğramış emanet, mevduat veya alacak sayılmayacak ve TMSF'na devredilmeyecektir.

Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik gereğince zamanaşımına uğrayan mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklara ilişkin usul ve esaslar 5411 sayılı Bankacılık Kanunu gereğince yayınlanmış ve bu hususta genel çerçeve çizilmiştir.

1.3. Mevduatın Sigortalanması, Tasarruf Mevduatı Sigortası, Sigortanın Kapsam ve Tutarı

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 63. maddesi uyarınca; "Mevduatın ve Katılım Fonunun Sigortalanması"nın nasıl yapılacağı belirlenmiştir. Buna göre 63 üncü maddeye göre; "Kredi kuruluşları nezdlerindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonları, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından sigorta edilir. Kredi kuruluşları, nezdlerindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonlarını, sigortaya tâbi kısım üzerinden sigorta ettirmek ve bunun üzerinden prim ödemek zorundadır. Sigortaya tâbi olacak tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonlarının kapsamı ve tutarı, Merkez Bankası, Kurul ve Hazine Müsteşarlığının olumlu görüşü alınmak suretiyle Fon Kurulu tarafından belirlenir. Risk esaslı sigorta priminin oranı, yıllık bazda sigortaya tâbi tasarruf mevduat ve katılım fonunun binde yirmisini aşamaz. Risk esaslı sigorta priminin tarifesi, tahsil zamanı, şekli ve diğer hususlar Kurulun görüşü alınmak suretiyle Fon Kurulu tarafından belirlenir. Kredi kuruluşlarının iflası hâlinde mevduat ve katılım fonu sahipleri, Fonun imtiyazlı alacaklarından ve Devlet ile sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere sigortaya tâbi olmayan kısım için 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 206 ncı maddesindeki üçüncü sıra anlamında imtiyazlı alacaklılardır. Kredi kuruluşlarınca Fona ödenen sigorta primleri kurumlar vergisi matrahının tespitinde gider olarak kabul edilir. Faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşları nezdinde bulunan ve doğruluğu hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde kanıtlanan mevduat ve katılım fonunun sigorta kapsamındaki kısmı, Fon kaynaklarından ödenir."

Mevduatın ve katılım fonunun sigortalanması ile ilgili olarak tasarrufunun madde gerekçesinde; kredi kuruluşlarındaki mevduatların ve katılım fonlarının emre amade olmaması durumunun göz önüne alınması gerektiğinden ve asgari bir mevduat ve katılım fonu koruma seviyesinin temin edilmesinin şart olduğundan bahisle mevduatın sigortalanmasına ilişkin bu madde hükmü ihdas edilmiştir. Mevduatın ve katılım fonunun sigortalanması, sektördeki tüm kuruluşlar arasında bir dayanışmanın, finansal bütünleşmenin ve denetimin vazgeçilmez bir unsuru olarak görülmektedir. Bankalara duyulan güveni artırmak suretiyle tasarrufları korumak ve Türk mali sistemine istikrar kazandırmak amacıyla mevduat sigorta sistemi uygulanmaktadır.

Fakat bu husus, kredi kuruluşları nezdindeki mevduatların ve katılım fonlarının tamamının sigortalanması anlamına gelmez. Türkiye ve Dünya örneklerinde mevduata tam garanti uygulamasında finans sektöründe sistemik bir krizi önlemek veya bir an önce sonlandırmak ve oluşabilecek maliyetleri en aza indirmek amacıyla başvurulduğu bilinmektedir. Bu nedenle tam mevduat güvencesi sınırlı bir süre için uygulanması gereken bir politika seçeneğidir. Tam mevduat güvencesinin bir ülkede uzun süre uygulanması ve bu politikanın geçici nitelikten uzaklaşarak kalıcı bir hal alması, piyasa disiplini zayıflatarak ekonomi üzerinde olumsuz bir etki yaratmaktadır. Bu durum ülkemiz kaynaklarının verimli yatırım ve faaliyet alanlarına kanalize edilmesini önlemekte, tasarruflarımızın ülke kalkınmasına yapacağı katkıyı sınırlandırmaktadır. Bu nedenle, ülkemiz uygulamasında da mevcut durumda tasarruf mevduatlarının sadece *50 bin TL'ye kadar olan kısmı güvence kapsamındadır.*

Mevduat sigorta primine esas matrahın tespiti hususunda çeşitli ülkelerde farklı uygulamalar söz konusudur. Hemen belirtmek gerekir ki, sigortalı mevduat üzerinden prim alınması daha yaygındır. Sigorta priminin, mevduatın sigortalı kısmı toplamı üzerinde değil, mevduatın tümü üzerinden hesaplanması Fona gelir sağlama bakımından savunulabilirse de, bu duruma hukuki bakımdan itiraz edilebileceği hususu izahtan varestedir. Buna göre, mevduat sigorta primlerinin sigortaya tabi mevduatın ve katılım fonunun sigortalı kısmı üzerinden hesaplanması daha hakkaniyetli olacaktır. Bu nedenle maddenin ikinci fıkrasında kredi kuruluşlarının nezdlerindeki tasarruf mevduatını ve gerçek kişilere ait katılım fonlarını sigortaya tabi kısım üzerinden sigorta ettirmek ve bunun üzerinden prim ödemek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır.

Fonun asli gelir kaynağı olan mevduat sigorta prim ödemelerinin yetersiz kalması durumunda Hazine Müsteşarlığı ve Merkez Bankası kaynaklarına başvurulduğu için sigortaya tabi olacak tasarruf mevduatının ve gerçek kişilere ait katılım fonlarının kapsamı ve tutarının Merkez Bankası, Kurul ve Hazine Müsteşarlığı'nın olumlu görüşü alınmak suretiyle Tasarruf Mevduatı Fon Kurulu tarafından belirlenmesi hüküm altına alınmıştır. Böylece 30.05.2004 tarihli, 94/19/EC sayılı Konsey Direktifi'ne uyumun tesis edilebilmesi amacıyla sigortaya tabi olacak mevduatın kapsamının belirlenebilmesi hususunda esneklik sağlanmıştır.

Bankacılık sistemi içerisinde her bankanın sistem üzerinde yarattığı riske göre sigorta primi ödemesi genel sigortacılık prensipleriyle uygun olduğu gibi birçok ülke uygulamasında da yer almaktadır. Bu amaçla prim ödemesinin risk esaslı olarak belirlenmesi uygun görülmüştür. Bankaların risk esaslı sigorta primi tarifesine bağlı olması, aynı zamanda bankaları daha düşük seviyelerde risk almaya ve daha ihtiyatlı düzenlemelere uyum konusunda teşvik edici niteliktedir. Risk esaslı sigorta priminin tarifesi, tahsil zamanı, şekli ve diğer hususların Kurulun görüşü alınmak suretiyle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fon Kurulu tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Edilecek Primlere Ait Yönetmelik'te 07.11.2006 tarihli ve 26339 sayılı *Resmi Gazete*'de yayınlanmıştır. Keza 63. maddenin birinci fıkrası, mevduatın ve gerçek kişilere ait katılım fonlarının sigortalanmasını düzenlemekte olup; 4389'dan farklı olarak sigorta kapsamına katılım fonları da alınmıştır. İkinci fıkrasında kredi kuruluşları tasarruf mevduatını, belirlenen sınır üzerinden sigortaya tabi kısım üzerinden sigorta ettirmek zorundadır. Diğer bir deyişle Türk hukukunda zorunlu sigorta sistemi geçerlidir.⁶

Bankalar mevduat kabul ettikleri anda prim ödemeseler veya mevduatı gizleseler dahi, tasarruf mevduatı kanuni limitler içerisinde garanti kapsamındadır ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun bankanın faaliyet iznini kaldırması halinde ödeme yükümlülüğü doğar. Bir görüşe göre; sigorta yaptırılmaz ise mevduat da sigortasız kalacaktır. Bu zorunluluğa uymayan bankalara yaptırım uygulanacaktır.⁷ Bir diğer müellife göre ise; ne 4389 sayılı Kanun'da, ne de 5411 sayılı Kanun'da bankalar ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu arasında sözleşme yapılmasına dair herhangi bir yasal düzenleme bulunmamasından ötürü bankalara mevduat yatıranların riski bizzat taşıdıkları görüşüne katılma olanağının bulunmadığı belirtilmektedir. Bu primlerin ödenmemesi halinde bankanın Fon kapsamından çıkarılması söz konusu olmayıp, Fon 6183 sayılı Kanun'a göre primleri tahsil etmek durumundadır.⁸

⁶ Reisoğlu, Seza, *a. g. e.*, s. 800-905 vd.

⁷ Taşdelen, Servet, *a. g. e.*, s. 678 .

⁸ Reisoğlu, Seza, *a. g. e.*, s. 906-907 vd.

Sigortaya Tabi Tasarruf Mevduatı ve Gerçek Kişilere Ait Katılım Fonlarının Kapsam ve Tutarı, yukarıda belirtilen Yönetmeliğe göre; sigorta kapsamındaki mevduatın ve katılım fonlarının kapsam ve garanti limiti belirlenmiştir. Yönetmeliğin 4 üncü maddesine göre; Türkiye’de faaliyet gösteren bir kredi kuruluşunun yurt içi şubelerinde gerçek kişiler adına açılmış olan ve münhasıran çek keşide edilmesi dışında ticari işlemlere konu olmayan Yeni Türk Lirası, döviz ve kıymetli maden cinsinden

a. Tasarruf mevduatı hesaplarının anaparaları ile bu hesaplara ilişkin faiz reeskontları toplamının,

b. Katılma hesapları birim hesap değerlerinin ve özel cari hesapların,

Her bir gerçek kişi için 50.000 TL’ye kadar olan kısmı sigorta kapsamındadır. Türkiye’de faaliyet gösteren kredi kuruluşları, Türkiye’de kurulu mevduat ve katılım bankaları ile aynı nitelikteki yurt dışında kurulu yabancı bankaların Türkiye’deki şubeleridir. Tasarruf mevduatının ve katılım fonunun Türkiye’de faaliyette bulunan bankaların yurt içi şubelerinde açılması yeterlidir. Mevduat ve katılım fonu hesabı sahibinin Türkiye’de yerleşik olup olmaması yurt dışında yerleşik Türk veya yabancı olması veya mevduatın ve katılım fonunun yurt dışından gönderilmesi önemli değildir.

Türkiye’de kurulu bankaların yurt dışındaki şubelerindeki (off shore şubeleri dahil) tasarruf mevduatı ve katılım fonları mevduat sigortası kapsamı dışındadır. Yurt dışı şubelerdeki tasarruf mevduatının ve katılım fonlarının Türkiye’deki banka şubeleri aracılığıyla gönderilmiş olması farklılık yaratmaz.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Bankalar Birliği’ne gönderdiği bir yazıda, 32 sayılı Karar ile sağlanan imkanlar çerçevesinde yurt dışında faaliyet gösteren bazı finans kuruluşları nezdinde hesap açılması konusunda aracılık yapılmasına ilişkin taleplerin birliğiniz üyesi bankalarca kabul edilerek gerekli transferlerin yapıldığı ve böylece Türkiye’deki yatırımcıların yurt dışında faaliyet gösteren finans kuruluşları nezdinde muhtelif türlerde (off-shore, fiduciary account vb.) hesap açtırdıkları bilinmektedir. Ancak tarafımıza da ulaşan bazı şikayetlerden söz konusu hesap sahiplerinin yurt dışında faaliyette bulunan finans kuruluşları nezdinde açtırdıkları hesaplar konusunda ye-

terli bilgiye sahip olmadıkları, özellikle bu hesapların sigorta kapsamında olduğu şeklinde yanlış bilgi sahibi oldukları öğrenilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle Türkiye Bankalar Birliği'ne üye bankaların müşterilerinin bilgilendirilmesi amacıyla, tüm üye bankaların şubelerinde yurt dışında faaliyet gösteren finans kuruluşları nezdinde açılan hesapların sigorta kapsamında olmadığı konusundaki bir yazının görünür bir yere asılması ve havale makbuzları ile ilgili her türlü belge üzerinde bu konuda bir açıklamaya yer verilmesi, ayrıca her türlü haberleşme kanalının kullanılması suretiyle kamuoyunun bu konuda aydınlatılması konusunda gereği talep edilmiştir.

Yönetmeliğin 10. maddesinde; Kredi kuruluşları, tasarruf mevduatı ve katılım fonu hesaplarının sigortalanmasına ilişkin olarak içeriği Fon tarafından belirlenecek yazılı açıklamayı şubelerinin görünen bir yerine asmak zorundadırlar denilmektedir.

- Yönetmeliğin 5/ç maddesine göre; Türkiye'de münhasıran kıyı bankacılığı faaliyeti göstermek üzere kurulan kredi kuruluşlarında bulunan mevduat ve katılım fonları da sigorta kapsamı dışındadır.

- Bankalardaki repo işlemleri de niteliği gereği sigorta kapsamı dışındadır.

- Bankadan Hazine Bonosu ve Devlet Tahvili satın alma da mevduat oluşturmadığından; Fon'un sigorta kapsamı dışındadır.

1.4. Tasarruf Mevduatı Fonunun Garantisindeki Diğer Kriterler

- Mevduat garantisinin her bankadaki hesaplar için ayrı ayrı hesaplanması: Mevduat garantisinde aynı gerçek kişiye ait bir bankanın tüm şubelerindeki tasarruf mevduatı hesaplarının ve katılım fonlarının- anapara ve faizler dahil- toplamı göz önünde tutulur. Aynı bankanın bir şubesindeki veya her şubesindeki hesaplar ayrı ayrı garantili olmayıp, bir gerçek kişinin birden fazla bankadaki hesapları ayrı ayrı 50.000 TL'ye kadar garanti kapsamındadır.

- Her gerçek kişinin garantiden ayrı ayrı yararlanması Yönetmelik'te de açıkça ifade edildiği üzere, her gerçek kişi garantiden ayrı ayrı yararlanır. Velinin veya vasinin, küçüğün veya mahcurun hesapları üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması garanti açısından farklılık yaratmaz. Ortak hesap sahiplerinin garantiden yararlanmasında, ortak

hesaplarda hesap sahiplerinin banka ile yaptıkları sözleşmede farklı oranlar yer almıyorsa bunların ortak hesapta eşit oranlarda mevduatı olduğu kabul edilecek ve ayrı ayrı garanti uygulanacaktır.

- Yabancı para üzerinden açılmış tasarruf mevduatı veya döviz tevdiat hesabına fondan yapılacak ödemelerde ise ödeme döviz olarak değil, Yönetmeliğin 6. maddesi uyarınca, bankanın izninin kaldırıldığı tarihteki Merkez Bankası döviz alış kurları karşılığı Türk Lirası olarak yapılır.

- Altın depo hesaplarında garanti: Yönetmeliğin 6. maddesine göre; iznin kaldırıldığı tarihteki İstanbul Altın Borsası seans kapanış fiyatına ve Merkez Bankası döviz alış kurlarına göre belirlenen Türk Lirası karşılığı ödeme yapılır.

Bir gerçek kişiye ait tasarruf mevduatının veya katılım fonunun garanti kapsamındaki miktarı 50.000 TL olup; (BDDK'nın 23.02.2005 tarih ve 1584 sayılı Kurul Kararıyla)⁹garanti anapara ve faiz toplamını kapsamakta, kanuna karşı hile ve muvazaa oluşturan paylaşımlar ise, geçersiz olup bu tür hesapların sahipleri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'ndan herhangi bir talepte bulunamayacaklardır. Yönetmeliğin 4/2. maddesine göre, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından ödeme yapılacak mevduat hesabına izni kaldırılan bankaca tahakkuk ettirilen faizler, mevduat toplamları en yüksek beş mevduat bankasınca uygulanan faiz oranlarının ortalaması ile bu bankaca kamuya ilan edilen ve Merkez Bankasına bildirilen azami faiz oranları üzerinden hesaplanacak tutarları aşan kısmı sigorta kapsamında değildir.

Öte yandan, BDDK tarafından alınan 03.07.2003 tarih ve 1084 sayılı Kararla; "2000 yılının Kasım ayında mali sistemde yaşanan dalgalanmalar nedeniyle Hükümet tarafından 06.12.2000 tarihinde tasarruf sahiplerinin ve diğer kreditorlerin Türkiye'deki mevduat bankalarından olan alacaklarına ilişkin geçici tam bir garanti duyurusunda bulunulmuştur. Bu kapsamda BDDK söz konusu garantiyi uygulanması ile ilgili olarak 15.01.2001 tarihinde 151 sayılı Kararı almıştır. Ancak BDDK tarafından alınan söz konusu kararlar, anılan garanti uygulamasının 05.07.2004 tarihinden geçerli olmak üzere kaldırılmasına karar verilmiştir."

⁹ Bu karar BDDK'nın 03.07.2003 tarih ve 1084 sayılı kararına istinaden alınmıştır.

BDDK 03.07.2003 tarih ve 1085 sayılı Kararıyla; *“Yapılan değerlendirmeler sonucunda yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremeyen, alınması istenen tedbirleri almayan, faaliyetine devamı, mevduat sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arzeden Türkiye İmar Bankasının T.A.Ş’nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasına 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrası hükmü uyarınca karar verilmesine hükmetmiştir.”*

Bu kararı tarih sırasıyla itibariyle aşağıdaki kanuni düzenlemeler takip etmiştir:

- 03.07.2003 tarih ve 4969 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmündeki Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 12.08.2003’de yürürlüğe giren Geçici 2. maddesi ile *“Yalnızca gerçek tasarruf mevduatının ödenmesi”* öngörülmüştür.

- 27.12.2003 tarihli ve 25329 sayılı *Resmi Gazete’de* yayınlanan 5021 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Bankalar Kanunu Hükmüne İstinaden Bankacılık İşlemleri Yapma Ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası TAŞ Hakkında Tesis Edilecek Bazı İşlemler Hakkında Kanunu’nun Geçici 1 maddesinin (a) fıkrası ile T. İmar Bankası’nda diğer mevduatın ve ticari mevduatın da ödenmesi hükmüne bağlanmıştır.

- Bankalar Kanunu’nun 14. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan T. İmar Bankası TAŞ nezdinde bulunan tasarruf, ticari kuruluşlar ve diğer kuruluşlar mevduatının TMSF’ce ödenmesine ilişkin esas ve usuller hakkında kararda değişiklik yapılması hakkında kararın yürürlüğe konulması; Hazine Müsteşarlığı ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun müşterek önerisine dayanan Devlet Bakanlığı ve Başbakan yardımcılığının 25.01.2006, 02.05.2006 tarihli ve 145, 981 sayılı yazıları üzerine, 31.07.2003 tarihli ve 4969 sayılı Kanunu’nun Geçici 2. maddesi ile 16.12.2003 tarihli ve 5021 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesine göre Bakanlar Kurulu’nca 03.7.2006 tarihinde kararlaştırılmıştır. Bu kararda, T. İmar Bankası AŞ nezdinde bulunan ve bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme iznini kaldırıldığı tarihten itibaren geriye doğru bir ay içinde kıyı bankalarındaki hesapların yurt içi mevduata dönüştürülmesi suretiyle açılan hesapların hak sahiplerine yapılacak ödemenin esas ve usulleri belirlenmiştir.

- 21.07.2007 tarih ve 2007/12398 sayılı Bakanlar Kurulu'nca bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan Türkiye İmar Bankası TAŞ'ce, banka bünyesinde devlet iç borçlanma senedi bulunmamasına rağmen ikincil piyasada devlet iç borçlanma senedi satışı adı altında topladıkları tutarların başvuru halinde ödenme koşulları, 24.05.2007 tarihli ve 5667 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre karar altına alınmıştır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Sigorta kapsamı dışında kalan mevduat ve katılım fonu" adlı 64. maddesine göre: "Aşağıda da sayılan tasarruf mevduatı ve katılım fonu hesapları sigortaya tâbi değildir:

a) İlgili kredi kuruluşunun hâkim ortakları ile bunların ana, baba, es ve velâyet altındaki çocuklarına ait mevduat ve katılım fonu ile diğer hesaplar.

b) İlgili kredi kuruluşunun yönetim veya müdürler kurulu başkan ve üyeleri, genel müdür ve yardımcıları ile bunların ana, baba, eş ve velâyet altındaki çocuklarına ait mevduat ve katılım fonu ile diğer hesaplar.

c) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 282 nci maddesindeki suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri kapsamına giren mevduat ve katılım fonu ile diğer hesaplar.

d) Kurul tarafından belirlenen diğer mevduat, katılım fonu ve hesaplar."

2. Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Yapılan İşlemlerin Bankacılık Kanunu Karşısındaki Durumu

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 60. maddesi 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na göre ihraç olunan sermaye piyasası araçları hakkında uygulanmayacaktır. Başka bir anlatımla sermaye piyasası araçları mevduat ve katılım hesabı sayılmayacaktır. Bankalar Kanunu'nda bankaların tahvil ihracını yasaklayan bir hüküm yoktur.

Anonim ortaklıklar, genel kurul kararı ile tahvil ihraç edebilirler. (TTK m. 420) Halka açık anonim ortaklıkların ihraç edecekleri tahvil-leri Sermaye Piyasası Kurulu'na kaydettirmeleri zorunludur. (SPK m. 2-4). Bankalar Kanunu, karşılığında senet veya benzeri belgelerin verilmesini halka duyurmak suretiyle toplanan paranın mevduat sayılmasına engel görmemekle birlikte Sermaye Piyasası Kanunu'na göre halka arz edilen menkul değerlerin mevduat sayılmayacağını da hükme bağladığından (SPK m. 10/1) Sermaye Piyasası Kurulu'na kaydet-

tirilerek halka arz edilen tahviller mevduat kapsamında değerlendirilmeyecektir. Öte yandan, literatürde bankaların yurt dışı borçlanmalarının bir kısmının tahvil ihracı suretiyle gerçekleştirildiği ifade edilmektedir. Mevduat ile tahvil ihracı arasında mali yükümlülükler bakımından ortaya çıkabilecek farklılıklar giderilebilir. Bankaların hukuken mevcut tahvil ihraç yetkisi, sermaye yeterliliği, kur riski, piyasa riski gibi mevcut oranlara uygunluk sağladığı sürece sakınca yaratmayacaktır. Tahvil için belirttiğimiz hususlar SPK'na göre ihraç edilebilecek her türlü faizli borçlanma senedi için de geçerlidir.

Bilhassa Türkiye Vakıflar Bankası ile Türkiye Kalkınma Bankası tahvil ihraç eden bankalar arasında verilebilecek en çarpıcı örnekler olup; Türkiye Kalkınma Bankası'nın yürürlükteki Kuruluş Kanunu uyarınca Hazine kefaleti ile çıkaracağı tahviller, devlet tahvillerinin sahip olduğu her türlü hak ve ayrıcalık ve muafiyetten yararlanır.¹⁰

3. Posta ve Telgraf İdaresinin İşlemleri

Posta Kanunu'na göre; Posta ve Telgraf İdaresi Bankalar Kanunu hükümleri dairesinde her türlü işleri yapmak üzere "*Posta Biriktirme Sandığı*" kurmaya yetkilidir. Aynı Kanun'un otuz yedinci maddesinde posta çekleri de düzenlenmiştir. Buna göre adına bir çek hesabı açılmasını isteyen kimse vergi kimlik numarasını gösteren bir belge ile birlikte bu hesap için belirtilecek en az parayı vermeye mecburdur. Posta çeki işlemleri bir tüzükle düzenlenmiştir. Bu tüzüğe göre; çek hesabı sahibi hesaptaki alacağına tasarruf hususunda başkalarını yetkilendirebilir teminat parası hariç hesabındaki alacağı her zaman çekebilir.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 29.04.2004 tarih ve 1262 sayılı Kararıyla; kendi mevzuatı çerçevesinde yetkili olduğu ve halen yürütmekte bulunduğu faaliyetler dışında posta ve telgraf idaresinin bankacılık işlemleri yapmaması, mevduat toplamaması, kredi kullandırmaması, EFT, elektronik menkul kıymet transferi ve çek takas sistemini kullanmaması kaydıyla PTT Genel Müdürlüğü'nün hizmetlerini PTTBANK tanıtıcı işareti altında sunmasına karar verilmiştir.

¹⁰ Taşdelen, Servet, *a. g. e.*, s. 631-632.

4. İMKB Hisse Senetleri Piyasası ile Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsaları Yönetmeliğinin Halka Açık Bankaları İlgilendiren Hükümleri

Hisse senedi işlemleri, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda "birincil piyasa" ve "ikincil piyasa" işlemleri olarak iki ana gruba ayrılmaktadır. İMKB Hisse Senetleri Piyasası Yönetmeliği'nin 30. maddesinde "hisse senetleri birincil piyasasında, mevzuat çerçevesinde birincil piyasa alanına giren hisse senetlerinin halka arzı yapılır" hükmünü getirmiştir.

Halka arz SPK'da; "sermaye piyasası araçlarının satın alınması için:

- Her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını,
- Halkın bir anonim ortaklığa katılmaya ve kurucu olmaya davet edilmesini,
- Hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini,
- Sermaye Piyasası Kanununa göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının ve hisse senetlerinin satışını, ...ifade eder" biçiminde tanımlanmıştır.

Yönetmeliğin 30. maddesinde belirtildiği üzere, sermaye artırımları dolayısıyla halka arz edilmek istenilen hisse senetlerinin halka arzı Borsa'nın "birincil piyasa" adı verilen pazarında işlem görmektedir. Diğer bir ifade ile halka arz işleminin yapıldığı piyasa birincil piyasa olarak adlandırılmıştır. Borsada birincil piyasa işlemleri, hisse senetleri Borsada işlem göremeyen ve gören şirketler için iki ayrı gruba ayrılmıştır.

Birinci gruba (i) halka açık olmayan ortaklıkların hisse senetleri ile (ii) halka açık veya halka açık sayılan ortaklıkların hisse senetlerinin "hissedarlar" tarafından halka arz edilmesi; (iii) kayıtlı sermaye sistemindeki ortaklıklardan rüçhan hakkı kullanımına sınırlama getirilmiş olan ortaklıkların, nakit karşılığı sermaye artırımlarında, hisse senetlerinin halka arzı ve (iv) kuruluş aşamasındaki şirketlerin hisse senetlerinin halka arzı girmektedir.

İkinci gruba ise, hisse senetleri İMKB'de işlem gören ortaklıkların- nakit karşılığı -sermaye artırımlarında rüçhan haklarının kullanımı sonrasında geri kalan payların satışı girer.

Vadeli işlem ve opsiyon borsaları üyelerinin (1) Yönetimin kontrolünü değiştirecek tutarda olan pay devirlerinin (2) Yönetim Kurulu üye değişikliklerinin (3) denetçi değişikliklerinin, (4) üst yönetim ve Borsa/Takas Merkezi işlemlerinde birinci derece imzaya yetkili kişilerde meydana gelen değişikliklerin -değişikliğin meydana geldiği günü izleyen ilk iş gününde- borsa ve takas merkezine bildirilmesi zorunludur. İlgili mevzuata göre, asgari şartların sağlanamaması durumunda üyelerce durumun anlaşılabilmesiyle beraber “*derhal*” keyfiyet borsaya duyurulur.

Borsada gerçekleşen işlemlerle açık pozisyonlar nedeni ile takas merkezine yatırılması gereken teminat ve diğer tutarların süresi içinde yatırılmaması halinde anılan Yönetmeliğin 93. maddesine göre temerrüt gerçekleşir. Gerekli tutarı süresi içinde yatırmayan üyeler, başka bir ihbara gerek kalmadan temerrüde düşmüş sayılırlar.

Vadeli işlem ve opsiyon sözleşmelerinde, sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesini sağlamak amacı ile, müşteriler aldıkları veya almak istedikleri her pozisyon için üyeye, üyeler de kendileri veya müşterileri adına kullandıkları veya almak istedikleri her pozisyon için takas merkezine teminat yatırmak zorunda tutulmakta olup; herhangi bir müşterinin, teminat tamamlama çağrısına uymaması halinde, üyenin ilgili müşterinin pozisyonlarını kısmen veya tamamen ters işlem ile tasfiye edebileceği ifade edilmektedir. Yönetmeliğe göre; “*ters işlem, ay-nı sözleşmede uzun pozisyon karşısında kısa pozisyon, kısa pozisyon karşısında uzun pozisyon alınarak pozisyonun tasfiyesi*” anlamına gelmektedir.

Takas garantisi verilmesine dair sözleşmede, takası garanti edilen üyenin aldığı pozisyonlarla ilgili işlem teminatlarının tamamlanması, pozisyon limitlerindeki aşımın giderilmesi ve Yönetmelikte yer alan sair hususlar hakkında tarafların hak, yükümlülük ve yetkileri yer almaktadır. Takas garantisi veren üye, garanti edilenin Borsa işlemleri sonucunda takas merkezine ödemekle yükümlü olduğu teminat, komisyon, faiz ve benzeri ödemeler ile kar ve zarar tutarı açısından müşterek borçlu-müteselsil kefil olarak sorumlu hale gelir. Takası garanti eden üye, garanti edilenden, Borsa’da yaptığı işlemlerle ilgili bilgiler talep edebilme hakkını haizdir.¹¹

¹¹ Günel, Vural, *Sermaye Piyasası Hukuku Esasları*, İstanbul 2007, s. 172-173, 203-205.

TÜRK
BARO
DERGİSİ

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

ISSN 1304-1088

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

DOSYA

YENİ İŞ YASASI Görüşler - Değerlendirmeler

YIL 1998, SAYI 1, EKİM 1998

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **(0212) 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

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

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 05.12.2007

E. 2007/3-916

K. 2007/934

* Fazla ödenen prim alacağı davası

* İdarenin yanlış şart tasarrufunu geri alması

* Çalışanın, işverence sağlanması muhtemel bir mali hakka kavuşmadan önce vermiş olduğu taahhütnamenin geçersizliği

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara Sulh 7. Hukuk Mahkemesi’nce “davanın reddine” dair verilen 11.05.2006 gün ve 2006/170-712 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 19.10.2006 gün ve 2006/12968-13578 sayılı ilamı ile (...Davacı vekili dilekçesi ile; müvekkili, S. H. AŞ Yönetim Kurulu’nun 23.12.2003 tarihli kararı ile sadece pazarlama işletmesinde uygulanan ve bütçe ile belirlenen satış hedeflerinin gerçekleşme düzeyine göre personele prim ödenmesini öngören pazarlama işletmesi prim esaslarının değiştirilerek, müvekkili kuruluşun Yönetim Kurulu kararı ile, Sözleşmeli Personel Yönetmeliğinin 134.maddesi dahilinde performans esasına dayalı olarak, 2004 yılı için ödenmesine karar verdiği prim ödemelerinin, Yüksek Denetleme Kurulu’nun 23.6.2004 tarih ve 818 sayılı yazısı uyarınca (mevzuata aykırı bulunduğundan), tüm personelden geri alınmasına karar verildiğini; davalıya ödenen prim tutarı olan 1.717.76 YTL alacağın yasal faizi ile birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı cevap dilekçesinde, davanın süresinde açılmadı-

ğını, 16.1.2004 tarihinde emekli olduğunu, davacı idarenin kendi aldığı bir kararla yaptığı ödemeleri geri istemesinin yasal dayanağı bulunmadığını, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtildiği gibi davalı için kazanılmış bir hak söz konusu olduğunu savunarak, hukuki dayanaktan yoksun davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, “... idarenin yanlış şart tasarrufu ile yapılan ödemenin ancak iptal davası açma süresi içinde geri istenebileceğini, bu süre geçtikten sonra yanlış tasarrufun geri alınması halinde geri alma gününe kadar doğmuş durumların, parasal sonuçları da dahil olmak üzere hukuken kazanılmış durum olarak tanınması gerektiği” gözetilerek davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Davacı kurum; sözleşmeli personel yönetmeliğinin 134.üncü maddesine istinaden, performans esasına dayalı olarak Holding’in tüm personeline tek bir prim esasına göre prim verilmesini öngören yönetim kurulu kararının, Yüksek Denetleme Kurulu tarafından mevzuata aykırı bulunması nedeniyle; uygulamadan kaldırılmasına ve karar gereğince personele ödenen primlerin, ödeme öncesinde alınmış bulunan taahhütnameler çerçevesinde, geri alınmasına karar verildiğinden; davalıya ödenen primin tahsiline yönelik bu davayı açmıştır. Davalı, aldığı primden önce verdiği taahhütname başlıklı belgede; “S. H. Yönetim Kurulunun 23.12.2003 tarih, 25/85 sayılı kararı uyarınca tarafına ödenecek primin müktesep hakkım sayılmayacağını, yetkili merciler tarafından prim ödemesinin yürürlükten kaldırılması halinde, almış olduğum prim ödemelerinin halen doğmuş ve ileride doğacak her türlü istihkaklarından Holding Yönetiminin uygun göreceği şekilde kesilmesine muvafakat ettiğimi ...” diyerek, ödenecek primin geri alınabileceğini kabul etmiş durumdadır. O halde, davalının aldığı prim avans niteliğindedir. Prim ödenmesine ilişkin alınan yönetim kurulu karar Yüksek Denetleme Kurulu tarafından mevzuata uygun bulunmadığından yürürlükten kaldırılmış olmasına göre, gerçekleşmemiş alacağa ilişkin verilen avans niteliğindeki primin; sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istirdadı mümkün bulunmaktadır.

Mahkemece, yapılan ödemenin haksız iktisap kuralları çerçevesinde istenip istenemeyeceği tartışılmadan bu konuda araştırma ve inceleme yapılmadan yanılığın değerlendirme sonucu yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte,

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, alacak istemine ilişkindir.

Davacı S. H. AŞ vekili, davacı şirketin, Bakanlar Kurulu' nün 30.10.1987 tarih ve 19619 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanan 11.9.1987 tarih ve 87/12184 sayılı kararıyla özelleştirme kapsamına alındığını, sermayesinin tamamının devlete ait olduğunu, 4046 sayılı Özelleştirme Kanunu kapsamında bulunduğunu, Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na bağlı olduğunu, personel ücretlerinin ve diğer özlük haklarının tespiti konusunda Başbakanlık Yüksek Planlama Kurulu kararlarına; bunların uygulamaları ile ilgili olarak da Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu denetimine tabi bulunduğunu; Davacı Holding Yönetim Kurulunun 23.12.2003 tarih, 25/85 sayılı kararı ile, Sözleşmeli Personel Yönetmeliği'nin 134. maddesi dahilinde performans esasına dayalı olarak 2004 yılı başından itibaren 15 Ocak ve 15 Temmuzda ödenmek üzere yürürlüğe konulan '*Prim Ödeme Esasları*' gereğince, 15.1.2004 tarihinde görevde olan tüm personele bir aylık tutarında prim ödemeleri yapıldığını, ancak, Yüksek Denetleme Kurulu' nün 23.6.2004 tarihli yazısı uyarınca, davacı Yönetim Kurulunun 30.6.2004 tarih ve 10/34 sayılı kararı ile, prim ödemelerine ilişkin uygulamaya son verildiği, bilahare Yönetim Kurulu'nun 1.3.2005 tarihli kararı ile, Yüksek Denetleme Kurulu'nun temennileri doğrultusunda '*Prim Ödeme Esasları*'nın yürürlükten kaldırılmasına ve tüm personelden, ödemelerden önce alınan taahhütnameler çerçevesinde, ödenen primlerin geri alınmasına karar verildiğini; Davalının da anılan prim ödemesinden yararlandığını, bilahare emekli olduğunu; davalıya 15.01.2004 tarihinde ödenen prim tutarım geri ödemesi konusunda 18.11.2005 tarihli yazı gönderildiğini, ancak davalının ödeme yapmadığını; kendisine yapılan ödemenin dayanağını oluşturan kararların ortadan kalkması ve ortaya çıkan yeni hukuki durum karşısında, davalının emsallerinden fazla ve haksız bir prim almış hale geldiğini ileri sürerek ve aynı primi alıp da emekli olmayan diğer personele yapılan ödeme-

lerin maaştan kesme yöntemi ile tahsil edildiğim belirterek; 1.717,76 YTL'nin yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı, zamanaşımı definde bulunmuş ve 16 Ocak 2004 tarihinde emekli olduğunu, yılda iki kez 15 Ocak ve 15 Temmuz günlerinde ödenen ikramiyeden 16 Ocak'ta emekli olduğu için yararlandığını, yapılan ödemenin mevzuata uygun olduğunu, Başbakanlık YDK'nun prim ödemelerinin durdurulmasını temenni ettiğini, bu kararın temenni olup bağlayıcı olmadığını, Yargıtay'ın 27.01.1973 tarih ve 1972/6 E.-1973/2 K.sayılı içtihadı birleştirme kararı uyarınca ödenen primin idari dava açma süresi içinde geri istenmemesi nedeniyle artık müktesep hak oluşturduğunu, ayrıca taahhütnamenin de, imzalamasa, prim alamayacağı için idari zorlamayla ve rızası dışında imzalandığından, 06.06.1951 gün ve 1945/11 E-1951/4 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince geçersiz olduğunu, primlerin geri istenemeyeceğine ilişkin emsal mahkeme kararlarının Yargıtay'ca onandığını, belirterek davanın reddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece verilen; *"Dava, fazla ödendiği belirtilen prim tutarının tahsili istemine ilişkindir. Açıklanan olguları iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve dosya içeriği tüm kağıtlar doğruladığından, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 27.01.1973 tarih ve 1972/6 Esas, 1973/2 Karar sayılı içtihadı doğrultusunda, yokluk ile mutlak butlan halleri hariç ve kişinin gerçek dışı beyanı veya hilesi de sebebiyet vermemiş olmak kaydı ile, idarenin yanlış şart tasarrufunu, ancak iptal davası süresi veya kanunlarda özel bir süre varsa bu süre içinde yahut iptal davası açılmış ise dava sonuna kadar geriye yürür şekilde geri alabileceği, bu geçtikten sonra yanlış tasarrufun geriye yürür şekilde geri alınamayacağı, bu süreler geçtikten sonra yanlış tasarrufun geri alınması halinde geri alma gününe kadar doğmuş durumların, parasal sonuçları da dahil olmak üzere hukuken kazanılmış durum olarak tanınması gerektiği gözetilerek, davanın reddine karar verilmesi kanaatine varılmıştır."* gerekçesine dayalı, davanın reddine dair karar Özel Dairece metni yukarıda bulunan ilamla bozulmuş; Yerel Mahkeme, gerekçesini tekrar ederek ve genişleterek, ayrıca, özel dairece onanan kararların varlığına da dayanarak, önceki kararında direnmiş; direnme kararını davacı vekili temyiz etmiştir.

Davacı holding bünyesinde sözleşmeli personel olarak çalıştığı dönemde, davalıya, davacı tarafından 15.01.2004 tarihinde prim ödendiği; bu ödemedi önce davalıdan "S. H.'nin aylık ücretimde, 01.01.2004-

30.06.2004 dönemi için %6, 01.07.2004-31.12.2004 dönemi için % 6 oranında sağlayacağı artışın müktesep hakkını sayılmayacağını, yetkili mercilerin adı geçen Holding personeli ile ilgili anılan dönemler için kararlaştıracağı zammın %6 dan az olması durumunda farkın halen doğmuş ve ileride doğacak her türlü istihkaklarından Holding Yönetiminin uygun göreceği şekilde kesilmesine muvafakat ettiğini, Holding'den ayrılmam durumunda yine farkın Holding'deki alacaklarına mahsup edilmesini kabul ettiğini, Holding'de alacağım bulunmaması halinde Mahkemeden ve icradan bir sonuç alınmasını beklemeden farkı defaten ve nakden ödeyeceğimi gayri kabil-i rücu kabul, beyan ve taahhüt ederim." Şeklindeki beyan ve taahhüdü içeren tarihsiz ve matbu bir taahhütname alındığı, bilahare davalının 16.01.2004 tarihinde emekliye ayrıldığı çekişmesizdir.

Davalya yapılan prim ödemesinin dayanağını, S. H. AŞ Sözleşmeli Personel Yönetmeliği'nin 134. maddesindeki "Personele, S. H. AŞ Yönetim Kurulunca belirlenecek esaslara göre prim ödenebilir" hükmüne istinaden yürürlüğe konulmuş olan "S. H. AŞ Prim Ödeme Esasları" oluşturmaktadır. Bu esasların, konuya ilişkin hükmü, aynen;

"Holdingimizde Sözleşmeli Personel Yönetmeliği Hükümlerine göre sözleşmeli statüde çalışan personele başarı, gayret ve verimliliği arttırmak amacıyla 2 aylık ücret tutarında olmak üzere aşağıdaki esaslar dahilinde prim ödenir.

1) Prim öderne tarihleri 15 Ocak ve 15 Temmuz'dur.

2) Prim yıl içinde çalışan personele yıl sonuna kadar çalışmış kabul edilerek ödenir, istifa, başka bir kuruluşa nakli veya askerlik nedenleriyle görevlerinden ayrılanlar ile müstafi addedilenlerin primleri, ayrılış tarihleri itibarıyla fiilen çalıştıkları süre esas alınarak yeniden hesaplanır. Aradaki fark tahsil ve tediye olunur. Ancak, emeklilik ve ölüm nedeniyle ayrılmalarda ödenmiş bulunan prim geri alınmaz..." şeklindedir. Davacı S. H. A.Ş. Yönetim Kurulu'nun; Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu'nca gönderilen 23.6.2004 tarihli yazı uyarınca, önce, prim ödemesi uygulamasına son verilmesi yönündeki 30.06.2004 günlü; ardından da, ödenen primlerin geri alınmasına ve bu işlemlerin yerine getirilmesi hususunda Genel Müdürlük makamının yetkili kılınmasına ilişkin 1.3.2005 günlü kararı aldığı; bu karar çerçevesinde, ödenmiş olan primin, ödemediği sonra emekliye ayrılan davalıdan bir yazıyla geri istenildiği, ödeme yapılmaması üzerine eldeki davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan duruma göre; davalıya ödenen dava konusu primin dayanağı durumundaki “S. H. AŞ Prim Ödeme Esasları”; davacıya ait Sözleşmeli Personel Yönetmeliği’nin metni yukarıda bulunan 134. madde-sindeki açık yetki hükmüne dayanılarak yürürlüğe konulmuştur. Anılan esasların; yürürlüğe koyan makamın yetkisizliği yahut, içeriğinin dayanak Yönetmeliğe uygun bulunmaması veya başka bir nedenle hukuka aykırı olduğu yolunda herhangi bir iddia ileri sürülmemiştir.

Hal böyle olunca, prim ödemesine dayanak oluşturan, “S. H. AŞ Prim Ödeme Esasları”nın, yetkili organ tarafından ve dayanak normun içerik konusunda tanıdığı düzenleme yetkisi kullanılmak suretiyle yürürlüğe konulduğunun kabulü zorunludur. Davalıya yapılmış olan ve eldeki davaya konu edilen prim ödemesinin; ödeme tarihi, miktar ve davalının statüsü itibariyle söz konusu esaslara herhangi bir aykırılık taşımadığı da çekişmesizdir.

O halde, ortada, yapıldığı tarihteki durum itibariyle hukuka uygunluğu tartışmasız olan bir ödeme bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, dava konusu primin davalıya ödenmesi, davacının hukuka uygun bir tasarrufu niteliğindedir.

Kural olarak, bir idari tasarruf sonradan idare tarafından geri alınabilir. Ancak, bu geri alma, esas itibariyle, ancak o tasarrufun geri alma tarihinden sonraki dönemde uygulanmasının önlenmesi veya farklı bir şekilde uygulanmasının sağlanması amacıyla yönelik olabilir. Hukuka uygun bir idari tasarrufun geçmişe dönük olarak ve uygulandığı dönemde ilgilileri yönünden oluşmuş hakları etkileyecek şekilde geri alınması, hukuken mümkün değildir. Direnme kararında dayanan, 27.1.1973 gün ve 1972/6 esas, 1973/2 karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, esas itibariyle idarenin yanlış (hukuka uygun bulunmayan) tasarruflarının geri alınmasına ilişkin olup, hukuka uygun bir tasarrufa dayalı ödemenin geri alınması istemini içeren eldeki davaya konu uyuşmazlıkla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Ne var ki; anılan karar da, idarenin yanlış tasarrufuna dayalı geri alma haklarının dahi belirli bir süreyle sınırlı bulunduğu yönündeki bir saptamayı içerdiğinden, somut olaydaki uyuşmazlığın çözümü sırasında göz önünde bulundurulmasında yarar vardır. Anılan karara göre, yanlış tasarrufun dahi geçmişe etkili şekilde geri alınabilmesi, ancak belirli sürelerle uyulmak koşuluyla mümkündür; süre geçtikten sonraki geri

alma işlemi geçmişe etkili olamaz ve geri alma tarihine kadar doğmuş olan durumların kazanılmış hak olarak tanınması gerekir.

Somut olayda ise, ortada, hukuka uygun bir idari tasarruf bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, idarenin hukuka uygun bir tasarrufunu sonradan geri almasına herhangi bir hukuki engel mevcut değildir ve ilgililer, salt geri alınan tasarrufun hukuka uygun bulunmasına dayanarak, gelecekte o tasarrufun kendilerine sağlayabileceği hakları idareden isteyemezler. Ancak idare de, geri aldığı hukuka uygun tasarruf çerçevesinde doğmuş, gerçekleşmiş hakları, kazanılmış hak olarak tanımak zorundadır; geri alma işlemini geçmişe yürütüp, bu hakları geri isteyemez.

Ödemedi önce davalıdan alınan taahhünameye gelince: Yukarıda değinildiği gibi, davacı tarafından, dava konusu ödemedi önce davalıdan tarihsiz ve matbu bir taahhüname alınmıştır. Yargıtay uygulamasında, işveren karşısında daha zayıf ve güçsüz durumda bulunan bir çalışanın, işverence sağlanması muhtemel bir mali hakka kavuşmadan önce, o hakkın ön koşulu olarak kendisinden istenilen böyle bir taahhünameyi gerçek ve özgür bir iradeyle imzalamış olacağı benimsenmekte ve bu nedenle de, bu tür taahhünelere geçerlilik tanınmamaktadır.

Bu durumda, görülmekte olan davadaki alacak isteminin konusunu oluşturan, davacı tarafından davalıya yapılmış olan ödemenin; gerek dayanağı, gerek içeriği ve gerekse davalının statüsü itibarıyla bütünüyle hukuka uygun bulunduğunun, davalının imzasını taşıyan taahhünameye hukuken geçerlilik tanınmayacağına, dolayısıyla da, davanın reddi gerektiğinin kabulü zorunludur.

Nitekim, aynı ilkeler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.02.2007 gün ve 2007/3-87 E.2007/86 K; 28.02.2007 gün ve 2007/3-88 E.2007/87 K.; 17.10.2007 gün ve 2007/3-672 E. 2007/727 K.sayıli kararlarında da vurgulanmıştır.

Yerel Mahkemenin aynı gerekçeye dayalı, davanın reddine dair kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır.

SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle Onanmasına, gerekli temyiz ilam harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 05.12.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 09.05.2007

E. 2007/21-269

K. 2007/269

- * Maddi ve manevi tazminat davası
- * Manevi tazminatın bölünemezliği ve miktarının artırılmazlığı ilkesi
- * Ödemenin yapıldığı tarihteki verilerle hesaplanan tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlık
(818 sayılı BK m. 47)

Taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Karacabey Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 09.06.2005 gün ve 254-260 sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin 24.01.2006 gün ve 10860-206 sayılı ilamı ile;

“1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle, kanuni gerektirici sebeplere göre davalı vekilinin aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2- Dava, davacıların yakınları olan sigortalının iş kazası sonucu ölümü nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi zararın giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemeye istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla, üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle manevi tazminatın bölünmesi, yeniden dava konusu yapılarak miktarının artırılması olanağı yoktur, Niteliği itibariyle manevi tazminat bölünemez. Bir defada istenilmesi gerekir. Yargıtay Genel Kurulu’nun 25.9.1996 gün ve 1996/21-397-637 sayılı kararı ile 13.10.1999 gün ve 1999/21-684-818 sayılı kararı da bu yöndedir.

Davacı tarafca mahkemeye sunulan ve davacılar tarafından itiraz edilmiş olan 23.8.2002 tarihli “ibraname” başlıklı belge ile davacılar Y. G., A. A., H. Y., N. G. ve M. G.’nin maddi ve manevi tazminat alacaklarına karşılık 2.000 YTL aldıkları anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca yukarıda isimleri belirtilen davacıların manevi zararlarını aldıkları yeniden manevi tazminat

talep edemeyeceklerinin kabulü gerekirken aksi düşüncelerle bu davacılar yararına manevi tazminata hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

3-23.8.2002 tarihli "ibraname" başlıklı belgenin içeriğinden belgede adı yazılı davacılar maddi ve manevi tazminat alacaklarına karşılık "2.000 YTL" ödendiği anlaşılmaktadır. Söz konusu belge içeriğinde açıklık bulunmamasına ve davacılarında aksi yönde delili olmamasına göre ödemenin her davacıya eşit oranda ve her davacının hissesine düşen miktarın maddi ve manevi zararına karşılık müsavî olarak yapıldığının kabulü gerekir.

Uyuşmazlık olaydan sonra yapılan ödemenin davada en son hesaplanan tazminattan hangi kıstaslar nazara alınarak indirileceği konusunda toplanmaktadır. Kural olarak tazminat alacaklısına yapılmış ödemenin bu miktar ile sınırlı olmak üzere bağlayıcılığı asıldır. Gerçek anlamda ödemedi söz edebilmek için tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunmaması koşuldur. Başka bir anlatımla, ödemenin yapıldığı tarihteki verilerle hesaplanan tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlığın bulunduğu durumlarda, yapılan ödeme makbuz niteliğinde kabul edilebilir. Bu durumun, ödemenin yapıldığı tarih göz önünde tutularak davacının gerçek zararının uzman bilirkişiler aracılığı ile saptanması suretiyle belirleneceği hukuksal gerçeği ortadadır. Oysa yukarıda açıklandığı biçimde inceleme ve araştırma yapılmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Yapılacak iş; ödemenin yapıldığı tarihteki veriler esas alınarak gerçek zararı saptamak, böylece tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunup bulunmadığını denetlemek, açık oransızlığın bulunması durumunda ödemeleri "kısmi ifayı içeren makbuz" niteliğinde kabul etmek ve yapılan ödemenin; ödeme tarihindeki, gerçek zararı hangi oranda karşıladığını saptamak; son verilere göre hesaplanan tazminat miktarından, yasal indirimler yapılmak suretiyle belirlenecek gerçek zarardan davalı tarafın; ödeme yapılan tarihe göre; zararın karşılandığı oranda indirim yapmak daha sonra kalan miktara hükmetmek gerekir. Açık oransızlığın bulunmadığının tespiti halinde ise davacı Yücel Göksu'nun maddi tazminat talebinin tümünden reddine karar vermek gerekir.

Tüm maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır."

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda kısmen direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Yerel mahkemece, Özel Dairenin yukarıda yazılı kararının 2. bendinde gösterilen bozma nedenine direnilmektedir.

Meydana gelen trafik-iş kazası nedeniyle açılan 17.07.2002 tarihli eldeki davada maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmaktadır.

Yargılama sırasında, taraflar arasında düzenlenen "ibraname" başlıklı belgede, "*...mahsuben 2.000.000.000.- TL. yi nakden ve peşinen aldık ... maddi ve manevi tazminat miktarına mahsuben tarafımıza ödenen bedel için ... dava ile ilgili haklarımız saklı kalmak kaydıyla kesin olarak ibra ediyoruz*" ifadesi yer almaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi özel nitelikte bir hüküm sevk etmiş olup, "*Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.*"

Anılan madde ile yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlalinin doğan hallerde manevi zararın tazmini düzenlenmektedir. Bedensel bütünlüğün ihlali halinde zarar görenin, ölümü halinde ise ailesinin kişilik değerlerinde meydana gelen etkinin giderimi, tazmin ve telafisi amaçlanmaktadır. Kişinin, hukuka aykırı eylem nedeniyle bozulan manevi tamlığının eski haline döndürülmesi, duygusal olarak tazmin edilmesi, zarar vereni bir daha böyle bir eylemde bulunmaktan alıkoyması gibi olgular gözetilerek toplumsal barış sağlanmaya çalışılmaktadır. Tazminat, yaşanan acı ve elemin karşılığıdır. Haksız eylem sonucu duyulan acı ve elemin giderilmesini amaçladığı için, acı ve elem nedeniyle öngörülen tazminat miktarı belirlenerek istemde bulunulabilir.

Manevi zarar, haksız eylemin sonucunda, uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olduğu ve zarar gören tarafından da tak-

dir ve tayin edilebilir bulunduğu için bölümler halinde istenemez. Acı ve elemi bölünerek, bir kısmının açılacak kısmi dava ile, kalanının ise açılacak ek dava ile talep edilmesi, manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırı düşmektedir.

Uyuşmazlık; yargılama sırasında, manevi tazminata mahsuben, dava hakkı saklı tutularak kabul edilen ödemenin, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesine aykırılık oluşturup oluşturmayacağı ya da ödemenin tam ibra kapsamında ele alınıp alınamayacağı noktalarında toplanmaktadır.

Manevi tazminatın miktarı, somut olayın özelliği, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak Medeni Kanunun 4.maddesi uyarınca hakim tarafından hukuka ve hakkaniyete göre takdir ve tayin edilir. Davalı yan, manevi tazminat yükümlüsü bulunduğunu kabul ederek, davanın açılmasından sonra kısmen tediye bulunmuş, yapılan bu kısmi tediye davacılar tarafından, davaya konu edilen manevi tazminat tutarına mahsuben kabul edilmiştir.

İbra, alacak ve borcu doğrudan doğruya ve kesin olarak ortadan kaldıran hukuksal bir işlemdir. Tam ibrada borcun tamamı, kısmi ibrada ise borcun ibra edilen bölümü sona ermektedir. Sonuç olarak borçlu, borcundan kısmen ya da tamamen kurtulmaktadır.

Yapılan yargılama sırasında, alacaklının (davacının) kısmi tediyeyi kabul etmesi, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin ihlalini doğurmayacağı gibi, bu ödemenin tam ibra niteliğinde bulunmadığının da anlaşılması karşısında, yerel mahkemece, manevi tazminat miktarı takdir ve tayin edilip, kısmi ödeme mahsup edilerek hüküm kurulmasında yasaya aykırı yön bulunmamaktadır.

Belirtilen bu maddi ve yasal olgular gözetildiğinde, anılan yönlere vurgu yapan yerel mahkemenin direnme kararı isabetli bulunmaktadır.

Ne var ki, hüküm altına alınan manevi tazminat miktarı ile uyulan yönlerle ilişkin olara!-oluşturulan yeni hükme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Dairesine gönderilmesi gerekmektedir.

SONUÇ: Yüksek Daire bozma kararının (2) numaralı bendine ilişkin direnme kararı isabetli olup, davalı vekilinin anılan yöne ilişkin temyiz itirazlarının reddine, manevi tazminat miktarı ile bozma kara-

rının (3) numaralı bendine uyulmakla verilen yeni hükme yönelik temiz itirazlarının incelenebilmesi için dosyanın 21. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, 09.05.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

T. 02.05.2007

E. 2007/5-243

K. 2007/243

* Kamulaştırmasız el koyma
nedeniyle tazminat

* Miras bırakandan intikal eden pay
için mirasçılarının iştirak halinde
mülkiyeti

(4721 sayılı TMK m. 640)

Taraflar arasındaki “Kamulaştırmasız el koyma nedeniyle tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kartal Asliye 1. Hukuk Mahkemesi'nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 27.04.2005 gün ve 2004/180 E- 2005/289 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 5. Hukuk Dairesi'nin 06.03.2006 gün ve 2005/13229-2006/2265 sayılı ilamı ile (...Dava, kamulaştırmasız el atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Dava; muristen intikal eden kısmi pay için dava açılmıştır. 4721 sayılı TMK'nın 640. maddesi uyarınca miras bırakandan intikal eden pay için iştirak halinde mülkiyet hükümleri geçerlidir. Bu nedenle intikal eden pay için ya tüm mirasçılarının birlikte dava açması veya diğer mirasçılarının muvafakatinin alınmış olması veya miras şirketine mümessil tayin edilmiş olması gerekir. Belirtilen nedenle diğer mirasçılarının davaya muvafakatlerinin sağlanması mümkün olmadığı takdirde terekeye mümessil tayini suretiyle davaya devam edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

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 atılan taşınmaz bedelinin tahsili istemi-ne ilişkindir.

Davacı Ahmet A. vekili; müvekkili ve dava dışı paydaşların ortak miras bırakanları Zeynep A. ve Abdülkadir A.'nın toplam 12/620 paya kayden maliki oldukları 1338, 1341, 1406, 1408 ve 1550 parsel sayılı taşınmazlara davalı idarece yol yapılmak suretiyle kamulaştırmaz el atıldığını; bu davada yer almayan diğer mirasçıların aynı nedenle davalı idare aleyhine açtıkları diğer davalarda, o mirasçıların payına isabet eden kamulaştırmaz el koyma karşılığına hükmedildiğini ve kararların onanarak kesinleştiğini ileri sürerek; müvekkilinin 201/52080 payına isabet eden 22.389.600.000 TL kamulaştırmaz el koyma karşılığının dava tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalı idare-den tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı Karayolları Genel Müdürlüğü vekili; dava konusu taşınmazların arazi niteliğinde olup, fahiş miktarda tazminat talep edildiğini savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmiştir.

Mahkemenin, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunu benimsemek suretiyle ve "*davalı idarece kamulaştırmaz el atılan dava konusu taşınmazlarda davacının 201/52080 payına isabet eden kamulaştırmaz el koyma karşılığının 19.598.904.839 TL olduğunun anlaşıldığı*" gerekçesiyle "*davanın kısmen kabulüne, 19.598.904.839 TL tazminatın dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, idarece el atılan dava konusu 1338, 1341, 1406, 1408 ve 1550 parsel sayılı taşınmazlarda davacının murisi Zeynep A.'ya ait 4/620 şer paydan 1/620 payın, diğer muris Abdülkadir A.'ya ait 8/620 şer pay 672/52080 pay kabul edilerek, 117/52080 payın iptali ile davalı idare lehine yol olarak terkinine*" dair verdiği karar, Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; yerel mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Dava konusu 1338, 1341, 1406, 1408 ve 1550 parsel sayılı taşınmazların tapuda 4/620 payı muris Zeynep A., 8/620 payı muris Abdülkadir A. adına kayıtlı olup; anılan paylar, Zeynep A. ve Abdülkadir A. mirasçılarından olan davacı Ahmet A. ile bu davada yer almayan Sü-

reyya G., Samim.A, Sevim (S.).A., Ayla A., Serpil T., Arif K., Ayfer A., Aynur S. ve Sadiye A. arasında elbirliği halinde mülkiyet konusudur.

Davacı, 201/52080 payına tekabül eden kamulaştırmasız el koyma karşılığını dava etmiştir.

Dosyada bulunan bilgi ve belgelerden, dava konusu taşınmazda davacı Ahmet A.'nın 201/52080 pay sahibi olduğu; bu davada yer almayan ve taşınmazlarda toplam 204/52080 payı bulunan diğer paydaşlar Ayla A., Serpil T., Arif K., Ayfer A., Aynur S. ve Sadiye A. tarafından asliye hukuk mahkemesinin 2004/155 E. 2004/514 K. sayılı dosyasında; 201/52080 payı bulunan diğer paydaş Samim A. tarafından Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/153 E. 2004/512 K. sayılı dosyasında ve 201/52080 payı bulunan diğer paydaş Sevim (S.) A tarafından Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2004/154 E. 2004/513 K. sayılı dosyasında daha önce davalı idare aleyhine aynı nedenle açılan tazminat davasında, o davanın davacılarının toplam 606/52080 payına isabet eden kamulaştırmasız el koyma karşılığına hükmedildiği ve paylarına isabet eden yerin yol olarak terkinine karar verildiği; yine görülmekte olan davada yer almayan ve taşınmazlarda 201/52080 payı bulunan bir diğer paydaş Süreyya G. tarafından Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/223 E. 2006/255 K. sayılı dosyasında davalı idare aleyhine aynı nedenle açılan tazminat davasının derdest olduğu anlaşılmaktadır.

Somut olayın özelliği itibariyle, her ne kadar muris Zeynep A. adına kayıtlı bulunan 4/620 pay ve muris Abdulkadir A. adına kayıtlı bulunan 8/620 pay elbirliği şeklinde mülkiyet hükümlerine tabi ise de; dava dışı bir kısım paydaşla idare arasında daha önce görülüp kesinleşen davada, toplam 606/52080 paya tekabül eden kamulaştırmasız el koyma karşılığına hükmedilmiş olması ve yine dava dışı paydaş Süreyya G.'nin 201/52080 payı yönünden açılan davanın halen derdest bulunması, dolayısıyla kayıt maliki murislerin dava açmayan başka mirasçısının bulunmaması karşısında; bu davada yer almayan öteki paydaşların muvafakati aranmaksızın, 201/52080 payına tekabül eden kamulaştırmasız el koyma karşılığını dava eden davacının açtığı davanın dinlenilmesi gerektiği açıktır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 18.10.2006 gün ve E:2006/5-673 K:2006/672 sayılı ve 22.11.2006 gün ve E:2006/5-739 K:2006/746 sayılı kararlarında da aynı görüş benimsenmiştir.

O halde, Yerel Mahkemenin bu yöne ilişkin direnme kararı yerinde olduğu gibi; hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda dava konusu taşınmazlara emsal mukayesesi yapılarak değer biçilmesi ve Mahkemece davacının 201/52080 payına isabet eden kamulaştırmasız el koyma karşılığının davalı idareden tahsili ile davacı payının tapudan yol olarak terkinine karar verilmesi de doğrudur. Bu nedenle direnme kararı onanmalıdır.

SONUÇ: Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle onanmasına, 02.05.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

* * *

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

DİSİPLİN KURULU KARARLARI

T. 20.02.2009
E. 2008/504
K. 2009/113

* Avukatların kendilerine iş sağlama niteliğindeki davranışlardan kaçınması
(Av. K. m. 43/2, 51;
TBB Meslek Kur. m. 8)

Şikâyetli avukat hakkında, daha önce Çumra'da çalışmış olduğu, sonra Konya'ya bürosunu naklettiği ancak taşıdığı eski bürosunu da bir eleman kullanarak sürdürdüğü, yasaya aykırı şekilde aracı kullanarak iş temin ettiği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında özetle, Çumra'da avukatlığa başladığını, sonra işlerini bir başka meslektaşına devrederek bürosunu kapatıp askere gittiğini, askerden döndükten sonra da Konya'da büro açtığını, Çumra'da işyerinin olmadığını, bürosunu taşıdığını da 26.07.2005 tarihli dilekçe ile Baroya da bildirdiğini, ilk işe başladığı yer olan Çumra'da çok müvekkillerinin olduğunu, bunun için sık sık Çumra'ya gittiğini, bürosunu Konya'ya naklederken eşyalarını bir arkadaşına devrettiğini ve ona da arayanlara yeni adresini vermesini, gelen tebligatları alıp kendisine ulaştırmasını bildirdiğini ve ayda bir de Çumra'ya gidip arkadaşına uğrayıp kendisini arayanları sorduğunu bildirmiştir.

Baro Disiplin Kurulu şikâyetlinin eyleminin, Avukatlık Kanunu'nun 43/2, 51. maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kural-

ları'nın 8. maddesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle Kanunun 34, 134 ve 135/2 maddesi hükümlerine göre şikâyetlinin 200,00.-YTL para cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikâyetli tarafından itiraz edilmiştir. Şikâyetli itirazında, kendisine yapılan tüm tebligatlarda ihbar eden avukatların "müşteki" olarak bildirildiği, oysa kararda bunların tanık olarak dinlendiğini gördüğünü, kendisinin de müştekilerin beyanları dışında iddianın kanıtı bulunmadığı düşüncesiyle tanık bildirmediğini, böylece savunma hakkının kısıtlandığını, Çumra'da bürosu olduğu iddiasının doğru olmadığını, büro adresi bildirilmediği gibi kimlerle iş yaptığının da kanıtı bulunmadığını, gerekli araştırma ve yerinde tespit yapılmadan hüküm kurulduğunu, kendisinden iki farklı yerde bürosunun bulunmadığının kanıtlanmasının istenemeyeceğini, iddianın doğru olup olmadığının Disiplin Kurulu veya Baro tarafından incelenmesi gerektiğini, kanıtlanmayan iddiaya göre karar verilmesinin hatalı olduğu gibi kovuşturma konusu olay ile verilen ceza arasında adil denge de bulunmadığını bildirerek kararın bozulmasını istemiştir.

İncelenen dosya kapsamında; Disiplin kovuşturması açıldıktan sonra Disiplin Kurulu Başkanının şikâyetliye 02.08.2007 tarihinde tebliğ edilen 19.07.2007 tarihli yazısı ile savunmaya ilişkin delil ve belgelerinin bildirilmesi istenilmiştir. Şikâyetlinin hazır bulunduğu 17.10.2007 günlü oturum tutanağındaki beyanında "...Devamlı, dosyada bulunan toplanmış muhbir beyanlarını değerlendirmek açısından bir savunma yapma yönü ile tarafıma bir celselik mehil verilmesinin uygun olacağını düşünüyorum. Meslektaşlarımın neden ve niçin böyle bir beyanda bulduklarının da gerçekçi bağlamda anlamış değilim. Olayı salimen değerlendirmek yönü ile mümkün ise yazılı beyanda bulunmak ve delillerimi bildirmek için süre istiyorum..." dediği ve istediği sürenin verildiği ancak izleyen oturumda hazır bulunmadığı gibi herhangi bir beyan ve kanıt da bildirmediği görülmüş, duruşma tutanağındaki beyanından, hakkında şikâyette bulunanların "muhbir beyanları" olduğunu öğrendiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca, şikâyette bulunanların alınan ifadelerinde, şikâyetlinin Konya'daki bürosuna ilâveten Çumra ilçesinde adresinde de bir büroyu kullandığı, kirasını mal sahibine ödediği, burada bir eleman çalıştırdığı, müvekkillerini burada kabul ettiği ve buradaki eşyalarını da şikâyetten sonra Konya'ya taşıdığı açıkça belirtildiği, ayrı-

ca olayın mahallinde avukatlar H. K. ve S. A. tarafından yapılan araştırmada, büronun mal sahibi ile görüşüldüğü ve aynı hususların teyit edildiği dosya içerisindeki tutanaktan anlaşılmaktadır.

Bu durumda, kovuşturmayla konu eylemin gerçekleştiği tanık beyanları ve mahallinde yapılan inceleme ile kanıtlanmıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi, şikâyetliden kanıtları, gerek soruşturma aşamasında ve gerekse kovuşturma aşamasında ayrı ayrı istendiği halde kanıt bildirmemiştir. Bu nedenle hakkında yürütülen disiplin kovuşturmasının ihbara dayalı olduğunu bildiği oturum tutanağındaki beyanı ile belli olan ve savunması ile ilgili hiçbir kanıt gösterememiş bulunan şikâyetlinin eylemin gerçekleşmediğine, savunma hakkının kısıtlandığına ilişkin itirazlarının reddi gerekmiştir.

Şikâyetli itirazında, eylem ile verilen ceza arasında âdil denge bulunmadığını ileri sürmüştür. Şikâyetli hakkındaki disiplin kovuşturması 1136 sayılı Kanun'un 43/2, 51 maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 8. maddelerine aykırılıktan açılmıştır. Şikâyetlinin hem Konya'daki bürosuna ek olarak Çumra'da da bir bürosunun bulunduğu ve burada müvekkili ile konuşmalar yaptığı, iş kabul ettiği ve hem de, Av. M. A. A.'nın ve Av. M. Ç.'nin ifadelerinden, Y. A. isimli emekli icra kâtibinin de büroya iş getirdiği ve onunla beraber çalıştıkları ortaya çıkmıştır. Böylece Avukatlık Kanunu'nun 43/2 ve 51 maddeleri yanında, avukatların kendilerine iş sağlama niteliğindeki davranışlardan kaçınmak zorunda olduklarını belirleyen Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 8. maddesindeki düzenlemeye de aykırı davrandığı kanıtlanmıştır.

Şikâyetlinin eyleminin ve ihlal ettiği kuralların birden fazla olması, olayın niteliği, disiplin sicilindeki kesinleşmiş disiplin cezaları ile Avukatlık Kanunu'nun 136/1. ve 158.maddesindeki ilkelerde nazara alındığında, Baro Disiplin Kurulunca takdir edilen disiplin cezasında da hukuka aykırılık görülmemiş ve kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetlinin itirazlarının reddi ile, Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun "200,00-YTL para cezası verilmesine" ilişkin kararının onanmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 20.02.2009

E. 2008/510

K. 2009/114

* Avukatın disiplin sicilindeki

kaydının silinmesi

(Av. K. m. 160/2-3)

Şikayetli avukat 05.09.2008 tarihli dilekçesiyle, disiplin sicil kaydında bulunan 2001/88 Esas, 2002/42 Karar sayılı kınama cezasının sicilinden silinmesini istemiştir.

Baro Disiplin Kurulu, beş yıllık süre dolmadan şikayetli avukatın 2008/5 Esas, 2008/20 Karar sayılı dosyadaki eylemi nedeniyle disiplin suçu işlediği gerekçesiyle talebin reddine karar vermiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikayetli avukat tarafından itiraz edilmiştir.

Şikayetli avukat itirazında; silinmesini istediği ceza kararının kendisine 11.10.2002 tarihinde tebliğ edildiğini, 11.11.2002 tarihinde kesinleştiğini, 5 yıllık sürenin 11.11.2007 tarihinde dolduğunu, bu süre içerisinde ikinci bir ceza almadığını, çok sonra 09.07.2008 tarihinde verilen 2008/5 Esas, 2008/20 Karar sayılı karar gerekçe gösterilerek ilk cezanın silinmemiş olmasının yasaya aykırı olduğunu belirterek, 2001/88 Esas, 2002/42 Karar sayılı kınama cezasının sicilinden silinmesini talep etmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 160. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre: *"Meslekten çıkarma ve işten çıkarma cezalarından başka bir disiplin cezası verilen avukatlar, uyarma, kınama ve para cezalarının uygulanmasından itibaren beş yıl geçtikten sonra disiplin kuruluna başvurarak bu disiplin cezalarının sicillerinden silinmesini isteyebilirler.*

İlgilinin yukarıdaki fıkrada yazılı süre içerisinde disiplin cezası almamış olması halinde, disiplin cezasının silinmesine karar verilir ve sicil dosyasındaki disiplin bölümü çıkartılarak yenisi düzenlenir." denilmektedir.

Yasa metninden açıkça anlaşılacağı gibi, disiplin sicilindeki kaydın silinebilmesi için;

Silinmesi istenilen cezanın uyarma, kınama ve para cezası cinsinden bir ceza olması, Bu cezaların kesinleşmiş olması (uygulanması, siciline kaydedilmesi), Aradan beş yıllık süre geçmesi, beş yıllık süre içerisinde yeni bir ceza almamış olması gerekmektedir.

Yasada açıkça yeni bir ceza almamış olması denildiğine göre, bir kişi hakkında disiplin soruşturmasının başlatılması ve kovuşturma açılması disiplin cezasının silinmesine engel olmayacaktır.

Bu durum karşısında ve dosyadaki bilgiler göre, şikayetli avukatın kınama cezası almasına neden olan eylem tarihi dosyada bulunan Ağır Ceza Mahkemesi kararına göre 04.07.2001 tarihi olarak gösterilmiş olup, bu eylem nedeniyle verilen ceza kararının kesinleşme tarihi ise 11.11.2002 tarihidir. Bu nedenle 11.11.2007 tarihine kadar ceza almadığı taktirde şikayetli avukatın sicilinde bulunan cezanın silinmesi gerekmektedir.

İkinci şikayet dosyasında ise, şikayetli avukatın şikayet tarihi 04.10.2007 tarihidir. Dilekçe kapsamına göre eylem tarihi 05.12.2006 olarak belirtilmiştir.

Sonuç olarak, 11.11.2002 tarihinde uygulanan (kesinleşen) kınama cezasının üzerinden beş yıllık süre geçmeden 04.10.2007 tarihli şikayet yapılmış ve disiplin kovuşturması açılmış ve ceza verilmiştir. Ancak silme talebi sırasında ikinci ceza kararı kesinleşmemiş ve beş yıllık süre sonu olan 11.11.2007 tarihi geçmiştir.

Bu duruma göre, disiplin sicilinde bulunan kınama cezasının silinmesine karar verilmesi gerekirken Baro Disiplin Kurulunca aksi düşünce ile talebin reddi doğru bulunmamış, Baro Disiplin Kurulunun kararının kaldırılarak, şikayetlinin disiplin sicilindeki kınama cezasının silinmesine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, Şikayetli avukatın itirazının kabulüne, Konya Barosu Disiplin Kurulu'nun Şikâyetlinin sicilindeki Kınama cezasının silinmesi isteminin reddine ilişkin 10.09.2008 tarih ve 2008/ 50 Esas, 2008/ 3 Müt. sayılı kararının kaldırılmasına, Şikayetli Avukat F. A'nın disiplin sicilinde bulunan 2001/88 Esas, 2002/42 Karar sayılı kınama cezasının disiplin sicilinden silinmesine, oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 20.02.2009

E. 2008/513

K. 2009/117

* Mesleğe güven ve sadakat

yükümlülüğü

(Av. K. m. 34;

TBB Meslek Kur. m. 3, 4)

Şikayetçiler, İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2006/92 Esas sayılı kamu davasında kendilerini temsil için şikayetliyi vekil tayin ettiklerini, ancak şikayetli avukatın davanın gidişi ile ilgili olarak kendilerine bilgi vermediğini, mahkeme kalemine gidip bilgi aldıklarında, sanıkların beraat ettiğini öğrendiklerini, kararı temyiz etmesini istedikleri, ancak şikayetli avukatın katılma dilekçesi vermemesi nedeniyle karar temyiz edemediklerini, bu şekilde, şikayetli avukatın görevini ihmal ettiğini ve mağdur olmalarına yol açtığını, aynı konuda şikayetli avukatı Cumhuriyet Başsavcılığına şikayet ettiklerini, Bakanlığın soruşturma izni verdiğini belirterek şikayetçi olmuşlardır.

Şikayetli avukat hakkında görevini ihmal ettiği gerekçesiyle hakkında ceza davası açılmış, yapılan yargılama sonucunda İzmir 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2006/537 Esas, 2007/50 Karar sayılı kararıyla suçun unsurları oluşmadığı, şikâyetçilerin zararının olmadığı ve şikayetli avukatın kastının bulunmadığı gerekçesiyle hakkında beraat kararı verilmiştir.

Açılan disiplin kovuşturması sonucunda ise şikayetli avukatın uyarma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş, karara şikayetli avukat vekili aracılığıyla itiraz etmiştir.

Şikayetli avukat vekili itirazında; Müvekkili şikayetli avukatın yargılandığı davada beraat ettiğini, duruşmaya girmediklerinin kabul edilerek ceza verilmesinin haklı olmadığını, müvekkilinin saat 9:25'deki duruşmaya zamanında gittiğini, ancak davanın duruşmasının öğleden sonra 16:00 da yapıldığını, müvekkilinin o sırada tuvalette iken dosyanın duruşmasının yapıldığını, bu nedenle mazeretsiz olarak davanın duruşmasına katılmadığı gerekçesinin haksız olduğunu, olay nedeniyle mağdur olan tek kişinin müvekkili olduğunu, Disiplin Kurulunun sabah saat 9:25 den 16:00 kadar dosyanın neden alınmadığını sorgulamak yerine müvekkiline ceza vermiş olmasının haksızlık olduğunu belirterek cezanın kaldırılmasını talep etmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun; duruşmaya mazeretsiz girmedeği ileri sürülerek hakkında şikayette bulunan ve yargılandığı davada beraat eden şikayetli avukatın meslek kurallarını ihlal edip etmediği noktasında toplanmaktadır.

Şikayetli avukat hakkında aynı eylemi nedeniyle Cumhuriyet başsavcılığına şikayette bulunulmuş, açılan ceza davası sonucunda şikayetli avukatın beraatına karar verilmiştir.

Şikayetli avukatın yargılandığı İzmir 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2006/537 Esas, 2007/50 Karar sayılı kararında suçun unsurlarının oluşmadığı, şikâyetçilerin zararlarının söz konusu olmadığı ve şikayetli avukatın kastının bulunmadığı gerekçesiyle hakkında beraat kararı verilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 140/4 maddesi uyarınca, Eylemin işlenmemiş veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikayetli avukatın, şikayetçilerin vekili olarak takip ettiği İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2005/92 Esas sayılı davasının 22.10.2005 tarihli celsesine mazeretsiz olarak katılmadığı anlaşılmaktadır.

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"* yükümlüdür.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesine göre, *"Avukat mesleki çalışmasını kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütür."* 4. maddesinde ise *"Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır."*

Şikayetli avukatın, şikayetçilerin vekili olarak takip ettiği davanın duruşmasına katılmamaktan ibaret eylemi Avukatlık Kanunu'nun 34 ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3 ve 4.maddesine aykırı olmakla eylem disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Bu nedenle, Baro Disiplin Kurulu'nun eylemin disiplin suçunu oluşturduğuna ilişkin kabulünde hukuki isabetsizlik görülmemiş, uyarma cezası verilmesine ilişkin kararının, aleyhe itiraz olmadığından onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, Şikayetli avukat vekilinin itirazının reddi ile İzmir Barosu Disiplin Kurulu'nun "Uyarma Cezası Verilmesine" ilişkin 27.07.2007 tarih ve 2006/181 Esas, 2007/98 Karar sayılı kararının onanmasına, oyçokluğuyla karar verildi.

KARŞI OY

Ağır Ceza Mahkemesinin açık hükmü karşısında şikayetliye ceza verilmesi mümkün değildir.

* * *

T. 20.02.2009

E. 2009/60

K. 2009/126

* Meslekten çıkarma cezasını

gerektiren suçlar

(Av. K. m. 5/a;

5237 sayılı TCK m. 155/2, 43/1, 53)

Şikâyetli avukat, hakkındaki Karaman Barosu Disiplin Kurulu'nun 2006/4 Esas, 15.02.2008 günlü tedbiren işten yasaklama kararının Avukatlık Kanunu'nun 156/2. maddesindeki koşullar gerçekleşmiş bulunduğu nedeniyle kaldırılmasını istemiş ve bu istem Baro Disiplin Kurulu'nun 19.12.2008 gün ve 2006/4 esas 1. no.lu kararı ile reddedilmiştir.

Şikâyetli Avukat itirazında özetle;

"A- 10.04.2008 günlü duruşa zaptında, "Sanığa Karaman İcra Müdürlüğü'nün 2004/1848 no.lu takip dosyasından tahsil ettiği 5.840. YTL'yi müşteki Muzaffer Kiriş'e vermeyerek uhdesinde tutma eylemlerinin sübutu halinde 765 sayılı TCK'nun 510, 80, 522 veya 5237 sayılı TCK'nun 155/2, 43/1, 53 maddelerinin uygulanması ihtimaline binaen ek savunma hakkının verildiği ve bu nedenle suç vasfında değişiklik olduğunu,

B- 13.05.2008 günlü duruşma zaptında, "Sanık ile katılanlar arasında Karaman 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/591 esas sayılı davasında devam eden vekâlet alacağı dosyasının sonucunun beklenmesine" karar verildi-

ğini ve bu nedenle Mahkeme'nin dahi uyuşmazlığın hukuki mahiyette olduğunu kabul ettiğini,

C- Taraflar arasında karşılıklı olarak açılan ücret ve alacağın tahsili istemli birleştirilen davaların Karaman 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2005/591 Esas sayılı dosyasına sunulan 19.11.2007 gün ve Avukat R.Fahri Ercan imzalı ve 30.12.2008 günlü ve Avukat Z. Ç., Avukat A. Y. ve Mali Müşavir A. B. imzalı bilirkişi raporlarının lehine olması nedeniyle müsnet suçtan beraatının muhakkak olduğunu,

D- Mahkûmiyeti halinde dahi CMK 231/5 maddesi uyarınca kesin hükme bağlanmanın ertelenmesine karar verilmesinin muhakkak olduğunu,

E- Avukatlık Kanunu'nun 156/2 maddesinin "İşten yasaklanma kararı, bu kararın verilmesine esas olan hal ve şartların bulunmadığı veya sonradan kalktığı sabit olursa, disiplin kurulu tarafından kaldırılır." hükmünü amir olduğunu,

Ceza yargılamasındaki suç vasfının değişmesi ve işin hukuki mahiyette olduğunun anlaşılmış olduğunun ara kararları ile sabit olması karşısında, kararın verilmesine esas olan hal ve şartların ortadan kalktığını sabit olması nedeniyle tedbir kararın kaldırılmasının bir zorunluluk olduğunu,

Dosyada mevcut raporlardan da görüleceği üzere sağlığının bozuk olduğunu, 1 yıldır yasakla olması nedeniyle mağdur olduğunu, daha fazla mağduriyetine sebebiyet verilmemesi bakımından, AİHS'ne, Anayasaya ve Yasalara aykırı olan tedbiren işten yasaklanma kararının kaldırılmasını itirazen istemiştir.

İtiraz konusu olayla ilgili Yasal düzenleme, Avukatlık Kanunu'nun 153. maddesi "hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek mahiyette bir işten dolayı kovuşturma yapılmakta olan avukat, disiplin kurulu kararıyla tedbir mahiyetinde işten yasaklanabilir." ve Avukatlık Kanunu'nun 156 maddesi "İşten yasaklanma kararı, kovuşturmanın durdurulmuş veya avukatlığa engel olmayan bir ceza verilmiş olması hallerde kendiliğinden kalkar. İşten yasaklanma kararı, bu kararın verilmesine esas olan hal ve şartların bulunmadığı veya sonradan kalktığı sabit olursa, disiplin kurumlu tarafından kaldırılır." hükümleridir.

O halde, verilmiş bulunan bir tedbir mahiyetindeki işten yasaklanma kararının kaldırılabilmesi için öncelikli koşul kovuşturmanın durdurulması veya avukatlığa engel olmayan bir suçtan mahkûmiyet ha-

lidir ki, bu koşul olayımızda gerçekleşmemiştir. İkinci koşul ise, yargılamanın devamı halinde kararın verilmesine esas olan hal ve şartların bulunmadığı veya sonradan ortadan kalktığına sabit olmasıdır.

Karaman Ağır Ceza Mahkemesi 10.04.2008 günü “*Saniğa Karaman İcra Müdürlüğü’nün 2004/1848 no.lu takip dosyasından tahsil ettiği 5.840. YTL’ yi müşteki M. K.’ye vermeyerek uhdesinde tutma eylemlerinin sübutu halinde 765 sayılı TCK’nın 510, 80, 522 veya 5237 sayılı TCK’nın 155/2, 43/1, 53 maddelerinin uygulanması ihtimaline binaen ek savunma hakkı*” vermiştir.

765 sayılı TCK’nın 510, 80, 522 veya 5237 sayılı TCK’nın 155/2,43/1, 53 maddeleri Avukatlık Yasası 5/a maddesi kapsamında olup, meslekten çıkarma cezasını gerektiren suçlardandır. Bu durumda kararın verilmesine neden olan hal ve şartların şikâyetli avukat lehine değişmediğinin kanıtıdır.

Bu nedenle Avukatlık Kanunu’nun 156/2. maddesinde öngörülen koşullar gerçekleşmemiş bulunduğundan, Baro Disiplin Kurulu’nca yapılan takdirde hukuka aykırılık görülmemiş ve itirazın reddi ile kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli Av. N. K’nin itirazın reddine, Karaman Barosu Disiplin Kurulu kararının onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

* * *

T. 21.02.2009

E. 2009/87

K. 2009/128

*** Disiplin kovuşturmasında**

zamanaşımı

(Av. K. m. 58, 59)

Şikâyetli avukat hakkında, Gümüşhane Kadastro Mahkemesi’nin 1989/38 Esasında kayıtlı olan davada, hem davacıların hem de davalılardan Gümüşhane Belediye Başkanlığı’nın vekili olarak davaya katıldığı, bu nedenle avukatlık görevini kötüye kullandığı iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda, Baro Disiplin Kurulu’nca “*Disiplin kovuşturmasının zamanaşımına uğraması sebebiyle disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*” karar verilmiştir.

Şikâyetçi tarafından, Baro Başkanlığına 28.04.2000 tarihinde şikâyette bulunulduğu, şikâyete konu davanın Kadastro Mahkemesi'nin 1989/38 esasında kayıtlı olduğu, mahkemenin 09.10.1995 tarihli celsesine şikâyetli avukatın bir kısım davacılar vekili olarak duruşmaya katılmış olduğu, sonraki duruşmaları da takip ettiği, 27.07.2000 tarihli celsede şikâyetli avukatın davacının vekilliğinden çekilmiş olduğu anlaşılmıştır.

İncelenen dosya kapsamından, şikâyetli avukat hakkında, disiplin kovuşturmasına konu olayla ilgili olarak Avukatlık Kanunu'nun 58 ve 59. maddelerindeki prosedüre uygun olarak herhangi bir cezai kovuşturma yapılmamış olduğu, disiplin kovuşturmasına konu eylem tarihi olarak şikâyetli avukatın vekillikten çekildiği 27.07.2000 tarihi esas alındığında Avukatlık Kanunu'nun 159/2. maddesinde öngörülen dört yıl altı aylık süre 127.01.2005 tarihinde dolmuş bulunduğu anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasının zamanaşımına uğraması sebebiyle, Baro Disiplin Kurulu değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiş, sadece kararda *"Kovuşturmaya konu eylemin zamanaşımına uğraması sebebiyle şikâyetli avukat hakkında ceza verilmesine yer olmadığına"* ilişkin kabulün *"Disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle düşmesi"* şeklinde düzeltilmesine karar vermek gerekmiştir..

Sonuç olarak, şikâyetçinin itirazının reddi ile Gümüşhane-Bayburt Disiplin Kurulu'nun *"Kovuşturmaya konu eylemin zamanaşımına uğraması sebebiyle şikâyetli avukat hakkında ceza verilmesine yer olmadığına"* ilişkin karar gerekçesinin *"Disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle düşmesi"* şeklinde düzeltilmesi suretiyle şikâyetli Av. A. D. hakkındaki disiplin kovuşturmasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine, oy birliğiyle karar verildi.

* * *

T. 13.03.2009

E. 2008/507

K. 2009/130

* Avukata karşı takip edilen davayı

baroya bildirme yükümlülüğü

(Av. K. m.136/2;

TBB Meslek Kur. m. 27/2)

Şikâyetçi avukatın, Alanya 2. İcra Müdürlüğü'nün 2007/802 Esas sayılı dosyası ile alacaklı vekili olarak borçlu Mücahit Güleç hakkında icra takibi yaptığı, haciz aşamasında borçlu ve üçüncü kişi S. O. ile protokol yaparak üçüncü kişiden 17.900,00 TL tutarında çek aldığı, çek vadesinde ödenmediği takdirde icra dosyasında işleme devam edileceği, ayrıca çekinde takibe konulacağı protokolde belirtildiği, şikâyetli avukatın, çekin hukuka aykırı olarak müvekkilinin rızası haricinde alındığından bahisle, üçüncü kişi S. O. vekili olarak şikâyetçi avukat ve müvekkilini davalı göstererek çekin iptali için tedbir talepli dava açtığı, baroya bilgi vermediği iddiası ile başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda Baro Disiplin Kurulunca eylem sabit görülmemiş, şikâyetli hakkında "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir.

Şikâyetli avukat savunmasında özetle, 25.05.2007 tarihinde çekin iptali davası açtığını, aynı gün Alanya Baro Temsilciliğinde görevliye bildirim dilekçesi bıraktığını, dilekçesinin Antalya'ya ne zaman ulaştığını bilmediğini suçsuz olduğunu savunmuştur.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, şikâyetli avukatın, vekil sıfatı ile protokol tanzim etmiş olan şikâyetçi avukatı alacaklı asil gibi göstermek suretiyle aleyhinde Alanya Asliye Hukuk Mahkemesinde 22.05.2007 tarihinde çek iptali dava açtığı, 25.05.2007 tarihini taşıyan ancak Baro tarafından 06.06.2007 tarihinde alındığına dair kaşesinin bulunduğu anlaşılmıştır.

Disiplin kovuşturmasına konu sorun, şikâyetli avukatın vekil olarak protokol düzenleyen şikâyetçi avukatın şahsı aleyhinde "çek iptali" davası açmasının yasaya aykırı olup olmadığı, dava açması sebebiyle Baroya Bildirimde bulunup, bulunmadığı hususudur.

Avukat aleyhine dava açılmaz diye bir hüküm Yasalarımızda bulunmamaktadır. Herkes hak arama özgürlüğü kapsamında, bir avukat aleyhinde avukatın şahsi sorumluluğu veya hukuka aykırı bir eylemi varsa aleyhinde kişisel dava açabilir. Ancak kovuşturma konusu olayda olduğu gibi, sırf vekil olarak takip ettiği iş nedeni ile hukuki ihtila-

fın tarafı asili gibi gösterilmek suretiyle hakkında dava açılması iyiniyet kurallarına aykırı olduğu kadar Avukatlık Kanunu'nun ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın ilkelerine de aykırı olmakla disiplin suçunu oluşturmaktadır.

Ayrıca, şikayetli avukat, şikayetçi avukat aleyhinde Alanya Asliye Hukuk Mahkemesi'nde 25.05.2007 tarihinde dava açtığı, dilekçe üzerindeki hakim havalesinden anlaşılmaktadır. Şikayetli avukatın Baroya bildirim istemini içeren dilekçesi her ne kadar 25.05.2007 tarihini taşımakta ise de, Baroya verilmiş tarihinin, davanın açılış tarihinden sonra 06.06.2007 tarihinde verildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 27/2.maddesine göre *"Bir avukat başka bir avukata karşı asil veya vekil sıfatı takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir. Maddedeki takip edeceği ibaresinden, bildirim davaya açılmadan önce yapılması gerektiğini göstermektedir. Şikayetli avukat ise dava açtıktan sonra Baroya bildirimde bulunmakla eylemi disiplin suçunu oluşturmaktadır.*

Eylem tarihinde şikayetli avukatın sicilinde kesinleşmiş iki adet kınama cezası bulunduğundan Avukatlık Kanunu'nun 136/2. maddesine göre para cezası tayini gerekmiştir.

Bu nedenlerle, Baro Disiplin Kurulunun "Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına" ilişkin kararının kaldırılarak, şikayetli avukatın 200.00 TL para cezası ile cezalandırılmasına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikayetçinin itirazlarının kabulü ile, Antalya Barosu Disiplin Kurulu'nun *"Disiplin cezası verilmesine yer olmadığına"* ilişkin kararının kaldırılmasına, şikayetli Av. F. Y. T. B.'nin 200.00 TL para cezası ile cezalandırılmasına oybirliğiyle karar verildi.

* * *

T. 13.03.2009

E. 2008/526

K. 2009/132

* Avukatın kamu davasından
beraat etmiş olmasının,
eylemin disiplin suçu
oluşturmayacağı anlamına
gelmemesi
(Av. K. m. 140/3)

Şikâyetli avukat hakkında, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 01.09.2004 gün ve 2.21.3.2004 sayılı "olur'u ile "Bolu Dağı Operasyonu" adı altında yürütülen soruşturma nedeniyle Ankara F tipi cezaevinde tutuklu bulunan sanık Y.B.'nin gayri reşit mağdura ile cinsel ilişki suçundan yargılandığı Bolu Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2003/78 Esas sayılı davasında, mahkeme hâkimlerinden S.B. ile Ortaköy Princess otelinde görüştüğü, görüşmede "kendisinin yakını olan ve hakkında açılan dava nedeniyle tutuklu bulunan Yusuf Bayrak'ın mağduriyetinin giderilmesini rica" ederek 15.000.000.00. TL rüşvet önerdiği, bunun karşılığında Ortaköy Princess Otel'de ve davanın devam süresince ilerleyen günlerde Bolu Kuru Otel'de birlikte yaptıkları görüşmelerde ve ayrıca telefon konuşmalarında terfiinde sıkıntıları bulunan ve Şişli Adliyesinden talebi dışında 1999 yılında Bolu'ya tayin edilen S.B.'ye Yargıtay 5. Ceza Dairesi Başkanı olan babası H. C.'nin yargı camiası içindeki konumu ve etkinliğine işaret ederek "tayin ve terfiinde yardımcı olmayı vaat ettiği" iddiasıyla kovuşturma izni verilmesi ve disiplin yönünden gereğinin yapılması istemi ile re'sen açılan disiplin kovuşturması sonucu eylem sabit görülerek disiplin cezası tayin edilmiştir.

Disiplin kovuşturmasına konu eylem sebebiyle TCK'nin 216. maddesi delaletiyle 213/1, 214, 219/son, 33. maddeleri uyarınca yargılanması istemi ile Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2005/1 MD. Esasında açılan davada Mahkeme'nin 17.02.2006 günlü kararı ile eylem sabit görülerek 765 sayılı Kanun'un 2/2 ve 5237 sayılı Kanun'un 7/2 maddeleri de gözetilerek eyleme uyan 765 sayılı TCK 232. maddesinin 1. fıkra uyarınca mahkûmiyetine 6 ay hapsine, 59/2 madde uyarınca indirim yapılarak beş ay on gün hapsine ve hürriyeti bağlayıcı cezanın binüçyüzelli lira para cezasına çevrilmek suretiyle ertelenmesine karar verilmiştir.

Karar Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2006/3 MD. 2007/1 Karar ve 02.02.2007 tarihli kararı ile bozulmuş ve sanık Av. Ş. Ö. C.'nin unsurları oluşmayan suçtan dolayı beraatına karar verilmiş ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.11.2007 gün ve 2007/7MD-70 Esas, 2007/254 Karar sayılı kararı ile itirazın reddi ile daire kararının onanmasına karar verilmiştir.

Karar gerekçesinde, *“Ceza davasında bir sanığın müdafiliğini üstlenen Av. Ş.Ö.C.'nin aynı davada üye hâkim olarak görevli S.B. ile arasında astlık üstlük ilişkisinin bulunmaması nedeniyle emir vermesi mümkün olmadığı gibi, baskı veya nüfuz icrası sayılabilecek bir davranışı da mevcut değildir. Ayrıca, görülmekte olan davanın sanığı Y. B. hakkında yazılı ve görsel basında çıkan haberlerin kamuoyunda yarattığı olumsuz havanın yargıyı da etkileyeceği kaygısını mahkemenin bir üyesine iletmekten ibaret eylemin hukuka aykırı olduğundan ve “yarar saikiyle” davanın lehine karar verilmesini sağlamaya yönelik “iltimas” niteliğinde sayılacağından da söz edilemez. Bu itibarla, somut olayda yargı görevi yapanı etkilemeye teşebbüs suçunun da oluşmadığı anlaşıldığından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına.”* oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Baro Disiplin Kurulu kararına şikâyetli avukat gerekçesi yukarıda anılan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı karşısında cürüm kastıyla hareket etmediğinin sabit ve disiplin suçuna konu olayda hukuka aykırı bir tutum ve davranışının yargı kararı ile saptanmaması karşısında, disiplin cezası tayin ve takdirinin usul ve yasaya aykırı olduğunu savunmuş, cezanın kaldırılmasını talep etmiştir.

Şikâyetli avukatın kamu davasından beraat etmiş olması eylemin disiplin suçu oluşturmayacağı anlamına gelmez.

Avukatlık Kanunu'nun 140/3. maddesine göre; *“Eylemin işlenmemiş olması veya sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle beraat hali müstesna, beraatla sonuçlanmış bir ceza davasının konusuna giren eylemlerden dolayı disiplin kovuşturması, o eylemin ceza kanunları hükümlerinden ayrı olarak: başlı başına disiplin kovuşturmasını gerektirir mahiyette olmasına bağlıdır.”*

Bu maddeye göre, kararının Disiplin Kurulunu bağlayıcı olabilmesi için, *“eylemin işlenmemiş”* veya *“sanığı tarafından yapılmamış olması sebebiyle”* beraat hali olması gerekir. Oysa, gerek 5. Ceza Dairesi ve ge-

rekse Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı incelendiğinde beraat kararının suçun unsurlarının oluşmaması nedeniyle verildiği açıktır.

Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına katılmayan bir kısım üyenin “Görüşme yeri ve nedeni, görüşülen konu, sanık Ş.Ö.C.’nin kişisel konumu ile görüştüğü yargıcın tayininde yardımcı olabileceğini söylemesi de dikkate alındığında, sanık Ş.Ö.C.’nin müdafiliğini üstlendiği gıyabi tutuklu sanığın Bolu Ağır Ceza Mahkemesi’nde görülmekte olan davasının duruşmasından önce, bu mahkeme üyesi S.B.’nin İstanbul’da kaldığı otele giderek dava ile ilgili görüşmesi eyleminin, yargı görevini yapanı etkilemeye kalkışma suçunu oluşturduğu” yönündeki görüşleri de bunun en açık kanıtıdır.

Kaldı ki, şikâyetli avukatın disiplin kovuşturmasına konu eylemi nedeniyle dosyada mevcut *Vatan, Radikal, Hürriyet, Milliyet* gibi ulusal gazetelerde yer alan, “*Hâkimin karşısına oğlu sanık geldi*”, “*Yargıtay üyesinin oğlu rüşvet aracı çıktı*”, “*Eski hâkim ve avukat rüşvetten yargılancak*”, “*Görülmemiş dosya oğlu sanık çıktı hâkim çekildi*” gibi haberlerin yer almasına şikâyetlinin olumsuz davranışları ile sebebiyet verdiği, avukatlık mesleğinin gelenek ve göreneklerine aykırı davrandığı açıktır.

Bu nedenle Baro Disiplin Kurulu’nun görevi dosyadaki bilgi ve belgelere, ceza mahkemesi kararı ışığında bakmak ve disiplin kovuşturmasını sonuçlandırmaktır.

Kamunun avukatlık mesleğine duyduğu güven, açıklık doğruluk ve içtenlik gerektirir. Avukatların dava ile ilgili görüş ve düşüncelerini yargı görevini yapanlara duyurması gereken yer, yıldızlı otel lobileri değil, adliye binalarıdır. hâkim, savcı, icra müdürü vs. odaları ve özellikle duruşma salonlarıdır. Yargıtay Ceza Dairesi Başkanlığı makamına onur ve çabası ile gelen bir yargıcın oğlu olma gibi özel bir sıfat taşıyan şikâyetli avukatın buna herkesten önce önem ve değer vermesi gerektiği tartışmasızdır.

Bu nedenle, eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin Baro Disiplin Kurulunca yapılan hukuksal değerlendirme isabetli olmakla aleyhte itirazda olmadığından itirazın reddi ile kararın onanması gerekmiştir.

Sonuç olarak, şikâyetli Av. Ş.Ö.C.’nin itirazının reddine, Ankara Barosu Disiplin Kurulu’nun kınama cezası verilmesine ilişkin kararının aleyhe itiraz olmadığından onanmasına, oybirliği ile karar verildi.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI

VEREINIGUNG BILDENDER KÜNSTLER
(AVUSTURYA PLASTİK SANATÇILAR BİRLİĞİ)
/ AVUSTURYA)
(Başvuru No: 68354/01)

Çev.: Barış GÜNAYDIN*
Eren GÜLER**

HÜKÜM
STRASBOURG
25 Ocak 2007
NİHAİ KARAR
25.04.2007

Bu hüküm, Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kesinleşecektir. Hüküm yazım açısından bazı düzeltmelere tabi olabilir.

Vereinigung Bildender Künstler v. Avusturya Davasında
Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi (Birinci Dairesi),

BAY C. L. ROZAKİS, *Başkan*,
BAY L. LOUCAİDES,
BAYAN F. TULKENS,

* Av., Dr., Eskişehir Barosu.

** Stj. Av., İstanbul Barosu

BAYAN E. STEİNER,
BAY K. HAJİYEV,
BAY D. SPİELMANN,
BAY S.E. JEBENS, *Yargıçlar,*

ve Bay S. NIELSEN, *Daire yazı işleri müdürü* tarafından oluşturulan heyetle,

19 Kasım 2006 tarihinde özel olarak görüşerek aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı açıklamaktadır.

USULİ İŞLEMLER

1. Dava (68354/01 no.'lu) Avusturya Plastik Sanatçılar Birliği'nin (Bundan sonra başvuru birliği olarak anılacaktır) 12 Mart 2001 tarihinde, Avusturya Cumhuriyeti'ne karşı Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'sinin (Bundan sonra sözleşme olarak anılacaktır) 34. maddesine göre sunulan başvuruya dayanmaktadır

2. Başvuru birliği, Viyana'da faaliyet gösteren Schönherr OEG hukuk bürosu tarafından temsil edilmiştir. Avusturya Hükümeti (Hükümet olarak anılacaktır) vekilliğini ise Federal Dışişleri Bakanlığı'nda Uluslararası Hukuk Bölümü Başkanı olan Büyükelçi F. Trauttmansdorff yapmıştır.

3. Başvuru birliği Avusturya Mahkemelerinin verdiği kararların Otto Mühl tarafından yapılan tablonun sergilenmesini sürdürülmesini yasaklamalarının Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan İfade özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmektedir.

4. Başvuru Mahkeme'nin Birinci Dairesi'ne gönderilmiştir (İç Tüzük m. 52 § 1). Daire içinde, heyet (Sözleşme m. 27 § 1) ve İç Tüzük m. 26 § 1' e göre oluşturulmuştur.

5. 30 Haziran 2005 tarihinde Mahkeme kabul edilebilirlik kararı vermiştir.

6. Ne başvuru birliği ne de Hükümet ek yazılı bir mütalaayı dosyaya eklemiştir (m. 59 § 1).

OLGULAR

I. DAVA KONUSU OLAYIN KOŞULLARI

7. Vereinigung Bildender Künstler Wiener Secession (Plastik Sanatçılar Birliği) sanatçıların oluşturduğu ve binası Viyana’da olan bir birliktir. “Secession” bağımsız ve tamamen çağdaş sanata adanmış bir galeridir. Birliğin temel amaçlarından biri Avusturya ve uluslararası sanat alanında güncel gelişmeleri sunmak ve eksperimantasyonu geliştirmektir

8. 3 Nisan-21 Haziran 1998 tarihleri arasında başvuru birliği kendi binası ve müstemilatında bir sergiye ev sahipliği yapmıştır. Serginin başlığı “Sanatsal Özgürlüğün Yüzyılı”dır (“Das Jahrhundert künstlerischer Freiheit”), ve sergi birliğin 100. yılını kutlamayı amaçlamıştır. Gösterilen işlerin arasında “Apocalypse” adlı Avusturyalı ressam Otto Mühl anısına hazırlanan bir tabloda vardır. Tablo 450 cm’ye 360 cm boyutlarında, çeşitli kolaj biçiminde Rahibe Teresa, Avusturyalı kardinal Hermann Groer’i ve bir önceki Avusturya Özgürlük Partisi (FPÖ) başkanı Bay Jörg Haider gibi kamusal figürleri seks pozisyonları içinde göstermektedir. Çıplak vücutlar resim olmasına karşın, kafaları ve yüzleri gazetelerden alınan kabarık fotoğraflarla betimlenmiştir. Bazı kişilerde resmedilirken siyah şerit ile gözleri gizlenmiştir. Bu kişiler arasında FPÖ’nün 1995 yılına kadar genel sekreteri olan ve olayların olduğu sırada ve Nisan 1999’a kadar vekil olarak, Ulusal Meclis (Nationalratsabgeordneter), üyesi olan Bay Meischberger de vardır. Bay Meischberger Bay Haider’in ejakülasyon olan penisini sıkarken ve aynı zamanda diğer iki FPÖ’lü siyasetçi tarafından dokunulurken ve Rahibe Teresanın üzerinde ejakülasyon olurken gösterilmiştir.

9. Sergi, giriş ücreti alınan kamuya açık bir sergidir.

10. 11 Haziran 1998 tarihinde sergi devam ederken, Avusturyadaki gazete *Täglich Alles* yukarıdaki “Baş Papaz Groer ve Rahibe Teresa ile grup seks pozisyonları” tablosuna öfkelenmiştir.

11. 12 Haziran 1998 tarihinde tablo diğerleri arasından Bay Meischberger’i gösteren kırmızı bir boya ile bir ziyaretçi tarafından zarar verilmiştir. Bu olayın sonucu bay Meischberger’in bütün boyalı vücudu ve yüzünün bir bölümü kırmızı boya ile kaplanmıştır.

12. Bazı Avusturyalı gazeteler bu olayı haber yapmış ve aynı zamanda tablonun fotoğraflarını yayınlamışlardır.

13. 22 Haziran 1998’te Bay Meischberger Telif Hakları Yasası (Urheberrechtsgesetz) 78. maddedeki süreci başvuru birliğe karşı tablonun sergilenmesi ve yayınlanmasının yasaklanması için ihtiyadi tedbir kararı almış ve uygulamaya koydurmuştur. Ayrıca 20,000 Avusturya Şilini (1,453.46 EURO karşılığı) tazminat talebinde bulunmuştur. Tablonun birçok insanla seks pozisyonunda gösterdiğini ve kendisinin siyasal falliyetlerinin değerini düşürdüğünü ve iddia etmiştir. Siyah şeritlerin çekilmesi tanınmasını engellememiş çünkü diğer FPÖ siyasetçileri ile birlikte gösterilmiştir. 12 Haziran 1998 tarihindeki tablonun kamuoyunda daha bilinir hale gelmesine yol açan olaydan sonra da halen tanınır halde kalmıştır. Buna ilaveten tablonun Prag’da bir başka sergide gösterileceğın ötürü tekrerrür etme tehlikesi iddiasında bulunmuştur.

14. 6 Ağustos 1999’da Viyana Ticaret Mahkemesi (*Handelsgericht*) Bay Meischberger’in talebini reddetmiştir. Kararda sergiyi ilk olarak, Bükreş ve Lüksemburg gibi Prag’da da açma niyetlerinin olduğunu ama şu anda serginin kapatılması yönünde bir niyet olduğu belirtilmiştir. Mahkeme aynı zamanda davacının, karikatüre benzeştirilen ve açıkça gerçeğı yansıtmayan tablonun olumsuz etkisinde kalacağını ya da özel hayatına ilişkin bilginin ifşası olamayacağını tespit etmiştir. Tablonun, davacıyı bu durumda samimi konumda göstermesi gerçekleşen olan ilgisi göz ardı edilse bile hala küçük düşürücü ve kişilik haklarını etkileyici olmaktadır mevcut davada başvuru birliğın sanatsal ifade özgürlüğünü Bay Meischberger’in kişilik haklarına göre daha önemli görmüştür. Mahkeme, Bay Meischberger’in hakları başvuru birliğın hakları karşısanda teraziye konduğunda, Avusturyalı ressam Otto Mühl’ün çalışmasını da içeren serginin özellikle birliğın son yüzyıldaki sanatsal spectrumuna adanması gerçeğinden hareketle saygı göstermiştir.

15. Tablonun bir tür karşı saldırıya uğraması nedeniyle (*Gegenschlag*) her halükarda, Bay Meischberger’in resminin sadece küçük bir bölümünden oluşması dikkat çekmemektedir. Mahkeme buna ilaveten serginin tekrarlanacağına ilişkin olarak da Bay Meischberger’in bir bölümünün kırmızı boyandığı için daha fazla tanınması olanağı olmayacağına karar vermiştir.

16. 24 Şubat 2000’de Viyana İstinaf Mahkemesi sözlü duruşmadan sonra (*Oberlandesgericht*), tabloyu sergide göstermeye devam etme-

si sebebiyle, başvuru birliğin Bay Meischberger'e tazminat olarak 20,000 Avusturya Şilingi (EUR 1,453.46) 8 Temmuz 1998 tarihinden itibaren işlemek üzere %4 faizi de ekleyerek ödeme yapması gerektiğine temyiz yolu açık olmak üzere karar vermiştir. Buna ilaveten mahkeme Bay Meischberger'e iki Avusturya gazetesinde davanın özetini yayınlama hakkı vermiştir. Kararda Bay Meischberger'in resminin sadece yüzünün bir bölümünün kırmızı olarak boyalı olduğu, kafasının biçimi ve saç şekli ile hala tanınabildiği ifade edilmiştir. Bir kişinin görüntüsü apaçık eleştiri ya da abartının diğer biçimleri olmadan önemli ölçüde bozulup tamamen hayali unsurlarla ortaya çıkarılmışsa sanatsal özgürlüğün sınırları aşılmış olacaktır. Dava konusu edilen tablo ahlaksal bir öykü anlatmayı ya da hatta abartılı bir şekilde örneğin Bay Meischberger'in cinsel namus ve ahlakına eleştiri içeren basit bir mesaj iletme niyetinde değildir. Bu nedenle Sözleşmenin 10. maddesinin kapsamına girmemektedir fakat aslında Bay Meischberger'in toplumsal konumunu küçük düşürmektedir. Başvuru birlik resim sergisinin Temel Yasa' (*Staatsgrundgesetz*)'nın 17a maddesine göre korunması gerektiğini ispat edemediği gibi tabloyu daha sonraki sergilerde göstermekten kaçınacağına ilişkin bir ifadede bulunmaması nedeniyle serginin tekrarlanma tehlikesi ortaya çıkmıştır.

17. 18 Temmuz 2000'de Temyiz Mahkemesi (*Oberster Gerichtshof*) başvuru birlik tarafından yapılan temyiz istemini önemli hukuki ilgiden uzak olması nedeniyle reddetmiştir. Mahkeme tablonun Temel Yasa'nın 17a maddesi kapsamına girmediğini fakat buna karşın Bay Meischberger'in resminin kullanılmasını küçük düşürücü ve hakaret edici tarzda olması nedeniyle Telif Hakları Yasası 78. bölümünde ifade edilen Bay Meischberger'in kişilik haklarının sanatsal özgürlüğe göre daha üstün olduğunu ifade etmiştir. Bay Meischberger'in tablonun kırmızıya boyanmasına karşın hala tanınıp tanınmadığı sorusuna, Temyiz Mahkemesi dava dosyasındaki belgelerden itiraza konu edilmediğinden herhangi bir düzeltmeye ihtiyaç görmemiştir Mahkeme başvuru birliğin masraf ve giderleri ödemesine karar vermiştir.

18. Bu karar başvuru birliğinin hukuk müşavirliğine 13 Eylül 2000 tarihinde tebliğ edilmiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK

19. Telif Hakları Yasası'nın 78. bölümünde, ilgili olabildiği kadar şu anlama gelmektedir;

“(1) Portresi yapılan kişilerin meşru yararına zarar gelebilecek olan ya da kişinin ölümü halinde yakın akrabalarınca sipariş edilmiş ya da izin alınmamış portelerin ne kumuya açık bir alanda ne de kamunun girebileceği alanda sergilenmemelidir.”

20. Sanatsel özgürlük Temel Yasa'nın (*Staatsgrundgesetz*) 17a maddesinde güvence altına alınmıştır. Buna göre;

“*Sanatsal yaratım, yayın ve sanat öğretiminde özgürlük vardır.*”

YARGILAMA

I. SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

21. Başvurucu birlik Sözleşmenin 10. maddesine göre Avusturya mahkemelerinin bu konudaki sergiye devam etmelerini yasaklanmasına ilişkin kararlarının ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini belirterek şikayette bulunmuştur.

Sözleşme'nin 10. maddesi ilgili olduğu kadarıyla şu şekildedir:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

A. Tarafların Başvurusu

22. Hükümet Avusturya Mahkemeleri'nin kararlarının Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında başvuru birliğin haklarına bir

müdahale teşkil etmediğini ileri sürmüştür. Bu bakımdan 10. maddenin bu tür sanatsal özgürlüğü korumadığını fakat yalnız çalışmalarını kültürel ve siyasal açıdan kamuoyunda tartışma ve yayma niyetinde olan sanatçılara koruma sağladığını iddia etmiştir. Mevcut kamu figürlerinin “*grup seks pozisyonu*”ndaki reproduksiyonunun ne ölçüde olursa olsun kültürel ve siyasal tartışmaya katkı ifadesi olarak görülemeyeceğini belirtmiştir.

23. Alternatif olarak, Hükümet bu konudaki bir müdahalenin başkalarının şöhret ve haklarının korunması açısından meşru ve yasal bir amaca hizmet ettiğini ileri sürmüştür. Müdahalenin ölçülüğü konusuna gelindiğinde, açıklış töreninden sonra sergide gösterilen tablonun özelliği sebebiye medyanın ilgisinin merkezinde yer almasını ileri sürmüşlerdir. Medyanın ilgisi tablonun bir bölümünün zarar görmesinden sonra daha da artmıştır. Bu nedenle o olaydan sonra Bay Meischberger sadece sergi ziyaretçileri tarafından değil tüm kamuoyunda bilinir hale gelmiştir. Tablo neredeyse tüm Avusturya gazete ve televizyonlarında gösterilmiştir. Dolayısıyla en azından o günden sonra Bay Meischberg’in kişilik hakları başvuru birliğinin tabloyu sergileme hakkından daha üstün tutulmuştur. Hükümet son olarak bu konuda sergiye bir müdahalenin olduğu zaman serginin çoktan sona erdiğini ama sergi sürecince gösterildiğine işaret etmiştir. Başvurucu birlik yurt dışında sergileme niyetinde değildir. Buna ilaveten, tablonun sergilenmesinin yasaklanması tablonun sahibi sanatçı ve manejerini değil daha çok sergi sahibi olarak başvuru birliği ilgilendirmektedir. Bütün bu unsurlar göz önüne alındığında hükümet bu konudaki müdahalenin Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. paragrafına uygun olduğunu ileri sürmüştür.

24. Başvurucu birlik tablonun kamuya açık sergide yer almasının sanatçılar, sergi sahibi ve kamuoyu arasında Sözleşme’nin 10. maddesinin tartışılmasına yol açtığını ileri sürmüştür. İtiraz edilebilir müdahalenin kanunen korunduğu kabul edilmektedir fakat sürdürülen müdahale ne gerekli ne de orantılıdır. Hükümet’in ileri sürdüğü gibi ahlakın korunması kararlarını sadece Telif Hakkı Yasası’nın 78. Bölümündeki Bay Meischberger’in kişisel haklarının ihlaline dayandıran yerel mahkeme kararlarından çok uzaktır. Tablo, sanatçısının kişisel hikâyesini, kendisinin, bazı arkadaşlarının ve yakınlarının yer aldığı ve birçok diğer bilinen kişi arasında alegorik bir yolla tasvirinin sunumudur. Tasvir edilen bütün bu kişiler ressamın güç ve seksin karşılıklı

ilişkisi hakkında görüşünü yansıtan seks faaliyeti içindedir

Bay Meischberger bu figürler içinde yer alan biri olarak FPÖ partisinin son 5 yıllık tarihini karakterize etmektedir. O ressamın çalışmasında güçlü bir biçimde eleştirilen partinin üyesi diğer üç kişiyle resimlenmiş Buna ilaveten, Bay Meischberger hakaret olarak algıladığı durum tablonun zarar görmesinden sonra kendisi tanınmaz hale gelmiştir. Başvurucu birliğin görüşüne göre tablonun zarar görmesinin ardından Bay Meischberger'inbu davranışının gerçek nedeni kişisel haklarını korumak değil ressamın çalışmasını kötülemektir.

25. Başvurucu birlik son olarak tablonun bay Meischberger'in Telif Hakkı Yasası 78. bölümünde korunan kişisel haklarını ihlal ettiğine yönelik Avusturya Mahkemeleri'nin kararları ile sadece başvuru birliği değil ressamın kendisini etkileyen ve sergiyi görmek isteyen üçüncü kişilerin koleksiyon hafızasında silinmesine yol açan tablonun sonraki sergilerde gösterilmesini yasaklayan kararlarına işaret etmiştir. Buna örnek olarak da Otto Mühl'ün çalışmasının Viyana Uygulama Sanatları Müzesi'deki (*Museum für Angewandte Kunst*) 2004 yılındaki sergide gösterilemediğini belirtmiştir.

B. Mahkemenin Takdiri

26. Mahkeme Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. paragrafında korunan ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel kurumlarından biri olduğunu, gerrçekten de bireylerin kendilerini ifade etme ve geliştirmesinin en temel bir şartı olduğunu tekrarlamaktadır. İkinci paragrafın konusunun sadece hoş giden ya da insanları incitmeyen veya önemsemeyen "bilgi" ve "düşünceler" için değil, aynı zamanda Devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. "demokratik toplumun" çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirliliğin gerektirdiğini aksi halde varolamayacağını belirtmektedir. Yaratan, icra eden ya da sanatsal çalışmalarını sergileyenler fikirlerin ve düşüncelerin dolaşımını sağlamaktadırlar ki bu da demokratik bir toplumun en temel gereklerindedir. Bundan ötürü devletin üzerindeki sorumluluk haddinden fazla ifade özgürlüğüne el uzatmamamaktır. Sanatçılar ve onların değerini artıran çalışmaları kuşkusuz 10. maddenin 2. paragrafında ifade edilen sınırlamalar açısından dokunulmaz değildir. Her kim ifade öz-

gürlüğü hakkını kullanacaksa yüklendiği “görevler ve sorumluluklar” a göre; bunun kapsamı, kişinin konumuna ve kullandığı araçla bağlı olarak olarak değişecektir. (bkz. *Müller and Others v. Switzerland*, 24 Mayıs 1988, Series A no. 133, p. 22, §§ 33-3).

27. Mevcut davada, Avusturya Mahkemeleri başvuru birliğin Otto Mühl’ün “*Apocalypse*” adlı tablosunun başka yerlerde sergilemesini yasaklamıştır. Bazı kararlar başvuru birliğin ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmektedir. (Bkz. *mutatis mutandis*, *Müller ve Diğerleri*, p. 19, § 27).

28. Mahkeme buna ilaveten mahkeme kararlarının daha önce tartışılmayan ihlalin “*kanunun öngörülmesi olması*” ilkesi aleyhine Telif Hakları Yasası’nın 78. bölümüne dayandığını tespit etmiştir.

29. Meşru amacın güdülmesi sorununa gelindiğinde Mahkeme, Avusturya Telif Hakkı Yasası’nın 78. bölümünün bir kişinin yasal haklarını ihlal eden kendisi ile ilgili bir resminin yayınlanmasına karşın ya da ölmesi durumunda yakınlarına hak arama olanağı tanıdığına dikkat çekmektedir. Bu düzenlemeye göre yerel mahkemeler Bay Meischberger’in kamusal konumunu değerini düşürdüğünü belirterek başvuru birliğin tabloyu sergilemesini yasaklamışlardır. Bu nedenle mahkeme tartışılabilir önlemlerin “*diğerlerinin haklarının korunması*” meşru amacını güttüğünü kabul etmektedir.

30. Hükümet bunlara ilaveten şikâyet edilen girişimin amacının kamu ahlakını korumak olduğunu ileri sürmüştür.

31. Mahkeme ne yukarıda belirtilen yargılamadaki ifadelerin ne de ilgili mahkeme kararlarının bu amacı gerçekleştirmeyi amaçladığına dikkat çekmektedir. Bu nedenle Mahkeme Avusturya makamlarının bu konuda tablonun sergilenmesinin bay Meischberger’in kişisel hakkı yerine başka bir amaç için yasaklamalarını kabul edememektedir. Dolayısıyla da Hükümet’in bu engellemenin kamu ahlakını korumayı hedeflediğini içeren kanıtlarını da kabul etmemektedir.

32. Müdahalenin gerekliliği konusunda Mahkeme başlangıçta tablonun bay çıplak ve seksüel eylemler içinde gösterilmesi anlayışında olmuştur.

Avusturya Özgürlük Partisi önceki genel sekreteri ve olayların gerçekleştiği zamanda Parlamento üyesi olan bay Meischberger, partinin öne çıkan üç üyesi ile etkileşim içinde resmedilmiştir. Üç üyenin ara-

sında da o zaman partinin lideri olan ve o esnada başka bir parti kuran Bay Jörg Haider da yer almaktadır.

33. Ancak, şu da vurgulanmalıdır ki tabloda sadece ilgili kişilerin sadece başları kullanılmış ve gözleri siyah şeritlerle kapatılmış ve vücutları gerçek olmayan ve abartılı bir tutumla resmedilmiştir. Yerel mahkemelerin her düzeyde tablonun şüphesiz gerçeği yansıtmaya amacı taşımadığını anlaması ortak bir zemindir. Aksi halde hükümet bu iddialarda bulunmazdı Mahkeme hiciv unsuları içeren bir tür tasvir olarak görmektedir. Mahkeme Hicvi, yapısal özellikleri abartma ve gerçeğin çarpıtılması olan ve doğal olarak sataşma ve tahrik etmeyi amaçlayan, sanatsal özgürlüğün ve sosyal yorumlamanın bir biçimi olarak görmektedir. Dolayısıyla sanatçının ifade etme hakkına söz konusu olan bir müdahalenin özel bir ihtimamla gözden geçirilmesi gerekmektedir.

34. Mevcut davada Mahkeme tablonun pek az bay Meischberger'in özel yaşamındaki detayları hedeflediğini fakat daha çok bay Meischberger'in FPÖ'den politikacı olarak kamusal konumunu dikkate almıştır. Mahkeme bu mevkide olan bay Meischberger'in eleştirilere daha geniş tolerans göstermesi gerektiğini belirtmektedir. (bkz *Lingens v. Austria*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 26, § 42). Mahkeme, İstinaf Mahkemesi tarafından Bay Meischberger'in resmedilmesinin Avusturya Özgürlük Partisi'ne bir tür karşı saldırı olarak anlamasını makul bulmamıştır.

35. Buna ilaveten Mahkeme Bay Meischberger'den başka tabloda bazılarının Avusturya kamuoyu tarafından çok iyi bilinen ve yukarıda anlatılan biçimde gösterilen 33 kişinin daha gösterilmesi üzerinde durmaktadır. Jörg Haider'in yanı sıra ressamın kendisi, Rahibe Teresa ve Avustura Kardinali Hermann Groer'de Bay Meischberger'in yanında resmedilmiştir. Dahası tabloda Avusturya Başpaazı Kurt Krenn, Avusturyalı yazar Peter Turrini ve Vienna Burgtheater'in yönetmeni Claus Peymann da yer almaktadır. Oların gerçekleştirdiği zaman parlamentonun sıradan bir üyesi olan ve tabloda gösterilenler arasında kamuoyunda daha az bilinenlerden ve şu sıralarda siyasetten emekli olan Bay Meischberger kamuoyunda pek hatırlanmayan biridir³⁶. Mahkeme aynı zamanda Bay Meischberger'in süreci başlatmadan önce bile tablonun bir bölümünün zarar görmesi nedeniyle vücudunun tamamı dikkat çekecek şekilde kırmızı renkle boyandığına dikkat etmektedir.

37. Mahkeme son olarak Avusturya mahkemelerinin kararlarının ne zaman ne de yer bakımından bir sınır koymadığına dikkat çekmektedir.

38. Özetle Bay Meischberger'in kişisel çıkarı tartıldığında ve sınırsal ve hırsızca içeriğe sahip resme ilişkin olarak başvuru birliğe karşı alınan önleme ek olarak, Mahkeme Avusturya Mahkemeleri'nin yasaklamalarının gerçekleştirmek istediği amaçla göre ölçsüz olduğunu bu nedenle demokratik bir toplumda Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında gerekli olmadığına karar vermiştir.

39. Dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali vardır.

II. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNE GÖRE BAŞVURU

40. Sözleşmenin 41. maddesi:

"Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollarının ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."

A. Zarar

41. Maddi tazminat açısından, başvuru birlik 21,778 Avusturya Şilingi tazminat olarak ve 144,499.20 Avusturya Şilingi de Bay Meischberger'e ödenen ve iç hukuk yolları sürecinde yapılan dava giderleri için talep etmiştir. Toplam tutarlar KDV'yi de içermektedir. Buna ilaveten KDV'yi içeren 24,570 Avusturya Şilingi ise yargı kararını özetinin yayınlanmsı için talep etmiştir. Son olarak da toplam 2,220 EURO'yu iç hukuk yollarını takip ederken ek idari giderler olarak talep etmiştir.

42. Maddi olmayan zarar konusunda, başvuru birlik 70,000 EURO uygun görmüştür.

43. Hükümet idari giderler için detaylı harcama belgelerinin olmadığını ve anlaşılabilir olmadığını ve bu nedenle söz konusu ihlal ile ilişkisinin olmadığını iddia etmiştir. Maddi olmayan tazminat talebini ise aşırı bulmuş ve her halükarda ihalin varlığının tespitinin makul bir hakkın yerine getirilmesi olacağını ifade etmiştir.

44. Maddi tazminat konusunda Mahkeme mevcut davada başvuru birliğin iç hukuk sürecinde bay Meischberger'e ödemek zorunda kaldıkları masraf ve yargı kararı özetinin yayınlanmasına ilişkin talep edilen masraflarla 10. maddenin ihlal edilmesi arsanda doğrudan ilişki olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle Mahkeme bu başlık altında talep edilen 12,286.74, EURO'nun KDV dahil olarak ödenmesine hükmetmektedir. Ancak, başvuru birliğin mahkeme öncesindeki sergiye devam edilmesinin yasaklanmasına dolayı süreçle ilgili şikayetlerde bulunmuştur. Buna göre Mahkeme başvuru birliğin iddiaları ile tazminat ödenmesi arasında nedensel bir ilişki tespit edememiştir. Mahkeme talep edilen idari giderle ilgili olarak talep edilen geri ödemeler için masraf giderler başlığında konuya değinecektir. Maddi olmayan zarar taleplerine gelindiğinde mevcut davanın şartları düşünüldüğünde ihlalin tespit edilmesinin başlı başına adil tazminat olacağını tespit etmiştir.

B. Masraf ve Giderler

45. Başvuru birlik iç hukuk süreci için yapılan masrafların geri ödenmesi için 12,950.16 EURO, Mahkeme öncesinde yapılan harcamalar için ise 8,984.04 EURO talebinde bulunmuştur. Her iki miktarda KDV dahil edilmiştir ve yerel yasal fiyatlandırmaya dayanmaktadır.

46. Hükümet bu talepleri çok aşırı bulmuş ve Mahkemenin yerel ölçeklere ve uygulamalarla sınırlanamayacağına işaret etmiştir. Buna ilaveten Mahkeme öncesi süreçteki harcamaların zorunluluk gerektirmediğini belirtmiştir.

47. İç hukuk süreci bakımından Mahkeme Başvuru birliğin yasal temsilcinin zarara uğradığını, dolayısıyla KDV dâhil 12,950.16, EURO'nun iç hukuk sürecinde masraf ve giderleri için ödenmesine hükmetmiştir. Ek idari giderler için talep edilen miktara gelince, Mahkeme (bkz paragraf 44), başvuru birliğin Mahkeme İç Tüzüğü 60. maddesinde yer alan destekeyici belgeleri sağlamadığından dolayı talebin asılsız olması nedeniyle talebi reddetmiştir.

48. Başvuru Birliğin Sözleşme usulündeki masraflarına gelindiğinde, Mahkeme kendisinin her ne kadar bazı yardımlar olsa da yerel ölçek ve uygulamalardaki sınırlandırılmaları dikkate almadığını yinelemektedir (bkz, , *Tolstoy Miloslavsky v. Bireşik Krallık*, 13 Temmuz 1995,

Series A no. 316, p. 83, § 77, *Baskaya ve Okçuoglu v. Türkiye*, 23536/94 ve 24408/94, § 98, AİHM 1999-IV). Benzer davalar dikkate alındığında eşit bir karar vererek Mahkeme başvuru birliğe bu başlık altında KDV dahil 3000 EURO ödenmesine hükmetmiştir. Dolayısıyla masraf ve giderler başlığı altında toplam 15,950.16 EURO ödenmesi ne hükmetmiştir.

C. Gecikme Faizi

49. Mahkeme Avrupa Merkez Bankası'nın en düşük kredilere uyguladığı orana %3 eklenmesine dayanacak olan uygun bir gecikme faizine hükmetmiştir.

BU NEDENLERLE, MAHKEME

1. Üç karşı dört oyla Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini *Kabul eder*;

2. Üç karşı dört oyla ihlalin tespit edilmesinin, başvuru birliğinin uğranılan maddi olmayan zarar ve ziyanın talebine karşılık yeterli miktarda adil tazminata karşılık geldiğini *Kabul eder*;

3. Üç karşı dört oyla

(a) Davalı devlet, başvuru birliğe Sözleşmenin 44 § 2'ye göre kararın kesinleşeceği tarihten itibaren üç ay içinde, aşağıdaki tutarları ödemek zorunda olduğunu:

(i) KDV'yi de içeren maddi zarar olarak 12,286.74 EURO (on iki bin iki yüz seksen altı avro yetmiş dört sent),

(ii) KDV'yi de içeren masraf ve giderler için 15,950.16 EURO (on beş bin dokuz yüz elli avro on altı sent);

(b) Yukarıda söz edilen üç ayın sona ermesinden sonra hesap görme yukarıdaki tutarın basit faizle Avrupa Merkez Bankası'nın en düşük kredi faizi oranı ile makul oranda %3 eklenerek ödenmesi *Kabul eder*;

4. Üç karşı dört oyla başvuru birliğin kalan adil tazminat iddiasını Red eder;

Mahkeme İç tüzüğü 77 §§ 2 ve 3'e uygun olarak İngilize yazılmış ve 25 Ocak 2007 tarihinde yazılı olarak bildirimde bulunulmuştur.

Søren NIELSEN Christos ROZAKIS
Yazı İşleri Müdürü Başkan

Sözleşme m. 45 § 2 'e ve Mahkeme İç tüzüğü m. 74 § 2'e göre of, aşağıdaki karşı oy yazıları bu karara eklenmiştir.

(a) Bay Loucaides'un karşı oy yazısı

(b) Bay Spielmann ve Bay Jebens'in karşı oy yazısı

C.L.R.
S.N.

YARGIÇ LOUCAİDES'İN KARŞI OY YAZISI

Çoğunluğun almış olduğu, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki karara katılmamaktayım.

Çoğunluk, tartışılan tabloda kullanılan tasvir edilen görüntülerin "*sanatsal ve hicivsel bir doğası*" olduğuna kanaat getirdi. Bu değerlendirme verilen kararda da belirleyici etken oldu. Çoğunluk tabloyu, bir politikacı ve tabloda betimlenen kişilerden biri olan bay Meischberger'e getirilen bir tür eleştiri olarak gördü.

Bir tabloda tasvir edilen görüntü ya da görüntülerin doğası, anlamı ve etkisi, ressamın o görüntüler ile ne iletmek niyetinde olduğu hususu temel alınarak değerlendirilemez. Esas olan, görüntünün izleyici üzerinde bıraktığı etkidir. Ayrıca, bir görüntünün sadece bir sanatçı tarafından ortaya çıkarılmış olması, ortaya çıkan sonucun "*sanatsal*" olduğu anlamına gelmez. Aynı şekilde izleyicinin izlediği tabloda, belli bir mesele ya da kişiye yönelik anlamlı bir tenkit ya da eleştiri mesajı almadığı hallerde ise tablonun "*hicivsel*" bir yapısı olduğundan da bahsedilemez.

Kendi görüşüme göre, tartışma konusu tablo sanatsal ya da hicivsel olarak değerlendirilemez. Zira tablo, birbirinden ilgisiz kişiliklerin (kimi politik, kimi dini) müstehcen ve grotesk figürler halinde, erekte ve ejakülasyon haldeki penislerin ve bazısı şiddet içeren renklendirilmiş

ve orantısızca büyük çizilmiş göğüsler ve üreme organlarının resmedildiği çıplak figürlerin itici cinsel ilişki pozisyonlarında nefret uyandırıcı ve duygusuzca gösterildiği bir tablodur. Figürler, Başrahibe Teresa'nın göğüsleri çıplak bir halde iki erkek arasında dua ederken bu erkeklerden biri olan Avusturya Kardinali Herman Groer'in erekte halindeki penisinin Başrahibe Teresa'nın üzerine boşalırken resmedilmesi gibi dini kişilikleri de içermektedir. Bay Meischberger ise aynı anda Bay Heider'in boşalma halindeki penisini tutarken, iki AÖP politikacıları tarafından dokunulurken ve Rahibe Teresa üzerine boşalırken gösterilmiştir.

Okuyucu, tablonun doğası ve etkisi üzerine bir görüş oluşturabilmek için mutlaka tabloyu görme ihtiyacı duyacaktır. Benim inancım, tablonun, tuhaf bir hayal gücünün ürünü olan, herhangi bir mesaj vermeyen, duygusuz, ahlak dışı görüntülerin değersizce bir araya getirildiği ve betimlenen her bir kişiyi aşağılayan ve alay eden bir tablo olduğu yönündedir. Kişisel olarak, ben bu tabloda bir eleştiri ya da hiciv unsuru göremiyorum. Neden Başrahibe Teresa ile Kardinal Hermann Groer ile alay edilmiştir? Neden kişiler çıplak ve erekte ve boşalma halindeki penislerle resmedilmiştir? Bu durumu sanatsal ya da hicivsel ifade çerçevesinde değerlendirmeyi benim aklım almamaktadır. Sanattan bahsederken, hiç bir sanatsal ifadeyi, doğasını ya da etkisini umursamadan değerlendiremeyiz. Aynı şekilde, nasıl hakareti ifade özgürlüğü kapsamında tutmuyorsak, özellikle anlamlı bir mesaj içermeyen ve duygusuz, çirkin ve berbat görüntülerden fazlasını içermeyen, başkalarının saygınlık ve onurunu zedeleyici görüntülerin de sanatçıların mazur görülecek ifadeleri kapsamında tutulmamaları gerekmektedir.

Yargılamada doğru bir şekilde değerlendirildiği gibi (paragraf 26): "... Sanatçılar ve sanatını icra edenler şüphesiz ki 10. maddenin 2 paragrafı ile getirilen sınırlamalardan muaf tutulamazlar. Her kim ifade özgürlüğünden faydalanırsa, ilgili paragraf tarafından belirtilen şartlar dâhilinde, "görev ve sorumluluklar"ı yüklenir; bunların kapsamı kişinin durumuna ve ifade ettiklerinin anlamına göre değişir..."

Hiç kimse sanatçı olduğu ya da yaptığı işin sanatsal bir faaliyet olduğu hususuna dayanarak başkalarına hakaret etmenin sorumluluğundan kaçamaz. Yerel mahkemeler gibi, ben de tartışılan tablonun Bay Meischberger'in saygınlık ve onurunu

zedelediği görüşündeyim. Çünkü aksini ispat eden haklı bir gerekçe bulunmamaktadır ve milli merciler demokratik bir toplumda kişilerin saygınlıklarının ya da hakların korunmasını sağlamak için de “*tezkir edilebilir önlem*”in gerekli olduğunu göz önünde bulundurmakla görevlidirler.

Ekleme faydalı olacaktır ki, tartışma konusu olan büyük boyutlu tablo kamuya açık bir sanat galerisinde, yani çocukların dahi görebileceği şekilde sergilenmiştir. Nitekim toplumda kızgınlık doğurmuş, hatta bir ziyaretçi tablonun bazı kısımlarına kasıtlı olarak zarar vermiştir. Bu hasarın sonucu olarak bay Meischerger’in vücudunun görünemediğini kabul ediyorum. Ancak bu noktada da, Avusturya mahkemelerinin, Bay Meischerger’in başının hasar görmemiş kısmının görüntüsünden dolayı hala tanınabildiği yönündeki tespitine katılıyorum.

YARGIÇ SPIELMANN VE JEBENS’İN

ORTAK KARŞI OY YAZISI

Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönünde verilen karara karşı karşı oy kullandık. Karşı oyumuzun sebeplerini ileriki satırlarda açıklamaktayız.

1. Mahkeme, “*Apocalypse*” tablosuna koyulan sergileme yasağının kanunen öngörülmüş olduğunu ve “*başkalarının haklarının korunması*” amacına hizmet ettiğini kabul etmiştir. Ancak, yargıçların çoğunluğu, müdahalenin hedeflenen amaca göre orantısız olduğu ve bu suretle Sözleşme’nin 10/2 maddesindeki demokratik toplum kavramını gereğinden fazla zedelendiği yönünde görüş belirtmişlerdir. Dolayısıyla çoğunluk oyu ile Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

2. Biz bu yaklaşıma katılmıyoruz.

3. Anımsanmalıdır ki tablo, halk figürlerini gerçekçi olmayan ve abartılı bir şekilde cinsel olarak müstehcen pozisyonda tasvir eden, kişilerin çizim ve fotoğraflarının kombinasyonundan oluşmuş bir montajdan oluşmaktadır. Tablo, hakikati tasvir etmeyi amaçlamamaktadır. Aksi olarak da, Mahkemenin deyimiyile “*bir tür sanatsal ifade ve sosyal yorum, ve hakikatin provokasyon ve kışkırtma amaçlı abartılması ve çarpıtılması*”

ması" vasıtasıyla, tablonun karikatür ve hiciv yoluyla bir mesaj iletmek amacıyla olduğu kabul edilebilir. (Bkz. hükmün 33. paragrafı)

4. Mahkeme, sözleşmenin 10. maddesinin ihlali yönündeki tespitinin haklılığını ispatlamak için, bay Meischberger'in bir politikacı olması ve verilen mesajın, üyelerinin sanatçının eserlerini daha önceleri eleştirmiş olan Avusturya Özgürlük Partisi'ne karşı karşı bir saldırı olarak değerlendirilebileceği hususlarını göstermiştir (paragraf 34). Ek olarak Mahkeme, tabloda 33 kişinin betimlendiğini ve Bay Meischberger'in bu kişiler arasında en az tanınanlardan biri olduğunu (paragraf 35), tablonun daha sonrasında tahrip edilerek kırmızı bir boya ile kaplandığını (paragraf 36) ve Avusturya mahkemesi kararının yer ya da zaman bakımından bir sınırlama getirmediğini (paragraf 37) belirtmiştir. Bay Meischberger'in kişisel menfaatlerinin tartışılması, betimlemenin sanatsal ve hicivsel yanının değerlendirilmesi ve Avusturya mahkemesi kararının başvuru birliği üzerinde doğurduğu sonuçların göz önüne alınması sonucunda, Mahkeme kararın orantısız olduğu sonucuna varmıştır (paragraf 38).

5. Biz varılan bu sonuca katılmıyoruz. Sebebimiz şudur ki, "başkalarının haklarının korunması" tehlikede ise, sanatsal özgürlük sınırsızlaştırılmaz.

6. Şüphesiz, Mahkeme'nin kararı sürekli ve doğru olarak vurgulamıştır ki, ifade özgürlüğünün "sadece saldırgan olarak kabul edilmeyen ifadeler için değil, aynı zamanda devleti ya da toplumun herhangi bir kesimine karşı kullanılan saldırgan ya da rahatsız edici ifadeler için de var olduğu kabul edilmelidir. Bu, demokratik toplumun¹ olmazsa olmazları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin bir gereğidir." Aynı zamanda, Devlet'in takdir payının özellikle sınırlanması ya da sanatsal özgürlüğü kısıtladığı noktalarda pratik olarak uygulanmaması gerektiği hususuna katılmaktayız.²

7. Ancak, işbu davada konusu olan tablo, her ne kadar bugünlerde

¹ *Handyside v. the United Kingdom*, 7 Aralık 1976 yargılaması, Series A no. 24, p. 23, § 49.

² Bu çözüm (maalesef) Mahkeme tarafından günümüze uyarlanmamıştır. Bkz. *Müller and Others v. Switzerland*, judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, *Wingrove v. the United Kingdom*, judgment of 25 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions 1996-V*, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgment of 20 September 1994, Series A no. 295-A,

(*art engage*)³ olarak bilinen kavramın ifadesi olsa da, başkalarının haklarına aşırı derecede müdahale ettiği için Sözleşmenin 10. maddesinin sınırsız korumasını hak etmemektedir. Başka bir deyişle, “*Abartının sınırları vardır: bir şey aşırı derecede abartılı olamaz.*”⁴

8. Betimlemenin abartılı yapısı, “*başkalarının hakları*” kapsamında korunduğunu düşündüğümüz “*başkalarının onur*”una karşı saldırgan bir mahiyettedir. Bu noktada, meslektaşımız Yargıç Loucaides’in karşı oyuna katılmaktayız. Önemle belirtmek isteriz ki, onur kavramı, Sözleşmenin metninde açıkça ifade edilmemiş olsa dahi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında korunmaktadır.⁵ Ancak Mahkeme, kararında açıklamaktadır ki, “*Sözleşmenin esası insan onuruna ve insan özgürlüğüne saygıdır.*”⁶ Bilge bir yazar ise bu hususu şu şekilde açıklamıştır: “*İnsan haklarının temeli, tüm insanların “eşit onuru”ndan başka bir şey değildir. Onur ve evrensellik de birbirinden ayrılmaz parçalardır.*”⁷

9. Fikrimizce bu, insan onurunun soyut ve belirsiz kavramı -temel haklar⁸ üzerinde alelacele kabul edilemez sınırlamalar getirilmesi-

³ Bkz. Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin 3 Haziran 1987 tarihli kararı (BVerfGE 75, 369; EuGRZ, 1988, 270).

⁴ P. Martens, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Brussels, Larcier, 2003, p. 151: “Il y a (...) des limites à l’excès : on ne peut pas être excessivement excessif.”

⁵ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin giriş kısmı ve 1, 22, ve 23. maddeleri.

⁶ *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 65, ECHR 2002-III, and *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 90, ECHR 2002-VI. Ayrıca bkz. *Valašinas v. Lithuania*, no. 44558/98, § 102, ECHR 2001-VIII.

⁷ E. Decaux, “Dignité et universalité”, in S. Marcus Helmons (ed.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs. Les limites irréductibles*, Brussels, Academia-Bruylant, Bruylant, 1999, p. 164 : “Le fondement des droits de l’homme ne peut être que « l’égalité dignité » de tous les hommes. Dès lors, dignité et universalité sont indissociables.”

⁸ Bkz. D. Feldman, “Human Dignity as a legal value. Part I”, *Public Law*, 1999, pp. 682-702, at p. 697: “The notion of dignity can easily become a screen behind which paternalism or moralism are elevated above freedom in legal decision-making.” As another author has pointed out, “[I]a notion de dignité, indéfinie, est à l’évidence manipulable à l’extrême. Grande peut-être alors la tentation d’un ordre moral évoquée par G. Lebreton (*Chr. D.* [1996, J., 177]). La confusion établie entre moralité publique et dignité s’y prête particulièrement à l’heure où le politiquement correct traverse l’Atlantique”, J.-P. Théron, “Dignité et libertés. Propos sur une jurisprudence contestable”, in *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Brussels, Bruylant, 1998, p. 305, concerning two decisions of 27 October 1995 by the French Conseil d’Etat, sitting as a full court, *Commune de Morsang-sur-Orge* and *Ville d’Aix-en-Provence*, AJDA, 1995, 942, RFDA, 1995, 1204, submissions by Mr Frydman, and

ne gerekçe olarak kullanılabileceğinden, kendi başına tehlikeli olan bir kavram- değil, bay Meischberger'in fotoğrafının, kendisini ciddi olarak küçültülmüş ve aşağılanmış hissettiren bir resimli montajda kullanılmasının konu olduğu işbu davadaki uyuşmalığın merkezinde bulunan "başkalarının temel kişisel onuru"⁹ nun somut kavramıdır.

10. Bu bağlamda belirtilmesi gerekir ki, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 3 Haziran 1987 tarihinde bir karikatür ile ilgili bir davada,¹⁰ yayıncının şikâyetinin reddedilmesi doğrultusunda verdiği kararında, insan onuru kavramına Temel Kanun'un (m. 1 (1))¹¹ açıkça kutsallaştırdığı anlamıyla dayanmıştır. Karikatür tanınmış bir politikacıyı, adli cübbe giymiş bir domuzla çiftleşen başka bir domuz şeklinde betimlemiştir. Mahkeme, yayıncının Temel Kanun'un 5-(3) maddesiyle korunan sanatsal özgürlüğe dayanan savunmasını kabul etmemiştir.¹² Önemle belirtmek gerekir ki, mahkeme karikatürlerin bir sanat eseri olduğunu kabul etmiş, sanatın "kaliteli" ya da "kalitesiz" veya "iyi" ya da "kötü" olup olmadığını değerlendirecek bir kalite kontrolü (Niveauekontrolle) uygulamanın uygunsuz olacağını belirtmiştir.¹³ Ancak

Rev. trim. dr. h., 1996, 657, submissions by Mr Frydman, note by Nathalie Deffains. See also P. Martens, "Encore la dignité humaine: Réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte", in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Brussels, Bruylant, 2000, pp. 561 et seq. On the role played by morals in the debate on dignity, see J. Fierens, "La dignité humaine comme concept juridique", *Journal des Tribunaux*, 2002, pp. 577 et seq., in particular p. 581. See also, from the perspective of the "paradigm of humanity", B. Edelman, "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau", *D.*, 1997, chron. p. 185, and reprinted in the book by the same author *La personne en danger*, Paris, PUF, 1999, pp. 505 et seq.

⁹ Başkalarının onurunun korunması ile kişinin kendi onurunu koruması arasındaki fark için, bkz. B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, 1999, in particular pp. 450 et seq. and pp. 464 et seq.

¹⁰ BVerfGE 75, 369; *EuGRZ*, 1988, 270. See also the article by G. Nolte, "Falwell vs. Strauß: Die rechtlichen Grenzen politischer Satire in den USA und der Bundesrepublik", *EuGRZ*, 1988, pp. 253-59.

¹¹ Bkz. Dipnot 5.

¹² Alman Temel Kanunu'nun 5(3) maddesi: "Sanat ve bilim, araştırma ve eğitim ücretsizdir. ..."

^{Bkz.} E. Barendt, *Freedom of Speech*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 229.

¹³ "Die Grundanforderungen künstlicher Tätigkeit festzulegen, ist daher durch Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht verboten sondern verfassungsrechtlich gefordert. Erlaubt und notwendig ist allerdings nur die Unterscheidung zwischen Kunst und Nichtkunst; eine Niveauekontrolle, also eine Differenzierung zwischen 'höherer' und

şikâyeti, politikacının hayvani bir cinsel ilişkiye girer şekilde betimlenmesinden dolayı, karikatürlerin politikacının onurunu zedelemek amacını taşıdığı gerekçesiyle reddetmiştir. İnsan onuru ile ilgili ihtilafın bulunduğu hallerde sanatsal özgürlük (*Kunstfreiheit*) her zaman kişilik haklarından sonra gelmelidir.¹⁴

11. Yorumcu Eric Barendt işbu kararı haklı olarak onaylamıştır:

“Politik hiciv, sadece bireye yönelik alçaltıcı ifadelerden oluşursa korunmamalıdır. Örneğin bir dergi yazısının, birtakım sözleri ünlü bir kişiye atfetmesi, ya da o kişiyi çıplak halde betimlemek için bilgisayarla oynanmış görüntüsünü kullanması ile bu ünlü kişinin daha önce vermiş olduğu bir röportajın gülünç bir taklidini yapması arasında fark yoktur. Bu, Anayasanın ifade özgürlüğü (ya da sanatsal özgürlük) hükümlerince korunan politik ya da sanatsal tartışmalara getirilen bir katkı değil, kişinin onuruna karşı yapılmış bir saldırı olarak nitelendirilmelidir.”¹⁵

12. Kısaca, bir kişinin insanlık onuruna o kişinin tanınmış bir figür olup olmadığına dikkat edilmeksizin saygı gösterilmelidir.

13. Asıl davamıza dönecek olursak, Mahkemenin ihlal yönündeki kararına dayanak oluşturan sebeplerin hedeflenen amaca uygun olmadıkları fikrindeyiz. İnsan onuruna duyulan saygı, bu değerlendirmelere göre öncelikli olmalıdır.

14. Ayrıca eklemek isteriz ki, bay Meischberger’in fotoğrafının kendisinin muvaffaktı dışında tabloda kullanılmış olduğu hususu da kendi başına Sözleşme hükümleri kapsamında tartışmalıdır. Görüşümüze göre, bir kişinin görüntüsü üzerindeki hakkı, Sözleşme’nin özel hayat hakkını koruyan 8. maddesinin koruması altındadır.¹⁶ Madde 8, kişilik¹⁷ hakkını ve özellikle işbu maddenin verdiği garantilerin altında yatan önemli bir ilke olan kişisel bağımsızlık kavramı ile ilişkili olarak

‘niederer’, ‘guter’ und ‘schlechter’ (und deshalb nicht oder weniger schutzwürdiger) Kunst, liefe demgegenüber auf eine verfassungsrechtlich unstatthafte Inhaltskontrolle hinaus (Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 39).”

¹⁴ E. Barendt, *Freedom of Speech*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 230.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 230.

¹⁶ Bkz *Von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, § 50, ECHR 2004-VI, and *Sciacca v. Italy*, no. 50774/99, § 28, ECHR 2005-I.

¹⁷ Bkz *Wisse v. France*, no. 71611/01, § 24, 20 December 2005.

kişisel gelişim hakkını korumaktadır.¹⁸ Kişinin kendi görüntüsü üzerindeki tasarrufu, kişisel gelişimin en önemli unsurlarından biri olduğundan, madde 8, kişinin görüntüsü üzerinde oynama yapılmasından ya da görüntüsünün çoğaltılmasından önce itirazda bulunma fırsatına sahip olmamasına dayanağıyla uygulama alanı bulabilir. İşbu davada, Bay Meischberger'in konuyu tasvir etmek amacıyla kullanılan, ya da daha doğrusu kötüye kullanılan fotoğrafının meslektaşımız Yargıç Loucaides'in de karşı oyunda da belirttiği gibi fazlaca kırıncı olması nedeniyle, kişinin kendi görüntüsü üzerindeki hakkının ihlali meselesi daha da fazla önem taşımaktadır.

15. Son olarak, mahkemenin, 10. maddenin ihlal edilmesinin, başvurucu birliğin manevi zararını da ispatlar nitelikte olduğunu kabul etmesiyle manevi tazminata hükmetmesine karşı da karşı oy kullandık. Zira söz konusu maddenin ihlal edildiği görüşüne katılmadığımız için, bu ihlale dolayısıyla kabul edilen manevi zararın oluştuğunu da kabul etmemekteyiz.

¹⁸ Bkz *Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 61, ECHR 2002-III.

ERDEM VE EGİN - ERDEM / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No: 28431/06),

SAYGI / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No: 5559/07),

KARADAĞ / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No: 2642/08),

SEMRA GÜNEY / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No: 38143/68),

ŞENSOY / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No: 58227/08)

Çev.: Özlem YILMAZ*

Serkan CENGİZ**

KISMİ KABULEDİLEBİLİRLİK KARARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm)

Françoise Tulkens Başkanlığında;

Yargıç üyeler ,

Ireneu Cabral Barreto,

Vladimiro Zagrebelsky,

Danutė Jočienė,

Andras Sajo,

Nona Tsotsoria

Işıl Karakaş ,

Kristina Pardalos

Ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü, Françoise Salle Dolle'un katılımıyla
17 Kasım 2009 tarihinde toplanarak aşağıda yer alan kararı vermiştir,

* Av., İzmir Barosu.

** Av., İzmir Barosu.

OLAYLAR

I. DAVALARIN KAYNAĞI

Türkiye İmar Bankası TAŞ (İmar Bankası) 1984 yılından itibaren İstanbul'da Uzan grubunun kontrolü altında faaliyet göstermiştir.

Kuruluş, hesap sahiplerine yüksek faiz veren bir kampanya ile tanınmıştır. Daha sonra milyarlarca euro zarar ederek batan bankaya ilişkin bir operasyon yapılmıştır.

4 Temmuz 2003 tarihinde Türk finansal sisteminin stabilize edilmesi ve güvenliğinin sağlanması için yapılan düzenleme ile kurulan BDDK (Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu) 3 Temmuz 2003 tarihli 1085 nolu kararı ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14/3. maddesi gereğince İmar Bankası'nın hesaplarına el koymuştur. Bu karar la İmar Bankası'nın borçlarına ilişkin olarak, hesapların tümü Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmiştir. 4389 sayılı yasanın 16/1. maddesi uygulanmıştır.

16 ve 29 Eylül 2003 tarihlerinde TBMM 5021 sayılı yasayı kabul etmiş ve Bakanlar Kurulu 2003/6668 sayılı kararnameyi çıkarmıştır. (3 Ocak 2004 tarihinde *Resmi Gazete*'de yayınlanmıştır). Bu kararname ile İmar Bankası'na müdahale edilmesine ilişkin işlemlerde değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede ilgililerin "*ibra ve taahhüt*" belgesini imzalamaları talep edilmiştir. Bu taahhüdün hükümleri arasında doğru beyan edilmeyen hesaplara ilişkin ödemelerin geri alınacağı hükmü yer almaktadır. Ayrıca tutara ilişkin dava açılması durumunda bunun derhal bildirilmesi zarureti ve böylesi bir durumda tutara ilişkin geri ödemenin yargılamanın sonuna kadar erteleneceği hükmü bulunmaktadır.

19 Ocak 2004 tarihinde getirilen yeni hükümlerle, ilgililere ödemenin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından yapılacağı öngörülmüştür.

II. OLAYLARIN GELİŞİMİ

A. 28431/06 nolu, 22 Temmuz 2006 tarihli, Erdem ve Egin - Erdem / Türkiye başvurusu

Başvurucular Bay Yusuf Erdem ve Bayan Verena Cornelia Egin - Erdem Alman vatandaşı ve 1962 ve 1959 doğumludurlar. Evlidirler ve

Schopfheim’de yaşamaktadır.

Başvurucuları Mahkeme önünde İzmir Barosu avukatlarından Bay Serkan Cengiz temsil etmiştir.

Başvurucular tarafından aktarılan olayların gelişimi aşağıda özetlenmiştir:

28 Kasım 2002 ve 28 Nisan 2003 tarihlerinde başvuru İmar Bankası off-shore hesabına 3 048 008 867 575 Türk Lirası aktarmışlardır. Başvurucular bu aktarımı İmar Bankası şubelerinde bulunan vadeli hesaplarından yapmışlardır.

8 Eylül 2003 tarihinde başvuru Bankalar Denetleme ve Düzenleme Kurulu ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fon’undan ödeme talebinde bulunmuşlardır. Bu taleplerine olumlu yanıt verilmeyince 31 Aralık tarihinde Danıştay’da maddi ve manevi zararlarının giderilmesini talep eden bir tam yargı davası açmışlardır.

28 Ocak 2004 tarihinde Danıştay yetkisizlik kararı vermiş ve dosyayı Ankara İdare Mahkemesi’ne göndermiştir. 26 Temmuz 2004 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi İstanbul İdare Mahkemesi’nin yetkili olduğuna karar vermiştir. 31 Mart 2005 tarihinde İstanbul İdare Mahkemesi yetkisizlik kararı vererek dosyayı Ankara İdare Mahkemesi’ne göndermiştir. İdare Mahkemeleri arasındaki yetki uyuşmazlığının çözümü için dosya Danıştay’a gönderilmiştir. 14 Eylül 2005 tarihinde Danıştay, Ankara İdare Mahkemesi’nin yetkili olduğuna karar vermiştir.

28 Şubat 2006 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi iki başvuru tarafından açılan tazminat ve alacak taleplerine ilişkin davanın reddine karar vermiştir.

25 ve 26 Ocak 2007 tarihlerinde “*taahhüt ve ibra belgesi*”nin başvuru tarafından imzalanmasından sonra 3 342 274,07 Türk Lirası (1.816.479 Euro) başvuruca ödenmiştir.

1. Alacağın Tahsiline İlişkin Dava

21 Mayıs 2007 tarihinde, başvuru İstanbul İdare Mahkemesinde alacaklarının faizleriyle birlikte tahsiline ilişkin bir dava açmışlardır.

25 Aralık 2007 tarihinde ulusal mevduat fonlarına ilişkin yasal dü-

zenlemeyi baz alarak İstanbul İdare Mahkemesi bu davayı reddetmiştir.

7 Nisan 2008 tarihinde başvuru kararını temyiz etmişlerdir.

2. Tazminat Davası

11 Haziran 2007 tarihinde başvuru Ankara İdare Mahkemesi'nde ödemelerin eksikliği nedeniyle maddi ve manevi tazminat davası açmışlardır.

9 Temmuz 2007 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi bu davayı reddetmiştir. 27 Ağustos 2007 tarihinde başvuru Ankara İdare Mahkemesi'ne yeni bir dava açmışlardır. Başvuru Mahkemeye sundukları 22 Nisan 2008 tarihli beyanlarında bu davaların hala devam ettiğini bildirmişlerdir.

B. 55559/07 No.'lu, 13 Aralık 2007 Tarihli, Saygı / Türkiye Başvurusu

Başvuru Sabahattin Saygı Türk vatandaşı ve 1949 doğumludur. İstanbul'da yaşamaktadır.

Başvuru tarafından olayların gelişimi aşağıdaki şekilde özetlenmiştir:

3 Temmuz 2003 tarihinde başvuru İmar Bankası'ndan hazine bonoları almıştır. Bonoların değeri 84.767.500.-TL düzeyindedir.

22 Eylül 2003 tarihinde başvuru İstanbul İdare Mahkemesi'nde bir alacak davası açmıştır. İstanbul İdare Mahkemesi yetkisizlik kararı vererek dosyayı Ankara İdare Mahkemesi'ne göndermiştir. 23 Ekim 2007 tarihinde yeni yasal düzenlemeye dayanan Ankara İdare Mahkemesi başvuru davasını reddetmiştir. 23 Ocak 2008 tarihinde başvuru " taahhütname ve ibraname belgesini imzalamış ve faizlerle birlikte **alacaklarının %73 ü** olan 69.300 TL'nin ödenmesini kabul etmiştir.

27 Şubat 2008 tarihinde başvuru davasının reddine ilişkin kararı temyiz etmiştir.

Başvuru tarafından Mahkemeye 15 Mayıs 2008 tarihinde sunu-

lan dilekçede, Danıştay'da davanın devam ettiği bildirilmiştir.

**C. 26427/08 No.'lu, 21 Mart 2008 Tarihli,
Karadağ/ Türkiye Başvurusu**

Başvurucu Bay Abit Karadağ Türk vatandaşıdır. 1955 doğumludur. Ankara'da yaşamaktadır.

Başvurucu tarafından aktarılan olayların gelişimi aşağıda özetlenmiştir:

30 Ekim 2002 tarihinde başvuru İmar Bankası aracılığıyla hazine bonoları satın almıştır. Bonoların değeri 111.070.729,00 TL dir.

19 Aralık 2003 tarihinde başvuru alacağının tahsili için Ankara İdare Mahkemesi'nde bir dava açmıştır.

Ankara İdare Mahkemesi 29 Aralık 2009 tarihinde başvurucunun davasını kısmen kabul etmiştir. Başvurucu kararı 13 Eylül 2007 tarihinde temyiz etmiştir.

26 Kasım 2007 tarihinde başvuru "taahhütname" belgesini imzalamıştır. Başvurucu hesap bakiyesi olarak 142.358,24 TL ödendiği hususunda beyanda bulunmuştur.

7 Ağustos 2008 tarihinde başvuru Mahkemeye, idari yargılamanın Danıştay önünde devam ettiğini bildirmiştir.

**D. 38143/08 No.'lu, 8 Ağustos 2008 Tarihli,
Semra Güney/ Türkiye Başvurusu**

Başvurucu bayan Semra Güney Türk vatandaşıdır. 1962 doğumludur. Mahkeme önünde İzmir Barosu avukatlarından bay Serkan Cengiz tarafından temsil edilmiştir.

Başvurucu tarafından aktarılan olayların gelişimi aşağıda özetlenmiştir:

5 Mart ve 4 Nisan 2003 tarihlerinde başvuru müşterisi olduğu İmar Bankası aracılığıyla hazine bonoları satın almıştır. Hazine bonolarının toplam değeri 35.444.533,244 TL'dir.

4 Mayıs 2004 tarihinde başvuru Ankara İdare Mahkemesi'nde

alacağı için bir dava açmıştır. 26 Temmuz 2006 tarihinde mahkeme başvurusunun davasını kısmen kabul etmiştir. Başvurucu kararı temyiz etmiştir.

17 Ocak 2008 tarihinde başvuru 55.412,00 TL ödeme içeren “*taahhüt ve ibra*” belgesini imzalamıştır.

28 Ocak 2008 tarihinde Danıştay’ın verdiği bozma kararı başvurucuya 1 Nisan 2008 tarihinde tebliğ edilmiştir. 14 Mayıs 2008 tarihinde İdare Mahkemesi başvurusunun davasını reddetmiştir.

Dosyaya sunulan belgelerden yargılamanın ulusal mahkemeler önünde devam ettiği anlaşılmaktadır.

E. 58277/08 No.’lu, 2 Kasım 2008 Tarihli, Şensoy / Türkiye Başvurusu

Başvurucular Bay Orhan Şensoy ve Ayhan Timuçin Şensoy Türk vatandaşları ve 1948 ve 1975 doğumludurlar. Ankara’da yaşamaktadırlar. Mahkeme önünde Ankara Barosu avukatlarından B.Yegül tarafından temsil edilmişlerdir.

Başvurucular tarafından aktarılan olayların gelişimi aşağıda özetlenmiştir:

26 Mayıs 2003 tarihinde başvuru müşterisi oldukları İmar Bankası aracılığıyla 44 500 394 982 TL değerinde hazine bonusu satın almışlardır. 22 Aralık 2003 tarihinde başvuru Ankara İdare Mahkemesi’nde açtıkları dava ile 2003/6668 nolu kararın iptalini ve bono karşılıklarının kendilerine ödenmesini talep etmişlerdir.

11 Nisan 2007 tarihinde Mahkeme başvurucuların davalarının kısmen kabulüne karar vermiştir. Başvurucular kararı temyiz etmişlerdir.

6 Kasım 2007 tarihinde başvuru 57.035,75 TL’nin kendilerine ödenmesine ilişkin “*taahhüt ve ibraname*” belgesini imzalamışlardır.

Dosyadaki belgelerden davanın ulusal mahkemeler önünde devam ettiği anlaşılmaktadır.

ŞİKAYETLER

Başvurucular, idari yargılamalar açısından, davaların makul süre-

de görülmemiş olması nedeniyle Sözleşme'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

38143/08 sayılı başvuruda (çn. Semra Güney / Türkiye), başvuru (ç.n uzun yargılamadan kaynaklanan zararlarına dair) iç hukukta ulusal makamlar önünde etkin başvuru yolları bulunmadığından Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

38143/08 no.'lu başvuruda (çn. Semra Güney / Türkiye) başvuru Danıştay önündeki inceleme sırasında Danıştay Savcısı'nın görüşlerinin kendisine tebliğ edilmemesi açısından Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Ayrıca başvurucular maruz kaldıkları muamelenin manevi işkence oluşturduğunu, yasa koyucu tarafından kabul edilen faiz oranlarından farklı ödemeler öngörülmesinin ayrımcılık oluşturduğunu, tüm bu nedenlerle Sözleşme'nin 3, 6, 7, 13 ve 14. maddeleri ile Sözleşme'ye ek I nolu Protokol'ün 1.maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

KARAR

1. Başvurucular idari yargılamalar açısından makul süre kuralının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

38143/08 sayılı başvuruda (ç.n Semra Güney / Türkiye), başvuru ulusal yargı önündeki usulde ivediliğin olmadığını, ayrıca Danıştay Savcısının görüşünün tebliğ edilmemesine karşı etkin bir iç hukuk yolu bulunmadığını da iddia etmiştir.

Devam eden bu dosyalara ilişkin olarak Mahkeme, bu şikayetlerin incelenebilirliğine (kabuledilebilirliğine) karar vermeden önce Mahkeme İç Tüzüğü madde 54 / 2'ye göre hükümetin savunmasını almayı uygun görmektedir.

2. Başvurucular, Sözleşme'nin 3, 6, 7, 13 ve 14. maddeleri ve Sözleşme'ye ek 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesi'nin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu şikayetleri Sözleşme'ye ek 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında değerlendirmeye karar vermiştir. Sözleşme'ye ek 1 no.'lu Protokol'ün 1. maddesi şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle"

le ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir...".

İmar Bankası'na el konulmasının ardından, başvuru sahiplerinin hesapları Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu'na devredilmiştir. Ödeme yetkisi de bu kuruluşa geçmiştir. Bakanlar Kurulu devredilen bu alacakların ödemelerine ilişkin farklı kararlar alarak farklı düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenleme ve kararlar gereği ilgililer "taahhüt ve ibraname" belgelerini imzalamışlardır. Bu belgeyi imzalayarak ödemelerin bir kısmına ilişkin hak taleplerinden feragat etmişlerdir. Hesaplarına ilişkin verdikleri bilgilerden sorumlu olmuşlar ve hesaplarının bakiyelerini beyan etmek zorunda kalmışlardır. 11 Ocak 2004 tarihli yasa ile öngörülen değişikliklerle bu belgeyi imzalayan hesap sahiplerine Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu'nun ödeme yapacağı öngörülmüştür.

Mahkeme bu kanuna ilişkin hükümler gereğince alacaklılar arasında adil yönetim sağlandığını ve ulusal ekonominin gerektirdiği genel yararın gerekleri ile kişilerin mülkiyet hakkının korunması arasında adil dengenin garanti altına alındığını belirlemiştir (Saggio / İtalya, başvuru no.41879/98, paragraf 30, 25 Ekim 2001). Mahkeme öncelikle ödemelere ilişkin farklılıklar olmasının malların kullanımına ilişkin bir sorun olduğunu belirlemiştir. *Öte yandan Devletin müdahalesi başvuru sahipleri üzerinde aşırı ve ağır bir yük oluşturmamıştır* (James ve Diğerleri / İngiltere, 21 Şubat 1986, paragraf 50- Seri A, no 98).

Dosyada yer alan tüm unsurlar ve veriler ışığında Mahkeme, yasa tarafından belirlenen farklı ödemelerin kaynağını, başvuru sahipleri tarafından Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu tarafından hazırlanan eksik ve yetersiz ödemeleri öngören taahhütnamelerin başvuru sahipleri tarafından imzalanmış olmasının oluşturduğu sonucuna varmıştır. Başvuru sahipleri bu belgeleri imzalayarak hesaplarının iflas etmiş olan bankadan devrini ve faiz almamaya ilişkin bir usulü kabul ederek alacaklarından kısmi olarak vazgeçmişlerdir. *Mahkeme bu anlaşmanın pratikte başvuru sahiplerinin Sözleşmeye ek 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi anlamında hak ileri sürmelerine engel olacak bir müdahale olduğunu belirlemiştir. Bu müdahalenin temel amacı bankacılık sistemi ve mali sistemi desteklemek ve bankacılığın etkinliğini güvence altına almak, bankacılık sisteminin devamlılığı ile bu bankalarda hesapları olan kişilere yapılacak ödemeler arasında bir denge sağlamaktır* (Giacometti ve Diğerleri / İtalya, başvuru no.34939/97, 8 Aralık 2001 CEDH 2001 -XII Guerrera ve Fusco / İtalya, başvuru no

40601/98, 3 Nisan 2003 ve Folcheri / İtalya, başvuru no 61839/00, 3 Haziran 2004).

Mahkeme başvurucuların ödemeleri kabul etme konusunda devlet makamlarının baskısına maruz kalmadıklarını belirlemiştir. Bu nedenle başvurucuların izlenen meşru amaçtan dolayı aşırı bir yük altına girmedikleri tespit edilmiştir.

Yukarıda açıkladığımız nedenlerle başvurunun bu kısmı Sözleşme'nin m. 35 / 3 ve 4 hükümlerine göre temelden yoksun olduğundan incelenemezliğine (kabuledilmezliğine) karar verilmiştir.

Tüm bu gerekçelerle Mahkeme;

Başvurucuların şikayetlerinden makul süre kuralına uyulmadığı (madde 6/1), uzun yargılamaya karşı etkin bir iç hukuk yolunun bulunmadığı (m. 13) ve Danıştay Savcısı'nın görüşlerinin tebliğ edilmediğine ilişkin şikayetlerin incelenmesine;

Başvuruların diğer bölümlerinin kabuledilmezliğine (incelenemezliğine) karar vermiştir.

François Elens -Passos
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

François Tulkens
Başkan

**AİHM'İN ERDEM VE EGİN-ERDEM VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE
BAŞVURUSUNA DAİR YAYIMLADIĞI
17 KASIM 2009 TARİHLİ KISMİ İNCELENEBİLİRLİK
(KABULEDİLEBİLİRLİK) KARARI İŞİĞİNDA
İMAR BANKASI MAĞDURLARI**

Serkan CENGİZ*

3 Temmuz 2003 tarihinde T. İmar Bankası TAŞ'ye el konulması ile toplumu hayrete düşürecek pek çok bilinmezlin ortaya çıktığı bir süreç başladı. Bu süreç yarattığı binlerce mağduruyla uzun bir dönem kamuoyunu işgal etti.

Kısaca hatırlatmak gerekirse Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 1085 sayılı Kurul kararıyla, o dönem yürürlükte olan Bankacılık Kanunu'nun ilgili hükümlerine (madde 14/3) dayanarak 3 Temmuz 2003 tarihinde T. İmar Bankası TAŞ yönetimine el konulmuş, önceki tarihli diğer banka el koymalarında izlenen yöntemden farklı olarak İmar Bankası'nın bankacılık faaliyet lisansı iptal edilerek Banka iflas ettirilmiş ve TMSF'ye devredilmişti.

Hemen akabinde, *Resmi Gazete*'de 12.08.2003 tarihinde yayımlanan 4969 ve 27.12.2003 tarihinde yayımlanan 5021 sayılı yasalar ile Banka'da birikimi olan kişilerin bir kısmının hak sahipliği tamamı ile ortadan kaldırılmış, bir kısmının ise ciddi sınırlamalara tabi tutulmuştu. Örneğin, Banka aracılığıyla hazine bonosu alanlara, Banka'nın hazine bonosu satma izni olmadığı gerekçesiyle herhangi bir hak talep edemeyecekleri, geçmişe şamil hükümler içeren bu düzenlemeler ile açık bir şekilde ifade edilmişti. Oysa aynı Banka'nın el koyma öncesinde kendisine ait ve diğer ulusal medya kuruluşlarında yayınladığı hazine bonosu satışına dair reklamlarına SPK dahil hiçbir resmi kurum sesini çıkarmamış, yasal denetim görevlerini her nedense yerine getirmemişlerdi.

Bankadaki birikimlere getirilen bir başka kısıtlama örneği ise 3 Haziran - 3 Temmuz 2003 tarihleri arasında off-shore hesaplarını ka-

* Av., İzmir Barosu

patıp aynı bankada tasarruf mevduatı hesabı açtıran banka müşterilerinin durumuydu. Bu kategoriye giren kişilere hesap açma işlemlerinin muvazaalı görülmesi nedeniyle herhangi bir ödeme yapılmayacağı yine geçmişe şamil hükümler taşıyan 5021 sayılı Kanun ile karara bağlanmıştı (5021 sayılı yasanın 1.maddesinin ilk hali).

3 Ocak 2004 tarihinde *Resmi Gazete*'de yayınlanan 2003/6668 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla geri ödemeye hak kazanan şanslı azınlığa, ödemelerin 36 aya kadar varan taksitler halinde yapılacağı, bu dönemde hesaplarda vade gününü bekleyecek meblağlara da TÜFE üzerinden hesaplanacak bir "*gecikme faizi*" uygulanacağı, ödemeyi kabul edenlerin bir "*taahhütname ve ibraname*" imzalamasının zorunlu olacağı "*müjdesi*" verilmişti. Kuşkusuz adı geçen bu yasal düzenlemelerin yürürlüğünden çok kısa bir süre önce, en yetkili ağızlardan yapılan ve hatta BDDK, TMSF ve dönemin Başbakan Yardımcısı Abdülatif Şener tarafından birkaç kez ifade edilen "*taksitle ödenecek mevduatlara, mevduatı en büyük 5 bankanın uyguladığı mevduat faizi ortalamasının*" uygulanacağı müjdesi ise her nedense unutulup gitmişti.

Anayasa Mahkemesi'nin 5021 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin ilgili kısmını iptal etmesi (Anayasa Mahkemesi E.2004/4 K: 2005/25 KT: 04.05.2005) üzerine Danıştay, 2003/6668 sayılı BK Kararının ilgili kısmını, Anayasa Mahkemesinin kararını gerekçe göstererek iptal etmiş, böylelikle 3 Haziran - 3 Temmuz 2003 tarihleri arasında off-shore'dan tasarruf mevduatına dönenler açısından bir umut ışığı doğmuştu. Bakanlar Kurulu, iptal kararından yaklaşık bir buçuk yıl sonra 3 Ağustos 2006 tarihli 2006/10727 sayılı Kararı ile bu kategori içersine giren İmar Bankası mağdurlarına ödeme yapılacağını, buna karşın ödemelerin 2003/6668 nolu BK Kararındaki usule ve faiz hesaplamasına göre yapılacağı "*müjdesini*" vermişti. Yaklaşık bir yıl sonra 21 Temmuz 2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 2007/12398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile de hazine bonusu mağdurlarına ödeme yapılacağı, buna karşın ödemelerin yine 2003/6668 nolu BK Kararı'ndaki usule ve sözde faiz hesaplamasına (TÜFE) göre yapılacağı "*müjdesi*" verilmişti.

Bu arada Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (E.2006/2712, K.2006/1173, 19.10.2006) 2003/6668 sayılı BK kararının bazı hükümlerinin özellikle ödemeye ve faiz hesaplamasına ilişkin hükümlerinin (m. 6, 7, 8, 9/d ve 13) iptalinin talep edildiği davada, ödemenin gerek şekil gerekse de faiz hesaplama yöntemi açısından Anayasa tarafın-

dan korunan mülkiyet hakkını ihlal etmediği yönünde bir karar verdi.

Karara muhalif kalan yedi Yüksek Yargıcın aşağıda bir kısmı alın-tilanan değerlendirmesi İmar Bankası mağdurları açısından bir umut kaynağı olmuştur:

“...Bakanlar Kurulu kararında öngörülmemesi nedeniyle de mevduat tu-tarına göre 36 ayı bulabilen taksitlerle yapılan ödemelerde, 2004 yılı Ocak ayından önceki döneme ilişkin faiz alacakları ilgilere ödenmemiştir.” (sayfa 8 paragraf 2, son cümle).

“...Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından İmar Bankasındaki ta-sarruf mevduatı hesaplarının ödenmesi, mevduat sigortasının doğal sonucu olarak ortaya çıkan yasal yükümlülük olup; bu yükümlülüğün, daha sonra-dan ortaya çıkarılan bir yasayla ortadan kaldırılması veya eksiltilmesi müm-kün değildir...” (sayfa 8 paragraf 5).

Nitekim, 5021 sayılı Kanun da, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun hesaplarını ödemekle yükümlü olduğunu tekrarlamış; *sa-dece fon yönetimine faiz işletmek şartıyla taksitli ödeme olanağı sunmuştur.*

Yasa hükmünde yer alan faiz sözcüğünün, tasarruf mevduatı-nın belli bir vadede taksitlendirilerek ödenmesi söz konusu olduğuna göre, mevduat faizi olarak anlaşılması zorunludur. Elbette bu mev-duat faizi, İmar Bankasının belirlediği mevduat faiz oranı değil sigorta kapsamındaki mevduatın geri ödenmesinde o döneme ilişkin hesapla-nacak ortalama mevduat faizi oranı olacaktır. *Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 3 Temmuz 2003 tarihli 1083 sayılı kararında, İmar bankasının faaliyette bulunduğu dönem için esas alınan mevduat toplamları, en yüksek beş bankaca uygulanan faiz oranlarının ortalaması alınarak hesap edilen ortalama mevduat faizinin, 5021 sayılı Kanun'a göre yapılacak taksitli ödemelerde de uygulanması gerekmektedir.*

Oysa, 5021 sayılı yasanın açık düzenlemesine karşılık, Bakanlar Kurulunun dava konusu kararının 8. maddesinde, İmar Bankasında mevduat hesabı olanlara yapılacak taksitle ödemede faiz adı altında *enflasyon farkı* ödenmesi öngörülmüştür. Bakanlar Kurulu kararının 8. maddesinde *“...Söz konusu hesaplara uygulanacak faiz oranı, ilgili faiz ta-hakkuk dönemi sonunda Devlet İstatistik Enstitüsünce en son açıklanan Tü-ketici Fiyat Endeks sayısının tahakkuk dönemi başlangıcı tarihinde en son açıklanan Tüketici Fiyat Endeks sayısına bölünmesi ile bulunan orandır...”* tanımı yapılmış, böylece ilgililere reel faiz ödenmeyip, sadece enflasyon far-

kı ödenmesi yoluna gidilmiştir.”

Bakanlar Kurulu Kararının anılan maddesi 5021 sayılı yasaya aykırı olduğu gibi ülkemizde olmayan hukuki dayanaktan yoksun reel faizi içermeyen bir faiz uygulamasını öngörmektedir.

Öte yandan, 5021 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi 16.12.2003 olmasına rağmen Bakanlar Kurulunun 8 ve 13. maddelerinde faiz uygulamasına başlangıç olarak Fon yönetimince T.C Ziraat Bankası A.Ş nezdinde hesap açma tarihini izleyen iş günü valörünün uygulanacağı, bu tarihten öncesi için Fon yönetiminin sorumlu sayılmayacağı şeklinde dayanak alınan yasaya aykırı düzenlemeler yapılmış, *Fon yönetiminin yasal yükümlülüğünün Bakanlar Kurulu Kararı ile eksiltilmesi yoluna gidilmiştir.*

Bu haliyle, İmar Bankasındaki mevduat hesaplarına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının taksitlendirmeye ilişkin 6. ve 7. maddeleri yasaya uygun olmakla birlikte; *8. ve 13.maddeleri 5021 sayılı Yasa ile yapılan düzenlemeyle bağdaşmamaktadır.*

Yasal yükümlülüğün yerine getirilmesi, herkes için olduğu gibi, idarenin de hukuki sorumluluğunu gerektirir. Yasadan doğan ödeme yükümlülüğünü makul sayılabilecek süre içinde yerine getirmeyen, temerrüde düşen idarenin hizmeti kusurlu işlettiğinin kabulü zorunlu olup; uğranılan zararın hizmet kusuru bulunan idarece tazmini gerektiği açıktır.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun İmar Bankasındaki tasarruf mevduatı hesaplarını ödeme yükümlülüğü, adı geçen bankanın faaliyetinin durdurulduğu 3.7.2003 tarihinde doğmuştur. Fon yönetimi ise, Danıştay içtihatlarıyla idarenin işlem tesisi için makul süre kabul edilen 60 günlük süre içinde yasal yükümlülüğü yerine getirmemiş; mevduat hesaplarını defaten ödemesi gerekirken, altmış günlük sürenin dolduğu 2.9.2003 tarihi itibarıyla temerrüde düşmüştür.

5021 sayılı Kanun, Fon yönetimine ödeme kolaylığı, faiz ödemek şartıyla taksitlendirerek ödeme olanağı sağlamış ise de; anılan Yasa, Fon yönetiminin 3.7.2003 tarihinde doğan ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamış veya eksiltmemiştir. 5021 sayılı Yasanın, Fon yönetiminin bu yasanın yürürlüğünden önceki dönemi düzenlememiş olması da davalı idarenin belirtilen döneme ilişkin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

Bu itibarla, hakkında herhangi bir şüphe veya muvazaa iddiası olmayan İmar Bankasındaki tasarruf mevduatı hesaplarının makul süre içinde ödenmesine olanak sağlamayan, ödeme usul ve esaslarını belirlemeyen, temerrüde düşen davalı idarelerin üstlendikleri hizmeti kusurlu işlettiklerinin kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla olayda Başbakanlık ve Fon yönetiminin, hizmet kusuru nedeniyle hukuki sorumlulukları bulunmaktadır. Davalı idarelerin temerrüt tarihinden itibaren mevduat sigorta mevzuatına göre hesaplanacak ortalama mevduat faizini ilgililere ödemek suretiyle hukuki sorumluluklarını yerine getirmeleri mümkündür. İlgililere ödenecek mevduat faizi, mevduat sigorta mevzuatı doğrultusunda, mevduat toplamları en yüksek beş bankanın uyguladıkları faizi oranlarının ortalaması alınarak belirlenecek ortalama mevduat faizi uygulanacaktır.

Açıklanan nedenlerle, Bakanlar Kurulu kararının 8 ve 13. maddelerinin iptali, davacının mevduatına temerrüt tarihinden sonrası için mevduat faizi işletilmesi gerektiğinden, davacının temyiz isteminin kabulü; Daire kararının; davacının hukuken yerinde görülen istemlerine yönelik bölümünün bozulması oyu ile aksi yoldaki karara katılmıyoruz.

Yukarıda alıntılanan bu karşıt görüş, tüm gerçekliği açıkça ortaya koymuş ve tarihe bir not düşmüş olmasına rağmen, maalesef bu konudaki çoğunluğun yaklaşımını değiştiremedi ve çoğunluk görüşü bu davalardaki temel yaklaşım ve içtihat halini aldı.

Konuyla ilgili bir diğer gelişmede 2006/10727 sayılı BK kararına ek *“Taahhütname ve İbramenin”* iptaline ilişkin açılan davaydı. Danıştay 13. Dairesi 18.03.2009 tarih ve 2006/3949 E. ve 2009/3210 K. sayılı kararı ile 03.08.2006 gün ve 26248 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2006/10727 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde yer alan ve tek taraflı olarak hazırlanan ve mağdurlarca imzalanmadığı sürece ödemenin yapılmayacağını açıkça ihtiva eden *“Taahhütname ve İbraname”* başlıklı metnin ikinci paragrafındaki

“Başbakanlık ve/veya Hazine Müsteşarlığı ve/veya Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve/veya TC Ziraat Bankası AŞ ve/veya Bankacılık. Düzenleme Denetleme Kurumu aleyhine tarafımdan veya vekilimce açılmış davalardan feragat ettiğimi/bir dava bulunmadığını, alacağımı sulhen aldığımı ve yukarıda anılan idare ve kuruluşları ibra ettiğimi, işbu yazılı beyanıma rağmen dava açtığım takdirde nakden ve/veya hesaben ödenen meblağı derhal iade etmeyi

ve yapılacak ödemenin dava sonuçlanıncaya kadar durdurulmasını” ibaresinin iptaline karar vererek, İmar Bankası mağdurlarından imzalaması talep edilen bu ibraname / taahhütnamenin tek tarafılığını geçte olsa bir kez daha ortaya koymuştur.

Ulusal hukuk yollarının, özellikle TÜFE uygulaması açısından, başarı şansı sunmayacağına Danıştay 13. Dairesi'nin yerleşik hale gelen içtihatlarından anlaşılması üzerine onlarca İmar Bankası mağduru, ulusal hukuk yollarının mülkiyet hakkı mağduriyetlerini gidermede etkin olmadığı iddiasıyla haklarını arayabilmek ve yukarıda alınılanan İDDGK kararındaki karşı oy yazısında açıkça ortaya konulan mağduriyetlerine derman bulabilmek amacıyla son çare olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kapısını çalmışlardır.

Başvurularında mülkiyet haklarının ihlal edildiğini, geçmişe şamil hükümler taşıyan düzenlemelerle ilk önce mülkiyet haklarının tamamıyla ortadan kaldırıldığını, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın iptal kararları sonrasında haklarının kısmen de olsa yeniden tesis edildiğini, buna karşın haksız bir ödeme rejimine hukukun üstünlüğüne aykırı olarak zorla tabi tutulduklarını, birikimlerine ulaşabilmek için tek taraflı hazırlanan ibranameyi imzalamaya zorlandıklarını, ödeme rejiminin faiz olarak ifade ettiği şeyin TÜFE'den başka bir şey olmadığını, ibranameyi imzalamamaları halinde mağduriyetlerinin katlanarak devam edeceğini, bu nedenle de imzalamak zorunda kaldıklarını, Devletin ve ilgili Devlet kurum ve kuruluşlarının İmar Bankası faciasından asıl sorumlu taraf olmasına rağmen, faturanın tamamıyla Banka müşterilerine çıkarıldığını, 15 Ocak 2001 tarihli 151 sayılı BDDK Kurul Kararının² hiçbir zaman dikkate alınmadığını, neticede sonradan yü-

² 15 Ocak 2001 tarihinde BDDK tarafından yayımlanan Kurul Kararı, Bülent Ecevit Hükümeti döneminde 8 bankaya el konulması sonrasında yayınlanmıştır. Kurul Kararı uyarınca mevduatların tamamının (işleyecek faizde dahil olmak üzere) Devlet garantisi altında olduğu, ikinci bir duyuruya kadar tam garanti taahhüdünün devam edeceği kamuoyuna ilan edilmişti. İmar Bankasına el konulma tarihi olan 3 Temmuz 2003 tarihinde, herhangi bir ikinci duyurunun yapılmamış olması nedeniyle, tam garanti taahhüdü hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde geçerliydi. Buna rağmen idare, bu Kurul Kararına rağmen, geçmişe şamil hükümler taşıyan ve el koyma sonrasında yürürlüğe giren yasal ve idari düzenlemelerle Hukukun Üstünlüğü ilkesini İmarzedeler açısından açık bir şekilde ihlal etmiştir. Ulusal yargılamalar sırasında gerek Danıştay gerekse idare mahkemeleri adı geçen Kurul Kararını her nedense dikkate almamışlardır.

“Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumundan:

rürlüğe konulan yasal düzenlemelerle idarenin sorumluluğunun eksiltildiğini ve hatta tamamıyla ortadan kaldırıldığını ve en nihayetinde TÜFE uygulaması nedeniyle oluşan zararlarının tazmin edilmediği yakınmasında bulunmuşlardır.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Kararı

Karar Sayısı: 151

Karar Tarihi: 15/01/2001

Kurul Başkanlığının 15.01.2001 tarihli yazısının incelenmesi sonucunda; 6 Aralık 2000 tarihinde Başbakanlık tarafından yapılan açıklamada ve 18 Aralık 2000 tarihinde imzalanarak IMF'ye sunulan Niyet Mektubunun 50 nci paragrafında yer alan ve Bankalar Kanunu hükümleri gereği hisseleri Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devrolunan bankalardaki bütün tasarruf sahipleri ve kreditorlerin fonlarını herhangi bir engel olmadan tam olarak kullanmalarını sağlayacak garanti uygulamasının kapsam ve içeriği hakkında, yasal yönleri ve işleyişine ilişkin hususlar da dahil olmak üzere kamuoyuna yapılacak duyurunun, ekte yer alan şekilde belirlenmesine, karar verilmiştir.

Mali sistemdeki son dalgalanmalar nedeniyle, Hükümet 6 Aralık 2000 tarihinde tasarruf sahiplerinin ve diğer kreditorlerin Türkiye'deki mevduat bankalarından olan alacaklarına ilişkin geçici tam bir garanti duyurusunda bulunmuştur. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF), Bankalar Kanunu'ndaki yetkileri çerçevesinde şimdiye kadar olduğu gibi Bankalar Kanunu'nda yer alan hükümler gereği hisseleri kendisine devrolunan bankalardaki bütün tasarruf sahipleri ve kreditorlerin fonlarını herhangi bir engel olmadan tam olarak kullanmasını sağlayacaktır. Bu kapsamda, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) söz konusu garantinin uygulaması ile ilgili olarak aşağıdaki açıklamaları yapmaktadır:

Garanti, Bankalar Kanunu'nun Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ve TMSF'ye verdiği yetkiler çerçevesinde, TMSF tarafından sağlanacaktır. Bu garanti, kayıtlı bilanço dışı yükümlülükler de dahil olmak üzere Türkiye'de kurulmuş mevduat bankalarının ve bu bankaların bilançolarında hesapları konsolide edilen yurt dışı şubelerinin yükümlülüklerini kapsamaktadır.

Garanti, Bankalar Kanunu'nun ilgili maddelerinin ihlal edilmesi sonucunda söz konusu bankaların hisselerinin TMSF tarafından devir alınması ile işerlik kazanmakta, böylece, aşağıda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere, devralınan bankanın tüm yükümlülükleri garanti kapsamında bulunmaktadır.

Garanti, bilanço dışı kalemler de dahil olmak üzere, bankanın TMSF'ye devredilmesine neden olan banka sahiplerinin ve ilgili tarafların mevduatı ve bankaların bunlara olan diğer yükümlülükleri, muvazaalı ve suça konu olduğu tespit edilen faaliyetlerle ilgili tüm mevduat ve yükümlülükler hariç olmak üzere, işlemiş faizler de dahil tüm yükümlülükleri kapsamaktadır. Hissedarların iştirak payları ve sermaye benzeri krediler garanti kapsamına dahil değildir.

Fon'un garantiyi idare edebilmesi için gerekli kaynaklar, Bankalar Kanunu'nda yer alan hükümler çerçevesinde verilen yetkiye dayanılarak Hükümet tarafından sağlanmaktadır.

Bankacılık sektörünün yeniden yapılandırılması sürecinde, yukarıda bahsedilen garanti ile ilgili uygulamaya ihtiyaç duyulduğu sürece devam edilecek ve kamuoyuna önceden haber verilmesi suretiyle kaldırılacaktır."

AIHM, *Erdem ve Egin-Erdem ve Diğerleri / Türkiye* başvurusuna ilişkin yayınladığı 17 Kasım 2009 tarihli kısmi incelenebilirlik / görülebilirlik (kabuledilebilirlik) kararında 1 nolu ek Protokolün 1.maddesi tarafından güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı yakınmasını başvuruçuların taahhünameyi baskı altında kalmadan imzaladıkları ve mevduatlara ilişkin ödeme rejiminin başvuruçular üzerinde orantısız bir yük yaratmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

İkinci Daire'nin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...Mahkeme bu düzenlemeye ilişkin hükümler gereğince alacaklılar arasında adil yönetim sağlandığını ve ulusal ekonominin gerektirdiği genel yararın gerekleri ile kişilerin mülkiyet hakkının korunması arasında adil dengenin garanti altına alındığını belirlemiştir (Saggio / İtalya, başvuru no.41879/98, paragraf 30, 25 Ekim 2001). Mahkeme öncelikle ödemelere ilişkin farklılıklar olmasının malların kullanımına ilişkin bir sorun olduğunu belirlemiştir. Öte yandan Devletin müdahalesi başvuruçular üzerinde aşırı ve ağır bir yük oluşturmamıştır (James ve Diğerleri / İngiltere, 21 Şubat 1986, paragraf 50- Seri A, no 98)..."

Mahkeme başvuruçuların ödemeleri kabul etme konusunda devlet makamlarının baskısına maruz kalmadıklarını belirlemiştir. Bu nedenle başvuruçuların izlenen meşru amaçtan dolayı aşırı bir yük altına girmedikleri tespit edilmiştir."

Mahkeme'nin işbu kısmi kabuledilmezlik (incelenemezlik) kararındaki yaklaşımı özellikle *"başvuruçuların Bakanlar Kurulu Kararları ile tek taraflı olarak dayatılan ödemeyi kabul etme hususunda baskıya maruz kalmadıkları ve ödeme rejiminin mağdurlar ve Devlet arasında aşırı bir orantısızlık yaratmadığı"* tespiti kanaatimizce mülkiyet hakkıyla ilgili önceki tarihli Mahkeme kararları ışığında haksız ve doğru olmayan bir tespittir. Kabuledilemezlik (incelenemezlik) kararlarının Sözleşme ve Mahkeme İç Tüzüğü uyarınca kesin olduğu, bir başka ifadeyle bu kararlara karşı herhangi bir itiraz mekanizmasının olmadığı göz önüne alındığında, mülkiyet ihlali yakınması açısından verilen işbu kısmi kabuledilmezlik (incelenemezlik) kararı başvuruçuların mağduriyetlerini giderme çabalarını nihai olarak sonlandırmıştır.

SİNAN IŞIK / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No: 21924/05)

DAİRE KARARI

NÜFUS CÜZDANLARINDA DİN HANESİNİN YER ALMASI SÖZLEŞMENİN İHLALİDİR

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesi'nin İhlali (Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü)

Yazı İşleri Müdürü Tarafından Yayımlanan Basın Özeti*

(02.02.2010)

Çev.: İzmir Barosu
Mesleki İngilizce Çalışma Grubu**

Olaylar

Başvuran Sinan Işık, 1962 doğumlu bir Türk vatandaşı olup, İzmir'de yaşamaktadır. Türk toplumu ve tarihi içerisinde kök salmış bulunan, Alevi cemaatinin bir üyesidir. Bu inanç, özellikle sufizm ve İslam öncesi inançlardan etkilenmiş olup, bazı Alevi alimlerince ayrı bir din ve bazılarınca da (diğer bir kısmınca da) İslamın bir alt kolu olarak kabul edilmektedir.

Bay Işık, 2004 yılında nüfus cüzdanında, "İslam" yerine "Alevi" ibaresinin yer alması istemiyle, Mahkemeye başvurmuştur. 2006 yılı-

* Kararın uzunluğu nedeniyle, çevirisi baskıya yetişmemiştir. Kararın önemi nedeniyle, bu sayımızda karar hakkındaki basın özeti yayımlamaktayız.

** "İzmir Barosu Mesleki İngilizce Çalışma Grubu (İBMİÇG)", İzmir Barosu tarafından düzenlenen "Mesleki İngilizce" kursuna eğitmen ve öğrenci olarak katılan Av. Serkan Cengiz, Av. Ata Sabri Atılğan, Av. İsmail Kavak, Av. Nuray Rüzgar, Av. Elçin Kurt, Av. Emine Çileli, Av. Erkul Erdem ve Av. Serap Kervan'dan oluşmakta olup İzmir Barosu tüzel kişiliğinden bağımsız olup, gönüllülük temelinde faaliyet gösterir.

na kadar, nüfus cüzdanında sahibinin dininin gösterilmesi bir zorunluluktur (ancak 2006 yılından itibaren bu kısmın boş bırakılmasını talep etme hakkı tanınmıştır).

İzmir Bölge İdare Mahkemesi, 7 Eylül 2004 tarihinde, başvuranın talebini, bir kamu kurumu olan Diyanet İşleri Başkanlığı Hukuk Müşavirliği'nden aldığı görüşe dayanarak reddetmiştir. Mahkeme, Aleviliğin İslamın bir alt grubu olduğuna atıfta bulunan kurum görüşünü uygun bulmuş ve bundan dolayı nüfus cüzdanında İslam ibaresinin yerinde olduğuna karar vermiştir. Başvuran, nüfus cüzdanındaki bu zorunlu ibarenin sonucu olarak, inancını açıklamak zorunda kaldığı gerekçesiyle temyize başvurmuştur. Başvuran, bu zorunluluğun hem Sözleşme'ye (din ve vicdan hürriyeti) ve hem de Anayasa'ya (hiç kimse ... dini inançlarını ve kanaatlerini açıklamaya mecbur bırakılmaz) aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Yargıtay, 21 Kasım 2004 tarihinde, başka herhangi bir gerekçe göstermeksizin hükmü onamıştır.

Şikayetler, Usul ve Mahkemenin Oluşumu

Bay Işık 9. maddeye ek olarak, günlük hayatta sıklıkla kullanılan resmi belge olan nüfus cüzdanında inançlarını açıklamak mecburiyetinde bırakıldığından şikayetle, 6. maddeye (adil yargılanma hakkı) ve 14. maddeye (ayrımcılık yasağı) de dayanmıştır. Başvurucu nüfus cüzdanındaki İslam kelimesinin yerine Alevilik olarak adlandırılan inancının konulması talebinin reddinden dolayı da şikayetçi olmuştur. Başvurucu, mevcut durumun (ibarenin) gerçeği yansıtmadığını ve talebinin reddine dair yargılamanın, aynı zamanda devlet tarafından inancının değerlendirilmesini de içermesi sebebiyle sakıncalı olduğunu savunmuştur.

Başvuru, 3 Haziran 2005 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne sunulmuştur.

Karar, aşağıda belirtilen yedi yargıçtan oluşan Daire tarafından verilmiştir.

Françoise Tulkens (Belçika)-Başkan
Ireneu Cabral Barreto (Portekiz),
Vladimiro Zagrebelsky (İtalya),
Danutė Jočienė (Litvanya),
Dragoljub Popović (Sırbistan),

András Sajó (Macaristan),
Işıl Karakaş (Türkiye)- Yargıçlar
ve Sally Dollé- Daire Yazı İşleri Müdürü.

Mahkemenin Kararı

Mahkeme, kişinin dinini veya inançlarını açıklama özgürlüğünün negatif bir yönü olduğunu yinelemektedir. Şöyle ki, buda bireyin dinini açıklamaya ve böylesi bir inanca sahip olup olmadığının yazılması sonucunu doğuracak şekilde davranmaya mecbur bırakılmama hakkıdır.

Mahkeme (AİHM), nüfus cüzdanlarındaki din ibaresinin Türk vatandaşlarını (ve özellikle Bay Işık'ı) dini kanaat ve inançlarını açıklamaya mecbur bırakan (2006 yılına kadar zorunludur) bir tedbir teşkil etmediğine dair Hükümet savunmasını ikna edici bulmamıştır. Başvurucunun 2004 yılındaki nüfus cüzdanının düzeltilmesini sağlamak için açmış olduğu ve başarısızlıkla sonuçlanan dava açısından Mahkeme, Devletin başvurucunun inancıyla ilgili değerlendirme yapmasına neden olduğu için, bunun Devletin bu tür konularda nötr ve tarafsız kalma yükümlülüğünü ihlal ettiği kanaatindedir.

Hükümet, bunlara ilaveten, 2006 tarihli yasadan bu yana, tüm Türk vatandaşlarının nüfus cüzdanlarındaki dine dair bilgilerin değiştirilmesi veya bu hanelerin boş bırakılmasını talep etme hakkına sahip olduklarından, başvurucunun her halükarda 9.madde ihlalinin mağduru olduğu iddiasında bulunamayacağını da ileri sürmüştür. Bu bağlamda Mahkeme, yasanın durum üzerinde etkili olmadığına karar vermiştir. Nüfus kayıtları, nüfus cüzdanları vb. evraklardaki din ibaresinin silinmesi için resmi makamlara yazılı olarak başvurulmak zorunda kalınması gerçeği, din hanesi boş bırakılmış bir nüfus cüzdanı olgusu, bireyi rızası hilafına kişisel inançlarına ve dini görüşlerine dair bilgi ifşa etmek zorunda bırakır. Şüphesiz ki bu durum, kişinin dinini ve inancını açıklamama hürriyetine aykırıdır.

Mahkeme, söz konusu ihlalin, başvuranın inancının (Alevi), nüfus cüzdanında yer almasından değil, ancak, zorunlu ya da isteğe bağlı olsun veya olmasın, nüfus cüzdanının bir din hanesini içermesi olgusundan kaynaklandığına işaret etmektedir.

Mahkeme, altıya karşı bir oyla 9. madde ihlalinin bulunduğu

karar vermiştir. Mahkeme yine aynı çoğunlukla, 6. ve 14. maddelerin ihlal edilip edilmediğinin ayrıca incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

Başvuranın, Sözleşme'nin 41. maddesi (adil tazminat) gereğince her hangi bir talepte bulunmamış olması nedeniyle Mahkeme herhangi bir tazminata hükmetmemiştir. Mahkeme 41. maddeye dayanarak nüfus cüzdanlarındaki din hanesinin kaldırılmasının söz konusu ihlalle son vermek için uygun bir giderim olduğunu belirlemiştir.

Hakim Cabral Barreto karara ekli bir ayrık görüş açıklamıştır.

Karar yalnızca Fransızca olarak mevcuttur. Bu basın özeti Yazı İşlerince hazırlanmış bir belgedir. Mahkemeyi bağlamaz. Karar Mahkeme'nin web sitesinde bulunmaktadır (<http://www.echr.coe.int>).

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 16 Aralık 2009/27434

- 5930 Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü ile Hırvatistan Cumhuriyeti Devlet Arşivi Arasında İşbirliği Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5931 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile İtalya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Türkiyede Bir Türk-İtalyan Üniversitesinin Kurulmasına Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5932 Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşmasının ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5934 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Yemen Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5935 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Oman Sultanlığı Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5936 Türkiye Cumhuriyeti Sağlık Bakanlığı ile Oman Sultanlığı Sağlık Bakanlığı Arasında Sağlık Alanında İşbirliğine Dair Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- 5937 Türkiye Cumhuriyeti Tarım ve Köyişleri Bakanlığı ile Umman Sultanlığı Tarım ve Balıkçılık Bakanlığı Arasında Mutabakat Zaptının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun
- 5938 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Umman Sultanlığı Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşmanın ve Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 17 Aralık 2009/27435

- 5939 Konut Edindirme Yardımı Hak Sahiplerine Ödeme Yapılmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun
- 5940 İmar Kanunu ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 20 Aralık 2009/27438

- 5941 Çek Kanunu

RG 31 Aralık 2009/27449

- 5942 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
- 5943 28 Ağustos 1952 Tarihinde Paris'te İmzalanan Kuzey Atlantik Andlaşmasına Uygun Olarak Yapılan Uluslararası Askeri Karargahların Statüsüne İlişkin Protokol Uyarınca Uluslararası Statüsü Belirlenen Türkiye'deki Tüm Müttefik Karargahlar ve Onların Atanmış Personeline Uygulanacak Belirli Ayrıcalıklara İlişkin Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 31 Aralık 2009/27449 (1. Mükerrer)

- 5944 2010 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu
- 5945 2008 Yılı Merkezi Yönetim Kesin Hesap Kanunu

RG 22 Ocak 2010/27470

5946 Serbest Bölgeler Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 29 Ocak 2010/27477

5948 Türkiye Cumhuriyeti ile Kuveyt Devleti Arasında İşbirliği İçin Ortak Komite Kurulmasına Dair Anlaşmanın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5949 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuveyt Devleti Hükümeti Arasında İşgücü Değişimi Hakkında Anlaşmanın onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

5950 Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Kuveyt Devleti Arasında Tarım Alanında Teknik, Bilimsel ve Ekonomik İşbirliği Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

RG 30 Ocak 2010/27478

5947 Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

RG 05 Şubat 2010/27484

5951 Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun

T Ü Z Ü K L E R

RG 31 Aralık 2009/27449 (7. Mükerrer)

2009/15708 Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

RG 30 Ocak 2010/27478

2009/15730 Ticaret Gemilerinin Tonilatolarını Ölçme Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

RG 05 Şubat 2010/27484

2010/9 Tasfiye Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük

2010/10 Posta Tüzüğü'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük

YÖNETMELİKLER

RG 16 Aralık 2009/27434

- Elektrik Tesisleri Proje Yönetmeliği
- Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 17 Aralık 2009/27435

2009/15634 Sermaye Piyasası Kurulu Teşkilat, Görev ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- 4749 Sayılı Kanun Kapsamında Dış Finansman Sağlanmasına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Yönetmelik
- İl Afet ve Acil Durum Müdürlükleri ile Sivil Savunma Arama ve Kurtarma Birlik Müdürlükleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelik
- Bitki Çeşitlerinin Kayıt Altına Alınması Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bingöl Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Fatih Üniversitesi Medeniyetler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Bilim, Mühendislik ve Teknolojide Kadın Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü Yabancı Diller Bölümü Hazırlık Sınıfı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Disiplinlerarası Kültür Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Aralık 2009/27436

- Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- BOTAŞ Boru Hatları ile Petrol Taşıma A.Ş. Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik

RG 19 Aralık 2009/27437

- Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşlarının Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulundurulacak Bakanlık Temsilcileri veya Hükümet Komiserleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- 4915 Sayılı Kara Avcılığı Kanununa Göre El Konularak Mülkiyeti Kamuya Geçirilen Sair Eşyalarla İlgili Yapılacak İş ve İşlemler Hakkında Yönetmelik

RG 20 Aralık 2009/27438

- Erciyes Üniversitesi Vektörler ve Vektörlerle Bulaşan Hastalıklar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 21 Aralık 2009/27439

- Hakkari Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Rize Üniversitesi Karadeniz Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 22 Aralık 2009/27440

- Kalkınma Ajansları Personel Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Kalkınma Ajansları Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Araçlarda Kullanılan Sıkıştırma Ateşlemeli Motorlardan Yayılan Gaz ve Parçacık Halindeki Kirleticilerin Emisyonlarına ve Araçlarda Kullanılan Doğalgaz veya Sıvılaştırılmış Petrol Gazı ile Çalışan Pozitif Ateşlemeli Motorlardan Yayılan Gaz Kirleticilerin Emisyonlarına Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (2005/55/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özyeğin Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği

RG 23 Aralık 2009/27441

- Akdeniz Üniversitesi Özel Gereksinimli Kişiler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi İngilizce Hazırlık Sınıfı Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 24 Aralık 2009/27442

- Çevre Kanununca Alınması Gereken İzin ve Lisanslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Memurları Sicil Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Memurları Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Sicil ve Başarı Değerlemesi Raporu Vermeye Yetkili Amirler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü Sözleşmeli Personel Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Çevre ve Yer Bilimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Aralık 2009/27443

- Karayolu Taşıma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasasında Uygulanacak Teknik Kriterler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Vektörler ve Vektörlerle Bulaşan Hastalıklar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Satın Alma ve İhale Yönetmeliği
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Burs Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Özyeğin Üniversitesi Finans Mühendisliği Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Özyeğin Üniversitesi Enerji, Çevre ve Ekonomi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Özyeğin Üniversitesi Girişimcilik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 26 Aralık 2009/27444

- Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Aile ve Sosyal Araştırma Uzman Yardımcılığı Giriş, Aile ve Sosyal Araştırma Uzmanlığı Yeterlik Sınavları ile Atama ve Yetiştirilmelerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gelir İdaresi Başkanlığı Gelir Uzmanlığı Yönetmeliği
- Koyun ve Keçi Türü Hayvanların Tanımlanması, Tescili ve İzlenmesi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Bakanlığı Döner Sermaye Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Petrol Piyasası Bilgi Sistemi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 27 Aralık 2009/27445

- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sağlık Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Elektro-Erozyon ile İşleme Teknolojileri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 28 Aralık 2009/27446

- Ankara Üniversitesi Çocuk ve Gençlik Edebiyatı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 29 Aralık 2009/27447

- Kırıkkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Uludağ Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Sağlık Yüksekokulu Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 30 Aralık 2009/27448

- Dernekler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletlerinden Alınacak Muayene ve Damgalama Ücret Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ömrünü Tamamlamış Araçların Kontrolü Hakkında Yönetmelik
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Sicil Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü Disiplin Amirleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Belirli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemlerine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- İkili Anlaşmalar, Protokoller veya Diğer Düzenlemeler Kapsamı Dışında, Belirli Ülkeler Menşeli Tekstil Ürünleri İthalatında Gözetim ve Korunma Önlemleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Türkiye Adalet Akademisi Meslek İçi Eğitim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Adli ve İdarî Yargı Hâkim ve Savcıları Meslek İçi Eğitim Yönetmeliği
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Personeli Yer Değiştirme Suretiyle Atanma Esaslarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Yetki Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Plato Meslek Yüksekokulu Satın Alma ve İhale Yönetmeliği

RG 31 Aralık 2009/27449

- Tütün Mamullerinin Zararlarından Korumaya Yönelik Üretim Şekline, Etiketlenmesine ve Denetlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Doktorluk, Hemşirelik, Ebelik, Diş Hekimliği, Veterinerlik, Eczacılık ve Mimarlık Eğitim Programlarının Asgari Eğitim Koşullarının Belirlenmesine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektrik Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Aralık 2009/27449 (4. Mükerrer)

2009/15667 Bazı Akaryakıt Türlerindeki Kükürt Oranının Azaltılmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Millî Savunma Bakanlığı, Genelkurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıklarında Görevli Devlet Memurlarının Görevde

Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Millî Eğitim Bakanlığı Ders Kitapları ve Eğitim Araçları Yönetmeliği
- İki veya Üç Tekerlekli Motorlu Araçların Bazı Aksam ve Özellikleri ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (97/24/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ölçü ve Ölçü Aletleri Muayene Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Biyosidal Ürünler Yönetmeliği
- Ormancılık ve Orman Ürünleri Bürolarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orman Mühendisleri Odası Mesleki Deneyim Kazanma ve Meslek Mensupluğu Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Orman, Orman Endüstri ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisleri ile Serbest Meslek Bürolarının Çalışma Alanlarına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Okan Üniversitesi Uzaktan Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 31 Aralık 2009/27449 (5. Mükerrer)

- Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Özel Hastaneler Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Karayolu Dışında Kullanılan Hareketli Makinalara Takılan İçten Yanmalı Motorlardan Çıkan Gaz ve Parçacık Halindeki Kirlenici Emisyonlara Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (97/68/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Tarım veya Orman Traktörlerini Tahrik Etmek Üzere Tasarlanan Motorlardan Çıkan Gaz Emisyonları ve Parçacık Kirleticilere Karşı Alınacak Tedbirlerle İlgili Tip Onayı Yönetmeliğinde (2000/25/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Aralık 2009/27449 (7. Mükerrer)

- 2009/15650 Yem Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2009/15655 Devlet Memurlarının Tedavi Yardımı ve Cenaze Giderleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Ocak 2010/27450

- 2009/15720 Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 03 Ocak 2010/27451

- Gediz Üniversitesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Gediz Üniversitesi Önlisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Bilim-Toplum Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Teknik Üniversitesi Mekatronik Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 04 Ocak 2010/27452

- Boğaziçi Üniversitesi Yabancı Diller Yüksekokulu Hazırlık Sınıfı Eğitim ve Sınav Yönetmeliği
- Galatasaray Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

- Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gediz Üniversitesi Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Yönetmeliği

RG 05 Ocak 2010/27453

- Marmara Üniversitesi Deneysel Hayvanları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Trakya Üniversitesi Trakya Bölgesi Çiftlik Hayvanları Üretim ve Islahı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- Tunceli Üniversitesi İsteğe Bağlı Yabancı Dil Hazırlık Sınıfı Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 06 Ocak 2010/27454

2009/15692 Özel Öğrenci Yurtları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Yükseköğretim Kurumları Arasında Öğrenci ve Öğretim Üyesi Değişim Programına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dicle Üniversitesi Engelliler Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Namık Kemal Üniversitesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Meslek Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Namık Kemal Üniversitesi Sağlık Yüksekokulları Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

DÜZELTME (Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Avrupa Birliği İşleri Uzman Yardımcılığı Giriş ve Uzman Yeterlik Sınavı Yönetmeliği ile İlgili)

RG 07 Ocak 2010/27455

- Konut Edindirme Yardımı Hak Sahiplerine Ödeme Yapılmasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik
- Avrupa Birliği Genel Sekreterliği İç Koordinasyon ve Uyum Komitesinin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- Araç Muayene İstasyonlarının Açılması, İşletilmesi ve Araç Muayenesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Su Ürünleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kamu Taşınmazlarının Turizm Yatırımlarına Tahsisi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türkiye İş Kurumu İşgücü Uyum Hizmetleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Ocak 2010/27456

- Akdeniz Üniversitesi Sağlık Bilimleri Araştırma-Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Atılım Üniversitesi Öğrenci Kayıt-Kabul Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Cumhuriyet Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Yaz Okulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erzincan Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 10 Ocak 2010/27458

- Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Ocak 2010/27459

- Ölçü Aletleri ve Metrolojik Kontrol Yöntemleri Hakkında Yönetmelik (2009/34/AT)

RG 12 Ocak 2010/27460

- Ankara Üniversitesi Psikiyatrik Kriz Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kırıkkale Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Ocak 2010/27461

- Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik
- Balıkesir Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi Uzaktan Eğitim Merkezi (FÜ-UZEM) Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 14 Ocak 2010/27462

- Balıkesir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği
- Selçuk Üniversitesi Bölgesel Gelişme Uygulama ve Araştırma

Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Ocak 2010/27463

- Motorlu Araçlar ve Römorkları Tip Onayı Yönetmeliğinde (2007/46/ AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Elektronik Haberleşme Sektöründe Yetkilendirmeye İlişkin İhale Yönetmeliği
- PTT Acentelikleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Bingöl Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Fırat Üniversitesi Tarım ve Hayvancılık Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Koç Üniversitesi Göç Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Piri Reis Üniversitesi Sürekli Eğitim Yönetmeliği

RG 16 Ocak 2010/27464

- Millî Savunma Bakanlığı, Genel Kurmay Başkanlığı ve Kuvvet Komutanlıklarında Görevli Devlet Memurlarının Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Koç Üniversitesi Küreselleşme ve Demokratik Yönetişim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 17 Ocak 2010/27465

- Ölçü ve Ölçü Aletleri Tip Onay Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Uluslararası Birimler Sistemine Dair Yönetmelikte (80/181/AT) Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Abant İzzet Baysal Üniversitesi Okul Öncesi Eğitimi Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 18 Ocak 2010/27466

- Hacettepe Üniversitesi Gıda Geliştirme Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 19 Ocak 2010/27467

- Sağlık Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Hastanelerinde Klinik Şefi, Klinik Şef Yardımcısı ve Başasistan Kadrolarına Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Sınavlara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Mezarlık Yerlerinin İnşası ile Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmelik
- Koç Üniversitesi Anadolu Medeniyetleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Uşak Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 20 Ocak 2010/27468

- Gıda ve Yem Amaçlı Genetik Yapısı Değiştirilmiş Organizmalar ve Ürünlerinin İthalatı, İşlenmesi, İhracatı, Kontrol ve Denetimine Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gazi Üniversitesi Karayolu Ulaştırması Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 21 Ocak 2010/27469

- Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Acıbadem Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Balıkesir Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 22 Ocak 2010/27470

- Camilerin Bakım Onarım ve Çevre Tanzimi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik
- Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik

RG 23 Ocak 2010/27471

- Madencilik Faaliyetleri ile Bozulan Arazilerin Doğaya Yeniden Kazandırılması Yönetmeliği

RG 24 Ocak 2010/27472

- Koç Üniversitesi Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 25 Ocak 2010/27473

- Sakarya Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Teknoloji Geliştirme Bölgelerinde Görevlendirilme ve Şirket Kurabilmelerine Dair Yönetmelik

RG 27 Ocak 2010/27475

- Dış Temsilciliklerin Korunmasında Geçici Süreli Görevlendirilecek Emniyet Genel Müdürlüğü Personeli Hakkında Yönetmelik
- Jandarma Kantin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Turizmi Teşvik Kanununun Cezai Hükümlerinin Uygulanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Hava Trafik Yönetimi Yazılımları Hakkında Yönetmelik

RG 28 Ocak 2010/27476

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sporcu Eğitim Merkezleri Yönetmeliği
- Atatürk Üniversitesi Ortadoğu ve Ortaasya-Kafkaslar Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Aydın Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Avrasya Araştırmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 29 Ocak 2010/27477

- Türkiye Noterler Birliği Alım Satım ve İhale Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Lisans Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Şırnak Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 30 Ocak 2010/27478

2010/31 Bazı Yönetmeliklerin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

2010/38 Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

- Muhtaç Erbaş ve Er Ailelerinin Ücretsiz Tedavisi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ev Tipi Buzdolapları, Derin Dondurucular, Buzdolabı Derin Dondurucular ve Bunların Bileşimlerinin Enerji Etiketlemesine Dair Yönetmelik (94/2/AT)
- Karadeniz Teknik Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim, Sınav, Değerlendirme ve Öğrenci İşleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 31 Ocak 2010/27479

- Melikşah Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Melikşah Üniversitesi Lisans ve Önlisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği
- Melikşah Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Melikşah Üniversitesi Yabancı Dil Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 01 Şubat 2010/27480

- Gediz Üniversitesi Ana Yönetmeliği
- Maltepe Üniversitesi Sokakta Yaşayan ve Çalışan Çocuklar İçin Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Sinop Üniversitesi Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 02 Şubat 2010/27481

- Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıpta Uzmanlık ve Yandal Uzmanlık Öğrencileri Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği

RG 03 Şubat 2010/27482

- Harp Okulları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Meslek Yüksek Okulları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü Amatör Telsizcilik Sınav ve Belgelendirme Yönetmeliği
- Elektronik Haberleşme Hizmetlerinin Yürütülmesinde Geçiş Hakkına Dair Yönetmelik
- Bilecik Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Dokuz Eylül Üniversitesi Avrupa Topluluğu, Uluslararası Ekonomik İlişkiler Araştırma ve Uygulama Merkezi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 04 Şubat 2010/27483

- Kültür ve Turizm Bakanlığı Stajyer Kontrolörlük Giriş ve Kontrolör Yeterlik Sınavları ile Atama, Yetiştirilme ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kültür ve Turizm Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlığı Sınav, Görev, Yetki, Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İnönü Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Yüzüncü Yıl Üniversitesi Van Gölü Çevresi Tarihi Eserleri ve Kültür Değerlerini Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 05 Şubat 2010/27484

- 2010/1 Aklama Suçu İncelemesi Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- 2010/2 Mal Bildiriminde Bulunulması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Sportif Müsabaka ve Gösteri Hasılatının Dağıtımına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 06 Şubat 2010/27485

- Millî Eğitim Bakanlığı Özel Kurslar Yönetmeliği
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlar Odası Serbest Mimarlık Hizmetlerini Uygulama, Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 07 Şubat 2010/27486

- Sağlık Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Hastanelerinde Klinik Şefi, Klinik Şef Yardımcısı ve Başasistan Kadrolarına Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Sınavlara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 08 Şubat 2010/27487

- Hacettepe Üniversitesi Enerji Piyasaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

RG 09 Şubat 2010/27488

- Abant İzzet Baysal Üniversitesi İzzet Baysal Yaşlı Sağlığı, Bakımı Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği

- Bilecik Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Bilecik Üniversitesi Geleneksel Türk Sanatları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Yan Dal Uzmanlığı Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Aydın Üniversitesi Enerji Politikaları ve Piyasaları Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- İstanbul Ticaret Üniversitesi Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Mersin Üniversitesi Sürekli Eğitim Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Muğla Üniversitesi Ön Lisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 10 Şubat 2010/27489

- İstanbul Aydın Üniversitesi Afet Eğitim, Uygulama ve Araştırma Merkezi Yönetmeliği
- Ordu Üniversitesi Önlisans ve Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Yaşar Üniversitesi Öğrenci Sağlık İşleri ve Sağlık Raporları Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik

RG 11 Şubat 2010/27490

- Türk Silahlı Kuvvetleri Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

yasalar, tüzükler, yönetmelikler

- Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Astsubay Sicil Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 12 Şubat 2010/27491

- Batman Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yönetmeliği
- Kilis 7 Aralık Üniversitesi Ön Lisans, Lisans Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 13 Şubat 2010/27492

- Kutlu Doğum Haftası ile Camiler ve Din Görevlileri Haftasını Kutlama Yönetmeliği

RG 14 Şubat 2010/27493

- Adalet Bakanlığı Personeli Görevde Yükselme ve Unvan Değişikliği Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik
- Ulaştırma Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

RG 15 Şubat 2010/27494

- Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Satış ve Kiralama İşlemleri Yönetmeliği

**A N A Y A S A
M A H K E M E S İ
K A R A R I**

**AVUKATLIK SINAVININ
İPTALİ İLE İLGİLİ
ANAYASA MAHKEMESİ
KARARI**

Esas Sayısı : 2007/16
Karar Sayısı : 2009/147
Karar Günü : 15.10.2009

İPTAL DAVASINI AÇAN:
Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Ali TOPUZ ve Haluk KOÇ ile birlikte 122 Milletvekili
İPTAL DAVASININ KONUSU: 28.11.2006 günlü, 5558 sayılı “Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un 1. maddesinin Anayasa’nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“III. GEREKÇE

28.11.2006 Tarih ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci

maddesinin Anayasaya Aykırılığı

8.11.2006 tarih ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun iptali istenen 1 inci maddesi ile “... Avukatlık sınavını başarmış olmak ...” avukatlık mesleğine kabul şartı olmaktan çıkarılmış ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun bu sınava ilişkin diğer hükümleri de yürürlükten kaldırılmıştır.

Yukarıda “Olay” başlığı altında da açıklandığı üzere “... Avukatlık sınavını başarmış olma...”nın avukatlık mesleğinin kabul şartlarından olması, baroların bağımsızlığı ve avukatlık mesleğinin hak ettiği saygınlığa kavuşturulması gereksiniminin bir sonucudur.

Sadece hukukçuların yapabileceği avukatlık mesleği de, savcılık ve hâkimlik mesleği gibi kamu hizmeti niteliğinde özel bir meslektir. Bu nedenle avukatın da gerekli donanımlara sahip olacak şekilde, çok özel olarak yetiştirilen bir kişi olması gereği açıktır. Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen “Hukuk Devleti” ilkesi, Cumhuriyetin değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez niteliklerindedir.

Hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramları nitelikli ve yetişkin hukukçuların ve avu-

katların özverili uygulama ve eylemleriyle yaşama geçebilir. Evrensel demokratik ilkeler ve insan haklarını içeren normlar ve yasaların dahi amaca uygun uygulanabilmesi, amaca uygun yorumlanabilmesi, yargılama ve karar sürecinde hukukçuların sağlam hukuk bilgisine, yorum ve değerlendirme gücüne bağlıdır. Hukuksal yorum ve değerlendirme sosyoloji, psikoloji, siyasal tarih, felsefe, iktisat, mantık ve hatta matematik gibi bilim dallarına olan ilgi ve bilgi ile mümkündür. Ancak bütün bunları özümsemiş ve böylece hukuki düşünmeyi öğrenmiş hukukçular ve avukatlar yetiştirdiğimiz takdirde hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti kavramlarını yaşama geçirmiş olabiliriz.

Bugün üyelik görüşmelerinin sürdürüldüğü Avrupa Birliği açısından da sınav zorunludur. Sınav olmayan bir Avrupa Birliği ülkesi yoktur. Özellikle Almanya'da lisans eğitimi sonrasında bir devlet sınavı ve 2,5 yıllık bir staj eğitiminden sonra sınav yapılmakta, Avusturya'da hukuk fakültesi eğitiminden sonra 5 yıllık pratik eğitim ve 5 sınav bulunmaktadır. Diğer AB üyesi ülkelerde de değişik biçimlerde bu sınavlar yapılmaktadır.

Yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı

serbestçe temsil eden avukat ve avukatlık mesleği; hukuki sorunların ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi, hukuk kurallarının tam olarak uygulanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk devletinin işlerliğinin sağlanması bağlamında, yaşamsal bir önem ve değere sahiptir. Bu amaçla, dünyanın bütün gelişmiş demokratik ülkelerinde, savunmanın ve savunma mesleğinin önündeki engeller kaldırılmış, uluslararası sözleşmelerle avukatların mesleklerini özgürce yerine getirmelerine olanak sağlanmış, avukatlık mesleğinin kalitesinin yükseltilmesi amacıyla, başta avukatlık mesleğine sınavla kabul olmak üzere, pek çok önlem alınmış iken Türkiye Barolar Birliği ve 78 Baronun muhalefetine rağmen Avukatlık Yasasında değişiklik yapmak suretiyle "...Avukatlık sınavını başarmış olmak..." şartını avukatlık mesleğine kabul için gerekli olmaktan çıkartan ve dolayısıyla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun bu sınava ilişkin diğer hükümlerinin de yürürlükten kaldırılmasını öngören ve iptali istenen söz konusu düzenleme, sadece avukatlık mesleğine yönelik ağır bir saldırı değil, aynı zamanda vatandaşların hak ve yararlarının tehlikeye atılmasına

neden olabilecek bir düzenleme olduğundan kamu yararı amacına yönelik olmadığı kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesinin 28.1. 2004 tarih ve E.2003/86, K.2004/6 sayılı kararında, “Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumları benimseyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasaların kamu yararına dayanması gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için yasakoyucunun öngörülebilir düzenlemeler getirmesi de esastır.”

görüşü açıklanmış ve bu görüş, Anayasa Mahkemesinin 29.12.2004 tarih ve E.2002/39, K.2004/125 sayılı kararında da “Anayasanın 2 nci maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi, yasaların kamu yararına dayanması ögesini içerdiği gibi, yasama organı tarafından konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin göz önünde tutulmasının gerekliliği, yine bu ilke-

nin doğal bir yansımasıdır. Bu ölçütler ise hukuk kurallarının korunmasında birbiriyle çatışan yararların uzlaştırılmasını zorunlu kılar. Aynı ilke uyarınca, Devlet organlarının görev ve yetkilerinin bu çerçevede yasalarla belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.” biçiminde yinelenmiştir. O halde bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının “kamu yararı” olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir.

Açıklanan nedenlerle kamu yararı amacına yönelik olmayan ve iptali istenen söz konusu düzenleme Hukuk Devleti ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin 23.6.1989 tarih ve E.1988/50, K.1989/20 sayılı kararında,

“Avukatlık Yasası’nın 1 inci maddesine göre “kamu hizmeti ve serbest bir meslek” olan avukatlık iki yönlüdür. Hem “kamu hizmeti” hem “serbest meslek” nitelemesi, serbest meslek çalışmalarını yürütürken görev yapılan alanın kamusal ağırlığına dayanmaktadır. Adalet, yargı, hukuk işleri, kamu hizmetinin en yoğun olduğu “kamu” kavramının anlam olarak en önde geldi-

ği alandır. Avukatlık Yasası'nın "Avukatlığın amacı" başlıklı 2 nci maddesi, bu gerçekleri uygulamaya yansıtın özgün kurallardır.

Tüm bu kurallar, yinelenmesinde yarar olmayan nice tanım, anlatım ve değerlendirmeler, avukatlığın kamusal yönü ağır basan bir meslek olduğu gerçeğini doğrulamaktadır. Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımadır. Adaletin sav, savunma ve yargı öğelerinden savunma bölümünün temsilcisi, başlıca görevlisi olan avukatın hem temsil ettiği kişiler, hem de önlerinde görev yaptığı hâkim, savcı ve yetkili öbür kurul ve kurumlarca inan, güven ve saygı ile karşılanması gerekir."

yorumu yapılmıştır. Bu yorumdan da anlaşılacağı üzere yargıçlık, savcılık, avukatlık meslekleri arasında astlık üstlük ilişkisi bulunmadığı gibi üstünlük farkı ve sıralaması da bulunmamaktadır. Bu üçlü arasındaki ilişki işbölümü ilişkisidir. O nedenle sav, savunma ve karar üçgenin-

de görev alan hukukçuların mesleğe kabul, meslek için ilerleme ve benzeri konularda eşit işleme tabi tutulması ve sınavda teklik ilkesinin yaşama geçirilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Yargılama bir olay hakkında hukukun ne dediğinin bildirilmesidir. Hukukun yaşama sağlıklı geçmesi için bu üçlü arasında mesleğe kabul anlamında eşitliğin sağlanmasına bağlıdır. Çünkü yargılamanın bu üç öğesindeki olumlu veya olumsuzluğun hükme ve dolayısıyla adaletin gerçekleşmesine olumlu ya da olumsuz anlamda yansımaları kaçınılmazdır.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamakta, hatta durumlarındaki ve konularındaki özellikleri, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılmaktadır. Anayasa ile eylemli değil hukuki eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşit-

lik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. (Anayasa Mahkemesinin 18.10.2005 tarihli, E.2003/7, K.2005/71 sayılı kararı).

Sav, savunma ve yargının adaletin gerçekleşmesi yönünden aynı hukuki durumda oldukları Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararında da vurgulandığı üzere yadsınamaz.

Bu nedenle iptali istenen kural, sav, savunma ve karar üçgeninde görev alan hukukçulardan sav kısmında görev alanlar için "sınavda başarılı olma" şartını kaldırarak hiçbir haklı nedene dayanmaksızın farklı bir uygulama getirdiğinden Anayasanın 10 uncu maddesinde ifade edilen "kanun önünde eşitlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığı onun aynı zamanda Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 3.6.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, *AMKD*, sa. 24, s. 225).

Açıklanan nedenlerle 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi, Anayasanın 2 nci, 10

uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DUR-DURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Adaletin kurucu öğelerinden savunmanın temsilcisi avukatların, mesleğe kabul yönünden diğer kurucu öğelerden farklı hükümlere tabi tutulmalarını öngören ve iptali istenen kuralın uygulanması halinde; adaletin gerçekleşmesinin olumsuz yönde etkilenebileceği kuşkusuzdur. Bu durumda ortaya giderilmesi olanaksız durum ve zararların çıkabileceği yadsınamaz.

Bu türden durum ve zararların önlenemesi, hukukun ve Anayasanın üstünlüğünün korunabilmesi için Anayasaya aykırı olduğu gerekçemizde açıkça gösterilen söz konusu kuraldan Anayasal düzenin en kısa sürede arındırılması açık bir zorunluluk olup, hukuk devleti sayılmanın da bir gereğidir.

Bu nedenle, iptali istenen kuralın yürürlüğünün iptal davası sonuçlanıncaya kadar durdurulması da istenerek Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 6.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik

Yapılmasına Dair Kanunun;

19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendini, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Avukatlık sınavını başarmış olanlar veya" ibaresini, 28 inci, 29 uncu, 30 uncu, 31 inci maddelerini, 121 inci maddesinin birinci fıkrasının (20) numaralı bendini, geçici 17 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ve sınav" ibaresini ve geçici 20 nci maddesinin ikinci fıkrası ile 02.05.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinin birinci fıkrasını yürürlükten kaldıran 1 inci maddesinin Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptaline ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

28.11.2006 günlü, 5558 sayılı "Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un iptali istenilen 1. maddesi şöyledir:

"19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası-

nın (d) bendi, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Avukatlık sınavını başarmış olanlar veya" ibaresi, 28 inci, 29 uncu, 30 uncu, 31 inci maddeleri, 121 inci maddesinin birinci fıkrasının (20) numaralı bendi, geçici 17 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ve sınav" ibaresi ve geçici 20 nci maddesinin ikinci fıkrası ile 2/5/2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinin birinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine dayanılmış, 36. maddesi ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 27.2.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki ek raporun hazırlanmasından sonra karara bağ-

lanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, dava konusu Yasa kuralı, dayananlar ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasa belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Anlam ve Kapsam

28.11.2006 günlü, 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle;

A) 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun;

1) 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki, avukatlığa kabulde aranan "Avukatlık sınavını başarmış olmak" koşulu,

2) 6. maddesinin birinci fıkrasındaki, avukatlık sınavını başarmış olanların Baroya yazılma isteminde bulunabilmeleri,

3) 28. maddesindeki, avukatlık sınavının Türkiye Barolar Birliği'nce yaptırılması,

4) 29. maddesindeki, sınava gireceklerin tespiti,

5) 30. maddesindeki, sınavın şekli ve konuları,

6) 31. maddesindeki, sınav sonuçlarının bildirilmesi,

7) Türkiye Barolar Birliği yö-

netim kurulunun görevlerinin belirtildiği 121. maddesinin birinci fıkrasının (20) numaralı bendindeki, avukatlık sınavı ile ilgili olarak Türkiye Barolar Birliği'ne verilen görevlerin yerine getirilmesi,

8) Dava ve iş takibine ilişkin geçici 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ve sınav" ibaresi,

9) Geçici 20. maddesinin ikinci fıkrasına göre 10.5.2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanların sınava tabi tutulmaması,

B) 2.5.2001 günlü, 4667 sayılı "Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasındaki, avukatlık staj sonu sınavının, sınavın getirildiği 10.5.2001 tarihinden sonra başvurulara da uygulanması,

Yasa kuralları arasından çıkarılarak avukatlık stajı sonrası sınav kaldırılmıştır. Buna göre, dava konusu kuralın yürürlüğe girmesiyle birlikte, 1136 sayılı Yasa hükümlerine uygun olarak avukatlık başvurusunda bulunarak stajı tamamlayanlar, bilgi, beceri, yetenek ve yeterliliklerinin ölçülmesi amacıyla herhangi bir sınava ya da seçmeye bağlı tutulmaksızın avukatlık ruhsatı almaya hak kazanacaklardır.

1136 sayılı Avukatlık Kanu-

nu' nun 1. maddesinde avukat, "yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder" şeklinde ifade edilmiş, 2. maddesinde de avukatlığın amacı, her derecede yargı organları, hakemler, resmî ve özel kişi, kurul ve kurumlar bakımından; hukukî münasebetlerin düzenlenmesi, her türlü hukukî mesele ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi, hukuk kurallarının tam olarak uygulanması olarak gösterilmiştir. Belli koşulların gerçekleşmesi halinde avukatlara ilâm niteliğinde belge hazırlama yetkisi de verilmiştir. 5271 sayılı Yasa, aramada, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde hazır bulunma, baro tarafından görevlendirme, mahkeme tarafından görevlendirme istemi, doğrudan soru yöneltme, istemsiz görevlendirme, uzlaşmacı olarak görevlendirme, kanun yollarına başvurma, zorunlu müdafilik gibi birçok konuda avukatlarla ilgili hüküm içermektedir.

Tarihsel süreç içinde avukatlık mesleğinde sınav süreklilik kazanmamış olmakla birlikte tamamen de kaldırılması düşünülmüştür. 2001 yılında 2.5.2001 günlü, 4667 sayılı Yasa'yla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan ek ve değişikliklerle sınav yeniden getirilmiştir. Avukatlık mes-

leğinde sınav koşulunu getiren Yasa'nın gerekçesinde, "sınav sistemi ile ülkemizde sayıları hızla artan hukuk fakülteleri nedeniyle eğitim öğretim açısından oluşan farklılıkların önlenmesi, avukatlık mesleğinin kalitesinin artırılması ve giderek savunma ile yargıya yansıyan olumsuzlukların giderilmesi amaçlanmıştır" denilmiştir.

Dava konusu kuralla, avukatlık sınavı kaldırılmadan önce, ülkemizde sayıları hızla artan hukuk fakülteleri arasında müfredat birlikteliği sağlandığı, fakat eğitim ve öğretim kalitesi bakımından eşit şartlar oluşturulmadığı gerekçesiyle sınavın staj öncesine alınması yönünde bir yasa teklifi verilmiştir. Bu teklif görüşülmeden verilen ikinci yasa teklifinde ise avukatlığın bir meslek olarak bilgiye, kişisel ve mesleki tecrübeye dayandığı, sadece mevzuatın bilinip bilinmediğine yönelik yapılacak bir sınavın avukatlık yapmak için gerekli olan beceriyi ölçmeyeceğinin aşikâr olduğu, teklif ile avukatlık mesleğini icra edecek kişiler için herhangi bir fayda sağlanmayacak söz konusu sınav sisteminin yürürlükten kaldırılmasının amaçlandığı gerekçesiyle avukatlık sınavının kaldırılması teklifinde bulunulmuştur. İkinci teklif TBMM Genel Kurulu'nda aynen yasalaşmıştır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, sınavla baroların bağımsızlığı ve avukatlık mesleğinin hak ettiği saygınlığa kavuşturulmasının amaçlandığı, avukatlık mesleğinin de hâkimlik ve savcılık mesleği gibi kamu hizmeti niteliğinde özel bir meslek olduğu ve gerekli donanım, bilgi ve kaliteye ulaşmış kişilerden olması gerektiği, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmanın hukukun uygulanması ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yaşamsal bir önem ve değere sahip bulunduğu, sınavın Türkiye Barolar Birliği ve baroların muhalefetine rağmen kaldırıldığı, kamusal yan ağır basan avukatlıkta sınavın kaldırılmasında kamu yararının gözetilmediği, sav, savunma ve yargılamayı yapanların adaletin gerçekleşmesi yönünden aynı hukuksal durumda olduklarından mesleğe kabullerinde de eşit işleme tabi tutulmaları gerektiği, bu nedenlerle avukatlık sınavının kaldırılmasının Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Yasanın 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasaya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere da-

yanmaya mecbur değildir. Taleple bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, kuralın Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelemesi uygun görülmüştür.

Avukatlık mesleğinin nitelikleri ve önemi, bir kamu hizmeti olduğu, avukatın yargılama süreci içinde adaletin bulunup ortaya çıkarılmasında görev aldığı, kamu yararını koruduğu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun genel gerekçesinde belirtilmiştir. Yasa'nın 1. ve 2. maddelerinde avukatlığın kamusal yönü ağır basan bir meslek olduğu vurgulanmıştır. Bilgi ve deneyimlerini öncelikle adalet hizmetine vererek, adalete ve hakkaniyete uygun çözümler için hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında yargı organlarıyla yetkili kurul ve kurumlara yardımcı görev bilen avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır.

Anayasa'nın 135. maddesi ile birlikte Avukatlık Kanunu'nun Barolara ve Türkiye Barolar Birliği'ne yüklediği görevler, tanıdığı hak ve yetkilerle bu kuruluşların toplum ve devlet yaşamı için göz ardı edilmeyecek önemleri de düşünülürse, avukatların genel niteliklerine verilen değer kendiliğinden ortaya çıkmakta-

dır. Her serbest mesleğin kendine özgü yanları, birbirinden ayrılıkları bulunduğu gibi uzmanlık alanlarının farklılığı, farklı uygulamaları doğal, hatta zorunlu kılar. Avukatların, savunma görevini üstlenmeleri ve adaletin gerçekleşmesine katkıları, mesleğin özelliği sayılmakta ve kimi kısıtlamalara bağlı tutulmalarının haklı nedenlerini oluşturmaktadır. Avukatlık mesleğini seçenlerin, avukatlık adına uygun biçimde görevlerinin gereklerini özenle yerine getirmeleri, avukatlık unvanından ayrı düşünülemez saygı ve güveni koruyup güçlendirmenin başta gelen koşullarından biridir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Yasaların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik ol-

ması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Önceki kuralların, yeni yasayla değiştirilmesi ya da tümüyle yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşıladığı, genel ilkelere uygun bulunduğu bir düzenleme biçimidir. Yeni kural, eski kuralı yürürlükten kaldırabilir. Bu tür düzenlemeler, yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olan bir yasama işlemidir. Tıpkı, yürürlüğe giren yasalar gibi, yürürlükten kaldırılan kurallar da yasama tasarrufudur ve yasa koyucu bu yetkisini kullanırken Anayasa'ya bağlı kalmak durumundadır.

Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan "bağımsız yargı", yargının olmazsa olmaz koşulu olan "savunma" ile birlikte anlam kazanır. Savunma, "savunma-karar" üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez öğesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması,

hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir.

Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir.

Yasa koyucu tarafından sınavın getirilmesindeki, savunma hakkı ve adil yargılamaya, adaletin gerçekleşmesine ve avukatlık mesleğinin niteliğine dayalı kamu yararının, sınavın kaldırıldığı tarihte de geçerliliğini koruyup korumadığının saptanması, sınavın getirildiği zamandaki koşullar, kaldırılma zamanında değişmemiş ya da ortadan kalkmamış, hatta avukatlık mesleğinin niteliği yönünden çok daha önemli hale gelmişse bunun da değerlendirilmesi gerekir.

Öte yandan, Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargının kurucu unsurla-

rından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur. Güçlü ve bağımsız savunma mesleği; hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır.

Yukarıda açıklanan hususlar gözetilmeden yasalaştırılan dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Şevket APALAK bu görüşe katılmamıştır.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

28.11.2006 günlü, 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanu-

nun 1. maddesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 15.10.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, Yasa'nın belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

5558 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan yürürlük ve yürütmeye ilgili 2. ve 3. maddelerinin de, 2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptali gerekir.

VII- SONUÇ

28.11.2006 günlü, 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Şevket APALAK'ın karşılığı ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 1. maddesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan 2. ve 3. maddelerinin de, 2949

sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

15.10.2009 gününde karar verildi.

Başkan Başkanvekili
Haşim KILIÇ Osman Alifeyyaz

PAKSÜT

Üye Üye
Fulya Ahmet
KANTARCIOĞLU AKYALÇIN

Üye Üye
Mustafa Mehmet
YILDIRIM ERTEN

Üye Üye
Cafer Serdar
ŞAT ÖZGÜLDÜR

Üye Üye
Şevket Serruh
APALAK KALELİ

Üye
Zehra Ayla
PERKTAŞ

AZLIK OYU

Anayasa, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu

nu, bu yetkinin devredilemeyeceğini vurgulamıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi her alanda ve her konuda yasa yapabilmektedir. Yasama işlevi anayasal ilkelere uygun kullanılabilir takdir yetkisini de içinde barındırmaktadır. Yasalar, kimi zaman yeni kurallar içerirken, kimi zamanda yasal metinlerin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin olabilir. Önceki yasaların yeni yasalarla değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşıladığı takdir yetkisinin daha engin boyutta kullanıldığı düzenlemeleridir.

Görülen davada da önceki yasal metni yürürlükten kaldıran kural irdelenmektedir. Kurala, avukatlık için getirilen sınavla ilgili yasa maddeleri yürürlükten kalkmaktadır. Bu bakımdan yürürlükten kaldırılan metne de tüm yönleriyle bakılması, bir yasa yürürlükten kaldırma yolundaki kuralın anayasal ilkelerle değerlendirilmesi sırasında kaçınılmaz olmaktadır.

2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la avukatlık mesleğine kabul edilebilir için "avukatlık sınavını başarıyla geçmek" koşulu getirilmiş, ilgili maddelerde bu yönde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklere göre avukatlık sınavının

staj sonunda Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezince yapılacağı, sınava staj bitim belgesinin verildiği tarihi izleyen dört yıl içinde altı kez girilebileceği, sınavda meslek kuralları bilgisi ile hukuk ilkeleri ve mevzuat hükümlerini olaylara uygulayabilme yeterliliğinin değerlendirileceği, sınav konuları ve başarı puanı gibi konuların da yönetmelikte gösterileceği anlaşılmaktadır. Avukatlık Kanununda anılan değişiklikleri öngören 4667 sayılı Yasa geçici madde 1'de sınava ilişkin hükümlerin bu kanunun yayımından sonra avukatlık stajına başvuranlara uygulanacağını belirtmektedir. Ancak 25.6.2002 tarihli 4765 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 1136 sayılı Yasa'ya eklenen geçici madde 20'nin ikinci fıkrasıyla stajla ilgili hükmün 10.5.2001 tarihinde hukuk fakültelerinde öğrenci olanlar hakkında uygulanmayacağı, bunların sınava tabi tutulamayacağı kuralı getirilmiştir.

Anayasa'nın kamu hizmetine girişle ilgili 70. ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını konu eden 135. maddelerinde sınav kaydı yer almamakta ise de, nitelikli bireyler seçme yaklaşımının somutlaşması olan giriş sınavlarının yerinde olduğu görüşüne ulaşılabilir. Bu amaçla önemli ve seçkin bir meslek olan

avukatlığa girişte bilgili ve yetenekli kişilerin seçilmesi için düşünülen sınav, staj sonunda sınırlı zaman ve sayıda yapılacaktır. Oysa hâkimlik mesleğine girişle ilgili asıl sınav ise stajdan önce yapılmaktadır. Staj sonuna bırakılan sınavlar, genellikle stajın değerlendirilmesi amacıyla yöneliktir. Nitelikli bireylerin seçimi temel amacı gözetildiğinde lisans eğitiminin yansımalarının meslekte aranacak temel ölçütler arasında yer alması beklenir. Gerçekten de, sınavı düzenleyen 4667 sayılı Yasa'nın gerekçesinde eğitim ve öğretim düzeyleri arasında oluşan farklılıklara değinilmektedir. Yüksek öğretime ilişkin ilkelere ve lisans öğretimine yönelik değerlendirmeler içeren gerekçeye bağlı bu yaklaşım yanında sınavın staj sonuna bırakılması ilgililerin beklentilerini ve amaçlarını saptamada belirsizliklere de etken olacaktır. Sınavla ilgili zaman ve sayı sınırlanması anayasal yaklaşımların başka bir konusunu oluşturacak, çalışma hayatıyla ilgili anayasal ilkelerle beliren kamusal yarar da değerlendirmelerde öncelikli bakışlar arasında yer alacaktır.

Yürürlükten kaldırılan sınavla ilgili kurallarda hukuk ilkelerini ve mevzuat hükümlerini olaylara uygulayabilme yeterliliğinin

belirlenmesi de belirtilmektedir. Yukarıda da değinildiği gibi eğitim açısından oluşan farklılıklarla ilgili yasal amaçla, staj sonuna bırakılan sınav yöntemi uyusmadığı gibi, olgu çözümlenmeleri de lisans düzeyini tam yansıtmayacak ve böylesi saptamaların test yoluyla yapılması ölçme ve değerlendirme ilkelerinde tartışmalara yol açabilecektir. Ayrıca 4667 sayılı yasa sınav koşulu öngörerek yasanın yayımıyla uygulamaya başlamayı geçici 1. maddeyle öngörmesine karşın, bir yıl sonra 2001 yılında hukuk öğrencisi olanlar sınavdan bağışık tutulmuştur. Bu durumda yasanın yürürlüğü giriş sırasında öğrenci olanlar sınavdan bağışık olmalarına karşın daha önce eğitimi tamamlayan ancak staj yapmamış olanlarda duraksama yaşanacaktır. Kaldı ki, nitelikli kişilerin arandığı bir meslekte sonradan getirilen istisnalar, zamana yayılabilecek öğrenim süresi nedeniyle yasanın amacının gerçekleşmesini ertelemiş olacaktır.

Değinilen olgular iptale konu Yasanın doğrudan metinleri değilse de kaldırdığı yasanın içerikleridir. Bir yasayı kaldırma da daha etkin ve geniş olan yasadaki takdir yetkisi, yasakoyucuya düzenleme yapılırken etken olan nedenler yanında kaldırılan kurallara bakılarak bir anla-

ma kavuşabilecektir. Bu durumda mesleğin önemi ve güdülen kamu yararı ilkesiyle yakından ilgili lisans eğitime yönelik bulguların lisans sonrası meslek giriş sınavlarıyla çözülebilmesi ve istenilen seçmelerin yapılabilmesinde öngörülen sınav yönteminin yeterli karşılıklar içerdiği ve böylece yasal amacın tam olarak gerçekleşebilecek olduğu söylenemez.

Öte yandan, adil yargılama ile kurulan ilintinin yargılama yöntemlerinde kimi bakışların geliştirilmesini gerektirdiği

ve yasakoyucuya yönelik değerlendirme yapma yolundaki yaklaşımın da yasal işlemler akışında öncelik aldığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, sınavla ilgili metinlerle birlikte yasakoyucunun takdir yetkisi gözetildiğinde bu haliyle kuralda Anayasa'ya aykırılık saptanamamaktadır. Davanın belirtilen yorumlarla reddi gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye

Şevket APALAK

RG: 8 Ocak 2010, Sayı: 27456